

**DAÑO ANTIJURIDICO - Imputación del hecho dañoso por aplicación del principio de posición de garante del Estado / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Deber de seguridad personal**

En el caso sub judice, se encuentra vulnerado el derecho a la seguridad personal, derecho que se desprende, a su vez, del derecho a la vida. Además, se debe tener presente que la protección de este derecho obliga al Estado tanto respecto de los ciudadanos como de sus funcionarios, y tratándose de estos últimos, no significa que su condición le haga perder las garantías que tiene frente al Estado como ciudadano. (...) la Sala en el caso concreto (en sus dos extremos: ámbito fáctico y atribución jurídica) precisa determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y su encaje en los criterios con base en los cuales se puede establecer [bien sea se acredite una, varias, o todas ellas] la existencia de amenazas a la seguridad personal contra el Fiscal, CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ. 1) (...) la Sala encuentra acreditado que el señor CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ se desempeñaba, para la época de los hechos, como Fiscal Delegado ante los jueces penales del circuito especializados, como se corrobora con la constancia de servicios prestados, expedida por la Fiscalía General de la Nación, (...) 2) La situación de peligro o riesgo a la que se encontraba expuesto el Fiscal CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ. (...) resulta sorprendente que después de un diagnóstico como el que describe la transcripción que se acaba de hacer del acta de dicho Consejo de Seguridad, no se hayan tomado las medidas necesarias para la seguridad de quien debía remplazar a la Doctora MARÍA DEL ROSARIO SILVA RIOS, máxime si se tiene en cuenta que en ese mismo Consejo de Seguridad el doctor JOSE DE JESUS CASTAÑEDA, Director del CTI, manifestó: “ que las investigaciones que adelantaba la Doctora María del Rosario eran de gran nivel de riesgo, especialmente 3 de ellas, todas relacionadas con narcotráfico”. (...) después de leer el acta del Consejo de Seguridad realizado el 8 de noviembre de 2001, días después del asesinato de CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ, el Consejo de Seguridad se vuelve a reunir, a anunciar medidas de seguridad que han debido tomarse y que no fueron tomadas desde el mes de julio anterior. Llama la atención la Sala, sobre la mala práctica de estos Consejos de Seguridad, cuyos resultados son inanes respecto de la seguridad de los funcionarios públicos. (...) teniendo en consideración que la Fiscalía General de la Nación, tenía conocimiento de la delicada situación de orden público que afectaba a sus funcionarios desde finales de julio de 2001 en la ciudad de Cúcuta, la Sala observa que existió una violación a los deberes de vigilancia y seguridad a cargo de dicha Entidad y que desencadenó en la muerte del Fiscal CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ. El argumento expuesto por el apoderado de la fiscalía, según el cual no está dentro de las funciones de ese organismo dar protección a sus funcionarios, no puede ser de recibo en un Estado de Derecho, que tiene como uno de sus pilares el principio de solidaridad. En efecto, el planteamiento del apoderado de la entidad demandada, asume una visión individualista, contraria al espíritu de la constitución, pues el señor CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ, en razón de su cargo asumía riesgos para garantizar el cumplimiento de la normatividad, y a este sujeto no se le puede dejar abandonado a su suerte, cuando se encuentra cumpliendo una función en beneficio de la colectividad.

**PRUEBAS - Copias simples / COPIAS SIMPLES - Valor probatorio**

Cuando se trata de prueba trasladada en copia simple por la demandante, y teniendo especial consideración por las específicas situaciones de vulneración de derechos humanos, cabe aquella documental o informes siempre que haya obrado

durante todo el proceso y la parte contra la que se aduce la haya utilizado para su defensa (contestación, alegatos o incluso en la sustentación o alegatos del recurso de apelación); xii) puede valorarse la prueba trasladada cuando la parte demandada se allana expresamente e incondicionalmente a la solicitud de pruebas presentada por la parte demandante en la demanda; xiii) puede valorarse como prueba trasladada el documento producido por autoridad pública aportado e invocado por la parte demandante. (...) la Sala de Sub - sección advierte que para casos como el presente donde está valorándose la ocurrencia de un homicidio que puede constituirse en violatorio en los derechos humanos, no puede seguir aplicándose lo establecido en el Código de Procedimiento Civil ajeno al respeto de las garantías de los derechos humanos, dado que se estaría vulnerando la Convención Americana de Derechos Humanos al no garantizarse el acceso a la justicia en todo su contenido como derecho humano reconocido constitucional y supraconstitucionalmente, tal como se sostuvo en la sentencia del caso "Manuel Cepeda contra Colombia.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1448 DE 2011 - ARTICULO 147 / DECRETO 4803 DE 2011

### **TEST DE PROPORCIONALIDAD – Criterios para la liquidación de los perjuicios morales**

El test de proporcionalidad, a su vez, comprende tres sub-principios que son aplicables: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto. (...) la idoneidad, debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego. (...) la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes. Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de los criterios propios a la idoneidad, de tal manera que la indemnización se determine atendiendo a la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada). Lo anterior, debe permitir concretar un mayor quantum indemnizatorio cuando se trata del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios que deben obrar en función del principio de idoneidad. (...) en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, y su desdoblamiento, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto.

### **PERJUICIOS MORALES - Criterios objetivos de liquidación**

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

#### **PERJUICIOS A LA VIDA DE RELACION – Liquidación**

Dentro del proceso se encuentra probada los cambios negativos que sufrió la vida relacional de la compañera permanente y de las hijas de la víctima, por ello se condenará al pago del perjuicio a la vida de relación. Tratándose de una modalidad de perjuicio inmaterial, estima la sala que, para dar un principio de racionalidad al quantum del mismo, debe aplicarse un test de proporcionalidad, en el cual se acredite la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad del perjuicio. El vínculo se encuentra acreditado respecto de la compañera permanente, y en relación con las hijas está probado el parentesco mediante los documentos idóneos, lo cual hace que la idoneidad se tenga por probada. El vínculo, la relación de afecto que se vivía en el núcleo familiar, también resulta probado con las declaraciones antes transcritas, lo cual permite a la Sala tener por acreditada la necesidad. Y finalmente, la proporcionalidad en estricto sentido, se tiene por probada por la magnitud de los hechos, visto que se trataba de una persona que cumplía funciones dentro de la administración de justicia, colaborando para que el Estado de Derecho fuese una realidad, y por tanto no hay riesgo de desproporción si se le otorga el máximo de lo que ha reconocido tradicionalmente la Corporación, por ese otro rubro de perjuicio inmaterial, los perjuicios morales; dado que nos encontramos frente a una flagrante vulneración de los derechos humanos.

#### **REPARACION INTEGRAL - Noción. Aplicación del principio restitutio in integrum**

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

**FUENTE FORMAL:** LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 16

#### **REPARACION INTEGRAL - Medidas de reparación no pecuniarias**

Adicionalmente, y acogiendo el precedente de la Sala que incorpora a nuestro concepto de reparación integral las denominadas medidas de reparación no pecuniarias, se ordenará, con el objeto de responder al “principio de indemnidad” y a la “restitutio in integrum”, y bajo el amparo del artículo 16 de la ley 446 de 1998, que se cumpla con las siguientes obligaciones que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión: 1. ofrezca disculpas a los familiares de CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ; 2. PUBLIQUE la parte resolutive de esta sentencia en todas sedes de la Fiscalía dentro del territorio Nacional y le dé difusión en un medio de circulación informativa Nacional; 3. con el fin de dar cumplimiento al artículo 7.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se ordenará que la Fiscalía General de la Nación informe al país, en un término

improrrogable de 30 días calendario, acerca de los resultados de las investigaciones adelantadas por el homicidio de CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ, y especialmente se ofrezca verdad y justicia como medio para la reconciliación. 4. Se ordenará que por la Secretaría de la Sección se remita copia de esta sentencia al Centro de Memoria Histórica, en el marco de la verdad, justicia y reparación que es predicable para el caso de los ciudadanos afectados por el conflicto armado interno, y que fue creado con ocasión de la Ley 1448 de 2011, en su artículo 147, y estructurado por el Decreto 4803 de 2011. Entendiendo que la presente decisión judicial hace parte del objetivo de reunir y recuperar el material documental relativo a las violaciones al derecho internacional humanitario y al de los derechos humanos. De todo lo ordenado, la entidad demandada deberá entregar al despacho informes del cumplimiento de lo aquí ordenado como medidas de satisfacción, dentro de los cuarenta y cinco días (45) siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

**COSTAS - No condena**

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

**FUENTE FORMAL:** LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 171

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCION B**

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil doce (2012)

**Radicación número: 54001-23-31-000-2003-01301-01(41142)**

**Actor: ISABEL ZORAIDA JAIMES OLARTE Y OTROS**

**Demandado: NACION - FISCALÍA GENERAL DE LA NACION**

**Referencia: ACCION DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACION SENTENCIA) - expedientes acumulado: 54001-23-31-000-2003-01303-00**

Decide la Sala los recursos de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, el 20 de enero de 2011, mediante la cual se dispuso:

*“PRIMERO: DECLARAR A LA NACION- FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN administrativa y patrimonialmente responsable de la muerte de CARLOS ARTURO PINTO BOHORQUEZ, como consecuencia de los hechos ocurridos en la ciudad de Cúcuta el 01 de Noviembre de 2001.*

*SEGUNDO: como consecuencia de la anterior declaración CONDENAR A LA NACIÓN- FISCALIA GENERAL D ELA (sic) a pagar por concepto de perjuicios morales por la muerte de CARLOS ARTURO PINTO BOHORQUEZ a ISABEL ZORAIDA JAIMES OLARTE en condición de compañera permanente del Fiscal fallecido 60 SMLMV equivalentes a treinta y dos millones ciento treinta y seis mil pesos \$32.136.000,00 y a sus hijos MARIO ALBERTO PINTO CALDERON, CLAUDIA MARCELA PINTO DUARTE, CARMEN SOFIA PINTO JIMENEZ, MONICA DEL PILAR PINTO NIETO, KATIA MILENA PINTO JAIMES Y KARLA LORENA PINTO JAIMES, la suma de OCHENTA SALARIOS (80) SMLMV para cada uno, equivalente a cuarenta y dos millones ochocientos cuarenta y ocho mil pesos \$42.848.000,00.*

*TERCERO: CONDENAR A LA NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar por concepto de perjuicios materiales por la muerte de CARLOS ARTURO PINTO BOHORQUEZ a ISABEL ZORAIDA JAIMES OLARTE, a título de compañera permanente la suma de Quinientos cincuenta y cuatro millones cuatrocientos setenta y seis mil ochocientos treinta y seis pesos (\$554.476.836), a KATIA MILENA PINTO JAIMES, en su condición de hija la suma de ciento veintisiete millones ochocientos tres mil seiscientos treinta y siete pesos (\$127.803.637,00), y a KARLA LORENA PINTO JAIMES, en calidad de hija, la suma de setenta y tres millones doscientos setenta y un mil doscientos treinta pesos(\$73.271.230,00).*

*CUARTO. Negar las demás suplicas (sic) de la demanda.*

*QUINTO: Esta condena devengará intereses comerciales y de mora en los términos de los artículos 175 y 176 del C.C.A.*

*SEXTO: En el evento de no ser apelada la presente providencia, súrtase el grado de consulta, de conformidad con el art. 184 del C.C.A, junto con el auto que liquide la condena en abstracto de los perjuicios materiales o en su defecto con el que se declare extemporáneo el incidente.*

*SEPTIMO: devolver a la parte actora la suma consignada para gastos del proceso o sus remanentes.*

*OCTAVO: para el cumplimiento de esta sentencia expídanse las copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del C.P.C, y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del decreto 359 del 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.*

*NOVENO: Ordénese el pago del ARANCEL JUDICIAL a cargo de la demandante y a favor del Consejo Superior de la Judicatura, en cuantía del 2% del valor de la presente condena, pago del arancel que deberá ajustarse por la parte demandante a la fecha en que se efectué (sic) el pago definitivo de la condena, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3, 7 y 8 de la ley 1394 de 2010. Pago que debe realizarse mediante depósito judicial a*

órdenes del Tribunal en la cuenta que posea para tal efecto el Banco Agrario”.

## ANTECEDENTES

### 1. Las demandas.

Por cuanto en el presente expediente se acumularon dos procesos los antecedentes se relataran de manera separada en cada uno de ellos.

#### 1.1 Demanda en el Expediente 2003-01303

Fue presentada el 31 de octubre de 2003, mediante apoderado judicial, por MARIO ALBERTO PINTO CALDERON, MONICA DEL PILAR PINTO NIETO, CARMEN SOFIA PINTO JIMENEZ, CLAUDIA MARCELA PINTO DUARTE, en su condición de hijos de la víctima; por FANNY DUARTE AMAYA, compañera permanente de la víctima; y por LEONARDO GRANADOS DUARTE, hijo de crianza de la Víctima; y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

##### 1.1.1 Pretensiones:

*I. La Nación, Fiscalía General de Nación son administrativamente responsables de los perjuicios ocasionados con motivo de la muerte del Dr. CARLOS ARTURO PINTO BOHORQUEZ, hechos sucedidos jueves 1 de Noviembre de 2001, cuando se desempeñaba como Fiscal Especializado de la Dirección Seccional de Fiscalía de Cúcuta.*

*II. Condenar, en consecuencia, a la Nación Colombiana, Fiscalía General de la Nación, Ministerio de Defensa- Policía Nacional, a pagar a los accionantes o a quien represente legalmente sus derechos, como reparación o indemnización, los perjuicios morales, los cuales se estiman como mínimo una suma equivalente a DOSCIENTOS SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, para **MARIO ALBERTO PINTO CALDERON**, DOSCIENTOS SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES para **MONICA DEL PILAR PINTO NIETO**, DOSCIENTOS SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, para **CARMEN SOFIA PINTO JIMÉNEZ**, para **CLAUDIA MARCELA PINTO DUARTE**, DOSCIENTOS SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, para **FANNY DUARTE AMAYA**, DOSCIENTOS SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES y para **LEONARDO GRANADOS DUARTE**, DOSCIENTOS SALARIOS MINIMOS LEGALES VIGENTES*

*III. Condenará a la Nación Colombiana, Fiscalía General de la Nación, Ministerio de Defensa- Policía Nacional, a pagar a los accionantes o a quien represente legalmente sus derechos al pago de los intereses correspondientes a la tasa legal, sobre las cantidades que resulten a favor de los citados, desde la fecha en que deba hacerse el pago hasta aquella en que efectivamente se realice, conforme lo señala el artículo 177 del C.C.A.*

*IV. Los organismos demandados darán cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.”*

##### 1.1.2 Fundamentos Fácticos de estas Pretensiones:

El apoderado de la demandante fundamentó las anteriores pretensiones en los hechos que se sintetizan a continuación así:

Se reseñan los cargos ejercidos por la víctima en la Fiscalía General de la Nación, el último de los cuales, que ejercía en el momento de ser asesinado, fue el de Fiscal delegado ante los jueces penales del Circuito Especializados de la ciudad de Cúcuta.

Se afirma que en este último cargo el Dr. CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ, había remplazado a una fiscal que había sido asesinada el 28 de julio de 2001. Igualmente se relata que el 30 de septiembre de 2001 fue asesinado el jefe de Policía del Cuerpo técnico de Policía Judicial de la Fiscalía General de la Nación Seccional Cúcuta.

Se afirma también que la víctima, CARLOS ARTURO PINTO BOHORQUEZ, en el momento de su muerte adelantaba investigación por delitos relacionados con paramilitarismo y narcotráfico, y que en el pasado había tomado decisiones que incomodaron algunos miembros de las fuerzas militares.

Se pone de presente que un periodista reconocido nacionalmente había publicado en una columna de prensa, titulada “un aliado excelente”, refiriéndose a un fiscal de la ciudad de Cúcuta, había mencionado el apellido de la víctima y había señalado que la fiscalía había dejado en libertad algunos sujetos capturados después de que los mismos habían confesado su participación en delitos.

Las constantes amenazas en contra de la víctima hicieron que ésta solicitara el cambio de su número telefónico y que solicitara al Vicefiscal General de la Nación de la época, su traslado a la ciudad de Bucaramanga por razones de seguridad. Solicitó también la asignación de un vehículo que le fue negado.

Se afirma que la víctima, en el momento de su muerte y por más de veinte años, hizo vida marital con FANNY DUARTE AMAYA, con quien había procreado a CLAUDIA MARCELA PINTO DUARTE.

El día 1 de noviembre de 2001, cuando esperaba el vehículo que lo transportara a las oficinas de la Fiscalía, fue asesinado por sicarios que se movilizaban en una motocicleta.

## **1.2 Demanda en el Expediente 2003-01301**

Fue presentada el 4 de noviembre de 2003, mediante apoderado judicial, por ISABEL SORAIDA JAIMES OLARTE, KATIA MILENA PINTO JAIMES Y CARLA LORENA PINTO JAIMES, en su condición de compañera permanente, la primera; y de hijas, las segundas; de la víctima CARLOS ARTURO PINTO BOHORQUEZ, y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

### **1.2.1 Pretensiones**

***“2.1 Que la NACION COLOMBIANA, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, es administrativa y patrimonialmente responsable de los daños y perjuicios de todo orden, con ocasión de la muerte del Dr. CARLOS ARTURO PINTO BOHORQUEZ, ocurrida en la Ciudad de Cúcuta el 011101, cuando desempeñaba el cargo de FISCAL DELEGADO ANTE LOS JUECES PENALES DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO, ante el DAS. y la SIJIN.*”**

2.2 Que como consecuencia de la anterior declaración condénese a LA NACIÓN COLOMBIANA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, a pagar a la Sra. ISABEL SORAIDA JAIMES OLARTE, en su condición de Compañera Permanente y a sus Hijas KATIA MILENA PINTO JAIMES y KARLA LORENA PINTO JAIMES los perjuicios de todo orden causados por la muerte de su Compañero y padre CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ.

2.2.1 A Título de Indemnización por Perjuicios INMATERIALES en favor de: ISABEL SORAIDA JAIMES OLARTE, el equivalente 200 salarios mínimos legales mensuales, salario que a la fecha de presentación de la demanda es igual a \$332.000oo mensuales. Rubro igual a \$66.400.000oo.

Para KATIA MILENA PINTO JAIMES, y CARLA LORENA PINTO JAIMES, para cada uno(sic) de ellas, el equivalente a 200 salarios mínimos legales mensuales, salario que a la fecha de presentación de la demanda es igual a \$332.000. Rubro igual a \$132.000.000oo

2.2.2 Para ISABEL SORAIDA JAIMES OLARTE,,(sic) el valor de los Perjuicios Materiales (en la modalidad Lucro Cesante) ocasionados por la muerte de su Compañero CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ,,(sic) equivalente a \$411.966.650oo y/o el valor que llegare a demostrarse, incluido el veinticinco por ciento(25%) por concepto de prestaciones sociales.

2.2.3 Por concepto de Perjuicio denominado DAÑO A LA VIDA EN RELACION, determinado este por la ausencia definitiva del Compañero y Padre, el no poder gozar y disfrutarlo como tal, garante que era de toda actividad (daño a la integridad psicológica y emocional) el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales para ISABEL SORAIDA JAIMES OLARTE, CARLA LORENA PINTO JAIMES y KATIA MILENA PINTO JAIMES. Rubro igual a la fecha de presentación de la demanda de \$99.600.000oo

2.2.4 En la regulación de los perjuicios materiales se distinguirán dos periodos de indemnización: la debida hasta la fecha probable del fallo y la futura. Además se actualizará su valor tomando en consideración el índice de precios al consumidor (IPC), según certifique el Departamento Nacional de Estadística, DANE, para compensar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, conforme al artículo 178 del CCA.(sic)

2.2.5 Los intereses Moratorios correspondientes conforme a sentencia C-188/99 MP. José Gregorio Hernández Galindo esto es a partir de la ejecutoria de la Sentencia Definitiva con la modificación jurisprudencial para el ART. 177 del CCA.(sic)

Que, se debe dar cumplimiento a la Sentencia que se dicte a instancias de esta demanda, dentro del término señalado en el artículo 176 del CCA.(sic)

2.2.6 Que, para la valoración de los daños deberá atender los principios de reparación integral y equidad (Art.16 Ley 446/98 y Art.8 Ley 153/87) que son el fundamento y límite de la responsabilidad y la reparación del daño.

Las demás indemnizaciones que en ejercicio del principio ***Iura Novit Curia***, como en la valoración de los daños y en la aplicación del principio de reparación Integral y equidad llegaren a corresponder”.

## 1.2.2 Fundamentos fácticos de estas pretensiones.

Las anteriores pretensiones las fundamentó el apoderado de la parte actora en hechos similares a los redactados en la otra demanda, los cuales se sintetizan a continuación destacando los aspectos particulares y exclusivos de este libelo.

Se afirma que la víctima hacía vida marital con la demandante ISABEL SORAIDA JAIMES OLARTE desde 1981 y de esta unión nacieron CARLA LORENA Y KATIA MILENA PINTO JAIMES.

Se relacionan también en esta demanda los cargos ejercidos por la víctima al interior de la Fiscalía General de la Nación, pero haciendo énfasis en que pertenecía a la justicia regional y describiendo la historia de esta justicia y su especialización en delitos que afectaban el orden público.

Se señala igualmente que se identificó un plan a gran escala para asesinar funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, que se concretó con el asesinato de la Fiscal al que la víctima había remplazado y al Jefe de la Policía judicial de la Dirección Seccional del CTI. Seccional Cúcuta.

## **2. Actuación procesal en primera instancia.**

### **2.1 En el Expediente 2003-10303**

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante providencia del 17 de agosto de 2004 admitió la demanda (fl.63 c1), la cual fue notificada a la Fiscalía General de la Nación, por conducto del Director Seccional Administrativo Financiero de Cúcuta el 23 de mayo de 2005 (fl. 66 c.1).

#### **2.1.1 Contestación**

La demandada, Fiscalía General de la Nación, contestó la demanda en la oportunidad legal, mediante escrito en el cual manifestó que los hechos debían probarse; sin embargo, argumento que la Fiscalía General de la Nación no es un organismo de Seguridad del Estado, que tenga entre sus obligaciones prestar seguridad, excepción hecha de la protección a víctimas y a testigos relacionados con un proceso penal.

Aduce además que el cargo que ocupaba la víctima revestía peligro por las circunstancias que vivía el país en la época en que ocurrieron los hechos, peligro que asume por su cuenta y riesgo quien decide ejercer el cargo de fiscal.

Argumenta también que existe un seguro de vida para funcionarios y empleados de la Rama Judicial, con un monto asegurado de 400 salarios mínimos legales mensuales y que en el caso concreto los beneficiarios del causante hicieron efectiva la póliza de seguro, con lo cual queda, según su dicho, exonerada la entidad demandada de cualquier pago por concepto de indemnización.

