

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Cláusula general de responsabilidad

El artículo 90 de la Constitución establece que el Estado “responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables”, no existe en la legislación definición alguna del daño antijurídico. No obstante, la jurisprudencia nacional ha definido tal concepto como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extra patrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que “el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación”.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA - ARTICULO 90

NOTA DE RELATORIA: Sobre el particular, se puede consultar las providencias: 2 de marzo de 2000, exp. 11945 y 27 de enero de 2000, exp. 10867.

DAÑO ANTIJURIDICO - Naturaleza jurídica

En relación con la naturaleza del daño antijurídico, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que “ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario”. En este sentido se ha señalado que “en cada caso concreto deberá establecerse si el daño sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico”.

NOTA DE RELATORIA: Al respecto, se puede consultar las providencias: 27 de septiembre de 2000, exp. 11601 y 4 de diciembre de 2006, exp. 13168.

PRUEBAS - Testimonio de oídas. Noción

La Sala considera que “el testimonio de oídas constituye un medio de prueba cuya valoración no puede desecharse o desestimarse, sin más, por el sólo hecho de que la versión que rinda el declarante haya llegado a su conocimiento por la transmisión que de la misma le hubiere realizado otra persona y no por la percepción directa de los hechos respectivos.” (...), la valoración del testimonio de oídas deberá realizarla el juez de manera conjunta con los demás elementos probatorios que hubieren sido oportuna y regularmente acopiados en el proceso, “con el agregado de que en estos casos debe tenerse especial cuidado para efectos de someter la versión del declarante a un tamiz particularmente riguroso con el fin de evitar que los hechos a los cuales se les otorgue credibilidad resulten finalmente distorsionados por el proceso de comunicación a que se encuentra sometida una declaración de tal naturaleza”.

TESTIMONIO DE OIDAS - Valoración probatoria. Reglas / PRINCIPIO DE ORIGINALIDAD - Testimonio de oídas

El juzgador sea particularmente metódico en verificar, entre otros aspectos de importancia, “i).- las calidades y condiciones del testigo de oídas; ii).- las circunstancias en las cuales el propio testigo de oídas hubiere tenido conocimiento, indirecto o por referencia, de los hechos a los cuales se refiere su versión; iii).- la identificación plena y precisa de la(s) persona(s) que, en calidad de fuente, hubiere(n) transmitido al testigo de oídas la ocurrencia de los hechos sobre

los cuales versa su declaración, para evitar así que un verdadero testimonio pueda confundirse con un rumor, en cuanto proviniera de fuentes anónimas o indeterminadas; iv).- la determinación acerca de la clase de testimonio de oídas de que se trata, puesto que estará llamado a brindar mayor confiabilidad el testimonio de oídas de primer grado que aquel que corresponda al grado sucesivo por ser el resultado de haber escuchado a otro relatar unos hechos de los cuales dicho tercero tuvo conocimiento por el relato que, a su turno, recibió de otra persona y así sucesivamente”. (...) en atención al principio de originalidad de la prueba, esta Corporación ha sostenido al unísono que “la valoración del testimonio de oídas sólo resulta procedente cuando no es posible recaudar la prueba original. (...) “La valoración del testimonio de oídas dependerá de la imposibilidad de recaudar una prueba original fehaciente sobre el hecho a probar (...)” y, en este sentido, “la valoración del testimonio de oídas sólo resulta procedente cuando no es posible recaudar la prueba original.

MEDIOS PROBATORIOS - Valoración

“[S]i ab initio el juez advierte la existencia de diversos medios probatorios para acreditar la ocurrencia de unos mismos hechos y la posibilidad de recaudar uno o varios de ellos, naturalmente ha de preferirse el acopio de las pruebas originales, esto es aquellas que den cuenta de los hechos respectivos en forma directa y sin intermediación alguna, sin embargo ante la ausencia o la imposibilidad de disponer de otras pruebas, resulta claro que el testimonio de oídas constituirá una herramienta importante para que el juez pueda cumplir su ardua y compleja tarea de buscar la verdad con el propósito fundamental de llevar a cabo su muy noble y delicada misión de administrar justicia.”.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el testimonio de oídas ver los fallos: 4 de septiembre de 2003, Exp. 11615, 7 de octubre de 2009, exp. 17629 y 28 de abril de 2010, exp. 18646.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil doce (2012)

Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00883-01(21379)

Actor: MANUEL GARZON CHAZATAR Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE JUSTICIA, CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, FISCALIA GENERAL DE LA NACION, CUERPO TECNICO DE INVESTIGACION, MINISTERIO DE DEFENSA Y POLICIA NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 19 de julio de 2001 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante la que se dispuso:

“PRIMERO- *Declarar a la Nación Colombiana – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación, patrimonialmente responsables por la muerte de la Doctora EMILCE MARIZETH GARZÓN CALPA acaecida en hechos sucedidos el día 27 de noviembre de 1998 en el Municipio de Samaniego-Nariño.*

SEGUNDO- *Como consecuencia de la anterior declaración, condénase a la Nación Colombiana – Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación, a pagar por concepto de perjuicios morales y a favor de JAIME INSUASTY JIAGIBIOY y JUAN MANUEL INSUASTY GARZÓN, o a quien sus intereses represente, una suma equivalente en pesos colombianos a un mil (1.000) gramos de oro fino, para cada uno.*

El Banco de la República certificará sobre el precio interno del oro a la fecha de ejecutoria de esta providencia, para que los interesados soliciten el pago respectivo.

TERCERO- *Con el objeto de que se de cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A., el Tribunal expedirá copias de esta sentencia, con constancias de su ejecutoria, con destino a la Nación Colombiana – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación y a la parte actora, con las constancias previstas en el artículo 115 del C. de P.C.*

CUARTO.- DENIEGANSE LAS DEMAS SUPPLICAS DE LA DEMANDA.

QUINTO.- *Absuélvase de toda responsabilidad a la Nación Colombiana – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, por los hechos de que da cuenta la parte motiva de esta providencia.*

La Secretaría devolverá al interesado el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso si lo hubiere, dejándose constancia de dicha entrega. Luego se archivará el expediente.” (Sic)

ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Presentación de la demanda

El día 19 de julio de 1999, los señores MANUEL GARZÓN CHAZATAR, MARIA LUISA CALPA DE GARZÓN, ADRIANA ROCIO GARZÓN CALPA, GINNA VERÓNICA GARZÓN CALPA, JAIME EDUARDO INSUASTY JUAJIBIOY y el menor JUAN MANUEL INSUASTY GARZÓN, presentaron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., mediante la cual solicitaron que se profirieran las siguientes declaraciones y condenas¹:

“PRIMERA. *Que la nación colombiana – Ministerio de Justicia – Consejo Superior de la Judicatura – Ministerio de Defensa - Policía Nacional – y la Fiscalía General de la Nación – Cuerpo Técnico de Investigación-; es responsable administrativa y extracontractualmente de los perjuicios morales*

¹ Fls. 1 a 69 del C. N° 1.

y materiales causados a los demandantes con la muerte de EMILCE MARIZETH GARZÓN CALPA, ocurrida en Samaniego, Nariño el día 27 de Noviembre de 1998, de acuerdo a los hechos que se describirán en el Capítulo correspondiente, los cuales constituyen una falla evidente, presunta y probada del servicio.

SEGUNDA. Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a las Entidades demandadas, a pagar a cada uno de los demandantes y por intermedio de su apoderado, todos los perjuicios morales (pretium doloris) ocasionados a los demandantes con la muerte de EMILCE MARIZETH GARZÓN CALPA, el equivalente en pesos de las siguientes cantidades de oro fino, según el precio de venta certificado por el Banco de la República, a la fecha de ejecutoria de la sentencia de segunda instancia, así:

1).- Para MANUEL GARZON CHAZATAR Y MARIA LUISA CALPA DE GARZON, el equivalente en pesos de la cantidad de mil (1.000) gramos de oro fino, PARA CADA UNO, en calidad de padres de la víctima.

2).- Para JAIME INSUASTY JUAJIBIOY, el equivalente en pesos de la cantidad de mil (1000) gramos de oro fino, en calidad de esposo de la víctima EMILCE MARIZETH GARZON CALPA.

3).- Para el menor JUAN MANUEL INSUASTY GARZON, el equivalente en pesos de la cantidad de mil (1.000) gramos de oro fino, como hijo de los esposos Insuasty Juajibioy y Garzón Calpa.

4).- Para ADRIANA ROCIO GARZÓN CALPA y GINNA VERONICA GARZÓN CALPA, igualmente el equivalente en pesos de la cantidad de mil (1.000) gramos de oro fino, para CADA UNA, como hermanas de la supradicha víctima.

TERCERA. Que se condene a la entidades demandadas, a pagar a la parte demandante que represento, todos los PERJUICIOS MATERIALES que se causaron con la muerte de EMILCE MARIZETH GARZÓN CALPA, de acuerdo a los valores que se logren demostrar del proceso, en razón a lo que dejó de producir por el resto de la vida que le quedaba en la actividad económica como profesional del derecho y al cargo que desempeñaba , habida cuenta de su edad al momento de su muerte y a la esperanza de vida calculada conforme a las Tablas de Mortalidad aprobadas por la Superintendencia Bancaria. También debería condenarse a la parte demandada, al pago de los daños y de gastos funerarios, transportes, estadías y en fin todos los gastos que sobrevinieron a la muerte de Emilce Marizeth Garzón Calpa ; pero estos fueron sufragados de manera directa por la Fiscalía General de la Nación, razón por la cual no se pretende, ni se relaciona en la “Estimación razonada de la cuantía”.

CUARTA. Que se disponga que el monto de los perjuicios tanto morales como materiales, se actualicen de acuerdo a las reglas trazadas para el efecto por la Ley y la Jurisprudencia, con los correspondientes ajustes al índice de precios al consumidor y teniendo en cuenta lo preceptuado en el Artículo 265 del C.C.A.

QUINTA. Que se ordene en la sentencia de mérito respectiva, que la parte demandada de cumplimiento al fallo de responsabilidad, en los términos fijados en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

SEXTA. *Que se ordene también que el incumplimiento a lo ordenado en la sentencia, dará lugar al pago de intereses corrientes y moratorios, de acuerdo a las fórmulas aceptados en múltiples Jurisprudencias del Honorable Consejo de Estado.*” (Sic).

