

DEBER DEL ESTADO - Las garantías de los derechos de los ciudadanos-policías en el marco del conflicto armado interno / FUERZAS MILITARES Y DE POLICIA - Deber estatal de protección de los policiales / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Muerte policía / FALLA DEL SERVICIO - Muerte policial con ocasión de prestación del servicio / CIUDADANO POLICIA - Noción / CIUDADANO SOLDADO - Noción

La Sala advierte que la muerte del agente de la Policía Nacional Luis Alberto Marín García, en la vía que conduce de Ocaña a San Calixto, son producto o resultado del conflicto armado interno que el país viene sufriendo desde hace décadas, lo que hace exigible al Estado un deber positivo de protección no sólo respecto a los ciudadanos o población civil, sino también en relación con los propios miembros de la fuerza pública. (...) Sin duda, el deber positivo que el Estado tiene para con los agentes de la Policía Nacional se extrema en condiciones específicas de conflicto armado interno y, específicamente, como los ocurridos con ocasión del traslado que estaba cumpliendo el agente Luis Alberto entre Ocaña y San Calixto (Norte de Santander), quien se vio sometido a una exposición a un amenaza cierta y real, derivada de la alteración del orden público, de la constatación de otros eventos en los que habían expuestos otros agentes, y de la manifestación de la propia entidad demandada, con posterioridad al fallecimiento del agente Luis Alberto, de la realización de los traslados y desplazamientos de tales miembros de la fuerza públicos por medios de transporte diferentes a los ordinarios o civiles, lo que lleva a concluir, en este estado del análisis, que se produjeron flagrantes violaciones al derecho a la vida y a la integridad personal. Se trata, sin duda alguna, de exigir no sólo el respeto de los derechos consagrados constitucionalmente (reconocido como quedó que el ciudadano-soldado no renuncia a estos), sino que también debe acatarse las reglas del derecho internacional humanitario (como la señalada) como forma de hacer efectivos tales derechos, y como corolario del respeto a las reglas del derecho internacional humanitario. (...) Ahora bien, el deber positivo se concreta, a su vez, en la obligación de precaución y prevención por parte del Estado, que abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que su eventual vulneración sea efectivamente considerada y tratada como un hecho ilícito susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales, que actuando puedan producir violaciones a los derechos humanos, sin que el Estado se haya correspondido con su ineludible obligación positiva. En especial, los derechos a la vida y a la integridad personal revisten un carácter esencial en la Convención Americana de Derechos Humanos y conforme al artículo 27.2 forman parte del núcleo inderogable de derechos que no pueden ser suspendidos en casos de guerra, peligro público u otras amenazas. No basta que los Estados se abstengan de violar estos derechos, sino que deben adoptar medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, o por la propia naturaleza del conflicto armado interno que singulariza los medios y la necesidad de reforzar la eficacia en la protección de los mencionados derechos. Desde la perspectiva del conflicto armado interno, el deber positivo derivado de la tutela de los derechos humanos a la que el Estado está llamado a responder, se concreta en la aplicación de medidas de precaución (anticipación del riesgo) y de prevención. Cuando se trata de la situación de los miembros de la fuerza pública que se encuentran involucrados en la atención, defensa y despliegue de las actividades propias al mantenimiento de la seguridad y del orden público, con ocasión de las acciones realizadas por los diferentes grupos armados insurgentes en el territorio de nuestro país, también es dable

exigir el cumplimiento del deber positivo propio a la tutela de los derechos humanos de los miembros de la fuerza pública, los cuales, como sujetos, no renuncian a los mismos, ni a su tutela por parte del Estado. En ese sentido, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación, la preservación o, siquiera, la existencia de las condiciones necesarias para evitar la vulneración del derecho a la vida, que precisado en el caso concreto no se produjo con ocasión de la muerte del agente Luis Alberto Marín García, teniendo en cuenta las condiciones de orden público que existían en la zona de su desplazamiento, la inexistencia de medida alguna adoptada al momento de su desplazamiento y la exposición a una amenaza superior a los peligros ordinarios que suponía realizar el trayecto entre Ocaña y San Calixto en un medio de transporte ordinario. La observancia del artículo 4, en conjunción con el artículo 1.1 de la Convención Americana, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente, sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida, conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción (incluidos los ciudadanos-policiales). Se advierte, por lo tanto, que las obligaciones asumidas por los Estados miembros de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con la protección del derecho a la vida, pueden incumplirse especialmente en dos tipos de situaciones: (1) cuando el Estado no adopta las medidas de protección eficaces frente a las acciones de particulares que pueden amenazar o vulnerar el derecho a la vida de las personas que habitan en su territorio; y (2) cuando sus cuerpos de seguridad del Estado (Ejército, Policía, etc.) utilizan la fuerza letal fuera de los parámetros internacionalmente reconocidos (en el caso del ataque a la Estación de la Policía Nacional de Barbacoas, cabe encuadrar en el primer supuesto). En tanto que, dichas obligaciones comprenden: "a) adoptar medidas jurídicas y administrativas apropiadas para prevenir las violaciones; b) investigar las violaciones, y cuando proceda, adoptar medidas contra los violadores de conformidad con el derecho interno e internacional; c) dar a las víctimas acceso imparcial y efectivo a la justicia con independencia de quien sea en definitiva el responsable de la violación; d) poner recursos apropiados a disposición de las víctimas y e) proporcionar o facilitar reparación a las víctimas". La tutela de los derechos humanos inherentes e intrínsecos a los miembros de la fuerza pública que puede ser objeto de vulneración no se reduce a la acción directa del Estado, sino que puede derivar de la concurrencia de la acción de terceros y de la omisión del Estado a los expresos mandatos constitucionales y legales de protección de tales derechos y de la dignidad humana. En este contexto, cuando es un tercero el que produce una acción bélica armada, o un acto criminal, y del mismo se produce la vulneración de derechos humanos se exige que las autoridades hubieran tenido conocimiento, o debían haber sabido de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo identificado o de algunos individuos respecto de actos criminales de terceros, y que tales autoridades no tomaron las medidas dentro del alcance de sus poderes que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para evitarlo."

DEBER DEL ESTADO - Adopción de medidas de precaución, prevención y contención de todas las manifestaciones del delito / MEDIDAS DE PRECAUCION, PREVENCION Y CONTENCIÓN DEL DELITO - Deber legal a cargo del Estado / HECHO DE UN TERCERO - Conflicto armado. Grupos armados al margen de la ley

Ese encuentra que es imputable la responsabilidad patrimonial a las entidades demandadas, pese a que en los hechos haya intervenido un tercero (grupo armado insurgente), ya que no fue esta la causa determinante o capaz de enervar la sustancia fenomenológica y fáctica, que sigue residiendo en el resultado mismo

achacable al Estado, que no sólo está llamado a enfrentar a la delincuencia, a los grupos irregulares, sino que también está obligado, principalmente, a adoptar las medidas de precaución, prevención y contención adecuadas para enfrentar todas las manifestaciones del delito, ya que de lo contrario estaríamos asistiendo a la escenificación de una tragedia colectiva en la que los muertos y los heridos son compatriotas que en cumplimiento de un deber, o en la realización de una misión deben sacrificarse para mantener las instituciones, el sistema democrático, las libertades y el respeto de los derechos en el marco del Estado Social, Democrático y de Derecho.”

PRESTACION DEL SERVICIO MILITAR Y POLICIAL - Deber de aplicación del principio de planeación / PRINCIPIO DE PLANEACION - Traslado de Fuerzas Militares y Policiales / PRINCIPIOS DE HUMANIDAD - Aplicación del principio de ius in bellum

En atención a lo anterior, la actividad inherente al servicio de policía debe prestarse con estricta aplicación del principio de planeación bajo el cual los comandantes de las unidades policiales y de las correspondientes escuadras, se encuentran obligados a planear y distribuir los servicios, teniendo en cuenta las características del grupo a su mando y las conclusiones del análisis de las estadísticas delincuenciales y contravencionales en la zona donde debe desplegarse su actividad, teniendo en cuenta las tendencias delincuenciales de la región, disponiendo los medios de control y actuación de la fuerza policial que implica mayores esfuerzos en los lugares más afectados, para prevenir y contrarrestar las diversas situaciones que atentan contra la seguridad y bienestar de la comunidad, mantener y defender el orden público, garantizando, a su vez, la vida, integridad y seguridad de los miembros de la fuerza pública, con ocasión de la prestación del servicio, y ofreciendo las mayores garantías de seguridad a los miembros de la institución policial en su derechos constitucionalmente reconocidos, especialmente cuando se trata del cumplimiento de procedimientos frente a los que un agente, como en el caso Luis Alberto Marín García, pueda enfrentar amenazas inminentes para su vida e integridad. (...) Esta planeación es previa y de carácter precautorio, y se estructura teniendo en cuenta, además de los factores antes mencionados, la memoria local y topográfica de la jurisdicción, consistente en la información amplia y detallada de la población, extensión del territorio, puntos críticos, topografía, vías de comunicación, situación de orden público y otros datos que sirven como base en la planeación y organización del servicio, tales como las actuaciones policiales vividas, contentivas de los aciertos y desaciertos desarrollados en operaciones anteriores, el análisis objetivo de los aspectos positivos y negativos en la aplicación de planes y actividades policiales, la densidad de la población, la jurisdicción de cada unidad policial, las funciones del grupo o escuadra, las zonas de vigilancia, la idiosincrasia de la comunidad, los servicios públicos con que cuenta determinada comunidad, los puntos críticos de ésta, los índices delincuenciales, como ya se había dicho, y la disponibilidad de recursos humanos y materiales para el servicio. Todo lo anterior derivado de expresos mandatos normativos que no de un juicio a priori acerca de la estrategia militar y policial, que la jurisdicción no está llamada a realizar. (...) Es determinante para la imputación de la responsabilidad que el Estado el incumplimiento de la planeación, organización, seguimiento y despliegue de la fuerza policial, especialmente en zonas donde el conflicto armado tenía las más complejas, serias y graves circunstancias. Y no debe olvidarse que si se aplica el ius in bellum, el fin último al que debió responder el Estado era “atenuar, en la medida de lo posible, el sufrimiento causado a las víctimas de las hostilidades”, entre las que cabe tener a los policiales que prestando su servicio están cumpliendo con el principio de solidaridad que exige cumplir con ese deber

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

NOTA DE RELATORIA: Con relación al principio de planeación consultar sentencia del 19 de octubre de 2011, Expediente 19969.

FALLA EN EL SERVICIO – Condiciones de traslado y desplazamiento de miembro de la fuerza pública / FUERZA PUBLICA - Condiciones de traslado / FUERZAS MILITARES Y DE POLICIA - Condiciones de traslado

Por el contrario, cabe reforzar su encuadramiento en el título de la falla del servicio, afirmando la posibilidad de que la misma se consolide no sólo por el incumplimiento u omisión de las entidades demandadas, sino que también por no haber observado los deberes positivos a los que debió sujetarse en este caso específico, en especial por no haberse garantizado las mínimas condiciones de seguridad en el traslado y desplazamiento que debía realizar el agente Luis Alberto Marín García [posición de garante de vigilancia], a tenor de lo manifestado por la jurisprudencia de la Sala según el cual “el Estado asume un papel de garante que se desprende de la obligación que emana del artículo 2 de la Constitución Política, disposición según la cual ” las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLICITA DE COLOMBIA - ARTICULO 2

REPARACION INTEGRAL - Deber de reparación integral / MEDIDAS DE SATISFACCION - Deber de no repetición

Director General de la Policía Nacional para que mediante una circular que debe distribuirse en todos los departamentos, estaciones y subestaciones de la institución, se informe y se actualice la forma en que deben aplicarse los procedimientos para la realización de los desplazamientos, garantizándose todas las medidas disponibles y razonables de seguridad, especialmente en aquellas zonas del país donde haya conocimiento de amenazas de perturbaciones del orden público, para que casos como estos no se repitan.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el particular ver sentencia del 19 de agosto de 2011, Expediente 20227.

**PERJUICIOS MORALES - Determinación / TEST DE PROPORCIONALIDAD -
Aplicación / PERJUICIOS MORALES - Estimación de perjuicios**

En el proceso la demandada no desvirtuó en ningún momento la presunción de aflicción causada a los demandantes por la pérdida del hijo, lo que lleva a concretar la existencia de los perjuicios morales en cabeza de todos y cada uno de aquellos. (...) Si bien a partir de 2001 la jurisprudencia viene aplicando como criterio de estimación de los perjuicios morales el salario mínimo mensual legal vigente (en una suerte de equivalencia con los gramos oro reconocidos en la primera instancia), no deja de seguir siendo un ejercicio discrecional (*arbitrio iudicis*) del juez de tasar tales perjuicios, sin lograr, aún, la consolidación de elementos objetivos en los que pueda apuntarse la valoración, estimación y tasación de los mismos, con lo que se responda a los principios de proporcionalidad y razonabilidad con lo que debe operar el juez y, no simplemente sustentarse en la denominada “cierta discrecionalidad”. Así mismo, para el reconocimiento y tasación el juez se sujeta al criterio determinante de la intensidad del daño, que usualmente se demuestra con base en las pruebas testimoniales las cuales arrojan una descripción subjetiva de quienes, por la cercanía, conocimiento o amistad deponen en la causa, restando objetividad a la determinación de dicha variable, cuya complejidad en una sociedad articulada, plural y heterogénea exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada de los perjuicios morales, sin que se constituya en tarifa judicial o, se pretenda el establecimiento de una tarifa legal. 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 su apreciación han de considerarse el dolor de quien lo sufre, la intensidad de su congoja, la cercanía con el ser perdido, entre otras cosas, para con cimiento en la equidad arribar al más justo valor, distante por lo general de la matemática exactitud con que se escruta el daño material”. 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.). (...) 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

desproporcionada uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución” (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 pecuniariamente, con base en criterios como el dolor infligido a las víctimas, el perjuicio estético causado o el daño a la reputación. Si de la aplicación de tales criterios surge que dichos perjuicios superan el límite fijado por el legislador, habría una afectación grave del interés de las víctimas por lograr una indemnización integral de los perjuicios que se le han ocasionado y cuyo quantum ha sido probado. Al igual que con los perjuicios materiales, el límite resultaría manifiestamente desproporcionado frente al derecho de las víctimas a la reparación integral, como quiera que el riesgo de arbitrariedad del juez es menor cuando el valor de los perjuicios ha sido acreditado en el juicio por factores que no dependen de su apreciación subjetiva. Esta desproporción resulta más evidente si se tiene en cuenta que ni en la jurisdicción civil ni en la jurisdicción contencioso administrativa existe una disposición legal que restrinja la discrecionalidad del juez para decidir la reparación de perjuicios morales. En dichas jurisdicciones se ha fijado una cifra para la valoración de ciertos perjuicios que depende de consideraciones puramente subjetivas y cuyo quantum ha sido reconocido tradicionalmente hasta por 1000 gramos oro, o más recientemente hasta por 2000 y 4000 gramos oro. 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 RELATORÍA: 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, Expedientes Nos. 13232 y 15646. Sobre el Test de Proporcionalidad consultar: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 2009, Expediente 1995-10351. Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

LUCRO CESANTE - Niega reconocimiento

Para la Sala el perjuicio deprecado por la parte actora, y negado por el a quo, sólo se encuentra probado que al momento de la muerte el agente Luis Alberto Marín García estaba vinculado a la Policía Nacional, y que en el mes anterior a su muerte devengaba por concepto de salario la suma de \$157.700.00, como consta en la hoja de vida de servicios del mencionado agente. Sin embargo, la parte actora no allegó al proceso prueba alguna que permita demostrar la dependencia económica de los padres del agente, salvo el dicho de la demanda y de la apelación, y siendo obligación de dicha parte probar este extremo la Sala modificara la sentencia de primera instancia y negará la pretensión relativa al reconocimiento de este tipo de perjuicio.

COSTAS - No condena en costas

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

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55

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

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., primero (1) de febrero de dos mil doce (2012)

Radicación número: 54001-23-31-000-1994-08357-01(21274)

Actor: CARLOS JULIO MARIN Y OTRA

Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL

Referencia: Acción de Reparación Directa

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y la demandada Ministerio de Defensa contra la sentencia del 15 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: Declárese no probada la excepción de inepta representación de las partes.

SEGUNDO: Declárese a la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional - administrativamente responsable por la muerte de LUIS ALBERTO MARIN GARCIA.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, condenase a LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL a reconocer y a pagar a título de perjuicios morales subjetivos a favor de CARLOS JULIO MARIN y ANA ROSA GARCIA de MARIN, el VALOR EN PESOS COLOMBIANOS, SEGÚN CERTIFICACIÓN DEL Banco de la República a la fecha de la ejecutoria de esta sentencia, de Mil (1.000) gramos oro para cada uno de ellos y a título de indemnización por perjuicios materiales la suma de (sic)

CUARTA: Esta sentencia se cumplirá en los términos señalados en los artículos 176 y 177 del C.C.A.” (fl.17 cp).

ANTECEDENTES

1. La demanda.

1 Fue presentada el 24 de marzo de 1994 por Carlos Julio Marín y Ana Rosa García de Marín, 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:

“PRIMERA. La Nación-Ministerio de Defensa-Nacional-Policía Nacional, es administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales causados, por fallas del servicio, a los señores **CARLOS JULIO MARIN Y ANA ROSA GARCIA DE MARIN**, padres del extinto Agente (sic) **LUIS ALBERTO MARIN GARCIA**, según hechos acaecidos en el sitio denominado La Cantina, sobre la carretera que va de Ocaña a San Calixto, lugar éste hacia donde se dirigía la víctima, por su traslado de la Estación Convención, el día 25 de Marzo de 1.992, hechos que fueron calificados por la Dirección General de esa Institución como **“especiales del servicio.-”**.

SEGUNDA. Condenar, en consecuencia, a la Nación Colombiana-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, como reparación del daño ocasionado, pagar a los actores, o a quien represente legalmente sus derechos, los perjuicios morales y materiales que equivalen a la suma que resulte, en pesos colombianos, de la liquidación de las a (sic) siguientes cantidades de oro puro, según certificación que expida el Banco de la República, a la fecha de ejecutoria de la sentencia:

a) La cantidad de un mil (1.000) gramos de oro, por perjuicios morales, a cada uno.-

b) Por perjuicios materiales para cada uno, lo equivalente a:

La suma de CINCO MILLONES que comprende los haberes que desde la fecha de su muerte a la fecha de hoy, se dejaron de recibir, tales como sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones, cesantías, con sus correspondientes reajustes, acorde con la corrección monetaria, intereses comerciales y moratorios, únicos recursos de los cuales derivaban su subsistencia y que con la trágica muerte del agente LUIS ALBERTO MARIN GARCIA, quedaron privados, y de otros perjuicios materiales que puedan establecerse previo el trámite establecido en los arts. 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil y de la condena en abstracto que determine la existencia de tales perjuicios causados como resultado directo de la muerte de LUIS ALBERTO MARIN GARCIA, personas a quienes ayudaba económicamente y habida cuenta de que la víctima, en el momento de su fallecimiento, tenía 28 años de edad y percibía, ingresos mensuales por la suma de OCHENTA Y OCHO MIL (sic) (\$108.270.00), aproximadamente.-” (fls 3 y 4 c1).

2 Como fundamento de las pretensiones, la parte actora expuso los hechos de la siguiente manera:

“(…) LUIS ALBERTO MARIN GARCIA, nacido el 25 de Marzo (sic) de 1.966 en Falan (Tolima), quien se desempeñaba como Agte. (sic) de la Policía Nacional, fue muerto en forma violenta el 25 de marzo de 1.992, por varios disparos de arma de fuego que le destrozaron el cráneo.-

El hecho violento tuvo lugar en el sitio denominado La Cantina sobre la carretera que de Ocaña conduce a San Calixto (Norte de Santander), a eso de las 14:00 horas, aproximadamente, al ser interceptado el bus en que viajaba la víctima, por presuntos guerrilleros de las FARC y del ELN, que al

identificarlo como Agente (sic) de la Policía Nacional, lo hicieron bajar del vehículo, para luego darle muerte, descargando sobre él armas de fuego de corto alcance.- La víctima ese día se movilizaba con dirección a la Sub-Estación de San Calixto a donde había sido trasladado.-

(...) la zona, para la fecha del trágico hecho, era reconocida como de altísimo riesgo, pues en (sic) meses anteriores ya había sido asesinado otro Agente (sic) y se sabía de la movilización frecuente de grupos guerrilleros por el sector, dedicados al pillaje y a las arremetidas violentas contra la fuerza pública...

(...)

La muerte del Agente (sic) **LUIS ALBERTO MARIN GARCIA**, sucedió sin duda alguna (sic) en actos especiales del servicio y así lo reconoció la Dirección General de la Policía Nacional.-

(...)

No existen evidencias probatorias ni pruebas documentales que indiquen el plan operativo diseñado por los respectivos Comandantes de Departamento o F-2, al cual como del propio Ejército, para prevenir hechos violentos en la zona y contrarrestar la movilización de grupos subversivos.”- (fls.4 y 5 c1).

2. Actuación procesal en primera instancia.

3 El Tribunal Administrativo de Norte de Santander mediante providencia del 5 de mayo de 1994 admitió la demanda (fl.16 c1), la cual fue notificada al Ministro de Defensa por conducto del Comandante del Departamento de la Policía de Norte de Santander (fl.17 c1).

4 La Nación-Ministerio de Defensa Nacional mediante apoderado contestó la demanda en la oportunidad legal, en escrito en el que manifestó que se oponía a todas las pretensiones, así como que algunos hechos debían probarse y otros no le constaban (fls.20-24 c1).

Así mismo, propuso como excepción la “indebida representación de las partes”, que sustentó en los siguientes términos:

“Entre los anexos de la demanda encontramos los poderes otorgados por los señores ANA ROSA GARCIA DE MARIN y CARLOS JULIO MARIN, quienes autentican la firma ante el (sic) Notaria Unica (sic) del Círculo de Armero, contradiciendo de esta manera el art. 65 y 84 del C. de P.C., que al tenor dice:

“El poder especial para un proceso puede conferirse por escritura pública o por memorial dirigida (sic) al juez del conocimiento como se dispone en la demanda”.

(Lo subrayado es mio (sic)).

(...)

Y la señora ANA ROSA GARCIA DE MARIN al no saber firmar debe expresar su voluntad manifestando que confiere poder al Doctor LUIS HERNEYDER AREVALO para que la represente en la presente demanda de acción de reparación directa, como lo expresan nuestras normas.

La no observancia de esta solemnidad da lugar a la INEPTA REPRESENTACION de los demandantes, pues al no otorgarse el poder conforme a las exigencias legales da lugar a la INEXISTENCIA ABSOLUTA; como me permito solicitarlo al H. Tribunal, estudiar la presente en la EXCEPCION planteada en este momento procesal.

(...)

En resumen tenemos que se configurará (sic) la INDEBIDA REPRESENTACION, por la ilegal presentación del poder pues ha debido de surtir y presentación personal en la secretaría del Tribunal Administrativo de este Departamento en esta ciudad, y no en la notaría como lo hicieron los actores, es por ellos que solicito respetuosamente al señor Magistrado Ponente del proceso en referencia, SE APRUEBE LA EXCEPCION AQUÍ PLANTEADA, por cuanto no ha debido reconocérsele personería para actuar (sic) en nombre de los señores demandantes al doctor LUIS HERNEYDER AREVALO, por INDEBIDA REPRESENTACION y como expresé anteriormente no haberse surtido la debida presentación personal del poder a él otorgado" (fls.22 y 23 c1).

5 Agotada la etapa probatoria, a la que se dio inicio mediante auto del 29 de agosto de 1994 (fls.29 y 30 c1), y sin haberse convocado a audiencia de conciliación, mediante providencia del 24 de agosto de 1999 (fl.79 c1) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

La Procuraduría 23 en lo Judicial para Asuntos Administrativos, por medio de oficio 337 de 27 de agosto de 1999 solicitó la remisión del expediente para emitir el correspondiente concepto, dentro de la oportunidad procesal (f.80 c1).

6 La apoderada de la demandada presentó sus alegatos de conclusión (fls.81 y 82 c1) mediante escrito del 10 de septiembre de 1999, reiterando lo manifestado en la contestación y agregando,

"En sub-lite, revisado minuciosamente el caudal probatorio se puede establecer que no se encuentran acreditados dentro del expediente los elementos constitutivos de la **FALLA DEL SERVICIO**, atribuible a la Entidad por mí representada, toda vez que del análisis de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos, se advierte que no se configura la falla del servicio planteada por el libelista, sino por el contrario nos encontramos frente a una causal exonerativa de responsabilidad cual es **EL HECHO DE TERCEROS**, la causa directa y real del hecho generador del daño, pues claramente esta (sic) demostrado que la muerte de **LUIS ALBERTO MARIN GARCIA** se produjo por la actividad delictiva de terceros sin que la Policía Nacional tuviera incidencia alguna en el resultado dañoso, sino que por el contrario fue el actuar irracional de personas al margen de la Ley, el hecho generador del daño, siendo por tanto inadmisibile derivar responsabilidad estatal, por cuanto como el mismo libelista lo señala la muerte del policial sobrevino a consecuencia del ataque perpetrado por presuntos guerrilleros de las FARC y del ELN, luego, el daño se produjo por un tercero representado por miembros de la subversión que opera en la zona, rompiéndose entonces, el nexo de causalidad, situación que conlleva a la exoneración de toda responsabilidad de la entidad demandada.

A más de lo anterior, cabe señalar que el Agente **LUIS ALBERTO MARIN GARCIA**, murió en actos especiales de servicio, a consecuencia de un ataque guerrillero, así las cosas es claro que los miembros que integran la Policía

Nacional, en cumplimiento a la labor a ella encomendada, corren riesgos que son asumidos por ellos mismos desde el momento que voluntariamente deciden formar parte de ella, es decir, que el extinto Agente al ingresar a la Policía Nacional sabía (sic) de antemano que se sometía a un régimen que lo obligaba a asumir riesgos propios de su actividad esto es **EL RIESGO PROPIO DEL SERVICIO** que es inherente al ejercicio de la función policial y asumido por cada uno de los integrantes.” (fl.82 c1).

7 El Ministerio Público mediante el concepto 108, de 22 de septiembre de 1999 (fls.84 a 87 c1), presentó su concepto encaminado a la ausencia de responsabilidad del Ministerio de Defensa - Policía Nacional por ausencia probatoria de una falla del servicio y por tipificarse el hecho de un tercero:

“(…) Para la Procuraduría las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar, pues el proceso esta (sic) huérfano de pruebas, en razón a que el Apoderado (sic) de los Actores (sic), no cumplió con la carga procesal de demostrar la falla del servicio que alega en el libelo de la demanda.

(…)

En el caso de estudio, ni siquiera se allegó al proceso, el acto administrativo por medio del cual se ordenó el traslado de LUIS ALBERTO MARÍN GARCIA a la Sub Estación de Policía de San Calixto, para determinar si en él, se dispuso que la Policía Nacional debía (sic) trasladarlo a dicho lugar, o que recomendaciones le dio.

(…)

Para la Procuraduría entonces no cabe duda, que la muerte de LUIS ALBERTO MARIN GARCIA, fue el producto de la acción exclusiva y determinante de terceros ajenos al Estado, tipificándose una de las causales de exculpación de responsabilidad, pues no existe prueba alguna por la cual se pueda endilgar este hecho a la Policía Nacional” (fl.86 c1).

8 La parte actora guardó silencio.

3. Sentencia de primera instancia.

9 La Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Santander, Norte de Santander y César profirió sentencia del 15 de septiembre de 2000 (fls.91 a 97 cp) en la que declaró no probada la excepción de “indebida representación de las partes” al encontrar que el documento de apoderamiento suscrito por las partes cumplió con los requerimientos legales; respecto de la debilidad probatoria indicó que tal hecho no es imputable a los actores ya que “hay constancia suficiente en el expediente del desorden administrativo de la Institución Policial como causa de la frustración de la prueba decretada”, y; respecto de la cuestión de fondo consideró:

“La sala considera que en efecto, está probada la falla del servicio, pues el acervo probatorio que obra en el expediente es indicativo de la responsabilidad administrativa de la entidad demandada por las circunstancias que rodearon el hecho de enviar a un efectivo de la Policía en zona roja sin la debida protección, facilitando el reprochable asesinato. Sin duda alguna, era una obligación de la Policía Nacional velar por la seguridad de su funcionario y no someterlo impunemente a la muerte.

Por lo anterior expuesto la Sala concluye que se impone declarar que la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICÍA NACIONAL, es administrativamente responsable, por falla del servicio, de los daños consecuenciales que se hubieren podido causar a los demandantes. Pero, para la prosperidad de las pretensiones resarcitorias, se hace necesario probar el daño.” (fl 96, c1).

5. El recurso de apelación.

10 La Procuraduría 23 Judicial de Asuntos Administrativos, por medio de escrito radicado el 2 de noviembre de 2000, interpuso recurso de apelación en el que reiteró lo manifestado en su concepto 108 de 22 de septiembre de 1999, y agregó, “(...) Si en el proceso tal y como lo manifiesta el Magistrado Ponente, existe una precariedad de la prueba tendiente a demostrar la falla del servicio; (sic) no entiende este Ministerio Público, como (sic) seguidamente se declara la responsabilidad del Estado partiendo de unas suposiciones y elucubraciones subjetivas, que no tienen ningún respaldo probatorio.

(...)