Propone las excepciones que denominó: de «*Inexistencia de una falla comprobada en el servicio imputable a la Fiscalía*» y «*Circunstancias externas a mi representada*». La primera la fundamenta en que la falla del servicio debe ser de tal magnitud que pueda ser calificada de «*anormalmente deficiente*». La segunda excepción la basa en que la muerte de CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ fue perpetrada por grupos al margen de la Ley, con lo que se constituye, según el apoderado de las demandantes, la causal de exoneración de HECHO DE UN TERCERO.

### **2.1.2 Periodo Probatorio**

A la etapa probatoria se le dio inicio mediante auto del 14 de julio de 2006 (fls.98 c1), en el cual se decretaron las pruebas solicitadas por las partes en la demanda y la contestación.

### **2.1.3 Envío al Juzgado Administrativo**

El 24 de agosto de 2006, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 164 de la Ley 446 de 1998 y del acuerdo PSAA06-3409 de mayo 9 de 2006, se dispuso enviar el expediente al reparto de los juzgados administrativos (fl 100 c.1), correspondiéndole su conocimiento al Juzgado Segundo Administrativo de Cúcuta, despacho que asumió conocimiento el 7 de septiembre de 2006 (fl. 102 C.1).

Agotada la etapa probatoria, mediante providencia de 13 de octubre de 1999 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y, se ordenó el traslado especial a que hay lugar (en caso de haber sido solicitado) al Ministerio Público (fl.199 c1).

### **2.1.4 Declaratoria de Nulidad.**

Mediante providencia del 31 de octubre del 2008, el Juzgado Segundo Administrativo de Cúcuta, declaró la nulidad de lo actuado desde el 7 de septiembre de 2006, en virtud de que se trata de un proceso en que se discute la responsabilidad del Estado, derivada de indebido funcionamiento de la administración de justicia, le corresponde conocer en primera instancia al Tribunal.

El 20 de marzo de 2009, el Juzgado Segundo Administrativo, ordena enviar el expediente al Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en cumplimiento de una solicitud enviada por ésta última corporación en la que se pedía el envío del expediente para estudiar la posibilidad de acumulación con el expediente 2003-01303. (fl. 191).

## **2.2 En el Expediente 2003-10301**

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante providencia del 11 de febrero de 2004 admitió la demanda (fl.48 c1), la cual fue notificada a la Fiscalía General de la Nación, por conducto de Precelia Roa Jaimes, el 30 de agosto de 2004 (fl. 51 c.1).

### **2.2.1 Contestación**

La demandada, Fiscalía General de la Nación, contestó la demanda en la oportunidad legal, mediante escrito en el cual manifestó que respecto de los hechos de la demanda se atendería a lo que resultara probado. Sin embargo, en relación con las pretensiones, sostuvo que por cuanto no se establecía si la muerte de la víctima había ocurrido por razón de su cargo o por motivos personales y puesto que no se había demostrado que PINTO BOHÓRQUEZ hubiese solicitado protección o haya dado aviso de amenazas en su contra no había lugar a la declaratoria de la responsabilidad.

De otra parte, plantea el mismo argumento expuesto por el apoderado de la entidad demandada en el expediente acumulado, en el sentido que la falla del servicio requiere que se acredite que la conducta de la administración es

“anormalmente deficiente” y a su juicio, “dentro del texto de la demanda no se aprecia un extraño de particular importancia, para que se despache favorablemente las pretensiones de la demanda...”

### **2.2.2 Periodo Probatorio**

Se dio inicio al periodo probatorio en este expediente, mediante providencia del 31 de marzo de 2009, en la cual se decretaron las pruebas pedidas por las partes en la demanda y su contestación. (fl.85 c.1).

### **2.2.3 Traslado para alegar de conclusión**

El 21 de abril de 2006, El Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander, ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión (fl.226 c.1).

El día 20 de junio el Agente del Ministerio Público presentó su concepto, en el cual esencialmente manifiesta que, si bien es cierto que la administración de justicia no es una actividad peligrosa, en casos excepcionales, “como el desempeño de fiscal especializado” hacía que la Fiscalía tuviese el deber de haberle protegido mediante medidas de seguridad. Esta omisión hace que sea predicable que las demandantes no estaban en obligación de soportar la muerte de su padre CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ. (fls 240 al 245 c.1).

El apoderado judicial de la Fiscalía General de la nación, radicó el escrito de alegatos el 9 de mayo de 2006 (fls 247 al 249 c.1), en el cual reiteró sintéticamente los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

### **2.2.4 Solicitud de pruebas adicionales**

El apoderado de las demandantes solicitó, mediante memorial radicado el 1 de marzo de 2007 (fls 256al258 c.1) el decreto de pruebas trasladadas, concretamente la declaración del señor SALVATORE MANCUSO, rendida dentro un proceso adelantado ante la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. El Tribunal de primera instancia, con base en las facultades previstas en el art. 169 del C.C.A, decretó el traslado de la prueba solicitada, mediante providencia del 18 de octubre de 2007 (fl.260 c.1).

El 28 de noviembre de 2008, la apoderada de las demandantes solicito se decretara el traslado de las declaraciones rendidas por ORLANDO BOCANEGRA ARTEAGA. Invocando las mismas facultades del artículo 169 del C.C.A, el Tribunal de primera instancia ordenó que se remitiera tal declaración, mediante providencia del 23 de enero de 2009 (fl 330 c1).

### **2.2.5 Acumulación de Procesos**

Previa solicitud del apoderado de la parte actora dentro del expediente 2003-1303, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander decretó la acumulación de ese expediente, al proceso identificado con el radicado 2003-1301, mediante providencia del 6 de agosto de 2009 (fls 424- 425 c. 1).

### **2.2.6 Traslado para alegar de conclusión en los dos expedientes acumulados**

Mediante de auto del 10 de julio de 2010, El Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander, ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público, para que alegaran de conclusión (fl.199 c.1).

La parte actora presentó sus alegatos de conclusión mediante escrito radicado el 27 de julio de 2010 (Fls 258al261 c.1), en el que reiteró lo sostenido en la demanda sobre la responsabilidad de la Fiscalía por la muerte de CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ. Además, desvirtuó la configuración de las dos excepciones propuestas por la entidad demandada, aduciendo que la Fiscalía General de la Nación fue descuidada en su proceder, al no tomar medidas de seguridad frente a los ataques externos de que fueron blanco algunos de sus funcionarios, con anterioridad al asesinato de CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ.

A propósito de la excepción de causa externa, el apoderado de la parte actora afirma que en este caso el hecho del tercero no puede considerarse como causal de exoneración, puesto que la fiscalía omitió implementar medidas de seguridad de su funcionario.

Finalmente, llama la atención de como en el desarrollo del proceso los autores intelectuales y materiales del daño, confesaron que para poder realizar las acciones violentas, permearon las entidad FISCALIA SECCIONAL CUCUTA.

La parte demandada radicó sus alegatos, mediante escrito enviado vía fax, el 19 de julio (fls 200 al 203. c. 1) y aportó el mismo escrito en original el 3 de agosto de 2010 (fls 263 al 266 c.1) En este escrito se insistió en la ausencia de responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación, por cuanto el hecho de la muerte obedeció a la conducta de un tercero, y por lo tanto no está demostrada la relación de causalidad entre el hecho dañoso y la conducta de la demandada, ni tampoco la ocurrencia de un daño especial.

El Ministerio Público radicó su concepto mediante escrito presentado el 14 de septiembre de 2010.(fls 284al286 c.1). En el mismo, se afirma que, no obstante que el hecho dañoso se produjo por hechos de terceros, está probada la falla del servicio por no haber dado la protección solicitada por la víctima, teniendo en cuenta que existían antecedentes de asesinatos de funcionarios, como el ocurrido en la persona de MARIA DEL ROSARIO SILVA RIOS; concluye que: *"...la causa extraña que intervino en la realización del resultado no tiene la virtualidad de exonerar de responsabilidad a la administración, habida cuenta no (sic) de un hecho imprevisible e irresistible para la administración"*.

### **3. Sentencia de primera instancia.**

El *a quo* accedió a las súplicas de la demanda, salvo las peticiones relacionadas con FANNY DUARTE AMAYA y LEONARDO GRANADOS DUARTE, por no haberse demostrado respecto de la víctima, la condición de compañera permanente de la primera, y de hijo de crianza respecto del segundo. El fallo fue proferido el 20 de enero de 2011, este fallo estuvo sustentado en 4 argumentos fundamentales:

Tuvo por demostrado el daño antijurídico, consistente en la muerte violenta de CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ, que privó a sus hijos y a ISABEL ZORAIDA JAIMES OLARTE, como compañera permanente, de la ayuda económica y el apoyo que la víctima les brindaba.

Existió una falla del servicio, puesto que aunque la víctima no hubiese advertido sobre la existencia de amenazas en su contra, a la luz de la teoría de la probabilidad preponderante," era evidente el riesgo que corría el Dr. CARLOS ARTURO PINTO BOHORQUEZ, pues era de conocimiento público el asesinato de la Fiscal MARIA DEL ROSARIO SILVA perpetrado 4 meses antes, que había ocupado el mismo cargo del Dr. CARLOS ARTURO PINTO BOHORQUEZ".

De otra parte, hace énfasis el Tribunal, en el Consejo Extraordinario de Seguridad celebrado en la ciudad de Cúcuta el 29 de julio de 2001, "*en el cual participaron entre otros; el Director Seccional de Fiscalías, El Director Seccional del D.A.S y el Comandante de Policía de Cúcuta, lo que revela, que se advirtió de la grave situación de riesgo de algunas personas en razón del cargo, sin que fuesen adoptadas las medidas necesarias que eran requeridas para proteger la integridad personal de estas personas*". (Fl.445 Cuaderno de segunda instancia).

Se sostiene también en el fallo de primera instancia que: "*La demandada no demostró ninguna causal de exoneración que probara que el hecho ocurrió por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero*" y que la misma intenta "*eludir la responsabilidad que les corresponde por el hecho de uno haber tomado las medidas de seguridad adecuadas, cuando la misma Entidad conocía claramente el riesgo que corría la víctima, toda vez, que ya había un precedente, ya existía un suceso desafortunado- la muerte de la Dra. MARIA DEL ROSARIO- que alertaba sobre el peligro inminente de los funcionarios que desempeñaran tal cargo*".

En este orden de ideas, el Tribunal de primera instancia declara responsable a la Fiscalía y la condena al pago de perjuicios morales y materiales en favor de los demandantes que acreditaron legitimación activa.

#### **4. Recurso de Apelación.**

Las dos partes interpusieron oportunamente recurso de apelación contra el fallo de primera instancia. La Fiscalía General de la Nación interpuso y sustentó su recurso de alzada mediante escrito presentado el 14 de febrero de 2011 (fls 452al455, cuaderno segunda instancia). La apoderada de ISABEL ZORAIDA JAIMES, CARLA LORENA Y KATIA LORENA PINTO JAIMES, lo hizo mediante escrito radicado el 21 de febrero del 2011.(fls 463al467 cuaderno segunda instancia). Los demandantes en el expediente 2003-01303 dejaron transcurrir el término de ejecutoria de la sentencia de primera instancia, en silencio.

##### **4.1 Argumentos expuestos en el recurso interpuesto por la Fiscalía:**

La apoderada judicial de la entidad demandada fundamenta su recurso de apelación en 4 argumentos a saber:

El fallo parte de una premisa equívoca, según el recurrente, que consiste en que el Tribunal entiende que a la Fiscalía General de la Nación le corresponde sus servidores, circunstancia "que no corresponde con los deberes funcionales de la fiscalía" (fl. 455 c. segunda Instancia).

No está probada la solicitud de protección por parte de la víctima, puesto que este hecho se deduce de un oficio f44 c. 1, exp. 2003-1301, aportado en copia simple; y en cambio, si se encuentra una constancia de la Jefe de la unidad de Fiscalías contra el terrorismo, en la que se informa que en los archivos de esa dependencia no se encontró copia auténtica de ese documento.

Sin especificar a qué pruebas se refiere en concreto, se manifiesta que “*no resulta viable darle curso a la demanda*” porque las pruebas que pretende hacer valer la parte actora carecen de los requisitos consagrados en el artículo 254, sobre el valor probatorio de las copias.

Finalmente impugna el reconocimiento de perjuicios materiales, sobre la base que- según el recurrente- no hay lugar a condenar a la Fiscalía al pago de los mismos, porque la víctima estaba cubierta por un seguro de vida tomado por la entidad demandante, y porque además, las demandantes JAIMES OLARTE Y PINTO JAIMES, reciben la pensión de sobrevivientes.

#### **4.2 Argumentos expuestos por el apoderado de ISABEL ZORAIDA JAIMES Y SUS HIJAS.**

La apoderada judicial de estas demandantes ataca en su escrito de sustentación del recurso, el monto en que fueron liquidados los perjuicios morales y la negativa de reconocimiento del perjuicio que en la demanda se denominó “daño a la vida de relación”.

A propósito de los perjuicios morales sostiene el recurrente, que la suma reconocida en la sentencia de 80 SMLMV para la compañera permanente y 60 SMLMV, para las hijas, no responde a la magnitud e intensidad del daño, puesto que estos no se hicieron solo a ellas sino a la humanidad, razón por la cual, estima el quejoso, debe ser reconocido un valor incluso superior a los 100 SMLMV. Para el efecto transcribe apartes de diversas sentencias de esta Corporación en las que se han reconocido rubros de 100 y 180 SMLMV.

En cuanto atañe a la negativa del reconocimiento del daño a la vida de relación, sostiene: “*La vida de relación si bien también está sujeta a las singularidades de cada persona, se ajusta a una media o estándar genérico porque la actividad social y la plenitud del ser humano, con sus matices, es siempre inherente a la persona...*” “*Por ende, Toda vez que les fue interrumpido a mis mandantes, su tejido y núcleo familiar, su vida, en seno de familia, se le interrumpió a la compañera permanente, su convivencia en pareja, se interrumpió la carrera universitaria de leyes y jurisprudencia a las hijas del inmolado*”. (fl.466 y 467 c. segunda instancia).

4.3 El recurso fue concedido por el *a quo* mediante auto de 15 de marzo de 2001 (fl.242 cp).

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 70 de la ley 1395 de 2010, cito a audiencia de conciliación a las partes. La audiencia se llevó a cabo el 5 de abril de 2011 y fue declarada fallida. (fl. 483 c. segunda instancia).

El Tribunal *a quo* concedió los recursos de apelación interpuestos, mediante providencia del 11 de abril de 2011. (fl.490 cuaderno de la segunda instancia).

#### **5. Actuación en segunda instancia.**

La Sección Tercera del Consejo de Estado admitió los recursos, en auto del 13 de junio de 2011. (fl.495 cuaderno de la segunda instancia).

Mediante providencia del 5 de julio de 2011 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (fl. 497 cuaderno segunda instancia).

La apoderada judicial de la Fiscalía General de la Nación, presentó su escrito contentivo de los alegatos, el 22 de julio de 2011 (fls 498 al 502). El apoderado judicial de las demandantes que interpusieron recurso, radicó su escrito de alegatos el 26 de julio de 2011 (fls 504-508). El agente del Ministerio Público rindió su concepto mediante escrito presentado el 8 de agosto de 2011 (fls 509al531 cuaderno segunda instancia).

La apoderada de la Fiscalía General de la Nación repitió los argumentos expuestos en el escrito de sustentación del recurso. El apoderado de la parte demandante recurrente, sostiene que el homicidio de CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ, es atribuible a un hecho de violación al sistema de protección de los derechos humanos (delito de lesa humanidad) calificación que según él *“es loable según lo expuesto y considerado por la sala de justicia y paz del H. tribunal superior de Bogotá en sentencia de primer grado contra alias el “Iguano” (IVAN LAVERDE ZAPATA) a quien se sentenció por la muerte del fiscal ya citado”* De este hecho, se deriva según el apoderado recurrente, que fue la misma parte demandada dentro de este proceso, la que *“acreditó dentro de la ley de justicia y paz a través del señor fiscal 8 de esa unidad, la responsabilidad paramilitar de alias “el iguano”, y determinó que los hechos en los que pierde la vida el fiscal es(sic) un hecho sistemático, generalizado y orquestado contra la misma población civil y de contera contra la humanidad”* De otra parte, sostiene, que de la calificación de delito contra la humanidad debe derivarse una mayor laxitud en la valoración probatoria, para lo cual cita decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El agente del Ministerio público, trayendo precedentes de esta Corporación, pone de presente que la imputación que puede hacerse de un daño antijurídico, se debe hacer dentro del campo fáctico y del campo normativo, y que en este orden de ideas, es posible que aunque una conducta no le sea imputable a la entidad pública demandada desde la materialidad de los hechos, si le puede ser imputable desde la omisión de un deber normativo.

Aplicando esta reflexión al caso sub judice- el Procurador Delegado concluye que: *“Si bien la acción material del asesinato no fue cometida por funcionarios de la entidad demandada, no se configura el hecho de un tercero como casual (sic) de exoneración, toda vez que el hecho dañoso si tuvo ocurrencia por la falta de medidas de protección que de manera imperativa debió adoptar la Fiscalía con su funcionario en razón de las labores a su cargo y habida consideración de la situación conocida de inseguridad para los administradores de justicia en esa zona del país”*.

## **CONSIDERACIONES**

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia del 20 de enero de 2011 proferida por el Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante la que se declaró administrativamente responsable a las entidades demandadas y se les condenó al pago de la indemnización de los perjuicios morales. A efectos de tomar la decisión que corresponda, la Sala examinará primero su competencia para

conocer de las apelaciones interpuestas y admitidas, luego determinará los problemas jurídicos que se derivan de los recursos interpuestos por las partes y analizará cada uno de ellos en relación con las pruebas que obran en el proceso, cuando la discusión sea de los elementos fácticos, o elaborará los racionios conceptuales cuando el asunto sea de puro derecho.

### **1. Competencia.**

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

### **2. Los problemas jurídicos derivados de los recursos interpuestos:**

Si bien es cierto existe un problema jurídico general, cual es el de determinar si a la Fiscalía General de la Nación le es atribuible la responsabilidad por el homicidio de CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ, cuando éste se desempeñaba como fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializado, para llegar a la resolución de este problema debe la Sala primero atender los cuestionamientos que las partes han hecho al fallo de primera instancia, los cuales, de suyo, plantean problemas jurídicos a resolver.

#### **2.1 Problemas jurídicos derivados del Recurso interpuesto por el apoderado de la Fiscalía General de la Nación:**

- ¿Es ajeno a las funciones de la fiscalía asignar medidas de protección a sus funcionarios?
- ¿Es susceptible de valoración un documento aportado por la parte demandante en copia simple?
- ¿Hay lugar a condenar a la Fiscalía General de la Nación al pago de perjuicios materiales, por la muerte de un fiscal, cuando la institución ha tomado un seguro de vida que ha sido cobrado por los herederos del funcionario que ha sido asesinado?

#### **2.2 Problemas jurídicos derivados del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.**

- ¿Hay lugar a incrementar la indemnización decretada en fallo de primera instancia en 80 y 60 salarios mínimos legales mensuales para la compañera y las hijas de la víctima, respectivamente; so pretexto que tales daños se hicieron no sólo a las personas que padecieron el dolor por la pérdida, sino que fueron inferidos a toda la humanidad?
- ¿Hay lugar a reconocer perjuicios inmateriales denominados a la vida de relación so pretexto que los herederos de la víctima de un asesinato, perdieron la posibilidad de estudiar una carrera universitaria?

### **3. Análisis**

Procede la Sala a resolver cada uno de los problemas jurídicos planteados en el anterior acápite.

### 3. ¿Es ajeno a las funciones de la fiscalía asignar medidas de protección a sus funcionarios?

Para efectos de resolver este problema jurídico, la Sala debe comenzar afirmando que en el caso sub judice, se encuentra vulnerado el derecho a la seguridad personal, derecho que se desprende, a su vez, del derecho a la vida. Además, se debe tener presente que la protección de este derecho obliga al Estado tanto respecto de los ciudadanos como de sus funcionarios, y tratándose de estos últimos, no significa que su condición le haga perder las garantías que tiene frente al Estado como ciudadano. Sobre la obligación de protección el precedente de la sala indica:

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

Antes de abordar la determinación del daño antijurídico y el juicio de imputación, y teniendo en cuenta las particularidades del asunto, la Sala debe abordar el tratamiento de la situación de ciertos actores sociales, como son aquellas personas que desempeñan cargos de representación democrática dentro del marco institucional del Estado, los cuales, en razón al ejercicio de su labor pública pueden ser objeto de protección reforzada [en el marco de la tutela del derecho a la seguridad personal], más cuando se acrediten, directa o indirectamente, circunstancias que exceden la normalidad, o los peligros ordinarios bien sea por la ubicación del lugar en donde desempeña sus actividades, o por las condiciones del conflicto interno que se presentaban para la época de los hechos.

La aplicación del principio democrático se manifiesta, concretamente, en la tutela del derecho a la seguridad personal<sup>1</sup>, que como garantía constitucional permite el desdoblamiento del ejercicio del derecho a la vida, y permite la adscripción de deberes normativos de actuar a cargo de diversas autoridades públicas en aras de garantizar la vida e integridad física de tales sujetos merecedores de especial protección; en relación al alcance de la tutela del derecho a la seguridad personal el precedente jurisprudencial constitucional ha fijado su alcance en los siguientes términos,

*“Dentro del desarrollo que del derecho fundamental a la vida ha realizado la jurisprudencia constitucional, se destaca el estudio acerca del carácter vinculante (sic) que para el Estado se deduce de sus dos ámbitos de protección, esto es, que se trata de un derecho que debe respetarse y debe protegerse<sup>2</sup>. Conforme a lo anterior, por una parte, las autoridades públicas están obligadas a abstenerse de ejecutar actos que vulneren el derecho a la vida y, por la otra, a evitar que terceras personas por cualquier motivo lo desconozcan.*

*Este segundo ámbito de protección, se refiere entonces al deber que le asiste a las autoridades públicas de asegurar o garantizar el respeto del derecho a la vida*

---

<sup>1</sup> “Al determinar el alcance del derecho a la seguridad personal en el orden constitucional colombiano, a la luz de los instrumentos internacionales reseñados, la Corte señaló: (i) El derecho a la seguridad personal está incorporado al ordenamiento jurídico colombiano en virtud de los artículos de la Constitución citados e interpretados a la luz de los instrumentos de derechos humanos ratificados por Colombia que crean obligaciones internacionales para el país (artículos 93 y 94 de la Constitución); (ii) Además de manifestarse como un derecho humano fundamental de todas las personas, el derecho a la seguridad personal adquiere especial importancia en el caso de ciertos sujetos que, dada su condición o su contexto, han recibido especial protección tanto por la Carta como por otras fuentes de derecho internacional vinculantes para Colombia; y (iii) El contenido específico del derecho a la seguridad personal es históricamente variable, y se ha de determinar de conformidad con el contexto socio - político y jurídico en el cual se vaya a aplicar”. Corte Constitucional. Sentencia T-496 de 16 de mayo de 2008. Exp.T-1783291.