1.2. Fundamento fáctico

La demanda relaciona los siguientes hechos como fundamento de sus pretensiones:

- a)** La señora EMILCE MARIZETH era hija de MANUEL GARZÓN CHAZATAR y MARIA LUISA CALPA, así como hermana de ADRIANA ROCIO y GINNA VERÓNICA GARZÓN CALPA.
- b)** El 29 de enero de 1993, la señora EMILCE MARIZETH contrajo nupcias con el señor JAIME INSUASTY JUAJIBIOY. Fruto de esa unión nació el niño JUAN MANUEL INSUASTY GARZÓN el 6 de septiembre de 1993.
- c)** Tras recibirse como abogada, mediante la resolución número 0-1323 de 23 de julio de 1994, la señora EMILCE MARIZETH fue nombrada Técnico de investigación judicial del Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación. En dicho cargo se posesionó el día 23 de agosto de 1994.
- d)** En febrero de 1998, la señora EMILCE MARIZETH fue trasladada al municipio de Samaniego para ocupar el cargo de Jefe en provisionalidad de la Unidad Local del C.T.I., por el término de seis meses. Dicho nombramiento fue efectuado por el Director Seccional del C.T.I de Nariño.
- e)** Durante el desempeño de sus funciones como Jefe de la Unidad Local del CTI en Samaniego, Nariño, la señora EMILCE MARIZETH localizó y ordenó la destrucción de cultivos de amapola y coca e identificó a sus propietarios.
- f)** Según afirman los demandantes, por tales actuaciones *“los delincuentes se encontraban sumamente disgustados, porque era la única funcionaria en el Municipio que los había perseguido, y procedieron a amenazarla de muerte repetidamente, circunstancias que la víctima puso en conocimiento de manera verbal a la Dirección Seccional del CTI de Nariño, solicitando por lo tanto su traslado fuera de la jurisdicción de Samaniego”*. (Sic)
- g)** No obstante la anterior solicitud, la Dirección Seccional del CTI de Nariño *“se abstuvo de hacer efectivo el traslado postergándolo para el mes de Enero de 1999, con el argumento de que se adelantaba investigación penal contra su hermana ADRIANA ROCIO GARZON CALPA por un posible delito de enriquecimiento ilícito”*. (Sic)
- h)** De otra parte, el día 23 de noviembre de 1998, la Dirección Seccional del CTI de Nariño le ordenó a la funcionaria EMILCE MARIZETH que entregara su arma de dotación oficial para efectos de adelantar la revisión general de la misma y realizar las respectivas pruebas de balística.
- i)** Además, desde mediados de noviembre de 1998, la funcionaria EMILCE MARIZETH *“estaba incomunicada con la Dirección Seccional de C.T.I., y sus familiares de la ciudad de Pasto debido a la falta de pago de la línea telefónica que se había adjudicado al C.T.I de Samaniego.”* (Sic)
- j)** El día 27 de noviembre de 1998, la señora EMILCE MARIZETH *“recibió una llamada telefónica en el despacho de la Alcaldía Municipal de Samaniego, y tan pronto como contestó esa llamada, sin saberse que le dijeron ni quien la llamó, de inmediato procedió a viajar hacia la ciudad de Pasto.”*
- k)** En el kilómetro tres de la vía que de Samaniego conduce a Túquerres, cuatro sujetos detuvieron el taxi que transportaba a la señora EMILCE MARIZETH, le ordenaron descender y le propinaron cuatro disparos con arma de fuego que causaron su deceso.

I) Por último, en el texto de la demanda se reitera que *“en la población de Samaniego, existe una Estación de Policía Nacional que la integran alrededor de unos 15 agentes, pero estos no ejercen ningún control ni vigilancia, limitándose a permanecer en su cuartel, según sus propias versiones porque tienen orden superior de no salir de allí por seguridad, lo que deja a la población civil y a los funcionarios del estado, en un total abandono y desprotección”*. (Sic).

1.3. Fundamento jurídico

Según el apoderado de los demandantes, las entidades demandadas incurrieron en falla del servicio por cuanto no acogieron las medidas de seguridad necesarias para garantizar la integridad de la señora EMILCE MARIZETH. En efecto, *“Uno de los recursos que el Estado puede brindar a los funcionarios para defenderse por su propia cuenta, es la dotación de las armas oficiales, tal como ocurre con los miembros de la Fuerza Pública; pero en el presente caso, a contrario sensu de dotar del arma a la funcionaria Emilce Marizeth, se la quitaron so pretexto de una revisión por parte del señor Director Seccional del C.T.I., lo que generó una inminente desprotección, a pesar de la peligrosidad y riesgo que ofrece el orden público en el Municipio de Samaniego”* (Sic).

Asimismo, en el texto de la demanda se estableció que *“Las entidades demandadas podrán alegar que no existieron amenazas de muerte contra la funcionaria del C.T.I., de Samaniego, o que desconocían tal circunstancia, pero el hecho de la sola muerte, demuestra que en realidad si estaba amenazada de muerte, tanto que dichas amenazas de muerte se cumplieron, de allí que no haya duda respecto a la seriedad de las misma, ni tampoco puede dudarse sobre la existencia de ellas; pues de otra manera, no podían asesinarla en la forma como lo hicieron”* (Sic).

2. Trámite en primera instancia

2.1. Admisión de la demanda

Mediante providencia del 13 de septiembre de 1999, el Tribunal Administrativo de Nariño admitió la demanda de la referencia y ordenó tramitarla conforme a ley².

Los días 1, 4 y 27 de octubre de 1999, dicha providencia fue notificada personalmente al Director Seccional de la Fiscalía de Nariño, a la Directora Seccional de la Administración Judicial, al Ministro de Justicia por conducto del Gobernador del departamento de Nariño, al Ministro de Defensa Nacional y al Director General de la Policía del citado departamento³.

2.2. Escritos de contestación a la demanda

El 26 de noviembre de 1999, La Fiscalía General de la Nación presentó escrito de contestación a la demanda mediante el cual solicitó despachar desfavorablemente las pretensiones formuladas por el actor por cuanto dicha entidad *“actuó conforme a sus obligaciones constitucionales y legales, y en ningún momento se le puede endilgar la responsabilidad pretendida en este proceso”*⁴.

² Fls. 71 a 74 del C. N° 1.

³ Fls. 84 y 87 del C. N° 1.

⁴ Fls. 89 a 92 del C. N° 1.

El mismo día, el Ministerio de Defensa – Policía Nacional contestó la demanda de la referencia⁵. En su escrito de contestación, el representante judicial de dicha entidad manifestó que se oponía a *“todas y cada una de las pretensiones de la demanda, pues no se le puede atribuir a la entidad que judicialmente represento grado de responsabilidad alguno en los hechos que han dado origen al presente debate ya que como bien lo ha manifestado el apoderado actor fueron hechos únicos de terceros los responsables de la muerte de la doctora EMILCE MARIZETH GARZÓN CALPA”*. (Sic).

Además, el representante judicial de la Policía Nacional señaló que el demandante no cumplió con su obligación de probar los elementos de la responsabilidad que le endilga a las entidades demandadas, en consecuencia, sus pretensiones no están llamadas a prosperar.

2.3. Auto mediante el cual se corrió traslado de las excepciones al demandante

El 3 de diciembre de 1999, el Tribunal Administrativo de Nariño ordenó mantener en la secretaría de la Corporación los escritos mediante los cuales se contestó la demanda de la referencia⁶.

El 15 de diciembre de 1999, el representante de la parte demandante solicitó declarar no probadas las excepciones formuladas por los demandados y no decretar las pruebas solicitadas por dichas entidades por cuanto, en su sentir, resultaban inconducentes e impertinentes⁷.

El 11 de enero de 2000, la representante judicial de la Fiscalía General de la Nación reiteró su solicitud en el sentido de que se despacharan desfavorablemente las pretensiones formuladas por las entidades accionadas⁸.

2.4. Periodo probatorio

Por medio de auto del 26 de enero de 2000, el Tribunal Administrativo de Nariño decretó las pruebas solicitadas por las partes⁹.

2.5 . Audiencia de conciliación

Mediante auto del 31 de mayo de 2000, el Tribunal Administrativo de Nariño señaló fecha y hora para adelantar la audiencia de conciliación entre las partes¹⁰.

El 24 de agosto de 2000, se llevó a cabo la audiencia de conciliación en comento sin que las partes hubiesen logrado acuerdo alguno¹¹.

2.6. Alegatos de conclusión

El 28 de septiembre de 2000, el Tribunal Administrativo de Nariño ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión¹².

⁵ Fls. 103 a 108 del C. N° 1.

⁶ Fls. 124 y 125 del C. N° 1.

⁷ Fls. 125 a 127 del C. N° 1.

⁸ Fls. 128 y 131 del C. N° 1.

⁹ Fls. 138 a 140 del C. N° 1.

¹⁰ Fl. 246 del C. N° 1.

¹¹ Fls. 264 a 267 del C. N° 1. Cfr. Fls. 277 y 278 del C. N° 1.

¹² Fl. 280 del C. N° 1.

El 11 de octubre del mismo año, el representante de la Policía Nacional presentó su escrito contentivo de alegatos de conclusión mediante el cual señaló que *“En lo que a nosotros corresponde, Ministerio de Defensa – Policía Nacional; considero que no existió falla del servicio por parte de éste, ya que no se ha probado que el accionar fue deficiente, tardío o no se prestó. Existiendo sí, responsabilidad de los otros entes estatales llamados a responder, ya que si se observa la carga probatoria militante en el proceso, se tiene que efectivamente la Dra. Garzón Calpa, desde meses atrás de la ocurrencia de su muerte; había solicitado a su empleador, le sea concedido un traslado fuera de la jurisdicción de Samaniego, Solicitud, que no fue tomada en cuenta, a sabiendas de que corría peligro su vida; y que en un momento dado se llegaría al resultado, que ya se conoce”* (Sic)¹³.

Además, según el representante de dicha entidad, *“no existe prueba alguna que permita responsabilizar de manera directa a la administración que representó; ya que la muerte de la Directora del C.T.I., fue producto del accionar de un tercero, en el cual nada ha tenido que ver miembro adscrito a la institución”* (Sic), lo cual, en su sentir, constituye un hecho de un tercero que permite exonerar de responsabilidad a la entidad demandada.

En la misma fecha, el apoderado de la parte demandante presentó su escrito de alegatos de conclusión mediante el cual reiteró su solicitud de declarar responsables a las entidades demandadas por el trágico deceso de la señora **EMILCE MARIZETH GARZÓN CALPA**¹⁴.