Aceptar la tesis del Tribunal de Descongestión, llevaría en la practica (sic) a que se implantara una responsabilidad objetiva cada vez que ocurriera la muerte de un policía o de un miembro de la Fuerza Pública en zonas de orden público” (fls.102-103 cp).

11 Dentro del término de ejecutoria de la sentencia, el apoderado de los demandantes presentó escrito, el 7 de noviembre de 2000 en el que solicitaba la aclaración de la sentencia, teniendo en cuenta que en la parte considerativa de la misma “se estima en el acápite “**DAÑO**” (Folio 97) que los perjuicios “**se tasarán en quinientos (500) gramos oro fino para cada uno de los padres**”, en tanto que en la parte resolutive se condena a la entidad a pagar **mil (1.000) gramos oro a cada uno**, de donde surge una duda que sería preciso aclarar” (fl.104 cp).

12 La Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional por medio de su apoderada interpuso por escrito, radicado el 8 de noviembre de 2000, recurso de apelación contra la sentencia de la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Santander, Norte de Santander y César profirió sentencia del 15 de septiembre de 2000 (fl.105 cp). Dicho recurso fue sustentado por medio de escrito radicado el 9 de mayo de 2001, en el que se reiteró lo sostenido por la demandada en su contestación y en los alegatos de conclusión en primera instancia, agregándose,

“(...) resalta con claridad la contradicción en el análisis de las probanzas por parte del H. Tribunal, pues no se valoro (sic) la prueba en forma global, sino por el contrario, parece que se sesga para atribuirle responsabilidad a la administración con fundamento en la falla del servicio que no logro ser demostrada por la parte actora, pues en el *sub-judice* no se estructuran los elementos de la responsabilidad” (fl.127 cp).

13 La parte actora, a su vez, interpuso recurso de apelación por escrito radicado el 10 de noviembre de 2000, en cuya sustentación planteó su desacuerdo con la sentencia en cuanto a,

“(...) Que conforme a lo reiterado por la Doctrina (sic) y la Jurisprudencia (sic), **existe la presunción legal** de dependencia económica de los padres,

respecto de sus hijos, cuando éstos no hayan cumplido 25 años de edad, encontrándose aún solteros...

(...)

Es lo anterior, precisamente el caso que nos ocupa, por cuanto la víctima al momento de su fallecimiento sólo contaba escasos **22 años de edad**, lo cual quiere decir que está dentro del contexto de aquella presunción" (fls.109 y 110 cp).

14 La Sala de Descongestión del Tribunal de Santander, Norte de Santander y Cesar por auto de 15 de diciembre de 2000 aclaró y corrigió la sentencia de 15 de septiembre de 2000, de tal manera que el numeral segundo de la citada sentencia quedaba así,

"2.- Como consecuencia de la anterior declaración, condenase (sic) a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional a reconocer y a pagar a título de perjuicios morales subjetivos a favor de CARLOS JULIO MARIN Y (sic) ANA ROSA GARCIA DE MARIN, el valor en pesos Colombianos (sic), según certificación del Banco de la República a la fecha de la ejecutoria de la sentencia, de quinientos gramos de oro para cada uno de ellos" (fl.117 cp).

15 En atención al auto de aclaración de la sentencia, de 15 de diciembre de 2000, la parte actora presentó escrito en el que pretende interponer recurso de apelación contra este, sustentado en que,

"(...) apenas se reconocieron 500 gramos oro para cada uno de los padres, que bien habría podido ser 1.000 que son los indicados en la ley, dada la dimensión del daño por la pérdida de una vida humana y nada por perjuicios materiales que esta (sic) sola circunstancia significa y que, obviamente, se encuentra debidamente probada" (fl.121 cp).

16 El Tribunal Administrativo de Norte de Santander por auto de 19 de abril de 2001 concedió los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y por la demandada, y negó el presentado por el Ministerio Público "por extemporáneo" (fl.124 cp).

6. Trámite en segunda instancia.

17 El Despacho de la Corporación que tuvo conocimiento, por auto de 11 de octubre de 2001 admitió los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y por la demanda (fl.132 cp).

18 Mediante auto de 6 de noviembre de 2001 se corrió traslado a la partes y al Ministerio Público para presentar sus alegatos y rendir el concepto correspondiente (fl.134 cp).

19 Las partes¹ y el Ministerio Público guardaron silencio.

20 Mediante oficio J-3119, de 5 de mayo de 2006, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander remitió "un Cuaderno (sic) de Pruebas (sic) que consta de 132 folios, el cual corresponde al Proceso (sic) 8357 promovido por CARLOS JULIO

¹ De acuerdo con constancia secretarial que obra en el expediente el término para presentar los alegatos de conclusión corrió desde el 15 y hasta el 28 de noviembre de 2001, pese a lo cual el 5 de diciembre de 2001 la apoderada de la demandada presentó escrito en el que exponía sus alegatos de conclusión (fls.135 a 138 cp).

MARIN (enmendado) Y (sic) OTROS, el cual fue enviado a esa alta Corporación por apelación, mediante Oficio 4492 de julio 23 de 2001 (fl.150 cp).

21 El despacho de conocimiento por auto de 30 de junio de 2006 estableció,

“Incorporase al expediente los documentos provenientes del Tribunal Administrativo de Norte Santander, los cuales obran a folios 150 y siguientes; y (sic) que serán valorados en su oportunidad” (fl.287 cp).

22 El apoderado de la parte actora por medio de escrito, radicado el 8 de julio de 2009, solicitó “**CONVOCAR** a las partes a una **DILIGENCIA DE CONCILIACION JUDICIAL**” (fl.290 cp).

23 Mediante auto de 16 de julio de 2009, el despacho de conocimiento, procedió a fijar fecha y hora para la celebración de la audiencia de conciliación citada por la parte actora para el 3 de septiembre de 2009 (fl.291 cp).

24 La Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado emitió el concepto de conciliación 051 de 2009 en el que señaló su viabilidad y sostuvo,

“(…) De conformidad con los medios de prueba referidos, se debe señalar que se probó una falla en el servicio porque al Agente Marín García se le sometió a una situación extraordinaria al disponer su traslado por necesidades del servicio, sin que para su desplazamiento se adoptaran las medidas de seguridad requeridas teniendo en cuenta que en la zona por la que debía transitar operaban grupos subversivos.

(…)

(…) Habría lugar a reconocer perjuicios morales a favor de los actores, por cuanto de la prueba del parentesco y conforme a las leyes de la experiencia se presume la aflicción y el sufrimiento que la muerte de su hijo les causó a los demandantes.

En relación con los perjuicios de orden material, no aparece acreditada la dependencia económica de los demandantes frente a la víctima –quien para la fecha de los hechos había cumplido 26 años y no se acreditó que fuera hijo único-“ (fls.293 cara posterior y 294 cp).

25 La apoderada de la demandada por escrito, radicado el 31 de agosto de 2009, solicitó el aplazamiento de la audiencia de conciliación “teniendo en cuenta que no ha sido estudiada y analizada por el Comité de Conciliación del Ministerio de Defensa y Policía Nacional” (fl.295 cp). En una nueva ocasión, escrito radicado el 29 de septiembre de 2009, la misma apoderada informó que a la entidad demandada no le asistía ánimo conciliatorio (fl.297 cp).

CONSIDERACIONES

1. Competencia

1 La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y la demandada Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, contra la sentencia de 15 de septiembre de 2000 proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Santander, Norte de Santander y

Cesar, mediante la cual, se declaró no probada la excepción de inepta representación de las partes; se declaró la responsabilidad de la demandada por la muerte del agente Luis Alberto Marín García, y; se le condenó al pago de 1000 gramos oro para cada uno de los demandantes, por concepto de perjuicios morales.

2 La Sala observa que es competente para resolver el asunto *sub judice*, teniendo en cuenta que la pretensión mayor, referida en la demanda a los perjuicios morales excedía la cuantía mínima exigida para que opere la doble instancia², en aplicación del decreto 597 de 1988.

3 El análisis de la impugnación se circunscribirá a los argumentos expuestos y desarrollados por la parte actora y por la demandada en los recursos de apelación, específicamente en lo que tiene que ver con: a) por la parte actora, el no haber sido reconocida la indemnización por concepto de perjuicios materiales, con énfasis en la dependencia económica de los padres respecto de los hijos cuando no han cumplido los 25 años y son solteros; y haber sido reconocido la indemnización de 500 gramos, por concepto de perjuicios morales; b) por la demandada, la ausencia de prueba de la falla del servicio; la contradicción en el análisis de las pruebas.

4 Pese a lo anterior, y en atención a que la sentencia del a quo fue apelada por las partes en el proceso, la Sala de Sub-sección C procede a examinar en su integridad dicha decisión.

2. Aspectos procesales previos.

5 Son varios los aspectos procesales que deben dilucidarse previamente al estudio de fondo de la decisión: a) la declaratoria de extemporáneo del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público; b) la apelación interpuesta por la parte actora contra la providencia del 15 de diciembre de 2000 en virtud de la cual se corrigió la sentencia del 15 de septiembre de 2000, y; c) la prueba trasladada de la investigación administrativa adelantada por la Policía Nacional con ocasión de la muerte del agente Luis Alberto Marín García.

a) En cuanto a la declaratoria de extemporáneo del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, si bien el auto del a quo que concedió el mismo no fue objeto de recurso por la Procuraduría Delegada, la Sala encuentra necesario precisar que si bien la notificación personal de la sentencia de 15 de septiembre de 2000 se surtió el 24 de octubre de 2000³ para este apelante, el edicto con el que se notificó a las demás partes se fijó el 2 de noviembre y se desfijó el 7 de noviembre de 2000 (como consta en el informe secretaria a folio 99 cp), lo que implicaba que el término que tenía todas las partes, y no sólo la actora y la demandada, transcurrió entre el 8 y el 10 de noviembre de 2000, momento para el cual ya había sido presentado y sustentado el mismo por el Ministerio Público, esto es, el 2 de noviembre, encontrando la Sala que dicho recurso se interpuso dentro de término y deberá ser tenido en cuenta al momento de su pronunciamiento de fondo, pese a que no haya sido objeto de recurso alguno el auto mediante el cual el a quo lo negó por extemporáneo.

² La mayor pretensión en la demanda presentada estaba constituida por el perjuicio moral, en valor de 1000 gramos de oro, que para época de presentación de la demanda equivalía en pesos colombianos (al valor del gramo oro certificado por el Banco de la República) a \$10.774.290.00, lo que excedía la cuantía mínima establecida para que un proceso en 1994 tuviera vocación de doble instancia, esto es, de \$9.610.00.00.

³ En cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 314 del CPC, por remisión expresa del artículo 267 del CCA.

b) La apelación interpuesta por la parte actora contra la providencia del 15 de diciembre de 2000 en virtud de la cual se corrigió la sentencia del 15 de septiembre de 2000.

El a quo mediante auto de 15 de diciembre de 2000 manifestó que aclaraba la sentencia de 15 de septiembre de 2000 en los términos del artículo 310 del CPC (fls.116 y 117 cp). Y si bien se equivoca el Tribunal de instancia en el fundamento normativo de su providencia, ya que debía haber invocado el artículo 309 del CPC, nos encontramos ante una providencia o auto complementario de lo contenido en la parte resolutive de la sentencia, el cual por expresa referencia normativa “no tiene recursos” (inciso final del artículo 309 del CPC). Lo anterior indica que el recurso interpuesto por la parte actora contra la providencia del 15 de diciembre de 2000 es improcedente. Sin perjuicio de lo antes señalado, la Sala encuentra que en aplicación del inciso 4 del artículo 352 del CPC la “apelación contra una providencia comprende la del auto que resuelva sobre la complementación”, lo que implica que el pronunciamiento de fondo comprenderá este también, tal como se expresa en la norma citada, sin que implique la concesión, admisión o negación del recurso iterado por la parte actora, que como quedó dicho resulta ser improcedente en los términos de la legislación vigente.

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

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

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

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

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

El precedente de la Sala ha sostenido, que en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas recaudadas dentro de otro proceso es solicitado por ambas partes, como ocurre en el presente proceso, dichas pruebas pueden ser tenidas en cuenta en el proceso contencioso administrativo, aun cuando hayan sido practicadas sin citación o intervención de alguna de ellas en el proceso original y no hayan sido ratificadas en el contencioso administrativo⁴, considerando que en tales casos resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión⁵.

⁴ Sección Tercera, sentencia de 21 de febrero de 2002. Exp.12789.

⁵ Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2011. Exp.18429.

La posibilidad de apreciar tales pruebas dependerá de si en el proceso al cual se trasladan se atienden las formalidades que la ley ha establecido respecto de cada una de éstas, asunto precisado por la Sala en los siguientes términos⁶:

“... El artículo 229 del mismo código dispone:

“Sólo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos:

“Cuando se hayan rendido en otro, sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan en el posterior.

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

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

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

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

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

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

⁶ Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000. Exp.11898.

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

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

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

3. La excepción de indebida representación de las partes propuesta por la demandada.

7 La indebida representación es un hecho que constituye una excepción previa y comprende una causal de nulidad procesal, pero en ningún caso puede entenderse como causa para recurrir. En cuanto excepción previa esta prevista en el numeral 5 del artículo 97 del CPC. En tanto que como causal de nulidad está consagrada en el numeral 7 del artículo 140 del CPC, cuya configuración procede respecto de los apoderados judiciales “por carencia absoluta de poder”, y sólo puede alegarse por la persona afectada, como reza en el inciso 3 del artículo 143 del CPC⁷. En cuanto a esto último, la jurisprudencia de la Sección Tercera sostiene,

“El numeral 7º del artículo 140 del C. de P. C., aplicable a los procesos que se adelantan ante esta jurisdicción por remisión expresa del artículo 165 del C. C. A., contempla como causal de nulidad la indebida representación y precisa que tratándose de apoderados judiciales aquella sólo se constituye por carencia total de poder para el respectivo proceso, sin embargo cuando, como en este caso, los demandantes han otorgado mandato para presentar demanda de reparación directa, contra la Nación - Rama Judicial, representada a través de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, por razón de unos hechos que generaron una serie de perjuicios de tipo patrimonial y que fueron producto de la investigación penal adelantada en contra de los demandantes que por ese hecho estuvieron privados de la libertad con el fin de obtener la correspondiente indemnización de perjuicios, no puede hablarse de ausencia total de poder. Sin perjuicio de lo expuesto, la Sala debe reiterar el criterio expuesto en las sentencias proferidas el 21 de febrero de 2002 y el 29 de agosto de 2007, en el sentido de que aun si se

⁷ Puede verse: Sección Tercera, sentencia de 8 de noviembre de 1999. Exp.16956.

tuviere por cierto que se hubiere configurado la causal de nulidad referida por ausencia total de poder, la misma debe tenerse por saneada cuando dicha circunstancia no hubiere sido alegada por las partes y cuando a pesar del vicio el acto procesal de representación se hubiere cumplido su finalidad y no se hubiere violado el derecho de defensa, finalidad que lógicamente está referida al hecho de que salgan airoas las súplicas formuladas a favor de la persona indebidamente representada y que en este caso, como se anunció, se configura en pro de los intereses de los demandantes porque la declaratoria de responsabilidad dictada por el Tribunal será confirmada”⁸.

8 Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala de Sub-sección encuentra que la excepción, propuesta por la demandada con su escrito de contestación, de indebida representación no tiene la vocación de prosperar, confirmándose la decisión del a quo, por cuanto el poder otorgado por Ana Rosa García de Marín fue otorgado en debida y legal forma, aplicados sistemáticamente los artículos 65 y 84 del CPC. De acuerdo con el inciso 2° del artículo 65 del CPC el “poder especial para un proceso puede conferirse por escritura pública o por memorial dirigido al juez de conocimiento, presentado como se dispone para la demanda”. Dicha presentación según el artículo 84 exige que las firmas deban autenticarse “por quienes las suscriban, mediante comparecencia personal ante el secretario de cualquier despacho judicial, o ante notario de cualquier círculo”.

Así mismo, como en el presente caso el poder otorgado por Ana Rosa García de Marín no fue firmado por la misma, como consta en el reconocimiento de la firma puesto por el Notario Único de Armero (fl.2 cara posterior c1), sino que fue firmado y reconocida la misma por María Emilce Díaz de Barragán, la Sala encuentra procedente dicha forma de otorgamiento del poder, en aplicación de la figura jurídica de la firma al ruego consagrada en el artículo 69 del decreto 960 de 1970.

4. Los medios probatorios.

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

- a) Copia autenticada de partida de matrimonio entre Carlos Julio Marín y Ana Rosa García, de la Parroquia Nuestra Señora del Carmen - Frías (fl.12 c1).
- b) Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Luis Alberto Marín García, hijo de Carlos Julio Marín y de Ana Rosa García Torres, expedida por la Registraduría Municipal del Estado Civil de Falan (Tolima) (fls.13 c1 y 209 cp).
- c) Copia autenticada del acta civil de defunción de Luis Alberto Marín García, expedida por el Notario Público de Primera Categoría de Ocaña, Norte de Santander (fl.14 c1).
- d) Copia del formulario de designación de beneficiarios de la póliza de vida que tenía el agente Luis Alberto Marín García, en la que aparece como tal Ana Rosa García de Marín (fl.212 cp).
- e) Copia de la afiliación al auxilio mutuo en la que aparece como beneficiaria Ana Rosa García de Marín (fl.213 cp).
- f) Oficio 1265/+JUPEM-C.789, de 13 de octubre de 1994, del Juzgado Setenta de Instrucción Penal Militar, en el que se indicó que “se sirva informar a este despacho los nombres de los presuntos implicados en el ilícito (sic), ya que se hace necesario para dar una contestación satisfactoria y oportuna” (fl.31 c1).

⁸ Sección Tercera, sentencia de 25 de febrero de 2009. Exp.25508.

- g) Oficio No. 0557 XJPMI - 789 de 18 de octubre de 1994, del Comandante del Departamento de Policía de Norte de Santander, Juez de Primera Instancia, Coronel Raúl de Jesús Suárez Gutiérrez, (fls.32 y 33 c1).
- h) Oficio 2063/XDOCA-929, de 14 de octubre de 1994, dirigido al Jefe de la Oficina de Recursos Humanos y suscrito por el Comandante del Cuarto Distrito de Policía del Departamento de Norte de Santander, CT. Gonzalo Duarte Bernal, (fl.34 c1).
- i) Oficio ULOC-0185-94, de 31 de marzo de 1994, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Nor-Oriente, Unidad Local, en (fl.35 c1).
- j) Oficio 3005 DIPSO - 175, de 11 de noviembre de 1994, del Jefe de la División de Prestaciones Sociales de la Policía Nacional, Teniente Coronel Carlos Ariel Luengas Luengas, mediante el cual se allegó copia auténtica de “los documentos que a continuación se relacionan correspondientes al AG. LUIS ALBERTO MARIN GARCIA, quien falleció el 25 de marzo de 1992:

“- Cese para prestaciones sociales donde están especificados los últimos haberes devengados por el causante⁹.
- Informativo prestacional No. 004 de 1992¹⁰.
- Resolución No. 10089 del 13 de noviembre/92 por la cual se reconocen prestaciones sociales a los señores CARLOS JULIO MARIN y ANA ROSA GARCIA DE MARIN.” (fls.44 a 67 c1).

Adicionalmente, se informó,

“(…) que en el día de hoy, con oficios 2998 y 2999 hemos remitido fotocopia de su oficio citado en el asunto a la Unidad de Primas y Vacaciones para que se informe lo pertinente a la Caja General de la Policía Nacional, a fin de que se certifique sobre el pago de indemnización por muerte y cesantía.
La pensión a favor de los beneficiarios está nominada en el Departamento Policía (sic) Tolima” (fl.44 c1).

Dentro de los documentos allegados obra el i) oficio No. 0323 RDOCA - C/129, de 26 de marzo de 1992, suscrito por el Comandante del Cuarto Distrito de Policía Ocaña y dirigido al Comandante del Departamento de Policía Norte de Santander y mediante el cual puso en conocimiento los hechos “ocurridos en la vía que de Ocaña conduce a San Calixto, el día 25 de marzo del presente año” (fls.48 c1; 159 y 172 cp).

Así mismo, obra el ii) derecho de petición presentado por Carlos Julio Marín, con sello de recibido el 19 de agosto de 1992, por medio de su yerno Edgar Rodríguez Marín, al Director General de la Policía Nacional (fls.49 y 50 c1).

De igual forma, obra en el expediente el iii) Informe Administrativo por muerte No.004-92, del Comandante del Departamento de Policía Norte de Santander, de 24 de abril de 1992, (fls.52, 63 c1 y 183 cp). A su vez, hacen parte del mencionado Informe Administrativo: - declaración del señor Jesús Alirio Torrado Ascanio, conductor del bus en que se transportaba el Agente Marín García el día de los hechos (fls.53-54 c1; 160, 161, 173 y 174 cp); - declaración rendida por Noel Torrado Torrado, propietario del vehículo en el que se transportaba la víctima (fls.55 c1; 162 y 175 cp); - Auto del Comandante del Cuarto Distrito de la Policía

⁹ Dentro del documento aportado se discrimina el sueldo básico (\$73.040.00), la prima de actividad (35%, \$25.564.00), prima de actualización (15%, \$10.956.00), prima de alimentación (\$6.400.00) y auxilio de transporte (\$6.033.00) (fl.45 c1).

¹⁰ Abierto de oficio, contando como investigador al Mayor César Emilio Camargo Cuchia, iniciado el 26 de marzo de 1992 y terminado el 11 de abril de 1992 (fl.47 c1).

Ocaña, ordenando allegar el “certificado de defunción y necropsia (sic) practicado al cadáver del extinto AG MARIN GARCIA LUIS ALBERTO quien fué (sic) muerto en la vía que de Ocaña conduce al Municipio de San Calixto” (fls.57 c1, 164 y 177 cp). Como consecuencia del anterior auto, se allegó copia auténtica del “Acta Civil de Defunción”, expedida por el Notario Público Principal de Primera Categoría de Ocaña (Norte de Santander), que aparece en el Tomo 92 del año 1992 (fls.58 c1, 165 y 178 cp); - Oficio del “Médico Rural Regional # 3” Marcos Jaime Castaño Robles al Juzgado Veintiuno (21) de Instrucción Criminal, de 30 de marzo de 1992 (fls.59 c1, 166 y 179 cp); - Concepto del Comandante del Cuarto Distrito de Policía de Ocaña, de 11 de abril de 1992, en el que se expuso los resultados y consideraciones respecto de la investigación administrativa por la muerte del agente Luis Alberto Marín García (fls.61 c1, 168 y 180 cp); - Finalmente, se aportó la iv) Resolución 10089 de 13 de noviembre de 1992 mediante el cual la Seccional de Prestaciones Sociales de la Policía Nacional consignó,

“Que de acuerdo con la liquidación de servicios expedida por el Archivo General, el señor AG. MARIN GARCIA LUIS ALBERTO, ingresó el 08 de septiembre de 1986 y fue retirado el 25 de marzo de 1992 por Defunción (sic), en la categoría de CABO SEGUNDO con un tiempo total de servicio de 05 años, 07 meses y 12 días _____

Que por haber fallecido en actividad, causó derecho a pensión por muerte y auxilio de cesantía de conformidad Los art. 123 del Decreto 1213/90 y 140,141,143,144,150,151,152,168,168,169,173 y 174 del Decreto 1212/90.

Que el fallecimiento se calificó en ACTOS ESPECIALES DEL SERVICIO (48 meses Indem.) Ascenso póstumo (sic) al grado de Cabo Segundo según Res. No.8752 del 6-10-92

Que el Centro de Sistemas con base en la liquidación de servicios, del Informativo y Cese de Prestaciones efectuó la respectiva liquidación, la cual se anexa al expediente, correspondiéndole la suma de \$1'299.246.00 por auxilio de Doble (agregado a máquina) cesantía, \$5'196.984.00 por indemnización por muerte y una pensión mensual liquidada así: El cincuenta 50% sobre el sueldo básico de un CS., Quince 15% de Prima (sic) de actividad, Doce 12% de Prima (sic) de actualización y 1/12 de Prima (sic) de navidad.

Que a reclamar estas prestaciones se han presentado el señor CARLOS JULIO MARIN y la señora ANA ROSA GARCIA DE MARIN, en calidad de padres del causante, quienes han acreditado la calidad de beneficiarios con los documentos que obran en el expediente y se presentaron dentro de los términos legales de fijación del Edicto.

(...)

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO.- A partir del 26 de marzo de 1992 reconocer y pagar a L (sic) Señor CARLOS JULIO MARIN y la señora ANA ROSA GARCIA DE MARIN... una pensión mensual Post-mortem en cuantía de CINCUENTA Y CUATRO MIL CIENTO TREINTA Y CINCO PESOS CON 25/100-===== (\$54.135.25)

(...)

ARTICULO SEGUNDO.- Reconocer y pagar al señor CARLOS JULIO MARIN y a la señora ROSA GARCIA DE MARIN... la suma de SEIS MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS TREINTA PESOS CON 00/100 (\$6'496.230.00) como indemnización por muerte y auxilio de cesantía” (fls.64, 65 c1; 155 y 156 cp).

k) Oficio 11945/SUAFI-UCAGE-929 del Jefe Unidad Caja General PONAL mediante el cual se allega copia de “la cancelación de las prestaciones sociales

del Exagente (sic) LUIS ALBERTO MARIN GARCIA a sus beneficiarios señor CARLOS JULIO MARIN y Señora ANA ROSA GARCIA DE MARIN a quienes a su vez autorizan al señor EDGAR RODRIGUEZ MARIN a quien se le efectuó el pago de los cheques cada uno por valor de \$3'248.115.00 para un total de \$6.496.230.00"¹¹. (fl.66 c1).

l) Oficio S.C. 1909, de 25 de julio de 1996, de la Unidad Seccional de Fiscalía de Ocaña (fl.74 c1).

m) Oficio No. 17434, de 29 de noviembre de 1996, de la Fiscalía Regional Unidad de Previa de Cúcuta (fl.76 c1).

n) Oficio 003436/UREHU-SEHVI-C/150, de 21 de diciembre de 1994, suscrito por el Comandante del Departamento de Policía de Norte de Santander, con el que se remitió la hoja de vida perteneciente al agente Luis Alberto Marín García que constaba de 131 folios, identificada con el número 177139, y en la que se consignó que la causal de retiro fue por "muerte en servicio activo" (fl.152 cp).

o) Hoja de servicios del agente Luis Alberto Marín García en la que se consignó que desde el 18 de septiembre de 1986 y hasta el 25 de marzo de 1992 se computó un tiempo de servicios de 5 años, 7 meses y 12 días. En la misma se reconoció como grupo familiar a Ana Rosa García y a Carlos Julio Marín. Finalmente, se consignó que el último salario devengado, incluidas prestaciones, por el agente fallecido fue de \$157.770.00 (fl.184 cp). Dentro de la hoja de vida de servicios se allegó, - Auto en el que se notificó una sanción de "DOS (2) DIAS DE ARRESTO SEVERO" al agente Luis Alberto Marín García en 1987, por cometer faltas contra "LA SUBORDINACION" y consistente en "REPLICAR CONSTANTEMENTE LAS ORDENES Y OBSERVACIONES HECHAS POR EL CP. HENAO CAICEDO ALIRIO, CRITICANDO SUS ACTUACIONES COMO SUPERIOR. HECHOS SUCEDIDOS CON ALGUNA FRECUENCIA EN LA SUBESTACION ORIPAYA" (fl.216 cp); - Orden Interna 068, de 27 de marzo de 1989, por medio de la que se estableció el traslado del agente Luis Alberto Marín García "al Cuarto Distrito Contraguerrilla a partir del 21 de marzo de 1989 (fl.261 cp); - Orden Interna 011, de 31 de marzo de 1989, por medio de la que se estableció la destinación del agente Luis Alberto Marín García a la sección de contraguerrilla en el cuarto distrito de Ocaña (fl.260 cp); Orden Interna 020, de 27 de mayo de 1989, por medio de la que se estableció el traslado del agente Luis Alberto Marín García "de la Sección Contraguerrilla a Convención" (fl.259 cp).

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

10 La Sala advierte que la muerte del agente de la Policía Nacional Luis Alberto Marín García, en la vía que conduce de Ocaña a San Calixto, son producto o resultado del conflicto armado interno¹² que el país viene sufriendo desde hace décadas, lo que hace exigible al Estado un deber positivo de protección no sólo respecto a los ciudadanos o población civil, sino también en relación con los propios miembros de la fuerza pública. De acuerdo con la jurisprudencia de la Subsección,

"Dicho deber positivo (u objetivo) de protección que está en cabeza del Estado se hace exigible imperativamente si se quiere corresponderse con el

¹¹ Se acompaña copia de cuatro (4) recibos de correspondencia en los que se hace constar el pago de las prestaciones sociales a los familiares de la víctima (fl.67 c1). Así mismo, obra copia de la autorización que Carlos Julio Marín y Ana Rosa García de Marín concedió a Edgar Rodríguez Marín para que en su nombre y representación cobrara las prestaciones sociales reconocidas por la muerte de Luis Alberto Marín García (fl.68 c1). Finalmente, se allegó copia del registro de pagos de las prestaciones (fl.70 c1).

¹² Reconocido así en el precedente jurisprudencial constitucional: sentencias C-802 de 2002; C-172 de 2004; C-291 de 2007; T-444 de 2008; T-496 de 2008; T-922^a de 2008.

respeto de las reglas de derecho internacional humanitario, en especial con lo establecido en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, el cual reza:

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

Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o cualquier otro criterio análogo.

