

DERECHO A LA SEGURIDAD PERSONAL - Conflicto armado / DAÑO ANTIJURIDICO - Deber de protección especial y derecho a la seguridad personal

Antes de abordar la determinación del daño antijurídico y el juicio de imputación, y teniendo en cuenta las particularidades del asunto, la Sala debe abordar el tratamiento de la situación de ciertos actores sociales, que como los abogados, hacen parte del sistema democrático y pueden ser objeto de protección reforzada [en el marco de la tutela del derecho a la seguridad personal], más cuando se acrediten, directa o indiciariamente, circunstancias que exceden la normalidad, o los peligros ordinarios bien sea por la ubicación del lugar en donde desempeña sus actividades, o por las condiciones del conflicto interno que se presentaban para la época de los hechos. (...) La premisa, en la que se sustenta la Sala, indica que a actores como los abogados, y específicamente aquellos que ejercen la profesión en la defensa técnica u oficiosa de determinados delitos relacionados con el conflicto armado [rebelión, sedición, etc.], les es aplicable el principio democrático de manera que puedan ejercer su profesión libremente, en igualdad de condiciones y en el marco del respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos a todos los ciudadanos. (...) La aplicación del principio democrático se manifiesta, concretamente, en la tutela del derecho a la seguridad personal, que como garantía constitucional permite el desdoblamiento del ejercicio del derecho a la vida, (...) Teniendo en cuenta el alcance del derecho a la seguridad personal, cuyo sustento se encuentra en los artículos 93 y 94 de la Carta Política, en lo consagrado en el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el artículo 7.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos [Pacto de San José] y en el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el precedente jurisprudencial constitucional se plantea la necesidad de delimitar frente a qué tipo de riesgos se exige que las autoridades públicas ejerzan la protección debida. (...) En la actualidad, la tutela del derecho a la seguridad personal se encuentra positivado en lo consagrado en los artículos 81 de la ley 418 de 1997, de la ley 548 de 1999 y en la ley 782 de 2002, según las cuales “el Gobierno Nacional - Ministerio del Interior y de Justicia-, pondrá en funcionamiento un programa de protección a personas que se encuentren en situación de riesgo inminente contra su vida, integridad, seguridad o libertad, por causas relacionadas con la violencia política o ideológica o con el conflicto armado interno”. Así mismo, en virtud del decreto 2816 de 2006 se “diseña y reglamenta el Programa de Protección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia”, se establece que la “población objeto del programa está constituida por los dirigentes o activistas de grupos políticos, (especialmente de grupos de oposición), de organizaciones sociales, cívicas, comunales, gremiales, sindicales, campesinas, de grupos étnicos, de Derechos Humanos, de población en situación de desplazamiento; miembros de la misión médica; testigos de casos de violación a los Derechos Humanos y de Infracción al Derecho Internacional Humanitario, independientemente de que no se hayan iniciado los respectivos procesos disciplinarios, penales y administrativos; periodistas y comunicadores sociales; Alcaldes, Diputados, Concejales, Personeros; funcionarios o ex funcionarios responsables del diseño, coordinación o ejecución de la política de Derechos Humanos o de Paz del Gobierno Nacional.

PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA - Aplicación. Jurisdicción Contencioso Administrativa / PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA - Aplicación del principio de iura novit curia no altera o modifica la causa petendi

La Sala advierte que en aplicación del principio del iura novit curia se analiza el caso adecuando los supuestos fácticos al régimen de responsabilidad patrimonial

del Estado que se ajuste debidamente, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa petendi, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso, ni que se establezca un curso causal hipotético de manera arbitraria. Así que es posible analizar la responsabilidad patrimonial del Estado bajo un título de imputación diferente a aquel invocado en la demanda, en aplicación al principio iura novit curia, que implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, corresponde al juez definir la norma o el régimen aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la causa petendi, esto es, de los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión.

FALLA EN EL SERVICIO DE PROTECCION Y SEGURIDAD - Noción

En una primera etapa, en la sentencia de la Sección Tercera de 17 de febrero de 1983, se plantearon varios fundamentos: i) cabe endilgar la responsabilidad por la abstención o inercia; ii) desde finales de los años treinta [1937] la Corte Suprema de Justicia afirma que cabe establecer la responsabilidad por la inejecución de obligaciones positivas, lo que se concretó en un fallo de 1946 de la misma Corporación hablándose de dos supuestos: por omisión de un acto; o, por falta de intervención o de iniciativa ante deberes jurídicos positivos; iii) pese a lo anterior, se firmó que no hay responsabilidad cuando el funcionario competente necesita requerimiento para actuar. A lo que se agregó que si la ley lo ha reglamentado “resulta ineludible el formal requerimiento; iv) para establecer la falla del servicio es indispensable acreditar que se pidió la protección policiva. Luego, consideró el precedente, el Estado no asume una obligación de resultado, de seguridad. Se insiste, pues, que es imprescindible haber pedido protección ante amenazas fundadas y razonados temores; se demostró que los hechos, el homicidio del magistrado, fue ajeno a la natural aprehensión que debía tener el que temía un peligro inminente. Dentro de este precedente cabe destacar el salvamento presentado por el Consejero de Estado Carlos Betancur Jaramillo, en el que se sostuvo: i) en este tipo de asunto se produce la tensión entre la salvaguardia de la forma sagrada y la premisa “darle a cada cual lo suyo”; ii) la protección que merece todo individuo debe estar cerca; iii) debe estarse presto a actuar ante las primeras señales de perturbación; iv) en circunstancias anormales o excepcionales la autoridad no puede esperar que se cumpla con el requerimiento; v) ante una época de terror y angustia, “cuando la subversión cierra su cerco y el crimen organizado y brutal gana prestigio social”, todo ciudadano puede esperar la solidaridad; vi) la protección debe ser acorde con los riesgos propios de la actividad que cada individuo cumple; vii) frente a un estado de zozobra se extreman los riesgos y debe ampliarse la protección de aquellas personas que dirigen el Estado, y; viii) a la víctima no cabe endilgarle culpa por no haber protegido, o pedir la protección con todas las formalidades. En el segundo precedente, constituido por la sentencia de la Sala Plena de 12 de julio de 1988 que resolvió el recurso extraordinario de anulación contra la sentencia de 17 de febrero de 1983, se sostuvo: i) el Estado se encontraba en la posibilidad de proteger a la víctima, aunque expresamente no se haya pedido; ii) la autoridad dejó de actuar, al haber permitido que otro destruyera sus bienes, o lo despojara de los mismo; iii) no es necesario averiguar la posibilidad de otros medios de defensa que el particular tenía; iv) ante un ambiente de zozobra, confusión e inestabilidad las autoridades deben proceder a dar protección, sin que haya lugar a exigir un requerimiento concreto y específico; v) se constató que no se puso medio alguno al servicio de la víctima que enfrentaba una situación especial de riesgo; vi) la protección a la vida honra y bienes no es estática; vii) las autoridades policiales no son simples sujetos pasivos, que demandan la petición de protección del miembro de la comunidad que la necesita; viii) debe observarse el deber

positivo de permanente alerta, teniendo en cuenta las circunstancias de cada momento; ix) el Estado debe tomar “la acción cuando la situación azarosa de perturbación lo aconseje respecto de una o de determinadas personas, teniendo en cuenta la influencia que esa circunstancia obre sobre cada una, por la posición que ocupan en la vida social”; x) para el caso, la información de prensa permitió al juez concebir que las autoridades policiales debía volver su atención, cuidado y protección a la víctima; xi) al sobrevenir circunstancias extraordinarias se exige presencia especial de la autoridad; xii) el Estado es responsable “cuando el desorden causado por el daño se hace empresa pública y aquél no intenta siquiera contrarrestarlo”; xiii) la situación de riesgo puede estar determinada por alguna de las circunstancias excepcionales siguientes: posición intuitu personae “teniendo en cuenta sus condiciones personales y sociales”; ejercicio de cargos; antecedentes de persecución o de atentados criminales; tratarse de un medio anómalo; perturbación del orden público en el que la persona se desenvuelve; xxii) ante tales situaciones se afirma como imperativo que la actividad estatal se dirija a prestar una especial protección. (...) Finalmente, la Sub-sección C en la sentencia de 31 de enero de 2011 [Exp.17842], planteó cinco criterios para valorar la falla del servicio con base en la cual cabe endilgar la responsabilidad patrimonial al Estado: i) que con anterioridad y posterioridad a la ocurrencia de los hechos había “conocimiento generalizado” de la situación de orden público de una zona, que afectaba a organizaciones y a las personas relacionadas con éstas; ii) que se tenía conocimiento de “circunstancias particulares” respecto de un grupo vulnerable; iii) que existía una situación de “riesgo constante”; iv) que había conocimiento del peligro al que estaba sometida la víctima debido a la actividad profesional que ejercía, y; vi) que no se desplegaron las acciones necesarias para precaver el daño.

PRUEBA INDICIARIA - Análisis probatorio de la prueba indiciaria

Con base en lo anterior, cabe verificar si los hechos indicadores permiten en el proceso lógico de inferencia determinar que se verifican las situaciones de riesgo en las que se encontraba el abogado Barriga Vergel y la omisión en el deber de proteger la seguridad personal del mismo, bien sea por la afirmación de la posición de garante institucional, o bien porque se creó una situación de riesgo objetiva por las actuaciones propias del Estado.”

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Falla en el servicio de protección y seguridad / FALLA EN EL SERVICIO DE PROTECCION Y SEGURIDAD - Criterios para establecer la falla en el servicio de protección y seguridad a partir de la prueba indiciaria / PRUEBA INDICIARIA - Determinadora de la falla en el servicio

Para el examen, la Sala de Sub-sección en el caso concreto (en sus dos extremos: ámbito fáctico y atribución jurídica) precisa determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y su encaje en los criterios con base en los cuales se puede establecer [bien sea se acredite una, varias, o todas ellas] la existencia de amenazas a la seguridad personal del abogado Javier Alberto Barriga Vergel: 1) La posición intuitu personae (condiciones personales y sociales). 2) Antecedentes de persecución o de atentados criminales. 3) Las amenazas y la situación de peligro o riesgo a la que se encontraba expuesto el abogado Javier Alberto Barriga Vergel. 4) La circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrió la muerte violenta del abogado Javier Alberto Barriga Vergel y de las investigaciones adelantadas por el mismo.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Falla en el servicio de protección de abogado / SUJETO DE PROTECCION ESPECIAL - Abogado defensor de presos políticos / FALLA EN EL SERVICIO DE PROTECCIÓN - Protección sobre sujeto en riesgo por actividad profesional

De los anteriores medios probatorios cabe extraer: i) que uno de los teléfonos que tenía registrado el abogado Barriga Vergel fue interceptado por Resolución de un Fiscal Regional Delegado, al presumirse que el abogado sostenía diálogos relacionados con actividades subversivas de miembros de las FARC. Después de la interceptación se arrojó como resultado que se trataba de una oficina de abogados en la que no se sostenían o realizaban tratos ilícitos, por lo que se procedió en julio de 1994 a desinterceptar (sic) la línea telefónica; ii) de acuerdo con las anotaciones de la inteligencia militar, se señaló que el abogado Javier Alberto Barriga Vergel era miembro de la red de apoyo de un grupo armado insurgente [ELN], y que gestionó la defensa de algunos miembros de dicho grupo capturados en febrero de 1991 en Saravena (Arauca); iii) se certificó que el abogado Barriga Vergel actuó en procesos por delitos como homicidio y rebelión; iv) el mencionado abogado no registraba antecedentes penales, judiciales, ni de policía; v) según lo manifestado por el Vice-Fiscal General, de la época, las organizaciones no gubernamentales plantearon que las presuntas informaciones de las actividades delictivas de ciertas organizaciones del crimen debían ponerse en conocimiento de las autoridades competentes; vi) el Comandante del Departamento de Policía de Norte de Santander informó que en los archivos de la institución no se encontraba radicada ninguna solicitud expresa de protección especial para el abogado Javier Alberto Barriga Vergel; vii) se allegó un “panfleto” presuntamente elaborado por una organización al margen de la ley denominada “COLSINGUE”, en la que se vertió amenaza genérica contra los abogados que defendían los intereses de los grupos armados insurgentes, lo que fue ratificado en la denuncia presentada por el Presidente de la Asociación Colombiana de Juristas Demócratas, Seccional Norte de Santander y, en la comunicación que la Asociación Nacional de Abogados Litigantes, Seccional Cúcuta [de 2 de septiembre de 1994], dirigida a la Comisión Andina de Juristas en la que se indicó que el 31 de agosto de 1994 se hizo público que el grupo al margen de la ley COLSINGUE amenazó a todo abogado, a partir del 1 de septiembre de 1994, dedicado a la defensa de casos de rebelión, extorsión, chantaje, narcotráfico o delitos contra la seguridad política del Estado. Se dijo, por la mencionada Asociación que el documento del denominado grupo “COLSINGUE” hizo circular reposaba en manos del Procurador Delegado para los Derechos Humanos; viii) el 16 de junio de 1995, aproximadamente a las 8:30 de la mañana, el abogado Javier Alberto Barriga Vergel fue objeto de un atentado, frente al edificio del Seguro Social, por dos sujetos que se movilizaban en motocicleta. En ese momento se encontraba acompañado por Luz Stella Robles Cermeño, quien resultó herida. En el momento del atentado, dos agentes de la SIJIN que se encontraban por la zona intentaron responder y perseguir a los presuntos autores del homicidio; ix) la Corporación Colectivo de Abogados cursó derecho de petición a la Presidencia de la República con ocasión del homicidio del abogado Javier Alberto Barriga Vergel; x) la Procuraduría General de la Nación, Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, el 29 de junio de 1995 ordenó abrir una investigación preliminar para determinar si en el homicidio del abogado Barriga Vergel hubo participación de servidores del Estado; xi) la investigación por el homicidio del abogado Barriga Vergel se inició de oficio con el acta de levantamiento por la Fiscalía Tercera de la Unidad de Reacción Inmediata. Se practicaron diversas diligencias y pruebas. Dentro de la información allegada se dijo que el presunto autor del homicidio era un ex - oficial de apellido Vargas que estuvo preso en la cárcel modelo de Cúcuta. Con el acervo probatorio del que tiene constancia la Sala se tuvo como

presunto sindicado del crimen al ex - Teniente Carlos Antonio Vargas Aldana. Con relación a dicha investigación, la Consejería para los Derechos Humanos de la Presidencia solicitó, el 30 de junio de 1995, información acerca de las investigaciones que se adelantaron por el homicidio del abogado Barriga Vergel; xii) el Fiscal Octavo de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá, en providencia del 5 de diciembre de 1995, sostuvo que el atentado contra el abogado Barriga Vergel radicaba en las actividades que desarrollaba como apoderado de personas privadas de la libertad por delitos políticos. Así mismo, que no fue el primer caso, ya que compañeros del mencionado abogado señalaron que hubo otros casos de miembros de su organización política amenazados y que sufrieron atentados. Se destacó la circunstancia de que numerosos abogados litigantes fueron objeto de amenazas, lo que creó un clima de zozobra. A lo anterior, el Fiscal Octavo de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá, por comunicación de 27 de febrero de 1996, agregó que el homicidio del abogado Barriga Vergel se cometió como una serie más de los delitos destinados a coartar la libertad de opinión política, y por su ejercicio de defensa de presos políticos.

HECHO DE UN TERCERO - No es eximente plena de responsabilidad cuando se afirma la posición de garante institucional / POSICION DE GARANTE - Hecho de un tercero no exime de responsabilidad / EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD - Hecho de un tercero

Cabe señalar que en este tipo de eventos puede invocarse y operar como causal eximente de responsabilidad el hecho de un tercero, frente al cual era la demandada la que tenía la carga de probar que dicha causa fue exclusiva o única, y determinante, de tal forma que lleve a enervar la responsabilidad del Estado. Así mismo, se puede llegar a examinar el caso desde la perspectiva de la concurrencia causal entre el hecho de un tercero, el daño sufrido por el abogado Barriga Vergel y, el deber positivo de protección de la seguridad personal de la entidad demandada, sin embargo, el precedente de la Sala ha superado este fundamento atendiendo a la existencia de una obligación de seguridad, inherente al deber positivo de protección de la seguridad personal y asociada a la posición de garante que ostentaba el Estado, desde el conocimiento del peligro al que estaba sometida la víctima debido a la actividad profesional que ejercía.

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

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, (sic) "(...) 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.). (...) 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. (...) 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 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. 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. Con relación 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 lo que hace referencia al tercero, esto es a la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, y su desdoblamiento, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto. De acuerdo con lo anterior, para el reconocimiento y tasación del perjuicio moral en el presente caso se sujetara a los anteriores criterios objetivos, los que ordinariamente están demostrados con base en la prueba testimonial, de la que se deriva la denominada "presunción de aflicción" la que debe aplicarse conjuntamente con los mencionados criterios, de manera que la tasación de este tipo de perjuicios responda a la complejidad de una sociedad articulada, plural y heterogénea que exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada, sin que constituya una tarifa legal o judicial.

NOTA DE RELATORIA: Con relación a la determinación de los perjuicios morales, la posición actual de la Sala de la Sección Tercera sigue los

planteamientos contenidos en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, Exp. 13232 y 15646. Sobre el Test de Proporcionalidad consultar: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 2009, Expediente 1995-10351. Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002. Con relación a perjuicios morales, con reconocimiento pecuniario, ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 29 de mayo de 1997, Exp. 9536. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, fallos: 13 de abril de 2000, Exp. 11892; 19 de julio de 2001, Exp. 13086; 10 de mayo de 2001, Exp. No.13.475 y del 6 de abril de 2000. En lo referente a los criterios para la determinación del dolor infligido a las víctimas ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 de agosto de 1982, Exp. 3139, sentencia de 4 de abril de 1997, Exp. 12007. Ahora bien, en lo relacionado con el perjuicio estético causado, se puede consultarlas providencias de 31 de julio de 1989, Exp. 2852, 6 de mayo de 1993, Exp. 7428. En cuanto al daño a la reputación consultar sentencia de 30 de marzo de 1990, Exp. 3510. Respecto a la determinación de la indemnización de los perjuicios morales en gramos oro, ver Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, providencias de 25 de septiembre de 1997, Exp. 10421, 19 de julio de 2000, Exp. 11842.

PERJUICIOS - Perjuicios morales. Determinación / PERJUICIOS MORALES - Grado de afectación e intensidad del dolor

Revisadas las pretensiones de la demanda, y tratándose de la muerte de del abogado Javier Alberto Barriga Vergel, 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 padre, hijo y hermano, lo que aplicando las reglas de la experiencia hace presumir que la muerte en las circunstancias violentas en las que ocurrieron, hacen presumir que los parientes cercanos (que conforman su núcleo familiar) debieron afrontar un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad. En este sentido, el precedente de la Sala indica, (sic) "Las reglas de la experiencia, y la práctica científica han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo. Razón por la cual la Sala reitera la posición asumida por la Corporación en la sentencia de 17 de julio de 1992. (...) "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".

NOTA DE RELATORIA: Al respecto ver sentencia de 17 de julio de 1992, Exp. 6750. Con relación al parentesco como indicio del daño moral ver sentencia de 30 de marzo de 2004. Exp. S 736, sentencia de 30 de agosto de 2007, Exp. 15724, sentencia de 15 de octubre de 2008, Exp.18586.

PERJUICIOS MORALES - Reiteración criterio jurisprudencial / PERJUICIOS MORALES / Estimación de la indemnización por perjuicios en salarios mínimos legales mensuales vigentes / PERJUICIOS MORALES - Tasación

La Sala tendrá en cuenta los criterios vertidos en la sentencia de 6 de septiembre de 2001 (Exps. 13.232 y 15.646) fijándose en salarios mínimos legales mensuales vigentes como medida de tasación, con lo que se responda a la reparación integral y equitativa del daño al estimarse en moneda legal colombiana. Si bien, a partir de 2001 la jurisprudencia viene aplicando como criterio de estimación de los perjuicios morales el salario mínimo mensual legal vigente, 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".

NOTA DE RELATORIA: Sobre la estimación de la indemnización de los perjuicios morales en salarios mínimos mensuales legales vigentes ver la sentencia de 6 de septiembre de 2001, Exps. 13232 y 15646.

PERJUICIOS - Perjuicios materiales. Determinación / PERJUICIOS MATERIALES - Daño emergente y lucro cesante / PERJUICIOS MATERIALES - Falta de material probatorio para determinar la cuantía de los perjuicios materiales / PERJUICIOS MATERIALES - Reconocimiento de perjuicios materiales aun cuando falte material probatorio para la determinación de la cuando en aplicación del principio de equidad / PRINCIPIO DE EQUIDAD - Aplicación. Reconocimiento de perjuicios materiales / PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL - Aplicación. Reconocimiento de perjuicios materiales / PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante. Condena en abstracto / PERJUICIOS MATERIALES - Condena en abstracto. Remisión al C.P.C. en virtud del artículo 267 del C.C.A.

Ahora bien, respecto de los perjuicios materiales la parte actora solicitó en el escrito de demanda se condenara a las entidades demandadas por los perjuicios materiales, específicamente por concepto de lucro cesante, a favor de los demandantes Rosalba Daza Suárez e hijos, constituido por "el total de los honorarios y demás emolumentos dejados de percibir por el Abogado Javier Barriga desde la fecha de su muerte hasta la fecha de vida probable". En el acervo probatorio no obra prueba alguna que permita demostrar la cuantía de los honorarios que percibía como profesional independiente del derecho el abogado Javier Alberto Barriga Vergel. Pese a lo anterior, y dando continuidad al precedente reciente de la Sala de Sub - sección, "en aplicación del principio de reparación integral, establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, se reconocerá el lucro cesante solicitado pues la negación del reconocimiento del daño porque no se ha determinado el nivel de ingresos del afectado, resulta abiertamente contraria a la equidad, cuando está plenamente probado que el lesionado ejercía una actividad lucrativa lícita. (...) Pese a lo anterior, la Sala de Sub - sección encuentra que en el proceso no obra prueba alguna que permita la cuantificación del perjuicio material, por concepto de lucro cesante pedido, razón por la que condenará en abstracto, y ordenará que el mismo sea liquidado por medio del incidente de liquidación de tales perjuicios, acorde con lo consagrado en el Código de Procedimiento Civil, por remisión expresa del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, y atendiendo a los honorarios que se acredite percibía la víctima para la fecha de los hechos, o al promedio que devengaba un profesional del derecho que se dedicaba a la actividad litigiosa de forma independiente y, a las fórmulas que en el precedente de la Sala se señalan en los términos siguientes, (...) "La indemnización se dividirá en dos períodos, uno consolidado, comprendido entre el 2 de febrero de 1994 y la fecha de la

providencia que efectúe la liquidación, y otro futuro, comprendido entre el día siguiente a la fecha de dicha providencia y el último día de la vida probable del demandante. El primero se calculará con base en la fórmula que acaba de utilizarse para liquidar el lucro cesante durante los primeros 45 días; el segundo, teniendo en cuenta la siguiente fórmula: $S = a Ra (1+i)^{n-1} / i(1+i)^n$. Donde Ra, o renta actualizada, es igual a la suma equivalente al tanto por ciento del salario mínimo que corresponda al porcentaje de incapacidad laboral declarada; i es igual a 0.004867, y n al número de meses que comprende el período futuro. La liquidación respectiva se hará por incidente, que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta días siguientes al de la fecha de notificación del auto de obediencia al superior, conforme a lo dispuesto en el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo. Vencido dicho término, caducará el derecho y el Tribunal rechazará de plano la liquidación extemporánea”.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 16 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 267 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

NOTA DE RELATORIA: En esta materia consultar la sentencia de 31 de enero de 2011. Exp.17842. En cuanto a liquidación de condenas en abstracto ver el fallo de 14 de junio de 2001. Exp.12696.

PERJUICIOS MATERIALES - Hijo natural. Criterios para su tasación

La Sala de Sub-sección dará continuidad al precedente de la Sala de Sección (...) “De la misma manera que no basta que en los certificados se afirme que Juan es hijo legítimo de María, pues ello demanda la prueba del correspondiente matrimonio, tampoco es de recibo, que se omita en el certificado la precisión y conocimiento del medio probatorio que le permitió al Notario hacer el registro. Por ello la Ley 45 de 1936, en su artículo 2º, vigente on (sic) el momento del nacimiento de las personas en antes enlistadas, preceptuaba: Artículo 2v El reconocimiento de hijos naturales es irrevocable y puede hacerse, en el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce; por escritura pública, por testamento...” (...) En el sub lite se tiene, por lo tanto, que se ignora si Manuel Vicente Daza fue reconocido legalmente por el abogado Javier Alberto Barriga Vergel, ni el momento en el que ocurrió, o si se dio cumplimiento a lo establecido en los artículos 240 y siguientes del Código Civil. Por lo anterior, la Sala de Sub-sección encuentra que respecto de Manuel Vicente Daza no se acreditó debida y legalmente, la calidad en la que actuaban en el proceso, no es posible inferir el perjuicio moral con relación a él.

NOTA DE RELATORIA: En lo referente a la determinación de perjuicios materiales de hijo natural puede verse la sentencia de 19 de noviembre de 2008, Exp.28259.

PERJUICIOS MATERIALES - Compañera permanente. Criterios para su tasación / CALIDAD DE COMPAÑERA PERMANENTE - Prueba

La Sala de Sub-sección dará continuidad al precedente de la Sala de Sección (...) En cuanto a la prueba de la compañera permanente y/o damnificado, la Sala de Sub - sección da continuidad al precedente de la Sala según el cual, (sic) “En relación con la prueba de la compañera permanente y/o damnificado, la Sala ha reiterado en varias ocasiones que ésta se logra por cualquiera de los medios

judiciales previstos en el Código de Procedimiento Civil, a fin de acreditar la convivencia, unión permanente y lazos de afecto, siendo la más común la testimonial.” (...) Y aunque se aportó una comunicación remitida y suscrita por Rosalba Daza Suárez y Javier Alberto Barriga Vergel, está no es suficiente para acreditar la calidad de compañera permanente que invoca la mencionada señora Daza Suárez, ni puede completarse la acreditación de la misma con las declaraciones extra - juicio, ya que como lo señala el precedente de la Sala de sección, al que se da continuidad en esta oportunidad, “no cumple con los requisitos de ley, porque esas declaraciones de terceros, extraproceso, no fueron ratificadas por los declarantes, previo juramento de ley, tal como lo exigen los artículos 229, 298, 299 del Código de Procedimiento Civil. Entonces, como esas declaraciones fueron tomadas extraproceso, sin la audiencia de la Nación y no fueron objeto de ratificación, es evidente que no puede valorarse por cuanto carecen de eficacia probatoria”. De tal manera, que no cabe más que dar por no acreditada la calidad de la señora Rosalba Daza Suárez, tal como la invocó y pretendió probar en el proceso, lo que hace imposible inferir el perjuicio moral con relación a ella.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 229 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - 298 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 299

NOTA DE RELATORIA: En esta materia ver las sentencias: 19 de noviembre de 2008, Exp. 28259, 20 de octubre de 1995, Exp.10336, 9 de marzo de 2000, Exp.12489, 12 de octubre de 2000, Exp.1809-99, de 17 de junio de 2004, Exp.15183, de 11 de diciembre de 2002, Exp.13818.