La omisión de tramitar el traslado solicitado ante las repetidas amenazas en contra de dicha funcionaria, la falta de protección por parte de los agentes de la Policía Nacional y la decisión de retirar su arma de dotación oficial días antes del deceso de la abogada **EMILCE MARIZETH GARZÓN CALPA**, constituyen, según el demandante, supuestos que configuran la falla del servicio en que incurrieron las entidades demandadas.

El 18 de octubre de 2000, la representante judicial de la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial reiteró sus argumentos expuestos en el escrito de contestación a la demandada¹⁵.

El mismo día, la Fiscalía General de la Nación presentó su escrito de alegatos de conclusión mediante el cual señaló que la muerte de la ex funcionaria **EMILCE MARIZETH GARZÓN CALPA** estaba amparada en las pólizas de seguro suscritas por la entidad relativas a la muerte de sus servidores como consecuencia de actividades terroristas¹⁶.

2.7. Concepto del Ministerio Público

Según el Agente de la Procuraduría, *“SI EXISTIERON FALLAS EN EL SERVICIO por parte de la Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación y Cuerpo Técnico de Investigaciones, que constituyeron CONCAUSA con el hecho de un tercero para que se produzca la muerte de Emilce M. Garzón C.”*¹⁷ (Sic).

En opinión de la vista fiscal, *“las pruebas aportadas al proceso nos da una idea de la SITUACIÓN ESPECIAL DE RIESGO que circundaba a la funcionaria, y que su*

¹³ Fls. 285 a 288 del C. N° 1.

¹⁴ Fls. 289 a 292 del C. N° 1.

¹⁵ Fls. 293 y 294 del C. N° 1.

¹⁶ Fls. 295 a 307 del C. N° 1.

¹⁷ Fls. 312 a 325 del C. N° 1.

temor no era infundado, por lo tanto no es lógico que no existiera una petición de Traslado así fuera verbal. Ni es lógico que un funcionario que es consciente del riesgo que corre, no haya hecho conocer de sus superiores ésta situación, y sin hacerla conceder espere un traslado que se estaba gestionando". (Sic).

También señaló que la omisión en la entrega de un arma de reemplazo a la funcionaria **EMILCE MARIZETH GARZÓN CALPA**, así como la omisión del pago del recibo de teléfono de la oficina de Samaniego, son auténticas fallas del servicio en las que incurrieron las entidades demandadas.

2.8. Sentencia de primera instancia

El día 19 de julio de 2001, el Tribunal Administrativo de Nariño profirió sentencia de primera instancia mediante la cual declaró la responsabilidad administrativa y patrimonial de la Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación por la muerte de la doctora **EMILCE MARIZETH GARZÓN CALPA** y, en consecuencia, ordenó indemnizar a **JAIME INSUASTY JUAJIBIOY** y **JUAN MANUEL INSUASTY GARZÓN** por concepto de daño moral¹⁸.

Según el a quo, "Pese a la grave situación de orden público que se presenta en el Municipio de Samaniego y a la índole de las funciones que en él cumplía la Doctora EMILCE MARIZETH GARZÓN CALPA, exponiéndose constantemente a serios riesgos contra su vida o su integridad personal, no contaba con protección especial y, en los últimos días, ni siquiera con arma de dotación oficial, por lo cual se había convertido en un blanco fácil para quienes habían sido objeto de su actuar." (Sic).

Tales hechos en opinión del Tribunal "evidencian que la entidad a la cual prestaba servicios la doctora **EMILCE MARIZETH GARZÓN CALPA** incurrió en falla del servicio por omisión al no adoptar las medidas tendientes a proteger su vida e integridad personal a sabiendas de las amenazas que contra ella se habían proferido y de la grave situación de orden público que se presentaba en el Municipio de Samaniego – Nariño en cuyo territorio desarrollaba su labor."

En conclusión, el Tribunal referido señaló que "en el sub lite, se reúnen los indicados requisitos puesto que la Fiscalía General de la Nación estaba obligada a proteger la vida de su funcionaria por mandato del inciso 2º del artículo 2 de la Carta Política; las circunstancias particulares en las que se desarrollaba su actividad la doctora **EMILCE MARIZETH GARZÓN CALPA**, imponían protección especial o su traslado, pero ninguna de estas alternativas fueron tenidas en cuenta por sus superiores, abandonándola prácticamente a su suerte; el daño, esto es, la muerte de la citada funcionaria, tiene el carácter de antijurídico, en vista a que no estaba en el deber de soportarlo, pues, su obligación era la de cumplir las funciones propias de su cargo; e indiscutiblemente la omisión de sus superiores consistente en no brindarle la debida protección o disponer su traslado constituye la causa determinante de su fallecimiento" (Sic).

2.9. Recursos de Apelación

El 31 de julio de 2001, el apoderado de la Rama Judicial interpuso recurso de apelación en contra de la referida sentencia¹⁹. En dicha oportunidad, la apoderada de tal entidad sostuvo que:

¹⁸ Fls. 355 a 385 del C. Ppal.

¹⁹ Fls. 386 y 387 del C. Ppal.

“1- No existe prueba en el expediente del funcionario que llamó a la señora **EMILCE MARIZETH**, para que se presentara a la ciudad de Pasto. Sólo reposa el dicho de sus compañeros del municipio de Samaniego, no de quien le pudo haber dado la orden para su desplazamiento a cumplir su cita fatal.

2- Para el momento de su movilización, era de su conocimiento que el arma de dotación se encontraba en mantenimiento (...)

3- La occisa actuó bajo su responsabilidad, por cuenta y riesgo propio, lo prueba el hecho de la hora en que se produjo el homicidio y la distancia del municipio donde se encontraba, no eran horas laborales, para la época la Fiscalía laboraba de 8 A. M a 12 M; de 2:00 a 6 PM.

4- Es del caso tener presente que la Fiscalía General de la Nación, para los funcionarios que laboran con un alto grado de riesgo profesional, de acuerdo a la ley 16/88, ha suscrito una póliza de vida de grupo, que cubre el siniestro causado.”
(Sic)

El 1 de agosto de 2001, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación en lo desfavorable a sus intereses en contra de la sentencia de primera instancia²⁰. Según el recurrente, el parentesco del padre, la madre y las hermanas de la señora **EMILCE MARIZETH GARZÓN CALPA**, así como su estrecha relación familiar, fue debidamente acreditado en el expediente y, en consecuencia, lejos de lo que concluyó el *a quo*, éstos también tienen derecho a la indemnización solicitada por concepto de perjuicios morales.

El 3 de agosto de 2001, la apoderada de la Fiscalía General de la Nación interpuso recurso de apelación en contra de la citada providencia²¹.

El mismo día, el apoderado de la parte demandante aportó las declaraciones extraprocesales de las señoras **NANCY DEL SOCORRO SAÍZARES DE ALBORNOZ, JENNY STELLA ESTUPIÑAN DE QUINTERO** y **FLOR ALBA VALLEJO DE GARZÓN**²².

Los recursos de apelación interpuestos por los representantes de la parte demandante, de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación fueron concedidos en el efecto suspensivo el 10 de agosto de 2001²³.

3. Trámite en la segunda instancia

El 1 de noviembre de 2001, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado admitió los recursos de apelación referidos y corrió traslado a la Fiscalía General de la Nación por el término de tres días para que sustentara su recurso de reposición²⁴. El 6 de diciembre de 2001, se declaró desierto dicho recurso por cuanto no fue sustentado dentro del término señalado²⁵.

Mediante auto de 7 de febrero de 2002, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus escritos de alegatos de conclusión²⁶. Las partes guardaron silencio.

²⁰ Fls. 389 a 394 del C. Ppal.

²¹ Fl. 399 del C.Ppal.

²² Fls. 400 a 404 del C. Ppal.

²³ Fl. 406 del C. Ppal.

²⁴ Fl. 411 del C. Ppal.

²⁵ Fl. 412 del C. Ppal.

²⁶ Fl. 415 del C. Ppal.

El 26 de febrero de 2002, la apoderada de la Fiscalía General de la Nación sustentó extemporáneamente el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia²⁷.

El proceso entró al despacho para que se elaborara el respectivo fallo el 1º de marzo de 2002²⁸.

CONSIDERACIONES

Con el objeto de resolver el asunto que se somete a consideración de la Sala, por razón del recurso de apelación impetrado por la parte actora contra la decisión del Tribunal Administrativo de Nariño, la Sala procederá a pronunciarse sobre los siguientes puntos: la competencia (punto 1); algunos aspectos previos (punto 2); los hechos probados (punto 3); el daño antijurídico (4); la imputación (punto 5).

1. Competencia

En atención a lo previsto en los artículos 120 del Código Contencioso Administrativo y 1 del Acuerdo 55 de 2003, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para resolver los recursos de apelación interpuestos en contra de la sentencia del 19 de julio de 2001 proferida en el presente asunto por el Tribunal Administrativo de Nariño.

2. Aspectos previos. Testimonio de oídas

En atención a las pruebas aportadas en el proceso, la Sala considera necesario pronunciarse previamente sobre el valor probatorio de los testimonios de oídas

La Sala estima necesario reiterar su jurisprudencia en relación con el valor probatorio del *testimonio de oídas* o *“ex auditu”* el cual está previsto como medio de prueba en el numeral 3 del artículo 228 del Código de Procedimiento Civil que ordena al Juez solicitar al declarante *“... que explique las circunstancias que permitan apreciar su verdadero sentido y alcance”*, cuando *“... la declaración versa sobre expresiones que el testigo hubiere oído...”*.

En el fallo de febrero 16 de 2003, la Sala admitió de manera restringida el mérito probatorio que corresponde a los testimonios de oídas en cuanto resultare imposible recaudar un medio de acreditación original o directo en relación con el hecho objeto de la prueba, al tiempo que se distinguió con claridad entre el testimonio –tanto el de oídas como el presencial–, de la prueba de la fama y de los simples rumores, así:

“El Código de Procedimiento Civil, contenido en los decretos leyes 1400 y 2.019 de 1970 y algunas reformas, no define el testimonio pero de los elementos que vincula a este medio de pruebas se puede concluir que es la declaración o relato que hace un tercero, previo juramento de no faltar a la verdad, ante un juez por el llamado de éste o a solicitud de las partes de un juicio, para responder las preguntas que se le hagan sobre hechos pertinentes por ser de interés para el proceso y respecto de los cuales no se exige un modo especial de prueba - conducencia - (arts. 213, 226 a 228 y 232 C.P.C).”