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

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

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

“Según la Corte Internacional de Justicia, el artículo 3 común es uno de los principios generales fundamentales del derecho humanitario¹³, y las reglas que lo componen reflejan lo que se denominó en la sentencia de 1949 sobre el Estrecho de Corfú como “consideraciones elementales de humanidad”¹⁴. En la Opinión Consultiva de 1996 sobre las armas nucleares, la Corte Internacional de Justicia enfatizó que la naturaleza humanitaria de las reglas plasmadas en el Artículo 3 común subyace a la totalidad del derecho internacional humanitario y se aplica a todo tipo de conflictos y de armas: “El carácter intrínsecamente humanitario de los principios legales en cuestión (...) permea la totalidad del derecho del conflicto armado, y se aplica a todas las formas de guerra y a todo tipo de armas, las del pasado, las del presente y las del futuro”¹⁵. El carácter imperativo del principio humanitario subyacente al Artículo 3 Común y a los instrumentos universales y regionales de derechos humanos ha sido resaltado también por el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, al indicar que “las disposiciones del Artículo 3 Común y de los instrumentos universales y regionales de derechos humanos comparten un núcleo común de estándares fundamentales que son aplicables en todo tiempo, en todas las circunstancias y a todas las partes, y

¹³ Corte Internacional de Justicia, caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, 1986.

¹⁴ Traducción informal: “and they are rules which, in the Court’s opinion, reflect what the Court in 1949 called ‘elementary considerations of humanity’”. Corte Internacional de Justicia, caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, 1986.

¹⁵ Traducción informal: “[T]he intrinsically humanitarian character of the legal principles in question (...) permeates the entire law of armed conflict and applies to all forms of warfare and to all kinds of weapons, those of the past, those of the present and those of the future”. Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la Legalidad o el Uso de Armas Nucleares, 1996.

de los cuales no se permite ninguna derogación”¹⁶. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la obligación de cumplir con el artículo 3 común de los convenios de Ginebra es una obligación de carácter absoluto, que no está sujeta a reciprocidad¹⁷. El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia también ha señalado que la obligación esencial impuesta a las partes de un conflicto armado internacional o interno por el Artículo 3 Común—cuyo carácter consuetudinario es indudable— es la de cumplir ciertos estándares humanitarios fundamentales, mediante “la aplicación de las reglas de humanidad reconocidas como esenciales por las naciones civilizadas”¹⁸ y el establecimiento de un nivel mínimo de protección para las personas que no toman parte activa en las hostilidades¹⁹; todo lo cual contribuye a que el Artículo 3 común sea en sí mismo una fuente autónoma y consuetudinaria de responsabilidad penal individual²⁰.

Según ha explicado el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, el propósito mismo del Artículo 3 común es el de reivindicar y proteger la dignidad humana inherente al individuo; por ello, el listado de posibles contravenciones de ese principio de dignidad es una mera enunciación, no taxativa, de formas particularmente graves de maltrato que son fundamentalmente incompatibles con el principio subyacente de trato humano²¹. Según han precisado tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, las garantías mínimas establecidas en el artículo 3 común se aplican, en el contexto de los conflictos armados internos, a quienes no toman parte directa o activa en las hostilidades, incluida la población civil y las personas puestas fuera de combate por rendición, captura u otras causas²².

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

¹⁷ “la obligación de dar cumplimiento al artículo 3 común es absoluta para ambas partes e independiente de la obligación de la otra parte.” Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997.

¹⁸ Traducción informal: “Common Article 3 requires the warring parties to abide by certain fundamental humanitarian standards by ensuring ‘the application of the rules of humanity which are recognized as essential by civilized nations.’” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Sefer Halilovic, sentencia del 16 de noviembre de 2005.

¹⁹ Traducción informal: “Common Article 3 of the Geneva Conventions (...) sets out a minimum level of protection for ‘persons taking no active part in the hostilities’”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Momcilo Krajisnik, sentencia del 27 de septiembre de 2006.

²⁰ Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005.

²¹ El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia explicó en este sentido en el caso Aleksovski: “Una lectura del párrafo (1) del artículo 3 común revela que su propósito es el de reivindicar y proteger la dignidad humana inherente al individuo. Prescribe trato humano sin discriminación basada en raza, color, religión o credo, sexo, nacimiento, o riqueza, u otros criterios similares. En lugar de definir el tratamiento humano allí garantizado, los Estados partes eligieron proscribir formas particularmente odiosas de maltrato que son, sin duda, incompatibles con el trato humano.” [Traducción informal: “A reading of paragraph (1) of common Article 3 reveals that its purpose is to uphold and protect the inherent human dignity of the individual. It prescribes humane treatment without discrimination based on ‘race, colour, religion or faith, sex, birth, or wealth, or any other similar criteria’. Instead of defining the humane treatment which is guaranteed, the States parties chose to proscribe particularly odious forms of mistreatment that are without question incompatible with humane treatment.”]

²² En términos de la Comisión: “El objetivo básico del artículo 3 común es disponer de ciertas normas legales mínimas que se puedan aplicar en el curso de hostilidades para proteger a las personas que no tomaron, o que ya no toman parte directa o activa en las hostilidades. Las personas que tienen derecho a la protección que legalmente les confiere el artículo 3 común, incluyen a los miembros del gobierno y de las fuerzas disidentes que se rinden, son capturados o están fuera de combate (*hors de combat*). De igual modo, los civiles están protegidos por las garantías del artículo 3 común, cuando son capturados o de alguna otra manera quedan sujetos a la autoridad de un adversario, incluso aunque hayan militado en las filas de la parte opositora”. Comisión

Como se mencionó en apartados anteriores, el carácter consuetudinario de las normas básicas de las Convenciones de Ginebra de 1949, concretamente los artículos comunes 1 y 3, ha sido confirmado por distintos tribunales internacionales; entre otras, por la Corte Internacional de Justicia en el caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, en el cual las clasificó como “los principios generales fundamentales del derecho humanitario”²³.

Sin duda, el deber positivo que el Estado tiene para con los agentes de la Policía Nacional se extrema en condiciones específicas de conflicto armado interno y, específicamente, como los ocurridos con ocasión del traslado que estaba cumpliendo el agente Luis Alberto entre Ocaña y San Calixto (Norte de Santander), quien se vio sometido a una exposición a un amenaza cierta y real, derivada de la alteración del orden público, de la constatación de otros eventos en los que habían expuestos otros agentes, y de la manifestación de la propia entidad demandada, con posterioridad al fallecimiento del agente Luis Alberto, de la realización de los traslados y desplazamientos de tales miembros de la fuerza públicos por medios de transporte diferentes a los ordinarios o civiles, lo que lleva a concluir, en este estado del análisis, que se produjeron flagrantes violaciones al derecho a la vida y a la integridad personal. Se trata, sin duda alguna, de exigir no sólo el respeto de los derechos consagrados constitucionalmente (reconocido como quedó que el ciudadano-soldado no renuncia a estos), sino que también debe acatarse las reglas del derecho internacional humanitario (como la señalada) como forma de hacer efectivos tales derechos, y como corolario del respeto a las reglas del derecho internacional humanitario, como la señalada, es un

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

El carácter prevalente del derecho internacional humanitario impide que pueda ser desconocido a través de las medidas de estado de excepción. Es evidente que al pertenecer el derecho de los conflictos armados al ámbito del derecho internacional general, su preceptiva adquiere la misma función que los derechos intangibles a los que se hizo referencia al analizar los artículos 4 del Pacto Internacional y 27 de la Convención Americana, lo que a su vez es reforzado por la obligación de cumplir con los compromisos que el Estado colombiano ha suscrito en virtud de la ratificación y aprobación de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales”.

Es precisamente la salvaguarda del derecho a la vida y a la integridad personal un mandato positivo (objetivo) del Estado, que tiene su sustento no sólo en nuestra Carta Política, sino que encuentra fundamento (invocando la cláusula del bloque de constitucionalidad del artículo 93 de la Constitución) en el derecho internacional

Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997. En igual sentido, ver el caso Limaj del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia: “dado que el Artículo 3 Común protege a las personas que no toman parte activa en las hostilidades, las víctimas de la violación alegada no deben haber estado tomando parte activa en las hostilidades al momento de la comisión del crimen” [Traducción informal: “as Common Article 3 protects persons taking no active part in the hostilities, the victims of the alleged violation must have taken no active part in the hostilities at the time the crime was committed”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005.]

²³ Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007.

humanitario, donde la premisa indica que “el derecho a no ser arbitrariamente privado de la vida se aplica también durante las hostilidades”²⁴, lo que comprende las situaciones de conflicto armado interno como en el que se encuentra el país.

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

*“La muerte de los combatientes es justificable (...) únicamente cuando la propia guerra es legal. Pero cuando la guerra es ilegal (...), no hay nada que justifique las muertes y esos asesinatos no pueden distinguirse de aquellos que cometen el resto de las bandas de salteadores al margen de la ley”*²⁵.

A lo que cabe agregar,

*“Por lo que respecta a la dirección de las hostilidades, no debe considerarse permitido causar <<ningún perjuicio que no tienda materialmente al fin (de la victoria), ni ningún perjuicio cuyo carácter de medio conducente al fin sea leve en comparación con la entidad del perjuicio>>”*²⁶. Lo que aquí se prohíbe es el daño excesivo. Hay dos criterios propuestos para determinar el exceso. El primero es el de la victoria misma o el de lo habitualmente recibe el nombre de necesidad militar. El segundo depende de cierta noción de proporcionalidad: hemos de valorar <<el perjuicio causado>>, lo que, presumiblemente, no sólo se refiere al daño inmediatamente producido a los individuos, sino también a cualquier ofensa infligida a los intereses permanentes de la humanidad, y valorarlo por contraposición que aporta el perjuicio respecto al fin de la victoria.

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

²⁴ Corte Internacional de Justicia. Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, 1996.

²⁵ Citado en TUCKER, Robert W. *The Law of War and Neutrality at Sea*. Washington, 1957, p.6.

²⁶ *Elements of Politics, op. cit.*, pág.254; para un informe de la época desde un punto de vista aproximadamente parecido, véase R. B. Brandt, <<Utilitarianism and the Rules of War>> en *Philosophy and Public Affairs*, vol.1, 1972, págs..145-165.

y rara vez podrán sostenerse frente a un análisis de las condiciones imperantes en la batalla o de las estrategias de campaña que pueda realizar un profesional cualificado.

(...)

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

(...)

Si se pusiera efectivamente en práctica, eliminaría buena parte de la crueldad de la guerra, ya que, respecto a la muerte de muchas de las personas que sucumben en el transcurso de una guerra, ya sean civiles o militares, debe decirse que no es una muerte que se haya producido porque <<tienda materialmente al fin (de la victoria)>> y que la contribución que dichas muertes representan respecto a ese fin es en realidad <<leve>>. Esas muertes no son más que la consecuencia inevitable de poner armas mortales en manos de soldados carentes de disciplina, el resultado de confiar hombres armados al criterio de generales fanáticos o estúpidos. Toda historia militar es un relato de violencia y destrucción desprovisto de cualquier relación con las exigencias del combate: por un lado, masacres y, por otro, batallas ruinosas y mal planeadas que sólo son un poco mejores que las masacres²⁷ (subrayado fuera de texto).

Desde nuestra propia realidad, el precedente jurisprudencial constitucional señala,

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

(...)

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

²⁷ WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*. Barcelona, Paidós, 2001, pp.181 y 182.

*dimensión que los lleva a alentarse de unos nuevos propósitos, a modificar sustancialmente las circunstancias de su comisión y, en consecuencia, a generar unas implicaciones que en el anterior marco eran inconcebibles*²⁸.

Siendo esto es así, no cabe duda que al ciudadano-soldado le es aplicable la exigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos según la cual también puede generarse responsabilidad internacional del Estado por atribución a éste de actos violatorios de derechos humanos cometidos por terceros o particulares, en el marco de las obligaciones del Estado de garantizar el respeto de esos derechos entre individuos²⁹. En este sentido, la Corte Interamericana ha considerado que:

*“Dicha responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. [Las obligaciones erga omnes de respetar y hacer respetar las normas de protección, a cargo de los Estados Partes en la Convención,] proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones erga omnes contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención”*³⁰.

Igualmente en su opinión consultiva sobre *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, la Corte señaló que “[...] se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares³¹”³².

11 Ahora bien, el deber positivo se concreta, a su vez, en la obligación de precaución y prevención por parte del Estado, que abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que su eventual vulneración sea efectivamente considerada y tratada como un hecho ilícito

²⁸ Corte Constitucional, sentencia C-802 de 2002.

²⁹ No olvidemos lo señalado por Ferrajoli: “Pues el derecho es en todo caso un instrumento de paz, es decir, una técnica para la solución pacífica de las controversias y para la regulación y la limitación del uso de la fuerza. En la cultura jurídica moderna, éste se justifica como remedio al *bellum omnium*, gracias al cual se produce la superación del estado de naturaleza en el estado civil”. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. 2. Madrid, Trotta, 2011, p.486.

³⁰ *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C No. 124, párrafo 211; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C No. 109, párrafo 183; *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C No. 103, párrafo 71; *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100, párrafo 111.

³¹ *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*” Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párrafo 140. También hizo lo propio al ordenar medidas provisionales para proteger a miembros de grupos o comunidades de actos y amenazas causados por agentes estatales y por terceros particulares.

³² Sentencias de 25 de mayo de 2011. Exps.15838, 18075 y 25212; de 25 de mayo de 2011. Exp.18747. Sentencias de 8 de junio de 2011. Exp.19772; de 8 de junio de 2011. Exp.19773.

susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales³³, que actuando puedan producir violaciones a los derechos humanos, sin que el Estado se haya correspondido con su ineludible obligación positiva.

12 En especial, los derechos a la vida y a la integridad personal revisten un carácter esencial en la Convención Americana de Derechos Humanos y conforme al artículo 27.2 forman parte del núcleo inderogable de derechos que no pueden ser suspendidos en casos de guerra, peligro público u otras amenazas. No basta que los Estados se abstengan de violar estos derechos, sino que deben adoptar medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre³⁴, o por la propia naturaleza del conflicto armado interno que singulariza los medios y la necesidad de reforzar la eficacia en la protección de los mencionados derechos.

13 Desde la perspectiva del conflicto armado interno, el deber positivo derivado de la tutela de los derechos humanos a la que el Estado está llamado a responder, se concreta en la aplicación de medidas de precaución (anticipación del riesgo) y de prevención. Cuando se trata de la situación de los miembros de la fuerza pública que se encuentran involucrados en la atención, defensa y despliegue de las actividades propias al mantenimiento de la seguridad y del orden público, con ocasión de las acciones realizadas por los diferentes grupos armados insurgentes en el territorio de nuestro país, también es dable exigir el cumplimiento del deber positivo propio a la tutela de los derechos humanos de los miembros de la fuerza pública, los cuales, como sujetos, no renuncian a los mismos, ni a su tutela por parte del Estado.

14 En ese sentido, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación, la preservación o, siquiera, la existencia de las condiciones necesarias para evitar la vulneración del derecho a la vida, que precisado en el caso concreto no se produjo con ocasión de la muerte del agente Luis Alberto Marín García, teniendo en cuenta las condiciones de orden público que existían en la zona de su desplazamiento, la inexistencia de medida alguna adoptada al momento de su desplazamiento y la exposición a una amenaza superior a los peligros ordinarios que suponía realizar el trayecto entre Ocaña y San Calixto en un medio de transporte ordinario. La observancia del artículo 4, en conjunción con el artículo 1.1 de la Convención Americana, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente, sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida, conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción³⁵ (incluidos los ciudadanos-policiales³⁶).

³³ Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párrafo 166; *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párrafo 149; *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de septiembre de 2009, Serie C No. 202, párrafo 63; *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrafo 252.

³⁴ *Caso Baldeón García Vs. Perú*. Sentencia de 6 de abril de 2006, Serie C No. 147, párrafo 81; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párrafo 154; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párrafo 111.

³⁵ *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párrafo 144; *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160, párrafo 237; y *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 155, párrafo 75.

³⁶ Sub-sección C, sentencia de 31 de agosto de 2011. Exp.19195.

15 Se advierte, por lo tanto, que las obligaciones asumidas por los Estados miembros de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con la protección del derecho a la vida, pueden incumplirse especialmente en dos tipos de situaciones: (1) cuando el Estado no adopta las medidas de protección eficaces frente a las acciones de particulares que pueden amenazar o vulnerar el derecho a la vida de las personas que habitan en su territorio; y (2) cuando sus cuerpos de seguridad del Estado (Ejército, Policía, etc.) utilizan la fuerza letal fuera de los parámetros internacionalmente reconocidos (en el caso del ataque a la Estación de la Policía Nacional de Barbacoas, cabe encuadrar en el primer supuesto)³⁷. En tanto que, dichas obligaciones comprenden: “a) adoptar medidas jurídicas y administrativas apropiadas para prevenir las violaciones; b) investigar las violaciones, y cuando proceda, adoptar medidas contra los violadores de conformidad con el derecho interno e internacional; c) dar a las víctimas acceso imparcial y efectivo a la justicia con independencia de quien sea en definitiva el responsable de la violación; d) poner recursos apropiados a disposición de las víctimas y e) proporcionar o facilitar reparación a las víctimas³⁸”³⁹.

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

17 No se trata, no obstante, de hacer radicar en el Estado una responsabilidad ilimitada frente a cualquier acto o hecho de los particulares (hecho de un tercero), pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo

³⁷ Debe tenerse en cuenta que los “Estados han reconocido ciertas obligaciones y estándares internacionales en materia de derechos humanos, bien por vía convencional, bien por vía consuetudinaria, tal sería el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes de Hombre. Dichas obligaciones incluyen deberes tanto positivos como negativos, y se encuentran plasmados, aunque de manera general, tanto en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas [Particularmente los artículos 1, 3, 55 c) y 56 de la Carta de la ONU que imponen a todos los miembros la obligación de promover el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades] como en la Organización de Estados Americanos [Reformada por el Protocolo de Cartagena. Según el artículo 3º: Los Estados Americanos reafirman los siguientes principios: “k) Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo”], y han sido desarrollados por los tratados y los órganos internacionales de derechos humanos. RODRIGUEZ H, Gabriela. “Normas de responsabilidad internacional de los Estados”, en MARTIN, Claudia; RODRIGUEZ-PINZON, Diego; GUEVARA B., José A. (Comp) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 1ª ed. México, Fontamara; Universidad Iberoamericana, 2004, p.68.

³⁸ Artículos 1 y 2 de “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” aprobados por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, E/CN.4/2000/62, 18 de enero de 2000, (<http://www.unhcr.ch>).

³⁹ RODRIGUEZ H, Gabriela. “Normas de responsabilidad internacional de los Estados”, en MARTIN, Claudia; RODRIGUEZ-PINZON, Diego; GUEVARA B., José A. (Comp) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 1ª ed. México, Fontamara; Universidad Iberoamericana, 2004, pp.68 y 69.

de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo que es achacable directamente al Estado como garante principal. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía⁴⁰.

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

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

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

20 Cuando se trata de personal que voluntaria o profesionalmente ingresa a los cuerpos o fuerzas de seguridad del Estado, el régimen aplicable varía y se encuadra en la falla del servicio debido a que la conducta haya sido negligente o indiferente, de tal manera que se deja al personal expuesto a una situación de indefensión. En este segundo supuesto, el precedente de la Sala emplea como premisa el concepto de “acto propio” o de “riesgo propio del servicio”⁴¹ (que como se dijo, dadas las especiales circunstancias del ataque a la Estación de la Policía Nacional de Barbacoas, puede resultar contradictorio con los expresos mandatos constitucionales, que puede derivar en el incumplimiento de las obligaciones de protección de los derechos humanos), que ha llevado a plantear que los

“... derechos a la vida y a la integridad personal del militar profesional constituye un riesgo propio de la actividad que dichos servidores públicos ordinariamente despliegan, riesgo que se concreta, por vía de ejemplo, en eventos en los cuales infortunadamente tiene lugar el deceso o la ocurrencia de lesiones como consecuencia de combates, emboscadas, ataques de grupos subversivos, desarrollo de operaciones de inteligencia”⁴².

21 De acuerdo con el mismo precedente, el común denominador del daño antijurídico reclamado como consecuencia de la muerte o de las lesiones de miembros de las fuerzas armadas es el de la “exposición a un elevado nivel de riesgo para la integridad personal”. Esto indica, pues, que quien ingresa voluntaria o profesionalmente a las fuerzas armadas está advertido que debe afrontar situaciones de alta peligrosidad, entre las que cabe encuadrar el eventual

⁴⁰ *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrafo 280; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párrafo 123; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párrafo 155; y *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192, párrafo 78.

⁴¹ Sentencia de 4 de febrero de 2010. Exp.18371.

⁴² Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp.17127.

enfrentamiento con la delincuencia⁴³. En ese sentido, el precedente de la Sala indica que las fuerzas militares y los cuerpos de seguridad del Estado se

“... encuentran expuestos en sus “actividades operativas, de inteligencia o, en general, de restauración y mantenimiento del orden público... conllevan la necesidad de afrontar situaciones de alta peligrosidad, entre ellas el eventual enfrentamiento con la delincuencia de la más diversa índole o la utilización de armas”⁴⁴.

22 Como consecuencia de lo anterior, se establece un régimen prestacional especial, que reconoce la circunstancia del particular riesgo a que se somete a todo aquel que ingresó voluntaria y profesionalmente⁴⁵, a lo que se agrega que dicho régimen se encuentra ligado a la presencia de una vinculación o relación laboral para con la institución armada⁴⁶. Esto llevará a que se active la denominada “indemnización a for-fait”⁴⁷, lo que no excluye la posibilidad que pueda deducirse la responsabilidad y por tanto la obligación de reparar el daño causado⁴⁸, si se demuestra que el daño fue causado por falla del servicio o por exposición de la víctima a un riesgo excepcional⁴⁹. En reciente precedente de la Sala se reiteró que debe haberse sometido a los miembros de la fuerza pública “a asumir riesgos superiores a los que normalmente deben afrontar como consecuencia de las acciones u omisiones imputables al Estado”⁵⁰. Precisamente, y siguiendo el mismo precedente, la

“... asunción voluntaria de los riesgos propios de esas actividades modifica las condiciones en las cuales el Estado responde por los daños que éstos puedan llegar a sufrir”⁵¹.

23 Por el contrario, cuando se trata de personas que se encuentran prestando el servicio policial se afirma que no quedan sometidos a los riesgos inherentes a la actividad militar voluntariamente, “sino que corresponde al cumplimiento de los deberes que la Constitución impone a las personas, “derivados de los principios fundamentales de solidaridad y reciprocidad social”, para “defender la independencia nacional y las instituciones públicas”⁵².

⁴³ Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp.17127.

⁴⁴ Cuando una persona ingresa libremente a las fuerzas militares y cuerpos de seguridad del Estado “está aceptando la posibilidad de que sobrevengan tales eventualidades y las asume como una característica propia de las funciones que se apresta cumplir”. Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp.17127.

⁴⁵ Cuando se concreta un riesgo usual “surge el derecho al reconocimiento de las prestaciones y de los beneficios previstos en el régimen laboral especial... sin que en principio resulte posible deducir responsabilidad adicional la Estado por razón de la producción de los consecuentes daños, a menos que se demuestre que los mismos hubieren sido causados... por una falla del servicio o por la exposición de la víctima a un riesgo excepcional en comparación con aquel que debían enfrentar”. Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp.17127.

⁴⁶ En recientes precedentes se dijo que los daños sufridos “por quienes ejercen funciones de alto riesgo” no compromete la responsabilidad del Estado, ya que se producen con ocasión de la relación laboral y se indemnizan a for fait. Sentencias de 21 de febrero de 2002. Exp.12799; 12 de febrero de 2004. Exp.14636; 14 de julio de 2005. Exp.15544; 26 de mayo de 2010. Exp.19158.

⁴⁷ Sentencias de 15 de febrero de 1996. Exp. 10033; 20 de febrero de 1997. Exp.11756.

⁴⁸ Sentencias de 1 de marzo de 2006. Exp.14002; de 30 de agosto de 2007. Exp.15724; de 25 de febrero de 2009. Exp.15793.

⁴⁹ Sentencias de 15 de noviembre de 1995. Exp.10286; 12 de diciembre de 1996. Exp.10437; 3 de abril de 1997. Exp.11187; 3 de mayo de 2001. Exp.12338; 8 de marzo de 2007. Exp.15459; de 17 de marzo de 2010. Exp.17656.

⁵⁰ Sentencia de 26 de mayo de 2010. Exp.19158.

⁵¹ Sentencia de 26 de mayo de 2010. Exp.19158.

⁵² Sentencia de 26 de mayo de 2010. Exp.19158. El deber del Estado de proteger la vida de todas las personas tiene alcance limitado respecto a los miembros de las fuerzas militares y los cuerpos de seguridad, puesto que estos asumen voluntariamente “los riesgos propios de esas actividades”. Los “riesgos inherentes a la actividad

7. Problema jurídico

24 De lo anterior se puede plantear como problema jurídico: ¿cabe atribuir fáctica y jurídicamente la responsabilidad patrimonial a las entidades demandadas por los daños causados como consecuencia de la muerte del agente Luis Alberto Marín García, en atención a que al resultado dañoso y perjudicial sus familiares obligados a soportar?

8. Daño antijurídico.

25 La Sala, mediante el análisis de los medios de prueba obrantes en el expediente considera demostrado que el daño antijurídico se produjo como consecuencia de la muerte del agente Luis Alberto Marín García, como se desprende de la copia autenticada del acta civil de defunción de Luis Alberto Marín García, expedida por el Notario Público de Primera Categoría de Ocaña, Norte de Santander, en la que se consignó que la víctima murió el 25 de marzo de 1992, siendo la causa “TRAUMA CRANEOENCEFALICO HERIDAS ARMA DE FUEGO” (fl.14 c1); el oficio No. 0323 RDOCA - C/129, de 26 de marzo de 1992, suscrito por el Comandante del Cuarto Distrito de Policía Ocaña y dirigido al Comandante del Departamento de Policía Norte de Santander y mediante el cual puso en conocimiento los hechos “ocurridos en la vía que de Ocaña conduce a San Calixto, el día 25 de marzo del presente año” (fls.48 c1; 159 y 172 cp); y el Informe Administrativo por muerte No.004-92, del Comandante del Departamento de Policía Norte de Santander (fls.52, 63 c1 y 183 cp).

26 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”⁵³.

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

militar no se realizan de manera voluntaria, sino que corresponde al cumplimiento de los deberes que la Constitución impone”. Sentencia de 3 de abril de 1997. Exp.11187.

⁵³ 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.

*Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración*⁵⁴.

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”⁵⁵.

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 humana⁵⁶, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”⁵⁷. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable⁵⁸, anormal⁵⁹ y que se trate de una situación jurídicamente protegida⁶⁰.

27 Se trata de un daño que la víctima, Marín García, no estaba llamado a soportar como una carga ordinaria, ni siquiera extraordinaria, en atención al respeto de su dignidad humana y de sus derechos constitucionales a la vida y a la integridad personal, que es incuestionable en un Estado Social de Derecho⁶¹. Y no es soportable, porque la muerte del agente Luis Alberto no comprende una carga u obligación general impuesta por la ley a los ciudadanos en general o cualquier grupo, como encuadra en una actuación “discrecional de la Administración que se ejerce en términos razonables y proporcionados (por ejemplo, daños causados por la reacción proporcionada de los agentes de la autoridad al disolver una manifestación ilegal o al detener a un presunto delincuente, la pérdida de clientela derivada del cambio de trazado justificado de una carretera, etc.)”⁶²; y, tampoco, puede tratarse de una carga soportable teniendo en cuenta que la lesión no es producto de un riesgo normal “derivado de la relación con un servicio público.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

⁵⁶ “El daño debe ser antijurídico, no ya porque la actuación administrativa de que derive sea ilegal, pues, pues en un sistema de responsabilidad objetiva puede no serlo, sino porque se trate de una lesión que el particular perjudicado “no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. SANCHEZ MORON, Miguel. *Derecho administrativo. Parte general*. 6ª ed. Madrid, Tecnos, 2010, p.925.

⁵⁷ Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirse al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550.

⁵⁸ Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

⁵⁹ “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

⁶⁰ Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

⁶¹ “La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración [sentencia C-333 de 1996]. Igualmente ha considerado que se ajusta a distintos principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución [sentencia C-832 de 2001]”. Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2006.

⁶² SANCHEZ MORON, Miguel. *Derecho administrativo. Parte general*, ob., cit., p.925.

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

9. La imputación de la responsabilidad.

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

28 Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”⁶³ de la responsabilidad del Estado⁶⁴ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados⁶⁵ y de su patrimonio⁶⁶, sin distinguir su condición, situación e interés⁶⁷. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”⁶⁸. 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 potestad⁶⁹; los daños cubiertos por

⁶³ 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.

⁶⁴ 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.

⁶⁵ 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.

⁶⁶ “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.

⁶⁷ La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile* considéré en sa double fonction de garantie et de peine privée. Paris, 1947.

⁶⁸ RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “*Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français*”, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BÉNOIT, F. “*Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique*”, en *JurisClasseur Publique*, 1954. T.I, V.178.

⁶⁹ “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

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 público⁷⁰.

29 Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado⁷¹ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública⁷² tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo⁷³.

30 En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica⁷⁴, 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

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.

⁷⁰ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., pp.120-121.

⁷¹ “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.

⁷² 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.

⁷³ “Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado”. MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213.