<sup>2</sup> Sentencia T-102 de 1993. (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

por parte de terceros. Dicho deber no constituye una simple manifestación retórica de tipo formal, sino por el contrario, una declaración categórica e imperativa para el Estado, por virtud de la cual se le asigna una obligación positiva consistente en actuar con eficiencia y celeridad en su labor de defensa y cuidado de este derecho fundamental. Así las cosas, esta Corporación ha sostenido que: “el Estado debe responder a las demandas de atención de manera cierta y efectiva, pues ante la amenaza que se tiende sobre la existencia y tranquilidad de individuos o grupos que habitan zonas de confrontación o que desarrollan actividades de riesgo en los términos del conflicto, es inexcusable que el Estado pretenda cumplir con sus deberes limitándose a señalar su imposibilidad para prestar la ayuda requerida”<sup>3</sup>.

Dicha circunstancia condujo al reconocimiento por parte de esta Corporación de la seguridad personal como un derecho fundamental de todas las personas, y así lo estableció en la sentencia T-719 de 2003<sup>4</sup>, al derivar su existencia del principio de igualdad de las cargas públicas y del principio de justicia y equidad. En sus propias palabras, la Corte manifestó que:

“Con base en los mandatos constitucionales e internacionales indicados abajo, y el desarrollo jurisprudencial que ha tenido la protección de la seguridad de las personas en nuestro ordenamiento, según se reseña más adelante, para la Sala resulta claro que la seguridad personal, en el contexto colombiano, es un derecho fundamental de los individuos. Con base en él, pueden exigir, en determinadas condiciones, medidas específicas de protección de parte de las autoridades, con el objetivo de prevenir la materialización de cierto tipo de riesgos extraordinarios contra su vida o integridad personal, que no tienen el deber jurídico de soportar, y que las autoridades pueden conjurar o mitigar. (...)”

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

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

(...)

**10.** Ahora bien, en cierto casos se exige como carga ciudadana fundada en el principio de solidaridad social (C.P. art. 95.2), que las personas asuman ciertos riesgos especiales, por fuera de los mínimos u ordinarios que se predicen para toda la comunidad. Dichos riesgos por lo general tienen su origen en dos tipos de contingencias, por una parte, en aquéllas que se derivan de la convivencia en sociedad, por ejemplo, cuando para asegurar la defensa de una población es indispensable instalar una estación de policía, que por la situación interna de conflicto armado que vive el país, puede exponer a determinados riesgos a los

<sup>3</sup> Sentencia T-981 de 2001. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). (Subrayado por fuera del texto original)

<sup>4</sup> M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

vecinos de dichas construcciones<sup>5</sup>; y por la otra, en aquéllas que subyacen a la prestación de los servicios públicos, ya sea en relación con las personas que se benefician de los mismos<sup>6</sup>, o frente a las personas encargadas de su prestación, es decir, los servidores públicos<sup>7</sup>.

Teniendo en cuenta el alcance del derecho a la seguridad personal, cuyo sustento se encuentra en los artículos 93 y 94 de la Carta Política<sup>8</sup>, en lo consagrado en el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948<sup>9</sup>, en el artículo 7.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>10</sup> [Pacto de San José] y en el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>11</sup>, en el precedente jurisprudencial constitucional se plantea la necesidad de delimitar frente a qué tipo de riesgos se exige que las autoridades públicas ejerzan la protección debida. En ese sentido el precedente indica,

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

---

<sup>5</sup> Esta Corporación, en sentencia T-1206 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), en relación con la construcción de estaciones de policía en sectores en donde se expone en alto grado la población civil, manifestó que: *“la convivencia en sociedad implica que las personas se expongan a determinadas contingencias. La presencia de tales contingencias, sin embargo, por sí misma no hace que las personas sean merecedoras de una protección especial por parte del juez de tutela. Sólo cuando el riesgo se torna desproporcionado, hasta el punto de constituir un peligro inminente, puede el juez de tutela conceder la protección solicitada.// Así, en el caso específico en que los vecinos a las estaciones y demás puestos de policía demanden cierta acción por parte de las autoridades para la protección de su vida e integridad personal frente a ataques de la guerrilla, la acción de tutela sólo será procedente cuando concurren las siguientes dos circunstancias: (1) que, dada la proyección en el presente de unas ciertas circunstancias históricas, la probabilidad actual de que ocurra el ataque sea alta y (2) que la situación específica del demandante o de las personas en nombre de quienes interpone la acción los coloque en una situación de riesgo excepcional que: a) sea difícil de evitar o su evasión suponga cargas que no tiene porqué asumir personalmente y; b) que las autoridades estén en capacidad de minimizar (dicho riesgo) sin sacrificar bienes jurídicos de igual o superior importancia constitucional”.*

<sup>6</sup> Así, a manera de ejemplo, lo reconoció el Consejo de Estado, en tratándose de los daños a los vehículos de servicio público o a las personas que acceden al mismo frente a la comisión de actos terroristas. En sentencia del 16 de junio, expediente No. 9392, dicha Corporación manifestó: *“En relación con los actos terroristas contra vehículos de servicio público, la sala ha señalado que solamente en estados especiales de agitación, en los cuales dichos actos son normalmente previsibles, las autoridades tienen la obligación de tomar medidas especiales de protección sobre dichos vehículos; y su omisión, en tales casos, puede constituir falla del servicio que comprometa la responsabilidad de la administración. Pero cuando no se presentan dichas circunstancias especiales, no puede imponerse a las autoridades la obligación de escoltar cada vehículo de servicio público (sic), pues ellas carecen de medios de personal para tal efecto; y menos deducirse falla del servicio por omisión cada vez que ocurran actos terroristas en tales circunstancias”.* (Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo).

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-686 de 30 de junio de 2005. Exp. T-795791

<sup>8</sup> Puede verse Corte Constitucional. Sentencias T-713 de 2003; T-496 de 2008.

<sup>9</sup> Aceptada como costumbre internacional desde la Proclamación de Teherán del 13 de mayo de 1968.

<sup>10</sup> Incorporada al ordenamiento jurídico colombiano por medio de la ley 16 de 1972.

<sup>11</sup> Incorporada al ordenamiento jurídico colombiano por medio de la ley 74 de 1968. En la perspectiva del precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: *“Al determinar el alcance del derecho a la seguridad personal en el orden constitucional colombiano, a la luz de los instrumentos internacionales reseñados, la Corte señaló: (i) El derecho a la seguridad personal está incorporado al ordenamiento jurídico colombiano en virtud de los artículos de la Constitución citados e interpretados a la luz de los instrumentos de derechos humanos ratificados por Colombia que crean obligaciones internacionales para el país (artículos 93 y 94 de la Constitución); (ii) Además de manifestarse como un derecho humano fundamental de todas las personas, el derecho a la seguridad personal adquiere especial importancia en el caso de ciertos sujetos que, dada su condición o su contexto, han recibido especial protección tanto por la Carta como por otras fuentes de derecho internacional vinculantes para Colombia; y (iii) El contenido específico del derecho a la seguridad personal es históricamente variable, y se ha de determinar de conformidad con el contexto socio - político y jurídico en el cual se vaya a aplicar”.* Corte Constitucional. Sentencia T-496 de 16 de mayo de 2008. Exp.1783291.

derivada de la condición misma de integrante de una comunidad de seres humanos, que se impone a todos los miembros de la sociedad por igual.

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

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

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

Bajo tales parámetros estableció cinco niveles de riesgo: (i) un nivel de riesgo mínimo<sup>12</sup>; (ii) un nivel de riesgo ordinario, soportado por igual por quienes viven en sociedad<sup>13</sup>; (iii) un nivel de riesgo extraordinario, que las personas no están obligadas a soportar; (iv) un nivel de riesgo extremo que amenaza la vida o la integridad personal<sup>14</sup>; y (v) un nivel de riesgo consumado<sup>15</sup>.

A partir de tal caracterización estimó la Corte que “el derecho fundamental a la seguridad personal opera para proteger a las personas de los riesgos que se ubican en el nivel de los riesgos extraordinarios, que el individuo no tiene el deber jurídico de soportar”. A fin de establecer si un riesgo puesto en conocimiento de las autoridades tiene una intensidad suficiente como para ser extraordinario, el funcionario competente debe analizar si confluyen en él algunos de los siguientes atributos: específico e individualizable<sup>16</sup>, concreto<sup>17</sup>, actual<sup>18</sup>, importante<sup>19</sup>, serio<sup>20</sup>,

---

<sup>12</sup> Se trata de un nivel en el cual la persona sólo se ve amenazada en su existencia e integridad por factores individuales y biológicos.

<sup>13</sup> Se trata de los riesgos ordinarios, implícitos en la vida social.

<sup>14</sup> Este es el nivel de los riesgos que, por su intensidad, entran bajo la órbita de protección directa de los derechos a la vida e integridad personal.

<sup>15</sup> Este es el nivel de las violaciones a los derechos, no ya de los riesgos, a la vida e integridad personal: la muerte, la tortura, el trato cruel, inhumano o degradante, representan riesgos que ya se han concretado y materializado en la persona del afectado.

<sup>16</sup> Es decir que no debe tratarse de un riesgo genérico.

<sup>17</sup> Basado en acciones o hechos particulares y manifiestos, y no en suposiciones abstractas.

<sup>18</sup> En el sentido que no debe ser remoto o eventual.

<sup>19</sup> Que amenace con lesionar bienes o intereses jurídicos valiosos para el sujeto, por lo que no puede tratarse de un riesgo menor.

<sup>20</sup> De materialización probable por las circunstancias del caso, por lo cual no puede ser improbable.

*claro y discernible*<sup>21</sup>, *excepcional*<sup>22</sup>, *desproporcionado*<sup>23</sup>, además de *grave e inminente*<sup>24</sup>.

En la actualidad, la tutela del derecho a la seguridad personal se encuentra positivado en lo consagrado en los artículos 81 de la ley 418 de 1997, de la ley 548 de 1999 y en la ley 782 de 2002, según las cuales “el Gobierno Nacional - Ministerio del Interior y de Justicia-, pondrá en funcionamiento un programa de protección a personas que se encuentren en situación de riesgo inminente contra su vida, integridad, seguridad o libertad, por causas relacionadas con la violencia política o ideológica o con el conflicto armado interno”. Así mismo, en virtud del decreto 2816 de 2006 se “diseña y reglamenta el Programa de Protección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia”, se establece que la “población objeto del programa está constituida por los dirigentes o activistas de grupos políticos, (especialmente de grupos de oposición), de organizaciones sociales, cívicas, comunales, gremiales, sindicales, campesinas, de grupos étnicos, de Derechos Humanos, de población en situación de desplazamiento; miembros de la misión médica; testigos de casos de violación a los Derechos Humanos y de Infracción al Derecho Internacional Humanitario, independientemente de que no se hayan iniciado los respectivos procesos disciplinarios, penales y administrativos; periodistas y comunicadores sociales; Alcaldes, Diputados, Concejales, Personeros; funcionarios o ex funcionarios responsables del diseño, coordinación o ejecución de la política de Derechos Humanos o de Paz del Gobierno Nacional”<sup>25</sup>.<sup>26</sup>

El anterior precedente resulta aplicable al caso sub judice, toda vez que el señor CARLOS ARTURO BOHORQUEZ PINTO, en su condición de fiscal, tenía unas circunstancias personales que lo hacían particularmente vulnerable, lo cual ameritaba que el Estado, a través de la Institución para la que trabajaba, la Fiscalía General de la Nación, debía tomar medidas de protección que omitió realizar.

#### **El juicio de imputación en el caso concreto.**

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

En una primera etapa, en la sentencia de 17 de febrero de 1983 proferida por la Sección Tercera de esta Corporación, se plantearon varios fundamentos: i) cabe endilgar la responsabilidad por la abstención o inercia; ii) desde finales de los años treinta [1937] la Corte Suprema de Justicia afirma que cabe establecer la responsabilidad por la inejecución de obligaciones positivas, lo que se concretó en un fallo de 1946 de la misma Corporación hablándose de dos supuestos: por omisión de un acto; o, por falta de intervención o de iniciativa ante deberes jurídicos positivos; iii) pese a lo anterior, se firmó que no hay responsabilidad cuando el funcionario competente necesita requerimiento para actuar. A lo que se

<sup>21</sup> No debe tratarse de una contingencia o peligro difuso.

<sup>22</sup> No se trata de un riesgo que deba ser soportado por la generalidad de los individuos.

<sup>23</sup> Teniendo como parámetro de comparación los beneficios que deriva la persona de la situación por la cual se genera el riesgo.

<sup>24</sup> Corte Constitucional. Sentencias T-719 de 2003; T-496 de 16 de mayo de 2008. Exp.1783291.

<sup>25</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-496 de 16 de mayo de 2008. Exp.1783291

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 29 de febrero de 2012. Exp.21882.

agregó que si la ley lo ha reglamentado “resulta ineludible el formal requerimiento; iv) para establecer la falla del servicio es indispensable acreditar que se pidió la protección policiva. Luego, consideró el precedente, el Estado no asume una obligación de resultado, de seguridad. Se insiste, pues, que es imprescindible haber pedido protección ante amenazas fundadas y razonados temores.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, con sustento en las anteriores consideraciones que han sido desarrolladas por esta Corporación, la Sala examinará con el mayor rigor posible los supuestos facticos expuestos por los actores, su correspondencia con el acervo probatorio y valorando ponderadamente los fundamentos jurídicos en los que se sustenta la falla del servicio por omisión en la protección de una persona.

Para el caso concreto la Sala limitará el análisis de la atribución de responsabilidad respecto del demandado NACIO- FISCALÍA GENERAL DE LA NACION.

Para el examen, la Sala en el caso concreto (en sus dos extremos: ámbito fáctico y atribución jurídica) precisa determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y su encaje en los criterios con base en los cuales se puede establecer [bien sea se acredite una, varias, o todas ellas] la existencia de amenazas a la seguridad personal contra el Fiscal, CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ.

1) La posición intuitu persona (condiciones personales y sociales). Dentro del acervo probatorio que obra dentro del proceso, la Sala encuentra acreditado que el señor CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ se desempeñaba, para la época de los hechos, como Fiscal Delegado ante los jueces penales del circuito especializados, como se corrobora con la constancia de servicios prestados, expedida por la Fiscalía General de la Nación, obrante a (fl 36 c1 exp. 2003-01303).

2) La situación de peligro o riesgo a la que se encontraba expuesto el Fiscal CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ. En cuanto a este aspecto es menester señalar que en el proceso obran las siguientes pruebas:

Por una parte, se encuentran las copias auténticas de los Consejos de Seguridad realizados el 29 de julio de 2001, días después de ser asesinada la Doctora MARIA DEL ROSARIO SILVA RIOS, quien fue remplazada por el Doctor CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ. En el acta de ese consejo de seguridad se lee que el Doctor LUIS MIGUEL CASTRO, Director Seccional de fiscalía *“sugiere que la acción que se tome debe ser muy contundente, pues no es común y corriente este homicidio, ya que este sería el cuarto que se comete en San José de Cúcuta con similares características. Hace alusión a tres casos mas del mismo estilo sucedidos en la ciudad”* (fl.114.c.1) exp 2001-1301.

Para la Sala resulta sorprendente que después de un diagnostico como el que describe la transcripción que se acaba de hacer del acta de dicho Consejo de Seguridad, no se hayan tomado las medidas necesarias para la seguridad de quien debía remplazar a la Doctora MARÍA DEL ROSARIO SILVA RIOS, máxime si se tiene en cuenta que en ese mismo Consejo de Seguridad el doctor JOSE DE JESUS CASTAÑEDA, Director del CTI, manifestó: *“ que las investigaciones que adelantaba la Doctora María del Rosario eran de gran nivel de riesgo, especialmente 3 de ellas, todas relacionadas con narcotráfico”*.

Por el contrario, lo que advierte la Sala, después de leer el acta del Consejo de Seguridad realizado el 8 de noviembre de 2001, días después del asesinato de CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ, el Consejo de Seguridad se vuelve a reunir, a anunciar medidas de seguridad que han debido tomarse y que no fueron tomadas desde el mes de julio anterior. Llama la atención la Sala, sobre la mala práctica de estos Consejos de Seguridad, cuyos resultados son inanes respecto de la seguridad de los funcionarios públicos.

Otro tanto se desprende de la declaración del testigo NESTOR HELI PEROZZO GARCÍA, amigo personal de la víctima, quien cuando se le interrogó afirmó:

*“Siendo yo magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta en diversas oportunidades, llegó el Dr. CARLOS PINTO y me comento por lo menos en dos o tres ocasiones que el tenía miedo que los mataran y al preguntare yo lógicamente porqué me comentó que estando en Arauca tuvo problemas con algunos oficiales del Ejército Colombiano de los cuales no recuerdo el nombre debido a que como funcionario de la fiscalía había decretado captura ilegal de una persona acusada de subversión, lo que trajo como consecuencia denuncia ante la procuraduría y amenazas por escrito y telefónicas e incluso una disputa verbal con algunos de estos oficiales. Es más en otra oportunidad en que también me visitó me rogó, más me suplicó que me supiera en contacto con un compañero de la facultad que desempeñaba un puesto en la procuraduría a fin de lograr obtener una plaza en la capital de la República porque tenía miedo de que lo mataran”*.

Con los medios probatorios anteriormente mencionados la Sala tiene claridad de la existencia de la situación de peligro en la que se encontraba el fiscal CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ.

3) Ahora bien, abordado los anteriores aspectos, la Sala tiene claridad que sobre el Fiscal CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ, cabía la probabilidad de concretarse o materializarse de manera irreversible e irremediable la amenaza y el riesgo como consecuencia de su cargo, lo cual era de conocimiento de las autoridades como lo demuestra el contenido del acta del Consejo de Seguridad celebrado el 29 de julio de 2001. Esto lleva a plantear que el Estado debía cumplir con su deber positivo, derivado de su posición de garante, de proteger al Fiscal CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ, dada las circunstancias personales que

se derivaban de su cargo. No debe olvidarse que, en este tipo eventos, se resalta como sustento del deber positivo de protección el respeto del Estado de Derecho como garantía, y de la vida, honra y bienes de los ciudadanos, como se desprende de lo consagrado en los artículos 1° y 2° de la Carta Política.

4) En relación con lo anterior, la Sala debe reiterar que el alcance de la obligación de seguridad y su relación con la posición de garante en el precedente de la Sala lleva a plantear que la omisión del Estado como fundamento de la responsabilidad puede fundarse en la tesis de la posición de garante, con lo que se intenta superar la tesis de la falla del servicio, en la medida en “que cuando a la Administración Pública se le ha impuesto el deber jurídico de evitar un resultado dañoso, aquella asume la posición de garante en relación con la víctima, razón por la cual de llegarse a concretar el daño, éste resultará imputable a la Administración por el incumplimiento de dicho deber”<sup>27</sup>.

En el mismo precedente se señaló que la posición de garante ya ha sido acogida en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos, afirmándose,

“La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones erga omnes contenidas en los artículos (sic) 1.1 y 2 de la Convención.

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

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

“La otra fuente de la posición de garantía tiene lugar cuando el sujeto pertenece a una institución que lo obliga a prestar ciertos deberes de protección a personas que se encuentran dentro de su ámbito de responsabilidad. La característica de esta fuente, es que la posición de garante surge aunque el sujeto no haya creado los riesgos para los bienes jurídicos. Por ejemplo: la fuerza pública tiene dentro de su ámbito de responsabilidad la protección de la vida de los ciudadanos, y, si un miembro de ella que tiene dentro de su ámbito específico la salvaguarda de la población civil no evita la producción de hechos lesivos por parte de terceros, la vulneración de los derechos humanos realizados por un grupo al margen de la ley le son imputables. Al serles atribuidos al servidor público por omisión de sus deberes de garante, surge inmediatamente la responsabilidad internacional del Estado. Debemos anotar, que la posición de garante institucional no sólo genera deberes de protección frente a peligros originados en terceros (seres humanos), sino también con respecto a fuerzas de la naturaleza”<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Sentencia de 18 de febrero de 2010, Exp.18436.

<sup>28</sup> MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. “La responsabilidad del Estado por el hecho de terceros”, trabajo de investigación suministrado por el autor.

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

“... tratándose de hechos de terceros que no han actuado en connivencia con la fuerza pública, y, en los cuáles no hay un hecho imputable a un agente estatal, la jurisprudencia internacional estructura la responsabilidad sobre la base de que se reúnan dos elementos: i) que el Estado incumpla con los deberes de diligencia que le son exigibles en la evitación de graves violaciones a los derechos humanos, y ii) que se trate de riesgos inminentes y cognoscibles. Es decir, que en esta estructura el fundamento de la responsabilidad no es objetivo y está basado en la ausencia de una prevención razonable a las graves violaciones a los derechos humanos. Por ende, si se presenta la violación a pesar de que el Estado ha adoptado medidas adecuadas, orientadas a impedir la vulneración, el hecho no le es imputable al Estado”<sup>29</sup>..

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

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

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

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

11) Finalmente, cabe señalar que en este tipo de eventos puede invocarse y operar como causal eximente de responsabilidad el hecho de un tercero, frente al cual era la demandada la que tenía la carga de probar que dicha causa fue exclusiva o única, y determinante, de tal forma que lleve a enervar la

---

<sup>29</sup> MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. “La responsabilidad del Estado por el hecho de terceros”, trabajo de investigación suministrado por el autor.

responsabilidad del Estado. Así mismo, se podría llegar a examinar el caso desde la perspectiva de la concurrencia causal entre el hecho de un tercero, el daño sufrido por el Fiscal CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ y, el deber positivo de protección y de seguridad personal de la entidad demandada, sin embargo, el precedente de la Sala ha superado este fundamento atendiendo a la existencia de una obligación de seguridad, inherente al deber positivo de protección de la seguridad personal y asociada a la posición de garante que ostentaba el Estado, desde el conocimiento del peligro al que estaba sometida la víctima debido a la actividad profesional que ejercía .