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

La Sala en aplicación del principio de reparación integral, y a lo consagrado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, ordenará medidas no pecuniarias, 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, como se desprende la muerte del abogado Javier Alberto Barriga Vergel. En el precedente de la Sala se sostiene, (sic) “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. (...) Así mismo, el precedente de la Sala en su momento consideró, (sic) “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.” (...) Adicionalmente, y acogiendo el precedente de la Sala que incorpora a nuestro concepto de reparación integral las denominadas medidas de reparación no pecuniarias, se ordenará, con el objeto de responder al “principio de indemnidad” y a la “restitutio in integrum”, y bajo el amparo del artículo 16 de la ley 446 de 1998, que se cumpla con las siguientes obligaciones que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión: 1) la realización de un acto público en el que el Director del Departamento de la Policía de Norte de Santander ofrezca disculpas a los familiares de Javier Alberto Barriga Vergel; 2) se deberá publicar la parte resolutive de esta sentencia en todas las Estaciones de la Policía Nacional en el Departamento de Norte de Santander por un período de seis (6) meses, y darse difusión en los diferentes medios de comunicación de circulación departamental; 3) se ordenará que se compulse copias ante las autoridades competentes para que se estudie si hay lugar o no a iniciar las investigaciones tanto disciplinarias, como penales en contra de aquellos funcionarios de la Policía Nacional, o del Ejército Nacional que en la época de los hechos no contribuyeron a la protección de la seguridad personal de la víctima; 4) con el fin de evitar una potencial condena en contra del Estado por parte de la instancia judicial interamericana de Derechos Humanos, se ordenará que la Fiscalía General de la Nación informe al país, en un término improrrogable de 30 días calendario, acerca de los resultados de las investigaciones adelantadas por el homicidio del abogado Javier Alberto Barriga Vergel, y especialmente se ofrezca verdad y justicia como medio para la reconciliación. De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar al despacho informes del cumplimiento de lo aquí ordenado como medidas de reparación no pecuniarias, dentro de los cuarenta y cinco días (45) siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 16

NOTA DE RELATORIA: Sobre el particular ver sentencia de 19 de octubre de 2007, Exp.29273^a, sentencias de 8 de junio de 2011. Exp.19972; de 8 de junio de 2011, Exp. 19973, sentencia del 19 de agosto de 2011, Exp. 20227.

COSTAS - No condena en costas

Toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el sub lite, ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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., dieciocho (18) de enero de dos mil doce (2012)

Radicación número: 54001-23-31-000-1997-02780-01(19959)

Actor: ROSALBA DAZA SUAREZ Y OTROS

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICIA NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA - SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y César, del 29 de septiembre de 2000, mediante la cual que se dispuso denegar la totalidad de las pretensiones (fl.148 cp).

ANTECEDENTES

1. La demanda.

1 Fue presentada el 16 de junio de 1997, por Rosalba Daza Suárez (compañera permanente), quien actuaba en nombre propio y en representación de sus hijos menores Tania Patricia, Mauricio Javier y Luis Alberto Barriga Daza (hijos); por Manuel Vicente Daza (hijo); por Oliva Fanny Vergel (madre), y; por Luis Antonio Barriga Vergel, Martha Torcoroma Barriga de Landazábal, Mary Yolanda Barriga Vergel y Luz Enith Barriga Vergel, 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:

“Declárese a la nación Colombiana - Ministerio de defensa Nacional - Policía Nacional, administrativamente responsable por la totalidad de los daños y perjuicios materiales y morales ocasionados a Rosalba Daza Suarez, Tania Patricia, Mauricio javier, Luis Alberto Barriga Daza, Manuel Vicente Daza, Oliva Fanny Vergel Barbosa, Luis Antonio Bariga (sic) Vergel, Martha Torcoroma Barriga de Landazabal (sic), Mary Yolanda Barriga Vergel y Luz Enith Barriga Vergel con la muerte de su Compañero (sic) permanente, padre, hijo y hermano Javier Barriga Vergel, según hechos ocurridos el día 16 de junio de 1995 en el municipio de San José de Cúcuta - Norte de Santander.

(...)

Primera: Condénese a la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, a pagar a título de daño material (lucro cesante) a los demandantes Rosalba Daza Suarez e hijos el total de honorarios y de más emolumentos dejados de percibir por el Abogado Javier Barriga desde la fecha de su muerte junio 16 de 1995 hasta la fecha de vida probable según Resolución 0096 de 1990, los cuales estimo en mil ciento cincuenta y dos millones de pesos (\$1.152.000.000.)

Segunda: Condénese a la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, a pagar a cada uno de los demandantes por separado, a título de indemnización por los perjuicios morales a ellos causados, el equivalente a mil gramos oro fino, (1.000. gr), al precio que se encuentre el metal en la fecha de ejecutoria de la sentencia, de conformidad con la certificación que en tal sentido expida el Banco de la República.

Tercera: Condénese a la Nación Colombiana - Ministerio de defensa Nacional Nacional (sic) - Policía Nacional, a pagar a cada uno de los demandantes por separado a título (sic) de daño material (lucro cesante) , (sic) los intereses comerciales corrientes que se generen dentro de los seis meses siguientes a la fecha de ejecutoria de la sentencia, y de allí en adelante, intereses moratorios” (fl.6 c1).

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

“(…)

CUARTO: El día 16 de junio de 1995, a las 8:30 de la mañana, el doctor Javier Alberto Barriga Vergel, salió de su residencia, ubicada en el barrio Los Acacios, en dirección a su oficina, en su vehículo de placas XBJ - 445. Al llegar a la altura de la Avenida Guaimaral, frente a la Clínica del Instituto de Seguros Sociales, mientras esperaba el cambio del semáforo, dos individuos que se desplazaban en una motocicleta se acercaron hasta la ventana del vehículo (sic) en que se transportaba, y uno de ellos disparó varias veces contra el doctor Javier Alberto Barriga Vergel, hiriéndolo en la cabeza y produciéndole la muerte en forma inmediata.

QUINTO: Según informaciones de testigos, en el lugar de los hechos había presencia de uniformados y de agentes de seguridad estatal vestidos de civil, con motivo de la realización de una huelga de trabajadores de la salud. Alguno de tales agentes habría usado su arma y producido disparos al aire para tratar de contener la huída (sic) de los homicidas, quienes tomaron hacia (sic) el barrio Ceiba II.

SEXTO: Momentos después de perpetrado el crimen un agente de la Sijin emprendió la persecución de los homicidas en un vehículo de propiedad del señor Carlos Barriga, un familiar de Javier Alberto Barriga, quien coincidentalmente se encontraba cerca del lugar de los hechos.

SEPTIMO: La investigación de los hechos, radicada actualmente en la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, ha permitido establecer la existencia de informes de inteligencia militar según los cuales Javier Alberto Barriga Vergel, formaba parte del Ejército de Liberación Nacional. De la lectura de tales informes se colige que el abogado Barriga Vergel era objeto, hasta la fecha del atentado de que fue víctima (sic), de vigilancia y seguimiento sistemático (sic), reiterado, cercano y continuo por parte de miembros de la inteligencia militar.

(…)

DECIMO: En el mismo año de 1994, el doctor Javier Alberto Barriga Vergel comunicó a sus colegas de trabajo en la oficina situada en la Avenida 4 No. 11-17, Of. 704, que tuvo conocimiento y comprobación de la interceptación de las líneas (sic) telefónicas de su oficina, practicada por al (sic) SIJIN, adscrita al Departamento de Policía (sic) de Norte de Santander.

(…)

DECIMOSEGUNDO: En agosto de 1994, en la ciudad de Cúcuta, se difundió un comunicado que se atribuyó el grupo paramilitar “Colombia Sin Guerrillas” COLSINGUE”, en el cual se profirieron amenazas de muerte contra miembros de organizaciones sociales de esa ciudad a quienes se identificó como aliados de los grupos guerrilleros.

En dicho comunicado se incluían como potenciales blancos de ataques del grupo paramilitar a los abogados que realizan la defensa legal de personas acusadas de pertenecer a grupos guerrilleros.

(...)

VIGESIMO: En el caso del doctor Javier Alberto Barriga Vergel, aparece notorio que las autoridades militares y de policía (sic) que tuvieron conocimiento de los informes de inteligencia que situaban a la posterior víctima (sic) como un jefe guerrillero, y que ordenaron realizar actividades de seguimiento respecto de sus actividades, no pusieron tales informaciones a disposición de las autoridades judiciales competentes para que éstas realizaran la labor investigativa, bajo plenas garantías y procedimientos transparentes” (fls.10, 11 y 14 c1).

2. Actuación procesal en primera instancia.

3 El apoderado de la parte actora mediante memorial radicado el 18 de julio de 1997 manifestó:

“1.- Aclarar que por errores de mecanografía, en algunos apartes de la demanda en referencia se menciona al señor Carlos Vicente Daza, siendo lo correcto Manuel Vicente Daza.

2.- Hacer entrega de los Documentos (sic) relacionados en los numerales 1.2 y 1.12 de la parte de pruebas documentales y anexos, los cuales por olvido involuntario no se incluyeron el día de presentación de la demanda, según constancia secretarial que aparece en la nota de presentación personal¹.

3.- Aclarar y Ratificar (sic) que los entes públicos demandados son la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional - Policía Nacional - entes públicos estos dos últimos que según la constitución de 1991 conforman la Fuerza Publica (sic)” (fl.57 c1).

4 El Tribunal Administrativo de Norte de Santander mediante providencia del 12 de agosto de 1997 admitió la demanda (fl.63 c1), la cual fue notificada al Ministro de Defensa por conducto del Comandante del Departamento de Policía de Norte de Santander el 7 de octubre de 1997 (fl. 65 c.1).

5 La demandada Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional contestó la demanda en la oportunidad legal, mediante escrito en el cual manifestó que los hechos debían probarse, ateniéndose a los resultados del proceso (fls.67 y 68 c1).

6 Agotada la etapa probatoria a la que se dio inicio mediante auto del 28 de noviembre de 1997 (fls.74 y 75 c1), y sin haberse convocado a audiencia de conciliación, mediante providencia de 21 de febrero de 2000 el Tribunal de Norte de Santander corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (fl.105 c1).

7 La demandada presentó sus alegatos mediante escrito en el que reiteró lo sostenido en la contestación de la demanda, y agregó:

“En el sub-judice, al analizar el caudal probatorio, se desprende que no surge responsabilidad administrativa de la entidad, sino que por el contrario nos encontramos frente a una causal exonerativa de responsabilidad cual es **EL**

¹ Allegó: 1) certificación del Notario Primero del Círculo de Ocaña según la cual a folio 244 del libro 1960 se encontraba inscrita Oliva Fanny Barbosa Verjel (sic) (fl.58 c1); 2) partida de Bautismo de Oliva Fani Barbosa Vergel (fl.59 c1); 3) certificación del representante legal de la Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos (fl.60 c1); 4) certificado de existencia y representación legal del Comité de Solidaridad con los presos políticos número S 0004526 (fls.61 y 62 c1).

HECHO DE TERCEROS, la causa directa y real del hecho generador del daño, pues claramente esta (sic) establecido que la muerte del señor **JAVIER BARRIGA VERGEL** fue producto de una actuación criminal, es decir, fue el actuar irracional de personas al margen de la Ley, el hecho generador del daño, siendo por tanto inadmisibles derivar responsabilidad estatal” (fl.107 c1).

8 El Ministerio Público por oficio 122, de 8 de marzo de 2000, solicitó “de conformidad con el artículo 59 de la Ley 446 de 1998” remitir el expediente para que rindiera el correspondiente concepto (fl.109 c1).

Surtido el traslado especial, el Ministerio Público emitió su concepto 082, de 23 de marzo de 2000, en virtud del cual solicitó al Tribunal que “**DE OFICIO SE DECLARE INHIBIDO** para pronunciarse de fondo frente a las pretensiones de OLIVA FANNY VERGEL BARBOSA; LUIS ANTONIO; MARTHA TORCOROMA; MARY YOLANDA y LUZ ENIT BARRIGA VERGEL, por estar frente a una **inepta demanda, por existir una insuficiencia de poder**. Así mismo, solicitó negar las súplicas de la demanda “por no estar demostrados los elementos axiológicos para imputar responsabilidad al Estado de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Nacional” (fls.122 y 123 c1). Como fundamentos de tales peticiones el Ministerio Público presentó:

“(…) si bien es cierto que el doctor JAVIER BARRIGA VERGEL se dedicaba a la profesión de Abogado (sic) Litigante (sic) como defensor de presos políticos; y según las Fuerzas Armadas, era simpatizante de los grupos al margen de la ley, y más exactamente del Ejército de Liberación Nacional; no es tampoco menos cierto que mediante las declaraciones juramentadas rendidas por sus familiares y amigos de litigio, se descarta como causa de su muerte estas mismas circunstancias, y antes por el contrario está demostrado que era un Profesional (sic) honesto, apreciado por sus mismo colegas y por la gente del común; pero estas pruebas no constituyen por si solas medios directos o indiciarios de responsabilidad del Estado.

Si el Abogado (sic) BARRIGA VERGEL se sintió amenazado en su integridad personal, ha debido colocar en conocimiento de las Autoridades (sic) dicha situación, para que estas investigaran lo del caso y le dieran la protección debida conforme lo ordena la Constitución Nacional; pero dentro de este Proceso (sic) Contencioso (sic) Administrativo (sic) no se allegaron las pruebas en que se establezca la omisión por parte del Estado en el deber de proteger la vida e integridad personal del los ciudadanos, y mas (sic) concretamente en el caso del Dr. BARRIGA VERGEL, las pruebas que determinen o establezcan que por razón del ejercicio de su profesión de Abogado (sic) de Presos (sic) Políticos (sic) y Defensor (sic) de los Derechos Humanos, le hayan ocasionado la muerte.

Al contrario... existen declaraciones juramentadas no sólo de sus familiares, sino de sus amigos y colegas, que manifiestan tajantemente que el doctor BARRIGA VERGEL, no tenía enemigos, ni había sido amenazado, y que por conjeturas y deducciones los posibles autores de su muerte fueron miembros de grupos paramilitares.

(...)

En cuanto a la circunstancia de que el Estado por intermedio de sus Fuerzas armadas (sic) tenía identificado al Dr. BARRIGA VERGEL inicialmente como miembro del grupo “A LUCHAR” y posteriormente como simpatizante y posible miembro del Ejército de Liberación Nacional “E.L.N.”... este hecho por si (sic) sólo no es prueba de la responsabilidad del Estado en la muerte del tantas veces mencionado, pues cabe precisar que todos los ciudadanos están en la obligación de cumplir la ley y en consecuencia de soportar las causas propias de la actividad del Estado, máxime en las circunstancias de inseguridad y zozobra que vive

actualmente la Nación, y que en consecuencia, el ciudadano que considere que en razón de ello, los representantes del Estado desviaron el uso del poder, o hicieron mal uso del mismo; también están en el deber de colocar en boca de los organismos legales esta situación para que sea corregida, conducta esta que esta (sic) demostrado que no asumió el Dr. BARRIGA VERGEL.

(...)

Por el contrario, si en dichas investigaciones se incurrió en abusos o excesos y se causó un daño antijurídico, debe demostrarse dicho nexo con el funcionamiento del Estado, pues a pesar de que es lamentable la muerte del Dr. BARRIGA VERGEL, las investigaciones adelantadas por los organismos del Estado, no han señalado sus autores, y por ende no se puede imputar este hecho al Estado” (fls.120 a 122 c1).

9 La parte actora guardó silencio.

3. Sentencia de primera instancia.

10 La Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar denegó en su totalidad las pretensiones de la demanda en la sentencia de 29 de septiembre de 2000, sustentada en los siguientes argumentos,

“(...)

... encuentra el despacho que, en miras (sic) a alcanzar una Justicia (sic) real, y cumplir con los fines predicados por el Estado Social de Derecho, no sería adecuado que el Tribunal se decretare oficiosamente inhibido para fallar de fondo con relación a la situación de los demandantes OLIVA FANNY VERGEL BARBOSA, LUIS ANTONIO, MARTHA TORCOROMA, MARY YOLANDA Y (sic) LUZ ENITD BARRIGA VERGEL, por el hecho alegado por la Procuraduría de no haber conferido el poder especial, en debida forma, a su representante judicial, pues a partir de la realidad jurídica de la relación que se observa entre éstos y su apoderado, es evidente que éste los está representando en el proceso sub-examine, conforme lo deseado y esperado por los primeros.

Si bien es cierto el artículo 66 del C.P.C. consagra que en los poderes especiales, los asuntos se determinarán claramente, de modo que no puedan confundirse con otros, la Sala considera que la finalidad de este articulado es la de imponer límites al mandato, con el fin de evitar que el apoderado pueda, a su arbitrio, entablar la acción que le pareciera. No obstante, se observa que en el caso en comento, a pesar de que en efecto, el poder no consigna claramente los hechos que derivaron la falla del servicio, ni la víctima de éstos, es evidente que el mandatario recoge el querer de las partes, y entra a representarlos en debida y regular forma, debiéndose entonces otorgar prioridad a la realidad que vislumbra el juzgador, que a la norma de carácter meramente formal.

(...)

... es pertinente hacer mención de la grave situación de orden público que atraviesa la Nación Colombiana, la cual es clara y evidente para todo el conglomerado, quien se ha visto afectado de manera general y en todos los sentidos por ésta. En efecto, desafortunadamente, sería imposible hablar de algún nacional que, ya sea directa o indirectamente, no se encuentre inmerso en el conflicto vivido, por cuanto éste se extiende por todo el país, teniendo que soportar circunstancias de perturbación y de anormalidad, que en otro estado de cosas no estaría obligado a tolerar. Se piensa, entonces, que los habitantes del departamento de Norte de Santander, han tenido que lidiar, al igual que el resto del país, con la violencia generalizada imperante en la actualidad, por lo que no se rompe la igualdad ante las cargas públicas, conforme lo alega la parte actora.

Así las cosas, reitera el Tribunal que, el caso sub-judice será analizado a partir de la Teoría (sic) de la Responsabilidad (sic) Extracontractual (sic) del Estado por Falla (sic) o Falta (sic) del servicio...

(...)

Para poder afirmar que el Estado es responsable de la seguridad de personas que viven en situaciones de especial riesgo, en "tempori belli", como el vivido actualmente, es necesario que ellas pongan en conocimiento de los organismos de seguridad, las situaciones que consideran amenazantes, para que se preste una particular protección, no sólo a su vida, sino al total ejercicio de sus derechos.

Así las cosas, en un caso tan lamentable como el que nos ocupa, se observa que no reposa prueba alguna en el expediente, de que el señor JAVIER ALBERTO BARRIGA VERGEL hubiera requerido a los organismos de seguridad del Estado, algún tipo de protección o vigilancia especial en su vida, ni tampoco, que hubiera notificado a las mismas, presunción de un peligro inminente hacia su integridad, por lo cual, la Corporación considera que resulta imposible alegar la falla o falta del servicio por parte del Estado, pues esto sólo podría darse en el presente caso, si a éste se le hubiere pedido la prestación del servicio de seguridad, y éste no la hubiere prestado, o si lo hubiere hecho, pero en forma inoportuna o ineficaz.

(...)

Como se colige entonces, era indispensable que el abogado JAVIER ALBERTO BARRIGA hubiera solicitado especial protección de los organismos de seguridad estatales, con el fin de salvaguardar su integridad, máxime cuando, acorde con lo narrado por el apoderado de los actores, éste veía su vida en especial situación de riesgo. Es obvio que en un Estado tan violento e inseguro como el que padecemos hoy día los Colombianos, resultaría imposible pretender que el Establecimiento estuviera al tanto de cada situación de peligro que viven los ciudadanos, y por ende, que respondiera patrimonialmente por cualquier resquebrajo de sus derechos, pues esto sería pedirle a la Administración lo imposible.

(...)

... es preciso dejar claro que si bien es cierto que hasta el momento no se ha logrado de manera efectiva, la identificación definitiva de los autores del crimen, tal como se puede inferir del material probatorio recaudado en el proceso, es evidente que el Estado, a través del aparato de justicia penal, ha emprendido regular y diligentemente las labores de investigación del punible en comento.

Tampoco está demostrado, conforme lo aduce el libelista, que el Estado, a través de sus organismos o de sus agentes, por acción o por omisión, haya, de modo alguno patrocinado el homicidio del abogado BARRIGA VERGEL... y menos aún, que las situaciones que le sucedan a quienes son objeto de investigación, deban ser imputadas directamente al Estado, porque ellos (sic) sería crear una presunción, sin ningún argumento legal, en contra de la Administración.

Por último, estima la Sala que el hecho de que a partir del decreto 3398 de 1965 el Gobierno Colombiano hubiera autorizado la formación de grupos de autodefensas, no implica, de ninguna manera, responsabilidad administrativa, puesto que es claro que los grupos a los que se les facilitó la existencia, debían funcionar dentro de ciertos parámetros legales, con reglamentos claros y jurídicos, y aquellos que no actuaren de conformidad con lo dicho, serían declarados organizaciones al margen de la ley, y perseguidas por el Estado, tal como acontece hoy con los paramilitares.

(...) para el caso sub-lite, tampoco está probado con certeza, que hayan sido los paramilitares o miembros del Estado... quienes cometieron el delito sobre el cual hacemos esta reflexión, pues esta autoría de ninguna manera está verificada, y sólo constituye una inferencia a la que llega la parte actuante, en virtud de la difícil situación de orden público que atraviesa el país, y los buenos oficios que el occiso desempeñaba a favor de militantes de grupos subversivos.

En el presente caso, a pesar de que no se tiene claridad acerca de las circunstancias exactas en las que se desarrolló el atentado que puso fin a la vida de JAVIER ALBERTO BARRIGA VERGEL, se sabe a ciencia cierta que su muerte fue obra del sentir malicioso, irracional, intolerante e injusto de un tercero, que quiso con esto, quebrantar el orden público.

En este orden de ideas... se desprende que no surge responsabilidad administrativa de la entidad, pues no se halla probada por el demandante, la falla o falta del servicio del aparato estatal, por lo que resulta imposible la existencia del nexo causal entre el daño y el actuar de la Administración; por el contrario, nos encontramos frente a una causal exonerativa de responsabilidad, cual es EL HECHO DE UN TERCERO, que se constituye como causa directa y directa del acto generador del daño, pues claramente está establecido que la muerte del señor JAVIER BARRIGA fue producto de una actuación criminal, en la que no tuvo injerencia alguna el establecimiento, siendo por tanto inadmisibles endilgar su responsabilidad" (fls.140, 141, 146 y 147 cp).

4. Recurso de apelación.

11 La parte actora mediante escrito y en la oportunidad legal, presentó el recurso de apelación contra la sentencia del *a quo* de 29 de septiembre de 2000 (fl.151 cp).

12 El recurso fue concedido por el *a quo* mediante auto de 28 de noviembre de 2001 (fl.153 cp).

13 El despacho en turno de la Corporación por medio de la providencia de 8 de mayo de 2001 corrió traslado a la parte actora para que sustentara el recurso de apelación (fl.157 cp).

14 Dentro de la oportunidad legal y mediante escrito la parte actora sustentó el recurso de apelación, reiterando lo expresado en la demanda, y agregando como sustento a la solicitud de revocatoria de la sentencia del *a quo*,

"(...)

Si examinamos la foliatura encontraremos que NO se notificó personalmente el auto admisorio de la demanda a (sic) señor Ministro de Defensa o a su delegado, que para el caso, conforme lo establece (sic) el artículo 1 de la parte resolutive de la resolución 10729 de agosto 26 de 1997 (visible a folio (sic) 70 y 71), es el señor Comandante del Grupo de Caballería Mecanizado No.5 "General Hermógenes Maza".

Tampoco aparece en el foliatura poder otorgado por el Comandante (sic) Departamento de Policía Norte de Santander a la Dra. CLAUDIA FERNANDA VILLAMIZAR VARGAS, ni manifestación expresa en el acto de notificación de otorgamiento de poder a la precitada profesional del derecho.

La Dra. CLAUDIA FERNANDA VILLAMIZAR VARGAS carece de legitimidad para obrar dentro del proceso en calidad de apoderada judicial de la NACIÓN-MINISTERIO DEFENSA, toda vez que conforme a la resolución 10729 de 1997... la facultad para constituir apoderado en los procesos contencioso administrativos que contra la Nación cursan en Norte de Santander correspondía para el tiempo de presentación de la demanda en examen- al señor Comandante del Grupo de Caballería Mecanizado No. 5 "General Hermógenes Maza".

(...)

... si existe nexo causal entre el daño causado y la administración por lo tanto la responsabilidad se deriva de la falla o falta en el servicio por omisión, dado que el asesinato se produjo por que (sic) las autoridades colombianas no protegieron al

defensor de derechos humanos JAVIER ALBERTO BARRIGA VERGEL, a pesar de conocer las amenazas en su contra.

Las amenazas contra la vida del Dr. BARRIGA eran conocidas por el gobierno toda vez que el comunicado del "COLSINGUE" fue de público conocimiento...

Luego constituye un hecho notorio que el ciudadano JAVIER ALBERTO BARRIGA VERGEL, estaba amenazado de muerte desde 1994, y que los organismos demandados se abstuvieron de brindarle la protección y la seguridad que las circunstancias reclamaban.

(...)

8. Si bien es cierto que el Dr. JAVIER BARRIGA no solicitó directamente al Departamento de Policía Norte de Santander que se le diera protección, terceras personas, como la Fundación Comité Solidaridad con los Presos Políticos, si lo hicieron en su nombre y la petición llegó hasta el Gobierno central a través del propio Ministro de Defensa de entonces y del Consejero Presidencial para los Derechos Humanos

(...)

10. La existencia de amenazas contra la vida del Dr. BARRIGA VERGEL era de público conocimiento, había sido difundida a través de los medios informativos que dieron cuenta del comunicado del Grupo paramilitar "CONSINGUE" (sic). Así mismo, los informes de los relatores temáticos de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en especial el del Relator sobre Ejecuciones (sic) sumarias o arbitrarias dan cuenta de las gestiones hechas por dicho relator ante la Cancillería del Gobierno Colombiano para que se establecieran salvaguardas a la vida de abogados defensores de presos políticos en Colombia entre ellos JAVIER BARRIGA.

Con base en los hechos demostrados, fuerza es concluir que los Organismos encargados de prestar los servicios de seguridad a cargo del Estado incurrieron en omisión en el cumplimiento de sus funciones por no haber tomado las medidas necesaria (sic) de protección del Dr. BARRIGA VERGEL" (fls.160, 161, 163, 164, 173, 174, 176 y 177 cp).

En el mismo escrito de sustentación el apoderado de la parte actora solicitó el decreto de ciertas pruebas, sosteniendo que se ordenaron en primera instancia y se dejaron de practicar sin su culpa. Se solicitó, entonces, decretar "la ampliación del testimonio del hoy Magistrado de la Corte Constitucional Dr. JAIME CORDOBA TRIVIÑO y la recepción de los testimonios de los Doctores RAFAEL PARDO RUEDA y CARLOS VICENTE DE ROUX" (fl.166 cp).

5. Actuación en segunda instancia.

15 El recurso de apelación fue admitido mediante auto de 22 de junio de 2001 (fl.180 cp) y por providencia de 27 de julio de 2001 se dispuso el traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir su concepto (fl.182 cp).

16 La parte demandada dentro de la oportunidad legal presentó sus alegatos de conclusión en los que reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión en primera instancia (fls.183 y 184 cp).

17 La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

18 El despacho mediante auto de 5 de febrero de 2007 se pronunció respecto a la solicitud de pruebas elevada por la parte actora en la sustentación del recurso de apelación, decretando el testimonio del doctor Carlos Vicente de Roux Rengifo y

negando las demás pruebas por no reunirse los requisitos del artículo 214 del CCA (fls.195 y 196 cp)

19 El 2 de marzo de 2007 se llevó a cabo la diligencia de testimonio de Carlos Vicente de Roux Rengifo sin que las partes se hubieran presentado, por lo cual no fue posible la práctica del mismo, como se refleja en el acta respectiva (fl.199 cp).