⁷⁴ “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”. SANCHEZ MORON, Miguel. *Derecho administrativo. Parte general.*, ob., cit., p.927.

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 exigen⁷⁵.

31 Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁷⁶, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁷⁷. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”⁷⁸.

32 En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”⁷⁹. 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”⁸⁰.

33 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”⁸¹. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de

⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

⁷⁶ 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.

⁷⁷ 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.

⁷⁸ “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.

⁷⁹ “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”. GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, pp.77 ss.

⁸⁰ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁸¹ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

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 no⁸². Es más, se sostiene doctrinalmente “que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños”⁸³.

34 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 proporcionalidad⁸⁴ 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 ponderación⁸⁵ 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”⁸⁶.

⁸² 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.

⁸³ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

⁸⁴ “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización... En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (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.

⁸⁵ “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.

⁸⁶ 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

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 protección⁸⁷ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁸⁸. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”⁸⁹.

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 sociedad⁹⁰, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber:

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.

⁸⁷ 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.

⁸⁸ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

⁸⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. En la doctrina se afirma que la “posición de garantía” debe modularse: “(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas”. JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*. 1ª reimp. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16.

⁹⁰ “En una sociedad de libertades, y, más aún, en una sociedad que además hace posibles contactos en alto grado anónimos, es decir, en una sociedad que pone a cargo de los ciudadanos la configuración del comportamiento a elegir, con tal de que ese comportamiento no tenga consecuencias lesivas, la libertad descentral de elección debe verse correspondida, en cuanto sinalagma, por la responsabilidad por las

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^{91,92}.

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

consecuencias de la elección". JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal.*, ob., cit., p.15.

⁹¹ 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.

⁹² Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

*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*⁹³.

35 Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcar por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal⁹⁴, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse... que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”⁹⁵.

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos⁹⁶, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho.

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

36 En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico). Conforme al anterior esquema se analizará el caso a resolver.

9.2. La imputación de la responsabilidad en el caso concreto.

37 Apreciado el acervo probatorio, se encuentra que es imputable la responsabilidad patrimonial a las entidades demandadas, pese a que en los

⁹³ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

⁹⁴ “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

⁹⁵ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204.

⁹⁶ Merkl ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la *conditio sine qua non*, sino *conditio per quam* de la administración”. MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. México, Edinal, 1975, p.211.

hechos haya intervenido un tercero (grupo armado insurgente), ya que no fue esta la causa determinante o capaz de enervar la sustancia fenomenológica y fáctica, que sigue residiendo en el resultado mismo achacable al Estado, que no sólo está llamado a enfrentar a la delincuencia, a los grupos irregulares, sino que también está obligado, principalmente, a adoptar las medidas de precaución, prevención y contención adecuadas para enfrentar todas las manifestaciones del delito, ya que de lo contrario estaríamos asistiendo a la escenificación de una tragedia colectiva en la que los muertos y los heridos son compatriotas que en cumplimiento de un deber, o en la realización de una misión deben sacrificarse para mantener las instituciones, el sistema democrático, las libertades y el respeto de los derechos en el marco del Estado Social, Democrático y de Derecho⁹⁷.

38 Debe tenerse en cuenta, también, que el “Estado será responsable de los actos de particulares si los órganos del Estado hubieran podido actuar para prevenir o reprimir el comportamiento de éstos⁹⁸, o si existiese una relación de hecho específica entre la persona o entidad que observó el comportamiento y el Estado^{99,100}”.

39 En ese sentido, las circunstancias de tiempo, modo y lugar se acreditan a partir del Oficio No. 0557 XJPMI - 789 de 18 de octubre de 1994, del Comandante del Departamento de Policía de Norte de Santander, Juez de Primera Instancia, Coronel Raúl de Jesús Suárez Gutiérrez, en el que se informó:

“(…) que para la época aludida no me encontraba como Comandante del Departamento de Policía Norte de Santander, quien oficiaba para esa época como tal era el señor Coronel (sic) **GUILLERMO FRANCISCO RAMÍREZ AMAYA**, actual Subcomandante de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá en Medellín, sin embargo, de acuerdo con comunicación obtenida por el Comandante actual del Cuarto Distrito de Policía con sede en Ocaña (NS), no existen datos concretos sobre lo peticionado (Anexo).

Es de anotar que en la actualidad, el procedimiento de traslados se realiza aproximadamente cada seis (6) meses (sic), y en forma aérea masivamente, pero cuando la situación de orden público lo permite se envía al policial en un bus o carro de línea regular, de civil y sin armamento, sin identificación policial para que no corra peligro su vida, ya que la remisión con cualquier tipo de armas lo haría fácil presa de la guerrilla en caso de un “retén” y así portase fusil o cualquier tipo

⁹⁷ Se sigue el precedente de la Sub Sección sentencias de 25 de mayo de 2011. Exps.15838, 18075, 25212; y de 25 de mayo de 2011. Exp.18747.

⁹⁸ Un Estado sólo incurre en responsabilidad por un delito político cometido en su territorio contra la persona de extranjeros si no ha adoptado las disposiciones pertinentes para prevenir el delito y para perseguir, detener y juzgar al delincuente. *Caso Tellini*, Sociedad de las Naciones, Noviembre 1923. Las obligaciones de prevención se conciben por lo general como obligaciones de realizar los máximos esfuerzos, es decir, que obligan a los Estados a adoptar todas las medidas razonables o necesarias para evitar que se produzca un acontecimiento determinado, aunque sin garantizar que el acontecimiento no vaya a producirse, la violación de una obligación de prevención puede ser un hecho ilícito de carácter continuo.

⁹⁹ Generalmente se trata de casos en los que el Estado complementa su propia acción contratando o instigando a personas privadas o a grupos que actúen como auxiliares, pero sin pertenecer a la estructura oficial del Estado. La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en el asunto *Fiscal c. Tadic*, destacó que: “En derecho internacional, la condición para que se atribuyan al Estado actos realizados por particulares es que el Estado ejerza un control sobre esos particulares”. Asunto IT-94-1, *Prosecutor c. Tadic*, (1999), I.L.M., vol.38, párr.117. Otro ejemplo lo constituye la captura de Adolf Eichmann, por un grupo israelí en Buenos Aires el 1o de mayo de 1960 llevándolo posteriormente en avión a Israel donde fue sometido a juicio.

¹⁰⁰ RODRIGUEZ H, Gabriela. “Normas de responsabilidad internacional de los Estados”, en MARTIN, Claudia; RODRIGUEZ-PINZON, Diego; GUEVARA B., José A. (Comp) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 1ª ed. México, Fontamara; Universidad Iberoamericana, 2004, pp.56.

de arma no le sería factible defenderse por el número de fascinerosos (sic) que actúan en estos procedimientos.

Así las cosas, para información concreta debe (sic) dirigirse al Comando que para la época se encontraba en el Departamento así como al MY. CAMARGO CUCHIA CESAR, quien oficiaba como Comandante del Cuarto Distrito de Policía y quien actualmente está recluso (sic) en el Centro de Reclusión para la Policía Nacional de Facatativá (Cundinamarca)¹⁰¹ (fls.32 y 33 c1) (subrayado de la Sala).

De acuerdo con el Oficio 2063/XDOCA-929, de 14 de octubre de 1994, dirigido al Jefe de la Oficina de Recursos Humanos y suscrito por el Comandante del Cuarto Distrito de Policía del Departamento de Norte de Santander, CT. Gonzalo Duarte Bernal, donde se informó:

“1°. El despacho judicial que adelanta investigación por la muerte del extinto AG: MARIN GARCIA LUIS ALBERTO, era para la época el juzgado 16 de instrucción Criminal de la ciudad de Ocaña, expediente No. 1026 del 250392 y en la actualidad pasó a la fiscalía de esta ciudad como investigación preliminar.

2°. Revisada la documentación de archivos, no se encontró constancia alguna sobre adopción (sic) medidas de seguridad.

3°. Revisada la documentación de archivos no hay constancia alguna sobre dotación de armamento.

4°. Para la fecha no me encontraba trabajando acá en Ocaña, ya que para esa época se encontraba de Comandante del Cuarto (sic) Distrito Ocaña el señor Mayor CESAR EMILIO CAMARGO CUCHIA/

5° No se sabe cuales (sic) y que medidas de seguridad y políticas de aplicaban o tenían (sic) para esa fecha” (fl.34 c1).

Ahora bien, en el Oficio No. 0323 RDOCA - C/129, de 26 de marzo de 1992, suscrito por el Comandante del Cuarto Distrito de Policía Ocaña y dirigido al Comandante del Departamento de Policía Norte de Santander se puso en conocimiento los hechos “ocurridos en la vía que de Ocaña conduce a San Calixto, el día 25 de marzo del presente año” en los siguientes términos:

“El día 25 de marzo en horas de la mañana salió el Agente MARIN GARCIA LUIS ALBERTO de la Estación de Policía Convención, fin cumplir traslado a la subestación San Calixto, por necesidades del servicio el cual había sido ordenado en días anteriores; llegó a la Ciudad de Ocaña en donde abordó el bus que sale a las 10.00 horas para el Municipio de San Calixto; cuando se desplazaba por el sitio denominado la cantina, fué (sic) interceptado el bus donde se desplazaba por seis (sic) sujetos que portaban armamento corto vistiendo prendas de civil, en ese sitio bajaron al Agente MARIN GARCIA y lo dejaron, ordenándole (sic) al conductor ALIRIO TORRADO siguiera la marcha sin informar lo sucedido. El bus llegó al Municipio de San Calixto, dejó los pasajeros e emprendió (sic) la marcha nuevamente de línea para Ocaña, saliendo a las 15.00 horas y cuando bajaban por el sitio la cantina encontraron el Agente mencionado asesinado en la orilla de la carretera.

AVERIGUACIONES

Mediante las averiguaciones que se han realizado, se ha podido establecer que el agente fué (sic) asesinado por delincuentes pertenecientes al BC-ELN y EPL los cuales están operando en esa zona en coordinación, por el hecho de ser Policía, servidor de la patria y trabajador del Gobierno.” (fls.48 c1; 159 y 172 cp).

¹⁰¹ Se allegó original y copia al carbón del mismo (fl.33 c1).

Así mismo, obra el derecho de petición presentado por Carlos Julio Marín, con sello de recibido el 19 de agosto de 1992, por medio de su yerno Edgar Rodríguez Marín, al Director General de la Policía Nacional, con el que se solicitó:

“1o.- Que sea reconsiderado el informe Administrativo (sic) Nro.004-92 de abril 24 de 1.992 emitido por el señor Tte. Coronel GERMAN DARIO MORENO ACERO.

2o.- En su defecto manifiesto: que repongo (sic) y en subsidio Apelo (sic) ante la Dirección General, de la determinación tomada porel (sic) señor Coronel Cdte (sic) del Dpto (sic) Nte (sic) de Santander, en el sentido de que no... acepto el acogimiento al artículo 122 del decreto 1213 de 1.990 que trata de la Carrera del Personal de Agtes 8sic) de la Policía Nacional, por cuanto que las causas que originaron la muerte del Agte (sic) MARIN GARCIA LUIS ALBERTO, lo dice el señor Coronel Cdte (sic) del dpto. (sic) de Nte (sic) Santander “MUERTE EN ACTOS DEL SERVICIO”...

3o.- Que se de aplicación al artículo 123 del Decreto Ley 1213 de 1.990 en concordancia con sus literales a, b, c, d y su PARAGRAFO...

(...)

El Agte (sic) MARIN GARCIA LUIS ALBERTO, fué (sic) expuesto, por ser claro (sic) fue enviado a la muerte no hubo compasión (sic) se le impuso una orden por su superior Sr. Mayor CESAR EMILIO CAMARGO CUCHIA Cdte (sic) del 4o Distrito de Policía Ocaña, para que cumpliera traslado de la Estación de policía (sic) Convención a la estación de Policía San Calixto, a sabiendas... que desde ya se e-ntra (sic) a responsabilizar a La (sic) Nación Policía Nacional por la equivocada o mal interpretada acción acción de un Oficial (sic) de Policía (sic) que dió (sic) origen a que el Agte (sic) MARIN GARCIA LUIS ALBERTO haya sido, o que fué (sic) asesinado por grupos Cedisiosos (sic), como lo dice en su informe el señor Coronel Cdte (sic) del Dpto (sic) de Nte (sic) de Santander quien especifica que por el sector de Ocaña operan Grupos (sic) del E.L.N y Elementos de la FAR (sic), veamos que ellos sabian (sic), los señores Oficiales (sic) del grave peligro de enviar a un Agte (sic) por este Lugar (sic), y le aclaro Señor (sic) General, que en el mism sitio la “CANTINA” donde fué (sic) asesinado el citado Agte (sic) Marin Garcia, hacia aproximadamente Veinte (sic) (20) días la Guerrilla (sic) intercepto (sic) a otro Agte (sic) de la Policía Nacional que cumplía (sic) un traslado a la Estación San Calixto siendo asesinado y posteriormente incinerado y que la zona es en mención, es (sic) totalmente infectada por la subversión y que lo anterior relacionado o comentado es de su Conocimiento (sic) señor General” (fls.49 y 50 c1).

De igual forma, se allegó al el expediente el Informe Administrativo por muerte No.004-92, del Comandante del Departamento de Policía Norte de Santander, de 24 de abril de 1992, en el que se consignó,

“Consta, en autos, que el día 25-03-92, cuando el AG. MARIN GARCIA LUIS ALBERTO, cumplía el traslado de la Estación de Policía Convención, a la Sub-Estación San Calixto, del Cuarto Distrito, se movilizaba en un bus de la Empresa (sic) Cootransunidos, en el sitio denominado la Cantina, vía que de Ocaña conduce a San Calixto, el vehículo fué (sic) interceptado por Bandoleros (sic) del E.L.N y FARC, que operan en esa jurisdicción, bajaron al Policial (sic) y minutos más tarde lo asesinaron, utilizando armas de fuego de corto alcance.

(...) se establece que el AG. MARN GARCIA LUIS ALBERTO, se encontraba en actividades del servicio y funciones inherentes al mismo cuando falleció.

(...)

CALIFICACIÓN:

1o.- Que la muerte del AGTE. MARIN GARCIA LUIS ALBERTO, en hechos registrados el día 25-03-92, en la vía que de Ocaña conduce al Municipio de San Calixto N. Sder (sic), en acción perpetrada por Bandoleros (sic) del E.L.N. y F.A.R.C, que operan en la jurisdicción, se enmarca en las circunstancias que establece el decreto 1213 de 1990. Artículo 122 es decir: "MUERTE EN ACTOS DE SERVICIO" (fls.52, 63 c1 y 183 cp).

A su vez, hacen parte del mencionado Informe Administrativo:

- Declaración del señor Jesús Alirio Torrado Ascanio, conductor del bus en que se trasportaba el Agente Marín García el día de los hechos:

"PREGUNTADO/ Sírvase informar si en el recorrido que efectuó el día de hoy de Ocaña a San Calixto se presentó algún percance (sic). CONTESTO. Yo salí conduciendo el bus de propiedad de mi papá en el día de hoy hacia San Calixto siendo las 10.00 horas, iba con el cupo completo, llegamos a Teorama donde almorzamos, de allí arrancamos como a las 12.30 horas, cuando pasábamos por el sitio la cantina paré para dejar un pasajero y unas encomiendas que llevaba, estando allí en ese sitio llegó una persona y me encañonó con un arma corta, luego se subieron otros al bus y bajaron tres pasajeros, al ratico subieron a dos de ellos y dejaron a uno, yo arranqué y ellos quedaron allí con el muchacho que bajaron del bus. PREGUNTADO/ Sírvase informar que (sic) manifestaron las personas que interceptaron el bus en el momento en que bajaron los pasajeros. CONTESTO. Ellos manifestaron que pertenecían al ELN y que eso lo estaban realizando porque estaban asesinando a líderes (sic) y personajes cívicos, que perdonamos (sic) que todo eso era por el bien del pueblo. PREGUNTADO/ Usted tuvo conocimiento porque dejaron al pasajero y tiene conocimiento quien era él. CONTESTO. en (sic) el momento que los bajaron, ellos decían (sic) que donde estaba el otro Policía (sic) y requizaban (sic) los bolsos y maletas, por que (sic) ellos bajaron unos maletines tal vez los del Policía; creo que cuando lo bajaron fué (sic) que lo identificaron que era Policía, por que (sic) también decían que donde estaba el otro. PREGUNTADO / Tiene conocimiento cuantos delincuentes habían, como estaban vestidos y que armamento les vió (sic). CONTESTO. yo (sic) ví (sic) como unos seis subversivos, estaban vestidos de civil, unos con capuchas osea (sic) con media cara tapada, les ví (sic) armas cortas como pistolas. PREGUNTADO / Cuando se dirigían de Ocaña a San Calixto, usted sabía que el muchacho que bajaron era Policía. CONTESTO. no (sic) yo no sabía, hasta hoy lo veía y era un pasajero como un y corriente. PREGUNTADO / Tiene conocimiento que paso con el muchacho que bajaron del bus y dejaron en el sitio la cantina, osea (sic) el Agente de la Policía. CONTESTO. yo (sic) llegué a San Calixto y me regresé nuevamente de línea para Ocaña, cuando veníamos (sic) en la carretera bas (sic) debajo de donde lo bajaron estaba el cuerpo del señor tirado a la orilla de la carretera, osea lo mataron" (fls.53-54 c1; 160, 161, 173 y 174 cp).

- Declaración rendida por Noel Torrado Torrado, propietario del vehículo en el que se trasportaba la víctima, quien manifestó,

"PREGUNTADO/ Sírvase hacernos un relato detallado de los hechos ocurridos en la vía Ocaña a San Calixto el día 25 de marzo del presente año. CONTESTO. Nosotros salimos de Ocaña a la diez de la mañana de línea (sic) para San Calixto, cuando llegamos a Teorama allí paramos a almorzar, siendo como las doce y media del día nos fuimos de allí osea (sic) de Teorama, cuando íbamos en el sitio denominado la cantina una señora pidió la parada para quedarse, en el momento

que la señora se bajó y estábamos (sic) entregándole (sic) unas cocinitas (sic) que llevaba, salieron de unas casas o por la calle del cacerío (sic) como unos seis tipos armados unos encapuchados, ví que uno se fué (sic) por la ventana de al lado del chofer y encañonó a un muchacho y los otros se subieron y los bajaron; yo me fui por la parte de atrás del bus me subí y los sujetos esos estaban hablando allí, decían unas cosas y el muchacho lo tenían centado (sic) en el borde, nos dijeron que siguiéramos y que si decíamos algo de para abajo nos esperaban... nosotros llegamos a San Calixto y nos regresamos de línea (sic) nuevamente para Ocaña de tres de la tarde, cuando veníamos (sic) bajando encontramos al pasajero que bajaron en la cantina muerto a la orilla de la carretera, un poco más debajo de donde lo bajaron, seguimos y ya en Teorama se informó a la Policía” (fls.55 c1; 162 y 175 cp).

- Auto del Comandante del Cuarto Distrito de la Policía Ocaña, ordenando allegar el “certificado de defunción y necropsia (sic) practicado al cadáver del extinto AG MARIN GARCIA LUIS ALBERTO quien fué (sic) muerto en la vía que de Ocaña conduce al Municipio de San Calixto” (fls.57 c1, 164 y 177 cp). Como consecuencia del anterior auto, se allegó copia auténtica del “Acta Civil de Defunción”, expedida por el Notario Público Principal de Primera Categoría de Ocaña (Norte de Santander), que aparece en el Tomo 92 del año 1992 y en la que se consignó,

“En el Municipio de Ocaña, Departamento de Norte de Santander a VEINTISEIS (26.-----, del mes de MARZO de mil novecientos NOVENTA Y DOS (1.992.-----, se presentó (sic) LUIS E. ALVAREZ y manifestó que a las 14:00 de la TARDE del día VEINTICINCO murió el señor LUIS ALBERTO MARIN GARCIA natural de BOGOTÁ-----, de sexo MASCULINO a la edad de _____ natural de BOGOTÁ REPUBLICA DE COLOMBIA DE ESTADO CIVIL SOLTERO, que su última ocupación fue la de -----, y que la muerte ocurrió (sic) en OCAÑA que es hijo (a) de ----- de CARLOS JULIO MARIN y de ANA ROSA GARCIA, que la causa principal de la muerte fue TRAUMA CRANEOENCEFALICO HERIDAS ARMA DE FUEGO que la certificó el doctor MARCOS CASTAÑO” (fls.58 c1, 165 y 178 cp).

- Oficio del “Médico Rural Regional # 3” Marcos Jaime Castaño Robles al Juzgado Veintiuno (21) de Instrucción Criminal, de 30 de marzo de 1992, con el que se informó,

“(...) se practicó reconocimiento médico legal sobre el cadáver del Señor (sic) LUIS ALBERTO MARIN GARCIA, determinándose (sic) los siguientes puntos:

1. Herida por arma de fuego a 10 cms del vértice en región temporoccipital (ilegible) con anillo de contusión, con orificio de salida sobre región cigomática derecha con fractura de rama ascendente del maxilar inferior.
2. Herida por arma de fuego a 3 cms de separación de la descripción anterior (ilegible) línea (sic) media., con orificio de salida en región superciliar (ilegible).
3. Laceración de bordes irregulares en región frontal derecha por trauma contundente.
4. Enucleación de globo ocular izquierdo secundario al trauma ocasionado por el proyectil especificado en el segundo punto.
5. Laceración superficial sobre región deltoidea derecha.

Causa directa de la muerte: Trauma craneoencefálico (sic) severo secundario a heridas (ilegible) por arma de fuego” (fls.59 c1, 166 y 179 cp).

- Concepto del Comandante del Cuarto Distrito de Policía de Ocaña, de 11 de abril de 1992, en el que se expuso como resultados y consideraciones respecto de la investigación administrativa por la muerte del agente Luis Alberto Marín García, lo siguiente,

“(...)

5.- Quedó establecido através (sic) de la presente investigación, que el AG. MARIN GARCIA LUIS ALBERTO salió de la Estación Convención cumpliendo ordenes (sic) y funciones del servicio, como era cumplir traslado a la Subestación San Calixto.

6.- Que en el desplazamiento de Ocaña a San Calixto, momento que se disponía a cumplir traslado fué (sic) interceptado por delincuentes pertenecientes al UC-ELN y EPL que operan en la región, quienes en el sitio la cantina lo bajaron del bus donde se trasportaba y lo asesinaron, dejándolo (sic) abandonado a la orilla de la carretera; la banda estaba conformada por seis sujetos que vestían (sic) de civil, algunos encapuchados y portaban armas de corto alcance” (fls.61 c1, 168 y 180 cp).

El Oficio S.C. 1909, de 25 de julio de 1996, de la Unidad Seccional de Fiscalía de Ocaña con el cual comunicó:

“(...) que en esta Unidad ante los Juzgados Penales del Circuito, radicadas bajo el número preliminar 003, se adelantaron las diligencias por HOMICIDIO en la persona del Agente de La Policía Nacional LUIS ALBERTO MARIN GARCIA, en hechos ocurridos en la Vereda de La Cantina, Municipio de San Calixto, Norte de Santander, el día veinticinco de Marzo (sic) de mil novecientos noventa y dos (1992). Que por tratarse de hechos de competencia de La (sic) Fiscalía Regional, se enviaron a dicha autoridad en esta ciudad las adelantadas, el día quince (15) de Febrero (sic) del noventa y tres (93), siendo cancelada la radicación y desconociéndose el estado actual de las mismas.” (fl.74 c1).

En tanto que, con el Oficio No. 17434, de 29 de noviembre de 1996, de la Fiscalía Regional Unidad de Previas de Cúcuta se indicó:

“(...) me permito informarle que en (sic) esta Fiscalía Regional Unidad de Previas, se adelantó la investigación de la referencia, contra Desconocidos, denunciante de oficio, por el punible de Homicidio siendo ofendido el AG. LUIS ALBERTO MARIN GARCIA, Asimismo (sic) dicho diligenciamiento fue allegado a esta Regional el veintidós de febrero de 1993, pasando el mismo inmediatamente al despacho del señor Fiscal Regional, quién con resolución fechada septiembre veintiuno del 93, Prosigue la investigación Preliminar y ordena la práctica de algunas probanzas. Con resolución adiada doce de septiembre de 1994 el Fiscal Regional ordena Suspende Provisionalmente (sic) la actuación.” (fl.76 c1).

A su vez, el Oficio 003436/UREHU-SEHVI-C/150, de 21 de diciembre de 1994, suscrito por el Comandante del Departamento de Policía de Norte de Santander, con el que se remitió la hoja de vida perteneciente al agente Luis Alberto Marín García que constaba de 131 folios, identificada con el número 177139, y en la que se consignó que la causal de retiro fue por “muerte en servicio activo” (fl.152 cp). Finalmente, con la Hoja de servicios del agente Luis Alberto Marín García se consignó que desde el 18 de septiembre de 1986 y hasta el 25 de marzo de 1992 se computó un tiempo de servicios de 5 años, 7 meses y 12 días. En la misma se reconoció como grupo familiar a Ana Rosa García y a Carlos Julio Marín.

Finalmente, se consignó que el último salario devengado, incluidas prestaciones, por el agente fallecido fue de \$157.770.00 (fl.184 cp). Dentro de la hoja de vida de servicios se allegó: - Orden Interna 068, de 27 de marzo de 1989, por medio de la que se estableció el traslado del agente Luis Alberto Marín García “al Cuarto Distrito Contraguerrilla a partir del 21 de marzo de 1989 (fl.261 cp); - Orden Interna 011, de 31 de marzo de 1989, por medio de la que se estableció la destinación del agente Luis Alberto Marín García a la sección de contraguerrilla en el cuarto distrito de Ocaña (fl.260 cp); Orden Interna 020, de 27 de mayo de 1989, por medio de la que se estableció el traslado del agente Luis Alberto Marín García “de la Sección Contraguerrilla a Convención” (fl.259 cp).

40 De los anteriores medios probatorios cabe extraer: i) que el agente Luis Alberto Marín García para la época de los hechos prestaba sus servicios en la Policía Nacional, en el Cuarto Distrito de Ocaña; ii) que desde 1988, fecha en la que inició su vinculación, el agente tuvo diferentes asignaciones, destacado especialmente en el cuerpo “contraguerrilla” de la zona; iii) que el procedimiento para los traslados, debía observar las condiciones de seguridad a las que podía estar expuesto el agente, de tal manera que cuando estas no estaban garantizadas el traslado o desplazamiento de los policiales se debía realizar en forma masiva y por vía aérea, como lo aceptó la propia entidad demandada, y que en caso de existir garantías de seguridad se ordenaba el traslado en servicio público ordinario, bus, sin armamento, precisamente para no exponer al uniformado a una situación riesgosa.

41 La Sala llega, sin duda, llega a la conclusión que del examen conjunto de los medios probatorios allegados al proceso permiten establecer que el daño antijurídico causado a Luis Alberto Marín García es atribuible [fáctica y jurídicamente] a las entidades demandadas a título de falla del servicio¹⁰², por cuanto se incumplieron expresos deberes normativos que provienen de la Resolución N° 9960 del 13 de noviembre de 1992 expedida por el Director General de la Policía Nacional mediante la cual se expide el Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural para la Policía Nacional con el objeto de establecer normas de carácter general para regular la prestación del servicio policial, fijar los criterios, pautas y reglas de procedimientos para el personal uniformado, con el fin de asegurar el cabal cumplimiento de la misión constitucional asignada a la Policía Nacional y de establecer una guía permanente de consulta para unificar procedimientos en la prestación del servicio, cuyo alcance cobija todas las actuaciones del personal de oficiales, suboficiales y agentes de la Policía en el territorio nacional¹⁰³.

La citada reglamentación en su artículo 34 definió el servicio de policía como la vigilancia permanente que el Estado presta por intermedio de la Policía Nacional, para conservar el orden público, proteger las libertades, prevenir y controlar la comisión de delitos, de acuerdo con las necesidades y características de cada jurisdicción policial. El servicio de policía lo integra la vigilancia urbana y rural que son la base fundamental de las actividades preventivas y operativas de la Policía Nacional y según su objeto se clasifica en policía judicial, cuyas funciones se desempeñan bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía General de la Nación, y la policía de vigilancia, correspondiente al servicio que presta el personal uniformado en forma permanente e ininterrumpida en las ciudades, poblados y campos, que se ejerce en las modalidades de urbana, rural y especial, y que

¹⁰² Pese a que la parte actora en la demanda y en su apelación propuso distintos títulos de imputación, falla del servicio y daño especial, la Sala encuentra procedente encuadrar en el título de imputación de la falla del servicio en aplicación expresa del principio iura novit curia.

¹⁰³ Puede verse similar sustento en la sentencia de 19 de octubre de 2011. Exp.19969.

necesariamente deben desarrollarse dando plena observancia a las disposiciones contenidas en la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos; por lo tanto, el personal uniformado está en la obligación de conocer, aplicar y respetar dichas normas en los procedimientos policiales¹⁰⁴.

Las unidades policiales para el ejercicio de las funciones que ejerce las diferentes poblaciones del territorio colombiano, debe observar las necesidades, características, idiosincrasia, actividades de los habitantes y tipo de delincuencia imperante en cada una de ellas, de donde deducirá los controles a aplicar, teniendo en cuenta que la función de policía es esencial y exclusivamente preventiva¹⁰⁵.