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

13) Este aspecto constituye uno de los puntos más importantes a analizar dentro de este régimen, pues no es la previsión de la generalidad de los hechos (estado de anormalidad del orden público) sino de aquellas situaciones que no dejan casi margen para la duda, es decir, las que sobrepasan la situación de violencia ordinaria vivida, a título de ejemplo: región en la que se ha declarado turbado el orden público, paro de transportes, revueltas masivas callejeras, población bajo toque de queda, amenaza de toma subversiva anunciada a una población esto en cuanto hace a los conglomerados sociales; amenazas o atentados previos contra la vida en cuanto hace a las personas individualmente consideradas, etc. Queda claro entonces que la sola circunstancia de que el afectado no haya solicitado protección previa especial no siempre será causal que permita exonerar a la administración de su deber de protección y vigilancia sino dependiendo del caso particular pueden existir otras circunstancias indicadoras que permitieran a las autoridades entender que se cometería un acto terrorista”.

14) Ahora bien, teniendo en consideración que la Fiscalía General de la Nación, tenía conocimiento de la delicada situación de orden público que afectaba a sus funcionarios desde finales de julio de 2001 en la ciudad de Cúcuta, la Sala observa que existió una violación a los deberes de vigilancia y seguridad a cargo de dicha Entidad y que desencadenó en la muerte del Fiscal CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ.

El argumento expuesto por el apoderado de la fiscalía, según el cual no está dentro de las funciones de ese organismo dar protección a sus funcionarios, no puede ser de recibo en un Estado de Derecho, que tiene como uno de sus pilares el principio de solidaridad. En efecto, el planteamiento del apoderado de la entidad demandada, asume una visión individualista, contraria al espíritu de la constitución, pues el señor CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ, en razón de su cargo asumía riesgos para garantizar el cumplimiento de la normatividad, y a este sujeto no se le puede dejar abandonado a su suerte, cuando se encuentra cumpliendo una función en beneficio de la colectividad.

Además, el argumento expuesto por la parte demandada pone de presente algo que la doctrina española de derecho administrativo ha dado en llamar «*La inactividad funcional*», entendida esta como aquella ausencia de actividades que directamente corresponden al poder público, normalmente por implicar ejercicio de autoridad, respecto de los cuales se ha dicho que “*puede ser difícil la exigibilidad previa de la actividad administrativa por las dificultades para situar la pasividad u omisión administrativa en el terreno de la ilegalidad. Pero no por ello ha de descartarse que esta ilegalidad, y la existencia de inactividad administrativa, puedan llegar a concretarse, por sus resultados o efectos (perjudiciales normalmente), por tanto, al campo de la reparación de sus perjuicios, esto es, al terreno de la responsabilidad administrativa por omisión*”<sup>30</sup>.

Todo lo dicho hasta ahora implica que, si bien la función primordial de la fiscalía es investigar delitos, ello no significa que este ente estatal no tenga obligaciones con sus funcionarios, de garantizar su seguridad frente a los riesgos que comporta la investigación de ilícitos, muchas de las veces enfrentando a la criminalidad organizada. Tanto es verdad que la Fiscalía tiene esta obligación, que la misma, como lo sostiene el apoderado judicial de esa entidad, toma seguros de vida para sus funcionarios, si ello no fuese una función de la fiscalía, podría decirse que la toma de esos seguros constituirá un peculado, y no es así.

En este orden de ideas, no es de recibo el argumento del recurrente de acuerdo con el cual el Tribunal de primera instancia equivoca las funciones de la Fiscalía General de la Nación.

#### 4. ¿Es susceptible de valoración un documento aportado por la parte demandante en copia simple?

Aduce el apoderado judicial de la entidad demandada que no podía valorarse el documento aportado en copia simple, por cuanto no cumple los requisitos, establecidos por el artículo 254 de código de procedimiento civil. Al respecto la Sala tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 168 del C.C.A: “En los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración”. Así mismo, de acuerdo con el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil: “Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella”.

De la dilatada jurisprudencia de la Sala, cabe extraer ciertos criterios con base en los cuales debe valorarse y apreciarse la prueba trasladada: i) en “punto a la posibilidad de trasladar las pruebas, cualesquiera que sean, practicadas en otro proceso, la misma se encuentra autorizada por el artículo 185 del Estatuto Procesal Civil, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos: - Que hayan sido válidamente practicadas. - Que se trasladen en copia auténtica. - Que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella”<sup>31</sup>; ii) **la prueba trasladada del proceso penal ordinario a petición únicamente de la parte demandante no puede ser valorada**<sup>32</sup>; iii) **la ratificación de la prueba trasladada se sule con la**

<sup>30</sup> Marco Gómez Puente, La inactividad, cit, pág. 761.

<sup>31</sup> Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004. Exp.13607.

<sup>32</sup> Sección Tercera, sentencia de 29 de enero de 2004. Exp.14951.

**admisión de su valoración<sup>33</sup>; iv) se puede valorar como indicio la prueba trasladada del proceso penal. En ese sentido, en la jurisprudencia se sostiene que** las “pruebas trasladadas de los procesos penales y, por consiguiente, practicadas en éstos, con audiencia del funcionario y del agente del Ministerio Público, pero no ratificadas, cuando la ley lo exige, dentro del proceso de responsabilidad, en principio, no pueden valorarse. Se dice que en principio, porque sí pueden tener el valor de indicios que unidos a los que resulten de otras pruebas, ellas sí practicadas dentro del proceso contencioso administrativo lleven al juzgador a la convicción plena de aquello que se pretenda establecer<sup>34</sup>; **v) en cuanto a las pruebas trasladadas desde los procesos disciplinarios y penal militar se consideran los siguientes criterios: a)** las “pruebas trasladadas y practicadas dentro de las investigaciones disciplinarias seguidas por la misma administración no requieren ratificación o reconocimiento, según sea el caso, dentro del proceso de responsabilidad<sup>35</sup>; **b)** la prueba trasladada del proceso penal militar y de la investigación disciplinaria puede valorarse ya que se cuenta con la audiencia de la parte contra la que se aduce, por ejemplo la Nación-Ministerio de Defensa- Ejército Nacional-Policía Nacional<sup>36</sup>; **vi)** en cuanto a los testimonios que obran en proceso o investigaciones disciplinarias se sostiene: **a)** que “no necesitan ratificación, pero esto hay que entenderlo, como es obvio, frente a las personas que intervinieron en dicho proceso disciplinario, o sea el funcionario investigado y la administración investigadora (para el caso la Nación). Desde luego, entonces, esas declaraciones, para hacerlas oponibles, debieron ratificarse en la forma prevista en el artículo 229 del C. de P.C.”<sup>37</sup>; **b) la prueba testimonial rendida ante la jurisdicción ordinaria y trasladada no puede valorarse ya que no fue ratificada y no fue peticionada de común acuerdo<sup>38</sup>; vii) “la Sala, en**

<sup>33</sup> Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2004. Exp.15088.

<sup>34</sup> Sección Tercera, sentencia de 24 de noviembre de 1989. Exp.5573.

<sup>35</sup> Sección Tercera, sentencia de 24 de noviembre de 1989. Exp.5573.

<sup>36</sup> Sección Tercera, sentencia 20 de mayo de 2004. Exp.15650. Las “pruebas que acreditan la responsabilidad de la demandada que provienen de procesos disciplinarios internos tramitados por la misma, pueden ser valoradas en la presente causa contencioso administrativa, dado que se practicaron por la parte contra la que se aducen”. Las piezas procesales adelantadas ante la justicia disciplinaria y penal militar se allegaron por el demandante durante el período probatorio, y pueden valorarse. Sección Tercera, sentencia de 13 de noviembre de 2008. Exp.16741.

<sup>37</sup> Sección Tercera, sentencia de 16 de noviembre de 1993. Exp.8059.

<sup>38</sup> Sección Tercera, sentencias de 14 de abril de 2004. Exp.15630; de 22 de abril de 2004. Exp.14877; de 5 de diciembre de 2005. Exp.15914. “... El artículo 229 del mismo código dispone:

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

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

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

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

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

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

“En relación con la indagatoria de un agente estatal, practicada dentro de un proceso penal, debe tenerse en cuenta, adicionalmente, que no puede ser trasladada a un proceso administrativo, ya que no puede valorarse, en ningún caso, como prueba testimonial ni someterse a ratificación. En efecto, si bien se trata de una declaración rendida por un tercero, que no se identifica con la entidad estatal que tiene la calidad de parte dentro del proceso administrativo, no cumple los requisitos del testimonio, porque no se rinde bajo juramento. Así las cosas, siempre que se quiera hacer valer la declaración del respectivo agente estatal, dentro de este tipo de procesos, debe ordenarse la práctica de su testimonio” (subrayado fuera de texto). Sección Tercera, Sentencia de 13 de abril de 2000. Exp.11898.

aplicación del principio de lealtad procesal, ha reiterado que hay casos en los cuales sin ratificación del testimonio, el mismo puede y debe ser válidamente apreciado cuando es allegado a petición de una de las partes y la otra parte estructura su defensa con fundamento en aquél, o cuando las dos partes lo solicitan como prueba, una en la demanda y la otra en el escrito de contestación, siempre que sean allegados en copia auténtica, porque así lo dispone la norma general sobre prueba trasladada (art. 185 C.P.C)<sup>39</sup>; viii) en “relación con el traslado de documentos, públicos o privados autenticados, estos pueden ser valorados en el proceso contencioso administrativo al cual son trasladados, siempre que se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil. Conforme a lo anterior, es claro que sin el cumplimiento de los requisitos precitados las pruebas documentales y testimoniales practicadas en otro proceso no pueden ser valoradas para adoptar la decisión de mérito<sup>40</sup>, **salvo: a) cuando** la prueba documental trasladada puede valorarse “toda vez que ésta estuvo en el expediente a disposición de la parte demandada, quien tuvo la oportunidad de controvertirla<sup>41</sup>; **b) la prueba trasladada puede ser valorada cuando fue utilizada por la contraparte, por ejemplo demandada, para estructurar la defensa en los alegatos de conclusión<sup>42</sup>; ) el “legislador supeditó la valoración de las pruebas trasladadas al cumplimiento de los requisitos procesales exigidos, más no consagró como obligación de la parte que solicita la prueba el señalamiento expreso de las piezas procesales que pretende trasladar. No obstante, el juez tiene la facultad de rechazar de plano las pruebas legalmente prohibidas o ineficaces, las impertinentes y las manifiestamente superfluas<sup>43</sup>; **x) las inspecciones judiciales y los dictámenes periciales no pueden trasladarse a procesos distintos de aquéllos en los que fueron practicados, salvo que lo hayan sido con audiencia de la parte contra la que se aducen<sup>44</sup>; xi) cuando se trata de prueba trasladada en copia simple por la demandante, y teniendo especial consideración por las específicas situaciones de vulneración de derechos humanos, cabe aquella documental o informes siempre que haya obrado durante todo el proceso y la parte contra la que se aduce la haya utilizado para su defensa (contestación, alegatos o incluso en la sustentación o alegatos del recurso de apelación); xii) puede valorarse la prueba trasladada cuando la parte demandada se allana expresamente e incondicionalmente a la solicitud de pruebas presentada por la parte demandante en la demanda; xiii) puede valorarse como prueba trasladada el documento producido por autoridad pública aportado e invocado por la parte demandante<sup>45</sup>.****

---

<sup>39</sup> Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004. Exp.13607. Si la prueba testimonial trasladada no cumple las condiciones del artículo 185 del CPC está obligada a ser ratificada “salvo que la parte contra la cual se aducen la acepte o acuda a ella para analizar el problema jurídico debatido en las oportunidades de intervención procesal que la ley le otorga (art.229 numeral 1º)”. Sección Tercera, sentencia de 1 de marzo de 2006. Exp.15284.

<sup>40</sup> Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004. Exp.13607. Además “se trata de una prueba documental que fue decretada en la primera instancia, lo cierto es que pudo ser controvertida en los términos del artículo 289 (...) por el cual se reitera, su apreciación es viable”. Sección Tercera, sentencia de 26 de febrero de 2009. Exp.16727. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 30 de mayo de 2002. Exp.13476. “Se exceptúa respecto de los documentos públicos debidamente autenticados en los términos del art.254 CPC y los informes y peritaciones de entidades oficiales (art.243 CPC)”. Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 14 de abril de 2011. Exp.20587.

<sup>41</sup> Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 27 de abril de 2011. Exp.20374.

<sup>42</sup> Sección Tercera, sentencia de 9 de diciembre de 2004. Exp.14174.

<sup>43</sup> Sección Tercera, sentencia de 24 de enero de 2007. Exp.32216. Puede verse también: Sección Tercera, auto de 7 de febrero de 2002. Exp.21645; sentencia de 19 de noviembre de 1998. Exp.12124.

<sup>44</sup> Sección Tercera, sentencia de 5 de junio de 2008. Exp.16398.

<sup>45</sup> **Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012. Exp.19920.**

La Sala al revisar los documentos, los informes e inspecciones judiciales que obran en el expediente, observa que pueden ser valoradas en esta oportunidad, porque tales medios de prueba han permanecido a disposición de las partes durante el curso del proceso y ninguna de ellas ha controvertido la autenticidad de los mismos, razones por las cuales tales **elementos** serán **apreciados** en el sub lite con el valor legal que les corresponde, **sin perjuicio de lo cual, se reitera, la** posibilidad de apreciar tales pruebas dependerá de si en el proceso al cual se trasladan se atienden las formalidades que la ley ha establecido respecto de cada una de éstas, asunto precisado por la Sala en los siguientes términos<sup>46</sup>:

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

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

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

No ocurre lo mismo con la prueba testimonial practicada en los procesos penal y disciplinario, puesto que respecto de ella no se cumplieron los requisitos de traslado, **puesto que** la misma no fue aportada al proceso por solicitud de la demandada, razones por las cuales dicho material no podrá ser imputado en su contra en aras de proteger el derecho de defensa de la Administración y de impedir la violación a su derecho de contradicción de la prueba<sup>47</sup>.

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

---

<sup>46</sup> Sentencia de 13 de abril de 2000. Exp.11.898.

<sup>47</sup> Sección Tercera, sentencia de 26 de marzo de 2008. Exp.34038. Puede verse también: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 25 de mayo de 2011. Exp.18747.

Derechos Humanos<sup>48</sup> al no garantizarse el acceso a la justicia<sup>49</sup> en todo su contenido como derecho humano reconocido constitucional y supraconstitucionalmente, tal como se sostuvo en la sentencia del caso “Manuel Cepeda contra Colombia” en la que se sostiene,

“140. En lo que concierne al acceso a la justicia, valga destacar que en este caso los tribunales contencioso administrativos no establecieron responsabilidad institucional por acción de funcionarios estatales en la ejecución del Senador Cepeda Vargas, que considerara la transgresión de sus derechos a la vida y la integridad personal, entre otros, a pesar de que al momento de sus decisiones se contaba ya con los resultados parciales del proceso penal e incluso del disciplinario. En este sentido, no contribuyeron de manera sustancial al cumplimiento del deber de investigar y esclarecer los hechos (*supra* párrs. 116 a 122). Llama la atención que en uno de los procesos el Consejo de Estado no valoró los resultados parciales de las investigaciones penales y disciplinarias en las que constaba la responsabilidad de los dos sargentos del Ejército Nacional, por considerar que la documentación fue remetida en copia simple<sup>50</sup>. Si bien no correspondía a esta vía establecer responsabilidades individuales, al determinar la responsabilidad objetiva del Estado las autoridades jurisdiccionales deben tomar en cuenta todas las fuentes de información a su disposición. Por ende, las autoridades encargadas de estos procedimientos estaban llamadas no sólo a verificar las omisiones estatales, sino a determinar los alcances reales de la responsabilidad institucional del Estado”.

---

<sup>48</sup> “La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Reglamento aprobado en su XXXIV período ordinario de sesiones, celebrado del 9 al 20 de septiembre de 1996, y en vigor desde el 1° de enero de 1997, concentró en el Capítulo IV, todo lo relativo a la prueba: (admisión; iniciativa probatoria de la Corte; gastos de la prueba; citación de testigos y peritos; juramento o declaración solemne de testigos y peritos; objeciones contra testigos; recusación de peritos; protección de testigos y peritos; incomparecencia o falsa deposición), en un intento de sistematizar la materia que en Reglamentos anteriores se resolvía en disposiciones dispersas. Por su parte, el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su sesión 660a, de 8 de abril de 1980, con modificaciones en 1985, 1987, 1995 y 1996, actualmente en vigor, contiene disposiciones sobre presunción, (artículo 42); solicitud de cualquier información pertinente al representante del Estado (artículo 43.2); investigación in loco (artículo 44); fijación de la oportunidad para la recepción y obtención de las pruebas (artículo 45.5); examen de las pruebas que suministren el Gobierno y el peticionario, las que recoja de testigos de los hechos o que obtenga mediante documentos, registros, publicaciones, etc, (artículo 46.1). Además de las disposiciones de su Reglamento, la Corte Interamericana ha establecido, a través de su jurisprudencia, desde los primeros casos contenciosos. -Viviana Gallardo, Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz, Fairén Garbí y Solís Corrales, entre otros-, los criterios rectores del proceso y, especialmente, de la prueba, en fecunda y reconocida creación del Derecho, no solo para suplir vacíos normativos, sino también para afirmar la naturaleza especial de su competencia y desarrollar los principios sustantivos del derecho internacional de los derechos humanos. La jurisprudencia de la Corte Interamericana- al igual que su Estatuto y su Reglamento- ha utilizado como fuente inmediata en materia probatoria, la experiencia de la Corte Internacional de Justicia. Esta, a su vez, tuvo como antecedentes el Proyecto de Disposiciones Sobre Procedimiento para el Arbitraje Internacional, preparado en 1875 por el Instituto de Derecho Internacional; las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 sobre el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales y la práctica reiterada durante muchos años de las Cortes Internacionales de Arbitraje”. ABREU BURELLI, Alirio. “La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en [http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/8.pdf; [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx); p.113; Consultado el 20 de abril de 2012].

<sup>49</sup> “Si bien el derecho procesal disciplina las formas, ello no impide que contenga normas de carácter sustancial, al desarrollar principios constitucionales sobre la administración de justicia, la tutela del orden jurídico, la tutela de la libertad y dignidad del hombre y de sus derechos fundamentales. El acceso a la justicia, el derecho a la defensa, el derecho de petición, la igualdad de las partes, derivan de mandatos constitucionales”. ABREU BURELLI, Alirio. “La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en [http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/8.pdf; [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx); p.115; Consultado el 20 de abril de 2012].

<sup>50</sup> Cfr. Sentencia de apelación emitida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el radicado No. 250002326000199612680-01 (20.511) el 20 de noviembre de 2008, *supra* nota 128, folios 4524 a 4525.

A lo anterior, cabe agregar que en el ordenamiento jurídico internacional la Corte Internacional de Justicia ha procurado argumentar que el juez debe orientarse por el principio de la sana crítica y de la libertad de apreciación de los medios probatorios que obren en los procesos, y que debe desplegar un papel activo. En ese sentido se sostiene:

“Uno de los principios establecidos por la Corte Internacional de Justicia - destacado por la doctrina jurídica e incorporado en las legislaciones procesales de derecho interno- se refiere a la afirmación de que, en cuanto al fondo del derecho, la justicia internacional en su desarrollo flexible y empírico rechaza el exclusivo sistema de pruebas legales que impone al juez una conducta restrictiva, particularmente, en la prohibición de determinadas pruebas. El juez debe gozar de una gran libertad en la apreciación de la prueba a fin de que pueda elaborar su convicción sin estar limitado por reglas rígidas.

Asimismo la Corte Internacional de Justicia ha señalado que en materia probatoria ella no tiene un papel pasivo y debe tomar la iniciativa de traer al proceso las pruebas que considere pertinentes si estima que las existentes no son suficientes para cumplir sus finalidades. Así lo dispone el artículo 48 de Estatuto, al ordenar que

"la Corte dictará las providencias necesarias para el curso del proceso, decidirá la forma y los términos a que cada parte debe ajustar sus alegatos y adoptará las medidas necesarias para la práctica de la pruebas." En el mismo sentido el artículo 49 *eiusdem* dispone que, "aun antes de empezar una vista, puede pedir a los agentes que produzcan cualquier documento o den cualesquiera explicaciones. Si se negaren a hacerlo, se dejará constancia formal del hecho." Igualmente puede la Corte (artículo 34, parágrafo 2) "...solicitar de organizaciones internacionales públicas información relativa a casos que se litiguen en la Corte y recibirá la información que dichas organizaciones envíen por iniciativa propia"<sup>51</sup>.

En tanto que en el sistema interamericano de derechos humanos se sostiene: "Lo anterior significa que la Corte Interamericana ha utilizado como principio básico la llamada prueba racional o de la "sana crítica", que tiene su fundamento en las reglas de la *lógica y de la experiencia*, ya que la libertad del juzgador no se apoya exclusivamente en la íntima convicción, como ocurre con el veredicto del jurado popular, ya que por el contrario, el tribunal está obligado a fundamentar cuidadosamente los criterios en que se apoya para pronunciarse sobre la veracidad de los hechos señalados por una de las partes y que no fueron desvirtuados por la parte contraria"<sup>52</sup>.

Lo anterior, advierte la Sala, no implica desconocer las exigencias legales y principios procesales, lo que lleva a que no sean considerados, valorados y apreciados diferentes testimonios y declaraciones rendidas ante las instancias disciplinaria y penal por no cumplir los expresos mandatos del artículo 229 del Código de Procedimiento Civil, en aplicación sistemática con lo consagrado en el artículo 185 del mismo texto legal y por expresa remisión legal del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, esto es, por haberse producido su ratificación al haberse producido en otros procesos "sin citación o intervención de la persona

<sup>51</sup> ABREU BURELLI, Alirio. "La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en [<http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/8.pdf>; [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx); pp.114 y 115; Consultado el 20 de abril de 2012].

<sup>52</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. "Orden y valoración de las pruebas en la función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en [<http://www.corteidh.org.cr/tablas/a11690.pdf>; Consultado 20 de abril de 2012].

contra quien se aduzcan” en el presente contencioso. Así mismo, las indagatorias y ampliaciones de la misma practicadas dentro del proceso penal cursado tampoco serán objeto de consideración, valoración y apreciación.

No obstante lo anterior, y en aplicación del artículo 230 de la Carta Política que exige la primacía de lo sustancial por sobre lo procesal o adjetivo, la Sala tendrá en cuenta dentro del contexto de los hechos a probar y de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, la realidad fáctica manifestada en todas aquellas deposiciones, salvo las injuradas, desde la perspectiva de su configuración o no como indicios a ser apreciados, en virtud de los principios de la sana crítica (libre apreciación de la prueba) y comunidad de la prueba, y de la apreciación contrastada con los demás elementos probatorios.

**5. ¿Hay lugar a condenar a la Fiscalía General de la Nación al pago de perjuicios materiales, por la muerte de un fiscal, cuando la institución ha tomado un seguro de vida que ha sido cobrado por los herederos del funcionario que ha sido asesinado?**

La respuesta afirmativa a este interrogante se impone, dado que sobre el punto de la concurrencia de indemnización por responsabilidad y la denominada indemnización *for fait*, la sala ha sido reiterativa de manera uniforme en el sentido que el pago de un seguro de vida, no excluye la responsabilidad de la administración.