CONSIDERACIONES

1. Competencia.

1 Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 29 de septiembre de 2000 proferida por el Sala de Descongestión de los Tribunales de Santander, Norte de Santander y Cesar, mediante la que denegó la totalidad de las pretensiones de la demanda.

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

2. Aspectos procesales previos

3 En cuanto a las pruebas que la Sala valorará, se advierte que se allegó copias del proceso a penal a solicitud únicamente de la parte actora. Teniendo en cuenta esto, la Sala con relación a la eficacia probatoria de la prueba trasladada se sostiene en el precedente según el cual cabe valorarla a instancias del proceso contencioso administrativo, siempre que se cumpla lo exigido en el artículo 185 del C.P.C., esto es, que se les puede dotar de valor probatorio y apreciar sin formalidad adicional en la medida en que el (los) proceso (s) del que se trasladan se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o, con su audiencia².

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.

² Sentencia de 19 de octubre de 2011. Exp.19969.

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 administrativo³, 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 inadmisión⁴.

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 términos⁵:

“... 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

³ Sentencia de 21 de febrero de 2002. Exp.12789.

⁴ Sentencia de 26 de enero de 2011. Exp.18429.

⁵ Sentencia de 13 de abril de 2000. Exp.11.898.

decisión, o se trate de un documento privado no firmado ni manuscrito por la parte a quien perjudica.

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

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

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

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

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

Por otra parte, se allegó en la copia simple del oficio 492 del Alcalde Municipal de Saravena, de 30 de septiembre de 1985, dirigido a Javier Alberto Barriga V., por medio del cual se le aceptó la renuncia al cargo de Personero Municipal que ejercía (fl.43 c1), y la copia simple del oficio DNF/JELO/2722 de 14 de julio de 1995, de la Dirección Nacional de Fiscalías, de la Fiscalía General de la Nación, por medio de la cual se informaba, al Presidente del Comité de Solidaridad con los presos políticos, lo siguiente: “De acuerdo con su solicitud No. 236 de fecha julio 10 del año en curso, me permito informarle que este Despacho ha procedido a dar las instrucciones necesarias para la remisión de las diligencias previas del proceso No.15.220, homicidio de JAVIER ALBERTO BARRIGA VERGEL, hacía (sic) la Seccional de Santafé de Bogotá” (fl.44 c1).

No obstante, la Sala de Sub - sección advierte que para casos como el presente donde está valorándose la ocurrencia de un homicidio que puede constituirse en violatorio en los derechos humanos, no puede seguir aplicándose lo establecido en el Código de Procedimiento Civil ajeno al respeto de las garantías de los

derechos humanos, dado que se estaría vulnerando la Convención Americana de Derechos Humanos al no garantizarse el acceso a la justicia en todo su contenido como derecho humano reconocido constitucional y supraconstitucionalmente, tal como se sostuvo en la sentencia del caso “Manuel Cepeda contra Colombia” en la que se sostiene,

“140. En lo que concierne al acceso a la justicia, valga destacar que en este caso los tribunales contencioso administrativos no establecieron responsabilidad institucional por acción de funcionarios estatales en la ejecución del Senador Cepeda Vargas, que considerara la transgresión de sus derechos a la vida y la integridad personal, entre otros, a pesar de que al momento de sus decisiones se contaba ya con los resultados parciales del proceso penal e incluso del disciplinario. En este sentido, no contribuyeron de manera sustancial al cumplimiento del deber de investigar y esclarecer los hechos (*supra* párrs. 116 a 122). Llama la atención que en uno de los procesos el Consejo de Estado no valoró los resultados parciales de las investigaciones penales y disciplinarias en las que constaba la responsabilidad de los dos sargentos del Ejército Nacional, por considerar que la documentación fue remitida en copia simple⁶. Si bien no correspondía a esta vía establecer responsabilidades individuales, al determinar la responsabilidad objetiva del Estado las autoridades jurisdiccionales deben tomar en cuenta todas las fuentes de información a su disposición. Por ende, las autoridades encargadas de estos procedimientos estaban llamadas no sólo a verificar las omisiones estatales, sino a determinar los alcances reales de la responsabilidad institucional del Estado”.

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

3. Los medios probatorios.

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

- Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Manuel Vicente Daza, quien aparece como hijo de Rosalba Daza (fl.29 c1).
- Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Tania Patricia Barriga Daza, quien aparece como hija de Javier Alberto Barriga y Rosalba Daza (fl.30 c1).
- Certificación del Notario Primero del Círculo de Ocaña según la cual a folio 578 del libro No. 1968 del registro civil de nacimientos aparece registrado Javier Alberto Barriga Verjel (sic) (fl.31 c1).
- Certificación del Notario Segundo del Círculo de Cúcuta según la cual en el Libro de Registro Civil de Nacimientos 10825444 de 1986 aparece inscrito Mauricio Javier Barriga Daza (fl.32 c1).
- Certificación del Notario Segundo del Círculo de Cúcuta según la cual en el Libro de Registro Civil de Nacimientos 13029104 de 1988 aparece inscrito Luis Alberto Barriga Daza (fl.33 c1).
- Certificación del Notario Primero del Círculo de Ocaña según la cual a folio 7856595 del libro No. 1983 del registro civil de nacimientos aparece registrado Luis Antonio Barriga Vergel (fl.34 c1).
- Certificación del Notario Primero del Círculo de Ocaña según la cual a folio 12 del libro No. 1970 del registro civil de nacimientos aparece registrada Martha Torcoroma Barriga Verjel (sic) (fl.35 c1).

⁶ *Cfr.* Sentencia de apelación emitida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el radicado No. 250002326000199612680-01 (20.511) el 20 de noviembre de 2008, *supra* nota 128, folios 4524 a 4525.

- Certificación del Notario Primero del Círculo de Ocaña según la cual a folio 13 del libro No. 1970 del registro civil de nacimientos aparece registrada Mary Yolanda Barriga Verjel (sic) (fl. 36 c1).
- Certificación del Notario Primero del Círculo de Ocaña según la cual a folio 14 del libro No. 1970 del registro civil de nacimientos aparece registrada Luz Enith Barriga Vergel (fl.37 c1).
- Copia auténtica de la cédula de ciudadanía de Manuel Vicente Daza (fl.38 ambas caras c1).
- Copia auténtica de la cédula de ciudadanía de Javier Alberto Barriga Vergel (fl.39 c1).
- Copia auténtica de la cédula de ciudadanía de Rosalba Daza Suárez (fl.39 c1).
- Copia auténtica de la tarjeta profesional de abogado de Javier Alberto Barriga Vergel (fl.40 c1).
- Copia auténtica del diploma de abogado otorgado por la Universidad Libre, Seccional Cúcuta, a Javier Alberto Barriga Vergel (fl.41 c1).
- Copia auténtica del registro de defunción de Javier Alberto Barriga Vergel (fl.42 c1).
- Constancia de supervivencia de Luis Alberto Barriga Daza, expedida por la Notaria Tercera del Círculo de Cúcuta el 30 de junio de 1995 (fl.45 c1).
- Constancia de supervivencia de Rosalba Daza Suárez, expedida por la Notaria Tercera del Círculo de Cúcuta el 30 de junio de 1995 (fl.46 c1).
- Constancia de supervivencia de Tania Patricia Barriga Daza, expedida por la Notaria Tercera del Círculo de Cúcuta el 30 de junio de 1995 (fl.47 c1).
- Constancia de supervivencia de Mauricio Javier Barriga Daza, expedida por la Notaria Tercera del Círculo de Cúcuta el 30 de junio de 1995 (fl.48 c1).
- Copia auténtica de la comunicación dirigida por Javier Alberto Barriga Vergel y Rosalba Daza Suárez al Instituto de los Seguros Sociales en el que indicaron:

“(…) por medio del presente documento y bajo la gravedad del juramento declaramos que convivimos en unión libre desde hace 10 años, unión de la cual hemos procreado tres hijos llamados TANIA PATRICIA BARRIGA DAZA (ilegible), MAURICIO JAVIER BARRIGA DAZA Y (sic) LUIS ALBERTO BARRIGA DAZA, quienes viven bajo nuestro mismo techo y dependen única (ilegible) exclusivamente del padre JAVIER ALBERTO BARRIGA VERGEL, para cubrir sus gastos y demás de estado civil solteros” (fl.54 c1).

- Panfleto contentivo del comunicado a la opinión público de COLSINGUE (fl.55 c1).
- Oficio 0087/XSIJIN, de 11 de febrero de 1998, del jefe de la SIJIN en el Departamento de Policía de Norte de Santander (fl.78 c1). Con el anterior oficio se anexó: i) Oficio 002102/XCOMAN.C/ del Comandante del Departamento de Policía de Norte de Santander (fl.79 c1); ii) providencia de la Fiscalía Regional Delegada de Cúcuta⁷, de 26 de mayo de 1994 (fl.80 c1); iii) oficio 0105/INT-XSIJIN-C, de 21 de junio de 1994, del jefe de Inteligencia Electrónica de la Sección de Policía Judicial e Investigación del Departamento de Policía de Norte de Santander (fl.81 c1); iv) oficio 0119/INT-XSIJIN-C, de 18 de julio de 1994, del SS. Miguel Ángel Ríos Rodríguez, de la Sección de Policía Judicial e Investigación del Departamento de Policía de Norte de Santander, dirigido al Jefe de la Unidad Investigativa (fl.82 c1).
- Oficio 54001205-000254, de 17 de febrero de 1998, del Gerente Departamental (e) de Telecom (fl.84 c1).
- Oficio URF No.175, de 10 de febrero de 1998, del Fiscal Jefe de la Unidad Regional de Fiscalías, de la Fiscalía General de la Nación (fls.85 y 86 c1).

⁷ Providencia firmada por el Fiscal Regional Delegado-DAS Orlando Clavijo Torrado.

- Oficio 157/SIJIN-XUNCRI, de 11 de febrero de 1998, del Jefe de la Unidad de Criminalística de la Sección de Policía Judicial e Investigación del Departamento de Policía de Norte de Santander (fl.87 c1).
- Oficio 0158, de 18 de febrero de 1998, del Jefe del Grupo de Investigación Seccional DAS Norte de Santander (fls.88 y 89 c1).
- Oficio DFG-000154, de 24 de febrero de 1998, del señor Vicefiscal General de la Nación Jaime Córdoba Triviño (fls.90 y 91 c1).
- Oficio 000483, de 23 de febrero de 1998, del Comandante del Departamento de Policía de Norte de Santander (fl.92 c1).
- Copia auténtica del oficio de fecha agosto 18 de 1995, suscrito por el señor MY. Miguel Ángel Lucas Urrego Jefe Sijin Denor (fls.93 a 96 c1).
- Oficio 673, Preliminar 075 de 27 de febrero de 1998, del Técnico Judicial II, Aura Navia Zúñiga, de la Unidad Nacional de Fiscalía de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación (fl.97 c1).
- El apoderado de la parte actora mediante memorial de 11 de noviembre de 1999 anexó "la totalidad de las fotocopias de que consta la investigación previa que adelanta la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación con ocasión de la muerte violenta del doctor JAVIER ALBERTO BARRIGA VERGEL" (fl.103 c1).

En cuanto a la prueba trasladada, la Sala tiene en cuenta en su valoración de los hechos:

- Oficio del 26 de septiembre de 1996, del Fiscal Regional Especial de la Unidad Nacional de Derechos Humanos (fls.1 a 3 c1 pt).
- Oficio 03086, de 30 septiembre de 1996, de la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación (fls.4 y 5 c1 pt).
- Oficio 3560 del Procurador Delegado para la Defensa de los Derechos (fls.12 a 15 c1 y 136 a 139 c2 pt).
- Acta de diligencia de inspección judicial realizada al Departamento de Personal de la Sección hojas de vida de oficiales y suboficiales del Ejército Nacional, por el Fiscal Regional Especial de la Unidad Nacional de Fiscalías de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, dentro del Preliminar 075 el día 10 de octubre de 1996 (fls.23 a 25 c1 pt).
- Oficio 1123/96, de 11 de octubre de 1996, del Procurador Departamental de Arauca (fl.28 c1 pt).
- Acta de la diligencia de inspección judicial practicada en las oficinas de la Fiscalía Regional Delegada ante las Fuerzas Militares en Arauca (Arauca) (fl.41 c1 pt).
- Acta de diligencia de reconocimiento fotográfico realizado el 3 de enero de 1997 por el Cuerpo Técnico de Investigaciones, Unidad de Policía Judicial Regional, de la Fiscalía General de la Nación, en el municipio de Chinacota (Norte de Santander), en la que se contó con la asistencia del testigo Severino Fernández López (fls.120 a 122 c1 pt).
- Plano adjunto al levantamiento elaborado por SIJIN, Unidad Móvil de Levantamientos, del cadáver de Javier Alberto Barriga Vergel, contenido en el Acta 332 (fl.167 c1 pt).
- Plano elaborado con ocasión de la diligencia de inspección ocular por la Procuraduría General de la Nación, Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, el 8 de julio de 1995 (fl.168 c1 pt).
- Informe fotográfico 000544, de 22 de septiembre de 1997, realizado por un técnico criminalístico de la Fiscalía General de la Nación (fls. 182 a 190 c1 pt).
- Resolución de 16 de junio de 1995, de la Fiscalía Tercera de la Unidad Previa y Permanente (fl.2 c2 pt).

- Acta de la diligencia de registro y allanamiento efectuada sobre el inmueble situado en la calle 3N No. 7E-12 Los Pinos de Cúcuta (Norte de Santander), el 16 de junio de 1995 (fl.3 c2 pt).
- Informe del levantamiento del cadáver de Javier Alberto Barriga Vergel, de 16 de junio de 1995, acta 332, elaborado por el agente Euclicer Herrera Ramírez (fls.14 a 16 c2 pt).
- Informe de novedad, de 16 de junio de 1995, del agente Sady Rey Durán, integrante de la patrulla S-8-2, del Departamento de Policía de Norte de Santander (fls.17 y 104 c2 pt).
- Oficio 1157/ XSIJIN-UISPJ, de 16 de junio de 1995, del Jefe de la Unidad Investigativa Sijin Denor, del Departamento de Policía de Norte de Santander, con el que se remitió el informe suscrito por el patrullero Humberto Torres Jaimes (fls.20 y 24 c2 pt).
- Oficio, de 22 de junio de 1995, de la Notaria Tercera del Círculo de Cúcuta (fl.36 c2 pt).
- Protocolo 370-95 de necropsia practicada por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Norte de Santander, al cadáver de Javier Alberto Barriga Vergel (fls.52 y 53 c2 pt).
- Álbum fotográfico tomado durante la diligencia de inspección judicial con levantamiento del cadáver Acta 332, de 22 de junio de 1995 (fls.55 a 62 c2 pt).
- Oficio DH-2440, de 30 de junio de 1995, de la Consejería para los Derechos Humanos de la Presidencia de la República (fl.64 c2 pt).
- Oficio 0806/SIJIN UNAUT, de 30 de junio de 1995, del Jefe de la Unidad de Automotores del Departamento de Policía de Norte de Santander (fl.75 c2 pt).
- Informe, de 7 de julio de 1995, del Sargento Primero Luis Eduardo Orjuela Trujillo (fls.79 y 0 c2 pt).
- Oficio 0805/SIJIN UNAUT, de 5 de julio de 1995, del Jefe de la Unidad de Automotores del Departamento de Policía de Norte de Santander (fls.90 y 190 c2 pt⁸).
- Resolución 0173 de 11 de julio de 1995, de la Dirección Nacional de Fiscalías (fls.109 y 110 c2 pt).
- Providencia del Fiscal Octavo de la Dirección Seccional de Fiscalías de Santa Fe de Bogotá, de 5 de diciembre de 1995 (fl.146 c2 pt).
- Resolución, 083, de 7 de febrero de 1996, del Fiscal Regional de la Dirección Regional de Fiscalías de Santa Fe de Bogotá, Unidad de Previas (fl.151c2 pt).
- Comunicación del Fiscal Octavo de la Dirección Seccional de Fiscalías de Santa Fe de Bogotá, Unidad Primera de Vida, de 27 de febrero de 1996, al Director Nacional de Fiscalías (fl.154 c2 pt).
- Decisión del Director Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, de 29 de junio de 1995 (fls.156 a 158 c2 pt).
- Oficio 87133/CE-DINTE-SUB-OP-259, de 30 de junio de 1995, del Director de Inteligencia del Ejército, Brigadier General Luis Bernardo Urbina Sánchez (fls.159 a 161 c2 pt).
- Carta abierta a la Fiscalía General de la Nación, dirigida por el Presidente de la Asociación Colombiana de Juristas Demócratas, Seccional Norte de Santander (fls.163 y 183 c2 pt).
- Derecho de petición presentado por la Corporación Colectivo de Abogados, de 16 de junio de 1995, al Presidente de la República Ernesto Samper Pizano, con ocasión del homicidio del doctor Javier Barriga Vergel (fls.166 y 167 c2 pt).
- Comunicación de la Asociación Nacional de Abogados Litigantes, Seccional Cúcuta, de 2 de septiembre de 1994, dirigida a la Comisión Andina de Juristas (fl.187 c2 pt).

⁸ Lo que se corrobora con el informe rendido por el Jefe de la Unidad de Automotores a folio 103 c2 pt).

- Acta de visita especial realizada a la Unidad de Urgencias del Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta (fls.210 y 212 c2 pt).
- Por medio de los oficios 1006,1032, 1033 y 1034 de 10 de abril de 1996, la Unidad Nacional de Fiscalía de Derechos Humanos solicitó a la Brigada XX de Inteligencia Militar, DINTE Inteligencia del Ejército, DIJIN y al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), aportaran datos “respecto de la autodenominada organización COLOMBIA SIN GUERRILLA COLSINGUE, anexandose (sic) fotocopias del anónimo obrante en el expediente” (fls.9 a 12 c3 pt).
- Certificación de los Jueces Regionales, Secretaría Colectiva, de Cúcuta, de 12 de abril de 1996, de los procesos en los que se encontraba reconocido como defensor Javier Alberto Barriga Vergel (fls.16 y 17 c3 pt).

4. Problema jurídico

6 De lo anterior se puede plantear como problema jurídico: ¿cabe atribuir fáctica y jurídicamente la responsabilidad patrimonial a las entidades demandadas por el daño antijurídico ocasionado a los demandantes como consecuencia de la muerte violenta del abogado Javier Alberto Barriga Vergel?

5. El derecho a la seguridad personal de ciertos actores sociales en el marco del conflicto armado interno.

7 Antes de abordar la determinación del daño antijurídico y el juicio de imputación, y teniendo en cuenta las particularidades del asunto, la Sala debe abordar el tratamiento de la situación de ciertos actores sociales, que como los abogados, hacen parte del sistema democrático y pueden ser objeto de protección reforzada [en el marco de la tutela del derecho a la seguridad personal], más cuando se acrediten, directa o indiciariamente, circunstancias que exceden la normalidad, o los peligros ordinarios bien sea por la ubicación del lugar en donde desempeña sus actividades, o por las condiciones del conflicto interno que se presentaban para la época de los hechos.

8 La premisa, en la que se sustenta la Sala, indica que a actores como los abogados, y específicamente aquellos que ejercen la profesión en la defensa técnica u oficiosa de determinados delitos relacionados con el conflicto armado [rebelión, sedición, etc.], les es aplicable el principio democrático de manera que puedan ejercer su profesión libremente, en igualdad de condiciones y en el marco del respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos a todos los ciudadanos. El precedente jurisprudencial constitucional sostiene,

“(…) En efecto, la Constitución no limita el principio democrático al campo político sino que lo extiende a múltiples esferas sociales. Consecuencia directa justamente del carácter expansivo de la democracia participativa.

Ya la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el principio democrático que prohija (sic) la Carta Política es a la vez universal y expansivo. Así “*se dice que es universal en la medida en que compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social. El principio democrático es expansivo pues su dinámica lejos de ignorar el conflicto social, lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda*

*por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción*⁹¹⁰

9 La aplicación del principio democrático se manifiesta, concretamente, en la tutela del derecho a la seguridad personal¹¹, que como garantía constitucional permite el desdoblamiento del ejercicio del derecho a la vida, cuyo alcance ha sido fijado en el precedente jurisprudencial constitucional en los siguientes términos,

“Dentro del desarrollo que del derecho fundamental a la vida ha realizado la jurisprudencia constitucional, se destaca el estudio acerca del carácter vinculante (sic) que para el Estado se deduce de sus dos ámbitos de protección, esto es, que se trata de un derecho que debe respetarse y debe protegerse¹². Conforme a lo anterior, por una parte, las autoridades públicas están obligadas a abstenerse de ejecutar actos que vulneren el derecho a la vida y, por la otra, a evitar que terceras personas por cualquier motivo lo desconozcan.

Este segundo ámbito de protección, se refiere entonces al deber que le asiste a las autoridades públicas de asegurar o garantizar el respeto del derecho a la vida por parte de terceros. Dicho deber no constituye una simple manifestación retórica de tipo formal, sino por el contrario, una declaración categórica e imperativa para el Estado, por virtud de la cual se le asigna una obligación positiva consistente en actuar con eficiencia y celeridad en su labor de defensa y cuidado de este derecho fundamental. Así las cosas, esta Corporación ha sostenido que: *“el Estado debe responder a las demandas de atención de manera cierta y efectiva, pues ante la amenaza que se tiende sobre la existencia y tranquilidad de individuos o grupos que habitan zonas de confrontación o que desarrollan actividades de riesgo en los términos del conflicto, es inexcusable que el Estado pretenda cumplir con sus deberes limitándose a señalar su imposibilidad para prestar la ayuda requerida”*¹³.

Dicha circunstancia condujo al reconocimiento por parte de esta Corporación de la *seguridad personal* como un derecho fundamental de todas las personas, y así lo estableció en la sentencia T-719 de 2003¹⁴, al derivar su existencia del principio de igualdad de las cargas públicas y del principio de justicia y equidad. En sus propias palabras, la Corte manifestó que:

“Con base en los mandatos constitucionales e internacionales indicados abajo, y el desarrollo jurisprudencial que ha tenido la protección de la seguridad de las personas en nuestro ordenamiento, según se reseña más adelante, para la Sala resulta claro que la seguridad personal, en el contexto colombiano, es un derecho fundamental de los individuos. Con base en él, pueden exigir, en determinadas condiciones, medidas específicas de protección de parte de las autoridades, con el

⁹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-089 del 3 de marzo de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En el mismo sentido se puede consultar la Sentencia C-1110 del 24 de agosto de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-934 de 29 de septiembre de 2004. Exp.D-5132. Puede verse también sentencia C-252 de 16 de abril de 2010. Exp.R.E.152.

¹¹ “Al determinar el alcance del derecho a la seguridad personal en el orden constitucional colombiano, a la luz de los instrumentos internacionales reseñados, la Corte señaló: (i) El derecho a la seguridad personal está incorporado al ordenamiento jurídico colombiano en virtud de los artículos de la Constitución citados e interpretados a la luz de los instrumentos de derechos humanos ratificados por Colombia que crean obligaciones internacionales para el país (artículos 93 y 94 de la Constitución); (ii) Además de manifestarse como un derecho humano fundamental de todas las personas, el derecho a la seguridad personal adquiere especial importancia en el caso de ciertos sujetos que, dada su condición o su contexto, han recibido especial protección tanto por la Carta como por otras fuentes de derecho internacional vinculantes para Colombia; y (iii) El contenido específico del derecho a la seguridad personal es históricamente variable, y se ha de determinar de conformidad con el contexto socio - político y jurídico en el cual se vaya a aplicar”. Corte Constitucional. Sentencia T-496 de 16 de mayo de 2008. Exp.T-1783291.

¹² Sentencia T-102 de 1993. (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

¹³ Sentencia T-981 de 2001. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). (Subrayado por fuera del texto original)

¹⁴ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

objetivo de prevenir la materialización de cierto tipo de riesgos extraordinarios contra su vida o integridad personal, que no tienen el deber jurídico de soportar, y que las autoridades pueden conjurar o mitigar. (...)

El derecho a la seguridad personal, en ese contexto, es aquel que faculta a las personas para recibir protección adecuada por parte de las autoridades, cuandoquiera que estén expuestas a riesgos excepcionales que no tienen el deber jurídico de tolerar, por rebasar éstos los niveles soportables de peligro implícitos en la vida en sociedad; en esa medida, el derecho a la seguridad constituye una manifestación del principio de igualdad ante las cargas públicas, materializa las finalidades más básicas asignadas a las autoridades por el Constituyente, garantiza la protección de los derechos fundamentales de los más vulnerables, discriminados y perseguidos, y manifiesta la primacía del principio de equidad”.

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

(...)

10. Ahora bien, en cierto casos se exige como carga ciudadana fundada en el principio de solidaridad social (C.P. art. 95.2), que las personas asuman ciertos riesgos especiales, por fuera de los mínimos u ordinarios que se predicen para toda la comunidad. Dichos riesgos por lo general tienen su origen en dos tipos de contingencias, por una parte, en aquéllas que se derivan de la convivencia en sociedad, por ejemplo, cuando para asegurar la defensa de una población es indispensable instalar una estación de policía, que por la situación interna de conflicto armado que vive el país, puede exponer a determinados riesgos a los vecinos de dichas construcciones¹⁵; y por la otra, en aquéllas que subyacen a la prestación de los servicios públicos, ya sea en relación con las personas que se benefician de los mismos¹⁶, o frente a las personas encargadas de su prestación, es decir, los servidores públicos¹⁷.

¹⁵ Esta Corporación, en sentencia T-1206 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), en relación con la construcción de estaciones de policía en sectores en donde se expone en alto grado la población civil, manifestó que: *“la convivencia en sociedad implica que las personas se expongan a determinadas contingencias. La presencia de tales contingencias, sin embargo, por sí misma no hace que las personas sean merecedoras de una protección especial por parte del juez de tutela. Sólo cuando el riesgo se torna desproporcionado, hasta el punto de constituir un peligro inminente, puede el juez de tutela conceder la protección solicitada.// Así, en el caso específico en que los vecinos a las estaciones y demás puestos de policía demanden cierta acción por parte de las autoridades para la protección de su vida e integridad personal frente a ataques de la guerrilla, la acción de tutela sólo será procedente cuando concurran las siguientes dos circunstancias: (1) que, dada la proyección en el presente de unas ciertas circunstancias históricas, la probabilidad actual de que ocurra el ataque sea alta y (2) que la situación específica del demandante o de las personas en nombre de quienes interpone la acción los coloque en una situación de riesgo excepcional que: a) sea difícil de evitar o su evasión suponga cargas que no tiene porqué asumir personalmente y; b) que las autoridades estén en capacidad de minimizar (dicho riesgo) sin sacrificar bienes jurídicos de igual o superior importancia constitucional”*.