En atención a lo anterior, la actividad inherente al servicio de policía debe prestarse con estricta aplicación del principio de planeación bajo el cual los comandantes de las unidades policiales y de las correspondientes escuadras, se encuentran obligados a planear y distribuir los servicios, teniendo en cuenta las características del grupo a su mando y las conclusiones del análisis de las estadísticas delincuenciales y contravencionales en la zona donde debe desplegarse su actividad, teniendo en cuenta las tendencias delincuenciales de la región, disponiendo los medios de control y actuación de la fuerza policial que implica mayores esfuerzos en los lugares más afectados, para prevenir y contrarrestar las diversas situaciones que atentan contra la seguridad y bienestar de la comunidad, mantener y defender el orden público, garantizando, a su vez, la vida, integridad y seguridad de los miembros de la fuerza pública, con ocasión de la prestación del servicio, y ofreciendo las mayores garantías de seguridad a los miembros de la institución policial en su derechos constitucionalmente reconocidos, especialmente cuando se trata del cumplimiento de procedimientos frente a los que un agente, como en el caso Luis Alberto Marín García, pueda enfrentar amenazas inminentes para su vida e integridad.

A sí mismo, de conformidad con el artículo 54 del Reglamento,

“(…) la elaboración y ejecución de los planes para el control de las modalidades delictivas y contravencionales, requieren atención y especial cuidado, con el fin de determinar en ellos los criterios e instrucciones de procedimiento, para que el personal uniformado tenga unidad de pensamiento y acción poniendo en práctica las políticas institucionales. Con lo anterior se evita que las unidades policiales actúen improvisadamente, incurriendo muchas veces en acciones que causan desprestigio de la Institución, proyectando en la opinión pública la sensación de ineficiencia y falta de profesionalismo”.

Esta planeación es previa y de carácter precautorio, y se estructura teniendo en cuenta, además de los factores antes mencionados, la memoria local y topográfica de la jurisdicción, consistente en la información amplia y detallada de la población, extensión del territorio, puntos críticos, topografía, vías de comunicación, situación de orden público y otros datos que sirven como base en la planeación y organización del servicio, tales como las actuaciones policiales vividas, contentivas de los aciertos y desaciertos desarrollados en operaciones anteriores, el análisis objetivo de los aspectos positivos y negativos en la aplicación de planes y actividades policiales, la densidad de la población, la jurisdicción¹⁰⁶ de cada

¹⁰⁴ Inciso 2° del Artículo 52 del Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural. Puede verse similar sustento en la sentencia de 19 de octubre de 2011. Exp.19969.

¹⁰⁵ Artículo 15 Reglamento *ibidem*.

¹⁰⁶ De conformidad con el artículo 76 del Reglamento *ibidem* la jurisdicción es la delimitación geográfica asignada a una unidad de policía para efectos de responsabilidad y control policial.

unidad policial, las funciones del grupo o escuadra, las zonas de vigilancia¹⁰⁷, la idiosincrasia de la comunidad, los servicios públicos con que cuenta determinada comunidad, los puntos críticos de ésta, los índices delincuenciales, como ya se había dicho, y la disponibilidad de recursos humanos y materiales para el servicio. Todo lo anterior derivado de expresos mandatos normativos que no de un juicio a priori acerca de la estrategia militar y policial, que la jurisdicción no está llamada a realizar¹⁰⁸.

Ahora bien, en relación con las zonas de alto riesgo, es decir, de aquellas en donde el índice de delincuencia es elevado, las unidades de policía deben maximizar el cumplimiento de los deberes normativos a que se viene haciendo referencia. En este sentido, el artículo 100 del Reglamento *ibidem* lleva a concretar los postulados del principio de planeación mediante la unificación de tales deberes en los siguientes comportamientos:

- “1. Conocer con exactitud la topografía del terreno y otras características de estos barrios, sus vías de acceso y lugares peligrosos.
2. Incrementar las requisas sin descuidar la preservación de su integridad.
3. Vigilar atentamente los lugares donde acostumbran a reunirse personas sospechosas, procediendo a identificarlas cuando sea posible.
4. Actuar con cautela y prevención para atender casos de policía, previendo atentados contra su integridad física.
5. Al proceder contra delincuentes armados estará presto para repeler cualquier ataque, respondiendo proporcionalmente ante la agresión del sujeto que trate de atentar contra su vida.
6. Obrar con serenidad y rapidez, recurriendo a algún compañero u otra persona para efectuar las aprehensiones, si le fuere posible.
7. Abstenerse de aceptar invitaciones o atenciones que impliquen afectación al servicio o comprometimiento personal en contra del mismo”.

Asimismo, ante los problemas de orden público que se presentaban en la región donde tuvieron ocurrencia los hechos que se estudian, como se dijo, ampliamente conocidos por las autoridades y la ciudadanía en general, debe resaltarse que de conformidad con el artículo 2º Constitucional, las autoridades públicas están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, obligación que no se agota en la protección a la población civil¹⁰⁹ sino que cobija a los propios miembros de la Fuerza Pública¹¹⁰, postulado en el cual se encuentra justificada la jerarquización de mandos al interior de las instituciones que la conforman y que lleva a afirmar que quien ejerce un empleo dentro de las fuerzas armadas no ha renunciado a la totalidad de sus derechos¹¹¹, pues en cabeza del Estado subsiste el deber de diseñar las estrategias, protocolos y políticas de

¹⁰⁷ De conformidad con el artículo 77 del Reglamento *ibidem* las zonas de vigilancia son el conjunto de varios sectores en los cuales se distribuye el servicio.

¹⁰⁸ Puede verse similar sustento en la sentencia de 19 de octubre de 2011. Exp.19969.

¹⁰⁹ L. 62/93. ART. 2º—Principios. El servicio público de policía se presta con fundamento en los principios de igualdad, imparcialidad, control ciudadano y publicidad mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Por tanto, el interés por mantener la armonía social, la convivencia ciudadana, el respeto recíproco entre las personas y de éstas hacia el Estado, da a la actividad policial un carácter eminentemente comunitario, preventivo, educativo, ecológico, solidario y de apoyo judicial.

¹¹⁰ ART. 216 CONSTITUCIONAL.—La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las fuerzas militares y la Policía Nacional.

¹¹¹ Si bien los agentes de la Policía asumen los riesgos inherentes a su actividad y por lo tanto, deben soportar los daños que sufran como consecuencia del desarrollo de dicha actividad, su decisión tiene límites que no pueden llegar hasta el extremo de exigirles que asuman un comportamiento heroico, cuando de manera desproporcionada e irrazonable se los somete sin ninguna ayuda real a confrontar una situación de peligro que conducirá inexorablemente a lesionar su integridad física o la pérdida de su vida, como ocurrió en el caso concreto (Consejo de Estado, Sentencia del 20 de febrero de 2003)

seguridad dirigidos a reducir los riesgos a los que normalmente se encuentran expuestos en el ejercicio de sus funciones¹¹².

42 De la apreciación conjunta de los medios probatorios, y de la rigurosa valoración de la prueba testimonial, y con base en los anteriores fundamentos se llega a demostrar que del Oficio No. 0557 XJPMI - 789 de 18 de octubre de 1994, del Comandante del Departamento de Policía de Norte de Santander, Juez de Primera Instancia, Coronel Raúl de Jesús Suárez Gutiérrez y de las declaraciones de quienes estaban al mando del bus en el que se transportó en la fecha de los hechos el agente Luis Alberto, existía una amenaza inminente, irreversible e indudable a la seguridad del agente, por las condiciones que de manera notoria conocía la entidad demandada, y que para el caso en concreto llevó a que no se haya valorado y cumplido eficaz y adecuadamente el procedimiento que se reveló en el mencionado oficio, máxime cuando en el área donde ocurrieron los hechos se tiene certeza por las propias fuerzas y cuerpos del Estado de actividades delictivas de ciertos grupos armados insurgentes, lo que no puede verse obviado con la simple afirmación del desconocimiento de los hechos por los Comandantes y oficiales, ni puede eludirse afirmándose que la muerte del agente se produjo en un acto del servicio, ya que siendo esto así cabría afirmar que la carga de soportar las amenazas conocidas por la institución en contra de sus miembros estará radicada en cada uno de ellos, cuando quien está llamado a cumplir con el deber positivo de protección de los derechos de los ciudadanos policiales es el Estado, so pena de renunciar a las mínimas garantías de seguridad que debía brindarse.

43 Luego, hay pruebas suficientes para acreditar la omisión de prevenir o atender adecuadamente la situación de amenaza - riesgo objetiva creada por el Estado, al permitir que un resultado dañoso como el ocurrido con la muerte violenta del agente Luis Alberto Marín García a manos de miembros de un grupo armado insurgente, sin que esto se hubiera constituido en un imposible material, policial, ni jurídico, a tenor de lo reflejado en el acercó probatorio,

44 Es determinante para la imputación de la responsabilidad que el Estado el incumplimiento de la planeación, organización, seguimiento y despliegue de la fuerza policial, especialmente en zonas donde el conflicto armado tenía las más complejas, serias y graves circunstancias. Y no debe olvidarse que si se aplica el *ius in bellum*, el fin último al que debió responder el Estado era “atenuar, en la medida de lo posible, el sufrimiento causado a las víctimas de las hostilidades”¹¹³, entre las que cabe tener a los policiales que prestando su servicio están cumpliendo con el principio de solidaridad que exige cumplir con ese deber patriótico constitucional¹¹⁴.

45 Y si esto es, así el estado es responsable del resultado perjudicial ya que no se correspondió con los principios de humanidad, esto es, con aquellos que exigen que el ejercicio de toda actividad, como por ejemplo las misiones de seguridad asignadas a los miembros de las fuerzas armadas, debe estar orientada hacia la preservación de los derechos, y no al sacrificio absoluto de estos por una causa que legal y democrática no está llamado ningún individuo a soportar porque implicaría la supresión de la esencia propia del ser humano como destinatario de la protección, convirtiendo al Estado en prioridad en la búsqueda de la paz. En ese

¹¹² Puede verse similar sustento en la sentencia de 19 de octubre de 2011. Exp.19969.

¹¹³ RAMELLI, Alejandro. *Derecho internacional humanitario y estado de beligerancia*. 1ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p.52. Puede verse el precedente sentencias de 25 de mayo de 2011. Exp.15838, 18075 y 25212; de 25 de mayo de 2011. Exp.18747.

¹¹⁴ Montesquieu señaló: “Il est clair que, lorsque la conquete este faite, le conquérant n’a plus le droit de tuer; puisqu’il n’est plus dans le cas de la défense naturelle, et de sa propre conservation”.

sentido, debe prodigarse la aplicación de la responsabilidad objetiva en este tipo de casos, siempre que se cumplan ciertas condiciones (siguiendo lo propuesto por Erns Forstthoff): i) debe nacer cuando la administración pública crea una situación de peligro individual y extraordinaria (eine individuelle un auBergewöhnliche Gefahrenlage); ii) debe tratarse de un riesgo especial, incrementado (Besondere, erhöhte Gefahr), “que supere netamente los riesgos normales a que todos se encuentran expuestos”, y; iii) que “el daño... sufrido por la víctima sea consecuencia inmediata de la realización de dicho peligro”¹¹⁵.

46 La Sala llega a la conclusión que la entidad aquí demandada es responsable patrimonialmente de los daños causados a Luis Alberto Marín García y a su familia, con fundamento en la indiscutible posición de garante institucional que residía en dichas entidades, y como consecuencia directa de la creación de la situación objetiva de riesgo¹¹⁶, ya que como se dijo atrás, estaba llamado el estado a precaver o prevenir la amenaza - riesgo objetivo que representó el traslado o desplazamiento del mencionado agente entre Ocaña y San Calixto, sin haber valorado las condiciones y garantías de seguridad que eran exigibles a la entidad demandada, lo que inexorablemente creó (y en gracia de discusión incrementó) el riesgo al que se expuso de manera inexorable al agente, con el resultado funesto y desafortunado para la familia del demandante y de todos los que resultaron víctimas del mismo, quienes debieron ser amparados como ciudadanos-policiales en sus derechos fundamentales y humanos. Fue, por lo tanto, la omisión protuberante, ostensible, grave e inconcebible del Estado de la que se desprende la responsabilidad por el resultado dañoso de los demandantes, quien estaba en la obligación de ofrecer, por lo menos, una intervención proporcionada y adecuada a las circunstancias riesgosas a las que se sometió al agente con conocimiento de las mismas

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

Este aspecto constituye uno de los puntos más importantes a analizar dentro de este régimen, pues no es la previsión de la generalidad de los hechos (estado de anormalidad del orden público) sino de aquellas situaciones que no dejan casi margen para la duda, es decir, las que sobrepasan la situación de violencia ordinaria vivida, a título de ejemplo: región en la que se ha declarado turbado el orden público, paro de transportes, revueltas masivas callejeras, población bajo toque de queda, amenaza de toma subversiva anunciada a una población esto en cuanto hace a los conglomerados sociales; amenazas o atentados previos contra la vida en cuanto hace a las personas individualmente consideradas, etc. Queda

¹¹⁵ FORSTHOFF, Erns. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts Band I. Allgemeiner Teil*. 10a ed. Münche, CH Beck, 1973, pp.359 a 364.

¹¹⁶ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo; PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en filosofía y derecho, 2006, pp. 65 y ss.

claro entonces que la sola circunstancia de que el afectado no haya solicitado protección previa especial no siempre será causal que permita exonerar a la administración de su deber de protección y vigilancia sino dependiendo del caso particular pueden existir otras circunstancias indicadoras que permitieran a las autoridades entender que se cometería un acto terrorista¹¹⁷.

48 Y si bien, el *a quo* entendió que operó la causal exonerativa del hecho de un tercero, la Sala debe consolidar el precedente en los siguientes aspectos: i) es cierto que en la producción del daño hubo tanto participación de un tercero, un grupo armado insurgente respecto del cual no puede negarse su existencia y su realidad dentro del conflicto armado interno que vive nuestro país, como al mismo contribuyó la omisión e incumplimiento de las entidades demandadas al no haber garantizado las mínimas condiciones de seguridad al agente en su traslado y desplazamiento por una zona considerada, como hecho notorio, de graves y ostensibles alteraciones de orden público para la época de los hechos, lo que implicaba la existencia de una amenaza inminente para todo miembro de la fuerza pública que sin protección institucional, ni personal, como fue el caso del agente Marín García, se vio expuesto indebidamente a la amenaza concretada en su muerte violenta; ii) en este tipo de eventos se produce la concurrencia de acciones y omisiones distintas a la propia de la víctima, que deriva en la generación de una obligación solidaria [solidaridad que se expresa en cuanto al grupo armado insurgente en su responsabilidad internacional por la violación de derechos humanos y de las normas del derecho internacional humanitario, artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, al afectar con sus acciones indiscriminadas a la población civil, y al uso de material bélico no convencional y lesivo de los derechos no sólo de la víctima, sino también de los propios uniformados que son objeto de este tipo de ataques], que permite a la víctima del daño exigir la indemnización a cualquiera de los sujetos que contribuyeron a la producción del mismo [en aplicación de los expresos mandatos de los artículos 2344 y 1568 del Código Civil]; iii) luego, el hecho del tercero [grupo armado insurgente] no es única, exclusiva y determinante, sino que contribuye a la producción del daño, por lo que persiste la obligación solidaria de indemnizar el daño [en aplicación del artículo 1571 del CC]; iv) desde el ámbito fáctico, no se produce una ruptura, porque el incumplimiento de las medidas de seguridad, y la omisión de permitir la presencia de la víctima como personal civil durante el ataque del grupo armado insurgente no deja de enervar la responsabilidad de las entidades demandadas, y de permitir su atribución jurídica¹¹⁸.

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

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

¹¹⁷ Sentencia de 27 de noviembre de 2002. Exp.13774.

¹¹⁸ En sentido similar se encuentra el siguiente precedente: sentencia de 27 de noviembre de 2002. Exp.13774.

violenta de los grupos armados insurgentes. En cuanto a esto, el fiscal británico en los juicios de Nuremberg señaló,

“La muerte de los combatientes es justificable (...) únicamente cuando la propia guerra es legal. Pero cuando la guerra es ilegal (...), no hay nada que justifique las muertes y esos asesinatos no pueden distinguirse de aquellos que cometen el resto de las bandas de salteadores al margen de la ley”¹¹⁹.

A lo que cabe agregar,

“Por lo que respecta a la dirección de las hostilidades, no debe considerarse permitido causar <<ningún perjuicio que no tienda materialmente al fin (de la victoria), ni ningún perjuicio cuyo carácter de medio conducente al fin sea leve en comparación con la entidad del perjuicio>>¹²⁰. Lo que aquí se prohíbe es el daño excesivo. Hay dos criterios propuestos para determinar el exceso. El primero es el de la victoria misma o el de lo habitualmente recibe el nombre de necesidad militar. El segundo depende de cierta noción de proporcionalidad: hemos de valorar <<el perjuicio causado>>, lo que, presumiblemente, no sólo se refiere al daño inmediatamente producido a los individuos, sino también a cualquier ofensa infligida a los intereses permanentes de la humanidad, y valorarlo por contraposición que aporta el perjuicio respecto al fin de la victoria.

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

(...)

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

(...)

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

¹¹⁹ Citado en TUCKER, Robert W. *The Law of War and Neutrality at Sea*. Washington, 1957, p.6.

¹²⁰ *Elements of Politics, op. cit.*, pág.254; para un informe de la época desde un punto de vista aproximadamente parecido, véase R. B. Brandt, <<Utilitarianism and the Rules of War>> en *Philosophy and Public Affairs*, vol.1, 1972, págs..145-165.

relación con las exigencias del combate: por un lado, masacres y, por otro, batallas ruinosas y mal planeadas que sólo son un poco mejores que las masacres¹²¹ (subrayado fuera de texto).

Desde nuestra propia realidad, el precedente jurisprudencial constitucional señala,

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

(...)

*De este modo, en manera alguna se trata de hechos sobrevinientes pues todas ellas son situaciones que de tiempo atrás afectan a la sociedad colombiana. No obstante, no puede perderse de vista que a pesar de tratarse de hechos arraigados en la historia del conflicto armado que afronta el país, las dimensiones que esos comportamientos adquirieron últimamente, fundamentalmente tras la ruptura del proceso de paz, les dan unas implicaciones completamente diferentes. Es cierto, todas esas modalidades delictivas tienen un profundo contenido de lesividad y plantean un palmario desconocimiento de los valores mínimos que posibilitan la pacífica convivencia. Pero, no obstante ese contenido de antijuridicidad, esas conductas pueden redefinirse por sus autores a partir de una nueva dimensión que los lleva a alentarse de unos nuevos propósitos, a modificar sustancialmente las circunstancias de su comisión y, en consecuencia, a generar unas implicaciones que en el anterior marco eran inconcebibles*¹²²¹²³.

49 No se trata, no obstante, de hacer radicar en el Estado una responsabilidad ilimitada frente a cualquier acto o hecho de los particulares (hecho de un tercero), pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo que es achacable directamente al Estado como garante principal. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones positivas¹²⁴.

Por el contrario, cabe reforzar su encuadramiento en el título de la falla del servicio, afirmando la posibilidad de que la misma se consolide no sólo por el incumplimiento u omisión de las entidades demandadas, sino que también por no haber observado los deberes positivos a los que debió sujetarse en este caso

¹²¹ WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*. Barcelona, Paidós, 2001, pp.181 y 182.

¹²² Corte Constitucional, sentencia C-802 de 2002.

¹²³ Sentencias de 25 de mayo de 2011. Exps.15838, 18075, 25212; de 25 de mayo de 2011. Exp.18747; de 8 de junio de 2011. Exp.19972; de 8 de junio de 2011. Exp.19973.

¹²⁴ *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrafo 280; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párrafo 123; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párrafo 155; y *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192, párrafo 78.

específico, en especial por no haberse garantizado las mínimas condiciones de seguridad en el traslado y desplazamiento que debía realizar el agente Luis Alberto Marín García [posición de garante de vigilancia], a tenor de lo manifestado por la jurisprudencia de la Sala según el cual “el Estado asume un papel de garante que se desprende de la obligación que emana del artículo 2 de la Constitución Política, disposición según la cual ” las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades”¹²⁵.

50 Finalmente, del análisis del acervo probatorio y del caso, la Sala encuentra que las investigaciones penales por la muerte del agente Luis Alberto Marín García no han llegado a resultado concluyente alguno, y entiende la Sala que la verdad y justicia es un ingrediente que hace parte de la obligación del Estado, máxime cuando se trata de un miembro de la fuerza pública, lo que lleva a concluir que existe una ineficiente actividad del Estado en el despliegue de su aparato judicial, especialmente de aquellos responsables de las investigaciones penales, lo que refuerza la posibilidad de establecer una medida de satisfacción que luego se establecerá para a que los familiares del agente Marín García se les pueda garantizar la verdad y la justicia como principios sustanciales del modelo democrático y del Estado Social de Derecho.

51 Con base en los anteriores argumentos, la Sala confirmara la sentencia del *a quo* que declaró la responsabilidad de las entidades demandadas, y procederá a establecer si cabe confirmar el reconocimiento y tasación de los perjuicios materiales y morales reclamados por los actores.

10. Perjuicios

10.1. Perjuicios morales

52 La parte actora solicitó que el reconocimiento de perjuicios morales a favor de todos los actores. En el acervo probatorio se aportó, como prueba para su reconocimiento se aportó copia autenticada de partida de matrimonio entre Carlos Julio Marín y Ana Rosa García, de la Parroquia Nuestra Señora del Carmen - Frías (fl.12 c1); copia auténtica del registro civil de nacimiento de Luis Alberto Marín García, hijo de Carlos Julio Marín y de Ana Rosa García Torres, expedida por la Registraduría Municipal del Estado Civil de Falan (Tolima) (fls.13 c1 y 209 cp).

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

“Las reglas de la experiencia, y la práctica científica¹²⁶ han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción,

¹²⁵ Sentencia de 9 de junio de 2010. Exp.19849.

¹²⁶ Fernández Liria, B. Rodríguez Vega. Intervenciones sobre problemas relacionados con el duelo para profesionales de Atención Primaria: El proceso del duelo. Universidad Autónoma de Madrid.

lo que genera el proceso de duelo. Razón por la cual la Sala reitera la posición asumida por la Corporación en la sentencia de 17 de julio de 1992¹²⁷ donde sobre el particular, y con fundamento en la Constitución, se analizó el tópico, así:

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

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

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

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

“1º. Los descendientes legítimos;

“2º. Los ascendientes legítimos;

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

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

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

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

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

¹²⁷ Radicado 6750, actor: Luis María Calderón Sánchez y otros. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

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

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

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

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

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

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

“Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se ha tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente. En síntesis, la Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido lo normal y de requerir la prueba de lo anormal. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien.”¹²⁸ (Negritillas de la Sala)¹²⁹.

¹²⁸ Posición que ha sido reiterada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 30 de marzo de 2004. S 736 Actor: Nelly Tejada. Consejero Ponente Camilo Arciniegas Andrade. “Del parentesco cercano con la víctima se infiere el padecimiento moral que su muerte inflige a los suyos. El parentesco es indicio vehemente del daño moral.” Y recientemente por la Sección Tercera, en sentencia de 30 de agosto de 2007. Expediente 15.724, actor: Oswaldo Pérez Barrios. Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra.

¹²⁹ Sentencia de 15 de octubre de 2008. Exp.18586.

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

55 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”.

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

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

“En torno al perjuicio moral es de recordar que su indemnización no obedece a un criterio compensatorio, desde luego que la vida humana es inconmensurable, sino a uno satisfactorio, destinado a mitigar en lo posible la enorme pena que en el fondo queda ante la ausencia de un ser amado, razón por la cual en a su apreciación han de considerarse el dolor de quien lo sufre, la intensidad de su congoja, la cercanía con el ser perdido, entre otras cosas, para con cimiento en la equidad arribar al más justo valor, distante por lo general de la matemática exactitud con que se escruta el daño material”¹³⁰.

58 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

¹³⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 2009. Exp. 1995-10351.

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 igualdad¹³¹. 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 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,

¹³¹ 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

esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto.

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

Por lo anterior, el análisis de proporcionalidad del límite de mil salarios mínimos legales, se hará de conformidad con el siguiente método: (i) identificar y clarificar cuáles son los intereses enfrentados regulados por la norma; (ii) sopesar el grado de afectación que sufre cada uno de esos intereses por la aplicación del límite fijado en la norma; (iii) comparar dichas afectaciones; (iv) apreciar si la medida grava de manera manifiestamente desproporcionada¹³² uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución”¹³³ (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 pecuniariamente¹³⁴, con base en criterios como el dolor infligido a las víctimas¹³⁵, el perjuicio estético causado¹³⁶ o el daño a la reputación¹³⁷. Si de la aplicación de tales criterios surge que dichos perjuicios superan el límite fijado por el legislador, habría una afectación grave del interés de las víctimas por lograr una indemnización integral de los perjuicios que se le han

¹³² 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

¹³³ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

¹³⁴ 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

¹³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de agosto de 1982, CP: Carlos Betancur Jaramillo, Expediente 3139, donde se reconoció como perjuicio moral el “malestar psíquico” sufrido a raíz del accidente. Consejo de Estado, Sección Tercera, 4 de abril de 1997, CP: Jesús María Carrillo Ballesteros, Expediente 12007, que reconoció como perjuicio moral por el hecho de que la víctima “estuvo sometida al miedo, la desolación, a la zozobra, a la tristeza, mientras se produjo su liberación.”

¹³⁶ 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

¹³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 3510.

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 oro¹³⁸¹³⁹.

59 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 estricto¹⁴⁰.

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

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

Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima,

¹³⁸ 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

¹³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

¹⁴⁰ 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.

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.

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

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

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

61 En cuanto a la muerte del agente Luis Alberto Marín García, la tasación se hará conforme a la intensidad, necesidad y proporcionalidad que representa moralmente la angustia, la tristeza y la aflicción de la muerte de un hijo a tan prematura edad. De acuerdo con lo anterior, los perjuicios morales quedarán tasados para los actores de la siguiente manera:

Indemnizado	Equivalente en SMLMV	Valor en moneda colombiana de curso legal
Carlos Julio Marín (padre)	100 smlmv	\$57.760.000.00
Ana Rosa García de Marín	100 smlmv	\$57.760.000.00

10.2. Perjuicios materiales

10.2.1. Lucro cesante

62 La parte actora solicitó en el escrito de demanda se condenara por los perjuicios materiales, específicamente por concepto de lucro cesante, los sueldo, primas, bonificaciones, vacaciones, cesantías que dejó de percibir el agente Luis Alberto Marín García desde el momento de su muerte, con lo que ayudaba económicamente a sus padres.

Para la Sala el perjuicio deprecado por la parte actora, y negado por el a quo, sólo se encuentra probado que al momento de la muerte el agente Luis Alberto Marín García estaba vinculado a la Policía Nacional, y que en el mes anterior a su muerte devengaba por concepto de salario la suma de \$157.700.00, como consta en la hoja de vida de servicios del mencionado agente. Sin embargo, la parte actora no allegó al proceso prueba alguna que permita demostrar la dependencia

económica de los padres del agente, salvo el dicho de la demanda y de la apelación, y siendo obligación de dicha parte probar este extremo la Sala modificara la sentencia de primera instancia y negará la pretensión relativa al reconocimiento de este tipo de perjuicio.

11. De la reparación integral

63 La Sala en aplicación del principio de reparación integral, y a lo consagrado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, ordenará una medida de satisfacción singular, teniendo en cuenta que debe ceder el fundamento procesal del principio de congruencia ante la primacía del principio sustancial de la “restitutio in integrum”, máxime cuando existe la vulneración a un derecho humano. En el precedente de la Sala se sostiene,

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

no supone que no se repare íntegramente el perjuicio. Como corolario de lo anterior, para la Sala, la reparación integral propende por el restablecimiento efectivo de un daño a un determinado derecho, bien o interés jurídico y, por lo tanto, en cada caso concreto, el operador judicial de la órbita nacional deberá verificar con qué potestades y facultades cuenta para obtener el resarcimiento del perjuicio, bien a través de medidas netamente indemnizatorias o, si los supuestos fácticos lo permiten (trasgresión de derechos humanos en sus diversas categorías), a través de la adopción de diferentes medidas o disposiciones”¹⁴¹ (subrayado fuera de texto).

Así mismo, el precedente de la Sala en su momento consideró,

“En ese orden de ideas, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos implica no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también supone la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual era posible la implementación de una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño (*strictu sensu*), sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos vulnerados. Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona específicamente con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas de rehabilitación, o de no repetición, ello no implica en manera alguna que no se repare íntegramente el perjuicio”¹⁴².

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

En primer lugar, se sostiene por la Sala que no sólo se produjo un daño antijurídico del que son víctimas Luis Alberto Marín García y sus familiares, sino también este se produjo como consecuencia necesaria de la violación de su derecho humano a la vida, lo que plantea que se afirme la existencia de la obligación de repararse íntegramente el daño ocasionado. Y esto, necesariamente, implica que debe atenderse a la necesidad de restablecer la verdad y la justicia a los padres del agente muerto violentamente, de tal manera que se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que en un término no superior a treinta (30) días se informe acerca de la investigación penal por el homicidio del agente Luis Alberto Marín García, los resultados de la misma, exigiéndose que, dentro de la reserva que legalmente se exige para los procesos penales, se informe por un medio de comunicación del lugar en el que residan sus familiares, y se remita copia del informe relativo al avance de la investigación al Tribunal de origen para que del mismo se deje constancia de su cumplimiento.