En efecto, la Sala no comparte dicho planteamiento y se permite aclarar que en anteriores pronunciamientos del Consejo de Estado, se ha tocado el tema de la indemnización a *for fait* aunque en casos relacionados con el daño a miembros de la fuerza pública y se ha dejado claro el tema afirmando que las indemnizaciones y reconocimientos patrimoniales y prestacionales que de manera especial reconoce la ley para los integrantes de la fuerza pública que mueren con ocasión del servicio –indemnización a *for fait*- no son excluyentes ni incompatibles con las indemnizaciones pretendidas como consecuencia de la responsabilidad estatal, como quiera que, de una parte, provienen de causas jurídicas distintas y de otra parte, debe darse aplicación al principio de reparación integral del daño.<sup>53</sup>

Los anteriores planteamientos son perfectamente aplicables frente a funcionarios de la Rama judicial y por lo tanto se reiteran frente al caso sub iudice.

**6. ¿Hay lugar a incrementar la indemnización decretada en fallo de primera instancia en 80 y 60 salarios mínimos legales mensuales para la compañera y las hijas de la víctima, respectivamente; so pretexto que tales daños se hicieron no sólo a las personas padecieron el dolor por la pérdida, sino que fueron inferidos a toda la humanidad?**

Para resolver este interrogante debe la Sala tener en cuenta su propio precedente de acuerdo con el cual, tratándose de homicidios en los que se advierte la violación flagrante de los derechos humanos, el test de proporcionalidad parte de los máximos. En efecto, en reciente sentencia esta misma sala dispuso sobre el perjuicio moral<sup>54</sup>:

“Debe partirse de concebir el perjuicio moral con un carácter inconmensurable, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, lo que exige que su

---

<sup>53</sup> Sentencia del 15 de febrero de 1996, exp 10033, en el mismo sentido, sentencia del 20 de febrero de 1997.

<sup>54</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, exp.20334.

tasación no obedezca a criterio alguno de compensación. En ese sentido, se señala,

“En torno al perjuicio moral es de recordar que su indemnización no obedece a un criterio compensatorio, desde luego que la vida humana es inconmensurable, sino a uno satisfactorio, destinado a mitigar en lo posible la enorme pena que en el fondo queda ante la ausencia de un ser amado, razón por la cual en a su apreciación han de considerarse el dolor de quien lo sufre, la intensidad de su congoja, la cercanía con el ser perdido, entre otras cosas, para con cimiento en la equidad arribar al más justo valor, distante por lo general de la matemática exactitud con que se escruta el daño material”<sup>55</sup>.

48 Con base en las anteriores premisas, el juez contencioso administrativo está llamado a considerar, dentro de su discrecionalidad judicial, en su apreciación criterios como i) el dolor sufrido, ii) la intensidad de la congoja; iii) la cercanía con el ser perdido, para fundado en el principio de equidad alcanzar una cuantificación y liquidación justa de su indemnización.

Lo anterior, significa que la discrecionalidad que el legislador le otorgó al juez, en el marco del artículo 16 de la ley 446 de 1998, en materia de tasación y liquidación de los perjuicios morales no está sujeto a imposiciones jurisprudenciales, ni a limitaciones conceptuales, menos a aquellas con las que pueda socavarse no sólo su libre ejercicio por el juez, sino que se condicione de tal manera que se convierta una construcción jurisprudencial en precedente cuando no tiene dicho alcance, implicando, además, en el fondo la generación de desigualdades e, incluso, de discriminaciones.

49 De ahí, pues, que como manifestación de la discrecionalidad, de la que está dotado el juez por el legislador, se emplea (sin convertirse en regla normativa) la metodología del test de proporcionalidad, que busca como objetivos: i) que haya una acreditación o prueba mínima del perjuicio moral en cabeza de los demandantes, sin que sea suplida por la simple presunción jurisprudencial de aflicción o, por las reglas de la experiencia del juzgador (suficientes para el reconocimiento del perjuicio, pero no para la tasación y liquidación), sino que debe reunir la mayor cantidad de elementos posibles a valorar, advirtiéndose las limitaciones que tiene el juez para tasar en cabeza de qué personas cabe afirmar una mayor intensidad del dolor moral o aflicción, que en otras; así mismo, ii) se busca la aplicación, en sede del contencioso administrativo, del principio de proporcionalidad<sup>56</sup>, el cual no está vedado o prohibido de aplicación, ni se puede considerar solamente como una herramienta para resolver las tensiones constitucionales entre derechos, intereses y principios, sino que cabe afirmarlo, a

<sup>55</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 2009. Exp. 1995-10351.

<sup>56</sup> “La proporcionalidad en el derecho refiere a una máxima general y parámetro de acción para la totalidad de la actividad estatal, aunque no exclusivamente, ya que el principio de proporcionalidad puede llegar a aplicarse también en el ámbito de las relaciones particulares regidas por el derecho privado. En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución–, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho (artículo 1 C.P.), fuerza normativa de la Constitución (artículo 4 C.P.) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5 C.P.). En el derecho penal, la proporcionalidad regula las relaciones entre diversas instituciones, como entre la gravedad de la conducta punible y la sanción penal a imponer por su comisión, entre las causales de justificación y la posible eximente de punibilidad, entre las causales de agravación o atenuación y la graduación de la pena, o entre la magnitud del daño antijurídico causado y la sanción pecuniaria correspondiente a fijar por el juez, como se analiza en la presente providencia”.

partir del sub-principio de ponderación y del principio de la razonabilidad, en sede de la tasación y liquidación de los perjuicios morales, de tal manera que el juez oriente su raciocinio desde una perspectiva jurídica, **con mínimos criterios objetivos (una “crítica frecuente a la ponderación es que la Corte (americana) no cuenta con un criterio objetivo para valorar o comparar los intereses en juego (...) Por tanto, la ponderación demanda el desarrollo de una balanza de valores externos a las preferencias personales de los jueces”<sup>57</sup>) que permitan resolver la tensión que se produce entre el ejercicio del derecho a la reparación integral y los intereses generales representados en el patrimonio público del cual debe sufragarse las indemnizaciones<sup>58</sup>, como por ejemplo: i) núcleo familiar; ii) relaciones afectivas; iii) relaciones de cercanía (no sólo material, sino desde la perspectiva de las relaciones que se logre establecer existía entre los miembros de la familia de la víctima o lesionado), y otras inherentes al concepto de familia, si que tenga la necesidad de acudir a discursos sociológicos, psicológicos o de otro orden<sup>59</sup> que sólo contribuyen a distorsionar el papel del juez al momento de la tasación y liquidación de los perjuicios morales, y a crear desigualdades propias de la visión subjetiva que desde la posición del juez intenta establecer “in abstracto” un valor genérico del perjuicio moral que cabe indemnizar en los diferentes eventos en los que queda acreditado el daño antijurídico y la imputación.**

50 La aplicación del “test de proporcionalidad”, como metodología en el ejercicio discrecional del juez (reconocido por el legislador), tiene sustento constitucional y permite afrontar la crítica según la cual en el “Estado de Bienestar (estadio en el que se encuentra implicado el Estado Social de Derecho como modelo en el cual se encuentra nuestra Nación) había provocado dos cambios esenciales. Primero, se pidió progresivamente a los jueces que aplicaran estándares abiertos como equidad, buena fe, razonabilidad y negación del enriquecimiento injusto”<sup>60</sup>. Sin duda, esto se aparta de la función judicial tradicional de la “aplicación formal de las normas y se apartaban del idea de un conjunto de normas poseedor de las cualidades de generalidad, igualdad y certeza:

“Las cláusulas abiertas y los estándares generales llevan a que las cortes y los departamentos administrativos se dediquen a una ponderación ad hoc de intereses reacios a ser reducidos a reglas generales.

El razonamiento intencionado y la justicia no formal también causan problemas al ideal de generalidad. El abogado orientado a la política sostiene que parte de la interpretación de una norma es elegir los medios más eficientes para lograr los fines que se le asignan a ella. Pero como las circunstancias a las que se refieren las decisiones cambian y como la interpretación de quien toma la decisión de los

---

<sup>57</sup> ALENIKOFF, T. Alexander. *El derecho constitucional en la era de la ponderación*. Lima, Palestra, 2010, pp.74 y 75.

<sup>58</sup> Lo que ha sido reconocido en el derecho constitucional anglosajón de la siguiente manera: “La protección igualitaria ha sido testigo del desarrollo de un nivel intermedio de escrutinio que exige que una ley esté “sustancialmente relacionada” con “intereses gubernamentales importantes”. Este examen se ha aplicado a demandas de discriminación por género y legitimidad, y, por cuatro jueces, a casos de clasificaciones sociales con el propósito de ayudar a los afroamericanos”. ALENIKOFF, T. Alexander. *El derecho constitucional en la era de la ponderación*., ob., cit., pp.66 y 67.

<sup>59</sup> Lo anterior, lleva a concluir desde cierta perspectiva a que se piense que el “estilo del discurso jurídico se acercó al de los lugares comunes de la argumentación política o económica cuando el razonamiento jurídico intencionado y las preocupaciones y las preocupaciones por la justicia sustantiva empezaron a prevalecer. Surgen serias dudas sobre la legitimidad de esa manera de tomar las decisiones judiciales. Ofende la libertad política que los jueces no elegidos tengan que tomar decisiones cuya índole no difiere de las que toman las legislaturas”. TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría. Bogotá, Universidad Externado, 2011, p.177.

<sup>60</sup> TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría., ob., cit., p.175.

que dispone varía, así también debe suceder con la forma en que él interpreta las normas (...) Por tanto, la noción de áreas estables de derechos y obligaciones individuales, una noción inseparable del ideal del Estado de derecho, se erosionará.

La búsqueda de la justicia sustantiva corrompe la generalidad jurídica en un grado aún mayor. Cuando la gama de desigualdades inadmisibles entre situaciones sociales se amplía, la necesidad de tratamiento individualizado aumenta correspondientemente. Sin importar cómo se defina la justicia sustantiva, ésta solo se puede lograr tratando de manera diferente las diferentes situaciones<sup>61</sup>.

Lo anterior no implica apartarse de la construcción jurisprudencial que a partir de 2001 la Sección Tercera aplica de manera uniforme, al tener como factor para la tasación y liquidación de los perjuicios morales al salario mínimo mensual legal vigente, pero no puede comprenderse agotada en el mismo, sino que para responder al reto de no crear desigualdades entre los diferentes actores sociales que acuden a reclamar la indemnización por concepto de perjuicios morales, se emplea el “test de proporcionalidad” como la metodología con base en la cual cabe tasar y liquidar dichos perjuicios. Se reitera, por lo tanto, que con la determinación del factor de tasación y liquidación simplemente no se logra, aún, la consolidación de criterios objetivos con los que pueda apuntarse la valoración, tasación y liquidación de los mismos, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad y, a su vez, la ponderación y la razonabilidad con la que debe operar el juez y, no simplemente sustentarse en la denominada “*cierta discrecionalidad*”.

Así mismo, para la tasación y liquidación el juez se sujeta al criterio determinante de la intensidad del daño, que usualmente se demuestra con base en las pruebas testimoniales las cuales arrojan una descripción subjetiva de quienes, por las relaciones familiares, afectivas, de cercanía, conocimiento o amistad deponen en la causa, restando objetividad a la determinación de dicha variable, cuya complejidad en una sociedad articulada, plural y heterogénea exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada de los perjuicios morales, sin que se constituya en tarifa judicial o, se pretenda el establecimiento de una tarifa legal. De acuerdo con lo anterior, la Sala empleará como metodología para la tasación y liquidación de los perjuicios morales reconocidos a los hermanos el test de proporcionalidad.

En cuanto al fundamento de este test, se encuentra en la aplicación de la proporcionalidad<sup>62</sup> desde la perspectiva del juicio de igualdad<sup>63</sup>, y de la necesidad

---

<sup>61</sup> TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría., ob., cit., p.176.

<sup>62</sup> “De las funciones que cumple el principio de proporcionalidad en el control constitucional de la legislación y en la tutela de los derechos fundamentales depende en gran parte la efectividad del Estado Social de Derecho, el respeto de la dignidad humana y la inalienabilidad de los derechos de la persona. Es por ello que se hace necesario un manejo adecuado del principio de proporcionalidad, diferenciando su sentido general - como máxima de interpretación que evita el desequilibrio, la desmesura o el exceso en el ejercicio del poder público- de su sentido específico como parte constitutiva del juicio de igualdad. Tal distinción entre un sentido genérico y uno específico con que se usa el concepto de proporcionalidad conduce al problema de los métodos para su aplicación.8.2. Un uso general, no técnico, del concepto de proporcionalidad en el control de constitucionalidad, prescinde de un método para su aplicación. La relación de equilibrio entre dos magnitudes, instituciones, conductas, etc., se establece en forma intuitiva, conectada muchas veces a un juicio de grado. Se afirma, por ejemplo, que un acto es proporcionado, desproporcionado, leve o manifiestamente desproporcionado. La inexistencia de método para establecer el grado a partir del cual dicho acto pierde la proporción hasta el punto de verse afectada su constitucionalidad, conlleva la concentración en el juez de la facultad de decidir discrecionalmente sobre la juridicidad de las actuaciones de otros órganos del poder público. Tal consecuencia no es compatible en un estado democrático de derecho donde los órganos del Estado cumplen funciones separadas. Es por ello que el uso coloquial de la proporcionalidad o

ponderar ante la indeterminación, vaguedad y necesidad de una resolver la tensión que pueda representar la tasación y liquidación de los perjuicios morales cuando se pone en juego la tutela de derechos como a la vida, al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad personal (enmarcado dentro del concepto global de dignidad humana), y el respeto del derecho a la reparación, que no puede resolverse, como se pretende en muchas ocasiones, por medio de la lógica de la subsunción<sup>64</sup>, sino que debe trascenderse, como se busca con el test de proporcionalidad, que el juez contencioso administrativo valore, determine si cabe el sacrificio de principios, con otras palabras que se oriente hacia la ponderación<sup>65</sup> de valores o derechos reconocidos desde la individualidad de cada sujeto, y su dimensionamiento y expresión en el derecho a la reparación, que no es unívoco en su individualidad, sino que exige responder al principio de igualdad.

Luego, ante la potencial colisión de los derechos señalados que pueda representarse en la tasación y liquidación de los perjuicios morales atendiendo sólo al salario mínimo legal mensual vigente, desprovisto de argumentación jurídica y propiciando una mayor colisión de los mismos, que derive en el

---

desproporcionalidad, en el sentido de exceso o desmesura, requiere ser sustituido por métodos objetivos y controlables que permitan al juez constitucional ejercer su misión de salvaguarda de la Constitución y de los derechos constitucionales, dentro de un marco jurídico respetuoso de las competencias de las demás autoridades públicas, en especial del legislador democrático. La proporcionalidad concebida como principio de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación. Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Los intereses ponderados también se concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto.

No existe un solo método de ponderación. Se pueden aplicar diferentes formas de ponderar según la materia de que se trate. Por ejemplo, cuando se analiza si una medida policiva es desproporcionada, la comparación se efectúa, generalmente, entre la gravedad de las circunstancias, de un lado, y la magnitud con la cual la medida afecta intereses constitucionalmente protegidos. En el juicio de razonabilidad, cuando éste incluye un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, la comparación se realiza, usualmente, entre los fines y las medidas estatales, de un lado, y la afectación de intereses protegidos por derechos constitucionales. Los métodos de ponderación se distinguen no solo según qué es lo que se sopesa, sino también por los criterios para decidir cuando la desproporción es de tal grado que procede una declaración de inexequibilidad. No se exige una proporcionalidad perfecta puesto que el legislador no tiene que adecuarse a parámetros ideales de lo que es correcto por no ser excesivo” (subrayado fuera de texto). Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

<sup>63</sup> Sobre la proporcionalidad como elemento del juicio de igualdad únicamente cuando el test es estricto, ver la sentencia C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; aclaración de voto de Jaime Araujo Rentería

<sup>64</sup> Alexy tiene como principal postulado al darle tratamiento a las decisiones judiciales “es que una resolución o sentencia emitida por un juez no se refiere únicamente a simples operaciones mecánicas lógicas de subsunción, sino que en los casos difíciles implican valoraciones, sacrificios de principios, una necesidad de ponderación de los valores en conflicto”. SOBREVILLA, David: “La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy” en La filosofía del derecho alemana actual de orientación racionalista (Estudios sobre R. Alexy, K. Günther, J. Habermas y O. Höffe), México, Fontamara, 2008, p. 28. LÓPEZ SANCHEZ, Rogelio. “El principio de proporcionalidad como derecho hermenéutico en la justicia constitucional”, en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. N.23, 2011, p.327.

<sup>65</sup> “La ponderación es necesaria debido a cuatro razones fundamentales: a) la vaguedad del lenguaje jurídico; b) la posibilidad de conflictos de normas; c) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe ya una norma vigente, y d) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales”. ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica (La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica), (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 23.

quebrantamiento de la igualdad y la justicia<sup>66</sup> es que procede, dentro del arbitrio judicial, el “test de proporcionalidad” para que obre la decisión judicial con la suficiente ponderación. De ahí que en la jurisprudencia constitucional se sostiene: “Por lo anterior, el análisis de proporcionalidad del límite de mil salarios mínimos legales, se hará de conformidad con el siguiente método: (i) identificar y clarificar cuáles son los intereses enfrentados regulados por la norma; (ii) sopesar el grado de afectación que sufre cada uno de esos intereses por la aplicación del límite fijado en la norma; (iii) comparar dichas afectaciones; (iv) apreciar si la medida grava de manera manifiestamente desproporcionada<sup>67</sup> uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución”<sup>68</sup>.

Dicho principio de proporcionalidad debe, por lo tanto, convertirse en el sustento adecuado para la tasación y liquidación ponderada del quantum indemnizatorio del perjuicio moral, respecto de lo que la jurisprudencia constitucional señala:

“Frente a los llamados perjuicios morales objetivables, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, ha estimado que en algunos casos pueden ser valorados pecuniariamente<sup>69</sup>, con base en criterios como el dolor infligido a las víctimas<sup>70</sup>, el perjuicio estético causado<sup>71</sup> o el daño a la reputación<sup>72</sup>. Si de la aplicación de tales criterios surge que dichos perjuicios superan el límite fijado por el legislador, habría una afectación grave del interés de las víctimas por lograr una indemnización integral de los perjuicios que se le han ocasionado y cuyo quantum ha sido probado. Al igual que con los perjuicios materiales, el límite resultaría manifiestamente desproporcionado frente al derecho de las víctimas a la reparación integral, como quiera que el riesgo de arbitrariedad del juez es menor cuando el valor de los perjuicios ha sido acreditado en el juicio por factores que no dependen de su apreciación subjetiva.

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

---

<sup>66</sup> LARENZ, Karl. Metodología de la ciencia del derecho, (trad. y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero), Barcelona, Ariel, 1994, p. 400

<sup>67</sup> Ver entre otras la sentencia C-758 de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis. Allí la Corte justifica que en materia de sanciones el límite entre lo constitucionalmente inadmisibles y lo permitido se traza con el criterio de la desproporción manifiesta

<sup>68</sup> Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

<sup>69</sup> Ver entre otras las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 13 de abril de 2000, CP: Ricardo Hoyos Duque, Radicación No. 11892; 19 de julio de 2001, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación No. 13086; 10 de mayo de 2001, CP: Ricardo Hoyos Duque, Radicación No.13.475 y del 6 de abril de 2000, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación No. 11.874. Ver también, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal del 29 de mayo de 1997, MP: Juan Manuel Torres Fresneda, Radicación 9536

<sup>70</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de agosto de 1982, CP: Carlos Betancur Jaramillo, Expediente 3139, donde se reconoció como perjuicio moral el “malestar psíquico” sufrido a raíz del accidente. Consejo de Estado, Sección Tercera, 4 de abril de 1997, CP: Jesús María Carrillo Ballesteros, Expediente 12007, que reconoció como perjuicio moral por el hecho de que la víctima “estuvo sometida al miedo, la desolación, a la zozobra, a la tristeza, mientras se produjo su liberación.”

<sup>71</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, 31 de julio de 1989, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 2852. Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de mayo de 1993, CP: Julio César Uribe Acosta, Expediente 7428

<sup>72</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 3510.

por 1000 gramos oro, o más recientemente hasta por 2000 y 4000 gramos oro<sup>73</sup><sup>74</sup>.

El test de proporcionalidad, a su vez, comprende tres sub-principios que son aplicables: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto<sup>75</sup>. En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego. En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes. Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de los criterios propios a la idoneidad, de tal manera que la indemnización se determine atendiendo a la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada). Lo anterior, debe permitir concretar un mayor quantum indemnizatorio cuando se trata del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios que deben obrar en función del principio de idoneidad. Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, y su desdoblamiento, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto.

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

En este sentido, se establece la siguiente metodología para determinar el quantum indemnizatorio por concepto de perjuicios morales:

---

<sup>73</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de 25 de septiembre de 1997, Sección Tercera, Expediente 10.421, CP: Ricardo Hoyos Duque, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 2.000 gramos oro. Sentencia del 19 de julio de 2000, Expediente 11.842, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 4.000 gramos oro

<sup>74</sup> Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

<sup>75</sup> La doctrina señala que “la propia estructura del principio de proporcionalidad consiste, en efecto, en la aplicación del conocido test tripartito sobre una medida determinada, adoptada de ordinario por un sujeto distinto a aquel que desarrolla el juicio de control”. ARROYO JIMENEZ, Luis. “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, en ORTEGA, Luis; SIERRA, Susana de la (Coords). Ponderación y derecho administrativo. Madrid, Marcial Pons, 2009, p.33.

<b>Supuesto de muerte violenta de Fiscal</b> (en estos casos la singularidad lleva a que indiciariamente la magnitud de los hechos lleve a concretar los tres elementos)	<b>Cuando opera la idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente</b>	<b>Cuando opera y idoneidad y necesidad</b>	<b>Cuando opera la idoneidad (derivado de las relaciones afectivas y de cercanía normales y propias al núcleo familiar acreditado con el parentesco)</b>
<b>Núcleo familiar inmediato</b>	100 SMMLV	50 SMMLV	10 SMMLV
<b>Otros familiares</b>	50 SMMLV	25 SMMLV	3 SMMLV

En el caso sub judice se encuentran reunidos el requisito de la idoneidad, por cuanto el dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto “in abstracto” de la dignidad obedece simplemente al parentesco acreditado, esto es, a las relaciones afectivas y de cercanía normales y propias al núcleo familiar del lesionado.