²⁷ Fls. 416 a 419 del C. Ppal.

²⁸ Fl. 420 del C. Ppal.

Los testimonios según el conocimiento del testigo pueden ser de oídas o "directo o presencial". El primero de estos, oídas o ex auditu, puede definirse como el relato que tercero hace ante el juez en el proceso con respecto a lo que le escuchó relatar a otra; el declarante como se observa carece de percepción directa sobre el hecho que se le pregunta; narra en sus propios términos el dicho de otra persona o lo que oyó sobre lo que otros dijeron. Al respecto el numeral 3 del artículo 228 del C.P.C enseña:

'... si la declaración versa sobre expresiones que el testigo hubiere oído,... el juez ordenará que explique las circunstancias que permitan apreciar su verdadero sentido y alcance'.

La valoración del testimonio de oídas dependerá de la imposibilidad de recaudar una prueba original fehaciente sobre el hecho a probar ⁽²⁹⁾ y el juez, de acuerdo con el numeral 3 del artículo 228 pre transcrito, es quien deberá escudriñar el contenido para apreciar y valorar su alcance de acuerdo con los demás medios probatorios.

(...)

*Es claro para la Sala que las afirmaciones de los declarantes de oídas se desplazan en cuanto a la imputación del hecho al terreno del **rumor** y en cuanto a la calidad de embriaguez en que habitualmente se encontraban los agentes al terreno de la **fama**. Sobre el rumor y la fama la doctrina hace el siguiente discurso:*

'El rumor público, es otro hecho social más vago e independiente que la fama. Esta puede tener un origen conocido, como la publicación de un periódico o lo dicho por cierta persona, al paso que el primero es siempre de origen desconocido, la fama se refiere a sucesos o actos que se afirman han sucedido, mientras que el rumor tiene cierto carácter de improbabilidad, porque quienes lo esparcen no aseguran sino que manifiestan que puede haber ocurrido o parece que sea cierto ... el rumor no es objeto de prueba, no puede eximir de prueba al hecho ni sirve para orientar el criterio del juez; es sospechoso y debe ser descartado radicalmente" ⁽³⁰⁾³¹.

En la misma línea anterior, mediante sentencia de septiembre de 2003, la Sala reafirmó la admisibilidad de los testimonios de oídas con la prevención de que su valoración conjunta con los demás elementos probatorios acopiados en el proceso puede determinar, perfectamente, la desestimación de tales testimonios en cuanto no encuentren elemento alguno adicional que sirva para corroborar su contenido:

²⁹ Cita original del fallo transcrito: "Uno de los principios del Derecho Probatorio es el de la originalidad, de manera que el testigo de oídas contradice este principio, pues el juez no va a lograr la representación de los hechos valiéndose directamente del testigo que los presenció, sino, de otro que oyó a éste referirlos. Si nos valiéramos de un ejemplo para significar la representación que se logra de los hechos, a través del testimonio, podríamos decir que el juez conoce los hechos mirándose en una especie de espejo (testimonio), pero si no se trata del testigo presencial, el juez va a mirar los hechos a través de un espejo, que refleja otro espejo que sí contiene representados los hechos. De manera que esta modalidad de testimonio, por ser una prueba de otra, aparecerá reflejada en dos posibilidades de error: el error (posible) de la primera percepción, y el error (posible) de quien está oyendo lo que otro percibió, haciéndose patente, el principio aquél de que la prueba, en cuanto más se aleja de la fuente original, más disminuye su fuerza y su eficacia". PARRA Quijano, Jairo. Tratado de la Prueba Judicial El Testimonio. Tomo I. Tercera edición. Ediciones Librería del Profesional. 1988. Págs. 154 y 155".

³⁰ Cita original del fallo parcialmente transcrito: "DEVIS Echandía, Hernando. Compendio de derecho procesal - Pruebas Judiciales. Tomo II. Editorial ABC. Bogotá. Novena Edición. 1988. Pág.75".

³¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 16 de 2001. Exp. 12.703. C.P. María Elena Giraldo Gómez.

“Resulta evidente que se trata testigos de oídas, sin que se haya presentado en el proceso un testigo presencial de los hechos que respalde su dicho. La poca credibilidad que merecen se ve agravada cuando advierten de posibles testigos presenciales y no aportan los datos necesarios para su identificación. En el mismo sentido, los demás medios de prueba que obran en el expediente no brindan indicio que pueda corroborar el dicho de los declarantes, sobre los testigos de oídas, ha manifestado la Sala:

‘Como lo explica el profesor Jairo Parra Quijano, los testigos de oídas son aquéllos que no perciben de manera directa e inmediata los hechos investigados, sino que narran lo que oyeron decir a otra persona. Aunque no está prohibido en muchos ordenamientos, por ser un testimonio ‘de segunda mano’, no es admitido en varias codificaciones extranjeras, y en otras, se acepta con limitaciones.³² Y si bien la legislación colombiana admite la posibilidad de su práctica en el artículo 228, numeral 3º -cuando prevé que ‘Si la declaración versa sobre expresiones que el testigo hubiere oído..., el juez ordenará que explique las circunstancias que permitan apreciar su verdadero sentido y alcance’-, su valoración debe hacerse muy cuidadosamente, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto. Es testimonio de oídas está dirigido a probar, en realidad, que existió otro testimonio, de manera que en ella se aumenta el riesgo de error de percepción; en efecto, hay un error posible en la primera percepción (del testigo presencial) y otro error posible de quien oye lo que el otro percibió. Así, resulta evidente que ‘en cuanto más se aleja de la fuente original, más disminuye su fuerza y su eficacia’.³³

‘De otra parte, como lo advierte el autor citado, en desarrollo del principio de originalidad de la prueba, la valoración del testimonio de oídas sólo resulta procedente cuando no es posible recaudar la prueba original, esto es, la declaración del testigo presencial.³⁴ Y si, como ocurre en este caso, se reciben ambos testimonios, no puede, en principio, ponerse en duda la credibilidad de éste último, por no ser coincidente con el del primero, cuya percepción es directa, salvo que, por alguna razón, resulte claro para el juez que el testigo presencial falta a la verdad, situación que no se presenta en este caso. Las observaciones hechas, al respecto, por el apoderado de los demandantes son simples lucubraciones, que carecen de respaldo probatorio en el proceso’^{35,36}

A su vez, la Salas de Casación Civil³⁷ y Penal³⁸ de la Corte Suprema de Justicia en reiteradas oportunidades han reconocido el valor probatorio de los testigos de

³² Cita original del fallo parcialmente transcrito: PARRA QUIJANO, Jairo. *Tratado de la Prueba Judicial*. El Testimonio, Ediciones Librería del Profesional, 4ª edición, Bogotá, 1994, pp. 259, 260.

³³ Cita original de la transcripción: “Ibidem, p. 261, 262”.

³⁴ Cita original de la transcripción: “Ibidem, p. 260, 265”.

³⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de abril de 2001, Exp. 11.989.

³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de septiembre 4 de 2003. Exp. 11615C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente. Esta postura fue reiterada en la Sentencia de 11 de marzo de 2004, Exp. 14.135. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

³⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia de febrero 12 de 1980. M.P. José María Esguerra Samper. *“El testigo de oídas. Crítica de su testimonio. 2. De acuerdo con las normas de la crítica del testimonio, merecen mucha mayor credibilidad las declaraciones de personas que percibieron directamente el hecho sobre el que deponen, que las de aquéllas que los supieron por boca de quien los presencié. Estos últimos son los llamados testimonios de oídas o ex auditu, de muy escaso valor probatorio, a menos que se trate de demostrar hechos muy antiguos o la fama pública, como lo estatúan los artículos 698 y 699 del Código Judicial. Aunque estas normas no aparecen en el Código de Procedimiento Civil en vigencia, su contenido forma parte de la sana crítica con la que deben ser apreciados los medios de prueba.*

oídas en el ordenamiento jurídico colombiano así como su importancia para transmitir al Juez la convicción necesaria para adoptar las decisiones que de él se reclaman dentro de un determinado proceso. Así, según dichas Salas de Casación “no hay lugar a desechar la valoración de tales declaraciones por el solo hecho de provenir de testigos que no hubieren presenciado directamente los hechos sino que hubieren tenido conocimiento de los mismos de manera indirecta”³⁹.

Así las cosas, desde la sentencia de 7 de octubre de 2009⁴⁰, la Sala ha reiterado su posición establecida en los citados fallos de 2001⁴¹, 2003⁴² y 2004⁴³. En efecto, la Sala considera que “el testimonio de oídas constituye un medio de prueba cuya valoración no puede desecharse o desestimarse, sin más, por el sólo hecho de que la versión que rinda el declarante haya llegado a su conocimiento por la transmisión que de la misma le hubiere realizado otra persona y no por la percepción directa de los hechos respectivos.”⁴⁴

Ahora bien, tal como ocurre con cualquier otro medio de prueba, la valoración del testimonio de oídas deberá realizarla el juez de manera conjunta con los demás elementos probatorios que hubieren sido oportuna y regularmente acopiados en el proceso, “con el agregado de que en estos casos debe tenerse especial cuidado para efectos de someter la versión del declarante a un tamiz particularmente riguroso con el fin de evitar que los hechos a los cuales se les otorgue credibilidad

En efecto, a través del contacto personal que existe entre el juez y el declarante, y de la razón de la ciencia de su dicho que éste debe suministrar, el juez está en mejor capacidad de apreciar la credibilidad que merezca el testimonio; de valorar si es probable o aun posible que el declarante haya percibido el hecho y si está en condiciones de recordarlo.” Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de junio 23 de 2005. Radicación 0143. Magistrado Ponente, Dr. Edgardo Villamil Portilla.

³⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia diciembre 2 de 1993. Radicación 8166. M.P.: Dr. Jorge Carreño Luengas. “La fuerza probatoria y la eficacia de estos testimonios no puede desconocerse como lo pretende el recurrente. El juez apreció razonablemente su credibilidad, teniendo en cuenta las circunstancias personales y sociales de los declarantes, las condiciones en que fueron percibidas y oídas aquellas circunstancias que relatan y sus versiones fueron recibidas por autoridad competente con el lleno de las formalidades legales.

El valor del testimonio y su credibilidad, enseña Gorphe, obedece a tres factores: a) las aptitudes del sujeto (moralidad, capacidad intelectual y física); b) las propiedades del objeto o materia declarada, y c) la relación sujeto de acuerdo con las condiciones de percepción, memoria, evocación y reproducción.