¹⁴¹ Sentencia de 19 de octubre de 2007. Exp.29273A. Ver de la Corte Permanente de Justicia Internacional, caso *Factory of Chorzów*, Merits, 1928, Series A, No. 17, Pág. 47. Citada por CRAWFORD, James “Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional del Estado”, Ed. Dykinson, Pág. 245; Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso de la Masacre de Puerto Bello (vs) Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006; de la Corte Constitucional Sentencia T-563 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En igual sentido T- 227 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-1094 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-175 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería. Corte Constitucional, sentencia T-188 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis

¹⁴² Sentencias de 8 de junio de 2011. Exp.19972; de 8 de junio de 2011. Exp.19973.

Adicionalmente, se ordenará al Director General de la Policía Nacional para que mediante una circular que debe distribuirse en todos los departamentos, estaciones y subestaciones de la institución, se informe y se actualice la forma en que deben aplicarse los procedimientos para la realización de los desplazamientos, garantizándose todas las medidas disponibles y razonables de seguridad, especialmente en aquellas zonas del país donde haya conocimiento de amenazas de perturbaciones del orden público, para que casos como estos no se repitan.

Como consecuencia del compromiso al que se sometió a los civiles que se transportaban en el mismo bus, se le ordenará a la Dirección General de la Policía que para dar cumplimiento cabal a las Convenciones y Protocolos de Ginebra se realice un curso en el Departamento de Policía de Norte de Santander dirigido a los oficiales y sub-oficiales de la institución, en el que ofrezca la formación relacionada con los deberes de los miembros de la fuerza pública en tiempos de conflicto armado, la protección de los civiles y el respeto del derecho internacional humanitario.

Finalmente, la Sala dando continuidad al precedente, ordenará que el Estado, si lo considera, que por los canales adecuados solicite ante las instancias internacionales de protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario la investigación y determinación de la (s) violación (es) a los derechos humanos que se hayan producido en el caso en concreto por parte del grupo armado insurgente ELN, y que una vez rendida sea puesta en conocimiento de la opinión pública por los medios de comunicación de circulación nacional¹⁴³.

12. Costas.

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

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, 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 15 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, la que quedará de la siguiente manera:

“PRIMERO: Declárese no probada la excepción de inepta representación de las partes.

SEGUNDO: Declárese a la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional - administrativamente responsable por la muerte de LUIS ALBERTO MARIN GARCIA.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, condenase a LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL a reconocer y

¹⁴³ Puede verse la sentencia de 19 de agosto de 2011. Exp.20227.

a pagar a título de perjuicios morales a favor de CARLOS JULIO MARIN y ANA ROSA GARCIA de MARIN, el VALOR EN PESOS COLOMBIANOS, SEGÚN CERTIFICACIÓN DEL Banco de la República a la fecha de la ejecutoria de esta sentencia, de CIEN (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos”

SEGUNDO. ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación que en un término no superior a treinta (30) días se informe acerca de la investigación penal por el homicidio del agente Luis Alberto Marín García, los resultados de la misma, exigiéndose que, dentro de la reserva que legalmente se exige para los procesos penales, se informe por un medio de comunicación del lugar en el que residan sus familiares, y se remita copia del informe relativo al avance de la investigación al Tribunal de origen para que del mismo se deje constancia de su cumplimiento.

ORDENAR al Director General de la Policía Nacional para que mediante una circular que debe distribuirse en todos los departamentos, estaciones y subestaciones de la institución, se informe y se actualice la forma en que deben aplicarse los procedimientos para la realización de los desplazamientos, garantizándose todas las medidas disponibles y razonables de seguridad, especialmente en aquellas zonas del país donde haya conocimiento de amenazas de perturbaciones del orden público, para que casos como estos no se repitan.

ORDENAR a la Dirección General de la Policía a realizar un curso en el Departamento de Policía de Norte de Santander, dirigido a los oficiales y sub-oficiales de la institución, en el que ofrezca la formación relacionada con los deberes de los miembros de la fuerza pública en tiempos de conflicto armado, la protección de los civiles y el respeto del derecho internacional humanitario.

ORDENAR que el Estado, si lo considera, que por los canales adecuados solicite ante las instancias internacionales de protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario la investigación y determinación de la (s) violación (es) a los derechos humanos que se hayan producido en el caso en concreto por parte del grupo armado insurgente ELN, y que una vez rendida sea puesta en conocimiento de la opinión pública por los medios de comunicación de circulación nacional

TERCERO. Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

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

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

SEXTO. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen”

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

OLGA VALLE DE DE LA HOZ

ENRIQUE GIL BOTERO

Presidente

Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA DOCTORA OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

CIUDADANO POLICIA - Noción / CIUDADANO SOLDADO - Noción / CIUDADANO POLICIA Y CIUDADANO SOLDADO - Diferenciación

Al respecto, no comparto la equivalencia que se hace en la sentencia que se aclara, de la calidad del “ciudadano-policía” con la del “ciudadano- soldado”. En efecto, ha sido posición reiterada de la Sección diferenciar las garantías y los riesgos que se asumen, por un lado, en cumplimiento del mandato constitucional que exige prestar el servicio militar obligatorio (ciudadano-soldado), y por el otro, en desarrollo de la decisión libre y voluntaria de ingresar a la fuerza pública (ciudadano-policía). Es así como a partir de la expedición de la Constitución de 1991, la responsabilidad del Estado se define de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 90 en virtud del cual, el Estado será patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión imputable a sus agentes. Dos son los postulados que fundamentan dicha responsabilidad: i) El daño antijurídico, y ii) la imputación del mismo a la administración, “sin que sea posible predicar la existencia y necesidad y/o valoración y análisis de otro tipo de componentes a efectos de configurar la responsabilidad”. (...) se tiene que el daño antijurídico puede ser ocasionado por la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas, y al respecto, ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación, en relación con el régimen de responsabilidad aplicable por los daños causados a quienes se encuentran en situación de conscripción. (...) En cualquier caso, al tratarse de la aplicación de un régimen de responsabilidad de carácter objetivo, la entidad demandada tendrá que entrar a comprobar la existencia de una causal eximente de responsabilidad. (...) Por el contrario, al tratarse de personal que voluntaria o profesionalmente ingresa a la fuerza pública, dicha incorporación no conlleva la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas, y por tanto, el daño antijurídico que se alegue ha de ser ajeno al riesgo propio del servicio. (...) Por tanto, es conveniente continuar diferenciando la calidad del “ciudadano-soldado” de la del “ciudadano-policía”, pues con respecto al primero, “la Sala ha considerado que el régimen bajo el cual debe resolverse su situación es diferente del que se aplica frente a quienes voluntariamente desarrollan actividades de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado como los militares, agentes de policía o detectives del DAS, porque el sometimiento de aquellos a los riesgos inherentes a la actividad militar no se realiza de manera voluntaria, sino que corresponde al cumplimiento de los deberes que la Constitución impone a las personas, “derivados de los principios fundamentales de solidaridad y reciprocidad social”, para “defender la independencia nacional y las instituciones públicas” (art. 216 C.P.)”.

RESPONSABILIDAD EXTRAPATROMONIAL DEL ESTADO - Régimen de responsabilidad aplicable

Me es imperativo aclarar que compartí la decisión contenida en la sentencia que ahora se aclara, bajo el entendido de que la responsabilidad le es imputable al Estado, en este caso específico, por la falla en el servicio en la que incurrió la Policía Nacional al desconocer los procedimientos para el desplazamiento de personal en zonas de alto riesgo, de acuerdo con lo dicho por el propio Comandante del Departamento de Policía de Norte de Santander (folio 44 de la sentencia), cuando expresó que “el procedimiento de traslados se realiza aproximadamente cada seis (6) meses (sic), y en forma aérea masivamente, pero cuando la situación de orden público lo permite se envía al policial en un bus o carro de línea regular, de civil y sin armamento, sin identificación policial para que no corra peligro su vida, ya que la remisión con cualquier tipo de armas lo haría fácil presa de la guerrilla”. Del acervo probatorio relacionado en la sentencia, la situación de orden público en la zona donde se efectuó el desplazamiento vehicular del joven Marín, no garantizaba su seguridad.

PERJUICIOS MORALES - Liquidación. Reiteración posición sala.

Para la tasación de los perjuicios morales, se utiliza el mismo test de proporcionalidad con respecto al cual hemos venido insistiendo, por un lado, su falta de pertinencia por cuanto al tratarse de una herramienta creada por y para la jurisdicción constitucional, no es dable su aplicación directa en la jurisdicción contencioso administrativa, pues ha de mediar un mínimo análisis y estudio sobre los objetivos que se persiguen con su aplicación, los procedimientos que se requieren para que su implementación sea adecuada en la jurisdicción contencioso administrativa, y los resultados esperados con la misma, teniendo en cuenta la jurisprudencia reiterada que al respecto ha pronunciado la Corporación. Por el otro, su inconveniencia en lo que se refiere al contenido y desarrollo de los tres sub principios que el test propone que sean medidos para establecer el valor al que ascendería el perjuicio moral: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto. (...) Todo lo anterior, para concluir que cuando del acervo probatorio se encuentran reunidos los tres criterios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad), la liquidación ascenderá a 100 SMMLV siempre que se pruebe la convivencia y se trate de familiares inmediatos y cónyuges; 50 SMMLV si no se probó la convivencia pero sí la relación de cercanía, y 25 SMMLV con la simple presunción del Registro Civil. No se comparte dicha conclusión por las siguientes razones: La existencia del daño moral, aunque reconocida, no siempre fue resarcida. (...) Gracias al desarrollo progresivo de la jurisprudencia, se han venido reconociendo cada vez más daños morales resarcibles, pues además de las lesiones a la honra o la dignidad reconocidas por la Corte Suprema de Justicia desde 1924, se ha condenado a la reparación de los daños morales por afectaciones a la fama de una persona, por atentados a las libertades y derechos fundamentales, por la muerte o lesión de parientes próximos o amigos que demuestren la intensidad de la afectación, por las lesiones personales sufridas por la víctima, sus parientes próximos y padres de crianza, e incluso, por los menoscabos sufridos por personas jurídicas. Para su tasación, (...) este Despacho se aparta del análisis realizado en la sentencia aclarada, a propósito del test utilizado para tasar los perjuicios morales por medio de la utilización de una tabla con valores preestablecidos, por cuanto al tratarse de un daño netamente subjetivo, son las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos, y el estudio de los efectos que el daño causó en quienes acuden a la jurisdicción para que les sean reconocidos los perjuicios sufridos, los que sirven de fundamento a la tasación. Y es en este escenario en el que cobra importancia la función del juzgador, quien en el marco de su discrecionalidad judicial, deberá hacer una valoración integral del acervo probatorio con el fin de establecer la

medida compensatoria que considere más apropiada para aliviar el dolor sufrido por quienes ponen en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado. En este sentido, considero inconveniente, a manera de ejemplo, que la convivencia se constituya en factor determinante para la tasación de perjuicios. En efecto, si bien lo ideal es que los núcleos familiares se mantengan unidos, la unión no debe estar determinada por la mera convivencia pues es bien sabido que existen lazos cuya fortaleza se intensifica cuando, precisamente, no se vive bajo el mismo techo (padres separados, padres que por cuestiones laborales deben trasladar su residencia a otra ciudad o país, hijos que por razones académicas se trasladan a otra ciudad o país, etc.). Adicionalmente, dicho test deja por fuera de toda consideración a quienes acuden a la jurisdicción ya no en su calidad de familiares sino en calidad de damnificados.

REPARACION INTEGRAL - Medidas de no repetición / MEDIDAS NO PECUNIARIAS DE REPARACIÓN - Facultad del Juez verificar la necesidad de imposición y cuáles medidas debe imponerse

Para la Corporación es claro que toda vulneración de un derecho genera la obligación de repararlo. Ahora, dicha obligación se hace más gravosa cuando se trata de la vulneración de los derechos humanos especialmente protegidos por normas nacionales e internacionales, pues no basta simplemente con reconocer y resarcir los daños producidos con su violación, sino que se impone garantizar el goce efectivo del derecho vulnerado, o en su defecto, el restablecimiento del estado anterior al momento de la violación, a través del diseño y formulación de una serie de medidas materiales y simbólicas inspiradas en el principio constitucional de dignidad humana que sirve de base a todos los derechos. Ahora bien, se advierte que en la selección, formulación y diseño de dichas medidas, se impone al juez prudencia suma por cuanto su uso indebido, indiscriminado o improvisado, puede generar el efecto contrario al pretendido. Así, cada medida debe ser escogida después de una concienzuda reflexión, identificando claramente el objetivo específico que se quiere lograr; la pertinencia de la medida teniendo en cuenta el contexto histórico en el que sucedieron los hechos y las circunstancias propias del momento en el que se dicta la sentencia; la congruencia de las medidas con las pretensiones de la demanda y los hechos que resultan probados en el expediente; la magnitud de los efectos del daño que se pretende resarcir; las facultades del juez para ordenar cierto tipo de acciones; e incluso, la redacción misma de la medida ordenada. Lo anterior, se insiste, para que el efecto que se pretende con su adopción ni se suprima, ni se relativice. Al efecto, se recuerda que las medidas que se ordenen para garantizar el goce efectivo del derecho a la verdad han de procurar el conocimiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, y de los responsables de la comisión de los mismos, conocimiento que puede lograrse por vía judicial, a través de la interposición de recursos eficaces que promuevan la investigación, enjuiciamiento y sanción correspondientes, lo que al mismo tiempo permite la lucha contra la impunidad y garantiza el goce efectivo del derecho a la justicia.”

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., primero (1) de febrero de dos mil doce (2012)

Radicación número: 54001-23-31-000-1994-08357-01(21274)

Actor: CARLOS JULIO MARIN Y OTRA

Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL

Referencia: Acción de Reparación Directa

Con la debida consideración y respeto por las decisiones de la Sala, procedo a aclarar el voto con relación al contenido de la sentencia de la referencia. En efecto, si bien se comparte la parte resolutive de la misma, me aparto de tres aspectos fundamentales de la sentencia, así:

1.Presupuestos para la imputación de responsabilidad

1.1.La calidad de la víctima

Dice la sentencia que los “*ciudadanos-policías*”, en el marco del conflicto armado interno, tienen las mismas garantías que los “*ciudadanos-soldados*” (conscriptos), exigibles del Estado (folio 22 de la sentencia):

“Sin duda, el deber positivo del [sic] Estado tiene para con los agentes de la Policía Nacional se extrema en condiciones específicas de conflicto armado interno y, específicamente, como los [sic] ocurridos con ocasión del traslado que estaba cumpliendo el agente. (...) Se trata, sin duda alguna, de exigir no sólo el respeto de los derechos consagrados constitucionalmente (reconocido como quedó que el ciudadano-soldado no renuncia a estos), sino que también debe acatarse las reglas del derecho internacional humanitario”.

Más adelante dice (folio 29 de la sentencia):

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

Y finalmente expone (folio 31 de la sentencia):

“Por el contrario, cuando se trata de personas que se encuentran prestando el servicio policial, se afirma que no quedan sometidos a los riesgos inherentes la actividad militar”.

Al respecto, no comparto la equivalencia que se hace en la sentencia que se aclara, de la calidad del “*ciudadano-policía*” con la del “*ciudadano-soldado*”. En efecto, ha sido posición reiterada de la Sección diferenciar las garantías y los riesgos que se asumen, por un lado, en cumplimiento del mandato constitucional que exige prestar el servicio militar obligatorio (ciudadano-soldado), y por el otro,

en desarrollo de la decisión libre y voluntaria de ingresar a la fuerza pública (ciudadano-policía).

Es así como a partir de la expedición de la Constitución de 1991, la responsabilidad del Estado se define de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 90 en virtud del cual, el Estado será patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión imputable a sus agentes. Dos son los postulados que fundamentan dicha responsabilidad: i) El daño antijurídico, y ii) la imputación del mismo a la administración, *“sin que sea posible predicar la existencia y necesidad y/o valoración y análisis de otro tipo de componentes a efectos de configurar la responsabilidad”*¹⁴⁴. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que *“la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable”*¹⁴⁵.

Sobre la noción de daño antijurídico, esta Sección ha definido que *“consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar”*¹⁴⁶. En este sentido, el daño ocasionado a un bien jurídicamente tutelado, impone el deber de indemnizar el consecuente detrimento con el objetivo de garantizar el principio de igualdad ante las cargas públicas.

En lo relativo a la imputación, se entiende que se trata de la *“atribución de la respectiva lesión”*¹⁴⁷; en consecuencia, *“la denominada imputación jurídica (imputatio iure o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política”*¹⁴⁸.

Al respecto, en recientes pronunciamientos, esta Sección ha reiterado que:

*“la imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto. De otro lado, la concreción de la imputación fáctica no supone por sí misma, el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios bien a partir de la verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas”*¹⁴⁹ (subrayado fuera de texto).

¹⁴⁴ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 30 de agosto de 2007; Exp. 15932.

¹⁴⁵ Corte Constitucional; Sentencia C-333 de 1996.

¹⁴⁶ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 13 de agosto de 2008; Exp. 17042.

¹⁴⁷ Ibídem, Sentencia 15932 del 30 de agosto de 2007.

¹⁴⁸ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia de julio 12 de 1993; Exp. 7622.

¹⁴⁹ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 9 de junio de 2010; Rad. 1998-0569.

Así las cosas, se tiene que el daño antijurídico puede ser ocasionado por la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas, y al respecto, ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación, en relación con el régimen de responsabilidad aplicable por los daños causados a quienes se encuentran en situación de conscripción¹⁵⁰. En efecto, *“respecto de los daños sufridos por quienes prestan el servicio militar obligatorio, se ha reiterado que la responsabilidad estatal se estructura bajo un régimen objetivo (tanto por daño especial, como por riesgo excepcional), por virtud de la ruptura del principio de igualdad en la asunción de las cargas públicas debido a que el ingreso a la fuerza pública ocurre en razón del acatamiento del mandato constitucional previsto en el artículo 216 (...)”*¹⁵¹ de la Constitución Política.

En cualquier caso, al tratarse de la aplicación de un régimen de responsabilidad de carácter objetivo, la entidad demandada tendrá que entrar a comprobar la existencia de una causal eximente de responsabilidad. La Sección así lo ha confirmado, al considerar que *“no le basta a la entidad demandada probar que su actuar fue diligente y cuidadoso, con el fin de enervar las pretensiones formuladas, sino que, en estos supuestos, el factor subjetivo no interviene en la imputación del hecho dañoso, circunstancia por la cual la única forma con que cuenta el extremo pasivo de la litis para liberarse de la imputación, es a partir de la demostración de una causa extraña en relación con el daño, esto es: i) que se produjo a causa de una fuerza mayor, o ii) por culpa exclusiva de la víctima, o iii) a consecuencia del hecho exclusivo y determinante de un tercero”*¹⁵².

Por el contrario, al tratarse de personal que voluntaria o profesionalmente ingresa a la fuerza pública, dicha incorporación no conlleva la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas, y por tanto, el daño antijurídico que se alegue ha de ser ajeno al riesgo propio del servicio. En efecto, *“La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la afectación de los derechos a la vida y a la integridad personal del militar profesional constituye un riesgo propio de la actividad que dichos servidores públicos ordinariamente despliegan, riesgo que se concreta, por vía de ejemplo, en los eventos en los cuales tiene lugar el deceso o la ocurrencia de lesiones como consecuencia de combates, emboscadas, ataques de grupos subversivos, desarrollo de operaciones de inteligencia, entre otras actuaciones realizadas en cumplimiento de operaciones o de misiones orientadas a la consecución de los fines que constitucional y legalmente concierne perseguir a la Fuerza Pública; de allí que cuando el riesgo se concreta, al Estado en principio no resulta jurídicamente viable atribuirle responsabilidad extracontractual alguna en sede judicial, salvo en aquellos casos en los cuales se demuestre que la lesión o la muerte devienen como consecuencia del acaecimiento de una falla en el servicio o de la materialización de un riesgo excepcional al cual se haya visto sometido el militar profesional afectado, riesgo de mayor entidad que aquel al cual se hayan visto expuestos sus demás compañeros en el desarrollo de la misión encomendada”*¹⁵³.

Por tanto, es conveniente continuar diferenciando la calidad del “ciudadano-soldado” de la del “ciudadano-policía”, pues con respecto al primero, “la Sala ha

¹⁵⁰ Artículo 13 de la Ley 48 de 1993. *“Modalidades prestación servicio militar obligatorio. El Gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio. Continuarán rigiendo las modalidades actuales sobre la prestación del servicio militar: a. Como soldado regular, de 18 a 24 meses. b. Como soldado bachiller, durante 12 meses. c. Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses. d. Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses”*.

¹⁵¹ Consejo de Estado; Sección Tercera; Documento de trabajo “Líneas Jurisprudenciales: Responsabilidad extracontractual del Estado”; noviembre de 2010.

¹⁵² Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 13 de agosto de 2008; Exp. 17042.

¹⁵³ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 9 de febrero de 2011; Exp. 18113

considerado que el régimen bajo el cual debe resolverse su situación es diferente del que se aplica frente a quienes voluntariamente desarrollan actividades de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado como los militares, agentes de policía o detectives del DAS, porque el sometimiento de aquellos a los riesgos inherentes a la actividad militar no se realiza de manera voluntaria, sino que corresponde al cumplimiento de los deberes que la Constitución impone a las personas, “derivados de los principios fundamentales de solidaridad y reciprocidad social”, para “defender la independencia nacional y las instituciones públicas” (art. 216 C.P.)¹⁵⁴.

1.2.El régimen de responsabilidad aplicable

Dice la sentencia (folio 50 del texto):

“La Sala llega, sin duda, llega [sic] a la conclusión que del examen conjunto de los medios probatorios allegados al proceso permiten [sic] establecer que el daño antijurídico causado a Luis Alberto Marín García es atribuible [fáctica y jurídicamente] a las entidades demandadas a título de falla del servicio”.

Posteriormente sostiene (folio 55 de la sentencia):

“Y si esto es, así [sic] el estado es responsable del resultado perjudicial ya que no se correspondió con los principios de humanidad, esto es, con aquellos que exigen que el ejercicio de toda actividad, como por ejemplo las misiones de seguridad asignadas a los miembros de las fuerzas armadas, debe estar orientada hacia la preservación de los derechos, y no al sacrificio de estos por una causa que legal y democrática [sic] no está llamado ningún individuo a soportar porque implicaría la supresión de la esencia propia del ser humano como destinatario de la protección, convirtiendo al [sic] Estado en prioridad en la búsqueda de la paz. En ese sentido, debe prodigarse la aplicación de la responsabilidad objetiva en este tipo de casos (...)”.

Finalmente expresa (folio 61 de la sentencia):

“Por el contrario, cabe reforzar su encuadramiento en el título de la falla del servicio, afirmando la posibilidad de que la misma se consolide no sólo por el incumplimiento y omisión de las entidades demandadas, sino que también por no haber observado los deberes positivos a los que debió sujetarse en este caso específico”.

Al respecto, me es imperativo aclarar que compartí la decisión contenida en la sentencia que ahora se aclara, bajo el entendido de que la responsabilidad le es imputable al Estado, en este caso específico, por la falla en el servicio en la que incurrió la Policía Nacional al desconocer los procedimientos para el desplazamiento de personal en zonas de alto riesgo¹⁵⁵, de acuerdo con lo dicho por el propio Comandante del Departamento de Policía de Norte de Santander (folio 44 de la sentencia), cuando expresó que *“el procedimiento de traslados se realiza aproximadamente cada seis (6) meses (sic), y en forma aérea masivamente, pero cuando la situación de orden público lo permite se envía al policial en un bus o carro de línea regular, de civil y sin armamento, sin*

¹⁵⁴ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 21 de febrero de 2011; Exp. 16484

¹⁵⁵ Ya no por incumplimiento del Reglamento de vigilancia urbana y rural para la Policía Nacional contenido en la Resolución No. 9960 del 13 de noviembre de 1992 (folio 51 de la sentencia), pues éste fue expedido ocho (8) meses después de ocurrida la muerte del joven Marín, luego su contenido no le era exigible a la Nación.

identificación policial para que no corra peligro su vida, ya que la remisión con cualquier tipo de armas lo haría fácil presa de la guerrilla”.

Del acervo probatorio relacionado en la sentencia, la situación de orden público en la zona donde se efectuó el desplazamiento vehicular del joven Marín, no garantizaba su seguridad.

2.Liquidación de perjuicios morales

Para la tasación de los perjuicios morales, se utiliza el mismo test de proporcionalidad con respecto al cual hemos venido insistiendo, por un lado, su falta de pertinencia por cuanto al tratarse de una herramienta creada por y para la jurisdicción constitucional, no es dable su aplicación directa en la jurisdicción contencioso administrativa, pues ha de mediar un mínimo análisis y estudio sobre los objetivos que se persiguen con su aplicación, los procedimientos que se requieren para que su implementación sea adecuada en la jurisdicción contencioso administrativa, y los resultados esperados con la misma, teniendo en cuenta la jurisprudencia reiterada que al respecto ha pronunciado la Corporación. Por el otro, su inconveniencia en lo que se refiere al contenido y desarrollo de los tres sub principios que el test propone que sean medidos para establecer el valor al que ascendería el perjuicio moral: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto.

En efecto, la sentencia expone:

1.En cuanto a 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”.*

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

3.Por último, en relación con la proporcionalidad, la sentencia explica que *“(…) 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”.*

Todo lo anterior, para concluir que cuando del acervo probatorio se encuentran reunidos los tres criterios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad), la liquidación ascenderá a 100 SMMLV siempre que se pruebe la convivencia y se trate de familiares inmediatos y cónyuges; 50 SMMLV si no se probó la convivencia pero sí la relación de cercanía, y 25 SMMLV con la simple presunción del Registro Civil.

No se comparte dicha conclusión por las siguientes razones:

La existencia del daño moral, aunque reconocida, no siempre fue resarcida. En efecto, debido a consideraciones éticas y jurídicas se creía que el dolor no tenía precio¹⁵⁶ y que la dignidad estaba por encima de cualquier tasación pecuniaria. No obstante, en Colombia, la Corte Suprema de Justicia a través del famoso caso Villaveces¹⁵⁷, ordenó, por vez primera, el resarcimiento del daño moral sufrido por el actor, quien demandó al municipio de Bogotá para que le fueran reconocidos los perjuicios causados con ocasión de la destrucción del mausoleo en el que se encontraba enterrada su esposa, cuyos restos mortales fueron depositados en una fosa común.

En efecto, se consideró que la reparación del daño moral pretendía reconocer el dolor sufrido (*pretium doloris*), dolor que en ningún caso se aspira pagar, pero sí aligerar, de acuerdo con el valor determinado por dictamen pericial; así las cosas, el dinero cumpliría no sólo la función de equilibrar el patrimonio menoscabado, sino que apostaría también por mitigar el sufrimiento ocasionado¹⁵⁸.

Gracias al desarrollo progresivo de la jurisprudencia, se han venido reconociendo cada vez más daños morales resarcibles, pues además de las lesiones a la honra o la dignidad reconocidas por la Corte Suprema de Justicia desde 1924, se ha condenado a la reparación de los daños morales por afectaciones a la fama de una persona¹⁵⁹, por atentados a las libertades y derechos fundamentales, por la muerte o lesión de parientes próximos¹⁶⁰ o amigos que demuestren la intensidad de la afectación¹⁶¹, por las lesiones personales sufridas por la víctima, sus parientes próximos y padres de crianza, e incluso, por los menoscabos sufridos por personas jurídicas.

Para su tasación, en principio, se siguió lo que definiera el dictamen pericial cuya práctica se ordenara con el fin de tasar el daño moral. Posteriormente, en virtud de un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, se estableció el arbitrio judicial para cuantificar el perjuicio moral¹⁶², no obstante poderse valer de peritos para determinar la existencia misma y la intensidad del sufrimiento alegado con el daño causado. Para lograrlo, se siguió lo dispuesto en el artículo 95 del Código Penal de 1936, en virtud del cual en caso de no ser fácil o posible avaluar

¹⁵⁶ La jurisprudencia francesa consideró, hasta 1961 con la providencia del Consejo de Estado del 24 de noviembre del mismo año – LETISSERAND-, que las lágrimas nunca se amonedan (*les larmes ne se monnayent point*) y por consiguiente se reusaba a reparar el daño causado por el dolor moral.

¹⁵⁷ Corte Suprema de Justicia; Sala de casación civil; Sentencia del 22 de agosto de 1924; M.P. Tancredo Nannetti; Gaceta judicial T XXI. p. 82.

¹⁵⁸ Cfr. TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II.

¹⁵⁹ Corte Suprema de Justicia; Sala de Negocios Generales; Sentencia del 20 de noviembre de 1933; Gaceta judicial T. XXXIX. P. 197.

¹⁶⁰ Presunción del dolor que sufren los parientes próximos de una víctima, de acuerdo con lo consignado en la sentencia del 28 de octubre de 1942, de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

¹⁶¹ Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Civil; Sentencia del 13 de mayo de 1988; M.P. Alejandro Bonivento Fernández. Y Corte Suprema de Justicia; Sala de Negocios Generales; Sentencia del 12 de marzo de 1937.

¹⁶² Corte Suprema de Justicia; Sala de Negocios Generales; Sentencia del 20 de junio de 1941.

pecuniariamente el daño moral ocasionado por un delito, el juez tenía la potestad de fijar el monto (*quantum*) de la indemnización sin exceder de la suma de dos mil pesos, de acuerdo con su prudente arbitrio o discrecionalidad judicial, teniendo siempre en cuenta la intensidad del daño que se encuentre demostrada dentro del proceso.