¹⁶ Así, a manera de ejemplo, lo reconoció el Consejo de Estado, en tratándose de los daños a los vehículos de servicio público o a las personas que acceden al mismo frente a la comisión de actos terroristas. En sentencia del 16 de junio, expediente No. 9392, dicha Corporación manifestó: *“En relación con los actos terroristas contra vehículos de servicio público, la sala ha señalado que solamente en estados especiales de agitación, en los cuales dichos actos son normalmente previsibles, las autoridades tienen la obligación de tomar medidas especiales de protección sobre dichos vehículos; y su omisión, en tales casos, puede constituir falla del servicio que comprometa la responsabilidad de la administración. Pero cuando no se presentan dichas circunstancias especiales, no puede imponerse a las autoridades la obligación de escoltar cada vehículo de servicio público (sic), pues ellas carecen de medios y de personal para tal efecto; y menos deducirse falla del*

10 Teniendo en cuenta el alcance del derecho a la seguridad personal, cuyo sustento se encuentra en los artículos 93 y 94 de la Carta Política¹⁸, en lo consagrado en el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948¹⁹, en el artículo 7.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos²⁰ [Pacto de San José] y en el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²¹, en el precedente jurisprudencial constitucional se plantea la necesidad de delimitar frente a qué tipo de riesgos se exige que las autoridades públicas ejerzan la protección debida. En ese sentido el precedente indica,

“Se tiene, en primer lugar, que dichos riesgos deben ser *extraordinarios*. Esto quiere decir que existe un nivel de riesgo *ordinario*, social y jurídicamente soportable, por estar implícito en la vida cotidiana dentro de cualquier sociedad. (...) (L)as personas no pueden exigir al Estado un nivel especial de protección frente a este tipo de riesgos elementales: soportarlos constituye una carga derivada de la condición misma de integrante de una comunidad de seres humanos, que se impone a todos los miembros de la sociedad por igual.

“Ahora bien, en la medida en que la intensidad de dichos riesgos se incrementa, es decir, cuando se tornen *extraordinarios* y reúnen las demás características señaladas en esta providencia, las personas tendrán derecho a solicitar la intervención protectora (sic) de las autoridades para mitigarlos o evitar que se materialicen, cuando ello sea posible; tal intervención estatal podrá invocarse con distintos títulos, es decir, en virtud de distintos derechos fundamentales –la vida, la integridad personal o la seguridad personal –, dependiendo del nivel de intensidad del riesgo en cuestión y de sus características.

De tal manera que el derecho a la seguridad personal sí comprende un nivel de protección básico de las personas contra ciertos riesgos o peligros que, al responder a determinados atributos, “no resultan legítimos ni soportables dentro de la convivencia en sociedad, de acuerdo con la Constitución y los tratados internacionales; se trata de riesgos *extraordinarios* cuya imposición misma lesiona la igualdad en la que deben estar las personas frente a la carga de vivir en sociedad

Con el propósito de delimitar objetivamente el campo de aplicación del derecho a la seguridad personal en el ordenamiento jurídico colombiano, la jurisprudencia de esta Corte estableció una sencilla escala de riesgos, tomando en cuenta dos variables: (i) los niveles de tolerabilidad jurídica del riesgo por los ciudadanos en virtud del principio de igualdad ante las cargas públicas; y (ii) los títulos jurídicos con base en los cuales se puede invocar la intervención protectora de las autoridades .

servicio por omisión cada vez que ocurran actos terroristas en tales circunstancias”. (Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo).

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-686 de 30 de junio de 2005. Exp. T-795791

¹⁸ Puede verse Corte Constitucional. Sentencias T-713 de 2003; T-496 de 2008.

¹⁹ Aceptada como costumbre internacional desde la Proclamación de Teherán del 13 de mayo de 1968.

²⁰ Incorporada al ordenamiento jurídico colombiano por medio de la ley 16 de 1972.

²¹ Incorporada al ordenamiento jurídico colombiano por medio de la ley 74 de 1968. En la perspectiva del precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “Al determinar el alcance del derecho a la seguridad personal en el orden constitucional colombiano, a la luz de los instrumentos internacionales reseñados, la Corte señaló: (i) El derecho a la seguridad personal está incorporado al ordenamiento jurídico colombiano en virtud de los artículos de la Constitución citados e interpretados a la luz de los instrumentos de derechos humanos ratificados por Colombia que crean obligaciones internacionales para el país (artículos 93 y 94 de la Constitución); (ii) Además de manifestarse como un derecho humano fundamental de todas las personas, el derecho a la seguridad personal adquiere especial importancia en el caso de ciertos sujetos que, dada su condición o su contexto, han recibido especial protección tanto por la Carta como por otras fuentes de derecho internacional vinculantes para Colombia; y (iii) El contenido específico del derecho a la seguridad personal es históricamente variable, y se ha de determinar de conformidad con el contexto socio - político y jurídico en el cual se vaya a aplicar”. Corte Constitucional. Sentencia T-496 de 16 de mayo de 2008. Exp.1783291.

Bajo tales parámetros estableció cinco *niveles de riesgo*: (i) *un nivel de riesgo mínimo*²²; (ii) *un nivel de riesgo ordinario, soportado por igual por quienes viven en sociedad*²³; (iii) *un nivel de riesgo extraordinario, que las personas no están obligadas a soportar*; (iv) *un nivel de riesgo extremo que amenaza la vida o la integridad personal*²⁴; y (v) *un nivel de riesgo consumado*²⁵.

A partir de tal caracterización estimó la Corte que “el derecho fundamental a la seguridad personal opera para proteger a las personas de los riesgos que se ubican en el nivel de los *riesgos extraordinarios*, que el individuo no tiene el deber jurídico de soportar”. A fin de establecer si un riesgo puesto en conocimiento de las autoridades tiene una intensidad suficiente como para ser extraordinario, el funcionario competente debe analizar si confluyen en él algunos de los siguientes atributos: *específico e individualizable*²⁶, *concreto*²⁷, *actual*²⁸, *importante*²⁹, *serio*³⁰, *claro y discernible*³¹, *excepcional*³², *desproporcionado*³³, además de *grave e inminente*³⁴.

11 En la actualidad, la tutela del derecho a la seguridad personal se encuentra positivado en lo consagrado en los artículos 81 de la ley 418 de 1997, de la ley 548 de 1999 y en la ley 782 de 2002, según las cuales “el Gobierno Nacional - Ministerio del Interior y de Justicia-, pondrá en funcionamiento un programa de protección a personas que se encuentren en situación de riesgo inminente contra su vida, integridad, seguridad o libertad, por causas relacionadas con la violencia política o ideológica o con el conflicto armado interno”. Así mismo, en virtud del decreto 2816 de 2006 se “diseña y reglamenta el Programa de Protección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia”, se establece que la “población objeto del programa está constituida por los dirigentes o activistas de grupos políticos, (especialmente de grupos de oposición), de organizaciones sociales, cívicas, comunales, gremiales, sindicales, campesinas, de grupos étnicos, de Derechos Humanos, de población en situación de desplazamiento; miembros de la misión médica; testigos de casos de violación a los Derechos Humanos y de Infracción al Derecho Internacional Humanitario, independientemente de que no se hayan iniciado los respectivos procesos disciplinarios, penales y administrativos; periodistas y comunicadores sociales; Alcaldes, Diputados, Concejales, Personeros; funcionarios o ex funcionarios responsables del diseño, coordinación o ejecución de la política de Derechos Humanos o de Paz del Gobierno Nacional”³⁵.

6. El daño antijurídico.

²² Se trata de un nivel en el cual la persona sólo se ve amenazada en su existencia e integridad por factores individuales y biológicos.

²³ Se trata de los riesgos ordinarios, implícitos en la vida social.

²⁴ Este es el nivel de los riesgos que, por su intensidad, entran bajo la órbita de protección directa de los derechos a la vida e integridad personal.

²⁵ Este es el nivel de las violaciones a los derechos, no ya de los riesgos, a la vida e integridad personal: la muerte, la tortura, el trato cruel, inhumano o degradante, representan riesgos que ya se han concretado y materializado en la persona del afectado.

²⁶ Es decir que no debe tratarse de un riesgo genérico.

²⁷ Basado en acciones o hechos particulares y manifiestos, y no en suposiciones abstractas.

²⁸ En el sentido que no debe ser remoto o eventual.

²⁹ Que amenace con lesionar bienes o intereses jurídicos valiosos para el sujeto, por lo que no puede tratarse de un riesgo menor.

³⁰ De materialización probable por las circunstancias del caso, por lo cual no puede ser improbable.

³¹ No debe tratarse de una contingencia o peligro difuso.

³² No se trata de un riesgo que deba ser soportado por la generalidad de los individuos.

³³ Teniendo como parámetro de comparación los beneficios que deriva la persona de la situación por la cual se genera el riesgo.

³⁴ Corte Constitucional. Sentencias T-719 de 2003; T-496 de 16 de mayo de 2008. Exp.1783291.

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-496 de 16 de mayo de 2008. Exp.1783291

12 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”³⁶.

Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado,

“(...) que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”³⁷.

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”³⁸.

13 Debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”³⁹. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro,

³⁶ 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.

³⁷ 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. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que “no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiéndose por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales”. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*. 1ª ed. Navarra, Aranzadi, 2011, p.297.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que “la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos”, definiéndose como “violación de una norma especial o de la más genérica *alterum non laedere*”. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, ob., cit., p.298.

³⁹ 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.

determinado o determinable⁴⁰, anormal⁴¹ y que se trate de una situación jurídicamente protegida⁴².

14 Se trata de un daño que la víctima, Barriga Vergel, 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 Derecho⁴³, desde una perspectiva no sólo formal, sino también material de la antijuridicidad⁴⁴.

La Sala, mediante el análisis de las pruebas obrantes en el expediente, considera demostrado que el daño antijurídico se produjo como consecuencia de la muerte violenta del abogado Javier Alberto Barriga Vergel, como se desprende de la valoración y apreciación conjunta, armónica y coherente del registro de defunción, en el que se indica como fecha de la muerte el 16 de junio de 1995, a las 9:00 horas, y se señala como causa del deceso "LACERACION CEREBRAL" (fl.42 c1); del Informe del levantamiento del cadáver de Javier Alberto Barriga Vergel, de 16 de junio de 1995, acta 332, elaborado por el agente Euclicer Herrera Ramírez, en el que se consignó, que: "(...) Presenta cinco heridas en diferentes partes del cuerpo ocasionadas con arma de fuego, se halló vainilla cal. 380 en el lugar de los hechos"; del protocolo 370-95 de necropsia practicada por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Norte de Santander, al cadáver de Javier Alberto Barriga Vergel, en el que se consignó, "(...) DESCRIPCION DEL CADAVER: Cadáver de sexo masculino, complexión gruesa, con heridas por proyectil de arma de fuego. (...) 1.1. Orificio de entrada circular de 07x07 cms con anillo de abrasión, bordes invertidos, localizando sobre el tercio medio de la región retroauricular (sic) izquierda a 12.5 cms del vertice (sic) y 8 cms de la línea (sic) media. Hay zona de tatuaje anterior de 6x6 cms. 1.2. Orificio de salida, no hay. 1.3. Lesiones: piel, fractura hueso temporal izquierdo (polo cara posterior del peñazco) lacera hemisferio cerebeloso derecho, fractura peñazco derecho, se aloja en la fosa maxilar derecha. 1.4. Dirección: izquierda-derecha, arriba-abajo, atrás-adelante. 2.1. Orificio de entrada circular de 07x07 cms con anillo de abrasión, localizado sobre la mejilla izquierda, con area (sic) de tatuaje de 11x9 cms periorificiario (sic), ubicado a 17 cms del vertice (sic) y 6.5 cms de la línea (sic) media. 2.2. Orificio de salida que mide 1.5x1 cm con bordes invertidos, irregular, localizado sobre el tercio superior de la cara derecha del cuello a 21 cms del vertice (sic) y 8 cms de la línea (sic) media. 3.3. Lesiones: piel de mejilla, fractura alveolo (sic) y avulsión de dientes 36-37, músculos de piso de la boca,

⁴⁰ Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

⁴¹ "por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio". Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

⁴² Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

⁴³ "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.

⁴⁴ Cabe fundarse en la aproximación al derecho penal, de manera que "se admite que al lado de una antijuridicidad formal, definida abstractamente por contraposición con el ordenamiento jurídico, existe una antijuridicidad material que está referida a juicios de valor... sólo desde un punto de vista valorativo se puede explicar que en la antijuridicidad tengan que encontrar su fundamento y su asiento las causas de justificación. En sentido material, la antijuridicidad es un juicio valorativo o juicio de desvalor que expresa... el carácter objetivamente indeseable para el ordenamiento jurídico, de una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y puede ser un juicio de desvalor acerca del resultado o un juicio de desvalor acerca de la conducta cuando ésta pueda ser considerada peligrosa ex ante". DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual.*, ob., cit., p.303.

musculos (sic) laterales derechos del cuello secciona carótida primitiva derecha, piel y sale. 2.4. Dirección: arriba-abajo, izquierda-derecha, adelante-atrás. 3.1. Orificio de entrada circular de 05x05 cms con anillo de abrasión y bandelete inferior, localizado en la caro supero externa del hombro izquierdo a 24 cms del vertice (sic) y 22 cms de la linea (sic) media. 3.2. Orificio de salida no hay. 3.3. Lesiones: piel, tejido subcutaneo (sic) en región superior del hombro, lacera piel a nivel del lóbulo del cuello en la región externa izquierda, músculo trapecio, musculos (sic) de la nuca en donde se aloja. 3.4. Dirección: abajo-arriba, adelante-atrás, izquierda-derecha” (fls.52 y 53 c2 pt); del Oficio, de 22 de junio de 1995, de la Notaria Tercera del Círculo de Cúcuta, en la que se informó que “se inscribió la defunción de JAVIER ALBERTO BARRIGA VERGEL” y se remitió copia auténtica del registro de defunción (fl.36 c2 pt); del álbum fotográfico tomado durante la diligencia de inspección judicial con levantamiento del cadáver Acta 332, de 22 de junio de 1995 (fls.55 a 62 c2 pt), y; del Acta de visita especial realizada a la Unidad de Urgencias del Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta, en cuyo libro de población se consignó: “160695 11:00 9-01 9-15 Acta #332 SIJIN A la hora ingresó el anfiteatro del HEM quien en vida se llamó JAVIER ANTONIO (sic) BARRIGA VERGEL... abogado, quien conducía una caribe 442, de placas XBS-445 de Venezuela. Los hechos ocurrieron entre las 9:00 y 9:30 horas cuando 2 ind (sic) se movilizaban en moto DT/color blanco. Los hechos ocurrieron diagonal al seguro por la Av. Guaimaral. El occiso presenta 5 impactos de arma de fuego” (fls.210 y 212 c2 pt).

15 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.

7. Presupuestos para la imputación de la responsabilidad.

16 Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”⁴⁵ de la responsabilidad del Estado⁴⁶ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados⁴⁷ y de su patrimonio⁴⁸, sin distinguir su condición, situación e

⁴⁵ 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.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ “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.

interés⁴⁹. 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”⁵⁰. 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 potestad⁵¹; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”⁵².

17 Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado⁵³ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública⁵⁴ tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo⁵⁵.

⁴⁹ La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

⁵⁰ 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.

⁵¹ “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

⁵² MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*., ob., cit., pp.120-121.

⁵³ “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.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ “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.

18 En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico⁵⁶ (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene,

“La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”⁵⁷.

19 Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁵⁸, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁵⁹. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”⁶⁰.

⁵⁶ “Como también lo señala Hart, algunos iusfilósofos, por ejemplo Austin y Bentham, que advirtieron que el concepto de obligación no se relaciona con estados psicológicos, propusieron definir aquel concepto en relación, no a la *creencia subjetiva* de que se sufrirá un daño si no se actúa, sino a la *probabilidad objetiva* de que una persona que no actúa de cierta manera sufrirá un mal... Como conclusión Hart sostiene que, si bien hay en la idea de obligación alguna relación con la probabilidad de sufrir un mal, lo decisivo para ese concepto es la existencia de ciertas *reglas o normas* que permiten enjuiciar la conducta del individuo obligado”. NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 1ª ed. Barcelona, Ariel, 1983, pp.191-192.

⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

⁵⁸ 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.

⁵⁹ 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.

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

20 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”⁶¹. 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”⁶².

21 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”⁶³. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no⁶⁴. 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 ocurrencia de un número menor de daños”⁶⁵.

22 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 proporcionalidad⁶⁶ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas

⁶¹ “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.

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

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

⁶⁴ 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.

⁶⁵ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., p.171.

⁶⁶ “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

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 ponderación⁶⁷ 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”⁶⁸.

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 protección⁶⁹ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁷⁰. 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”⁷¹.

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.

⁶⁷ “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.

⁶⁸ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

⁶⁹ 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.

⁷⁰ Cfr. Günther Jakobs. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

⁷¹ 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,

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 sociedad⁷², en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber:

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

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

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

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.

⁷² “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 consecuencias de la elección”. JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*., ob., cit., p.15.

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 riesgos⁷³⁷⁴.

16. En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante⁷⁵.

23 Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcarse 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 universal⁷⁶, 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”⁷⁷.

24 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 normativos⁷⁸, 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.

25 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

⁷³ 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.

⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

⁷⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

⁷⁶ “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.

⁷⁷ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*, ob., cit., p.204.

⁷⁸ 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.

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

26 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.

8. El juicio de imputación en el caso concreto.

27 El análisis lo aborda la Sala de Sub-sección C teniendo en cuenta que existen precedentes de la Sala en los que se llega a la conclusión que para endilgar la responsabilidad patrimonial al Estado por falla del servicio de protección, no es necesario el previo, expreso y formal requerimiento por parte del amenazado o afectado con un atentado.

28 La Sala advierte que en aplicación del principio del *iura novit curia* se analiza el caso adecuando los supuestos fácticos al régimen de responsabilidad patrimonial del Estado que se ajuste debidamente, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa *petendi*, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso, ni que se establezca un curso causal hipotético de manera arbitraria⁷⁹.

Así que es posible analizar la responsabilidad patrimonial del Estado bajo un título de imputación diferente a aquel invocado en la demanda, en aplicación al principio *iura novit curia*, que implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, corresponde al juez definir la norma o el régimen aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la causa *petendi*, esto es, de los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión⁸⁰.

“La circunstancia de que los hechos relatados en la demanda sean constitutivos de una falla del servicio, o conformen un evento de riesgo excepcional o puedan ser subsumidos en cualquier otro régimen de responsabilidad patrimonial de los entes públicos, es una valoración teórica que incumbe efectuar autónomamente al juzgador, como dispensador del derecho ante la realidad histórica que las partes demuestren”⁸¹.

29 En una primera etapa, en la sentencia de la Sección Tercera de 17 de febrero de 1983, se plantearon varios fundamentos: i) cabe endilgar la responsabilidad por la abstención o inercia; ii) desde finales de los años treinta [1937] la Corte Suprema de Justicia afirma que cabe establecer la responsabilidad por la inejecución de obligaciones positivas, lo que se concretó en un fallo de 1946 de la misma Corporación hablándose de dos supuestos: por omisión de un acto; o, por falta de intervención o de iniciativa ante deberes jurídicos positivos; iii) pese a lo anterior, se firmó que no hay responsabilidad cuando el funcionario competente necesita requerimiento para actuar. A lo que se agregó que si la ley lo ha reglamentado “resulta ineludible el formal requerimiento; iv) para establecer la falla del servicio es indispensable acreditar que se pidió la protección policiva⁸². Luego, consideró el precedente, el Estado no asume una obligación de resultado, de seguridad. Se insiste, pues, que es imprescindible haber pedido protección ante

⁷⁹ Sentencia de 19 de octubre de 2011. Exp.19969.

⁸⁰ Consejo de Estado, sentencia de 3 de octubre de 2007, Exp. 22.655.

⁸¹ Sentencia de 20 de febrero 1989, Exp. 4655.

⁸² Sala Plena, sentencia de 16 de julio de 1980. Exp.10134.

amenazas fundadas y razonados temores; se demostró que los hechos, el homicidio del magistrado, fue ajeno a la natural aprehensión que debía tener el que temía un peligro inminente.

Dentro de este precedente cabe destacar el salvamento presentado por el Consejero de Estado Carlos Betancur Jaramillo, en el que se sostuvo: i) en este tipo de asunto se produce la tensión entre la salvaguardia de la forma sagrada y la premisa "darle a cada cual lo suyo"; ii) la protección que merece todo individuo debe estar cerca; iii) debe estarse presto a actuar ante las primeras señales de perturbación; iv) en circunstancias anormales o excepcionales la autoridad no puede esperar que se cumpla con el requerimiento; v) ante una época de terror y angustia, "cuando la subversión cierra su cerco y el crimen organizado y brutal gana prestigio social", todo ciudadano puede esperar la solidaridad; vi) la protección debe ser acorde con los riesgos propios de la actividad que cada individuo cumple; vii) frente a un estado de zozobra se extreman los riesgos y debe ampliarse la protección de aquellas personas que dirigen el Estado, y; viii) a la víctima no cabe endilgarle culpa por no haber protegido, o pedir la protección con todas las formalidades.

En el segundo precedente, constituido por la sentencia de la Sala Plena de 12 de julio de 1988 que resolvió el recurso extraordinario de anulación contra la sentencia de 17 de febrero de 1983, se sostuvo: i) el Estado se encontraba en la posibilidad de proteger a la víctima, aunque expresamente no se haya pedido; ii) la autoridad dejó de actuar, al haber permitido que otro destruyera sus bienes, o lo despojara de los mismo; iii) no es necesario averiguar la posibilidad de otros medios de defensa que el particular tenía; iv) ante un ambiente de zozobra, confusión e inestabilidad las autoridades deben proceder a dar protección, sin que haya lugar a exigir un requerimiento concreto y específico; v) se constató que no se puso medio alguno al servicio de la víctima que enfrentaba una situación especial de riesgo; vi) la protección a la vida honra y bienes no es estática; vii) las autoridades policiales no son simples sujetos pasivos, que demandan la petición de protección del miembro de la comunidad que la necesita; viii) debe observarse el deber positivo de permanente alerta, teniendo en cuenta las circunstancias de cada momento; ix) el Estado debe tomar "la acción cuando la situación azarosa de perturbación lo aconseje respecto de una o de determinadas personas, teniendo en cuenta la influencia que esa circunstancia obre sobre cada una, por la posición que ocupan en la vida social"; x) para el caso, la información de prensa permitió al juez concebir que las autoridades policiales debía volver su atención, cuidado y protección a la víctima; xi) al sobrevenir circunstancias extraordinarias se exige presencia especial de la autoridad; xii) el Estado es responsable "cuando el desorden causado por el daño se hace empresa pública y aquél no intenta siquiera contrarrestarlo"; xiii) la situación de riesgo puede estar determinada por alguna de las circunstancias excepcionales siguientes: posición intuitu personae "teniendo en cuenta sus condiciones personales y sociales"; ejercicio de cargos; antecedentes de persecución o de atentados criminales; tratarse de un medio anómalo; perturbación del orden público en el que la persona se desenvuelve; xxii) ante tales situaciones se afirma como imperativo que la actividad estatal se dirija a prestar una especial protección.

30 En una segunda etapa los precedentes recientes de la Sala en materia de falla del servicio por omisión en el deber de protección se orientan de manera disímil. En la sentencia de 26 de enero de 2006 se sostiene que la responsabilidad del Estado por omisión cuando se imputa el daño por falta de protección exige,

“(…) previo requerimiento a la autoridad, pero en relación a ese requerimiento no se exige ninguna formalidad, porque todo dependerá de las circunstancias particulares del caso. Es más, ni siquiera se precisa de un requerimiento previo cuando la situación de amenaza es conocida por dicha autoridad”.

Posteriormente, en la sentencia de 19 de julio de 2007, la Sala frente a un caso en el que el amenazado era un personero, quien informó a la Policía Nacional de las amenazas, se sostiene que el municipio presentaba, para la época de los hechos, “alteraciones de orden público debido a los actos de violencia” de grupos armados insurgentes.

En tanto que en la sentencia de 3 de octubre de 2007 se argumentó que pese a las graves y reiteradas denuncias formuladas al Gobierno “sobre la compleja y difícil situación que estaban padeciendo los miembros del Partido Comunista”, no se “adelantó investigación alguna tendiente a verificar o esclarecer la procedencia de las mismas, mucho menos se tomó medidas de protección para evitar la muerte de cientos de militantes de dicho partido político”.

Ahora bien, en la sentencia de 4 de diciembre de 2007 se indicaron los elementos con base en los cuales cabe examinar la falla del servicio de protección: i) indiciariamente se prueba que la víctima informa a las autoridades policiales acerca de las circunstancias de peligrosidad en que vive; ii) la autoridad policial conocía el riesgo que corría la víctima; iii) no es indefectible la prueba de la petición de protección; iv) basta que las autoridades si conocieran la situación de peligro en que se enmarcaba la persona. Así mismo, se sostiene en este precedente que la falla del servicio de protección puede apoyarse en la posición de garante que ostenta el Estado y expresa en tres aspectos: i) incumplimiento del deber de protección y cuidado, comunicado el peligro que se corría como resultado de múltiples intimidaciones; ii) no se endilga una obligación de imposible cumplimiento al Estado; iii) el “deber de protección de la vida, honra y bienes que se radica en cabeza del Estado, se torna más exigente en tratándose de personas frente a las cuales es posible o probable que se concrete o materialice un riesgo de naturaleza prohibida”.

Así mismo, en la sentencia de 6 de marzo de 2008 [Exp.14443] la Sala sostiene,

“El relación con el deber de seguridad que corresponde prestar al Estado, cabe señalar que el mismo está contenido en el inciso segundo del artículo 2 de la Constitución que establece que “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, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”. Por su parte, el artículo 6 ibídem establece que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. De acuerdo con el mandato constitucional, la razón de ser de las autoridades públicas es la defender a todos los residentes en el país y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. De tal manera que, omitir el cumplimiento de esas funciones no sólo genera responsabilidad personal del funcionario sino además responsabilidad institucional, que de ser continua (sic), pone en tela de juicio su legitimación. Por lo tanto, el Estado debe utilizar todos los medios de que dispone para lograr que el respeto a la vida y demás derechos de las personas por parte de las autoridades públicas y particulares sea una realidad y no conformarse con realizar una simple defensa formal de los mismos”.

En la sentencia de 25 de febrero de 2009 se sostiene que la prueba indiciaria es útil cuando se examina la imputabilidad de la falla del servicio por omisión en el servicio de protección. En concreto, se afirma la existencia de indicios “de que la víctima estaba siendo amenazada y de esta circunstancia tenía conocimiento la policía”. De igual forma, se afirma la existencia de circunstancias especiales que indicaban que la vida de la víctima “corría peligro para que oficiosamente debiera desplegar una actividad especial de protección de la vida”.

Recientemente, en la sentencia de 25 de agosto de 2010, de la Sección Primera, se sostiene que cuando “una persona se encuentra en peligro, y considera amenazados sus derechos fundamentales y los de su familia... es necesario que el Estado dirija su accionar con el fin único de evitar que se materialice un daño concreto, accionar que sólo podrá estar antecedido de un conocimiento de los diferentes factores de riesgo que rodean a la persona”

Finalmente, la Sub-sección C en la sentencia de 31 de enero de 2011 [Exp.17842], planteó cinco criterios para valorar la falla del servicio con base en la cual cabe endilgar la responsabilidad patrimonial al Estado: i) que con anterioridad y posterioridad a la ocurrencia de los hechos había “conocimiento generalizado” de la situación de orden público de una zona, que afectaba a organizaciones y a las personas relacionadas con éstas; ii) que se tenía conocimiento de “circunstancias particulares” respecto de un grupo vulnerable; iii) que existía una situación de “riesgo constante”; iv) que había conocimiento del peligro al que estaba sometida la víctima debido a la actividad profesional que ejercía, y; vi) que no se desplegaron las acciones necesarias para precaver el daño.