(...)

No puede admitirse, que estas declaraciones carezcan de validez simplemente por tratarse de testigos de oídas, como lo insinúa el recurrente en el curso de su demanda. Este testimonio, que algunos autores denominan indirecto, es perfectamente válido en el sistema procesal penal colombiano y es uno de los medios de convicción a que se ven precisados a recurrir los investigadores en su esfuerzo por descubrir la verdad de lo ocurrido. El valor probatorio de esta clase de prueba, como de cualquier otra, queda sometido a la credibilidad que le otorgue el juzgador de acuerdo al sistema de la sana crítica”. Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 15286 de octubre 2 de 2001. Magistrados Ponentes, Dr. Alvaro Orlando Pérez Pinzón y Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll. “1.3. El testimonio de oídas, indirecto, de referencia o ex auditu, per se, no puede ser desechado en el estudio conjunto de la prueba. Es pasible de análisis y, por ende, objeto de la sana crítica judicial con fundamento en las leyes científicas, las reglas de la experiencia y los principios lógicos. Merece, entonces, el mismo examen que el directo.” Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de octubre 18 de 1995. Radicación 9.226. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de febrero 21 de 2007. radicación 25920. M.P. Javier Zapata Ortiz.

³⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 7 de octubre de 2009 Exp. 17629. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 16 de 2001, Exp. 12.703. C. P.: María Elena Giraldo Gómez.

⁴² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de septiembre 4 de 2003. Exp. 11.615. C. P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁴³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 11 de 2004, Exp. 14.135. C. P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁴⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 7 de octubre de 2009, Exp. 17629. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

resulten finalmente distorsionados por el proceso de comunicación a que se encuentra sometida una declaración de tal naturaleza⁴⁵.

Dicho examen riguroso del testimonio de oídas exige que el juzgador sea particularmente meticuloso en verificar, entre otros aspectos de importancia, “i).- las calidades y condiciones del testigo de oídas; ii).- las circunstancias en las cuales el propio testigo de oídas hubiere tenido conocimiento, indirecto o por referencia, de los hechos a los cuales se refiere su versión; iii).- la identificación plena y precisa de la(s) persona(s) que, en calidad de fuente, hubiere(n) transmitido al testigo de oídas la ocurrencia de los hechos sobre los cuales versa su declaración, para evitar así que un verdadero testimonio pueda confundirse con un rumor, en cuanto proviniera de fuentes anónimas o indeterminadas; iv).- la determinación acerca de la clase de testimonio de oídas de que se trata, puesto que estará llamado a brindar mayor confiabilidad el testimonio de oídas de primer grado que aquel que corresponda al grado sucesivo por ser el resultado de haber escuchado a otro relatar unos hechos de los cuales dicho tercero tuvo conocimiento por el relato que, a su turno, recibió de otra persona y así sucesivamente⁴⁶.

Asimismo, la Sala ha sostenido en reiterada jurisprudencia que “[s]i ab initio el juez advierte **la existencia de diversos medios probatorios para acreditar la ocurrencia de unos mismos hechos y la posibilidad de recaudar uno o varios de ellos, naturalmente ha de preferirse el acopio de las pruebas originales, esto es aquellas que den cuenta de los hechos respectivos en forma directa y sin intermediación alguna**, sin embargo ante la ausencia o la imposibilidad de disponer de otras pruebas, resulta claro que el testimonio de oídas constituirá una herramienta importante para que el juez pueda cumplir su ardua y compleja tarea de buscar la verdad con el propósito fundamental de llevar a cabo su muy noble y delicada misión de administrar justicia.”⁴⁷ (Resaltado fuera del texto).

En efecto, en atención al principio de originalidad de la prueba, esta Corporación ha sostenido al unísono que “**la valoración del testimonio de oídas sólo resulta procedente cuando no es posible recaudar la prueba original**”⁴⁸. Así, en la sentencia de 29 de enero de 2009, la Sala sostuvo que “**la valoración del testimonio de oídas depende de la dificultad para recaudar la prueba directa y original del hecho a probar, por manera que en principio, no se le puede restar una total eficacia probatoria al testimonio de oídas.**”⁴⁹ (Resaltado fuera del texto).

En el asunto *sub judice*, la parte demandante solicitó la práctica de los testimonios de los señores MIGUEL ALIRIO PEREZ YELA⁵⁰, ALEXANDER EFRAIN BASTIDAS RODRIGUEZ⁵¹ (Personero Municipal de Samaniego), MANUEL

⁴⁵ *Ibidem*. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 28 de abril de 2010, Exp. 18646. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 4 de septiembre de 2003, Exp. 11.615. C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁴⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 4 de septiembre de 2003, Exp. 11.615. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Cfr. Sentencia de 28 de abril de 2010, Exp. 18646. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

⁴⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de enero de 2009, Exp. 11.615. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Cfr. Sentencia de 7 de marzo de 2007, Exp. 16341. C.P.: Enrique Gil Botero. Cfr. Sentencia de 16 de febrero de 2001, Exp. 12703. C.P.: María Elena Giraldo Gómez. “La valoración del testimonio de oídas dependerá de la imposibilidad de recaudar una prueba original fehaciente sobre el hecho a probar (...).”

⁵⁰ Fls. 212 y 213 del C. N° 1.

⁵¹ Fls. 213 a 217 del C. N° 1.

CUELLAR BENAVIDES⁵² (Alcalde Municipal de Samaniego), MARBETH DEL CARMEN APRAEZ RODRIGUEZ⁵³(Empleada pública), GERMAN EDUARDO HERNÁNDEZ JURADO⁵⁴ (Empleado del C.T.I), ALCIRA BASTIDAS MELO (Secretaria de Gobierno del municipio de Samaniego), GALO OWALDO MORENO ROSERO (Residente de Samaniego)⁵⁵, GLORIA DEL CARMEN OBANDO MORA MORALES (Amiga de la occisa)⁵⁶, ALVARO LANDAZURY (Amigo de la occisa)⁵⁷, NANCY DEL SOCORRO CAÑIZARES DE ALBORNOZ (Amiga de la familia de la occisa)⁵⁸, YENNY STELLA ESTUPIÑAN DE QUINTERO (Amiga de la familia de la occisa)⁵⁹ y FLOR ALBA VALLEJO DE GARZÓN (Amiga de la familia de la occisa)⁶⁰.

Los señores ALEXANDER EFRAIN BASTIDAS RODRIGUEZ, MANUEL CUELLAR BENAVIDES, MARBETH DEL CARMEN APRAEZ RODRIGUEZ, ALCIRA BASTIDAS MELO, GALO OWALDO MORENO ROSERO, GLORIA DEL CARMEN OBANDO MORA MORALES y ALVARO LANDAZURY son testigos de oídas que dan cuenta de ciertas versiones que supuestamente escucharon de voz de la occisa EMILCE MARIZETH. Según dichas declaraciones, la propia EMILCE MARIZETH les había comentado que *“tenía sospechas de que iban a atentarse contra su integridad personal e incluso contra su vida, por cuanto había recibido varias llamadas telefónicas anónimas, algunas amenazantes (...) que había solicitado su traslado por cuanto temía que atentaran contra su vida”*, también señalan que *“[p]or manifestación verbal de ella nos informó a varias personas que había presentado su solicitud por escrito, como personal y telefónica a la Dirección Regional del C.T.I., acerca de las amenazas contra su vida, como consecuencia de las investigaciones que estaba adelantando”*.

No obstante lo anterior, de conformidad con el documento original contentivo del oficio remitido por la Directora Seccional del C.T.I. con fecha de 21 de febrero de 2000, en los archivos de la Seccional *“no aparecen registrados oficios o comunicaciones que hayan sido remitidas por la Dra. EMILCE GARZÓN CALPA sobre amenazas contra su vida en el lapso en que se desempeñó como Jefe de la Unidad Investigativa del CTI de Samaniego (N). Igualmente se certifica que la Dirección Seccional del CTI no adelantó ningún trámite ni produjo acto administrativo alguno para efectuar el traslado de la Dra. EMILCE GARZÓN CALPA, por cuanto no medió petición alguna para ello.”*⁶¹

Así las cosas, en atención a que sobre el objeto de la declaración de los testigos de oídas obra prueba directa en el expediente de la referencia, la Sala tendrá por acreditado que la Dra. EMILCE GARZÓN CALPA no remitió comunicación al CTI sobre amenazas contra su vida ni presentó solicitud de traslado alguna.

En efecto, se reitera que la jurisprudencia contencioso administrativo ha sostenido que *“La valoración del testimonio de oídas dependerá de la imposibilidad de recaudar una prueba original fehaciente sobre el hecho a probar (...)”* y, en este sentido, *“la valoración del testimonio de oídas sólo resulta procedente cuando no es posible recaudar la prueba original”*. Pues bien, en el presente caso, el oficio

⁵² Fls. 217 y 218 del C. N° 1.

⁵³ Fls. 219 a 221 del C. N° 1.

⁵⁴ Fls. 221 a 223 del C. N° 1.

⁵⁵ Fls. 227 y 228 del C. N° 1.

⁵⁶ Fls. 226 y 227 del C. N° 1.

⁵⁷ Fls. 229 y 230 del C. N° 1.

⁵⁸ Fls. 232 a 234 del C. N° 1.

⁵⁹ Fls. 235 y 236 del C. N° 1.

⁶⁰ Fls. 237 y 238 del C. N° 1.

⁶¹ Fl. 194 del C. N° 1.

remitido por la Directora Seccional del C.T.I. con fecha de 21 de febrero de 2000 constituye prueba directa y original mediante la cual se entiende acreditada que la Dra. EMILCE GARZÓN CALPA no remitió comunicación al CTI sobre amenazas contra su vida ni presentó solicitud de traslado alguna, pese a lo sostenido por los testigos de oídas al respecto.