La necesidad se encuentra probada mediante los testimonios rendidos dentro del proceso, dentro de los que se destacan:

El testimonio de ALIX MAGDALENA LARA CHIRINOS, quien cuando describe las relaciones familiares de CARLOS ARTURO PINTO BOHORQUEZ, con sus hijas y su compañera manifiesta: *“Eran una familia muy bella, siempre compartían los cuatro en paseos, en alegrías, en tristezas que hay muchas veces en un hogar. Carlos Arturo siempre era muy pendientes (sic) de ellas, él era el que cubría los gastos de ese hogar porque Zoraida no trabajaba”* (fl 217 c1 exp 2003-01301).

La declaración de OLGA MERCEDES MANTILLA FORERO, compañera de trabajo de la víctima, quien lo conocía desde muy joven, cuando se le pregunta cómo eran las relaciones entre CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ Y ISABEL SORAIDA Y SUS HIJAS, responde: *“Le cuento que cuando él hablaba de ellas pues yo percibía que eran las mejores relaciones, ya que para el año, por ahí como 96, cuando estábamos en la Fiscalía inclusive les compró un carro y se lo dejó a ellas en Bucaramanga”*. (FL. 221 c.1 exp 2003-01301).

Por su parte, el testimonio rendido por REINALDO DE JESUS SERNA ROSALES, cuando describe la relación de la víctima con su compañera y su hijas lo hace en los siguientes términos: *“Por lo que ya manifesté anteriormente de la señora Zoraida Jaimes era su compañero permanente, de las niñas Carla y Katia él era su protector su confidente, amigo y como lo dije anteriormente su compañero para las fiestas, por cuanto ellas estaban muy jóvenes en el momento del fallecimiento de él”* (Fl. 223 c.1 exp. 2003-01301).

Finalmente proporcionalidad propiamente dicha se tiene, atendiendo a la violación de los derechos constitucionalmente reconocidos y a la violación de sus derechos humanos respecto de su núcleo familiar inmediato (compañera e hijos).

En este orden de ideas los perjuicios morales se liquidarán como sigue:

<b>Indemnizado</b>	<b>Valor en salarios mínimos legales</b>	<b>Valor en moneda de curso legal</b>
--------------------	--	---------------------------------------

	<b>mensuales vigentes</b>	<b>colombiano</b>
Isabel Zoraida Jaimes Olarte (compañera)	100 smlmv	\$56.670.000.00
Carla Lorena Pinto Jaimes (hija)	100 smlmv	\$56.670.000.00
Katia Milena Pinto Jaimes (hija)	100 smlmv	\$56.670.000.00

La Sala advierte que, respecto de MARIO ALBERTO PINTO CALDERON, CLAUDIA MARCELA PINTO DURARTE, CARMEN SOFIA PINTO JIMENEZ, Y MONICA DEL PILAR PINTO NIETO, el monto de la condena establecida por el a quo se mantendrá inalterada, puesto que dichas personas no recurrieron el fallo.

**7. ¿Hay lugar a reconocer perjuicios inmateriales denominados «a la vida de relación» so pretexto que los herederos de la víctima de un asesinato, perdieron la posibilidad de estudiar una carrera universitaria?**

No obstante que lo invocado por el recurrente, no denota lo que debe entenderse por perjuicio a la vida de relación, al menos en cuanto atañe a la pérdida de la condición de estudiantes de las hijas de la víctima<sup>76</sup>; si constituye este tipo de perjuicio la interrupción del tejido y núcleo familiar, lo cual también se encuentra invocado en el recurso y está probado mediante las declaraciones rendidas dentro del proceso administrativo.

En efecto, obra dentro del proceso la declaración de ALIX MAGDALENA LARA CHIRINOS, quien cuando se refiere al a forma como afectó a la compañera y las hijas la muerte de la víctima: manifiesta: *“Eso para ellas fue fatal, primero fue algo que no se esperaba, ellas sufrieron muchísimo a causa de eso, cuando eso ellas estaban viviendo en Bucaramanga, él prestaba sus sericios acá y todos los fines de semana se trasladaba a esa ciudad. Eso acarrió muchos problemas económicos, es algo que sucede inesperadamente, y no se sabe cómo va uno a subsistir, como vas a hacer tú para sobrevivir cuando tú dependes económicamente de una persona, Carlos era el que cubría todos los gastos. Eso fue algo en lo que la familia, los más cercanos colaboramos en lo económico con ella, con Zoraida, porque ella quedó completamente desamparada en lo económico.... Para ellas fue algo fatal, desastroso, se les había ido el padre, el que cubría los gastos, el amigo, el confidente, porque ellas le tenían muchísima confianza en él, hasta lo más mínimo se lo comentaban. Carlos les comentaba el peligro, cuando estaba por ahí alguien enamorándolas, qué les podía pasar, el como hombre les daba consejo a ellas”* (fl.217 c. 1 exp.2003-01301).

Por su parte, MARIA NELLY SERRANO DE ROJAS, cuando se le pregunta cómo se vieron afectadas las recurrentes con la muerte de la víctima manifiesta: *“Para mi bastante, las dos hijas estudiaban derecho, por la ayuda de su papá, la confianza con su papá, y en el momento de su muerte a ellas se les derrumbó todo”* (fl.219 c 1 exp. 2003-01301).

OLGA MERCEDES MANTILLA FORERO, cuando se le pide que diga cómo se vio afectado el núcleo familiar responde: *“ Pues Zoraida después de la muerte de Carlos de vez en cuando me llamaba y varias veces estuvo en la oficina contándome de sus tristezas ..... a la muerte de Carlos las niñas estaban en una edad que necesitaban de su padre, una niña tenía como veinte años y la otra*

<sup>76</sup> Esta circunstancia corresponde al perjuicio material de lucro cesante, que ya fue reconocido dentro del fallo de primera instancia.

*hasta ahora iniciaba carrera y por lo que Carlos me comentaba las niñas eran muy apegadas a él'* fl 221 c 1 exp. 2003-01301.

REINALDO DE JESUS SERNA ROSALES, cuando se le pregunta por la inseguridad afectiva de las hijas Carla y Katia, que hubiesen mostrado después de la muerte de su padre CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ, responde: "*Claro si todavía está estudiando la menor, y la mayor en ese momento todavía estaba estudiando, con todo el apoyo de él, moral, afectivo, económico, era demasiada compenetración, mucho entendimiento de las hijas y el doctor Pinto*". Fl. 223 c.1 exp. 2003-01301.

Las declaraciones que se acaban de transcribir, muestran a la Sala que dentro del proceso se encuentra probada los cambios negativos que sufrió la vida relacional de la compañera permanente y de las hijas de la víctima, por ello se condenará al pago del perjuicio a la vida de relación.

Tratándose de una modalidad de perjuicio inmaterial, estima la sala que, para dar un principio de racionalidad al quantum del mismo, debe aplicarse un test de proporcionalidad, en el cual se acredite la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad del perjuicio. El vínculo se encuentra acreditado respecto de la compañera permanente, y en relación con las hijas está probado el parentesco mediante los documentos idóneos, lo cual hace que la idoneidad se tenga por probada. El vínculo, la relación de afecto que se vivía en el núcleo familiar, también resulta probado con las declaraciones antes transcritas, lo cual permite a la Sala tener por acreditada la necesidad. Y finalmente, la proporcionalidad en estricto sentido, se tiene por probada por la magnitud de los hechos, visto que se trataba de una persona que cumplía funciones dentro de la administración de justicia, colaborando para que el Estado de Derecho fuese una realidad, y por tanto no hay riesgo de desproporción si se le otorga el máximo de lo que ha reconocido tradicionalmente la Corporación, por ese otro rubro de perjuicio inmaterial, los perjuicios morales; dado que nos encontramos frente a una flagrante vulneración de los derechos humanos.

En este orden de ideas, **el perjuicio a la vida de relación se liquidará así:**

<b>Indemnizado</b>	<b>Valor en salarios mínimos legales mensuales vigentes</b>	<b>Valor en moneda de curso legal colombiano</b>
Isabel Zoraida Jaimes Olarte (compañera)	100 smlmv	\$56.670.000.oo
Carla Lorena Pinto Jaimes (hija)	100 smlmv	\$56.670.000.oo
Katia Milena Pinto Jaimes (hija)	100 smlmv	\$56.670.000.oo

### **7.3. De la reparación integral y las medidas de satisfacción.**

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

*“Toda reparación, parte de la necesidad de verificar la materialización de una lesión a un bien jurídico tutelado (daño antijurídico), o una violación a un derecho que, consecuentemente, implica la concreción de un daño que, igualmente, debe ser valorado como antijurídico dado el origen del mismo (una violación a un postulado normativo preponderante). Así las cosas, según lo expuesto, es posible arribar a las siguientes conclusiones lógicas: Toda violación a un derecho humano genera la obligación ineludible de reparar integralmente los daños derivados de dicho quebrantamiento. No todo daño antijurídico reparable (resarcible), tiene fundamento en una violación o desconocimiento a un derecho humano y, por lo tanto, si bien el perjuicio padecido debe ser reparado íntegramente, dicha situación no supone la adopción de medidas de justicia restaurativa. Como se aprecia, en la primera hipótesis, nos enfrentamos a una situación en la cual el operador judicial interno, dentro del marco de sus competencias, debe establecer en qué proporción puede contribuir a la reparación integral del daño sufrido, en tanto, en estos eventos, según los estándares normativos vigentes (ley 446 de 1998 y 975 de 2005), se debe procurar inicialmente por la restitutio in integrum (restablecimiento integral) del perjuicio y de la estructura del derecho trasgredido, para constatada la imposibilidad de efectuar la misma, abordar los medios adicionales de reparación como la indemnización, rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición y, adicionalmente el restablecimiento simbólico, entre otros aspectos. Debe colegirse, por lo tanto, que el principio de reparación integral, entendido éste como aquel precepto que orienta el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo, debe ser interpretado y aplicado de conformidad al tipo de daño producido, es decir, bien que se trate de uno derivado de la violación a un derecho humano, según el reconocimiento positivo del orden nacional e internacional, o que se refiera a la lesión de un bien o interés jurídico que no se relaciona con el sistema de derechos humanos (DDHH). En esa perspectiva, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos supone, no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan, naturalmente, de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual se adoptan una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño (strictu sensu), sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos. Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona, específicamente, con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas, de rehabilitación, o de no repetición, dicha circunstancia, per se, no supone que no se repare íntegramente el perjuicio. Como corolario de lo anterior, para la Sala, la reparación integral propende por el restablecimiento efectivo de un daño a un determinado derecho, bien o interés jurídico y, por lo tanto, en cada caso concreto, el operador judicial de la órbita nacional deberá verificar con qué potestades y facultades cuenta para obtener el resarcimiento del perjuicio, bien a través de medidas netamente indemnizatorias o, si los supuestos fácticos lo permiten (trasgresión de derechos humanos en sus diversas categorías), a través de la adopción de diferentes medidas o disposiciones”<sup>77</sup>.*

<sup>77</sup> Sentencia de 19 de octubre de 2007. Exp.29273<sup>a</sup>. Ver de la Corte Permanente de Justicia Internacional, caso Factory of Chorzów, Merits, 1928, Series A, No. 17, Pág. 47. Citada por CRAWFORD, James “Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional del Estado”, Ed. Dykinson, Pág. 245; Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso de la Masacre de Puerto Bello (vs) Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006; de la Corte Constitucional Sentencia T-563 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En igual sentido T- 227 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-1094 de 2004 M.P.

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

*“En ese orden de ideas, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos implica no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también supone la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual era posible la implementación de una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño (strictu sensu), sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos vulnerados. Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona específicamente con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas de rehabilitación, o de no repetición, ello no implica en manera alguna que no se repare íntegramente el perjuicio”<sup>78</sup>.*

Adicionalmente, y acogiendo el precedente de la Sala que incorpora a nuestro concepto de reparación integral las denominadas medidas de reparación no pecuniarias, se ordenará, con el objeto de responder al “principio de indemnidad” y a la “restitutio in integrum”, y bajo el amparo del artículo 16 de la ley 446 de 1998, que se cumpla con las siguientes obligaciones que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión: 1. ofrezca disculpas a los familiares de CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ; 2. PUBLIQUE la parte resolutive de esta sentencia en todas sedes de la Fiscalía dentro del territorio Nacional y le dé difusión en un medio de circulación informativa Nacional; 3. con el fin de dar cumplimiento al artículo 7.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se ordenará que la Fiscalía General de la Nación informe al país, en un término improrrogable de 30 días calendario, acerca de los resultados de las investigaciones adelantadas por el homicidio de CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ, y especialmente se ofrezca verdad y justicia como medio para la reconciliación. 4. Se ordenará que por la Secretaría de la Sección se remita copia de esta sentencia al Centro de Memoria Histórica, en el marco de la verdad, justicia y reparación que es predicable para el caso de los ciudadanos afectados por el conflicto armado interno, y que fue creado con ocasión de la Ley 1448 de 2011, en su artículo 147, y estructurado por el Decreto 4803 de 2011. Entendiendo que la presente decisión judicial hace parte del objetivo de reunir y recuperar el material documental relativo a las violaciones al derecho internacional humanitario y al de los derechos humanos. De todo lo ordenado, la entidad demandada deberá entregar al despacho informes del cumplimiento de lo aquí ordenado como medidas de satisfacción, dentro de los cuarenta y cinco días (45) siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

En ese orden de ideas, la Sala modificará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en cuanto al incremento del monto reconocido por concepto de perjuicios morales y al reconocimiento de los daños a la vida de relación. Los demás aspectos de la sentencia quedarán incólumes, Sin embargo, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 178 del C.C. A, la Sala procede a actualizar los valores que fueron reconocidos por el a quo y que no fueron objeto del recurso.

---

Manuel José Cepeda Espinosa y T-175 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería. Corte Constitucional, sentencia T-188 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis

<sup>78</sup> Sentencias de 8 de junio de 2011. Exp.19972; de 8 de junio de 2011. Exp.19973.

## 8.Actualización de los valores

### 3.1 Actualización de la suma reconocida como perjuicio material:

En la sentencia de primera instancia se reconoció el perjuicio material en el rubro de lucro cesante consolidado y futuro en las siguientes cifras que a continuación se relacionan:

A ISABEL ZORAIDA JAIMES OLARTE, la suma de QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS SETTENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS TRENTA Y SEIS PESOS (\$554.476.836)

A KATIA MILENA PINTO JAIMES, la suma de CIENTO VEINTISIETE MILLONES OCHOCIENTOS TRES MIL SEISCIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS (\$127.803.637)

A KARLA LORENA PINTO JAIMES, la suma de SETENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y UN MIL DOSCIENTOS TREINTA PESOS (\$73.271.230.00)

la Sala procederá a actualizar dichos valores conforme a la siguiente fórmula matemática que para el efecto ha utilizado esta corporación:

$$Va = Vi ( If / li )$$

donde,

Va : valor actual

Vi : valor inicial, equivalente a la suma reconocida en el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, a cada una de las anteriores personas.

If : índice final, equivalente al IPC para abril de 2012, esto es, 110.92

li : índice inicial, equivalente al IPC para enero de 2011, mes en que se profirió el fallo de primera instancia, esto es, 106.19

#### 3.1.1 Actualización de los perjuicios materiales reconocidos a ISABEL ZORAIDA JAIMES OLARTE

En este orden,  $Va = Vi ( If / li )$   
 $Va = 554.476.836.00 (110,92 / 106.19)$

VA = 579.174.787.00

#### 3.1.2 Actualización de los perjuicios materiales reconocidos a KATIA MILENA PINTO JAIMES

$Va = Vi ( If / li )$   
 $Va = (\$127.803.637.00 (110,92 / 106.19)$

VA = 133.496.369.00

#### 3.1.3 Actualización de los perjuicios materiales reconocidos a KARLA LORENA PINTO JAIMES

$Va = Vi ( If / li )$   
 $Va = \$73.271.230.00 (110,92 / 106.19)$

VA = .\\$76.534.936.00

## 9. Revocatoria de la Condena al pago del Arancel

La Sala revocará la condena hecha por el Tribunal a quo al pago del arancel judicial, toda vez que los procesos declarativos como este de reparación de directa, se encuentran entre las excepciones al pago de dicho gravamen, conforme a lo dispuesto por el artículo 4º de la ley 1394 de 2010.

#### 10. Costas

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

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

#### FALLA

**PRIMERO. MODIFÍCASE** la sentencia de 20 de enero de 2011 proferida por la Tribunal Administrativo de Norte de Santander, la que quedará de la siguiente manera:

**“PRIMERO. DECLARAR A LA NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** administrativa y patrimonialmente responsable de la muerte de CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ, como consecuencia de los hechos ocurridos en la ciudad de Cúcuta el 01 de noviembre de 2001.

**SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración CONDENAR A LA NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** a pagar por concepto de perjuicios morales por la muerte de CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ a ISABEL ZORAIDA JAIMES OLARTE, en condición de compañera permanente del Fiscal fallecido, 100 SMLMV, equivalentes a la suma de CINCUENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS SETENTA MIL PESOS (\$56.670.000.00); a sus hijos MARIO ALBERTO PINTO CALDERON, CLAUDIA MARCELA PINTO DUARTE, CARMEN SOFIA PINTO JIMENEZ Y MONICA DEL PILAR PINTO NIETO, 80 SMLMV, equivalente a la suma de CUARENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL PESOS (\$45.136.000.00), para cada uno de estas personas; a sus hijas CARLA LORENA PINTO JAIMES Y KATIA MILENA PINTO JAIMES, 100 SMLMV, equivalente a la suma de CINCUENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS SETENTA MIL PESOS, (\$56.670.000.00) para cada una.

**TERCERO. CONDENAR A LA NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** a pagar por concepto de perjuicios materiales por la muerte de CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ a ISABEL ZORAIDA JAIMES OLARTE, en su condición de compañera permanente la suma de QUINIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO SETENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS,(\$ 579.174.787.00); a KATIA MILENA PINTO JAIMES, en su condición de hija la suma de CIENTO TREINTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL TRECIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS (\$133.496.369.00); a KARLA LORENA PINTO JAIMES en su condición de hija la suma de SETENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS .(\$76.534.936.00).

**CUARTO: ORDENESE AL FISCAL GENERAL DE LA NACION QUE:** 1. ofrezca disculpas a los familiares de CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ; 2. PUBLIQUE la parte resolutive de esta sentencia en todas sedes de la Fiscalía dentro del territorio Nacional y le dé difusión en un medio de circulación informativa Nacional; 3. con el fin de dar cumplimiento al artículo 7.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se ordenará que la Fiscalía General de la Nación informe al país, en un término improrrogable de 30 días calendario, acerca de los resultados de las investigaciones adelantadas por el homicidio de CARLOS ARTURO PINTO BOHÓRQUEZ, y especialmente se ofrezca verdad y justicia como medio para la reconciliación. 4. Se ordenará que por la Secretaría de la Sección se remita copia de esta sentencia al Centro de Memoria Histórica, en el marco de la verdad, justicia y reparación que es predicable para el caso de los ciudadanos afectados por el conflicto armado interno, y que fue creado con ocasión de la Ley 1448 de 2011, en su artículo 147, y estructurado por el Decreto 4803 de 2011. Entendiendo que la presente decisión judicial hace parte del objetivo de reunir y recuperar el material documental relativo a las violaciones al derecho internacional humanitario y al de los derechos humanos. De todo lo ordenado, la entidad demandada deberá entregar al despacho informes del cumplimiento de lo aquí ordenado como medidas de satisfacción, dentro de los cuarenta y cinco días (45) siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

**QUINTO:** Negar las demás súplicas de la demanda.

**SEXTO:** Dése cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

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

**OCTAVO: ABSTÉNGASE** de condenar en costas a la demandada.

**NOVENO:** Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

**ENRIQUE GIL BOTERO**  
Magistrado

**OLGA VALLE DE DE LA HOZ**  
Presidenta

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**  
Magistrado

**ACLARACION DE VOTO DE LA DOCTORA OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ**

**PERJUICIOS MORALES - Liquidación. Al establecer criterios objetivos para su tasación, se está desconociendo la facultad discrecional del juzgador / PERJUICIOS MORALES - Facultad discrecional del juzgador**

Procedo a aclarar el voto con relación al contenido de la sentencia de la referencia. (...) si bien comparto la parte resolutive de la misma, me aparto de la forma en la que se invita a liquidar los perjuicios morales a manera de test, por cuanto al establecer unos criterios objetivos para su tasación, se está desconociendo la facultad discrecional del juzgador, y en cierta medida, se establece una tarifa legal (...) este Despacho se aparta del análisis realizado en la sentencia aclarada, a propósito del test de proporcionalidad que permite tasar los perjuicios a ser reconocidos a título de perjuicios morales a través de una tabla que impone valores preestablecidos, por cuanto al tratarse de un daño netamente subjetivo, son las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos, y el estudio de los efectos que el daño causó en quienes acuden a la jurisdicción para que les sean reconocidos los perjuicios sufridos, los que sirven de fundamento a la tasación. En esta materia, no hay verdades absolutas, cada caso en concreto que se estudia y analiza es un universo totalmente independiente, y ello se vislumbra con mayor claridad al momento de la tasación o quantum de los perjuicios y riñe con la realidad la tabla que se propone en el fallo que se aclara, sea tomada en cuenta para la fijación del monto de los perjuicios morales y hacerla extensiva a todos los casos, sería fijar unas condiciones de manera matemática y poco flexibles, cuando la vida diaria demuestra que aquellas pueden ser distintas en cada caso particular. (...) en este escenario, en el que interviene la función del juzgador, quien en su discrecionalidad judicial, deberá hacer una valoración integral del acervo probatorio con el fin de establecer la medida compensatoria que considere más apropiada para aliviar el dolor sufrido por quienes ponen en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCION B**

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil doce (2012)

**Radicación número: 54001-23-31-000-2003-01301-01(41142)**

**Actor: ISABEL ZORAIDA JAIMES OLARTE Y OTROS**

**Demandado: NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION**

**Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA) - expedientes acumulado: 54001-23-31-000-2003-01303-00**

Con la debida consideración y respeto por las decisiones de la Sala, procedo a aclarar el voto con relación al contenido de la sentencia de la referencia. En efecto, si bien comparto la parte resolutive de la misma, me aparto de la forma en la que se invita a liquidar los perjuicios morales a manera de test, por cuanto al establecer unos criterios objetivos para su tasación, se está desconociendo la facultad discrecional del juzgador, y en cierta medida, se establece una tarifa legal.