En virtud de esta potestad, desde el año 1941, correspondió a la sana crítica del juzgador, evaluar los elementos probatorios que le permitieran tasar los perjuicios cuya cuantificación, si bien no estaba constreñida a respetar el tope máximo descrito en el artículo 95 del Código Penal citado, sí debía servirse del mismo para fallar. No obstante, en sentencia del 27 de septiembre de 1974, la Corte Suprema de Justicia condenó al pago de treinta mil pesos por lo que consideró el más alto dolor por la muerte de un ser querido, subrayando que el tope máximo al que hace referencia el Código Penal, solamente sirve para tasar los perjuicios ocasionados con la comisión de un delito y en ningún momento restringe la potestad del juez de reconocer mayores valores. Y no podía ser de otra forma, cuando el propio Código Civil (artículo 17) prohíbe al juez proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria.

En efecto, el Consejo de Estado ha impuesto condenas, en contra de la administración, superiores a las cifras utilizadas por la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta la aflicción, el dolor, las consecuencias y las limitaciones causadas a los afectados¹⁶³, argumentando que el daño es una situación de facto que debe ser reconocida en sus justas proporciones siempre que se encuentre probado.

A partir del año 2001, se dispuso una tasación en salarios mínimos legales mensuales vigentes como forma de liquidar los perjuicios morales por considerar que lo establecido en el Código Penal no es aplicable a la jurisdicción contenciosa administrativa¹⁶⁴. Así, las cosas, la Jurisprudencia tiene decantado, que el daño moral resarcible es aquél cierto, personal y antijurídico, y su tasación depende entonces, de su intensidad, la cual deberá estar probada en cada caso y liquidada en salarios mínimos.

A propósito de la tasación del daño moral en términos de precio, es numerosa la producción jurisprudencial y doctrinaria que coincide, en su mayoría, en la inconveniencia, dentro del ámbito jurídico y del sistema económico, de la formulación e imposición de elementos o variables objetivos que permitan una medición dineraria predefinida del valor dañoso. Lo anterior, por cuanto dicha función precisamente se encuentra en cabeza del juez quien goza de discrecionalidad judicial, facultad también conocida como *arbitrium iudicis*, o *arbitrio iuris*.

Por ejemplo, la jurisdicción contenciosa argentina ha sostenido que *“El daño moral se caracteriza por los padecimientos o molestias que hieren las afecciones legítimas de quien lo sufre; la comisión de un acto antijurídico permite por sí sola presumir su existencia. La evaluación del daño moral no está sujeta a cánones estrictos, corresponde a los jueces establecer prudentemente el quantum indemnizatorio tomando en cuenta su función resarcitoria, el principio de*

¹⁶³ Ver. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 14 de febrero de 1992; Exp. 6477. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 25 de septiembre de 1997; Exp. 10421. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 19 de julio de 2000; Exp. 11842. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 6 de septiembre de 2011; Exp. 13232-15646. Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; Sentencia del 19 de octubre de 2007.

¹⁶⁴ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 6 de septiembre de 2001; Exp. 13232 y 15646.

reparación integral, la gravedad de la lesión espiritual sufrida y el hecho generador de la responsabilidad, sin que quepa establecer ninguna relación forzosa entre el perjuicio material y el moral”¹⁶⁵.

En el mismo sentido, *“El daño moral tiene una naturaleza resarcitoria, y para fijar su quantum no es menester recurrir inexorablemente a criterios puramente matemáticos, ni es necesaria una estricta correspondencia con otros rubros indemnizables, que, incluso, pueden no llegar a existir; sin embargo la circunstancia de que, por aplicación de tales principios, la estimación del monto no se encuentre sujeta a parámetros fijos, y sí, en cambio, a la libre apreciación judicial basada en las circunstancias particulares del caso y en la magnitud de los intereses extrapatrimoniales comprometidos, no significa que por esas vías se logren beneficios o enriquecimientos desmedidos e injustos”¹⁶⁶.*

De acuerdo con lo anterior, este Despacho se aparta del análisis realizado en la sentencia aclarada, a propósito del test utilizado para tasar los perjuicios morales por medio de la utilización de una tabla con valores preestablecidos, por cuanto al tratarse de un daño netamente subjetivo, son las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos, y el estudio de los efectos que el daño causó en quienes acuden a la jurisdicción para que les sean reconocidos los perjuicios sufridos, los que sirven de fundamento a la tasación.

Y es en este escenario en el que cobra importancia la función del juzgador, quien en el marco de su discrecionalidad judicial, deberá hacer una valoración integral del acervo probatorio con el fin de establecer la medida compensatoria que considere más apropiada para aliviar el dolor sufrido por quienes ponen en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado.

En este sentido, considero inconveniente, a manera de ejemplo, que la convivencia se constituya en factor determinante para la tasación de perjuicios. En efecto, si bien lo ideal es que los núcleos familiares se mantengan unidos, la unión no debe estar determinada por la mera convivencia pues es bien sabido que existen lazos cuya fortaleza se intensifica cuando, precisamente, no se vive bajo el mismo techo (padres separados, padres que por cuestiones laborales deben trasladar su residencia a otra ciudad o país, hijos que por razones académicas se trasladan a otra ciudad o país, etc.).

Adicionalmente, dicho test deja por fuera de toda consideración a quienes acuden a la jurisdicción ya no en su calidad de familiares sino en calidad de damnificados.

3. Medidas no pecuniarias de reparación

Para la Corporación es claro que toda vulneración de un derecho genera la obligación de repararlo.

Ahora, dicha obligación se hace más gravosa cuando se trata de la vulneración de los derechos humanos especialmente protegidos por normas nacionales e internacionales, pues no basta simplemente con reconocer y resarcir los daños producidos con su violación, sino que se impone garantizar el goce efectivo del derecho vulnerado, o en su defecto, el restablecimiento del estado anterior al momento de la violación, a través del diseño y formulación de una serie de

¹⁶⁵ CFed San Martín 8/11/91, “B.,J.O. c/Transportes automotores Lujan SA”, LL,1992-C-570.

¹⁶⁶ CNContAdmFed, Sala I, 25/6/91, “M.,N.V y otro c/Estado nacional/Policia Federal y otro”, LL,1992-E-53, con nota de Sandra Wierzba y Silvia A Muller.

medidas materiales y simbólicas inspiradas en el principio constitucional de dignidad humana que sirve de base a todos los derechos.

Al efecto, los funcionarios judiciales, dentro del marco de sus competencias, deben hacer uso de las herramientas que consideren necesarias para garantizar el restablecimiento de los derechos vulnerados (*restitutio in integrum*), y ante la imposibilidad de hacerlo, recurrir a otras medidas de reparación tanto de dimensión individual (indemnización y rehabilitación) como colectiva (medidas simbólicas - también conocidas como medidas de satisfacción-, y garantías de no repetición de los hechos violentos), con base en los instrumentos internacionales que integran el orden jurídico interno en virtud del artículo 93 de la Constitución Política y que por ende, hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Así, la Corte Constitucional ha dicho que *“el derecho a la reparación comporta la obligación de adoptar “todas las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación”¹⁶⁷, en aplicación de la regla consuetudinaria según la cual “toda violación de un derecho humano da lugar a un derecho de la víctima o sus derechohabientes a obtener reparación, el cual implica el deber del Estado de reparar y el derecho de dirigirse contra el autor”. Ha dicho también que el derecho a obtener reparación es de carácter integral. Esto significa que su alcance excede la visión meramente económica de la participación de las víctimas dentro de los procesos llevados contra los responsables del daño, y debe abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima a nivel individual y comunitario. En el plano individual, la Corte ha sostenido que las medidas de reparación se extienden a “(i) la restitutio in integrum, o reposición de la situación a su estado original; (ii) la indemnización o reparación por equivalencia en dinero, y (iii) la satisfacción o reparación moral”¹⁶⁸. Adicionalmente, deben considerarse incluidas dentro del derecho a la reparación individual las medidas de rehabilitación, que han sido definidas por la Corte como las “acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito”¹⁶⁹, y las medidas de garantía de no repetición”¹⁷⁰.*

Entonces, el juez de lo contencioso administrativo, está llamado a dinamizar su función, orientada ahora hacia la satisfacción plena del principio de reparación integral, formulado, desarrollado y protegido por la comunidad de naciones, y hecho suyo por el Estado Colombiano al ratificar voluntariamente los tratados y convenios internacionales que protegen los derechos humanos, para lo cual debe hacer uso de las herramientas que considere necesarias para cumplir con los propósitos de verdad, justicia y reparación cuyo cumplimiento se impone a la Nación como un todo, en virtud de lo consignado en el artículo 2 de la Constitución Política, pero adicionalmente, por ser sujeto de derecho internacional.

En consecuencia, el juez de lo contencioso administrativo cuenta no solo con criterios matemático actuariales para tasar la indemnización de perjuicios materiales, sino que ha servirse de medidas no pecuniarias cuyo carácter simbólico y contenido pedagógico, tienda a garantizar la no repetición de los hechos violentos, sin que las mismas impliquen un fallo *extra petita*.

En el folio 73 de la sentencia que se aclara,

¹⁶⁷ Corte Constitucional; Sentencia C-454/06

¹⁶⁸ Corte Constitucional; Sentencia C-775/03

¹⁶⁹ Corte Constitucional; Sentencia C-1199/08

¹⁷⁰ Corte Constitucional; Sentencia T-458/10

“se sostiene por la Sala que no sólo se produjo un daño antijurídico del que son víctimas Luis Alberto Marín García y sus familiares, sino también este se produjo como consecuencia necesaria de la violación de su derecho humano a la vida, lo que plantea que se afirme la existencia de la obligación de repararse [sic] integralmente el daño ocasionado. Y esto, necesariamente, implica que debe atenderse a la necesidad de restablecer la verdad y la justicia a los padres del agente muerto violentamente, de tal manera que se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que en un término no superior a treinta (30) días se informe acerca de la investigación penal por el homicidio del agente Luis Alberto Marín García, los resultados de la misma, exigiéndose que, dentro de la reserva que legalmente se exige para los procesos penales, se informe por un medio de comunicación del lugar en el que residan sus familiares, y se remita copia del informe relativo al avance de la investigación al Tribunal de origen para que del mismo se deje constancia de su cumplimiento. Adicionalmente, se ordenará al Director General de la Policía Nacional para que mediante una circular que debe distribuirse en todos los departamentos, estaciones y subestaciones de la institución, se informe y se actualice la forma en que deben aplicarse los procedimientos para la realización de los desplazamientos, garantizándose todas las medidas disponibles y razonables de seguridad, especialmente en aquellas zonas del país donde haya conocimiento de amenazas de perturbaciones del orden público, para que casos como estos no se repitan. Como consecuencia del compromiso al que se sometió a los civiles que se transportaban en el mismo bus, se le ordenará a la Dirección General de la Policía que para dar cumplimiento cabal a las Convenciones y Protocolos de Ginebra se realice un curso en el departamento de Policía de Norte de Santander dirigido a los oficiales y sub-oficiales de la institución, en el que ofrezca la formación relacionada con los deberes de los miembros de la fuerza pública en tiempos de conflicto armado, la protección de los civiles y el respeto del derecho internacional humanitario. Finalmente, la Sala dando continuidad al precedente, ordenará que el Estado, si lo considera, que [sic] por los canales adecuados solicite ante las instancias internacionales de protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario la investigación y determinación de la (s) violación (es) a los derechos humanos que se hayan producido en el caso en concreto por parte del grupo armado insurgente ELN, y que una vez rendida sea puesta en conocimiento de la opinión pública por los medios de comunicación de circulación nacional” (subrayado fuera de texto).

En este sentido, se entiende que con el objetivo de cumplir con la obligación de reparar integralmente a las víctimas de una infracción, en la sentencia que se aclara no sólo reconoce la indemnización de los perjuicios morales probados en el proceso, sino que adopta medidas no pecuniarias que, estima, permiten el restablecimiento del derecho infringido, y procuran garantizar, que no restablecer, el goce efectivo los derechos a la verdad y a la justicia de los familiares de la víctima directa, los cuales *“se erigen como bienes cardinales de toda sociedad que se funde en un orden justo y de pacífica convivencia, entre los cuales median relaciones de conexidad e interdependencia, de manera tal que: No es posible lograr la justicia sin la verdad. No es posible llegar a la reparación sin la justicia”*¹⁷¹.

Ahora bien, se advierte que en la selección, formulación y diseño de dichas medidas, se impone al juez prudencia suma por cuanto su uso indebido, indiscriminado o improvisado, puede generar el efecto contrario al pretendido. Así, cada medida debe ser escogida después de una concienzuda reflexión,

¹⁷¹ Ver la sentencia C-775/03. En el mismo sentido ver, entre otras, las sentencias C-1199/08, C-370/06 y C-916/02.

identificando claramente el objetivo específico que se quiere lograr; la pertinencia de la medida teniendo en cuenta el contexto histórico en el que sucedieron los hechos y las circunstancias propias del momento en el que se dicta la sentencia; la congruencia de las medidas con las pretensiones de la demanda y los hechos que resultan probados en el expediente; la magnitud de los efectos del daño que se pretende resarcir; las facultades del juez para ordenar cierto tipo de acciones; e incluso, la redacción misma de la medida ordenada. Lo anterior, se insiste, para que el efecto que se pretende con su adopción ni se suprima, ni se relativice.

Al efecto, se recuerda que las medidas que se ordenen para garantizar el goce efectivo del derecho a la verdad han de procurar el conocimiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, y de los responsables de la comisión de los mismos, conocimiento que puede lograrse por vía judicial, a través de la interposición de recurso eficaces que promuevan la investigación, enjuiciamiento y sanción correspondientes, lo que al mismo tiempo permite la lucha contra la impunidad y garantiza el goce efectivo del derecho a la justicia.

En estos términos dejo presentada mi aclaración voto al fallo proferido por la Sala.

Con toda consideración y respeto,

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Posibilidad de solicitar la nulidad en el proceso en virtud del recurso de apelación

No comparto la afirmación hecha en la providencia respecto de la imposibilidad de alegar como causal de apelación la indebida representación, por constituir este motivo un supuesto de excepción previa o de nulidad procesal, como quiera que el recurso de apelación contra sentencias garantiza el derecho a una doble instancia, y este aspecto de entrada coloca de presente que se trata de un mecanismo procesal cuya finalidad es precisamente remediar cualquier error en que haya podido incurrir la providencia cuestionada. Es por esta razón que se viabiliza que la decisión asumida sea analizada por un funcionario diferente y de mayor categoría cuando una o las dos partes se encuentran inconformes con los resultados del proceso de primera instancia; de allí que el ordenamiento jurídico no limite los motivos por los que se decide cuestionar la providencia que cierra el proceso, cuando el actor o el demandado (o ambos) se sientan desfavorecidos total o parcialmente con la misma. Así las cosas, se presenta un nuevo estudio que incide sobre aquello que se decidió y que si es el caso, cuando así se solicita y sustenta por el recurrente, conlleva el pronunciamiento sobre las excepciones previas propuestas en el proceso o sobre la presencia de un motivo de nulidad que pasó desapercibido para el ad quo.

FALLA DEL SERVICIO - La falla del servicio como título único de imputación.

Pareciera que la posición mayoritaria se orienta a definir todos los casos de responsabilidad extracontractual del Estado, a partir de la verificación o no de la

falla del servicio, (...) Me aparto del planteamiento así esbozado, pues estoy convencido que la falla del servicio no puede ser fijada como el título de imputación exclusivo o principal, a través del cual deban definirse todos los litigios o controversias que se sometan a decisión de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. A contrario sensu, considero que la formulación de otros títulos de imputación (v.gr. los de naturaleza objetiva), ha sido definida en la mayoría de los casos por el legislador, o por la jurisprudencia, en atención a determinados hechos o circunstancias que, por su propia lógica, ameritan que el análisis de la discusión sea examinado sin consideración alguna al elemento subjetivo (culpa o falla) del sujeto de derecho demandado. No es que el legislador y el juez hayan construido una teoría acerca de los títulos de imputación, de forma caprichosa, sino que tal estructura y contenido, tienen su fundamento en el hecho de que, en ciertas ocasiones, no es posible endilgar responsabilidad bajo un esquema subjetivo, como quiera que desde ciertos supuestos el actuar diligente o cuidadoso de la persona frente a quien se endilga responsabilidad, no es trascendente para efectos de enervar la pretensión resarcitoria. (...) no es aceptable que se asimile la responsabilidad de tipo objetivo con la figura del seguro o el reaseguro, en atención a que el derecho de daños contiene disímiles fundamentos conceptuales y prácticos que diferencian cada escenario. En consecuencia, restringir la responsabilidad del Estado sólo a aquellos eventos en que se acredite un comportamiento inadecuado, negligente, descuidado o ilegal, implica una significativa limitación a los estándares modernos del derecho de la responsabilidad que avalan la posibilidad de que se irroguen daños en el ejercicio de actividades lícitas. Como corolario, es preciso que la Subsección o el pleno de la Sección Tercera reflexione sobre el contenido y alcance de los argumentos que defiende la providencia, en tanto se estaría modificando sustancialmente la hermenéutica del artículo 90 de la Constitución Política que ha prohijado la aplicación no sólo de títulos de imputación subjetiva (falla del servicio), sino de igual forma de carácter objetivo como son el riesgo excepcional y el daño especial.

PERJUICIOS MORALES - Reiteración posición Sala. TEST DE PROPORCIONALIDAD - Inaplicabilidad en la determinación de perjuicios morales. Aclaración

Discrepo de manera muy respetuosa, desde luego, de las afirmaciones y de la lógica transcritas, con fundamento en las siguientes consideraciones: Es preciso advertir que el sistema o la metodología empleada en la sentencia para la liquidación de los perjuicios morales no refleja el criterio mayoritario de esta Subsección y de la Sección Tercera, ni el de la Sala Plena, razón por la cual constituye un obiter dictum que quedó contenido en la sentencia mencionada, sin que hubiera obtenido la mayoría para constituirse en un cambio del precedente fijado por la Corporación sobre la materia. En ese orden de ideas, es necesario poner de presente que el principio de proporcionalidad que se prohija en la sentencia –por cierto, no pertinente para el tópico objeto de análisis– no ha alterado o modificado la jurisprudencia de la Sección, motivo por el cual el sistema para fijar el perjuicio moral derivado del daño antijurídico continúa siendo el arbitrio juris, debido a que se trata de una afectación que, a diferencia de otros tipos de daños, no permite ser tasada de forma objetiva, pues indiscutiblemente no existe científicamente la forma de establecer el grado de sufrimiento o de dolor que tiene una persona, ya que el padecimiento de cada individuo pertenece a su esfera individual, subjetiva y personal, circunstancia por la que este tipo de aflicciones es de carácter inconmensurable y constituye en el campo del pensamiento y del conocimiento como comprensión del mundo una dificultad aporética. En mi criterio, la providencia debió limitarse a reiterar el precedente vinculante de la Sección, contenido en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13232 y

15646. (...)El criterio que se defiende y prohíja en esta aclaración de voto es el mismo que ha trazado la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, y que reafirmó de manera reciente en pronunciamiento. (...) Para concluir, debo fijar mi preocupación por la fórmula o metodología empleada en la sentencia para determinar y liquidar el perjuicio moral, ya que no consulta los parámetros jurisprudenciales fijados por la misma Sala, en tanto que de conformidad con lo sostenido en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13232 y 15646, la Sección Tercera acogió el criterio de salarios mínimos legales mensuales vigentes para la valoración del perjuicio moral, sin que sea admisible que se pretenda efectuar una liquidación de ese perjuicio inmaterial en pesos. Como se aprecia, la finalidad de emplear una metodología estructurada en salarios mínimos es garantizar los principios de igualdad material y de equidad, de tal forma que frente a similares o iguales daños corresponda una análoga o equivalente reparación del daño moral. En consecuencia, establecer y fijar la condena –en la parte resolutive de la sentencia en salarios mínimos legales mensuales vigentes– no constituye un capricho del juzgador, ni supone el desconocimiento del artículo 178 del C.C.A. –en mi criterio, norma aplicable única y exclusivamente a condenas decretadas en sumas líquidas de dinero, es decir, en pesos colombianos– toda vez que esa circunstancia garantiza que al momento del pago –que de conformidad con el artículo 177 del C.C.A. puede estar diferido en el tiempo por aspectos presupuestales– la condena decretada mantenga su actualidad y, por lo tanto, el transcurso del tiempo no altere o afecte la misma en virtud de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

REPARACION INTEGRAL - Aclaración de adopción de medidas de reparación integral

Me aparto de la decisión mayoritaria de la Subsección al ordenar que el Estado, si lo considera conveniente, solicite ante las instancias internacionales la investigación y determinación de las violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario que se hayan producido en el caso concreto por el ELN. El argumento de la providencia de la cual me aparto desconoce el carácter subsidiario de las jurisdicciones internacionales de derechos humanos y del derecho humanitario y se arriesga a una condena internacional sin que se hayan agotado las instancias internas. (...)Si bien en el presente caso se condenó a la demandada por falla del servicio, se desconoce, en absoluto, en el proceso, cual (sic) fue el tratamiento que ha dado el Estado a las violaciones cometidas por ese grupo armado y si éste fue conforme, por ejemplo, a los parámetros establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos. Por tales razones, la orden dada por la mayoría de la Subsección excluye de manera evidente el agotamiento de las instancias internas, requisito sin el cual no es posible recurrir a la instancia internacional. Así mismo, desconoce el precedente de la Sala, sobre la manera como debe afrontarse el problema de la cosa juzgada internacional: [“] Por ser ésta una jurisdicción eminentemente subsidiaria [la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos], la responsabilidad estatal, bajo el sistema interamericano, sólo puede ser exigida, a nivel internacional, luego de que el Estado haya tenido la oportunidad de investigar, sancionar y reparar una presunta violación de derechos humanos con los recursos de su jurisdicción interna.[”] (...)De acuerdo con lo anterior, la orden de la Sala conlleva un riesgo: que las instancias internacionales se pronuncien sobre el caso, con omisión de las instancias interna, requisito básico para acceder a ellas, y que, para agravar la situación, pues se desconoce que tratamiento se dio a las violaciones cometidas por el grupo subversivo, el Estado resulte nuevamente condenado por violación al deber de garantía establecido en diferentes instrumentos internacionales. (...) En lo que respecta a las órdenes dadas a la Policía Nacional, si bien es cierto que en el ordenamiento

jurídico colombiano es posible por parte de la jurisdicción contencioso administrativa controlar las actuaciones discrecionales de la administración (...) también es verdad que el papel del juez se debe limitar, en el caso de los procesos en los que se debata la responsabilidad extracontractual del Estado, a asumir en sus decisiones aquellas medidas que sean indispensables para obtener una reparación integral sin que en este ejercicio se extralimite ordenando a la entidad demandada el cumplimiento de obligaciones de hacer en las que termina sustituyendo el elemento oportunidad que es propio de la toma de decisiones de la autoridad administrativa. El juez contencioso administrativo debe ser riguroso en el momento de adoptar medidas tendientes a la obtención de la reparación integral, de forma tal que su función se restrinja a identificar sólo aquellas actividades que sean indispensables para que se entiendan reparados los perjuicios causados. Si este límite es rebasado mediante órdenes que inciden necesariamente en la forma en que las entidades administrativas disponen de sus recursos materiales, financieros y humanos, en los programas de capacitación a impartir a sus funcionarios y en la adopción de orientaciones institucionales encaminadas a solucionar futuras condenas judiciales, quien juzga sobrepasa los límites de la contienda planteada y deja de ser un tercero imparcial para fungir de administración. Esta posibilidad no es acorde con un modelo de Estado de derecho en el que se permite en los aspectos mencionados libertad de elección a la autoridad administrativa y en el que las competencias de cada una de las ramas del poder se encuentran delimitadas. Permitir la injerencia de la rama judicial en la actividad administrativa cuando con ello no se obtiene una reparación del daño causado conlleva el riesgo imponer criterios que no responden a la realidad social, económica y presupuestal sobre la que los aparatos administrativos se organizan, y por ende, se decide en una instancia equivocada aspectos relacionados con el mérito y la oportunidad de adoptar políticas institucionales.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., primero (1) de febrero de dos mil doce (2012)

Radicación número: 54001-23-31-000-1994-08357-01(21274)

Actor: CARLOS JULIO MARIN Y OTRA

Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL

Referencia: Acción de Reparación Directa

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales, si bien comparto lo resuelto en la sentencia de 1 de febrero de 2012, dictada en el proceso de la referencia, me aparto de ella, en relación con la afirmación realizada referente a que en el recurso de alzada no

puede alegarse la causal de nulidad de indebida representación; De igual modo, discrepo de la afirmación según la cual la falla del servicio es el título único de imputación; así mismo, disiento de lo señalado en lo que respecta con la aplicación del test de proporcionalidad para determinar el daño moral, y; por último, me aparto de las medidas de reparación integral asumidas en la parte resolutive de la providencia.

Para sustentar lo anterior, haré en primer lugar una breve relación de la decisión adoptada en la sentencia de la que aclaro mi voto (punto 1), luego señalaré mi discrepancia relativa a la no posibilidad de sustentar el recurso de apelación en una causal de nulidad; (punto 2), a continuación, manifestaré lo propio, en relación la falla del servicio como único título de imputación (punto 3); posteriormente, me pronunciaré sobre el test de proporcionalidad (punto 4), para finalmente ocuparme de las medidas de reparación integral adoptadas (punto 5).

1. Contenido y alcance de la decisión materia de la aclaración de voto

A través de la providencia objeto de disentimiento, la Sección decidió modificar la sentencia del 15 de septiembre de 2000 proferida por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar, accediendo a las pretensiones de la demanda.

En dicho proveído, en que se condenó a pagar a la parte demandada por perjuicios morales, se consideró que la indebida representación es un hecho que constituye una excepción previa y comprende una causal para recurrir que en ningún caso puede ser motivo de apelación. Aún cuando el aspecto referenciado fue analizado en la sentencia, se afirmó lo siguiente:

“La indebida representación es un hecho que constituye una excepción previa y comprende una causal de nulidad procesal, pero en ningún caso puede entenderse como causa para recurrir(...)”

Así mismo, en relación con la falla del servicio como título jurídico de imputación y el principio de proporcionalidad para la tasación de los perjuicios morales, la posición mayoritaria puntualizó lo siguiente:

“Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla del servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho.

De otro lado, se sostiene la necesidad de aplicar el test de proporcionalidad para establecer daños morales, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Finalmente, en la parte resolutive como medidas de reparación integral se ordena a la policía nacional distribuir en todos los departamentos, estaciones y subestaciones de la institución una circular en la que se informe y actualice la forma en que deben aplicarse los procedimientos de realización de los

desplazamientos, garantizando todas las medidas de seguridad, especialmente en aquellas zonas del país donde haya reconocimiento de amenazas de perturbaciones del orden público; de igual modo, se ordena a la Dirección general de la Policía realizar un curso en el Departamento de Santander, dirigido a oficiales y suboficiales, en el que se ofrezca la formación relacionada con los deberes de los miembros de la fuerza pública en tiempos de conflicto armado, la protección de civiles y el respeto del derecho internacional humanitario, y; por último, si el Estado lo considera necesario solicite a las instancias internacionales de protección de derechos humanos y del derecho internacional humanitario la investigación y determinación de la violación de los derechos humanos que se hayan producido en el caso concreto por parte del grupo armado insurgente ELN, y que una vez rendida sea puesta en conocimiento de la opinión pública por los medios de comunicación de circulación nacional.

2. La posibilidad de solicitar la nulidad en el proceso en virtud del recurso de apelación

No comparto la afirmación hecha en la providencia respecto de la imposibilidad de alegar como causal de apelación la indebida representación, por constituir este motivo un supuesto de excepción previa o de nulidad procesal, como quiera que el recurso de apelación contra sentencias garantiza el derecho a una doble instancia, y este aspecto de entrada coloca de presente que se trata de un mecanismo procesal cuya finalidad es precisamente remediar cualquier error en que haya podido incurrir la providencia cuestionada. Es por esta razón que se viabiliza que la decisión asumida sea analizada por un funcionario diferente y de mayor categoría cuando una o las dos partes se encuentran inconformes con los resultados del proceso de primera instancia; de allí que el ordenamiento jurídico no limite los motivos por los que se decide cuestionar la providencia que cierra el proceso, cuando el actor o el demandado (o ambos) se sientan desfavorecidos total o parcialmente con la misma¹⁷². Así las cosas, se presenta un nuevo estudio que incide sobre aquello que se decidió y que si es el caso, cuando así se solicita y sustenta por el recurrente, conlleva el pronunciamiento sobre las excepciones previas propuestas en el proceso o sobre la presencia de un motivo de nulidad que pasó desapercibido para el *ad quo*.

3. La falla del servicio como título único de imputación.

Pareciera que la posición mayoritaria se orienta a definir todos los casos de responsabilidad extracontractual del Estado, a partir de la verificación o no de la falla del servicio, toda vez que en la parte motiva se señala, como *obiter dictum* y, a mi modo de ver, con desconocimiento de las implicaciones que ello acarrea, que “[e]n concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla del servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos...”.

En otros términos, la Sala evidencia la construcción de una línea de jurisprudencia a partir de la cual, la falla del servicio se erigiría como el único título de imputación, en aras de evitar que la institución de la responsabilidad se convierta en una “herramienta de aseguramiento universal” (página 23).

¹⁷² LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Tomo I. Bogotá, Dupre Editores. 2009. Pág. 761 a 763.