3. Hechos probados

Con fundamento en el acervo probatorio que obra en el expediente, la Sala encuentra acreditados los siguientes hechos:

a) La señora EMILCE MARIZETH era hija de MANUEL GARZÓN CHAZAZAR y MARIA LUISA CALPA⁶², así como hermana de ADRIANA ROCIO⁶³ y GINNA VERÓNICA GARZÓN CALPA⁶⁴.

b) La señora EMILCE MARIZETH GARZÓN CALPA nació el 19 de enero de 1971 en la ciudad de Pasto, Nariño⁶⁵.

c) El 29 de enero de 1993, la señora EMILCE MARIZETH contrajo nupcias con el señor JAIME INSUASTY JUAJIBIOY⁶⁶. Fruto de esa unión nació el niño JUAN MANUEL INSUASTY GARZÓN el 6 de septiembre de 1993⁶⁷.

d) Tras recibirse como abogada, mediante la resolución número 0-1323 de 13 de julio de 1994 la señora EMILCE MARIZETH fue nombrada Técnico de investigación judicial I del Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación. En dicho cargo se posesionó el día 23 de agosto de 1994⁶⁸.

e) El 23 de enero de 1998, el Director Seccional Administrativo y Financiero de la Fiscalía General de la Nación – Pasto, ordenó el traslado de la señora EMILCE MARIZETH a la Unidad Local del C.T.I., del municipio de Samaniego⁶⁹.

f) De conformidad con el oficio de 13 de febrero de 2000 de la oficina del C. T. I., de Samaniego, Nariño, la funcionaria EMILCE MARIZETH tenía a su cargo sendas investigaciones relacionadas con violaciones al Estatuto Nacional de Estupefacientes (Ley 30 de 1986)⁷⁰.

g) De conformidad con el oficio remitido por la Directora Seccional del C.T.I. con fecha de 21 de febrero de 2001, en los archivos de la Seccional “*no aparecen registrados oficios o comunicaciones que hayan sido remitidas por la Dra. EMILCE GARZÓN CALPA sobre amenazas contra su vida en el lapso en que se desempeñó como Jefe de la Unidad Investigativa del CTI de Samaniego (N). Igualmente se certifica que la Dirección Seccional del CTI no adelantó ningún trámite ni produjo acto administrativo alguno para efectuar el traslado de la Dra. EMILCE GARZÓN CALPA, por cuanto no medió petición alguna para ello.*”⁷¹

h) De otra parte, el día 23 de noviembre de 1998, la Dirección Seccional del CTI de Nariño le ordenó a la funcionaria EMILCE MARIZETH que entregara su arma de dotación oficial a la Coordinación de Armamento de dicha entidad para implementar una base de datos del material armamentístico y realizar las respectivas pruebas de balística⁷².

i) El día 27 de noviembre de 1998, la señora EMILCE MARIZETH “*recibió una llamada telefónica en el despacho de la Alcaldía Municipal de Samaniego, y tan*

⁶² Fl. 30 del C. N° 1.

⁶³ Fl. 32 del C. N° 1.

⁶⁴ Fl. 33 del C. N° 1.

⁶⁵ Fl. 30 del C. N° 1.

⁶⁶ Fl. 24 del C. N° 1.

⁶⁷ Fl. 34 del C. N° 1.

⁶⁸ Fls. 66 y 69 del C. N° 1. *Cfr. Fl. 152 del C. N° 1.*

⁶⁹ Fls. 61 a 63 del C. N° 1. *Cfr. Fl. 152 del C. N° 1.*

⁷⁰ Fls. 184 a 193 del C. N° 1.

⁷¹ Fl. 194 del C. N° 1.

⁷² Fls. 64 y 65 del C. N° 1. *Cfr. Fls. 181, 182 y 183 del C. N° 1.*

pronto como contestó esa llamada, sin saberse que le dijeron ni quien la llamó, de inmediato procedió a viajar hacia la ciudad de Pasto.”

j) En el kilómetro tres de la vía que de Samaniego conduce a Túquerres, cuatro sujetos detuvieron el taxi que transportaba a la señora EMILCE MARIZETH, le ordenaron descender y le propinaron cuatro disparos con arma de fuego que causaron su deceso⁷³.

En relación con el parentesco de todos los demandantes con la occisa, la Sala estima necesario señalar que en el expediente se acreditó que los señores MANUEL GARZÓN CHAZATAR y MARIA LUISA CALPA⁷⁴ eran los padres de la occisa; que ADRIANA ROCIO⁷⁵ y GINNA VERÓNICA GARZÓN CALPA⁷⁶ eran sus hermanas; JAIME INSUASTY JUAJIBIOY, su esposo;⁷⁷ y, el niño JUAN MANUEL INSUASTY GARZÓN, su hijo⁷⁸.

No obstante lo anterior, el Tribunal Administrativo de Nariño sostuvo que *“no se aportó copia de la partida de matrimonio de MANUEL GARZÓN CHAZATAR con MARIA LUISA CALPA DE GARZÓN y, en consecuencia, no se acreditó que EMILCE MARIZETH GARZÓN CALPA haya nacido dentro del matrimonio y que los mentados señores eran sus progenitores [...] Así mismo, la ausencia de esa prueba del estado civil impide establecer el parentesco de ADRIANA ROCIO GARZÓN CALPA Y GINNA VERÓNICA GARZÓN CALPA con la extinta EMILCE MARIZETH GARZÓN CALPA”*.

Al respecto, la Sala considera que, lejos de lo señalado por el Tribunal, en el presente asunto si se acreditó con suficiencia el parentesco cercano de todos los demandantes. En efecto, como ya se señaló, en el expediente obran los registros civiles de nacimiento originales de los padres y las hermanas de la occisa que acreditan tal relación de parentesco.

4. Daño antijurídico

En relación con la naturaleza del daño antijurídico, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que *“ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario”*⁷⁹. En este sentido se ha señalado que *“en cada caso concreto deberá establecerse si el daño sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico”*⁸⁰.

Ahora bien, pese a que el artículo 90 de la Constitución establece que el Estado *“responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables”*, no existe en la legislación definición alguna del daño antijurídico. No obstante, la jurisprudencia nacional ha definido tal concepto como *“la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extra patrimonial, que la víctima no está en la obligación de*

⁷³ Fls. 25, 26, 27, 35, 36 y 38 a 42 del C. N° 1.

⁷⁴ Fl. 30 del C. N° 1.

⁷⁵ Fl. 32 del C. N° 1.

⁷⁶ Fl. 33 del C. N° 1.

⁷⁷ Fl. 24 del C. N° 1.

⁷⁸ Fl. 33 del C. N° 1.

⁷⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 13168. C.P.: Mauricio Fajardo.

⁸⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 27 de septiembre de 2000, Exp. 11601. C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

*soportar, que no está justificado por la ley o el derecho*⁸¹, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que *“el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación*⁸².

De tal definición fácilmente se extraen las siguientes dos consecuencias, a saber:

*“a. Solamente originan el deber de reparación patrimonial aquellos daños que exceden los límites jurídicos que garantizan los derechos e imponen obligaciones exigibles a todas las personas que viven en determinada sociedad”*⁸³ y b. *“Que el Estado no puede indemnizar los daños cuya fuente de indemnización no es objeto de protección jurídica, en tanto que su origen es inconstitucional, ilegal o contraria al principio de buena fe que debe regular todas las actuaciones de los particulares y del Estado (artículo 83 de la Constitución)”*⁸⁴.

En el presente asunto, la Sala encuentra debidamente acreditado el daño antijurídico consistente en la muerte violenta de la doctora EMILCE MARIZETH GARZÓN CALPA en los hechos acaecidos el 27 de noviembre de 1998 en la vía que de Samaniego conduce a Túquerres.

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

5. Imputación de la responsabilidad

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

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”⁸⁵ de la responsabilidad del Estado⁸⁶ y se erigió como garantía de los derechos e intereses

⁸¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2 de marzo de 2000. Exp. 11945. C.P. Mará Elena Giraldo Gómez. Entre otras. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero de 30 de julio de 2008. Exp. 15726.

⁸² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias de 11 de noviembre de 1999. Exp. 11499 C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez. y del 27 de enero de 2000, Exp. 10867. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez., entre otras. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero de 30 de julio de 2008. Exp. 15726.

⁸³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 5 de diciembre de 2005. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 12158. Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-832 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil. y C-043 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁸⁴ Ibídem. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 4 de junio de 2008. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Exp. 15657.

⁸⁵ 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.

⁸⁶ 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

de los administrados⁸⁷ y de su patrimonio⁸⁸, sin distinguir su condición, situación e interés⁸⁹. 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”⁹⁰. Como bien se sostiene en la doctrina,

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad”⁹¹; 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”⁹².

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado⁹³ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública⁹⁴ tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo⁹⁵.

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.

⁸⁷ 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.

⁸⁸ “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.

⁸⁹ La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. Essai d une théorie general de la responsabilité civile considerée en sa double fonction de garantie et de peine privée. Paris, 1947.

⁹⁰ 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.

⁹¹ “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.

⁹² MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., pp.120-121.

⁹³ “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.

⁹⁴ 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

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica⁹⁶, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene,

“La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”⁹⁷.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁹⁸, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁹⁹. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”¹⁰⁰.

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.

⁹⁵ “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.

⁹⁶ “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”. SANCHEZ MORON, Miguel. *Derecho administrativo. Parte general.*, ob., cit., p.927.

⁹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

⁹⁸ 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.

⁹⁹ 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

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”¹⁰¹. 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”¹⁰².

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”¹⁰³. 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 no¹⁰⁴. Es más, se sostiene doctrinalmente “que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños”¹⁰⁵.

omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

¹⁰⁰ “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”. MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [<http://criminnet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7.

¹⁰¹ “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.

¹⁰² MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

¹⁰³ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

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 proporcionalidad¹⁰⁶ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación¹⁰⁷ 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”¹⁰⁸.

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 protección¹⁰⁹ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible¹¹⁰. 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*

¹⁰⁶ “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización... En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.

¹⁰⁷ “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.

¹⁰⁸ 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.

¹⁰⁹ 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.

¹¹⁰ Cfr. Günther Jakobs. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

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”¹¹¹.

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 sociedad¹¹², 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

¹¹¹ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. En la doctrina se afirma que la “posición de garantía” debe modularse: “(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas”. JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*. 1ª reimp. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16.

¹¹² “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 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.

inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás.

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

Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de **deberes positivos**, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos¹¹³¹¹⁴.

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 garante¹¹⁵.

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 universal¹¹⁶, 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”¹¹⁷.

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 normativos¹¹⁸, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito

¹¹³ 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.

¹¹⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

¹¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

¹¹⁶ “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.

¹¹⁷ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., p.204.

¹¹⁸ 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

negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho.

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

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

5.2. Caso concreto

En el presente asunto, tal como se señaló párrafos atrás, la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño declaró la responsabilidad del Estado con fundamento en los siguientes apartes:

“En su calidad de Jefe de la Unidad Investigativa Local del C.T.I, en Samaniego – Nariño le correspondió intervenir en varias investigaciones y diferentes diligencias relacionadas, fundamentalmente, con el narcotráfico (...)

*Su intervención en la represión de esas actividades delictivas fue exitosa toda vez que se produjeron destrucciones de cultivos ilícitos y capturas de implicados en las mismas, motivo por el cual recibió ofrecimientos de dinero par que tergiversara sus investigaciones y, ante la negativa de aceptarlos, fue objeto de amenazas. **Así lo hizo saber a sus amigos y relacionados y a su superiores, hecho de que dan cuenta los testigos que declararon en este proceso.***

(...)

*Pese a la grave situación de orden público que se presentaba en el Municipio de Samaniego y a la índole de las funciones que en él cumplía la Doctora EMILCE MARIZETH GARZON CALPA, exponiéndose constantemente a serios riesgos contra su vida o su integridad personal y no contaba con protección especial y, **en los últimos días, ni siquiera con arma de dotación oficial, por lo cual se había convertido en un blanco fácil para quienes habían sido objeto de su actuar.***

(...)

Los declarantes igualmente ponen de presente que por los motivos antes señalados la referida funcionaria venía gestionando su traslado y que ella les hizo saber que la demora en hacerse efectivo se debió al parentesco existente con personas sometidas a investigación pero por hechos ajenos a la prestación del servicio.

(...)” (Sic) (Resaltado fuera del texto)

Mediante dicha sentencia se declaró la responsabilidad del Estado a título de falla del servicio tal como lo solicitó el demandante. En efecto, en el texto de la demanda se imputó responsabilidad a las entidades demandadas por la muerte de EMILCE MARIZETH GARZÓN CALPA por cuanto (i) El C.T.I no había pagado la cuenta telefónica de la oficina del C.T.I., en Samaniego; (ii) El C.T.I había retirado

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.

el arma de dotación oficial de la occisa días antes de su deceso y, finalmente, (iii) El C.T.I. no había trasladado a EMILCE MARIZETH GARZÓN CALPA pese a que ella había solicitado su traslado por las amenazas recibidas; el C.T.I., tampoco adoptó las medidas de seguridad necesarias para proteger su vida e integridad personal.

La Sala se apartará de las consideraciones del Tribunal en la sentencia de primera instancia habida cuenta que en el expediente no obra prueba alguna que permita concluir que los perjuicios padecidos sean consecuencia de las supuestas fallas del servicio en que incurrió el C.T.I., y, además, éstas últimas no fueron debidamente acreditadas.

Así las cosas, si bien la muerte de la funcionaria fue causada por terceros ajenos a la administración, *“es la creación o exposición al riesgo lo determinante para imputar al Estado la responsabilidad y, en este caso, se concreta en incumplimiento de los deberes normativos como factor determinante para la producción del daño antijurídico, específicamente en la vida e integridad de la víctima”*¹¹⁹. Pues bien, tal como se evidenciará a continuación, en el presente asunto, las entidades demandadas no contribuyeron a la creación ni a la exposición de la funcionaria al riesgo que se concretó con su deceso, en consecuencia, dicho daño no les resulta imputable.

Algunos declarantes señalaron que el C.T.I., no había pagado el rubro correspondiente al servicio de teléfono y que, en consecuencia, la señora EMILCE MARIZETH GARZÓN CALPA recibía llamadas en el teléfono del despacho de la Alcaldía Municipal de Samaniego. Pues bien, sin otras consideraciones, para la Sala resulta diáfano que a partir de tal hecho no es posible endilgar responsabilidad al Estado por la muerte violenta de la señora GARZÓN CALPA: **la suspensión del servicio de telefonía en la oficina del C.T.I., de Samaniego no resulta determinante ni genera riesgo alguno que se concrete en el daño referido.**

De otra parte, la Sala encuentra acreditado que el día 23 de noviembre de 1998, la Dirección Seccional del CTI de Nariño le ordenó a la funcionaria EMILCE MARIZETH que entregara su arma de dotación oficial a la Coordinación de Armamento de dicha entidad para implementar una base de datos del material armamentístico y realizar algunas pruebas¹²⁰; en consecuencia, para la Sala está debidamente justificado, por la entidad demandada, el retiro temporal del arma de la señora GARZÓN CALPA. No obstante, en atención a la magnitud y naturaleza del atentado en contra de la vida e integridad de la occisa, el retiro de su arma de dotación oficial tampoco configura causa determinante ni generadora del resultado fatal.

En efecto, en atención a la imprevisibilidad, magnitud y violencia del atentado en contra de la vida de la señora EMILCE MARIZETH, la posesión material de un arma de fuego no hubiera alterado el curso normal de los acontecimientos ni impedido que el riesgo creado por los asesinos se hubiera concretado en el desenlace fatal.

Finalmente, la Sala reitera que si bien algunos testigos de oídas coincidieron en señalar que según la funcionaria EMILCE MARIZETH ella era víctima de amenazas y que verbalmente había solicitado traslado a la oficina seccional del

¹¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 19 de octubre de 2011, Exp. 20861. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹²⁰ Fls. 64 y 65 del C. N° 1. *Cfr.* Fls. 181, 182 y 183 del C. N° 1.

C.T.I., dichas aseveraciones no pueden considerarse como ciertas, toda vez que obra prueba directa y original que acredita que la señora GARZÓN CALPA no había informado al C.T.I. de las supuestas amenazas, ni siquiera en el momento en que le fue retirada el arma de dotación oficial; no había solicitado traslado alguno; y, tampoco, solicitó a la Fiscalía medidas de seguridad adicionales para garantizar su integridad personal.

En efecto, como se señaló anteriormente, de conformidad con el oficio remitido por la Directora Seccional del C.T.I. con fecha de 21 de febrero de 2001, en los archivos de la Seccional “no aparecen registrados oficios o comunicaciones que hayan sido remitidas por la Dra. EMILCE GARZÓN CALPA sobre amenazas contra su vida en el lapso en que se desempeñó como Jefe de la Unidad Investigativa del CTI de Samaniego (N). Igualmente se certifica que la Dirección Seccional del CTI no adelantó ningún trámite ni produjo acto administrativo alguno para efectuar el traslado de la Dra. EMILCE GARZÓN CALPA, por cuanto no medió petición alguna para ello.”¹²¹

Así las cosas, la Sala considera que no es posible imputar responsabilidad alguna al C.T.I., por la muerte de EMILCE MARIZETH GARZÓN CALPA en los hechos *sub examine*, por cuanto supuestamente la entidad no trasladó a dicha funcionaria ni le otorgó medidas de especial protección dado que obra prueba directa y original en el expediente según la cual la difunta EMILCE MARIZETH no informó a dicha entidad sobre las supuestas amenazas en contra de su vida ni solicitó traslado alguno.

Resultaría en extremo desproporcionado e injustificable endilgar responsabilidad alguna al C.T.I., por no adoptar las medidas de seguridad necesarias o no efectuar el traslado de la funcionaria EMILCE MARIZETH, cuando no se acreditó que dicha entidad tenía conocimiento de las supuestas amenazas en contra de la vida de esta funcionaria ni mediaba solicitud de traslado alguna¹²².

Por último, es preciso resaltar que no se acreditó que la señora EMILCE MARIZETH GARZÓN CALPA hubiera puesto en conocimiento de las autoridades de Policía las supuestas amenazas de que fue objeto. En el texto de la demanda y en las demás actuaciones simplemente se presentan sendas aseveraciones sobre la situación de orden público en el municipio de Samaniego, Nariño; no obstante, no fue allegada prueba alguna que permita concluir que la Policía Nacional tenía conocimiento de las amenazas en contra de la citada funcionaria y omitió la implementación de las medidas de seguridad necesarias.

Al respecto, en reciente providencia, la Sala concluyó que “(...) la regla general es que quien ve amenazado o vulnerado su derecho debe demandar la protección de las autoridades respectivas, quienes entonces estarán en la obligación de adoptar las medidas que correspondan con el nivel de riesgo en que se encuentra la víctima, no obstante, las autoridades que por algún medio obtienen conocimiento o infieren una situación de riesgo inminente, están en la obligación de ejecutar el deber positivo de protección y seguridad a que tienen derecho los habitantes del territorio”¹²³.

¹²¹ Fl. 194 del C. N° 1.

¹²² Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 22 de junio de 2011, Exp. 19980 .C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 20 de febrero de 2012. Exp. 22600. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Pues bien, la Sala observa que de las pruebas que obran en el presente caso, no se infiere la existencia de circunstancias particulares y específicas que lleven a considerar que existía un deber positivo *concreto* de actuar a cargo de las autoridades públicas para efectos de brindar especial protección a la funcionaria EMILCE MARIZETH GARZÓN CALPA. En efecto, tal como se sostuvo en la reciente sentencia de 22 de junio de 2011, para la Sala no es de recibo considerar que el sólo hecho de que la fallecida desempeñara funciones como directora del C.T.I., en la oficina de Samaniego, explique o de cuenta del *“grave riesgo que corría, puesto que el ejercicio de funciones jurisdiccionales corresponde a una actividad laboral lícita que se asume de manera voluntaria, y que comporta la asunción de un rol particular dentro de la sociedad”*¹²⁴. Además, en tal fallo se sostuvo que:

*“Tal rol, relativo al ejercicio de la administración de justicia, lleva a asumir unos deberes especiales y diferenciados respecto de otra clase de actividades dentro del medio social, pero que, aun así, el cumplimiento de los mismos no trae como consecuencia una vulneración de derechos que permita acreditar, per se, que se trata de una actividad en la cual se pone en inminente riesgo de lesión los intereses jurídicos de quien funge como juez”*¹²⁵.

En este sentido, tampoco podría presumir la Sala que la condición de funcionaria del CTI implica la asunción de un riesgo de naturaleza excepcional que, en si mismo, demande especiales medidas de seguridad. Así, en la referida sentencia de 20 de febrero de 2012, la Sala Sostuvo que:

“Es decir, en este sentido, se reitera, que no puede la Sala presumir, sin ningún fundamento normativo o probatorio, que el ejercicio de la alcaldía municipal en Colombia, per se, requiriera la protección personal permanente del alcalde o implique, por si misma, una actividad excepcionalmente riesgosa, como pretende hacerlo ver la parte actora, sino que ello debe desprenderse del ordenamiento jurídico o de la actividad probatoria, por lo cual la ley procesal ha dotado a las partes procesales de un sin número de instrumentos probatorios, para que por medio de ellos pueda demostrarse, por lo menos, indiciariamente, la existencia de las circunstancias especiales o de los factores de riesgo que rodeaban a la persona y el elemento cognitivo en cabeza de la entidad demandada, ya que la responsabilidad del ente estatal no es ilimitada.