31 La Sala de Sub - sección examinando, con el mayor rigor posible, el acervo probatorio y valorando ponderadamente los fundamentos jurídicos en los que se sustenta la falla del servicio por omisión en la protección de una persona, para el caso concreto del abogado Javier Alberto Barriga Vergel, encuentra, como antes se señaló, que cabe endilgar la responsabilidad patrimonial a las entidades demandadas y revocar la sentencia del *a quo*, para lo que cabe exponer los argumentos en los que se sustenta el juicio de imputación:

i) Es indiscutible que en este tipo de asuntos el juez debe orientarse con base en la prueba indiciaria, respecto de la cual sostiene el precedente de la Sala,

“En nuestro derecho positivo (arts. 248 a 250 CPC), los indicios son medios de prueba indirectos y no representativos -como sí lo son el testimonio y la prueba documental- y no pueden ser observados directamente por el juez, como por ejemplo sucede en la inspección judicial. En la prueba indiciaria el juez tiene ante sí unos hechos probados a partir de los cuales establece otros hechos, a través de la aplicación de reglas de la experiencia, o principios técnicos o científicos. En otros términos, al ser el indicio una prueba indirecta que construye el juez con apoyo en la lógica, partiendo de la existencia de unos hechos debidamente acreditados en el proceso, tal construcción demanda una exigente labor crítica en la que si bien el fallador es autónomo para escoger los hechos básicos que le sirven de fundamento al momento de elaborar su inferencia, así como para deducir sus consecuencias, en ella está sujeto a las restricciones previstas en la codificación procesal: i) La consignada en el artículo 248 del CPC conforme al cual los raciocinios son eficaces en tanto los hechos básicos resulten probados; y ii) la contemplada en el artículo 250 *eiusdem* que impone un enlace preciso y directo entre el indicio y lo que de él se infiere, que exige -salvo el evento no usual de los indicios necesarios que llevan a deducciones simples y concluyentes- pluralidad, gravedad, precisión y correspondencia entre sí como frente a los demás elementos de prueba de que se disponga. Al margen de las controversias que se

suscitan en la doctrina en relación con su naturaleza jurídica (si son medio de prueba o si son objeto de prueba), puede afirmarse que el indicio está integrado por los siguientes elementos: i) Los hechos indicadores, o indicantes: son los hechos conocidos, los rastros o huellas que se dejan al actuar, la motivación previa, etc., son las partes circunstanciales de un suceso, el cual debe estar debidamente probado en el proceso; ii) Una regla de experiencia, de la técnica o de la lógica o de la ciencia, es el instrumento que se utiliza para la elaboración del razonamiento; iii) Una inferencia mental: el razonamiento, la operación mental, el juicio lógico crítico que hace el juzgador; la relación de causalidad entre el hecho indicador y el hecho desconocido que se pretende probar; iv) El hecho que aparece indicado, esto es, el resultado de esa operación mental. Así las cosas, una vez construida la prueba indiciaria, el juez deberá valorarla teniendo en cuenta su gravedad, concordancia, convergencia y relación con los demás medios de prueba que obren en el proceso. Para efecto de establecer su gravedad, la doctrina ha clasificado los indicios en necesarios y contingentes, entendiendo como necesarios, aquellos que de manera infalible muestran la existencia o inexistencia de un hecho que se pretende demostrar, o revelan en forma cierta la existencia de una constante relación de causalidad entre el hecho que se conoce y aquel que se quiere demostrar y son, por lo tanto, sólo aquellos que se presentan en relación con ciertas leyes físicas, y como contingentes, los que revelan de modo más o menos probable cierta causa o cierto efecto. Estos últimos son clasificados como graves o leves, lo cual depende de si entre el hecho indicador y el que se pretende probar existe o no una relación lógica inmediata

(...)

En efecto, suele acudir a pruebas indirectas en las que está separado el objeto de la prueba y el objeto de percepción, en particular a los indicios, toda vez que exigir la prueba directa supondría demandar una “prueba imposible”, lo que impone acudir al juicio lógico del fallador quien a través de su raciocinio evalúa algunos rastros y máximas de la experiencia de varios hechos probados, infiere conclusiones desconocidas y así procura establecer cuál ha sido la participación de agentes del Estado en el hecho dañoso”⁸³.

Cabe advertir, además, que el juez en su valoración debe tener en cuenta el alcance de los hechos indicadores, frente al hecho desconocido, y sustentado en el precedente de la Sub-sección C según el cual,

“La existencia y convergencia de hechos indicadores, los cuales se encuentran debidamente acreditados, entraña una pluralidad simétrica de hechos indicados que corresponden a las conclusiones como producto de las inferencias, a partir de un número igual de hechos probados. Y es que como ya se sabe, el indicio se estructura sobre tres elementos: 1. Un hecho conocido o indicador, 2. Un hecho desconocido, que es el que se pretende demostrar, y 3. Una inferencia lógica a través de la cual, y partiendo del hecho conocido, se logra deducir el hecho que se pretende conocer. (...) Es el juzgador quien declara la existencia de un indicio, cuando establece un hecho indicador, aplica una o varias reglas de la experiencia e infiere lógicamente otro hecho indicado. Es el juez quien construye el indicio, en cada caso concreto. En la misma sentencia la Corte Suprema de Justicia señala los requisitos de existencia de la prueba indiciaria: “De conformidad con la previsión legal sobre la prueba indiciaria... el hecho indicador del cual se infiere la existencia de otro acaecimiento fáctico, debe estar debidamente acreditado por los medios directos de prueba (testimonio, peritación, inspección, documento, confesión); ha de ser indivisible, pues los elementos que lo integran no pueden a

⁸³ Sentencia de 3 de octubre de 2007. Exp.19286. Puede verse también sentencias de 2 de mayo de 2007. Exp.15700; de 10 de junio de 2009. Exp.17321.

su vez tomarse como hechos indicadores de otros acaecimientos fácticos; independiente, ya que a partir de un hecho indicador no pueden estructurarse varios hechos indicados; si son varios han de ser concordantes, de manera que los hechos inferidos guarden armonía entre sí como partes que integran un mismo fenómeno; convergentes, es decir que la ponderación conjunta de los distintos indicios dé lugar a establecer una sola conclusión y no varias hipótesis de solución; y, finalmente, que en su apreciación, como ocurre con todos los medios de prueba, el juzgador acuda a las reglas de la sana crítica, establezca el nivel de probabilidad o posibilidad, y, en tal medida señale si son necesarios, contingentes, graves o leves, y su relación con los demás medios de prueba que obran en la actuación". En la misma providencia se determinan las varias clases de indicios: "Los indicios pueden ser necesarios cuando el hecho indicador revela en forma cierta o inequívoca, la existencia de otro hecho a partir de relaciones de determinación constantes como las que se presentan en las leyes de la naturaleza; y contingentes, cuando según el grado de probabilidad de su causa o efecto, el hecho indicador evidencie la presencia del hecho indicado. Estos últimos, a su vez, pueden ser calificados como graves, cuando entre el hecho indicador y el indicado media un nexo de determinación racional, lógico, probable e inmediato, fundado en razones serias y estables, que no deben surgir de la imaginación ni de la arbitrariedad del juzgador, sino de la común ocurrencia de las cosas; y leves, cuando el nexo entre el hecho indicador y el indicado constituye apenas una de las varias posibilidades que el fenómeno ofrece"⁸⁴.

ii) Con base en lo anterior, cabe verificar si los hechos indicadores permiten en el proceso lógico de inferencia determinar que se verifican las situaciones de riesgo en las que se encontraba el abogado Barriga Vergel y la omisión en el deber de proteger la seguridad personal del mismo, bien sea por la afirmación de la posición de garante institucional, o bien porque se creó una situación de riesgo objetiva por las actuaciones propias del Estado.

ii) Para el examen, la Sala de Sub-sección en el caso concreto (en sus dos extremos: ámbito fáctico y atribución jurídica) precisa determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y su encaje en los criterios con base en los cuales se puede establecer [bien sea se acredite una, varias, o todas ellas] la existencia de amenazas a la seguridad personal del abogado Javier Alberto Barriga Vergel:

1) La posición intuitu personae (condiciones personales y sociales). Se acreditó que desde los años ochenta [1985 por lo menos] el abogado Barriga Vergel dedicó su actividad tanto en la Personería Municipal de Saravena [Arauca], como se vinculó con la Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos [1989] (fl.60 c1), organización cuyo objeto certificado es

"VELAR POR LA LIBERTAD DE LOS PRESOS POLITICOS... PROMOVER LA INVESTIGACION CIENTIFICA SOBRE LA SITUACION JURIDICO-POLITICA DE LOS PRESOS POLITICOS EN COLOMBIA... SOLICITAR, SI A ELLO HUBIERA LUGAR, LA REVISION DELOS (sic) PROCESOS ADELANTADOS CONTRA PRESOS POLITICOS Y SINO, BUSCAR LA EXPEDICION DE LA NORMA QUE HAGA VIABLE DICHO RECURSO... VERIFICAR, DIRECTAMENTE O A TRAVES DE DELEGADOS, QUE LOS PROCESOS CONTRA LOS PRESOS POLITICOS, SE ADELANTEN DE MANERA REGULAR... INVESTIGAR LAS DENUNCIAS QUE SE FORMALICEN SOBRE TORTURAS Y MALOS TRATOS A LOS PRESOS POLITICOS... ESTABLECER LOS MEDIOS LEGALES ADECUADOS PARA OBTENER QUE LOS COMISIONADOS PREVISTOS TENGAN ACCESO

⁸⁴ Sentencia de 24 de marzo de 2011. Exp.17993.

CONTINUO Y LIBRE A LAS FUENTES DE INFORMACION Y A LOS ORGANISMOS QUE SE OCUPEN DE LOS PRESOS POLITICOS EN COLOMBIA” (fl.61 c1).

Según se certificó por los organismos policiales y de seguridad del Estado, el abogado Barriga Vergel no tenía órdenes de captura, ni antecedentes judiciales o policiales (fls.87 y 88 c1). Con el Oficio 0158, de 18 de febrero de 1998, del Jefe del Grupo de Investigación Seccional DAS Norte de Santander, se informó “que consultados los archivos del Grupo de Identificación de esta Seccional, **JAVIER BARRIGA VERGEL** C.C.13'253.808 Cúcuta, no figura registrado con anotaciones, antecedentes judiciales ni de policía” (fls.88 y 89 c1).

Se acreditó, también, que el abogado Barriga Vergel en su ejercicio profesional se dedicaba a actuar en causas o procesos por rebelión de múltiples personas, algunas de las cuales estaban sindicadas de pertenecer a grupos armados insurgentes, específicamente al ELN (fl.85 c1). Obra certificación de los Jueces Regionales, Secretaría Colectiva, de Cúcuta, de 12 de abril de 1996, de los procesos en los que se encontraba reconocido como defensor Javier Alberto Barriga Vergel (fls.16 y 17 c3 pt). A su vez, con el Oficio 157/SIJIN-XUNCRI, de 11 de febrero de 1998, del Jefe de la Unidad de Criminalística de la Sección de Policía Judicial e Investigación del Departamento de Policía de Norte de Santander se informó que “consultados los archivos delincuenciales y ordenes de Captura (sic) vigentes llevados por esta Unidad. Particular, JAVIER BARRIGA VERGEL. CC. 13.253.808 de Cúcuta. No aparece registrado. Información sin confrontación dactiloscópica (sic)” (fl.87 c1). De acuerdo con el Oficio URF No.175, de 10 de febrero de 1998, del Fiscal Jefe de la Unidad Regional de Fiscalías, de la Fiscalía General de la Nación, se informó que “se logró determinar que el Doctor JAVIER ALBERTO BARRIGA VERGEL (se presume que es el mismo señalado como JAVIER BARRIGA) actuó en los siguientes procesos: 4772 homicidio se halla archivado; 5413 por rebelión con 14 procesados 13 respecto de los cuales se precluyó y uno con acusación que corresponde a la causa 815; 6354 por rebelión con dos procesados en causa 1006; proceso 7245 por rebelión con dos procesados en la causa 1632 y 7689 por homicidio con un sindicado en instrucción” (fls.85 y 86 c1). Sr allegó, además, el Acta de la diligencia de inspección judicial practicada en las oficinas de la Fiscalía Regional Delegada ante las Fuerzas Militares en Arauca (Arauca), en la que se consignó,

“(…) constatado en el libro radicator de Instrucciones (sic) tomo dos, al folio 071, aparece el radicado numero (sic) 121 contra ORLANDO TRIANA MENDEZ alias MARLON, SINDICADO DE HOMICIDIO Y REBELION (sic), e iniciado en Septiembre (sic) 16 del 94, el doctor Barriga vergel (sic) actuo (sic) como defensor, tambien (sic) al folio 073 radicado numero (sic) 122 contra OSCAR CAMELO Alias (sic) Jose (sic) o Casanare sindicado de rebelion (sic) actuo (sic) como defensor de oficio del sindicado ya mencionado cuyas diligencias se iniciaron el 29 de Septiembre (sic) del 94” (fl.41 c1 pt).

2) Antecedentes de persecución o de atentados criminales. La Sala encuentra que este criterio debe examinarse desde la perspectiva de la persecución de la que fue objeto el abogado Barriga Vergel por parte de ciertos organismos del Estado, especialmente por la Inteligencia del Ejército, quien lo señalaba como presunto auxiliador, colaborador o integrante de un grupo armado insurgente, con lo que podría asistirse a la creación de una situación objetiva de riesgo por el alcance del señalamiento que hizo el Estado, y que sin haberse hecho pública, representaba una valoración que condicionaba incluso la decisión de ofrecer la protección a la

seguridad personal del mencionado abogado. Varios hechos indicadores quedaron acreditados:

2.1) De acuerdo con el Oficio 0087/XSIJIN, de 11 de febrero de 1998, del Jefe de la SIJIN en el Departamento de Policía de Norte de Santander:

“(…) revisados los archivos aparece registrado el nro. 714668 correspondiente a JAVIER BARRIGA VERGEL interceptado según resolución proferida por el Doctor ORLANDO CLAVIJO TORRADO Fiscal Regional Delegado autorizando la interceptación a TELECOM. Mediante oficio 0119 XINT SIJIN se allegaron resultados obtenidos producto de la interceptación.

En cuanto al otro número no se encontró radicado en nuestros archivos” (fl.78 c1).

Con el anterior oficio se anexó:

a) Oficio 002102/XCOMAN.C/ del Comandante del Departamento de Policía de Norte de Santander por medio del cual se ordenó al Jefe de la SIJIN DENOR: “(…) gestionar ante la Autoridad (sic) competente, para interceptar la línea telefónica # 714668 que figura a nombre de JAVIER BARRIGA; por tener información confidencial y de alta fidelidad de que en éste número telefónico se reciben y hacen llamadas para concretar atentados terroristas contra (sic) instalaciones policiales. Proceda con discreción en forma inmediata e informe al Comando sobre lo actuado” (fl.79 c1).

b) Providencia de la Fiscalía Regional Delegada de Cúcuta⁸⁵, de 26 de mayo de 1994, en la que se consignó y consideró:

“(…) Mediante oficio No. 0695 - UINPJ - SIJIN - C. 789, fechado el día de hoy, suscrito por el señor Jefe (E) de la Unidad Investigativa de la SIJIN DENOR, se solicita a esta Fiscalía Regional Delegada autorización para proceder a la interceptación del abonado telefónico No. 714668.

(…)

La solicitud obedece a que la entidad a cargo del interesado ha podido conocer que a través (sic) de dicho medio de comunicación se vienen realizando diálogos (sic) referentes a actividades subversivas de miembros de las FARC.

El art. 351 del C.P.P., señala que se puede autorizar la interceptación de comunicaciones con el objeto de obtener pruebas que tengan interés para la investigación, como sucede en el caso que nos ocupa.

Así las cosas, considera esta Fiscalía Regional Delegada viable autorizar por el término de treinta (30) días la interceptación solicitada, en razón de que las llamadas telefónicas constituyen un medio idóneo para la realización de las actividades que se investigan, y la interceptación el (sic) dispositivo eficaz para la obtención de sus evidencias.

Para llevar a cabo la medida decretada, se comisiona a la Unidad Solicitante (sic), quienes realizarán las gestiones indispensables para el logro del fin propuesto, bajo la coordinación y dirección de esta Fiscalía” (fl.80 c1).

c) Oficio 0105/INT-XSIJIN-C, de 21 de junio de 1994, del jefe de Inteligencia Electrónica de la Sección de Policía Judicial e Investigación del Departamento de Policía de Norte de Santander, por medio del cual se solicitó al Gerente Regional de Telecom que “ordene a quien corresponda, sean interceptadas las llamadas que en lo sucesivo se produzcan por el número 714668 por la línea 0831 y desinterceptar (sic) el número 714303 de la misma línea” (fl.81 c1).

⁸⁵ Providencia firmada por el Fiscal Regional Delegado-DAS Orlando Clavijo Torrado.

d) Oficio 0119/INT-XSIJIN-C, de 18 de julio de 1994, del SS. Miguel Ángel Ríos Rodríguez, de la Sección de Policía Judicial e Investigación del Departamento de Policía de Norte de Santander, dirigido al Jefe de la Unidad Investigativa, con el que informó:

“(…)

- Mediante oficio No. 0105 de fecha 21-06-94, se solicitó (sic) a la empresa de Telecom la interceptación del teléfono No. 714668 debidamente autorizada por la Fiscalía regional Delegada.

- Durante el tiempo de su interceptación se pudo establecer por este medio que se trata de una oficina de abogados que ejercen su profesión, analizados los diferentes diálogos (sic) no hubo tratos ilícitos.

- Por esta razón procedimos a la desinterceptación (sic) del anterior abonado mediante oficio No. 0570 de fecha 15-07-94, para dar curso a otras investigaciones” (fl.82 c1).

En tanto que, mediante el Oficio 54001205-000254, de 17 de febrero de 1998, del Gerente Departamental (e) de Telecom, se informó que “consultados nuestros archivos de los últimos tres meses no se encontró ninguna orden de interceptación sobre las líneas telefónicas 722135-714668” (fl.84 c1).

2.2) Obra, también, el Informe de levantamiento de 16 de junio de 1995, del agente Eulicer Herrera Ramírez, en el que se consignó la declaración dada por Rosalba Daza Suárez quien indicó que el homicidio del abogado Barriga Vergel tenía relación con su trabajo, teniendo en cuenta que en 1994 había sacado libres a más de 60 personas, entre ellos al hermano de Luz Estella Robles [persona que lo acompañaba el día de los hechos y que resultó herida], sindicado de ser subversivo (fl.20 c2 pt).

2.3) La Procuraduría General de la Nación, Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, mediante providencia de 29 de junio de 1995, y a instancia de la denuncia presentada por Jaime Prieto Méndez, Presidente de la Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos, dispuso el inicio de una investigación preliminar para establecer si hubo participación de servidores del Estado en el homicidio del abogado Barriga Vergel (fl.156 c2 pt).

2.4) Se allegó el Oficio 87133/CE-DINTE-SUB-OP-259, de 30 de junio de 1995, del Director de Inteligencia del Ejército, Brigadier General Luis Bernardo Urbina Sánchez con el que se remitió “tres (3) hojas de anotaciones de inteligencia del particular”, esto es, de Javier Alberto Barriga Vergel, en la primera de las cuales es señalado como “MIEMBRO RED DE APOYO GRUPO ARMADO”, “MILITANTE MOVIMIENTO A LUCHAR”, “PARTICIPA J. PROTESTA ACTIVIDAD AGITACIONAL” y “AUXILIADOR REGIONAL DIEGO CRISTOBAL URIBE ESCOBAR-ELN”. En otra de las anotaciones se señaló: “PEDRO PEÑARANDA PACHECO –PDTE SINTRAINCORA –SECCIONAL NORTE DE SANTANDER. CON JAVIER BARRIGA VERGEL –ABOGADO- AUXILIADOR DE L (sic) “ELN”, FIN GESTIONE DEFENSA DE MIEMBROS GRUPO ARMADO CAPTURADOS EN FEB-91 EN SARAVERENA –ARAUCA- DONDE TENIAN LA FACHADA DE LABORAR EN EL “INCORA”. Aparecen reportes de la presunta participación del abogado Barriga Vergel en actividades del grupo armado insurgente ELN entre los años 1981 y 1983 (fls.159 a 162 c2 pt).

2.5) Oficio DH-2440, de 30 de junio de 1995, de la Consejería para los Derechos Humanos de la Presidencia de la República, en la que se consignó,

“Esta Consejería ha (sic) informaciones sobre el homicidio de un abogado en la ciudad de Cúcuta, el 16 de junio de 1995.

Según esas informaciones el Doctor JAVIER BARRIGA VERGEL fue herido mortalmente por un grupo de individuos que se movilizaban en una camioneta Blazer Azul, en inmediaciones de la clínica del ISS de Cúcuta.

Respetuosamente le solicitamos hacer llegar a esta Consejería, información sobre el estado de las investigaciones que se adelanten por los hechos citados, así como si existen personas detenidas” (fl.64 c2 pt).

2.6) Resolución 0173, de 11 de julio de 1995, de la Dirección Nacional de Fiscalías por medio de la cual reasignó la investigación por el homicidio del abogado Barriga Vergel y se designó un Fiscal Especial, en la que se consignó:

“(…) Que la gravedad del asunto, debido a la actividad del sujeto pasivo del reato en una región convulsionada por disímiles formas de violencia, justifica la designación de un fiscal especial” (fl.208 c4 pt).

2.7) Conforme con el Oficio 0561/XSIJIN, de 6 de septiembre de 1995, del agente Reinaldo Arismendi Ardila, se concluyó que se encontraba seriamente indiciado de estar comprometido en el homicidio del abogado Barriga Vergel el ex - oficial de la Policía Nacional Carlos Antonio Vargas Aldana (fls.200 y 201 c4 pt).

2.8) De acuerdo con la providencia del Fiscal Octavo de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá, dentro del proceso 12.220 adelantado con ocasión del homicidio del abogado Barriga Vergel, de 5 de diciembre de 1995, las “diferentes diligencias recaudadas hasta la fecha indican que la causa para que se hubiera atentado contra la vida e integridad física del Doctor BARRIGA VERGEL radica en las actividades que este desarrollaba como apoderado de personas privadas de la libertad por delitos políticos” (fls.144 y 145 c2 pt).

2.9) Providencia del Fiscal Octavo de la Dirección Seccional de Fiscalías de Santa Fe de Bogotá, de 5 de diciembre de 1995, por medio de la cual se ordenó remitir la “investigación preliminar seguida por la muerte violenta del Doctor JAVIER ALBERTO BARRIGA VERGEL, ante los señores Fiscales Regionales de la Seccional de Santa Fe de Bogotá D.C., por competencia”, y en dado caso se propuso una colisión negativa de competencias (fl.146 c2 pt). Como sustento se tuvo en cuenta,

“(…)”

Las diferentes diligencias recaudadas hasta la fecha indican que la causa para que se hubiera atentado contra la vida e integridad física del Doctor BARRIGA VERGEL, radica en las actividades que este desarrollaba como apoderado de personas privadas de la libertad por delitos políticos.

De igual manera se llegó (sic) a establecer que no es el primer caso que se presenta, puesto que según manifestaciones de los compañeros del Doctor BARRIGA VERGEL, existen otros casos de miembros de su organización política que han sido amenazados y víctimas de este tipo de atentados, situación esta (sic) que se da a nivel Nacional.

(…) tratándose de Homicidio (sic) cometido en la persona de un abogado litigante en ejercicio, cuya actividad estaba dirigida a la defensa de personas privadas de la libertad por hallarse sindicados de la comisión de Delitos (sic) Políticos (sic), hecho que involucra el ataque al libre ejercicio de las convicciones políticas de quien resultara víctima de los sicarios.

De otra parte, en consideración a que son ya varios los abogados exterminados por el grupo que se atribuye la muerte y aún las amenazas de todos aquellos litigantes que defienden a esta clase de causa.

(...)

Destácase (sic) igualmente la circunstancia de que existen numerosos abogados litigantes que han sido objeto de amenazas, creándose un clima de zozobra e incertidumbre por la reacción violenta e injustificada de quienes tales actos criminales están ejerciendo" (fls.144 y 145 c2 pt).

2.10) Se allegó la Resolución 0260, de 22 de diciembre de 1995, de la Dirección Nacional de Fiscalías, por medio de la cual se reasignó la investigación por el homicidio del abogado Barriga Vergel y se asignó a la Unidad de Fiscalías de Derechos Humanos, en la que se consignó,

"(...) Que el homicidio reseñado se inscribe en una serie de hechos ocurridos en la ciudad de Cúcuta, como manifestaciones de justicia privada ejercidas en contra de defensores de presos políticos o de abogados con vinculación presunta o real con grupos subversivos, y, por lo tanto, requiere la atención directa de la Unidad Nacional de Derechos Humanos" (fls.215 y 216 c4 pt).

2.11) Finalmente, obra la comunicación del Fiscal Octavo de la Dirección Seccional de Fiscalías de Santa Fe de Bogotá, Unidad Primera de Vida, de 27 de febrero de 1996, al Director Nacional de Fiscalías, en la que se señaló,

"Después de recaudar testimonios, analizar cuidadosamente el acopio probatorio y estudiar el expediente con la señora Fiscal Jefe de Unidad, se llegó a la conclusión de que el homicidio en cuestión se había cometido como uno mas (sic) de una serie de delitos destinados a coartar la libertad de opinión política y por razón de las creencias y manifestaciones políticas y profesionales del doctor JAVIER ALBERTO BARRIGA VERGEL, quien ejercía el la (sic) profesión del derecho básicamente al servicio de la defensa de presos políticos" (fl.154 c2 pt).

3) Las amenazas y la situación de peligro o riesgo a la que se encontraba expuesto el abogado Javier Alberto Barriga Vergel. En cuanto a este aspecto, obran los siguientes elementos de prueba:

3.1) Comunicación de la Asociación Nacional de Abogados Litigantes, Seccional Cúcuta, de 2 de septiembre de 1994, dirigida a la Comisión Andina de Juristas en la que se señaló,

"Con asombro los Abogados (sic) de Cúcuta, Norte de Santander, hemos recibido la noticia que se hiciera pública el día 31 de Agosto (sic) del presente año en el [ilegible] el grupo criminal denominado "COLSINGUE" (Colombia sin guerrilla) donde manifestaban simple y llanamente "el ajusticiamiento" a partir del 1 de septiembre de todo abogado que esté dedicado a defender causas tales como rebelión, extorsión, chantaje, narcotráfico o delitos contra la seguridad Política (sic) del Estado.

Este documento en la actualidad reposa en manos del señor Procurador Delegado para los derechos humanos, con sede en cúcuta (sic).

En tal virtud, acudimos ante ese organismo para que de inmediato nos brinde claridad, denunciando este hecho en Bogotá ante el señor Procurador General de la Nación, Defensoría del Pueblo, Fiscalía, Presidencia de la República, Defensoría de los Derechos Humanos, Organizaciones interamericanas de los Derechos Humanos y Organizaciones de Abogados, amnistía Internacional, etc" (fl.187 c2 pt).

3.2) Carta abierta a la Fiscalía General de la Nación, dirigida por el Presidente de la Asociación Colombiana de Juristas Demócratas, Seccional Norte de Santander, en la que se sostuvo,

“(…) vale la pena recordarle la circulación de un panfleto que distribuyó el grupo paramilitar autodenominado “Colsingue” manifestando en su numeral quinto: “que serán eliminado (sic) todos aquellos abogados que interponiendo los intereses de la guerrilla y olvidando su juramento a la justicia, coadyuvan a deteriorar las instituciones, dejando desprotegidos a los ciudadanos de bien”. Este mismo grupo y los denominados Rampuchos, Rambo, Sociedad Amigos de Ocaña, Autodefensas Populares y Muerte a Comunistas y Guerrilleros (Moncoque), hizo su aparición en varias veredas y municipios de la región Norte Santandereana, fuertemente armados, usando algunos uniformes de uso privativo de las fuerzas militares, cubriendo sus rostros con pasa montañas y profiriendo amenazas contra dirigentes políticos, sindicales y cívicos” (fls.162 y 183 c2 pt).

3.3) Derecho de petición cursado por la Corporación Colectivo de Abogados ante la Presidencia de la República, de la época, en la que se señaló:

“(…) En la mañana de hoy 16 de junio de 1995, al salir de su residencia en la ciudad de Cúcuta fue víctima de un atentado en el que resultó muerto el doctor JAVIER BARRIGA VERGEL. El doctor BARRIGA VERGEL desde hace varios años se desempeñó como defensor de Derechos Humanos y de personas detenidas por razones políticas como miembro del Comité de Solidaridad con Los (sic) Presos Políticos Seccional Cúcuta.

(…) Los abogados de los Santanderes que trabajan en la defensa de los presos políticos y en el apoderamiento de las víctimas y/o familiares de violaciones a los derechos humanos desde hace tiempo vienen reiteradamente siendo amenazados de muerte, atravez (sic) de pazquines (sic) firmados por grupos paramilitares como MACOGUE y COLSINGUE.

(…) De la misma manera, miembros de nuestra institución doctores LUIS GUILLERMO PEREZ CASAS y RAFAEL BARRIOS MENDIVIL, tuvieron que abandonar el país en forma forzada debido a los hostigamientos y amenazas persistentes en razón de su actividad profesional.

(…) Prestantes abogados de otras instituciones, todos defensores de detenidos políticos y de derechos humanos, fueron desaparecidos forzosamente (sic) o asesinados, entre ellos los doctores ALIRIO PEDRAZA BECERRA, OSCAR ELIAS LOPEZ, JESUS ANTONIO MONTOYA y DARIO COLMENARES URIBE” (fls.166 y 167 c2 pt).

3.4) La parte demandante allegó un panfleto contentivo del comunicado a la opinión público de COLSINGUE, en el que se consignó:

“(…) les advertimos a aquellos “amigos” de los terroristas, que viviendo en sectores afectados por la violencia y estando laborando en áreas de la administración de la administración pública, de la docencia y la salud, que no escapan a nuestra justicia patriótica, la cual estará dirigida contra todos aquellos grupos y personas apátridas que vienen atentando contra los más profundos intereses de nuestra querida Colombia, desprestigiando la Patria a nivel nacional e internacional.

En consecuencia, determinamos que a partir del 5 de agosto de 1994 iniciamos nuestras actividades justicieras, por tal motivo:

1. Serán ajusticiadas todas aquellas personas que directa o indirectamente hacen parte de las agrupaciones terroristas santandereanas.

(...)

5. Serán eliminados todos aquellos abogados que interponiendo los intereses de la guerrilla y olvidando su juramento de defender los intereses de la justicia, coadyuvan a deteriorar las instituciones, dejando desprotegidos a los ciudadanos de bien" (fl.55 c1).

3.5) Por medio de los oficios 1006,1032, 1033 y 1034 de 10 de abril de 1996, la Unidad Nacional de Fiscalía de Derechos Humanos solicitó a la Brigada XX de Inteligencia Militar, DINTE Inteligencia del Ejército, DIJIN y al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), aportaran datos "respecto de la autodenominada organización COLOMBIA SIN GUERRILLA COLSINGUE, anexandose (sic) fotocopias del anónimo obrante en el expediente", advirtiéndole que "de no existir datos al respecto o existir solicitamos su colaboración pertinente a fin que se efectuen (sic) labores de inteligencia al respecto y se informe su resultado" (fls.9 a 12 c3 pt).

3.6) Oficio 249/DIORS, de 21 de abril de 1996, del Jefe de la División de Orden Público y Seguridad Interior, en el que se consignó,

"El grupo Colombia sin Guerrilla (sic) "COLSINGUE", lanza un comunicado a la opinión pública el 290794, en donde anuncian su creación como respuesta a la falta de presencia estatal en algunas regiones de Antioquia y Santander, fijando como objetivo principal, la erradicación total del flagelo de la subversión en la zona.

Entre las acciones que se adjudican en el comunicado, figuran el ajusticiamiento de reconocidos cuadros políticos de la subversión, especialmente del ELN al parecer infiltrados en las agremiaciones sindicales en el Departamento de Antioquia, así:

Guillermo de Jesús Echavarría (sic) de (FUTRAN-CUT); el 270794 a Luis Efrén Correa Medina, obrero de SETEXCO y Jairo León Agudelo, presidente de SNTRAGRI en Puerto Salgar el 260794.

Se tiene conocimiento que este grupo lo integran por lo menos 20 sujetos, los cuales portan armas automáticas y semiautomáticas de largo y corto alcance.

(...)

Anotaciones indican, que este grupo tiene un área de operaciones en una amplia zona en el Departamento de Antioquia, entre las que figuran las jurisdicciones de Medellín, San Miguel, Sonsón, Corregimiento La Danta, Las Mercedes, Aquitania y Puerto Berrío, con desplazamientos al Departamento de Santander en las áreas de los municipios limítrofes" (fls.75 y 76 c3 pt).

3.7) Oficio DFG-000154, de 24 de febrero de 1998, del señor Vicefiscal General de la Nación Jaime Córdoba Triviño, en el que manifestó:

"Específicamente sobre los hechos de que trata el caso por el homicidio del doctor JAVIER BARRIGA VERGEL, no los recuerdo, no me es factible hacer precisión y si alguna actuación cumplí como Defensor del Pueblo esta debe encontrarse registrada en los archivos de dicha institución.

En relación con la reunión que al parecer se realizó el dieciocho (18) de mayo de 1994 con distintas autoridades, tampoco recuerdo con precisión los términos de la misma, pese a que en algunas ocasiones - una de ellas pudo ser la de la referida reunión - las organizaciones no gubernamentales, entre otros temas, si plantearon la necesidad para que presuntas informaciones de actividades delictivas de miembros de dichas organizaciones fueran puestas en conocimiento de las autoridades competentes, pero no estoy en condiciones de precisar si en

esa reunión específicamente se tocó el tema del doctor JAVIER BARRIGA VERGEL” (fls.90 y 91 c1).

4) La circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrió la muerte violenta del abogado Javier Alberto Barriga Vergel y de las investigaciones adelantadas por el mismo.

4.1) Se allegó copia auténtica del oficio de fecha agosto 18 de 1995, suscrito por el señor MY. Miguel Angel Lucas Urrego Jefe Sijin Denor, en la que se consignó:

“(…) El día 160695, siendo las 08:30 horas, cuando se desplazaba por la avenida Guaimaral en su vehículo particular, el Doctor JAVIER ALBERTO BARRIGA VERGEL de profesión abogado; frente al edificio de los Seguros Sociales, fue objeto de un atentado contra su vida por parte de dos sujetos que se movilizaban en motocicleta; quienes dispararon contra la humanidad de este, falleciendo instantaneamente (sic). En el vehículo iba acompañado de la Señora LUZ STELLA ROBLES CERMEÑO; quien resultara levemente lesionada.

Cerca al lugar de los hechos se encontraban dos Agentes (sic) de la SIJIN, quienes patrullaban al sector bancario a pie quienes al escuchar los disparos y observar una motocicleta que se desplazaba a velocidad trataron de detenerlos; pero estos abrieron fuego contra los Agentes (sic), registrándose un intercambio de disparos resultando herido el delincuente que iba de parrillero, pero logrando huir en la motocicleta. Inmediatamente se desarrollo (sic) un basto (sic) operativo en la zona donde se practicaron allanamientos a inmuebles en coordinación de la Fiscalía (sic), pero no se logró la captura de los criminales.

La investigación por el homicidio se inició de oficio con el acta de levantamiento, radicada en la etapa preliminar con el Nro.15-220 a cargo de la Fiscalía Tercera de la Unidad de Reacción Inmediata, fiscal código 263403; y en coordinación con la SIJIN, se han adelantado las siguientes diligencias:

Allanamiento y registro al inmueble ubicado en la calle 3N Nro. 7E_12 del barrio Los Pinos de propiedad de CARLOS E. ROJAS; donde se tenía información, se había refugiado el delincuente herido, pero los resultados fueron negativos.

Allanamiento y registro al inmueble ubicado en la avenida 1E Nro. 3N-08 del barrio Los Pinos; casa de la familia VARGAS ALDANA, donde se tenía información habían guardado la moto en que se movilizaban los sicarios, pero los resultados de la diligencia fueron igualmente negativos.

Se han recepcionado (sic) los siguientes testimonios:

Señorita LUZ STELLA ROBLES CERMEÑO... persona que acompañaba al Doctor Barriga y quien resultara levemente lesionada. No da información alguna que conlleve a identificar a los autores del crimen.

Declaración del Agente (sic) RODRIGO CASTELLANOS SUAREZ... quien tuvo intercambio de disparos con los sicarios.

Declaración del Agente (sic) SADY REY DURAN... quien se encontraba en compañía del Agente (sic) CASTELLANOS SUAREZ.

Declaración del Señor (sic) SEFERINO FERNANDEZ LOPEZ... persona que vió (sic) a los dos sicarios cuando huían y se cayeron de la moto cerca a don él se encontraba laborando. Describe a los sicarios de contextura robusta, tez morena, de aproximadamente 1.70 de estatura.

Declaración de la Señora (sic) ROSALBA DAZA SUAREZ... conyuge (sic) de la víctima.

Declaración de la Señora (sic) ANA LUCIA VEGA BOHORQUEZ... persona que vende avena cerca al lugar de los hecho (sic). No aporta información alguna que conlleve al esclarecimiento de los hechos.

Declaración del Señor (sic) OTTO FRANCISCO LATORRE ALBARRACIN... tambien (sic) vendedor ambulante cerca al lugar del hecho.

Declaración de la Señorita MARIELA CACERES GARCIA... vendedora de jugo de naranja ahí cerca al lugar del hecho. Tampoco aporta información positiva alguna.
Declaración del señor OCTAVIANO SANCHEZ DIAZ... vendedor ambulante de frutas del sector.

Declaración del Señor (sic) SAUL ALEY BAYONA... persona que tiene taller de ornamentación cerca al sitio de los hechos.

Declaración del Señor (sic) JAIME HUMBERTO ECHAVARRIA MEJIA... testigo de los hechos.

Declaración de los distribuidores de Gaseosas (sic) la frontera JORGE ISAAC RIOS CASTELLANOS... y CAMPO ELIAS CARRILLO JAIMES...

Información llegada a esta Unidad dan conocimiento de que el presunto autor del homicidio del Doctor Barriga es un exoficial de la Policía de apellido VARGAS que estuvo preso en la modelo de esta ciudad y un pariente de este que trabaja en el hospital.

Se oficio (sic) al Centro Penitenciario y Sección de Recursos Humanos del DENOR estableciendo que la persona a que se refiere el informante es a CARLOS ANTONIO VARGAS ALDANA, cédula de ciudadanía Nro. 79.157.435 de Usaquén, retirado de la Institución mediante decreto 2577 del 131288 quien registra antecedentes en la cárcel modelo por homicidio. Del pariente a que hace referencia la información, no se ha logrado establecer su identidad.

Se trabaja con base a esta información tendiente a verificarla y procurar los vestigios de prueba que conlleven al esclarecimiento de los hechos.

Se le recepcionó (sic) declaración a la Señora MARIA DEL SOCORRO VARGAS ALDANA...

Declaración del Agente (sic) EDGAR ALONSO RANGEL JAIMES... integrante de una de las patrullas que persiguió a los sicarios.

En conclusión, hasta el momento con base en las informaciones obtenidas aparece como presunto sindicado del crimen el exteniente de la Ponal (sic) CARLOS ANTONIO VARGAS ALDANA; pero no se han encontrado los vestigios de prueba que conllevan a establecer su responsabilidad

Esta Jefatura en coordinación con la Fiscalía continuará investigando hasta lograr el total esclarecimiento de los hechos” (fls.93 a 96 c1).

4.2) El Oficio 3560 del Procurador Delegado para la Defensa de los Derechos Humanos por medio del cual se hace llegar a la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación “los 3 proyectiles blindados 13 vainillas y un fragmento, para que haga parte de la investigación penal adelantada en su despacho bajo la radicación No.075 adelantada por la muerte de Javier Alberto Barriga Vergel” (fl.11 c1 pt. De igual manera, se remitió cuatro (4) copias “de las características técnicas (sic) cada uno de los elementos enviados”, de las que se concluyó por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que fue una misma arma tanto la procedencia de los proyectiles de 9 mm, como de las vainillas de un revólver calibre 38 (fls.12 a 15 c1 y 136 a 139 c2 jpt).

4.3) Acta de diligencia de reconocimiento fotográfico realizado el 3 de enero de 1997 por el Cuerpo Técnico de Investigaciones, Unidad de Policía Judicial Regional, de la Fiscalía General de la Nación, en el municipio de Chinacota (Norte de Santander), en la que se contó con la asistencia del testigo Severino Fernández López, en la que se consignó,

“(...) PREGUNTADO: Sírvase hacer una descripción (enmendado) Física (sic) y Morfológica (sic) de los dos sujetos que se movilizaban en motocicleta y que al parecer fueron los que atentaron contra la humanidad del Doctor BARRIGA VERGEL.- CONTESTO: Uno el que manejaba la motocicleta, era como de 1,70 centímetros (sic) aproximadamente, edad 30 años aproximadamente, color de la

piel moreno oscuro, color del cabello negro, llevaba una cachucha color negra, cabello lacio, semilargo (sic), forma de la cara ovalada, imberbe, boca normal, labios (enmendado) semigruesos (sic), contextura mediana, en el rostro presentaba una cicatriz en la frente y en el tabique que se hizo porque se estrello (sic) con un poste, nariz con base ancha; el otro es de aproximadamente 1,75 centímetros (sic), edad de 30 a 35 (enmendado) años aproximadamente, color de la piel trigueño, color del cabello negro, lacio creo que tambien (sic) abundante, forma de la cara, ovalada, lo que pasa es que lo alcance a ver fue de perfil, cara gorda, imberbe, ojos oscuros, contextura mediana... Se me hacen (sic) muy similar al segundo sujeto que describi (sic), a los sujetos que se encuentran en las casillas números dos (2) y cinco (5). Se deja constancia que estos sujetos responden a los nombres de RIGOBERTO SOLIS ANTELIS y PEDRO ELIAS SARMIENTO CADIS" (fls.120 a 122 c1 pt).

4.4) Plano adjunto al levantamiento elaborado por SIJIN, Unidad Móvil de Levantamientos, del cadáver de Javier Alberto Barriga Vergel, contenido en el Acta 332 (fl.167 c1 pt).

4.5) Plano elaborado con ocasión de la diligencia de inspección ocular por la Procuraduría General de la Nación, Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, el 8 de julio de 1995 (fl.168 c1 pt).

4.6) Informe fotográfico 000544, de 22 de septiembre de 1997, realizado por un técnico criminalístico de la Fiscalía General de la Nación (fls. 182 a 190 c1 pt).

4.7) Resolución de 16 de junio de 1995, de la Fiscalía Tercera de la Unidad Previa y Permanente, mediante la cual se ordenó "el registro y allanamiento al inmueble situado en calle 3N No. 7E-12 B. LOS PINOS", con el objetivo de CAPTURAR A LA PERSONA (sic) sindicada en la muerte del Dr. BARRIGA" (fl.2 c2 pt).

4.8) Acta de la diligencia de registro y allanamiento efectuada sobre el inmueble situado en la calle 3N No. 7E-12 Los Pinos de Cúcuta (Norte de 4.9) Santander), el 16 de junio de 1995, cuyos resultados fueron negativos (fl.3 c2 pt).

4.9) Informe del levantamiento del cadáver de Javier Alberto Barriga Vergel, de 16 de junio de 1995, acta 332, elaborado por el agente Euclicer Herrera Ramirez, en el que se consignó,

"(...)

Presenta cinco heridas en diferentes partes del cuerpo ocasionadas con arma de fuego, se halló vainilla cal. 380 en el lugar de los hechos.

Los Hechos (sic) se registraron aproximadamente a las 08:30 horas, en la calle 6 con Avenida (sic) Guaimaral diagonal a los seguros sociales, cuando el hoy occiso conducía el vehículo caribe 442 de color marrón metalizado, placas XBT.445 Venezolana y al hacer el pare en mencionada dirección fué (sic) atacado con armas de fuego por dos sujetos que se movilizaban en una moto DT- color Blanco, mencionados sujetos momentos después fueron interceptados por una patrulla de la SIJIN con la cual intercambiaron disparos hiriendo a uno de estos sujetos lográndose dar a la fuga.

La víctima fué (sic) conducido con vida a las Urgencias de los Seguros Sociales donde falleció posteriormente, en los mismo (sic) hechos resultó levemente lesionada la particular LUZ ESTELLA ROBLES CERMEÑO... persona que viajaba con el hoy occiso.

Se entrevistó a la señora ROSALBA DAZA SUAREZ... quien con relación a los hechos manifestó que su esposo había salido de su residencia a las 07:50 horas aproximadamente acompañado de la sra (sic) ESTELLA ROBLES, y que

posteriormente ella había regresado con el vestido sangrado manifestándole que había (sic) herido al señor BARRIGA, que inmediatamente fué (sic) hasta el sitio y lo ayudó a llevar hasta el Seguro Social. Que no le conoció enemistades personales, que al parecer su muerte tiene que ver relacionado a su trabajo ya que peligraba su vida por atender (sic) casos la mayoría de orden Público (sic) y Político (sic) ya que el año pasado había sacado libres a más de 60 personas, entre estas personas figuró (sic) el Hermano (sic) de LUZ ESTELLA ROBLES, quien (enmendado) está sindicado de ser subversivo y su esposo lo había sacado libre.

Igualmente se localizó y se entrevistó a la señora LUZ ESTELLA ROBLES CERMEÑO, persona que acompañaba al hoy occiso en el vehículo y que resultara levemente herida en el seno derecho, quien manifestó el con el finado habían concertado en día anterior una cita para que en el día de hoy le hiciera un préstamo (enmendado) de doscientos mil pesos, que en el día de hoy fué (sic) hasta la residencia de él y salieron en la caribe con el fin de sacar dinero que le iba a prestar, que al hacer el pare en la Avenida (sic) Gran Colombia sintió los tiros por el lado de él, que ella se escurrió en la silla y escuchó que el señor HAVIER (sic) le decía que estaba muriendo, que el vidrio de la ventana donde estaba ella se quebró y sintió un impacto en su cuerpo, que no vio los tipos que le dispararon, que después de los hechos pidió auxilio y fué (sic) a pie hasta la residencia de la esposa del señor JAVIER BARRIGA, le avisó de los hechos.

En el lugar de los hechos se entrevistó a la señora ANA VICTORIA DIAZ... quien tiene una venta de frutas frente al lugar donde quedó el vehículo... quien manifestó que cuando llegó ya había pasado el caso.

ANA VEGA BOHORQUEZ... tiene venta de avena y pasteles, manifestó que estaba de espaldas a la vía escuchó varias detonaciones cuando volteó a mirar no vio si no la camioneta ahí parada.

GRACIELA GONZALEZ ANTELIZ... atiende la panadería BOGOUT diagonal a los hechos, quien manifestó haber escuchado dos disparos y que la gente corría para todos lados y vio que desde la otra esquina opuesta también disparaban.

CLAUDIA ARBOLEDA... atiende en Drogas la rebaja... quien manifestó que como a las 08:30 escuchó varias (sic) detonaciones y que inmediatamente fué (sic) a protegerse, que los tiros los escuchó donde quedó la camioneta y para el lado de la esquina cruzando la vía.

Con relación a los agresores se tiene conocimiento que uno de estos sujetos se encuentra herido se (sic) ordenó por parte de la central de radio la búsqueda en todas (sic) Unidades de centros asistenciales y urgencias del perímetro Urbano (sic) con el fin de localizar algún particular con heridas de arma de fuego con resultados negativos, igualmente por parte de las Unidades de la SIJIN se hizo un rastreo de la zona donde se tenía información que había encaletado la Moto y sujeto que se encontraba herido, se procedió (sic) a realizar allanamientos en el sector del Barrio los pinos en coordinación del señor Fiscal 263403.

Calle 3N.Nro 7E-12 Barrio Los Pinos, residencia de FRANKIN ROJAS ALVARES (sic), particular antes mencionado junto con el particular CARLOS ANGULO MOJICA (sic), fueron capturados por personal que se encontraba ejerciendo vigilancia y rastreo con el caso del asesinato del Dr. JAVIER BARRIGA, en ese sector (enmendado) y en forma sospechosa transitaban en el vehículo (sic) taxi ya estando frente a la residencia en mención arrancaron al percatarse de la presencia del personal de la SIJIN, persiguiéndose el vehículo al cual se le halló droga alucinógena, según informe rendido el sr. SI. VALBUENA, en la residencia no se halló evidencias con relación al caso de los sicarios del DR. Barriga.

Igualmente se allano (sic) residencia de la Av. 1E nro. 3N-08 los pinos donde se tenía (sic) información que se encontraba encaletada la moto donde se movilizaban los sicarios, no se encontró evidencias del caso.

Personal de la SIJIN, con el cual los sicarios tuvieron intercambio de disparos esta (sic) compuesto por los AGENTES CASTELLANOS SUAREZ RODRIGO Y (sic) REY DURAN SADY, quienes se desplazan a pie en sector de guaimaral... Patrulla uniformada que apoyo (sic) la persecución compuesta por los Agentes (sic) CONDUCTOR ESPINOSA CABALLERO PEDRO y Tripulante (sic) RANGEL JAIMES EDGAR adscritos al CAI-6..." (fls.14 a 16 c2 pt).

4.10) Informe de novedad, de 16 de junio de 1995, del agente Sady Rey Durán, integrante de la patrulla S-8-2, del Departamento de Policía de Norte de Santander, en el que se consignó,

"En el día de hoy, siendo las 08:30 horas cuando patrullábamos por el sector de la avenida Guaymaral, cerca a los (sic) Seguros Sociales escuchamos cinco detonaciones, al parecer de arma de fuego, fue cuando vimos que una motocicleta de color blanco la parecer marca yamaha, en la cual se movilizaban dos sujetos en actitud sospechosa, por lo que decidimos identificarlos; en el momento en que pretendíamos (sic) hacer parar la moto, los sujetos reaccionaron y desenfundando armas de fuego disparándolas (sic) contra nuestra humanidad (sic) fue cuando nosotros de igual manera sacamos nuestras armas de dotación y abrimos fuego contra estos sujetos, logrando herir al parecer a uno de estos sujetos, pero sin poder lograr su aprehensión (sic) ya que nosotros nos encontrábamos (sic) patrullando a pie.

Pero (sic) al hacer las averiguaciones correspondientes estos sujetos acababan de darle muerte a un señor de nombre JESUS ALBERTO BARRIGA VERGEL... quien se movilizaba en una camioneta caribe color marron (sic) cuatro puertas, placa XBJ-445 de Venezuela; es de anotar que no suministramos mas (sic) datos al respecto (sic) ya que nosotros decidimos seguir a los sujetos en una camioneta o micro que un ciudadano nos presta (sic) colaboración" (fls.17 y 104 c2 pt).

4.11) Oficio 1157/ XSIJIN-UISPJ, de 16 de junio de 1995, del Jefe de la Unidad Investigativa Sijin Denor, del Departamento de Policía de Norte de Santander, con el que se remitió el informe suscrito por el patrullero Humberto Torres Jaimes "por medio del cual (sic) deja a disposición una billetera con dinero y documentos relacionados, los cuales fueron hallados por este en momentos en que efectuaba la persecución a una pareja de jóvenes (sic) que había causado la Muerte (sic) al señor JAVIER ANTONIO (sic) BARRIGA VERGEL frente a la Clínica (sic) de los Seguros Sociales y emprendieron la huida (sic) en una motocicleta con rumbo al centro de la Ciudad por la Avenida (sic) de Los Pinos" (fls.20 y 24 c2 pt).

4.12) Oficio 0806/SIJIN UNAUT, de 30 de junio de 1995, del Jefe de la Unidad de Automotores del Departamento de Policía de Norte de Santander, en el que se manifestó que con "relación a la investigación del homicidio en (sic) JAVIER ALBERTO BARRIGA VERGEL, que por comisión se investiga en esta Unidad, no habido (sic) ninguna prueba o indicio que nos permita esclarecer el hecho e identificar a los responsables, debido a la negativa de las personas a declarar lo observado" (fl.75 c2 pt).

4.13) Oficio 0805/SIJIN UNAUT, de 5 de julio de 1995, del Jefe de la Unidad de Automotores del Departamento de Policía de Norte de Santander, en el que se consignó,

"(...)

Ese mismo (sic) día en horas de la tarde, el señor Mayor LUCAS, tuvo una información que en el Grupo Maza, se encontraba una persona lesionada, ordenándome (sic) que verificara la información, puesto que podía tratarse de uno

de los homicidas del Dr. BARRIGA VERGEL, pero allí luego de indagar en la Guardia, B-2 Comunicaciones, dispensario o enfermería y SM. Valbuena, se desvirtuó (sic) la existencia de lesionado alguno ya que todos manifestaron que no sabían nada al respecto” (fls.90 y 190 c2 pt⁸⁶).

4.14) Informe, de 7 de julio de 1995, del Sargento Primero Luis Eduardo Orjuela Trujillo, en el que se consignó,

“(…)

3º.- Declaración del señor CAMPO ELIAS CARRILLO JAIMES... quien manifiesta que el día de los hechos siendo como a las ocho y media de la mañana (sic) cuando transitaba por la avenida Guaimaral conduciendo un vehículo camión Chevrolet 300 tipo Forgón (sic), perteneciente a gaseosas la Frontera, que cuando hizo el cruce por una boca-calle que comunica al frente de Urgencias de los Seguros Sociales, que escuchó varios disparos y vió a dos personas que estaban sobre el andén (sic) y que estas personas desenfundaron las armas al ver dos tipos que se movilizaban en una motocicleta de color blanco a toda velocidad, y que la persona que viajaba como parrillera apuntaba un arma de fuego a los dos hombres que estaban sobre el andén (sic)...

4º.- Declaración del señor JOSE ISAAC RIOS CASTELLANOS manifiesta que a esa hora llegaba al negocio fuente de soda YIMI que en ese momento escuchó unos disparos y se protegió al lado de un árbol y que en ese momento salieron dos Agentes (sic) de la Policía que estaban en la esquina de la fuente de soda Yimi cuando vió (sic) que en una moto blanca se movilizaban dos tipos los cuales les disparaban a los Agentes, que en ese momento pasaba un carro de Postobón y que eso fué (sic) lo que salvó a los Agentes (sic) de que los lesionaran.

5º.- Declaración de JAIME ALBERTO ECHAVARRIA, dice que el día de los hechos se encontraba atendiendo el negocio fuente de Soda Yimis, y que en el momento que se encontraba tanqueando gaseosa escuchó unos disparos y que cuando se levantó a mirar vió (sic) que venían (sic) dos tipos en una moto DT-color blanco, que eran bastante (sic) gordos, que también (sic) se dio cuenta cuando dos Agentes (sic) al parecer de la Sijin, salieron a retenerlos y éstos les dieron plomo que cuando se formó (sic) el tiroteo él se tiró al piso y no supo más.

(…)

Informo a mi Teniente, que de acuerdo a las diligencias adelantadas hasta el momento no ha sido posible la identificación e individualización de los autores o partícipes del homicidio que fué (sic) víctima el señor JAVIER ALBERTO BARRIGA VERGEL, el día 16-06-95, en el sector de los seguros Sociales, así (sic) como tampoco ha sido posible la ubicación de la motocicleta DT. blanco en la cual se movilizaban los posibles autores del hecho” (fls.79 y 0 c2 pt).

iii) De los anteriores medios probatorios cabe extraer: i) que uno de los teléfonos que tenía registrado el abogado Barriga Vergel fue interceptado por Resolución de un Fiscal Regional Delegado, al presumirse que el abogado sostenía diálogos relacionados con actividades subversivas de miembros de las FARC. Después de la interceptación se arrojó como resultado que se trataba de una oficina de abogados en la que no se sostenían o realizaban tratos ilícitos, por lo que se procedió en julio de 1994 a desinterceptar (sic) la línea telefónica; ii) de acuerdo con las anotaciones de la inteligencia militar, se señaló que el abogado Javier Alberto Barriga Vergel era miembro de la red de apoyo de un grupo armado insurgente [ELN], y que gestionó la defensa de algunos miembros de dicho grupo capturados en febrero de 1991 en Saravena (Arauca); iii) se certificó que el abogado Barriga Vergel actuó en procesos por delitos como homicidio y rebelión;

⁸⁶ Lo que se corrobora con el informe rendido por el Jefe de la Unidad de Automotores a folio 103 c2 pt).

iv) el mencionado abogado no registraba antecedentes penales, judiciales, ni de policía; v) según lo manifestado por el Vice-Fiscal General, de la época, las organizaciones no gubernamentales plantearon que las presuntas informaciones de las actividades delictivas de ciertas organizaciones del crimen debían ponerse en conocimiento de las autoridades competentes; vi) el Comandante del Departamento de Policía de Norte de Santander informó que en los archivos de la institución no se encontraba radicada ninguna solicitud expresa de protección especial para el abogado Javier Alberto Barriga Vergel; vii) se allegó un “panfleto” presuntamente elaborado por una organización al margen de la ley denominada “COLSINGUE”, en la que se vertió amenaza genérica contra los abogados que defendían los intereses de los grupos armados insurgentes, lo que fue ratificado en la denuncia presentada por el Presidente de la Asociación Colombiana de Juristas Demócratas, Seccional Norte de Santander y, en la comunicación que la Asociación Nacional de Abogados Litigantes, Seccional Cúcuta [de 2 de septiembre de 1994], dirigida a la Comisión Andina de Juristas en la que se indicó que el 31 de agosto de 1994 se hizo público que el grupo al margen de la ley COLSINGUE amenazó a todo abogado, a partir del 1 de septiembre de 1994, dedicado a la defensa de casos de rebelión, extorsión, chantaje, narcotráfico o delitos contra la seguridad política del Estado. Se dijo, por la mencionada Asociación que el documento del denominado grupo “COLSINGUE” hizo circular reposaba en manos del Procurador Delegado para los Derechos Humanos; viii) el 16 de junio de 1995, aproximadamente a las 8:30 de la mañana, el abogado Javier Alberto Barriga Vergel fue objeto de un atentado, frente al edificio del Seguro Social, por dos sujetos que se movilizaban en motocicleta. En ese momento se encontraba acompañado por Luz Stella Robles Cermeño, quien resultó herida. En el momento del atentado, dos agentes de la SIJIN que se encontraban por la zona intentaron responder y perseguir a los presuntos autores del homicidio; ix) la Corporación Colectivo de Abogados cursó derecho de petición a la Presidencia de la República con ocasión del homicidio del abogado Javier Alberto Barriga Vergel; x) la Procuraduría General de la Nación, Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, el 29 de junio de 1995 ordenó abrir una investigación preliminar para determinar si en el homicidio del abogado Barriga Vergel hubo participación de servidores del Estado; xi) la investigación por el homicidio del abogado Barriga Vergel se inició de oficio con el acta de levantamiento por la Fiscalía Tercera de la Unidad de Reacción Inmediata. Se practicaron diversas diligencias y pruebas. Dentro de la información allegada se dijo que el presunto autor del homicidio era un ex - oficial de apellido Vargas que estuvo preso en la cárcel modelo de Cúcuta. Con el acervo probatorio del que tiene constancia la Sala se tuvo como presunto sindicado del crimen al ex - Teniente Carlos Antonio Vargas Aldana. Con relación a dicha investigación, la Consejería para los Derechos Humanos de la Presidencia solicitó, el 30 de junio de 1995, información acerca de las investigaciones que se adelantaron por el homicidio del abogado Barriga Vergel; xii) el Fiscal Octavo de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá, en providencia del 5 de diciembre de 1995, sostuvo que el atentado contra el abogado Barriga Vergel radicaba en las actividades que desarrollaba como apoderado de personas privadas de la libertad por delitos políticos. Así mismo, que no fue el primer caso, ya que compañeros del mencionado abogado señalaron que hubo otros casos de miembros de su organización política amenazados y que sufrieron atentados. Se destacó la circunstancia de que numerosos abogados litigantes fueron objeto de amenazas, lo que creó un clima de zozobra. A lo anterior, el Fiscal Octavo de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá, por comunicación de 27 de febrero de 1996, agregó que el homicidio del abogado Barriga Vergel se cometió como una serie más de los delitos destinados a coartar la libertad de opinión política, y por su ejercicio de defensa de presos políticos

32 La Sala, sin duda, del examen conjunto, armónico y coherente, y en aplicación del principio de la sana crítica, de los medios probatorios allegados al proceso logra establecer que el daño antijurídico causado al abogado Javier Alberto Barriga Vergel es atribuible [fáctica y jurídicamente] a las entidades demandadas, al concretarse indiciariamente los elementos necesarios para establecer la omisión en la protección de la seguridad personal debida, adecuada y necesaria del abogado Javier Alberto Barriga Vergel, teniendo en cuenta las circunstancias excepcionales en las que se encontraba su vida y el ejercicio de su actividad profesional en la ciudad de Cúcuta.

33 De acuerdo con todo lo anterior, cabe afirmar que el atentado del que fue objeto el abogado Javier Alberto Barriga Vergel y las circunstancias que rodearon el caso no precisaban de un requerimiento previo, ya que se infiere con un raciocinio lógico y ponderado, derivado de todos los hechos indicadores anteriores, que la amenaza, que el riesgo que afrontaba constantemente el mencionado abogado debía ser aprehensible en su conocimiento por las autoridades, especialmente con la información que se tenía por la inteligencia acerca de las actividades que el autodenominado grupo "COLSINGUE" y otras organizaciones al margen de la ley estaban desplegando de manera sistemática contra personas que desarrollaban actividades relacionadas con la defensa de los derechos humanos, o de presos políticos.

34 Y no debe perderse de vista, cómo las diversas organizaciones de abogados con anterioridad al atentado y, con posterioridad al mismo advirtieron de las graves, reiteradas y sistemáticas amenazas que se cernían sobre los miembros de las mismas, y acerca de compleja y difícil situación que estaban padeciendo todos aquellos que desarrollaban una actividad profesional, o sindical.

35 Todo lo anterior lleva a inferir lógicamente, que en cabeza del abogado Javier Alberto Barriga Vergel cabía la probabilidad de concretarse o materializarse de manera irreversible e irremediable la amenaza y el riesgo como consecuencia de su actividad profesional de defensa de presos políticos, y de su activismo por la defensa de los derechos humanos de individuos presuntamente señalados como integrantes de grupos armados insurgente, lo que lleva a plantear que el Estado debía cumplir con su deber positivo, derivado de su posición de garante, de proteger, o por lo menos de ejercer alguna medida de protección encaminada a desarticular, o por lo menos a advertir al abogado Barriga Vergel de la amenaza y riesgo constante que existía para su vida, por la existencia de organizaciones y actividades por fuera de la ley que se orquestaban para cercenar el libre ejercicio de la actividad profesional, independientemente de la posición ideológica, o del destinatario de la prestación de los servicios profesionales. No debe olvidarse que, en este tipo eventos, se resalta como sustento del deber positivo de protección el respeto del Estado de Derecho como garantía, y de la vida, honra y bienes de los ciudadanos, como se desprende de lo consagrado en los artículos 1 y 2 de la Carta Política.

36 No se trata, pues, de entender una responsabilidad ilimitada en cabeza del Estado, por el contrario, se atiende por vía indiciaria a las circunstancias especiales que indicaban que la víctima corría riesgo, que se enfrentaba ante un ámbito de una amenaza irreversible e irremediable, ante la que las entidades demandadas debía desplegar, en el marco de la obligación de seguridad, una mínima actividad de protección, que no se agotaba en la designación material de un agente o de un escolta, sino que habría podido precaverse la ocurrencia del daño advirtiendo de la información con la que se contaba de las organizaciones al margen de la ley (lo que implicaba, para la época de los hechos, el conocimiento

de los factores de riesgo que rodeaban a la persona), de estudio del riesgo que se debía ofrecer al abogado Barriga Vergel, o siquiera de por lo menos haber enfrentado con mayor eficacia ese tipo de organizaciones.

Con relación a lo anterior, la Sala de Sub-sección C debe reiterar que el alcance de la obligación de seguridad y su relación con la posición de garante en el precedente de la Sala lleva a plantear que la omisión del Estado como fundamento de la responsabilidad puede fundarse en la tesis de la posición de garante, con lo que se intenta superar la tesis de la falla del servicio, en la medida en “que cuando a la Administración Pública se le ha impuesto el deber jurídico de evitar un resultado dañoso, aquella asume la **posición de garante** en relación con la víctima, razón por la cual de llegarse a concretar el daño, éste resultará imputable a la Administración por el incumplimiento de dicho deber”⁸⁷. En el mismo precedente se señaló que la posición de garante ya ha sido acogida en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos, afirmándose,

“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 (sic) 1.1 y 2 de la Convención.

“La responsabilidad internacional de los Estados Partes es, en este sentido, *objetiva* o ‘absoluta’, teniendo presentes *conjuntamente* los dos deberes generales, estipulados en los artículos 1(1) y 2 de la Convención Americana.”⁸⁸

Se trata de afirmar la responsabilidad del Estado pese a que los hechos son causados por terceros, en la medida en que a la administración pública le es imputable al tener una “posición de garante institucional”, del que derivan los deberes jurídicos de protección consistentes en la precaución y prevención de los riesgos en los que se vean comprometidos los derechos humanos de los ciudadanos que se encuentran bajo su cuidado, tal como se consagra en el artículo 2 de la Carta Política. Luego, sustancial para endilgar la responsabilidad es que se deduzca a quién competía el deber de evitar las amenazas y riesgos para los derechos humanos de las personas afectadas. De acuerdo con la doctrina,

“La otra fuente de la posición de garantía tiene lugar cuando el sujeto pertenece a una institución que lo obliga a prestar ciertos deberes de protección a personas que se encuentran dentro de su ámbito de responsabilidad. La característica de esta fuente, es que la posición de garante surge aunque el sujeto no haya creado los riesgos para los bienes jurídicos. Por ejemplo: la fuerza pública tiene dentro de su ámbito de responsabilidad la protección de la vida de los ciudadanos, y, si un miembro de ella que tiene dentro de su ámbito específico la salvaguarda de la población civil no evita la producción de hechos lesivos por parte de terceros, la vulneración de los derechos humanos realizados por un grupo al margen de la ley le son imputables. Al serles atribuidos al servidor público por omisión de sus

⁸⁷ Sentencia de de 18 de febrero de 2010, Exp.18436.

⁸⁸ “(...) Es irrelevante la intención o motivación del agente que materialmente haya violado los derechos reconocidos por la Convención, hasta el punto que la infracción a la misma puede establecerse incluso si dicho agente no está individualmente identificado. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención. (...) En conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Mapiripan, párr 110, Caso de los 19 comerciantes párr 141.

deberes de garante, surge inmediatamente la responsabilidad internacional del Estado. Debemos anotar, que la posición de garante institucional no sólo genera deberes de protección frente a peligros originados en terceros (seres humanos), sino también con respecto a fuerzas de la naturaleza”⁸⁹.

De acuerdo con la doctrina y el precedente jurisprudencial interamericano de Derechos Humanos, no puede construirse una cláusula general de responsabilidad en cabeza del Estado cuando se produce todo tipo de violaciones a los derechos humanos en su territorio, por lo tanto,

“... tratándose de hechos de terceros que no han actuado en connivencia con la fuerza pública, y, en los cuáles no hay un hecho imputable a un agente estatal, la jurisprudencia internacional estructura la responsabilidad sobre la base de que se reúnan dos elementos: i) que el Estado incumpla con los deberes de diligencia que le son exigibles en la evitación de graves violaciones a los derechos humanos, y ii) que se trate de riesgos inminentes y cognoscibles. Es decir, que en esta estructura el fundamento de la responsabilidad no es objetivo y está basado en la ausencia de una prevención razonable a las graves violaciones a los derechos humanos. Por ende, si se presenta la violación a pesar de que el Estado ha adoptado medidas adecuadas, orientadas a impedir la vulneración, el hecho no le es imputable al Estado”⁹⁰.

En su momento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Velásquez Rodríguez”, estableció que la aplicación del estándar de diligencia llevó a constatar que el “Estado permitió que el acto se realizara sin tomar las medidas para prevenirlo”. Esto permite reconducir el régimen de responsabilidad del Estado hacia la inactividad como presupuesto sustancial, sustentado en la existencia de obligaciones positivas de prevención y protección, con las que se busca afirmar el concepto de “capacidad de actuar” del Estado ante la violación, amenaza o lesión de los derechos humanos, incumpléndose de modo “omisivo puro” el deber de poner fin o impedir hechos o actos ajenos a su actuación que pueden provocar situaciones que como el desplazamiento forzado afecta los derechos de las personas.

Luego, no puede ofrecerse como única vía la aplicación de la posición de garante ya que cuando dicha violación se produce como consecuencia de la acción de “actores-no estatales”, se exige determinar que la situación fáctica existió y que respecto a ella se concretaron tres elementos: “i) los instrumentos de prevención utilizados; ii) la calidad de la respuesta y iii) la reacción del Estado ante tal conducta”⁹¹, que en términos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se entiende como el estándar de diligencia exigible al Estado⁹².

⁸⁹ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. “La responsabilidad del Estado por el hecho de terceros”, trabajo de investigación suministrado por el autor.

⁹⁰ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. “La responsabilidad del Estado por el hecho de terceros”, trabajo de investigación suministrado por el autor.

⁹¹ *Ibíd.*

⁹² Comité de Derechos Humanos, Comentario General 31: Nature of the General Legal Obligations Imposed on States Parties to the Covenant, P 11, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/ Add.13 (May 26, 2004). Precisamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado: “Que el artículo 1.1 de la Convención establece las obligaciones generales que tienen los Estados Parte de respetar los derechos y libertades en ella consagrados y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. En consecuencia, independientemente de la existencia de medidas provisionales específicas, el Estado se encuentra especialmente obligado a garantizar los derechos de las personas en situación de riesgo y debe impulsar las investigaciones necesarias para esclarecer los hechos, seguidas de las consecuencias que la legislación pertinente establezca. Para tal investigación el Estado en cuestión debe realizar sus mejores esfuerzos para determinar todos los hechos que rodearon la amenaza y la forma o formas de expresión que tuvo; determinar si existe un patrón de amenazas en contra del beneficiario o del grupo o entidad a la que

El Estado debe propiciar que el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, genéricamente, o en sus especiales condiciones, no se considere riesgoso, de manera que tanto su actividad, su desplazamiento, como la defensa de los derechos de los grupos vulnerables se desarrollen en un estado de riesgo permanente

Deber que tiene que interpretarse en aplicación del principio de proporcionalidad, de lo contrario podría suponer la exigencia ilimitada al Estado de salvaguardar la seguridad a toda costa, a cualquier coste y en todo momento, lo que excede la realidad material y la capacidad de los aparatos estatales.

Finalmente, cabe señalar que en este tipo de eventos puede invocarse y operar como causal eximente de responsabilidad el hecho de un tercero, frente al cual era la demandada la que tenía la carga de probar que dicha causa fue exclusiva o única, y determinante, de tal forma que lleve a enervar la responsabilidad del Estado. Así mismo, se puede llegar a examinar el caso desde la perspectiva de la concurrencia causal entre el hecho de un tercero, el daño sufrido por el abogado Barriga Vergel y, el deber positivo de protección de la seguridad personal de la entidad demandada, sin embargo, el precedente de la Sala ha superado este fundamento atendiendo a la existencia de una obligación de seguridad, inherente al deber positivo de protección de la seguridad personal y asociada a la posición de garante que ostentaba el Estado, desde el conocimiento del peligro al que estaba sometida la víctima debido a la actividad profesional que ejercía⁹³.

37 Con base en los anteriores argumentos, la Sala revocará la sentencia del *a quo* que denegó todas las pretensiones y declarará administrativamente responsables a las entidades demandadas y procederá a examinar qué perjuicios resultan acreditados y su liquidación correspondiente.

9. Perjuicios.

9.1. Perjuicios Morales

38 La parte actora solicitó el reconocimiento de perjuicios morales a favor de todos los actores. En el acervo probatorio se aportó, como prueba para su reconocimiento, copia auténtica del registro civil de nacimiento de Manuel Vicente Daza, quien aparece como hijo de Rosalba Daza (fl.29 c1); copia auténtica del registro civil de nacimiento de Tania Patricia Barriga Daza, quien aparece como hija de Javier Alberto Barriga y Rosalba Daza (fl.30 c1); certificación del Notario Segundo del Círculo de Cúcuta según la cual en el Libro de Registro Civil de Nacimientos 10825444 de 1986 aparece inscrito Mauricio Javier Barriga Daza (fl.32 c1); certificación del Notario Segundo del Círculo de Cúcuta según la cual en el Libro de Registro Civil de Nacimientos 13029104 de 1988 aparece inscrito Luis Alberto Barriga Daza (fl.33 c1); certificación del Notario Primero del Círculo de Ocaña según la cual a folio 7856595 del libro No. 1983 del registro civil de nacimientos aparece registrado Luis Antonio Barriga Vergel, hijo de Alberto Barriga y de Oliva Fanny Vergel (fl.34 c1); certificación del Notario Primero del Círculo de Ocaña según la cual a folio 12 del libro No. 1970 del registro civil de nacimientos aparece registrada Martha Torcoroma Barriga Verjel, hija de Alberto Barriga y de Oliva Fanny Vergel (sic) (fl.35 c1); certificación del Notario Primero

pertenece; determinar el objetivo o fin de la amenaza; determinar quién o quiénes están detrás de la amenaza, y de ser el caso sancionarlos". Res CIDH 8 julio 2009. Medidas provisionales respecto de Guatemala, Caso Masacre Plan de Sánchez.

⁹³ Sentencia de 31 de enero de 2011, Exp.17842.

del Círculo de Ocaña según la cual a folio 13 del libro No. 1970 del registro civil de nacimientos aparece registrada Mary Yolanda Barriga Verjel, hija de Alberto Barriga y de Oliva Fanny Vergel (sic) (fl. 36 c1); certificación del Notario Primero del Círculo de Ocaña según la cual a folio 14 del libro No. 1970 del registro civil de nacimientos aparece registrada Luz Enith Barriga Vergel, hija de Alberto Barriga y de Oliva Fanny Vergel (fl.37 c1); certificación del Notario Primero del Círculo de Ocaña según la cual a folio 578 del libro No. 1968 del registro civil de nacimientos aparece registrado Javier Alberto Barriga Verjel (sic), hijo de Alberto Barriga y de Oliva Fanny Vergel (sic) (fl.31 c1), y; certificación del Notario Primero del Círculo de Ocaña según la cual a folio 244 del libro No. 1960 del registro civil de nacimientos aparece registrada Oliva Fanny Barbosa Verjel.

39 Revisadas las pretensiones de la demanda, y tratándose de la muerte de del abogado Javier Alberto Barriga Vergel, 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 padre, hijo y hermano, lo que aplicando las reglas de la experiencia hace presumir que la muerte en las circunstancias violentas en las que ocurrieron, hacen presumir que los parientes cercanos (que conforman su núcleo familiar) debieron afrontar un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad.

En este sentido, el precedente de la Sala indica,

“Las reglas de la experiencia, y la práctica científica⁹⁴ han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo. Razón por la cual la Sala reitera la posición asumida por la Corporación en la sentencia de 17 de julio de 1992⁹⁵ 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

⁹⁴ Fernández Liria, B. Rodríguez Vega. Intervenciones sobre problemas relacionados con el duelo para profesionales de Atención Primaria: El proceso del duelo. Universidad Autónoma de Madrid. [Http://www.medicinadefamiliares.cl/Protocolos/DUELO%201.pdf](http://www.medicinadefamiliares.cl/Protocolos/DUELO%201.pdf) “Aunque es difícil establecer inequívocamente relaciones causa-efecto, numerosos estudios han relacionado las pérdidas de diverso tipo con alteraciones de la salud¹. Hoy se acepta generalmente que en torno a un tercio de los pacientes que acuden a las consultas de Atención Primaria presentan problemas de salud mental que requerirían algún tipo de tratamiento y, aproximadamente una cuarta parte del total presenta problemas que podrían considerarse relacionados con algún tipo de pérdida¹.“

⁹⁵ Radicado 6750, actor: Luis María Calderón Sánchez y otros. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.” Y agrega que “Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes”. (Subrayas fuera de texto).

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

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

“1º. Los descendientes legítimos;

“2º. Los ascendientes legítimos;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales.

“Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se ha tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente. En síntesis, la Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido lo normal y de requerir la prueba de lo anormal. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien.”⁹⁶ (Negrillas de la Sala)⁹⁷.

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

40 Sin embargo, cabe considerar la situación probatoria de Manuel Vicente Daza (hijo natural) y de Rosalba Daza Suárez (compañera permanente). En cuanto al primero, sólo obra en el expediente el copia auténtica de su registro civil de nacimiento, en el que aparece solamente reconocido por Rosalba Daza, pero se desconoce si obtuvo el reconocimiento y cuándo por parte del abogado Javier Alberto Barriga Vergel. En ese sentido, la Sala de Sub-sección dará continuidad al precedente de la Sala de Sección según el cual,

“De la misma manera que no basta que en los certificados se afirme que Juan es hijo legítimo de María, pues ello demanda la prueba del correspondiente matrimonio, tampoco es de recibo, que se omita en el certificado la precisión y conocimiento del medio probatorio que le permitió al Notario hacer el registro. Por ello la Ley 45 de 1936, en su artículo 2º, vigente on (sic) el momento del nacimiento de las personas en antes enlistadas, preceptuaba:

"Artículo 2v El reconocimiento de hijos naturales es irrevocable y puede hacerse, en el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce; por escritura pública, por testamento..." A su turno, la Ley 75 de 1968, en su artículo primero manda:

"Artículo 1º El artículo 2º de la Ley 45 de 1936, quedará así:

"El reconocimiento de hijos naturales es irrevocable y puede hacerse:

"1º En el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce.

Segunda. Tampoco puede olvidarse que el reconocimiento de los hijos naturales es solemne, y, por lo mismo, demanda el lleno de ciertos requisitos. Así, el artículo 57 de la Ley 153 de 1887 manda: "El reconocimiento del hijo natural debe ser

⁹⁶ 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.

⁹⁷ Sentencia de 15 de octubre de 2008. Exp.18586.

notificado y aceptado o repudiado de la misma manera que lo sería la legitimación según el Título II del Código Civil".

La anterior filosofía jurídica ha llevado a la Corte Suprema de Justicia a fijar pautas jurisprudenciales con el siguiente alcance:

"El simple hecho del reconocimiento no es suficiente para que un individuo se tenga como hijo natural de quien lo reconoce; se requiere, si vive, la notificación para que exprese si acepta o no. . . El artículo 57 de la Ley 153 de 1887 no está derogado. El reconocimiento del hijo natural en el acta de nacimiento requiere para su validez la firma del padre, siendo, por lo tanto, acto solemne. Si falta el requisito de la firma, el acto no se ha producido y carece, por consiguiente, de efecto legal. Y no puede tener tal efecto la sola referencia hecha en el acta de origen eclesiástico por quien lo inscribió en el registro, en relación con la indicación del padre natural del bautizado" (Subrayas de la Sala) (Sentencia de 11 de diciembre de 1946. LXI, 703).

La perspectiva jurídica anterior se mantiene en el artículo 4º de la Ley 75 de 1968 que sobre el particular reza:

"Artículo 4º El reconocimiento no crea derechos a favor de quien lo hace sino una vez que ha sido notificado y aceptado de la manera indicada en el Título II del Libro 1º del Código Civil, para la legitimación"⁹⁸.

En el sub lite se tiene, por lo tanto, que se ignora si Manuel Vicente Daza fue reconocido legalmente por el abogado Javier Alberto Barriga Vergel, ni el momento en el que ocurrió, o si se dio cumplimiento a lo establecido en los artículos 240 y siguientes del Código Civil. Por lo anterior, la Sala de Sub-sección encuentra que respecto de Manuel Vicente Daza no se acreditó debida y legalmente, la calidad en la que actuaban en el proceso, no es posible inferir el perjuicio moral con relación a él⁹⁹.

Por lo que respecta a Rosalba Daza Suárez, quien afirmó ser la compañera permanente, obra como pruebas su certificado de nacimiento, la copia auténtica de la cédula de ciudadanía, copia auténtica de la comunicación dirigida por Javier Alberto Barriga Vergel y Rosalba Daza Suárez al Instituto de los Seguros Sociales en el que indicaron: "(...) por medio del presente documento y bajo la gravedad del juramento declaramos que convivimos en unión libre desde hace 10 años, unión de la cual hemos procreado tres hijos llamados TANIA PATRICIA BARRIGA DAZA (ilegible), MAURICIO JAVIER BARRIGA DAZA Y (sic) LUIS ALBERTO BARRIGA DAZA, quienes viven bajo nuestro mismo techo y dependen única (ilegible) exclusivamente del padre JAVIER ALBERTO BARRIGA VERGEL, para cubrir sus gastos y demás de estado civil solteros" (fl.54 c1), y varias declaraciones extra - juicio (fls.49 a 53 c1). En cuanto a la prueba de la compañera permanente y/o damnificado, la Sala de Sub - sección da continuidad al precedente de la Sala según el cual,

"En relación con la prueba de la compañera permanente y/o damnificado, la Sala ha reiterado en varias ocasiones que ésta se logra por cualquiera de los medios judiciales previstos en el Código de Procedimiento Civil, a fin de acreditar la convivencia, unión permanente y lazos de afecto, siendo la más común la

⁹⁸ Sentencia de 21 de julio de 1988. Exp.3571.

⁹⁹ Puede verse sentencia de 19 de noviembre de 2008. Exp.28259.

testimonial”¹⁰⁰.

Y aunque se aportó una comunicación remitida y suscrita por Rosalba Daza Suárez y Javier Alberto Barriga Vergel, está no es suficiente para acreditar la calidad de compañera permanente que invoca la mencionada señora Daza Suárez, ni puede completarse la acreditación de la misma con las declaraciones extra - juicio, ya que como lo señala el precedente de la Sala de sección, al que se da continuidad en esta oportunidad, “no cumple con los requisitos de ley, porque esas declaraciones de terceros, extraproceso, no fueron ratificadas por los declarantes, previo juramento de ley, tal como lo exigen los artículos 229, 298, 299 del Código de Procedimiento Civil. Entonces, como esas declaraciones fueron tomadas extraproceso, sin la audiencia de la Nación y no fueron objeto de ratificación, es evidente que no puede valorarse por cuanto carecen de eficacia probatoria”¹⁰¹. De tal manera, que no cabe más que dar por no acreditada la calidad de la señora Rosalba Daza Suárez, tal como la invocó y pretendió probar en el proceso, lo que hace imposible inferir el perjuicio moral con relación a ella.

41 Ahora bien, la Sala tendrá en cuenta los criterios vertidos en la sentencia de 6 de septiembre de 2001 (Exps. 13.232 y 15.646) fijándose en salarios mínimos legales mensuales vigentes como medida de tasación, con lo que se responda a la reparación integral y equitativa del daño al estimarse en moneda legal colombiana. Si bien, a partir de 2001 la jurisprudencia viene aplicando como criterio de estimación de los perjuicios morales el salario mínimo mensual legal vigente, 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”.

42 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”¹⁰².

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

¹⁰⁰ Sentencia de 19 de noviembre de 2008. Exp.28259. Puede verse también las sentencias de 20 de octubre de 1995. Exp.10336; de 9 de marzo de 2000. Exp.12489; de 12 de octubre de 2000, Exp.1809-99; de 17 de junio de 2004. Exp.15183; de 11 de diciembre de 2002. Exp.13818.

¹⁰¹ Sentencia de 19 de noviembre de 2008. Exp.28259.

¹⁰² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 2009. Exp. 1995-10351.

las relaciones particulares regidas por el derecho privado. En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional – unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución–, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho (artículo 1 C.P.), fuerza normativa de la Constitución (artículo 4 C.P.) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5 C.P.).

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

De las funciones que cumple el principio de proporcionalidad en el control constitucional de la legislación y en la tutela de los derechos fundamentales depende en gran parte la efectividad del Estado Social de Derecho, el respeto de la dignidad humana y la inalienabilidad de los derechos de la persona. Es por ello que se hace necesario un manejo adecuado del principio de proporcionalidad, diferenciando su sentido general -como máxima de interpretación que evita el desequilibrio, la desmesura o el exceso en el ejercicio del poder público- de su sentido específico como parte constitutiva del juicio de igualdad¹⁰³. 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

¹⁰³ 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

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

No existe un solo método de ponderación. Se pueden aplicar diferentes formas de ponderar según la materia de que se trate. Por ejemplo, cuando se analiza si una medida policíva 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 desproporcionada¹⁰⁴ uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución¹⁰⁵ (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 pecuniariamente¹⁰⁶, con base en criterios como el dolor

¹⁰⁴ 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

¹⁰⁵ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

¹⁰⁶ 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

infligido a las víctimas¹⁰⁷, el perjuicio estético causado¹⁰⁸ o el daño a la reputación¹⁰⁹. 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 oro¹¹⁰¹¹¹.

43 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 estricto¹¹².

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.

Con relación 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

¹⁰⁷ 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.”

¹⁰⁸ 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

¹⁰⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 3510.

¹¹⁰ 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

¹¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

¹¹² 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.

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

44 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.

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

	Con convivencia y por muerte violenta	Sin convivencia pero con relación de cercanía y por muerte violenta	Sin convivencia y sin relación de cercanía (simple presunción de Registro Civil) y por muerte violenta
Familiares inmediatos y cónyuge	80 SMMLV	25 SMMLV	15 SMMLV
Familiares derivados	15 SMMLV	10 SMMLV	5 SMMLV

En cuanto a la muerte violenta del familiar de los demandantes, la tasación se hará conforme a la intensidad, necesidad y proporcionalidad que representa moralmente la angustia, la tristeza y la aflicción de verse con el fallecimiento del mismo. De acuerdo con lo anterior, los perjuicios morales quedarán tasados para los actores de la siguiente manera:

46 Con base en lo anterior, la Sala liquidará la indemnización por los perjuicios morales a favor de los demandantes, en las cantidades siguientes:

Tania Patricia Barriga Vergel (hija)	80 smlmv
Mauricio Javier Barriga Vergel (hijo)	80 smlmv
Luis Alberto Barriga Vergel (hijo)	80 smlmv
Luis Antonio Barriga Vergel (hermano)	25 smlmv

Martha Torcoroma Barriga Vergel (o de Landazábal) (hermana)	25 smlmv
Luz Enith Barriga Vergel (hermana)	25 smlmv
Mary Yolanda Barriga Vergel (hermana)	25 smlmv
Oliva Fanny Barbosa Vergel (madre)	25 smlmv

9.2. Perjuicios materiales

47 Ahora bien, respecto de los perjuicios materiales la parte actora solicitó en el escrito de demanda se condenara a las entidades demandadas por los perjuicios materiales, específicamente por concepto de lucro cesante, a favor de los demandantes Rosalba Daza Suárez e hijos, constituido por “el total de los honorarios y demás emolumentos dejados de percibir por el Abogado Javier Barriga desde la fecha de su muerte hasta la fecha de vida probable”.

En el acervo probatorio no obra prueba alguna que permita demostrar la cuantía de los honorarios que percibía como profesional independiente del derecho el abogado Javier Alberto Barriga Vergel. Pese a lo anterior, y dando continuidad al precedente reciente de la Sala de Sub - sección, “en aplicación del principio de reparación integral, establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, se reconocerá el lucro cesante solicitado pues la negación del reconocimiento del daño porque no se ha determinado el nivel de ingresos del afectado, resulta abiertamente contraria a la equidad, cuando está plenamente probado que el lesionado ejercía una actividad lucrativa lícita. En esa línea de pensamiento, la equidad constituye un instrumento útil para determinar la proporción o valoración de un daño cuando resultan insuficientes los datos que integran el proceso, sin que tenga la obligación el juez de arribar a conclusiones matemáticas específicas, ya que, son la sana crítica y el sentido común, articulados con la equidad como principio general del derecho, los instrumentos que permiten determinar o establecer resultados fundamentados en la experiencia, a efectos de, so pena de aplicar la ley, imponer conclusiones o decisiones injustas que no se acompañan con los principios y valores constitucionales^{113”114}.

Pese a lo anterior, la Sala de Sub - sección encuentra que en el proceso no obra prueba alguna que permita la cuantificación del perjuicio material, por concepto de lucro cesante pedido, razón por la que condenará en abstracto, y ordenará que el mismo sea liquidado por medio del incidente de liquidación de tales perjuicios, acorde con lo consagrado en el Código de Procedimiento Civil, por remisión expresa del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, y atendiendo a los honorarios que se acredite percibía la víctima para la fecha de los hechos, o al promedio que devengaba un profesional del derecho que se dedicaba a la actividad litigiosa de forma independiente y, a las fórmulas que en el precedente de la Sala se señalan en los términos siguientes,

“La indemnización se dividirá en dos períodos, uno consolidado, comprendido entre el 2 de febrero de 1994 y la fecha de la providencia que efectúe la liquidación, y otro futuro, comprendido entre el día siguiente a la fecha de dicha providencia y el último día de la vida probable del demandante. El primero se calculará con base en la fórmula que acaba de utilizarse para liquidar el lucro cesante durante los primeros 45 días; el segundo, teniendo en cuenta la siguiente

¹¹³“La equidad es justicia matizada; radica, pues, en una relación de justicia, cuyo deber atempera o cuyo derecho acomoda, en consideración a lo postulado por las circunstancias del caso, a causa del bien común o de las leyes generales que regulan las relaciones humanas. Lo equitativo es lo justo reforzado o atemperado. La equidad atempera el deber y acomoda el derecho.” Cf. HERVADA, Javier “Introducción crítica al Derecho Natural”, Bogotá, Ed. Temis, 2000.

¹¹⁴ Sentencia de 31 de enero de 2011. Exp.17842.

fórmula: $S = a Ra (1+i)^n - 1$ sobre $i(1+i)^n$. Donde Ra, o renta actualizada, es igual a la suma equivalente al tanto por ciento del salario mínimo que corresponda al porcentaje de incapacidad laboral declarada; i es igual a 0.004867, y n al número de meses que comprende el período futuro. La liquidación respectiva se hará por incidente, que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta días siguientes al de la fecha de notificación del auto de obediencia al superior, conforme a lo dispuesto en el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo. Vencido dicho término, caducará el derecho y el Tribunal rechazará de plano la liquidación extemporánea¹¹⁵.

9.3. De la reparación integral y las medidas no pecuniarias.

48 La Sala en aplicación del principio de reparación integral, y a lo consagrado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, ordenará medidas no pecuniarias, 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, como se desprende la muerte del abogado Javier Alberto Barriga Vergel. En el precedente de la Sala se sostiene,

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

¹¹⁵ Sentencia de 14 de junio de 2001. Exp.12696.

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 disposiciones¹¹⁶.

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 perjuicio¹¹⁷.”

Adicionalmente, y acogiendo el precedente de la Sala que incorpora a nuestro concepto de reparación integral las denominadas medidas de reparación no pecuniarias, se ordenará, con el objeto de responder al “principio de indemnidad” y a la “restitutio in integrum”, y bajo el amparo del artículo 16 de la ley 446 de 1998, que se cumpla con las siguientes obligaciones que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión: 1) la realización de un acto público en el que el Director del Departamento de la Policía de Norte de Santander ofrezca disculpas a los familiares de Javier Alberto Barriga Vergel; 2) se deberá publicar la parte resolutive de esta sentencia en todas las Estaciones de la Policía Nacional en el Departamento de Norte de Santander por un período de seis (6) meses, y darse difusión en los diferentes medios de comunicación de circulación departamental; 3) se ordenará que se compulse copias ante las autoridades competentes para que se estudie si hay lugar o no a iniciar las investigaciones

¹¹⁶ Sentencia de 19 de octubre de 2007. Exp.29273^a. 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

¹¹⁷ Sentencias de 8 de junio de 2011. Exp.19972; de 8 de junio de 2011. Exp.19973.

tanto disciplinarias, como penales en contra de aquellos funcionarios de la Policía Nacional, o del Ejército Nacional que en la época de los hechos no contribuyeron a la protección de la seguridad personal de la víctima; 4) con el fin de evitar una potencial condena en contra del Estado por parte de la instancia judicial interamericana de Derechos Humanos, se ordenará que la Fiscalía General de la Nación informe al país, en un término improrrogable de 30 días calendario, acerca de los resultados de las investigaciones adelantadas por el homicidio del abogado Javier Alberto Barriga Vergel, y especialmente se ofrezca verdad y justicia como medio para la reconciliación. De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar al despacho informes del cumplimiento de lo aquí ordenado como medidas de reparación no pecuniarias, dentro de los cuarenta y cinco días (45) siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

10. Costas

49 Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el sub lite, ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

FALLA

REVOQUESE la sentencia apelada de 29 de septiembre de 2000 proferida por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y César, y en su lugar se procede a fallar de la siguiente manera:

PRIMERO. DECLARAR que la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL** es administrativa y patrimonialmente responsable de los daños y perjuicios sufridos por la muerte del abogado **JAVIER ALBERTO BARRIGA VERGEL**, en hechos ocurridos el 16 de junio de 1995.

SEGUNDO. CONDENAR a la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL** a pagar por concepto de perjuicios morales a favor de **TANIA PATRICIA BARRIGA DAZA** la suma equivalente a OCHENTA (80) salarios mínimos legales mensuales vigentes; a favor de **MAURICIO JAVIER BARRIGA DAZA** la suma equivalente a OCHENTA (80) salarios mínimos legales mensuales vigentes; a favor de **LUIS ALBERTO BARRIGA DAZA** la suma equivalente a OCHENTA (80) salarios mínimos legales mensuales vigentes; a favor de **LUIS ANTONIO BARRIGA VERGEL, MARTHA TORCOROMA BARRIGA VERGEL (O BARRIGA DE LANDAZÁBAL), LUZ ENITH BARRIGA VERGEL, MARY YOLANDA BARRIGA VERGEL** y de **OLIVA FANNY BARBOSA VERGEL** la suma equivalente a VEINTICINCO (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos.

TERCERO. CONDENAR en abstracto a la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL** a pagar por perjuicios materiales, por concepto de lucro cesante a favor de **TANIA PATRICIA BARRIGA DAZA, MAURICIO JAVIER BARRIGA DAZA** y de **LUIS ALBERTO BARRIGA DAZA**, la indemnización correspondiente al período comprendido entre el 16 de junio de 1995 y el último día de su vida probable, teniendo en cuenta las bases establecidas en la parte

motiva, lo que deberá ser liquidado por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander. La liquidación se surtirá por incidente, que deberán promover los interesados, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la fecha de notificación del auto de obediencia al superior, conforme a lo dispuesto en el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo. Vencido el mencionado término, caducará la oportunidad para exigir el derecho y el Tribunal rechazará de plano la liquidación extemporánea.

CUARTO. Condenar a la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL** a cumplir con las siguientes medidas de reparación no pecuniarias: 1) la realización de un acto público en el que el Director del Departamento de la Policía de Norte de Santander ofrezca disculpas a los familiares de Javier Alberto Barriga Vergel; 2) se deberá publicar la parte resolutive de esta sentencia en todas las Estaciones de la Policía Nacional en el Departamento de Norte de Santander por un período de seis (6) meses, y darse difusión en los diferentes medios de comunicación de circulación departamental; 3) se ordenará que se compulse copias ante las autoridades competentes para que se estudie si hay lugar o no a iniciar las investigaciones tanto disciplinarias, como penales en contra de aquellos funcionarios de la Policía Nacional, o del Ejército Nacional que en la época de los hechos no contribuyeron a la protección de la seguridad personal de la víctima; 4) con el fin de evitar una potencial condena en contra del Estado por parte de la instancia judicial interamericana de Derechos Humanos, se ordenará que la Fiscalía General de la Nación informe al país, en un término improrrogable de 30 días calendario, acerca de los resultados de las investigaciones adelantadas por el homicidio del abogado Javier Alberto Barriga Vergel, y especialmente se ofrezca verdad y justicia como medio para la reconciliación. De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar al despacho informes del cumplimiento de lo aquí ordenado como medidas de reparación no pecuniarias, dentro de los cuarenta y cinco días (45) siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

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

SEXTO. DENEGAR las demás pretensiones.

SÉPTIMO. ABSTÉNGASE de condenar en costas a la demandada.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente Sala

OLGA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO

FALLA DEL SERVICIO - No es título de imputación exclusivo o principal

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”. (...) 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. (...) 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.

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

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 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. (...) 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 defiende la relevancia del principio de proporcionalidad. 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.”

NOTA DE RELATORIA: Con relación a la determinación de los perjuicios morales, la posición actual de la Sala de la Sección Tercera sigue los planteamientos contenidos en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, Exp. 13232 y 15646.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de enero de dos mil doce (2012)

Radicación número: 54001-23-31-000-1997-02780-01(19959)

Actor: ROSALBA DAZA SUAREZ Y OTROS

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICIA NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA - SENTENCIA

Con el acostumbrado respeto por la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales, si bien, comparto la decisión adoptada el 18 de enero de 2012, me aparto de algunos temas y consideraciones de la parte motiva.

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

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:

“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” (folio 38 de la providencia).

De otro lado, en lo que concierne a la reparación del perjuicio moral se argumentó en el sentido que éste se determinaría de conformidad con el principio de proporcionalidad y, por lo tanto, se expuso una metodología para establecer el *quantum* indemnizatorio de acuerdo con un sistema escalonado que se presenta a través de cuadros, con empleo del modelo cartesiano, y que tiene en cuenta los siguientes escenarios o hipótesis (páginas 77 a 82):

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

Bajo este escenario la indemnización máxima podría llegar hasta 15 SMMLV, si se trata de un familiar inmediato o cónyuge con convivencia, mientras que la mínima sería de 5 SMMLV si quien reclama es un familiar derivado sin convivencia y sin relación de cercanía, quien sólo allegó su registro civil que demuestra el parentesco.

2) Si concurren los requisitos de idoneidad y necesidad, la liquidación se haría con fundamento en las mismas variables pero, en este supuesto, la reparación podría llegar hasta 25 SMMLV para los familiares inmediatos o el cónyuge cuando exista convivencia, y el mínimo, al igual que en el escenario anterior sería de 10 SMMLV.

3) Si se validaran los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, la indemnización podría llegar hasta 80 SMMLV cuando el daño lo padece un familiar directo o el cónyuge, siempre que demuestre convivencia con el lesionado o el occiso, y el monto mínimo sería de 15 SMMLV si sólo se acredita parentesco derivado con la víctima.

2. 2. Razones y fundamentos de la aclaración

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

2.1. Título jurídico de imputación del daño

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).

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 equidad¹¹⁸.

¹¹⁸ 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

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 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.

2.2. Principio de proporcionalidad en la liquidación del perjuicio moral

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.

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

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 discurió de la siguiente forma:

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

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

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

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

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

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

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

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

“Lo anterior se expresa sin perjuicio de que, con el fin de garantizar el desarrollo uniforme de la jurisprudencia en este aspecto, esta Corporación establezca pautas que sirvan de referencia a los juzgadores de inferior jerarquía, cuyos fallos, sin embargo, en cuanto taseen 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...”¹¹⁹

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.

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

¹¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp. 13232-15646, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

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.**”¹²⁰ (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 subprincipios mencionados -idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido-, el primero de ellos, se relaciona con que la intervención en los derechos fundamentales debe ser “*adecuada*” para conseguir un fin constitucionalmente legítimo; el segundo, se refiere a que la medida de intervención debe ser la mas “*benigna*” entre todas las que pueden ser aplicadas, y el tercer y último subprincipio, atañe a las ventajas de la intervención en los derechos fundamentales las cuales deben “*compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad*”.

¹²⁰ BERNAL Pulido, Carlos “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pág. 37 a 39 y 77.

En el subprincipio de proporcionalidad se desarrolla el método de la ponderación¹²¹, 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 argumentación¹²². 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”¹²³. El segundo elemento hace referencia a una fórmula matemática en la cual se les atribuye a unas variables un valor numérico que permite calcular el peso de los principios enfrentados. Finalmente, el tercer elemento consiste en las cargas argumentativas que los principios tienen “per se” y se utilizan si con la fórmula del peso existe un empate entre los principios enfrentados¹²⁴.

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,

¹²¹ 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*em, pág. 575.

¹²² Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 99.

¹²³ Cita de Robert Alexy dentro del texto de Carlos Bernal Pulido. *Ibíd*em pág. 99.

¹²⁴ *Ibíd*em, p. 101 a 103.

*el escrutinio judicial debe entonces ser más estricto, por cuanto la Carta así lo exige.*¹²⁵

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.

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.”*¹²⁶

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.

¹²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-421 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

¹²⁶ ALEXY, Robert “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 89.

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.

“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.”¹²⁷

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

¹²⁷ 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.”

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.”¹²⁸

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

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*¹²⁹:

“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 inmensurable 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) - reimpression, 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

¹²⁸ NIETO, Alejandro “El arbitrio judicial”, Ed. Ariel, 2001, Pág. 219.

¹²⁹ 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.

que a la naturaleza jurídica del interés directamente quebrantado, o sea, el espectro en el cual repercute el hecho, ad exemplum, cuando atañen a la vida de relación, la integridad sicosomática, los bienes de la personalidad - verbi gratia, integridad física o mental, libertad, nombre, dignidad, intimidad, honor, imagen, reputación, fama, etc.-, o a la esfera sentimental y afectiva, ostenta naturaleza no patrimonial.

“3. El daño moral, en sentido lato, está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, “que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo” (cas.civ. sentencia 13 de mayo de 2008, SC-035-2008, exp. 11001-3103-006-1997-09327-01), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos, concretándose en el menoscabo “de los sentimientos, de los afectos de la víctima, y por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso” (Renato Scognamiglio, voz Danno morale, en Novissimo Digesto italiano, vol. V, Turín, Utet, 1960, p. 147; ID., Il danno morale, Milano, 1966; El daño moral-Contribución a la teoría del daño extracontractual, trad. esp. Fernando 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 retroaible 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 aparece, 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 del principio de proporcionalidad.

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 afecto¹³⁰.

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 mismo¹³¹.

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

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

Entonces, la distinción introducida sí que afecta un derecho fundamental que es la igualdad, razón por la cual la providencia de la referencia –ella sí mas no la cuantificación del perjuicio moral– podría ser pasible de un análisis de proporcionalidad en una eventual vía de hecho, en caso de que por cuenta de la aplicación del criterio jurisprudencial mencionado se resquebraje la mencionada garantía esencial¹³².

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 ley¹³³.

¹³⁰ Al respecto, la Sala en otra 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.

¹³¹ “Porque en la Constitución de 1991, más claramente que en el Código Civil, la familia no es un producto necesariamente surgido de manifestaciones afectivas. Es un producto y es una institución en donde está clara una visión de solidaridad entre seres humanos y una visión de solidaridad que adquiere todo su sentido, sobre todo frente a los niños, porque los niños tienen el derecho fundamental y prevalente a tener una familia. Tienen ese derecho fundamental y prevalente por encima de las coyunturas en los afectos de sus padres... Aquí viene a ponerse de presente, como la concepción de familia de la Constitución de 1991, es una concepción solidarista - no individualista-. No depende del íntimo querer del marido y mujer o, de hombre y mujer. Depende de lo que exija esa realidad social de la familia. Los conflictos son importantes, muestran desacuerdos, malformaciones, a veces hasta patologías, pero no son los límites a la existencia de esa unidad familiar.” ANGARITA Barón, Ciro “La familia en la nueva Constitución”, Talleres Macroregionales sobre Conciliación - Memorias, ICBF, Pág. 4 y 6.

¹³² “Buscando las cosas inciertas, perdemos las ciertas.” Plauto.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra

ACLARACION DE VOTO DE LA DOCTORA OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Falta de acervo probatorio que demuestre la necesidad de protección / FALLA EN EL SERVICIO DE PROTECCION - Falta de prueba suficiente que acredite la falla en el servicio / FALLA EN EL SERVICIO DE PROTECCION La actividad de los abogados defensores de miembros de la subversión o defensores de los derechos humanos y a las personas relacionadas con éstas, por sí sola no conllevaba una protección especial

La Sentencia de segunda instancia revoca la sentencia y accede a las pretensiones de la demanda, por considerar que durante el periodo que comprende el presente proceso, los defensores de derechos humanos como era el caso del abogado Barriga Vergel, quien en su ejercicio profesional se dedicaba a actuar en causas o procesos por rebelión de múltiples personas, alguna de las cuales estaban sindicados de pertenecer a grupos guerrilleros, estaba en una situación de riesgo constante, pues fueron víctimas de amenazas e intimidaciones contra su vida e integridad física debido a la actividad que desarrollaba, y que en este caso se evidencia la falla del servicio por omisión en la protección de una persona, para el caso concreto del abogado Javier Alberto Barriga Vergel. En nuestro criterio en el presente caso no hay prueba suficiente en el expediente que demuestre la falla del servicio del Estado en la protección del doctor Barriga Vergel. Es evidente que el daño antijurídico para ser imputable a la entidad demandada Nación -Policía Nacional, debe estar debidamente probado y no se le puede achacar esa responsabilidad al Estado so pretexto que como el abogado manejaba o defendía personas vinculadas a la subversión ello ameritaba una protección especial por parte del Estado, pues es evidente que el ejercicio profesional conlleva unos riesgos, más cuando para la época de los hechos era de público conocimiento la grave situación de orden público en el País., que afectaba directamente a toda la comunidad, sin distinción de clases y profesiones. El hecho de que el abogado defendiera a miembros de la Subversión, no son demostrativos de que la vida del señor Barriga Vergel, estuviese peligrando, menos aún (sic) cuando este no había solicitado protección a las autoridades, en este caso a la Policía Nacional y esta se hubiese rehusado a brindársela; pero de allí a entender que como la situación de orden público en la región era un hecho notorio que afectaba directamente a los abogados defensores de miembros de la subversión o defensores de los derechos humanos y a las personas relacionadas con éstas, esa circunstancia por sí sola no conllevaba una protección especial al doctor Barriga Vergel por parte de la Policía Nacional.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de enero de dos mil doce (2012)

Radicación número: 54001-23-31-000-1997-02780-01(19959)

Actor: ROSALBA DAZA SUAREZ Y OTROS

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICIA NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA - SENTENCIA

Con el acostumbrado respeto por las providencias de la Subsección, procedo a señalar los motivos por los cuales aclaro mi voto con relación a la sentencia del 18 de enero de 2012, dictada en el proceso de la referencia, en los siguientes términos:

La Sala revoca la sentencia de fecha 29 de septiembre de 2000, proferida por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar, a través de la cual se desestimaron las pretensiones de la demanda.

Los hechos relevantes del proceso se hacen consistir en que el 16 de junio de 1995, a las 8:30 de la mañana, el doctor Javier Alberto Barriga Vergel, salió de su residencia, ubicada en el Barrio Los Acacios de San José de Cúcuta - Norte de Santander y al llegar a la altura de la Avenida Guaimaral, frente a la Clínica del Instituto de Seguros Sociales, mientras esperaba el cambio de semáforo, dos individuos que se desplazaban en una motocicleta se acercaron hasta la ventana del vehículo en que se transportaba y uno de ellos disparó varias veces contra el doctor Javier Alberto Barriga Vergel, hiriéndolo en la cabeza y produciéndole la muerte en forma inmediata.

2. Razones y fundamentos de la aclaración

La Sentencia de segunda instancia revoca la sentencia y accede a las pretensiones de la demanda, por considerar que durante el periodo que comprende el presente proceso, los defensores de derechos humanos como era el caso del abogado Barriga Vergel, quien en su ejercicio profesional se dedicaba a actuar en causas o procesos por rebelión de múltiples personas, alguna de las cuales estaban sindicados de pertenecer a grupos guerrilleros, estaba en una situación de riesgo constante, pues fueron víctimas de amenazas e intimidaciones contra su vida e integridad física debido a la actividad que desarrollaba, y que en este caso se evidencia la falla del servicio por omisión en la protección de una persona, para el caso concreto del abogado Javier Alberto Barriga Vergel.

En nuestro criterio en el presente caso no hay prueba suficiente en el expediente que demuestre la falla del servicio del Estado en la protección del doctor Barriga Vergel.

Es evidente que el daño antijurídico para ser imputable a la entidad demandada Nación -Policía Nacional, debe estar debidamente probado y no se le puede achacar esa responsabilidad al Estado so pretexto que como el abogado manejaba o defendía personas vinculadas a la subversión ello ameritaba una protección especial por parte del Estado, pues es evidente que el ejercicio profesional conlleva unos riesgos, más cuando para la época de los hechos era de público conocimiento la grave situación de orden público en el País., que afectaba directamente a toda la comunidad, sin distinción de clases y profesiones.

El hecho de que el abogado defendiera a miembros de la Subversión, no son demostrativos de que la vida del señor Barriga Vergel, estuviese peligrando, menos aún cuando este no había solicitado protección a las autoridades, en este caso a la Policía Nacional y esta se hubiese rehusado a brindársela; pero de allí a entender que como la situación de orden público en la región era un hecho notorio que afectaba directamente a los abogados defensores de miembros de la subversión o defensores de los derechos humanos y a las personas relacionadas con éstas, esa circunstancia por sí sola no conllevaba una protección especial al doctor Barriga Vergel por parte de la Policía Nacional, sino que además ameritaba la intervención directa del occiso para que se le protegiera su vida, pero no se puede tomar el ejercicio de la profesión de abogado como un hecho notorio, para brindarle protección a su vida, como tampoco deducir de allí que el Estado incurrió en falla del servicio por omitir a la víctima su protección, "posición de garante", pues este título de imputación a la luz de las jurisprudencias de la Corporación no se estructuró.

Así las cosas, creemos que la imputación del daño al Estado por la muerte de Barriga Vergel, tiene serias dudas, más cuando la misma se está fundamentando en una serie de indicios que no son concisos, claros y convergentes, que permitan imputarle al Estado esa responsabilidad.

En los anteriores términos, dejo plasmado la aclaración de voto.

Atentamente,

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