En la sentencia se estableció que el fundamento de este test comprende tres sub principios, siendo estos, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto, al tenor se dijo:

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

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

3. Por último, en relación con la proporcionalidad, la sentencia explica que *“(...) con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, y su desdoblamiento, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto”.*

No se comparten dichas conclusiones por las siguientes razones:

1. La existencia del daño moral, aunque reconocida, no siempre fue resarcida. En efecto, debido a consideraciones éticas y jurídicas se consideraba que el dolor no tenía precio<sup>79</sup> y que la dignidad estaba por encima de cualquier tasación pecuniaria. No obstante, en Colombia, la Corte Suprema de Justicia a través del

---

<sup>79</sup> La jurisprudencia francesa consideró, hasta 1961 con la providencia del Consejo de Estado del 24 de noviembre del mismo año – LETISSERAND-, que las lágrimas nunca se amonedan (*les larmes ne se monnayent point*) y por consiguiente se reusaba a reparar el daño causado por el dolor moral.

famoso caso Villaveces<sup>80</sup>, ordenó, por vez primera, el resarcimiento del daño moral sufrido por el actor, quien demandó al municipio de Bogotá para que le fueran reconocidos los perjuicios causados con ocasión de la destrucción del mausoleo en el que se encontraba enterrada su esposa, cuyos restos mortales fueron depositados en una fosa común.

En efecto, se consideró que la reparación del daño moral pretendía reconocer el dolor sufrido (*pretium doloris*), dolor que en ningún caso se aspira pagar, pero sí aligerar, de acuerdo con el valor determinado por dictamen pericial; así las cosas, el dinero cumpliría no sólo la función de equilibrar el patrimonio menoscabado, sino que apostaría también por satisfacer el sufrimiento ocasionado<sup>81</sup>.

2. Gracias al desarrollo progresivo de la jurisprudencia, se han venido reconociendo cada vez más daños morales resarcibles, pues además de las lesiones a la honra o la dignidad reconocidas por la Corte Suprema de Justicia desde 1924, se ha condenado a la reparación de los daños morales por afectaciones a la fama de una persona<sup>82</sup>, por atentados a las libertades y derechos fundamentales, por la muerte o lesión de parientes próximos<sup>83</sup> o amigos que demuestren la intensidad de la afectación<sup>84</sup>, por las lesiones personales sufridas por la víctima, sus parientes próximos y padres de crianza, e incluso, por los menoscabos sufridos por personas jurídicas.

3. Para su tasación, en principio, se siguió lo que definiera el dictamen pericial cuya práctica se ordenara con el fin de tasar el daño moral. Posteriormente, en virtud de un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, se estableció el arbitrio judicial para cuantificar el perjuicio moral<sup>85</sup>, no obstante poderse valer de peritos para determinar la existencia misma y la intensidad del sufrimiento alegado con el daño causado. Para lograrlo, se siguió lo dispuesto en el artículo 95 del Código Penal de 1936, en virtud del cual en caso de no ser fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por un delito, el juez tenía la potestad de fijar el monto (*quantum*) de la indemnización sin exceder de la suma de dos mil pesos, de acuerdo con su prudente arbitrio o discrecionalidad judicial, teniendo siempre en cuenta la intensidad del daño que se encuentre demostrada dentro del proceso.

4. En virtud de esta potestad, desde el año 1941, correspondió a la sana crítica del juzgador, evaluar los elementos probatorios que le permitieran tasar los perjuicios cuya cuantificación, si bien no estaba constreñida a respetar el tope máximo descrito en el artículo 95 del Código Penal citado, sí debía servirse del mismo para fallar. No obstante, en sentencia del 27 de septiembre de 1974, la Corte Suprema de Justicia condenó al pago de treinta mil pesos por lo que consideró el más alto dolor por la muerte de un ser querido, subrayando que el tope máximo al que hace referencia el Código Penal, solamente sirve para tasar

---

<sup>80</sup> Corte Suprema de Justicia; Sala de casación civil; Sentencia del 22 de agosto de 1924; M.P. Tancredo Nannetti; Gaceta judicial T XXI. p. 82.

<sup>81</sup> Cfr. TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II.

<sup>82</sup> Corte Suprema de Justicia; Sala de Negocios Generales; Sentencia del 20 de noviembre de 1933; M.P. Enrique Becerra; Gaceta judicial T. XXXIX. P. 197.

<sup>83</sup> Presunción del dolor que sufren los parientes próximos de una víctima, de acuerdo con lo consignado en la sentencia del 28 de octubre de 1942, de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Anibal Cardoso.

<sup>84</sup> Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Civil; Sentencia del 13 de mayo de 1988; M.P. Alejandro Bonivento Fernández. Y Corte Suprema de Justicia; Sala de Negocios Generales; Sentencia del 12 de marzo de 1937; M.P. Pedro Gómez Naranjo.

<sup>85</sup> Corte Suprema de Justicia; Sala de Negocios Generales; Sentencia del 20 de junio de 1941; M.P. Hernán Salamanca.

los perjuicios ocasionados con la comisión de un delito y en ningún momento restringe la potestad del juez de reconocer mayores valores. Y no podía ser de otra forma, cuando el propio Código Civil (artículo 17) prohíbe al juez proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria.

En efecto, el Consejo de Estado ha impuesto condenas, en contra de la administración, superiores a las cifras utilizadas por la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta la aflicción, el dolor, las consecuencias y las limitaciones causadas a los afectados<sup>86</sup>, argumentando que el daño es una situación de facto que debe ser reconocida en sus justas proporciones siempre que se encuentre probado.

5. A partir del año 2001, se dispuso una tasación en salarios mínimos legales mensuales vigentes como forma de liquidar los perjuicios morales por considerar que lo establecido en el Código Penal no es aplicable a la jurisdicción contenciosa administrativa<sup>87</sup>. Así, las cosas, la Jurisprudencia tiene decantado, que el daño moral resarcible es aquél cierto, personal y antijurídico, y su tasación depende entonces, de su intensidad, la cual deberá estar probada en cada caso y liquidados en salarios mínimos.

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

Por ejemplo, la jurisdicción contenciosa argentina ha sostenido que *“El daño moral se caracteriza por los padecimientos o molestias que hieren las afecciones legítimas de quien lo sufre; la comisión de un acto antijurídico permite por sí sola presumir su existencia. La evaluación del daño moral no está sujeta a cánones estrictos, corresponde a los jueces establecer prudentemente el quantum indemnizatorio tomando en cuenta su función resarcitoria, el principio de reparación integral, la gravedad de la lesión espiritual sufrida y el hecho generador de la responsabilidad, sin que quepa establecer ninguna relación forzosa entre el perjuicio material y el moral”*<sup>88</sup>.

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

---

<sup>86</sup> Ver. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 14 de febrero de 1992; Exp. 6477; C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 25 de septiembre de 1997; Exp. 10421; C.P. Ricardo Hoyos Duque. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 19 de julio de 2000; Exp. 11842; C.P. Alier Hernández Enríquez. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 6 de septiembre de 2011; Exp. 13232-15646 C.P. Enrique Gil Botero. Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; Sentencia del 19 de octubre de 2007; C.P. Enrique Gil Botero; Exp. 29273.

<sup>87</sup> Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 6 de septiembre de 2001; Exp. 13232 y 15646; C.P. Alier Eduardo Hernández

<sup>88</sup> CFed San Martín 8/11/91, “B.,J.O. c/Transportes automotores Lujan SA”, LL,1992-C-570.

*intereses extrapatrimoniales comprometidos, no significa que por esas vías se logren beneficios o enriquecimientos desmedidos e injustos*<sup>89</sup>.

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

8. En esta materia, no hay verdades absolutas, cada caso en concreto que se estudia y analiza es un universo totalmente independiente, y ello se vislumbra con mayor claridad al momento de la tasación o quantum de los perjuicios y riñe con la realidad la tabla que se propone en el fallo que se aclara, sea tenida en cuenta para la fijación del monto de los perjuicios morales y hacerla extensiva a todos los casos, sería fijar unas condiciones de manera matemática y poco flexibles, cuando la vida diaria demuestra que aquellas pueden ser distintas en cada caso particular.

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

En conclusión, este Despacho entiende que el test a través del cual la sentencia invita a liquidar los perjuicios morales, es consecuencia de la discrecionalidad judicial del Magistrado Ponente, y en ningún caso obliga a la Sección a formular criterios objetivos ni a tasar los perjuicios siguiendo los parámetros y valores por él propuestos.

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

Con toda consideración y respeto,

**OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**

**ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO**

**PERJUICIOS MORALES - La liquidación del daño moral no puede ser tasada en forma objetiva / PERJUICIOS MORALES - Aplicación del criterio de *arbitrio juris***

Si bien, comparto lo resuelto en la sentencia del 23 de mayo de 2012 en el asunto de la referencia, en la que se confirmó la providencia apelada, no ocurre lo mismo respecto a algunos de los fundamentos allí señalados (...) Mi disentimiento radica en las consideraciones expuestas frente a la aplicación del test de

---

<sup>89</sup> CNContAdmFed, Sala I, 25/6/91, "M.,N.V y otro c/Estado nacional/Policia Federal y otro", LL,1992-E-53, con nota de Sandra Wierzba y Silvia A Muller.

proporcionalidad para la cuantificación del daño moral y del daño a la vida de relación por muerte de un familiar, tópico frente al cual salvo el voto parcialmente; ahora bien, en mi criterio, este tema debería ser puesto a consideración de la Sala Plena de la Sección Tercera, toda vez que modifica la línea jurisprudencial en esa materia. Así mismo debo señalar que me aparto de la consideración realizada respecto de la posición de garante y de la no aplicabilidad del Código de Procedimiento Civil en el traslado de la prueba testimonial al proceso. (...) Principio de proporcionalidad en la liquidación del perjuicio moral (...) es preciso advertir que el principio de proporcionalidad que se prohíja en la sentencia –por cierto, no pertinente para el tópico objeto de análisis– no ha alterado o modificado la jurisprudencia de la Sección, motivo por el cual el sistema para fijar el perjuicio moral derivado del daño antijurídico continúa siendo el arbitrio juris, debido a que se trata de una afectación que, a diferencia de otros tipos de daños, no permite ser tasada de forma objetiva.

**LIQUIDACION PERJUICIO AL DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN POR MUERTE DE UN FAMILIAR - Introduce variación jurisprudencial. Este perjuicio aún no ha sido reconocido por la jurisprudencia contencioso administrativa**

Respecto a la condena de lo que denomina la sentencia “la interrupción del tejido y núcleo familiar” que la Sala entiende como la afectación que produjo en la familia, como institución, la muerte de uno de sus miembros, se tiene que este tipo de perjuicio no ha sido reconocido por la jurisprudencia contencioso administrativa, y aun cuando en otra oportunidad se concedieron perjuicios por la vulneración de bienes jurídicos de raigambre constitucional, entre ellos el derecho a la familia, en el presente caso, no se aplican estos supuestos, de allí que, por tratarse de una variación jurisprudencial debía recurrirse a la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

**RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATROMONIAL DEL ESTADO - Estado en su posición de garante / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATROMONIAL DEL ESTADO - Imputación objetiva**

Debo precisar mi criterio sobre la afirmación que hizo la Sala en la providencia respecto de que la responsabilidad puede fundarse en la tesis de la posición de garante, “con lo que se intenta superar la tesis de la falla del servicio”, debo reiterar lo dicho en múltiples aclaraciones de voto, acerca de la función que cumple la teoría de la imputación objetiva, de la cual hace parte esta figura, en el esquema de la responsabilidad patrimonial del Estado. La imputación fáctica tiene como propósito determinar si en el plano material, mas no necesariamente causal, el daño es atribuible o no a un sujeto de derecho. (...) antes de abordar el análisis de la imputación jurídica o el fundamento de la responsabilidad, es imprescindible que la lesión o afectación antijurídica esté radicada en cabeza de la entidad o del sujeto pasivo de la relación. Una vez constatado lo anterior, es posible abordar el análisis sobre la imputación jurídica, esto es, si existe o no, un fundamento normativo que concrete, en el caso específico, la obligación de resarcir el daño antijurídico.

**PRUEBAS - Traslado de prueba testimonial**

Escapa a mi comprensión el que se afirme que las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil violarían el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia y a continuación aplicar esas mismas reglas para negar la valoración de una prueba testimonial trasladada, y luego señalar que se le dará

a esas declaraciones el valor de indicios. (...) En mi criterio este tipo de afirmaciones desconoce una larga tradición jurisprudencial en la que la Sección Tercera ha ido más allá de la simple interpretación exegética de la normas que, sobre traslado de pruebas, establece el estatuto mencionado; como sería el de dar plena validez a las practicadas en los proceso penales militares y disciplinarios internos, o el de entender que se cumple la regla de traslado con la simple adhesión a las pruebas de la contraparte, en el escrito de contestación de la demanda. Así mismo, afirmar que tienen el valor de indicios configura el regreso a un tipo de doctrina que la Sala ha abandonado desde hace mucho tiempo.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCION B**

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil doce (2012)

**Radicación número: 54001-23-31-000-2003-01301-01(41142)**

**Actor: ISABEL ZORAIDA JAIMES OLARTE Y OTROS**

**Demandado: NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION**

**Referencia: ACCION DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACION SENTENCIA) - expedientes acumulado: 54001-23-31-000-2003-01303-00**

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 23 de mayo de 2012 en el asunto de la referencia, en la que se confirmó 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**

Mi disentimiento radica en las consideraciones expuestas frente a la aplicación del test de proporcionalidad para la cuantificación del daño moral y del daño a la vida de relación por muerte de un familiar, tópico frente al cual salvo el voto parcialmente; ahora bien, en mi criterio, este tema debería ser puesto a consideración de la Sala Plena de la Sección Tercera, toda vez que modifica la línea jurisprudencial en esa materia. Así mismo debo señalar que me aparto de la consideración realizada respecto de la posición de garante y de la no aplicabilidad del Código de Procedimiento Civil en el traslado de la prueba testimonial al proceso.

En lo que concierne a la reparación del perjuicio moral se argumentó en el sentido que éste se determinaría de conformidad con el principio de proporcionalidad y, por lo tanto, se expuso una metodología para establecer el *quantum* indemnizatorio de acuerdo con un sistema escalonado que se presenta a través de cuadros, con empleo del modelo cartesiano, y que tiene en cuenta los siguientes escenarios o hipótesis (folios 45 a 54 de la providencia):

1) Si sólo se cumple con el requisito de idoneidad, habrá lugar a verificar si el peticionario es un familiar inmediato, u otro familiar. Bajo este escenario la indemnización máxima podría llegar hasta 10 SMMLV, si se trata de un familiar inmediato, mientras que la mínima sería de 3 SMMLV si quien reclama es otro familiar.

2) Si concurren los requisitos de idoneidad y necesidad, la liquidación se haría con fundamento en las mismas variables pero, en este supuesto, la reparación podría llegar hasta 50 SMMLV para los familiares inmediatos, y el mínimo, al igual que en el escenario anterior sería de 25 SMMLV.

3) Si se validaran los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, la indemnización podría llegar hasta 100 SMMLV cuando el daño lo padece un familiar directo, y el monto mínimo sería de 50 SMMLV si sólo se acredita otro parentesco.

Respecto del daño a la a la vida de relación se señala que:

“Tratándose de una modalidad de perjuicio inmaterial, estima la Sala que para dar un principio de racionalidad al quantum del mismo, debe aplicar un test de proporcionalidad, en el cual se acredite la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad del perjuicio. El vínculo se encuentra acreditado respecto de la compañera permanente, y en relación las hijas está probado el parentesco mediante documentos idóneos, lo cual hace que la idoneidad se tenga por probada. El vínculo, la relación de afecto que se vivía en el núcleo familiar, también resulta probado con las declaraciones antes transcritas, lo cual permite a la Sala tener por acreditada la necesidad. Y finalmente, la proporcionalidad en estricto sentido, se tiene por probada por la magnitud de los hechos, , visto que se trataba de una persona que cumplía funciones dentro de la administración de justicia, colaborando para que el Estado de Derecho fuese una realidad, y por tanto no hay riesgo de desproporción, si se le otorga el máximo de lo que ha reconocido tradicionalmente la corporación, por ese otro rubro de perjuicio inmaterial , los perjuicios morales; dado que nos encontramos frente a una flagrante vulneración de los derechos humanos” (folio 56 de la providencia).

En cuanto a la posición de garante:

“En relación con lo anterior, la Sala debe reiterara que el alcance de la obligación de seguridad y su relación con la posición de garante en el precedente de la sala lleva a plantear que la omisión del Estado como fundamento de responsabilidad puede fundarse en la tesis de la posición de garante , con lo que se intenta superar la tesis de la falla del servicio... (folio 31, de la providencia).

Respecto del traslado de la prueba testimonial practicada en procesos penales y disciplinarios:

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

“No obstante, la Sala de sub- sección advierte que para casos como el presente donde está valorándose la ocurrencia de un homicidio que puede constituirse en violatorio en (sic) los derechos humanos, no puede seguir aplicándose lo establecido en el Código de Procedimiento Civil ajeno al respecto a las garantías de los derechos humanos, dado que estaría vulnerando la convención Americana de Derechos Humanos, al no garantizarse el acceso a la justicia en todo su contenido, como derecho humano reconocido constitucional y supraconstitucionalmente, tal como se sostuvo en la sentencia del caso “Manuel Cepeda contra Colombia en la que se sostiene...” (folios 41 y 42 de la providencia)

(folio 44 de la providencia).

## **2. Fundamentos del disentimiento**

### **2.1. Principio de proporcionalidad en la liquidación del perjuicio moral**

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

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

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

“De conformidad con las normas citadas, resulta claro que cuando se expida una copia del registro civil de nacimiento o un certificado del mismo y en él consten los nombres de los progenitores del inscrito, dicho documento constituirá prueba suficiente para acreditar el parentesco de consanguinidad existente entre éste y aquéllos. En efecto, si tales nombres fueron indicados en el correspondiente folio

o certificado, es porque se cumplieron los requisitos ya indicados para que pueda darse fe del nombre de la madre del inscrito, y en cuanto al padre, porque aquél nació dentro de un matrimonio legalmente celebrado o, siendo hijo extramatrimonial, fue reconocido por éste o se declaró judicialmente su paternidad.

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

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

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

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

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

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

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

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

“Establecido, por lo demás, el carácter inadecuado del recurso al precio del oro, la Sala fijará el *quantum* de las respectivas condenas, en moneda legal colombiana, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales...”<sup>90</sup>

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

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

Así las cosas, la teoría expuesta en la sentencia yerra al indicar que es pertinente y adecuado el uso del principio de proporcionalidad para definir el monto de la indemnización del perjuicio moral, por cuanto el objeto y la finalidad del instrumento mencionado no es útil para introducir objetividad en la reparación del daño moral, toda vez que su objeto y finalidad está encaminada a que se solucionen tensiones entre derechos fundamentales y la consonancia de una

---

<sup>90</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp. 13232-15646, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

norma en relación con los mismos. La doctrina autorizada sobre la materia ha puesto de presente la función del principio de proporcionalidad, al precisar:

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

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

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

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

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

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

**“(…) El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes.** De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al legislador las disposiciones de los derechos fundamentales

tipificadas en la Constitución. **El significado de esta función sólo puede comprenderse cabalmente sobre la base del entendimiento previo de la estructura de los derechos fundamentales y de la estructura del control de constitucionalidad de las leyes, tal como observaremos a continuación.**<sup>91</sup> (Se destaca).

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

En el subprincipio de proporcionalidad se desarrolla el método de la ponderación<sup>92</sup>, como un tipo de juicio mediante el cual se determina cuál derecho o principio debe prevalecer en una colisión entre derechos fundamentales o principios. Esta técnica contiene tres elementos que la estructuran y desarrollan: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación<sup>93</sup>. El primero se explica así: “*cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro*”<sup>94</sup>. El segundo elemento hace referencia a una fórmula matemática en la cual se les atribuye a unas variables un valor numérico que permite calcular el peso de los principios enfrentados. Finalmente, el tercer elemento consiste en las cargas argumentativas que los principios tienen “*per se*” y se utilizan si con la fórmula del peso existe un empate entre los principios enfrentados<sup>95</sup>.

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

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

“Cabe recordar que en relación con el concepto de proporcionalidad a que hace referencia la jurisprudencia citada, la Corporación ha precisado que para que un trato desigual guarde armonía con el artículo 13 constitucional debe demostrarse que la norma analizada es (1) adecuada para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesaria, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionada en sentido estricto, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios que tengan un mayor peso que el

---

<sup>91</sup> BERNAL Pulido, Carlos “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pág. 37 a 39 y 77.

<sup>92</sup> La ponderación es el “procedimiento de aplicación jurídica mediante el cual se establecen las relaciones de precedencia entre los principios en colisión. En la ponderación son tenidos en cuenta todos los argumentos que juegan a favor y en contra de la prevalencia de cada uno de los principios en conflicto y se determina cuál de ellos tiene mayor peso en el caso concreto” *Ibidem*, pág. 575.

<sup>93</sup> Bernal Pulido, Carlos. El derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 99.

<sup>94</sup> Cita de Robert Alexy dentro del texto de Carlos Bernal Pulido. *Ibidem* pág. 99.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 101 a 103.

principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. De esta forma el principio de proporcionalidad busca que la medida sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo.

“Así mismo y sin que con ello la Corte renuncie a sus responsabilidades o permita la supervivencia en el ordenamiento de regulaciones inconstitucionales, ha buscado racionalizar el examen constitucional a fin de respetar la potestad de configuración de los órganos políticos, modulando la intensidad del juicio de proporcionalidad. En este sentido ha concluido que en aquellos campos en donde la Carta confiere a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, una amplia potestad de apreciación y configuración el escrutinio judicial debe ser más dúctil, a fin de no afectar la discrecionalidad legislativa, que la propia Constitución protege. Por el contrario, en aquellos asuntos en que la Carta limita la discrecionalidad del Congreso, la intervención y control del juez constitucional debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por la Constitución. En esas situaciones, el escrutinio judicial debe entonces ser más estricto, por cuanto la Carta así lo exige.”<sup>96</sup>

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

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

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

“Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distintas. Cuando dos principios entran en colisión –tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido– uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado no que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro... Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios –como sólo pueden entrar en colisión principios válidos– tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.”<sup>97</sup>

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

---

<sup>96</sup> Corte Constitucional, sentencia C-421 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

<sup>97</sup> ALEXY, Robert “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 89.

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

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

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

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

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

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

“Con lo que se trabaja es con las leyes, en su espíritu y letra, y con una obligatoria jurisprudencia que justifica su oficio, y que al aplicar aquellas obtiene que se produzca la porción de verdad legal que se solicita en los tribunales. El objeto del procedimiento es la objetividad del derecho, dice una norma casi perdida en la maraña de nuestra ordenación positiva. Ella quiere decir que no es permitido al juez alterar los conceptos de fin y medio; y que no siendo dable utilizar para la administración de justicia fórmulas matemáticas, puede y debe en la estimación de algo tan cambiante y variable como son los casos humanos *sub specie juris*, poner al servicio del derecho el procedimiento, cosa que puede hacer sin arbitrariedad, sin quebrantamiento de preceptos, sin daño de nadie, y sin contorsiones, ni distorsiones jurisprudenciales.”<sup>98</sup>

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

---

<sup>98</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 414.

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

“El arbitrio es un criterio de la toma de decisión. El juez adopta sus resoluciones siguiendo o bien un criterio de legalidad o bien un criterio de su propio arbitrio o bien - como es lo más frecuente- combinando ambos de tal manera que la decisión es fijada con su arbitrio dentro de las posibilidades que le ofrece la legalidad. Si la ley diera una solución precisa y unívoca al conflicto, no habría lugar para el arbitrio. Pero como esto sucede muy pocas veces, dado que la naturaleza general y abstracta de la ley no le permite entrar en las peculiaridades del caso concreto, es imprescindible la intervención de un ser humano que conecte ambos polos de la relación –la ley y el caso- utilizando al efecto primero la técnica de interpretación de la norma y luego su adaptación al caso concreto... El arbitrio es el factor humano que el juez añade a los datos aportados por el ordenamiento jurídico. El arbitrio es fruto del árbol de la prudencia, madurado al sol de la justicia (del sentimiento de justicia) con el transcurso de la experiencia. El arbitrio hace que la sentencia sea una obra humana y no el mero resultado de una ecuación lógica o de un proceso mecanicista. Rechazar el arbitrio no es sólo desconocer una práctica manifiesta, es negar la condición ética del juez, del que se desconfía hasta el punto que se supone que cuando se introduce un elemento distinto de la lógica tradicional, se despeña inevitablemente en la arbitrariedad.”<sup>99</sup>

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

El criterio que se defiende y prohíja en esta aclaración de voto es el mismo que ha trazado la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, y que reafirmó de manera reciente en pronunciamiento que por su importancia se transcribe, *in extenso*<sup>100</sup>:

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

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

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

“De acuerdo con una opinión jurisprudencial bastante difundida, el daño podrá recaer sobre bienes susceptibles *per se* de evaluación pecuniaria inmediata u objetiva o respecto de “intereses que según la conciencia social no son

<sup>99</sup> NIETO, Alejandro “El arbitrio judicial”, Ed. Ariel, 2001, Pág. 219.

<sup>100</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 18 de septiembre de 2009, exp. 2005-00406, M.P. William Namén Vargas.

susceptibles de valorización económica” (C. M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 5, *La responsabilità* (1994), reimpresión, Milán, Giuffrè, 1999, p. 166), esto es, afectar valores vitales, consustanciales, immanentes e intrínsecos del sujeto, inherentes a su personalidad y esfera afectiva, ora extrínsecos y externos al mismo, es decir, ostentar naturaleza material (*Dommages matériels*), ora inmaterial (*Dommages immatériels*), bien patrimonial (*Vermögensschaden*), ya extrapatrimonial (*nicht Vermögensschaden*).

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

“3. El daño moral, en sentido lato, está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, “*que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo*” (cas.civ. sentencia 13 de mayo de 2008, SC-035-2008, exp. 11001-3103-006-1997-09327-01), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos, concretándose en el menoscabo “de los sentimientos, de los afectos de la víctima, y por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso” (Renato Scognamiglio, voz *Danno morale*, en *Novissimo Digesto italiano*, vol. V, Turín, Utet, 1960, p. 147; ID., *Il danno morale*, Milano, 1966; *El daño moral-Contribución a la teoría del daño extracontractual*, trad. esp. Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Antares, Bogotá, 1962, pp.14 ss.), o sea, son daños pertenecientes al ámbito de los padecimientos del ánimo, las sensaciones, sentimientos, sensibilidad, aptitud de sufrimiento de la persona y por completo distintos de las otras especies de daño.

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

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

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

**“La cuestión es que la lesión inferida a la interioridad del sujeto, es inasible e inconmesurable, concierne a las condiciones singulares de la persona, a su sensibilidad, sensaciones, sentimientos, capacidad de sufrimiento y no admite medición exacta e inflexible, desde luego que el sujeto experimenta un menoscabo no retroaible y el dolor deviene irreversible, cuya existencia se considera en ciertas hipótesis señaladas por la jurisprudencia *in re ipsa* y**

**cuya valoración se efectúa *ex post* sin permitir la absoluta reconstrucción del *status quo ante*.**

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

“Por ello, la Corte, partiendo del legítimo derecho a la reparación del daño moral causado, ante las vicisitudes que su apreciación económica apareja, al “no referirse al daño pecuniario en la hacienda y patrimonio del damnificado” (XXXI, p. 83) y tratarse de valores “... económicamente inasibles ...” (CXLVIII, p. 252 y CLII, p. 143, CXLVIII, p. 252 y CLII, p. 143), en cuanto “esta especie de daño se ubica en lo más íntimo del ser humano, por ende, como medida de relativa satisfacción, que no de compensación económica, desde luego que los sentimientos personalísimos son inconmensurables y jamás pueden ser íntegramente resarcidos, es dable establecer su quantum a través del llamado *arbitrium iudicis*”, “tarea que, por lo demás, deberá desplegarse teniendo en cuenta que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre, de modo que ciertos incidentes que a una determinada persona pueden conllevar hondo sufrimiento, hasta el extremo de ocasionarle severos trastornos emocionales, a otras personas, en cambio, puede afectarlos en menor grado. “Aparte de estos factores de índole interna, dice la Corte, que pertenecen por completo al dominio de la psicología, y cuya comprobación exacta escapa a las reglas procesales, existen otros elementos de carácter externo, como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar, las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada ...” (G. J. Tomo LX, pág. 290)”. (sentencia del 10 de marzo de 1994)” (cas.civ. sentencias de mayo 5 de 1999, exp. 4978; 25 de noviembre de 1999, exp. 3382; diciembre 13 de 2002, exp. 7692; 15 de octubre de 2004, S-165-2004, exp. 6199).

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

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

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

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

**“Para concluir, en preservación de la integridad del sujeto de derecho, el resarcimiento del daño moral no es un regalo u obsequio gracioso, tiene por causa el quebranto de intereses protegidos por el ordenamiento, debe repararse *in casu* con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa según el ponderado *arbitrio iudicis*, sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador.**”

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

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

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

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

A modo de ejemplo, baste indicar que es perfectamente posible que exista una familia que, por circunstancias laborales o personales de sus miembros, éstos convivan en distintas zonas de una misma ciudad, o de un mismo país o incluso

en el extranjero, sin que esto altere el fuerte y cercano vínculo afectivo y sentimental que existe entre ellos, esto es, la distancia geográfica no significa desamor o falta de afecto<sup>101</sup>.

A partir del ejemplo anterior, extraído de la experiencia, y con aplicación irrestricta del llamado test de proporcionalidad que se defiende en la sentencia, se concluiría que al margen de la muerte de uno de los integrantes de ese núcleo familiar, habría que reducir la indemnización por el daño moral porque la convivencia es factor determinante en la liquidación del mismo<sup>102</sup>.

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

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

Entonces, la distinción introducida sí que afecta un derecho fundamental que es la igualdad, razón por la cual la providencia de la referencia –ella sí mas no la cuantificación del perjuicio moral– podría ser pasible de un análisis de proporcionalidad en una eventual vía de hecho, en caso de que por cuenta de la aplicación del criterio jurisprudencial mencionado se resquebraje la mencionada garantía esencial<sup>103</sup>.

El *arbitrio iuris* siempre será necesario en cualquier ordenamiento jurídico puesto que el legislador no puede contemplar todas y cada una de las hipótesis y variables que se pueden presentar en el proceso judicial, razón por la cual queda un margen de maniobra a cargo del operador judicial que, lejos de ser catalogado como arbitrariedad, constituye un campo de discreción racional en el que con

---

<sup>101</sup> Al respecto, la Sala en otrora oportunidad indicó: “C. Se confirmará el reconocimiento que hizo el Tribunal en favor del padre, por perjuicios morales, pues la distancia geográfica no necesariamente significa desamor o falta de afecto. No existe prueba que destruya la presunción del dolor moral que causa en el padre la muerte de su hijo.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de octubre de 1991, exp. 6451, M.P. Juan de Dios Montes.

<sup>102</sup> “Porque en la Constitución de 1991, más claramente que en el Código Civil, la familia no es un producto necesariamente surgido de manifestaciones afectivas. Es un producto y es una institución en donde está clara una visión de solidaridad entre seres humanos y una visión de solidaridad que adquiere todo su sentido, sobre todo frente a los niños, porque los niños tienen el derecho fundamental y prevalente a tener una familia. Tienen ese derecho fundamental y prevalente por encima de las coyunturas en los afectos de sus padres... Aquí viene a ponerse de presente, como la concepción de familia de la Constitución de 1991, es una concepción solidarista – no individualista–. No depende del íntimo querer del marido y mujer o, de hombre y mujer. Depende de lo que exija esa realidad social de la familia. Los conflictos son importantes, muestran desacuerdos, malformaciones, a veces hasta patologías, pero no son los límites a la existencia de esa unidad familiar.” ANGARITA Barón, Ciro “La familia en la nueva Constitución”, Talleres Macroregionales sobre Conciliación – Memorias, ICBF, Pág. 4 y 6.

<sup>103</sup> “*Buscando las cosas inciertas, perdemos las ciertas.*” Plauto.

fundamento en las reglas de la experiencia y la sana crítica traza derroteros para colmar esas lagunas o vacíos que están contenidos en la ley<sup>104</sup>.

Los anteriores planteamientos son igualmente extensibles a los denominados elementos básicos del daño a la vida de relación por muerte de un familiar, con fundamento en los cuales se pretende introducir un test de proporcionalidad, en ese ámbito.

## **2.2. Liquidación del daño a la vida de relación por muerte de un familiar**

Respecto a la condena de lo que denomina la sentencia “la interrupción del tejido y núcleo familiar” que la Sala entiende como la afectación que produjo en la familia, como institución, la muerte de uno de sus miembros, se tiene que este tipo de perjuicio no ha sido reconocido por la jurisprudencia contencioso administrativa, y aún cuando en otra oportunidad se concedieron perjuicios por la vulneración de bienes jurídicos de raigambre constitucional, entre ellos el derecho a la familia, en el presente caso, no se aplican estos supuestos, de allí que, por tratarse de una variación jurisprudencial debía recurrirse a la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado. En efecto, el precedente jurisprudencial es diferente:

“En el presente caso, se tiene que el daño causado al menor por la pérdida de su padre, indudablemente vulnera los derechos fundamentales del niño y de la familia, principios constitucionales que el Estado debe proteger y amparar, en atención a la vulnerabilidad de la población infantil.

“(…)

“Es indudable que la institución familiar tiene un alto grado de importancia en el desarrollo personal de los niños, tan es así que, el artículo 44 de la Constitución Política prohíbe expresamente que sean separados de sus familias y consagra derechos y prerrogativas especiales en orden a garantizar su protección y salvaguarda.

“(…)

“Así las cosas, es incuestionable que la pérdida de un padre afecta gravemente el núcleo familiar de un niño pues genera la privación abrupta e injustificada de la compañía y afecto paternal sin la posibilidad de restablecer esas condiciones ideales para su desarrollo y crecimiento. Esta situación vulnera bienes jurídicos de raigambre constitucional, se reitera, que al estar íntimamente relacionados con el

---

<sup>104</sup> “Es el momento de poner punto final. No quiero hacerlo, sin embargo, sin proclamar muy alto y muy claro mi radicar desacuerdo con esa idea que puso en circulación K.C. Davis y que se repite desde entonces con injustificado entusiasmo de que el Derecho termina donde comienza la discrecionalidad. Esa idea pudo ser cierta mientras estuvo vigente el paradigma del Estado legal de Derecho; hoy, en cambio, es inaceptable. El cambio de paradigma, el paso del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de derecho, ha cambiado radicalmente las cosas. Las reglas, que en cuanto razones perentorias para la acción hacen innecesario el razonamiento porque ellas mismas han resuelto de antemano el conflicto de intereses que plantea el supuesto de hecho que regulan, han cedido su anterior protagonismo a los principios, cuya aplicación reclama inexcusablemente un esfuerzo de ponderación y, por lo tanto, de argumentación racional para encontrar una solución del caso que ya no viene dada de antemano y que, por lo tanto, sólo puede sostenerse sobre la base de razones, de las razones que se revelen más fuertes en su inevitable confrontación con las que se les opongan en el concreto escenario procesal en el que el conflicto se plantee.” FERNÁNDEZ, Tomás – Ramón “Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial”, Ed. Iustel, Madrid, 2005, pág. 131 y 132.

bienestar de los infantes, en el caso específico produjo un daño que debe ser indemnizado.

“En consecuencia, como está debidamente demostrado que el entorno familiar del menor y su desarrollo emocional se alteraron por la muerte del padre, y esta afectación se mantendrá durante toda su vida debido a la edad al momento de la ocurrencia del hecho -1 año-, no hay duda que esta situación le cercenó la posibilidad de disfrutar del apoyo, afecto, compañía y cariño paternal por el resto de sus días, de allí que, se confirmarán los perjuicios otorgados por el Tribunal de primera instancia pero por las razones que se vienen de exponer”<sup>105</sup>.

### 2.3. Posición de garante

Debo precisar mi criterio sobre la afirmación que hizo la Sala en la providencia respecto de que la responsabilidad puede fundarse en la tesis de la posición de garante, “con lo que se intenta superar la tesis de la falla del servicio”, debo reiterar lo dicho en múltiples aclaraciones de voto, acerca de la función que cumple la teoría de la imputación objetiva, de la cual hace parte esta figura, en el esquema de la responsabilidad patrimonial del Estado.

La imputación fáctica tiene como propósito determinar si en el plano material, mas no necesariamente causal, el daño es atribuible o no a un sujeto de derecho. Así las cosas, antes de abordar el análisis de la imputación jurídica o el fundamento de la responsabilidad, es imprescindible que la lesión o afectación antijurídica esté radicada en cabeza de la entidad o del sujeto pasivo de la relación. Una vez constatado lo anterior, es posible abordar el análisis sobre la imputación jurídica, esto es, si existe o no, un fundamento normativo que concrete, en el caso específico, la obligación de resarcir el daño antijurídico<sup>106</sup>.

En otros términos, la imputación fáctica –y con ella la imputación objetiva del daño– consiste en un estudio retrospectivo que recae sobre la acción u omisión del sujeto, mientras que la imputación jurídica supone la realización de un análisis prospectivo y netamente normativo dirigido a determinar si, una vez establecida la atribución material del daño, existe o no el deber jurídico –subjetivo u objetivo - de resarcir el perjuicio.

---

<sup>105</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, expediente 32.651.

<sup>106</sup> Acerca de la diferencia entre el plano material y el jurídico, en este último en el cual se desenvuelve la imputación, la jurisprudencia del Consejo de Estado, de forma ilustrativa, señaló: “No se puede, por consiguiente, afirmar de manera simple y llana, que la sola constatación de la existencia de una aparente causa extraña como origen o fuente material o fenomenológica, en relación con los daños ocasionados a conscriptos o reclusos, es suficiente para que estos sean considerados como no atribuibles –por acción u omisión– a la administración pública. Se requiere, además, en estos eventos, que la entidad demandada acredite que su actuación no contribuyó en la producción del daño, motivo por el cual no le es imputable fáctica o jurídicamente. Lo puntualizado, en la medida en que es posible que la causa directa, inmediata y material del daño sea la actuación de un tercero o de la propia víctima, pero tal resultado perjudicial tenga una relación mediata con el servicio que estaba desplegando el soldado conscripto, motivo por el cual la entidad no puede desprenderse de su responsabilidad, por cuanto también puede serle endilgable jurídicamente el daño.

“No quiere significar lo precisado que, en este tipo de situaciones, no opere la causa extraña en sus diversas modalidades como causal exonerativa de responsabilidad, sólo que, como se ha venido señalando, la acreditación de la eximente debe hacerse a través de la demostración de que, en estos precisos eventos, le resultaba a la entidad demandada absolutamente imprevisible e irresistible. Sin embargo, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero, por regla general, tal y como lo ha aceptado la doctrina autorizada sobre la materia, no requieren para su configuración que se pruebe su imprevisibilidad e irresistibilidad.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre de 2008, exp. 18.586, M.P. Enrique Gil Botero.

Por lo anterior, la imputación objetiva se abre paso a la hora de definir la imputación fáctica de un resultado y, por lo tanto, de la mano del derecho penal<sup>107</sup>, ha venido impregnando otras ramas como la administrativa y la civil, precisamente para suministrar un conjunto de muy útiles herramientas conceptuales propias y exclusivas de las ciencias sociales, dirigidas a que el operador judicial pueda establecer, al margen de la incertidumbre propia de la causalidad (nexo causal), cuándo un daño es imputable al obrar de un determinado sujeto.

La insuficiencia de las teorías causales ha sido puesta de presente por la doctrina mayoritaria penal y, en la actualidad, por los teóricos de la responsabilidad civil quienes, sin renunciar por completo al mal llamado nexo causal sí han reconocido la necesidad de reformular la aplicación de la causalidad para determinar la atribución de un resultado en cabeza de una persona o ente jurídico, razón por la que inclusive en este último campo del derecho se abre paso la teoría de la imputación objetiva para solucionar las deficiencias que se han advertido<sup>108</sup>.

#### **2.4. Traslado de la prueba testimonial**

En la sentencia se afirma que no considerar la prueba testimonial, practicada en otro tipo de procesos, que no cumple con las reglas de traslado de los artículos 185 o 229 del Código de Procedimiento Civil, por tratarse de una violación a los derechos humanos, “estaría vulnerando la Convención Americana de Derechos Humanos, al no garantizarse el acceso a la justicia en todo su contenido” (folio 41 de la providencia).

Sin embargo una afirmación de tal envergadura no tuvo ninguna consecuencia en la sentencia, pues no se realizó ninguna valoración probatoria fundamentada en ella, lo que configuraría, nuevamente un *obiter dictum*; además a reglón seguido, se dice que no se tendrán en cuenta los testimonios practicados en los procesos penal y disciplinario, porque no cumplen con los requisitos establecidos en el estatuto procesal civil:

“Lo anterior, advierte la sala, no implica desconocer las exigencias legales y principios procesales, lo que lleva a que no sean considerados, valorados y apreciados diferentes testimonios y declaraciones rendidas ante las instancias disciplinaria y penal por no cumplir los expresos mandatos del artículo 229 del Código de Procedimiento Civil, en aplicación sistemática con lo consagrado en el artículo 185 del mismo texto legal y por expresa remisión legal del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, esto es, por haberse producido su ratificación al haberse producido en otros procesos “sin citación o intervención de la persona

---

<sup>107</sup> Y si bien, como se ha señalado a lo largo de este documento, el principal desarrollo de la teoría de la imputación objetiva ha provenido del derecho penal alemán, lo cierto es que la génesis del concepto se encuentra en la obra del civilista y reconocido jurista Karl Larenz, como lo pone de presente el profesor García – Ripoll: “El origen más o menos reciente de la teoría de la imputación objetiva se encuentra en la obra del conocido civilista y también filósofo del derecho, Karl Larenz... [para quien] “designamos imputación objetiva el juicio sobre la cuestión de si un hecho es acto de un sujeto.” GARCÍA- RIPOLL Montijano, Martín Ob. Cit., pág. 1 y 3.

<sup>108</sup> “Según este último enfoque debe reemplazarse la causalidad por la imputación objetiva –nombre con que se denomina también una determinada sistemática del delito, que pretende echar sus raíces en la concepción de Hegel y aun en la de Aristóteles–, criterio a partir del que se determina si un resultado preciso es o no atribuible o imputable objetivamente a un determinado comportamiento; con ello, se da un salto desde las teorías puramente naturalistas hasta las normativistas, aunque la verificación de la causalidad natural es un límite mínimo, pero no suficiente para la asignación del resultado.” VELÁSQUEZ, Fernando “Derecho Penal – Parte General”, Ed. Comlibros, Cuarta Edición, Medellín, 2009, pág. 586 y 587.

contra quien se aduzcan” en el presente contencioso. Así mismo, las indagatorias y ampliaciones de la misma practicadas dentro del proceso penal cursado tampoco serán objeto de consideración, valoración y apreciación.

“No obstante lo anterior , y en aplicación del artículo 230 de la Carta Política que exige la primacía de lo sustancial sobre lo procesal o adjetivo, la Sala tendrá en cuenta dentro del contexto de los hechos a probar y de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, la realidad fáctica manifestada en todas aquellas deposiciones , salvo las injuradas, desde la perspectiva de su configuración o no como indicios a ser apreciados, en virtud de los principios de la sana crítica (libre apreciación de la prueba) y comunidad de la prueba, y de apreciación contrastada con los demás elementos probatorios (folio 44 de la providencia)

Escapa a mi comprensión el que se afirme que las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil violarían el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia y a continuación aplicar esas mismas reglas para negar la valoración de una prueba testimonial trasladada, y luego señalar que se le dará a esas declaraciones el valor de indicios.

En mi criterio este tipo de afirmaciones desconoce una larga tradición jurisprudencial en la que la Sección Tercera ha ido más allá de la simple interpretación exegética de la normas que, sobre traslado de pruebas, establece el estatuto mencionado; como sería el de dar plena validez a las practicadas en los proceso penales militares y disciplinarios internos, o el de entender que se cumple la regla de traslado con la simple adhesión a las pruebas de la contraparte, en el escrito de contestación de la demanda<sup>109</sup>. Así mismo, afirmar que tienen el valor de indicios configura el regreso a un tipo de doctrina que la Sala ha abandonado desde hace mucho tiempo.

Este tipo de variaciones llevan a confusión y a un estado de inseguridad jurídica, que no conviene a un tema tan delicado como es el tema probatorio.

En estos términos, dejo sustentada mi posición.

Atentamente,

**ENRIQUE GIL BOTERO**

*Fecha ut supra*

---

<sup>109</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de septiembre de 2002, expediente: 13.399, actores: Raúl Alberto Dajil Rocha y Otros. En el mismo sentido se puede ver las sentencias: sentencia del 19 de septiembre de 2002, Exp. No. 13399; sentencia del 4 de diciembre de 2002, Exp. No. 13623; de cuatro de diciembre de 2002, expediente 13.623, actores: Bernardina Mendoza y otros; de 29 de enero 2004, expediente: 14.018 (R- 0715), actores: Eduardo Varón Caro y otros; de 29 de enero de 2004, expediente: 14.951, actores: María Leonor Ahumada de Castro y otros.