*Por el contrario, cabra imputar la responsabilidad por la inejecución u omisión del deber positivo de protección, no en todos los eventos, sino cuando la administración estaba en la posibilidad de proteger a la víctima, posibilidad que se predica del conocimiento que las autoridades tengan de las situaciones de riesgo o de peligro, el cual puede provenir de la información directa de la víctima o de cualquier otro medio, pues es aquí cuando la autoridad adquiere la obligación de actuar, ya sea a petición del administrado u oficiosamente, obligación que como se ha dicho, se deriva directamente de los fines constitucionales de las autoridades y de la concepción del Estado Social”*¹²⁶.

De otra parte, si bien los demandantes manifestaron que para la época de los hechos el orden público estaba gravemente perturbado en el Municipio de Samaniego, la Sala debe precisar que tal situación no es suficiente para activar las obligaciones positivas de actuar, o para establecer una posición de garante del

¹²⁴ *Ibidem.*

¹²⁵ *Ibidem.*

¹²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 20 de febrero de 2012. Exp. 22600 C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Estado, “a menos que se logre demostrar una situación de riesgo actual, serio e inminente que haya podido afectar al sujeto en cuestión. En efecto, la perturbación del orden público implica una limitación o restricción de facto al ejercicio de los derechos y libertades establecidas por la Constitución y la Ley, para un grupo humano generalizado o común dentro de una región o zona determinada del territorio; circunstancia que no puede ser equiparada con la existencia de un riesgo serio, actual e inminente de afectación de un interés legítimo concreto; pues mientras lo primero supone una afectación colectiva a las condiciones para el desenvolvimiento ordinario de la vida en sociedad, lo segundo corresponde a una concreción de tal amenaza genérica en contra de un bien jurídico específico”¹²⁷.

En consecuencia, la Sala considera que el hecho dañino y los perjuicios acreditados en el expediente no son imputables a las entidades demandadas. Así las cosas, las aseveraciones contenidas en la demanda respecto de los presupuestos fácticos de la misma, en cuanto permitirían deducir responsabilidad patrimonial al Estado, no están acompañados del soporte probatorio suficiente. Por consiguiente, ante el vacío probatorio evidenciado y la aplicación de las reglas de la carga de la prueba y las relativas a la valoración del testimonio de oídas en eventos en los cuales se allega prueba directa y original, la Sala concluye que las consecuencias desfavorables de su inactividad probatoria deben ser asumidas por la parte sobre la cual recaía el *onus probandi*, esto es la accionante, razón por la cual habrá de revocarse la sentencia apelada.

En atención a los anteriores argumentos, la Sala revocará la sentencia proferida en primera instancia y, en su lugar, denegará las pretensiones de la demanda, toda vez que no se acreditó que la muerte de la señora EMILCE MARIZETH GARZÓN CALPA fuese imputable a los entes demandados.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVÓCASE la Sentencia de 19 de junio de 2001 proferida en el presente asunto por el Tribunal Administrativo de Nariño.

SEGUNDO: DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

TERCERO: REMÍTASE el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y publíquese,

ENRIQUE GIL BOTERO
Consejero

OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ
Presidenta de la Sala

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Consejero Ponente

¹²⁷ *Ibidem*.

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO

**PRINCIPIO DE ORIGINALIDAD - Testimonio directo. Testimonio de oídas /
PRINCIPIO DE ORIGINALIDAD - No son testimonios de oídas por cuanto
cumplen con el requisito de originalidad**

Mi inconformidad radica en la valoración probatoria que la sentencia hace de los testimonios obrantes en el proceso, al determinar que son de oídas. (...) la providencia objeto de la presente aclaración incurrió en un error al no otorgarle el valor probatorio correspondiente a los testimonios que se recepcionaron en el proceso, toda vez que del relato realizado por los deponentes se puede establecer con claridad que la víctima les manifestó que estaba siendo amenazada, que temía por su integridad personal y por su vida, lo que a todas luces constituye el dicho de una persona que conoció o presencié directamente los hechos -requisito de originalidad-, como quiera que las declaraciones se refieren directamente al hecho que se quiere probar, y no como equivocadamente lo entendió la mayoría de la Sala, al señalar que esos testimonios eran indirectos o de oídas, ya que se relataba lo que escuchó decir a otra persona, sin tener en cuenta, se reitera, que su declaración estaba encaminada a acreditar el hecho de que la víctima se encontraba amenazada. (...) comparto la decisión de revocar la sentencia apelada, puesto que se logró acreditar a través de distintos medios probatorios, que la entidad demandada no tenía conocimiento de las supuestas amenazas en contra de la vida de Emilce Marizeth Garzón Calpa, lo que le restó credibilidad al dicho de los testigos, ya que se logró demostrar que la víctima no realizó la solicitud de traslado ni tampoco que hubiera informado sobre las amenazas en contra de su vida, ni que las autoridades tuvieran conocimiento de la situación.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil doce (2012)

Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00883-01(21379)

Actor: MANUEL GARZON CHAZATAR Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE JUSTICIA, CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, FISCALIA GENERAL DE LA NACION, CUERPO TECNICO DE INVESTIGACION, MINISTERIO DE DEFENSA Y POLICIA NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales, si bien, comparto lo resuelto en la sentencia del 29 de febrero en el asunto de la referencia, mediante la cual se revocó la

providencia apelada, no ocurre lo mismo respecto a algunos de los fundamentos allí señalados.

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

En la providencia en cuestión se revoca la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda, decisión que comparto.

Mi inconformidad radica en la valoración probatoria que la sentencia hace de los testimonios obrantes en el proceso, al determinar que son de oídas. En los siguientes términos, se pronunció:

“Los señores ALEXANDER EFRAÍN BASTIDAS RODRÍGUEZ, MANUEL CUELLAR BENAVIDES, MARBETH DEL CARMEN APRAEZ RODRÍGUEZ, ALCIRA BASTIDAS MELO, GALO OWALDO MORENO ROSERO, GLORIA DEL CARMEN OBANDO MORA (sic) MORALES Y ÁLVARO LANDAZURY son testigos de oídas que dan cuenta de ciertas versiones que supuestamente escucharon de voz de la accisa EMILCE MARIZETH. Según dichas declaraciones, la propia EMILCE MARIZETH les había comentado que “tenía sospechas de que iban atentarse contra su integridad personal e incluso contra su vida, por cuanto había recibido varias llamadas telefónicas anónimas, algunas amenazantes (...) que había solicitado su traslado por cuanto temía que atentaran contra su vida”, también señalan que “[p]or manifestación verbal de ella nos informó a varias personas que había presentado su solicitud por escrito, como personal y telefónica a la Dirección Regional del C.T.I., acerca de las amenazas contra su vida, como consecuencia de las investigaciones que estaba adelantando”.

2. Fundamentos del disenso

2.1 El motivo que me lleva a aclarar el voto es en lo que concierne al valor probatorio de los testimonios recepcionados en el proceso, es que se valoraron como de oídas.

La Sala en forma sistemática ha señalado que el testimonio de oídas es la declaración de una persona que no presenció de manera directa la comisión de los hechos, por lo que probatoriamente merece un ponderado análisis y una valoración crítica rigurosa; al respecto, la doctrina, ha indicado con excelente sindéresis, lo siguiente:

“(...) Otro tipo de condiciones intermedias se refiere a las relaciones del testimonio con el hecho a establecer, ya sea que el testigo relate lo que percibió personalmente (testimonio directo, ex propriis sensibus) o relate, por lo contrario, lo que le fue a su vez relatado por otro (testimonio indirecto o mediato, ex auditu alieno) o, simplemente, que relate lo que oyó decir por el rumor público, sin indicación precisa de su origen (de público conocimiento). Únicamente la primera de esta serie de testimonios suministra una verdadera prueba; las otras sólo ofrecen diminutivos más o menos controlables. La frase de LOYSEL sigue siendo verdadera: “Oui dire va par ville, et en un mui de cuider, n’y a point plein poing de savoir” –un tonel de rumores nunca está lleno-. Lo que es de público conocimiento, sólo puede aportar un dato; es así como sólo se lo admite, a falta de otra prueba, en casos excepcionales o para simple informes de moralidad. Se ha desconfiado siempre, con razón, del testimonio indirecto: los antiguos legistas y

canonistas lo llamaban testimonio ex credulitate y no lo consideraban probatorio por sí mismo, por oposición al verdadero testimonio llamado ex scientia (...)"¹²⁸

De acuerdo con lo anterior, se tiene que la providencia objeto de la presente aclaración incurrió en un error al no otorgarle el valor probatorio correspondiente a los testimonios que se recepcionaron en el proceso, toda vez que del relato realizado por los deponentes se puede establecer con claridad que la víctima les manifestó que estaba siendo amenazada, que temía por su integridad personal y por su vida, lo que a todas luces constituye el dicho de una persona que conoció o presencié directamente los hechos -requisito de originalidad-, como quiera que las declaraciones se refieren directamente al hecho que se quiere probar, y no como equivocadamente lo entendió la mayoría de la Sala, al señalar que esos testimonios eran indirectos o de oídas, ya que se relataba lo que escuchó decir a otra persona, sin tener en cuenta, se reitera, que su declaración estaba encaminada a acreditar el hecho de que la víctima se encontraba amenazada.

Debo señalar que si bien en la citada providencia se incurrió en un error al concluir que los citados testimonios eran de oídas, y que por lo tanto no se les concedió pleno valor probatorio, comparto la decisión de revocar la sentencia apelada, puesto que se logró acreditar a través de distintos medios probatorios, que la entidad demandada no tenía conocimiento de las supuestas amenazas en contra de la vida de Emilce Marizeth Garzón Calpa, lo que le restó credibilidad al dicho de los testigos, ya que se logró demostrar que la víctima no realizó la solicitud de traslado ni tampoco que hubiera informado sobre las amenazas en contra de su vida, ni que las autoridades tuvieran conocimiento de la situación.

En estos términos, dejo sustentada mi posición.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra

¹²⁸ GORPHE, Francois. La apreciación judicial de las pruebas. Editorial La Ley, Buenos Aires, 1967, páginas 373 y 374.