Me aparto del planteamiento así esbozado, pues estoy convencido que la falla del servicio no puede ser fijada como el título de imputación exclusivo o principal, a través del cual deban definirse todos los litigios o controversias que se sometan a decisión de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. *A contrario sensu*, considero que la formulación de otros títulos de imputación (v.gr. los de naturaleza objetiva), ha sido definida en la mayoría de los casos por el legislador, o por la jurisprudencia, en atención a determinados hechos o circunstancias que, por su propia lógica, ameritan que el análisis de la discusión sea examinado sin consideración alguna al elemento subjetivo (culpa o falla) del sujeto de derecho demandado.

No es que el legislador y el juez hayan construido una teoría acerca de los títulos de imputación, de forma caprichosa, sino que tal estructura y contenido, tienen su fundamento en el hecho de que, en ciertas ocasiones, no es posible endilgar responsabilidad bajo un esquema subjetivo, como quiera que desde ciertos supuestos el actuar diligente o cuidadoso de la persona frente a quien se endilga responsabilidad, no es trascendente para efectos de enervar la pretensión resarcitoria.

Desde la perspectiva personal, no pretendo discutir el contenido y alcance que se le ha dado al artículo 90 de la Constitución Política, por parte de esta Corporación, esto es, que la falla del servicio continúa siendo el título de imputación por excelencia y que, de manera excepcional, deben ser definidas las controversias a partir del régimen objetivo; no obstante lo anterior, debo defender la idea según la cual existen eventos, decantados por la jurisprudencia, en los cuales el litigio debe ser definido a través de títulos de naturaleza objetiva, de manera principal, por razones jurídicas o motivos de solidaridad, igualdad y equidad¹⁷³.

En esa línea de pensamiento, estoy de acuerdo con que se declare la ocurrencia de una falla del servicio en aquellos eventos en que, del análisis del proceso, aparezca claro el acaecimiento de la misma y, por consiguiente, haya lugar a declararla, puesto que esta interpretación se acompasa con la aplicación del principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho). No obstante lo anterior, discrepo de la hermenéutica plasmada en la providencia, en cuanto pretende restringir la responsabilidad a la constatación de una falla del servicio (escenario subjetivo), lo que supondría un retroceso jurisprudencial de varias décadas, ya que esta Jurisdicción ha avanzado significativamente en el reconocimiento y delimitación de títulos objetivos de responsabilidad estructurados en la noción de

¹⁷³ Sobre el particular, la jurisprudencia de la Corporación puntualizó:

“La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar. La diferencia estriba, en consecuencia, en los títulos jurídicos de imputación del daño, determinantes de la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal. Así, mientras en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo, “los mandatos de la buena fe, igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” (art. 28, ley 80 de 1993), en la extracontractual lo serán, además, la falla del servicio que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal en nexo con el servicio, prevista, para citar algunas disposiciones en el inciso 2o. del artículo 90 de la C. N. Y en el 77 del C.C.A.; la igualdad de las personas ante la ley (art. 13 de la C. N.); la proporcionalidad en la distribución de las cargas públicas (art. 95 No. 9 y 216 de la C. N., entre otros); el riesgo excepcional establecido, por ejemplo, por la ley 104 de 1993 o en el decreto 444 del mismo año; el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia (art. 40 del C. de P. C., 414 del C. de P.P. etc.) la inconstitucionalidad de la ley declarada judicialmente, y principios de justicia y equidad como éste del no enriquecimiento sin causa. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de mayo de 1995, exp. 8118, M.P. Juan de Dios Montes.

riesgo excepcional y del daño especial, este último bajo la égida de que actuaciones lícitas y legítimas de la administración pueden romper el principio de igualdad frente a las cargas públicas.

En efecto, los títulos de imputación de carácter objetivo no pretenden fijar una responsabilidad automática o absoluta de la administración pública –a diferencia de un sistema de aseguramiento universal o de fondos de solidaridad– sino de un esquema en el que el fundamento normativo de la reparación integral de la lesión antijurídica no se define única y exclusivamente en comportamientos culposos de la organización estatal.

De allí que, las afirmaciones que se realizan en el fallo desconocen un principio que se trasunta de las construcciones teóricas que se han desarrollado por esta Corporación desde 1947, según el cual, se itera, el Estado puede desencadenar daños antijurídicos con su comportamiento lícito y legítimo, bien porque introduce un riesgo a la sociedad que concreta un daño o porque con su comportamiento adecuado y legal rompe de manera grave el principio de igualdad frente a las cargas públicas.

En ese orden de ideas, no es aceptable que se asimile la responsabilidad de tipo objetivo con la figura del seguro o el reaseguro, en atención a que el derecho de daños contiene disímiles fundamentos conceptuales y prácticos que diferencian cada escenario.

En consecuencia, restringir la responsabilidad del Estado sólo a aquellos eventos en que se acredite un comportamiento inadecuado, negligente, descuidado o ilegal, implica una significativa limitación a los estándares modernos del derecho de la responsabilidad que avalan la posibilidad de que se irroguen daños en el ejercicio de actividades lícitas.

Como corolario, es preciso que la Subsección o el pleno de la Sección Tercera reflexione sobre el contenido y alcance de los argumentos que defiende la providencia, en tanto se estaría modificando sustancialmente la hermenéutica del artículo 90 de la Constitución Política que ha prohijado la aplicación no sólo de títulos de imputación subjetiva (falla del servicio), sino de igual forma de carácter objetivo como son el riesgo excepcional y el daño especial.

4. La aclaración en relación con el test de proporcionalidad

Discrepo de manera muy respetuosa, desde luego, de las afirmaciones y de la lógica transcritas, con fundamento en las siguientes consideraciones:

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

En ese orden de ideas, es necesario poner de presente que el principio de proporcionalidad que se prohija en la sentencia –por cierto, no pertinente para el tópico objeto de análisis– no ha alterado o modificado la jurisprudencia de la Sección, motivo por el cual el sistema para fijar el perjuicio moral derivado del daño antijurídico continúa siendo el *arbitrio juris*, debido a que se trata de una afectación que, a diferencia de otros tipos de daños, no permite ser tasada de

forma objetiva, pues indiscutiblemente no existe científicamente la forma de establecer el grado de sufrimiento o de dolor que tiene una persona, ya que el padecimiento de cada individuo pertenece a su esfera individual, subjetiva y personal, circunstancia por la que este tipo de aflicciones es de carácter inconmensurable y constituye en el campo del pensamiento y del conocimiento como comprensión del mundo una dificultad aporética.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Establecido, por lo demás, el carácter inadecuado del recurso al precio del oro, la Sala fijará el quantum de las respectivas condenas, en moneda legal colombiana, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales...”¹⁷⁴

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

¹⁷⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp. 13232-15646, M.P. Alíer E. Hernández Enríquez.

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

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

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

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

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

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

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

“Los subprincipios de la proporcionalidad son invocados ordinariamente de forma conjunta y escalonada en los fundamentos jurídicos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Por

consiguiente, el principio de proporcionalidad debe ser considerado como un concepto unitario. Cuando el Tribunal Constitucional lo aplica, indaga si el acto que se controla persigue un propósito constitucionalmente legítimo y si es adecuado para alcanzarlo o por lo menos para promover su obtención. Posteriormente, el Tribunal verifica si dicho acto adopta la medida más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para conseguir el objetivo propuesto. Por último, evalúa si las ventajas que se pretende obtener con la intervención estatal, compensan los sacrificios que se derivan para los titulares de los derechos fundamentales afectados y para la propia sociedad.

“(…) El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución. El significado de esta función sólo puede comprenderse cabalmente sobre la base del entendimiento previo de la estructura de los derechos fundamentales y de la estructura del control de constitucionalidad de las leyes, tal como observaremos a continuación.”¹⁷⁵ (Se destaca).

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

En el subprincipio de proporcionalidad se desarrolla el método de la ponderación¹⁷⁶, como un tipo de juicio mediante el cual se determina cuál derecho o principio debe prevalecer en una colisión entre derechos fundamentales o principios. Esta técnica contiene tres elementos que la estructuran y desarrollan: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación¹⁷⁷. El primero se explica así: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”¹⁷⁸. El segundo elemento hace referencia a una fórmula matemática en la cual se les atribuye a unas variables un valor numérico que permite calcular el peso de los principios enfrentados. Finalmente, el tercer

¹⁷⁵ BERNAL Pulido, Carlos “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pág. 37 a 39 y 77.

¹⁷⁶ La ponderación es el “procedimiento de aplicación jurídica mediante el cual se establecen las relaciones de precedencia entre los principios en colisión. En la ponderación son tenidos en cuenta todos los argumentos que juegan a favor y en contra de la prevalencia de cada uno de los principios en conflicto y se determina cuál de ellos tiene mayor peso en el caso concreto” *Ibíd.*, pág. 575.

¹⁷⁷ Bernal Pulido, Carlos. El derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 99.

¹⁷⁸ Cita de Robert Alexy dentro del texto de Carlos Bernal Pulido. *Ibíd.* pág. 99.

elemento consiste en las cargas argumentativas que los principios tienen “per se” y se utilizan si con la fórmula del peso existe un empate entre los principios enfrentados¹⁷⁹.

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

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

“Cabe recordar que en relación con el concepto de proporcionalidad a que hace referencia la jurisprudencia citada, la Corporación ha precisado que para que un trato desigual guarde armonía con el artículo 13 constitucional debe demostrarse que la norma analizada es (1) adecuada para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesaria, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionada en sentido estricto, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. De esta forma el principio de proporcionalidad busca que la medida sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo.

“Así mismo y sin que con ello la Corte renuncie a sus responsabilidades o permita la supervivencia en el ordenamiento de regulaciones inconstitucionales, ha buscado racionalizar el examen constitucional a fin de respetar la potestad de configuración de los órganos políticos, modulando la intensidad del juicio de proporcionalidad. En este sentido ha concluido que en aquellos campos en donde la Carta confiere a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, una amplia potestad de apreciación y configuración el escrutinio judicial debe ser más dúctil, a fin de no afectar la discrecionalidad legislativa, que la propia Constitución protege. Por el contrario, en aquellos asuntos en que la Carta limita la discrecionalidad del Congreso, la intervención y control del juez constitucional debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por la Constitución. En esas situaciones, el escrutinio judicial debe entonces ser más estricto, por cuanto la Carta así lo exige.”¹⁸⁰

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

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

¹⁷⁹Ibídem, p. 101 a 103.

¹⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia C-421 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

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

“Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distintas. Cuando dos principios entran en colisión –tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido– uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado no que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro... Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios –como sólo pueden entrar en colisión principios válidos– tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.”¹⁸¹

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

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

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

Nada más alejado de la realidad, puesto que el *arbitrio juris* ha sido empleado desde la teoría del derecho de daños, de la mano con el principio de equidad, para solucionar problemas como el analizado, esto es, la liquidación del perjuicio moral debido a la imposibilidad de definir el grado de afectación interior o que produce el daño antijurídico.

Sobre el particular, resulta ilustrativo el razonamiento contenido en la sentencia del 17 de noviembre de 1967, oportunidad en la que se indicó:

“El espíritu de la geometría no se puede llevar al derecho.

“Casos como el que se estudia son los que más alcanzan a relieves que un prurito de exactitud numérica puede resultar lo más reñido con la justicia. Suele ocurrir que los rigorismos pseudo-jurídicos conduzcan a las más flagrantes violaciones de la equidad, y a que se desconozca el derecho por pretender trabajar con el espíritu propio de las ciencias exactas en un campo donde no existen ni fórmulas algebraicas, ni instrumento de precisión, ni máquinas que proporcionen la imagen fiel de las verdades jurídicas. Es lo que expresa el antiguo adagio al decir que exagerar el derecho es producir injusticia, y lo que significa hoy al afirmar que con el espíritu de la geometría no puede trabajar el que administra justicia.

¹⁸¹ ALEXY, Robert “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 89.

“Con lo que se trabaja es con las leyes, en su espíritu y letra, y con una obligatoria jurisprudencia que justifica su oficio, y que al aplicar aquellas obtiene que se produzca la porción de verdad legal que se solicita en los tribunales. El objeto del procedimiento es la objetividad del derecho, dice una norma casi perdida en la maraña de nuestra ordenación positiva. Ella quiere decir que no es permitido al juez alterar los conceptos de fin y medio; y que no siendo dable utilizar para la administración de justicia fórmulas matemáticas, puede y debe en la estimación de algo tan cambiante y variable como son los casos humanos sub specie juris, poner al servicio del derecho el procedimiento, cosa que puede hacer sin arbitrariedad, sin quebrantamiento de preceptos, sin daño de nadie, y sin contorsiones, ni distorsiones jurisprudenciales.”¹⁸²

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

“El arbitrio es un criterio de la toma de decisión. El juez adopta sus resoluciones siguiendo o bien un criterio de legalidad o bien un criterio de su propio arbitrio o bien - como es lo más frecuente- combinando ambos de tal manera que la decisión es fijada con su arbitrio dentro de las posibilidades que le ofrece la legalidad. Si la ley diera una solución precisa y unívoca al conflicto, no habría lugar para el arbitrio. Pero como esto sucede muy pocas veces, dado que la naturaleza general y abstracta de la ley no le permite entrar en las peculiaridades del caso concreto, es imprescindible la intervención de un ser humano que conecte ambos polos de la relación –la ley y el caso- utilizando al efecto primero la técnica de interpretación de la norma y luego su adaptación al caso concreto... El arbitrio es el factor humano que el juez añade a los datos aportados por el ordenamiento jurídico. El arbitrio es fruto del árbol de la prudencia, madurado al sol de la justicia (del sentimiento de justicia) con el transcurso de la experiencia. El arbitrio hace que la sentencia sea una obra humana y no el mero resultado de una ecuación lógica o de un proceso mecanicista. Rechazar el arbitrio no es sólo desconocer una práctica manifiesta, es negar la condición ética del juez, del que se desconfía hasta el punto que se supone que cuando se introduce un elemento distinto de la lógica tradicional, se despeña inevitablemente en la arbitrariedad.”¹⁸³

Por consiguiente, desde mi perspectiva, lejos de que en el fallo se haya aplicado un criterio objetivo de liquidación del perjuicio moral, se devela bajo el epígrafe del principio de proporcionalidad una concreción del arbitrio judicial, ya que los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, a diferencia de lo sostenido en la sentencia no aportan elementos nuevos a la

¹⁸² Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 414.

En similar sentido, se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 17 de junio de 1938, en la que se discutió así: “La ley no dice cuál es el criterio adoptable para tales justiprecios, de donde se infiere que en esta labor es indispensable acudir a las reglas generales del derecho, y admitir que el juez está dotado de alguna relativa libertad para llegar a conclusiones que consulten la equidad, siendo, como es, irrealizable a todas luces una justicia de exactitud matemática.”

¹⁸³ NIETO, Alejandro “El arbitrio judicial”, Ed. Ariel, 2001, Pág. 219.

controversia de cuál debe ser la metodología para liquidar la afectación a bienes o intereses jurídicos inconmensurables.

El criterio que se defiende y prohija en esta aclaración de voto es el mismo que ha trazado la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, y que reafirmó de manera reciente en pronunciamiento que por su importancia se transcribe, *in extenso*¹⁸⁴:

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

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

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

"De acuerdo con una opinión jurisprudencial bastante difundida, el daño podrá recaer sobre bienes susceptibles per se de evaluación pecuniaria inmediata u objetiva o respecto de "intereses que según la conciencia social no son susceptibles de valorización económica" (C. M. Bianca, Diritto civile, vol. 5, La responsabilità (1994), reimpresión, Milán, Giuffrè, 1999, p. 166), esto es, afectar valores vitales, consustanciales, inmanentes e intrínsecos del sujeto, inherentes a su personalidad y esfera afectiva, ora extrínsecos y externos al mismo, es decir, ostentar naturaleza material (Dommages matériels), ora inmaterial (Dommages immatériels), bien patrimonial (Vermögensschaden), ya extrapatrimonial (nicht Vermögensschaden).

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

"3. El daño moral, en sentido lato, está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, "que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo" (cas.civ. sentencia 13 de mayo de 2008, SC-035-2008, exp. 11001-3103-006-1997-09327-01), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena,

¹⁸⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 18 de septiembre de 2009, exp. 2005-00406, M.P. William Namén Vargas.

angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos, concretándose en el menoscabo “de los sentimientos, de los afectos de la víctima, y por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso” (Renato Scognamiglio, voz *Danno morale*, en *Novissimo Digesto italiano*, vol. V, Turín, Utet, 1960, p. 147; ID., *Il danno morale*, Milano, 1966; *El daño moral-Contribución a la teoría del daño extracontractual*, trad. esp. Fernando Hinestroza, Universidad Externado de Colombia, Antares, Bogotá, 1962, pp.14 ss.), o sea, son daños pertenecientes al ámbito de los padecimientos del ánimo, las sensaciones, sentimientos, sensibilidad, aptitud de sufrimiento de la persona y por completo distintos de las otras especies de daño.

“En efecto, el daño moral, aún en la hipótesis de provenir de la lesión concurrente de otros intereses, por ejemplo, los derechos de la personalidad, la salud e integridad, es una entidad separada e independiente, cuyo resarcimiento es diferente, al tratarse recta y exclusivamente, del detrimento experimentado por el sujeto en su espectro interior, afectivo y sentimental, sin comprender su órbita exterior, proyecto, calidad de vida, actividad o desarrollo vivencial.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Para concluir, en preservación de la integridad del sujeto de derecho, el resarcimiento del daño moral no es un regalo u obsequio gracioso,

tiene por causa el quebranto de intereses protegidos por el ordenamiento, debe repararse in casu con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa según el ponderado arbitrio iudicis, sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador.

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

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

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

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

A modo de ejemplo, baste indicar que es perfectamente posible que exista una familia que, por circunstancias laborales o personales de sus miembros, éstos convivan en distintas zonas de una misma ciudad, o de un mismo país o incluso en el extranjero, sin que esto altere el fuerte y cercano vínculo afectivo y sentimental que existe entre ellos, esto es, la distancia geográfica no significa desamor o falta de afecto¹⁸⁵.

A partir del ejemplo anterior, extraído de la experiencia, y con aplicación irrestricta del llamado test de proporcionalidad que se defiende en la sentencia, se concluiría que al margen de la muerte de uno de los integrantes de ese núcleo familiar, habría que reducir la indemnización por el daño moral porque la convivencia es factor determinante en la liquidación del mismo¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Al respecto, la Sala en otrora oportunidad indicó: “C. Se confirmará el reconocimiento que hizo el Tribunal en favor del padre, por perjuicios morales, **pues la distancia geográfica no necesariamente significa desamor o falta de afecto.** No existe prueba que destruya la presunción del dolor moral que causa en el padre la muerte de su hijo.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de octubre de 1991, exp. 6451, M.P. Juan de Dios Montes.

¹⁸⁶ “Porque en la Constitución de 1991, más claramente que en el Código Civil, la familia no es un producto necesariamente surgido de manifestaciones afectivas. Es un producto y es una institución en donde está clara una visión de solidaridad entre seres humanos y una visión de solidaridad que adquiere todo su sentido, sobre todo frente a los niños, porque los niños tienen el derecho fundamental y prevalente a tener una familia.

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

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

Entonces, la distinción introducida sí que afecta un derecho fundamental que es la igualdad, razón por la cual la providencia en cuestión –ella sí mas no la cuantificación del perjuicio moral– podría ser pasible de un análisis de proporcionalidad en una eventual vía de hecho, en caso de que por cuenta de la aplicación del criterio jurisprudencial mencionado se resquebraje la mencionada garantía esencial.

Para concluir, debo fijar mi preocupación por la fórmula o metodología empleada en la sentencia para determinar y liquidar el perjuicio moral, ya que no consulta los parámetros jurisprudenciales fijados por la misma Sala, en tanto que de conformidad con lo sostenido en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13232 y 15646, la Sección Tercera acogió el criterio de salarios mínimos legales mensuales vigentes para la valoración del perjuicio moral, sin que sea admisible que se pretenda efectuar una liquidación de ese perjuicio inmaterial en pesos.

En efecto, en la citada oportunidad se discurió de la siguiente forma:

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

Tienen ese derecho fundamental y prevalente por encima de las coyunturas en los afectos de sus padres... Aquí viene a ponerse de presente, como la concepción de familia de la Constitución de 1991, es una concepción solidarista – no individualista–. No depende del íntimo querer del marido y mujer o, de hombre y mujer. Depende de lo que exija esa realidad social de la familia. Los conflictos son importantes, muestran desacuerdos, malformaciones, a veces hasta patologías, pero no son los límites a la existencia de esa unidad familiar.” ANGARITA Barón, Ciro “La familia en la nueva Constitución”, Talleres Macroregionales sobre Conciliación – Memorias, ICBF, Pág. 4 y 6.

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

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

Como se aprecia, la finalidad de emplear una metodología estructurada en salarios mínimos es garantizar los principios de igualdad material y de equidad, de tal forma que frente a similares o iguales daños corresponda una análoga o equivalente reparación del daño moral. En consecuencia, establecer y fijar la condena –en la parte resolutive de la sentencia en salarios mínimos mensuales legales vigentes– no constituye un capricho del juzgador, ni supone el desconocimiento del artículo 178 del C.C.A. –en mi criterio, norma aplicable única y exclusivamente a condenas decretadas en sumas líquidas de dinero, es decir, en pesos colombianos– toda vez que esa circunstancia garantiza que al momento del pago –que de conformidad con el artículo 177 del C.C.A. puede estar diferido en el tiempo por aspectos presupuestales– la condena decretada mantenga su actualidad y, por lo tanto, el transcurso del tiempo no altere o afecte la misma en virtud de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Pareciera, muy a mi pesar, que en la providencia se restringe y limita el arbitrio judicial, a partir de un apego injustificado al legalismo que, por esa vía, puede llevar al traste con la justicia y la efectividad y garantía de los derechos fundamentales de las personas que concurren al proceso. El *arbitrio iuris* siempre será necesario en cualquier ordenamiento jurídico puesto que el legislador no puede contemplar todas y cada una de las hipótesis y variables que se pueden presentar en el proceso judicial, razón por la cual queda un margen de maniobra a cargo del operador judicial que, lejos de ser catalogado como arbitrariedad, constituye un campo de discreción racional en el que con fundamento en las reglas de la experiencia y la sana crítica traza derroteros para colmar esas lagunas o vacíos que están contenidos en la ley¹⁸⁷.

5. La aclaración sobre la adopción de medidas de reparación integral.

Me aparto de la decisión mayoritaria de la Subsección al ordenar que el Estado, si lo considera conveniente, solicite ante las instancias internacionales la investigación y determinación de las violaciones de derechos humanos y del

¹⁸⁷ “Es el momento de poner punto final. No quiero hacerlo, sin embargo, sin proclamar muy alto y muy claro mi radicar desacuerdo con esa idea que puso en circulación K.C. Davis y que se repite desde entonces con injustificado entusiasmo de que el Derecho termina donde comienza la discrecionalidad. Esa idea pudo ser cierta mientras estuvo vigente el paradigma del Estado legal de Derecho; hoy, en cambio, es inaceptable. El cambio de paradigma, el paso del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de derecho, ha cambiado radicalmente las cosas. Las reglas, que en cuanto razones perentorias para la acción hacen innecesario el razonamiento porque ellas mismas han resuelto de antemano el conflicto de intereses que plantea el supuesto de hecho que regulan, han cedido su anterior protagonismo a los principios, cuya aplicación reclama inexcusablemente un esfuerzo de ponderación y, por lo tanto, de argumentación racional para encontrar una solución del caso que ya no viene dada de antemano y que, por lo tanto, sólo puede sostenerse sobre la base de razones, de las razones que se revelen más fuertes en su inevitable confrontación con las que se les opongan en el concreto escenario procesal en el que el conflicto se plantee.” FERNÁNDEZ, Tomás – Ramón “Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial”, Ed. Iustel, Madrid, 2005, pág. 131 y 132.

derecho internacional humanitario que se hayan producido en el caso concreto por el ELN.

El argumento de la providencia de la cual me aparto desconoce el carácter subsidiario de las jurisdicciones internacionales de derechos humanos y del derecho humanitario y se arriesga a una condena internacional sin que se hayan agotado las instancias internas.

En efecto, la providencia olvida que, el Estado Colombiano no sólo se hace responsable internacionalmente porque uno de sus agentes transgreda directamente alguno de los derechos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, el denominado deber de respeto; sino, también, por el tratamiento que se haga de violaciones cometidas por terceros, en este caso el grupo subversivo ELN, es decir: si las previno, investigó, sancionó y reparó adecuadamente, lo que se denomina deber de garantía.

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

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

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

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

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

-La petición deberá ser presentada dentro de los seis meses siguientes al agotamiento de los recursos internos¹⁸⁸.

Como se manifestó anteriormente, dentro del sistema interamericano, el hecho que genera la responsabilidad de los Estados, consiste en una violación de alguna de las obligaciones establecidas en los instrumentos suscritos dentro del sistema¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Artículos 46 de la Convención y 32 del Reglamento de la Comisión Interamericana.

¹⁸⁹ Verdad, Justicia y Reparación, Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos humanos, Instituto interamericano de derechos humanos, 2007. pág 36.

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

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

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

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

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

“166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. El Estado está en el deber jurídico de prevenir razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”¹⁹⁰.

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

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

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

Sobre el alcance de esta disposición, la Corte Interamericana, ha precisado que este deber tiene dos implicaciones: “Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”¹⁹¹.

Para llegar a determinar la responsabilidad de un Estado en un caso particular, dentro del sistema interamericano, se requiere definir si los hechos que se consideran una violación de los derechos son o no imputables al mismo¹⁹², para ello, la Corte Interamericana ha establecido que no sólo los actos u omisiones del Estado o de sus agentes, que lesionen uno o más de los derechos consagrados por la Convención Americana comprometen la responsabilidad del Estado, puesto que también puede derivarse responsabilidad por actos presumiblemente cometidos por particulares¹⁹³.

Así las cosas, un Estado puede incurrir en responsabilidad internacional por las actuaciones de sus agentes, o puede hacerlo por omisión de actuar ante acciones de particulares que afectan los derechos de la Convención Americana¹⁹⁴.

De acuerdo con lo anterior, la orden de la Sala conlleva un riesgo: que las instancias internacionales se pronuncien sobre el caso, con omisión de las instancias interna, requisito básico para acceder a ellas, y que, para agravar la situación, pues se desconoce que tratamiento se dio a las violaciones cometidas por el grupo subversivo, el Estado resulte nuevamente condenado por violación al deber de garantía establecido en diferentes instrumentos internacionales.

En lo que respecta a las órdenes dadas a la Policía Nacional, si bien es cierto que en el ordenamiento jurídico colombiano es posible por parte de la jurisdicción contencioso administrativa controlar las actuaciones discrecionales de la administración, como quiera que no se realiza una lectura estricta del principio de separación de poderes consagrado en el artículo 113 de la Constitución, sino que se entiende que el obrar administrativo está inserto en la dinámica constitucional de la colaboración armónica y que la obligación de obrar con sometimiento a la legalidad se traduce indiscutiblemente en la posibilidad de cuestionar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la elección asumida para determinar si la misma es acorde con los principios de razonabilidad y proporcionalidad¹⁹⁵; también es verdad que el papel del juez se debe limitar, en el caso de los procesos en los que se debata la responsabilidad extracontractual del Estado, a asumir en sus decisiones aquellas medidas que sean indispensables para obtener una reparación integral sin que en este ejercicio se extralimite ordenando a la entidad demandada el cumplimiento de obligaciones de hacer en las que termina sustituyendo el elemento oportunidad que es propio de la toma de decisiones de la autoridad administrativa.

¹⁹¹ Caso Fermín Ramírez, párrs. 96 a 98, y Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 113.

¹⁹² Verdad, Justicia y Reparación, Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos humanos, Instituto interamericano de derechos humanos, 2007. pág 36.

¹⁹³ Ibidem, pág 40.

¹⁹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2007, expediente: 29273, actor: Roberto Zuleta Arango y otros – Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero

¹⁹⁵ FERNÁNDEZ, Tomás – Ramón. Juzgar a la administración contribuye a juzgar mejor. En: Revista Española de Derecho Administrativo No. 72. Madrid, Civitas. 1992.

El juez contencioso administrativo debe ser riguroso en el momento de adoptar medidas tendientes a la obtención de la reparación integral, de forma tal que su función se restrinja a identificar sólo aquellas actividades que sean indispensables para que se entiendan reparados los perjuicios causados. Si este límite es rebasado mediante órdenes que inciden necesariamente en la forma en que las entidades administrativas disponen de sus recursos materiales, financieros y humanos, en los programas de capacitación a impartir a sus funcionarios y en la adopción de orientaciones institucionales encaminadas a solucionar futuras condenas judiciales, quien juzga sobrepasa los límites de la contienda planteada y deja de ser un tercero imparcial para fungir de administración. Esta posibilidad no es acorde con un modelo de Estado de derecho en el que se permite en los aspectos mencionados libertad de elección a la autoridad administrativa y en el que las competencias de cada una de las ramas del poder se encuentran delimitadas. Permitir la injerencia de la rama judicial en la actividad administrativa cuando con ello no se obtiene una reparación del daño causado conlleva el riesgo imponer criterios que no responden a la realidad social, económica y presupuestal sobre la que los aparatos administrativos se organizan, y por ende, se decide en una instancia equivocada aspectos relacionados con el mérito y la oportunidad de adoptar políticas institucionales.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra