

PRUEBA DOCUMENTAL - Valor probatorio recorte de periódicos

La Subsección tendrá en cuenta el citado medio probatorio, únicamente, en cuanto permite acreditar la existencia de la noticia allí contenida y de su inserción en medio periodístico representativo

NOTA DE RELATORIA: En relación con el valor probatorio de publicaciones periodísticas, consultar sentencia de 10 de noviembre de 2000 Exp: 18298 MP: Ricardo Hoyos Duque

PRUEBA TRASLADADA - Requisitos / PRUEBA TRASLADADA - No es procedente su valoración sino cumple los requisitos del artículo 185 de Código de Procedimiento Civil

Respecto de la valoración de la prueba trasladada, el Código Contencioso Administrativo dispone -en materia de pruebas- que en los procesos seguidos ante esta Jurisdicción se aplicarán, en cuanto resulten compatibles con sus normas, las del Estatuto de Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración (artículo 168). Por su parte, el artículo 185 de ese último Estatuto prevé que las pruebas trasladadas son apreciables, sin mayores formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. (...) la prueba trasladada antes mencionada, solicitada por la parte demandada, no cumple con lo prescrito en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, referente al traslado de pruebas, amén de que dicha parte no las solicitó en la contestación de la demanda, ni se allanó o adhirió a los medios probatorios solicitados por su contraparte, por lo cual de los medios de acreditación que allí reposan sólo podrán valorarse en este juicio las pruebas documentales, puesto que si bien frente a éstas no se surtió el traslado respectivo para garantizar el derecho de contradicción de la parte contra la cual se aducen, tal omisión fue convalidada, según lo normado en el parágrafo del artículo 140 del C. de P. C., tema que fue explicado dentro de la sentencia antes transcrita. En efecto, se encuentra que en las posibilidades que tuvo la demandada para pronunciarse frente a dichos medios probatorios, guardó silencio respecto a la procedencia de su valoración, circunstancia que permite concluir que en el presente caso se presentó la convalidación a la cual se refiere en parágrafo del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto concierne a las aludidas pruebas documentales exclusivamente.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 140 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 185

NOTA DE RELATORIA: Referente a la prueba trasladada consultar, sentencia de julio 7 de 2005 Exp: 20300

PRUEBA TRASLADADA - Con destino a proceso contencioso administrativo - No se requiere ratificación si las dos partes las solicitan

En los eventos en los cuales el traslado de las pruebas recaudadas dentro de otro proceso hubiere sido solicitado por ambas partes, hay lugar a tener en cuenta dichas pruebas en el proceso contencioso administrativo, aun cuando hubieren sido practicadas sin citación o intervención de alguna de las partes en el proceso original y no hubieren sido ratificadas en el nuevo proceso contencioso administrativo, considerando que, en tales casos, resultaría contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo

probatorio pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión

NOTA DE RELATORIA: Referente a la prueba trasladada a procesos contenciosos consultar, Sentencia de febrero 21 de 2002, Exp 12789

DAÑO DE UN TERCERO - Imputable al Estado

NOTA DE RELATORIA: Referente a la imputación del Estado por daños ocasionados por un tercero, consultar sentencia de 26 de marzo de 2009, exp. 17994, M.P. Enrique Gil Botero

FALLA DEL SERVICIO MIEMBROS DE LA POLICIA - Omisión por falta de protección a la población civil / DAÑO ANTIJURIDICO - Lesiones ocasionados a civil por agentes de la Policía en incursión guerrillera

El día 20 de mayo de 1999, en la vía Panamericana que conduce de Popayán a la ciudad de Cali, a la altura del puente que atraviesa el río Cajibío, se presentó un enfrentamiento entre un grupo al margen de la ley y miembros de la Policía Nacional, cuando los primeros pretendieron obstaculizar la vía atravesando unos camiones y al percatarse de la presencia de la patrulla oficial –los cuales se encontraban trasladando unos sospechosos al Municipio de Piendamó- abrieron fuego, generando la reacción armada de los uniformados quienes procedieron a repeler el ataque, resultando muertos varios agentes y herida en una pierna la señora Ana Ilda Jambó Pechené, quien quedó en medio del fuego cruzado. Como consecuencia de las heridas recibidas, a la señora Jambó Pechené se le amputó la pierna derecha, situación que le produjo como secuela una deformidad física permanente y una perturbación funcional del órgano de locomoción. De igual forma se le dictaminó, en relación con su capacidad laboral, un porcentaje correspondiente a un 52.3% de invalidez.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ATAQUE GUERRILLERO - Enfrentamiento de miembros de la Policía con grupo subversivo

El daño ocasionado a la señora Ana Ilda Jambó Pechené resulta imputable a la entidad demandada, en aplicación del título de imputación objetivo consistente en el daño especial, comoquiera que se trata de una lesión originada en un enfrentamiento entre la Fuerza Pública –en cumplimiento de la función legítima de proteger la vida, honra, bienes, derechos y libertades de las personas al repeler este tipo de ataques- y los grupos al margen de la ley, que rompe el principio de las cargas públicas de quienes lo padecen, “dado que el ordenamiento jurídico no establece el deber de soportar la afectación a derechos, bienes o intereses legítimos que ese tipo de confrontaciones lleva aparejado”

PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento de perjuicios en segunda instancia que no fueron objeto de condena en primera instancia / PERJUICIOS MORALES - Aumento de perjuicios

Comoquiera que la sentencia de primera instancia fue impugnada únicamente por la parte demandada, el análisis que debe abordar esta Subsección se circunscribirá al estudio de la procedencia, o no, de la indemnización reconocida por el Tribunal a quo, sin que por ello haya lugar al reconocimiento de otros perjuicios que no fueron objeto de la condena de primera instancia o al aumento del monto de los mismos. Lo anterior sin perjuicio de la actualización de la condena a que hubiere lugar, lo cual, como lo ha dicho la jurisprudencia de esta

Corporación, en modo alguno implica la vulneración del principio de la no reformatio in pejus que opera a favor de la entidad demandada por ser apelante única.

PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento para amigos / PERJUICIOS MATERIALES - Reconocimiento a personas que no tengan parentesco con la víctima

Se encuentra demostrado que aún cuando los señores Aracely Velasco Jiménez y Yonqui Velasco Jiménez no tienen relación de parentesco con la señora Ana Ilda Jambó Pechené, lo cierto es que según los testimonios que obran en el proceso, se encuentra que entre ellos existió una profunda relación de afecto y consideración y que con ocasión de las lesiones y secuelas por ella padecidas, sufrieron una gran aflicción, angustia y tristeza, razones suficientes que daban y dan lugar al reconocimiento de indemnización por los perjuicios morales para cada uno de ellos.

PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento a sobrino de la víctima

Iguales consideraciones merece el reconocimiento que por esta clase de perjuicios se hizo a favor del señor Álvaro Jambó –sobrino de la víctima-, puesto que de la declaraciones rendidas ante el Tribunal *a quo*, se observa que fue la señora Ana Ilda Jambó Pechené quien terminó de criarlo y que a su vez él sufrió una gran tristeza con ocasión del daño sufrido por la señora Jambó Pechené

PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento directo de perjuicios a personas representadas por curador adlitem que cumple mayoría de edad cuando se profiere sentencia de primera instancia

El señor Yonqui Velasco Jiménez, para la fecha de presentación de la demanda, acudió al proceso representado por un curador *ad litem* -dada su situación de orfandad y de menor de edad- previa designación del mismo por el Tribunal *a quo*, mediante auto del 10 de septiembre de 1999, lo cierto es que para la fecha de la sentencia de primera instancia ya contaba con la mayoría de edad, razón por la cual se confirmará el aparte de la providencia impugnada según la cual se le reconoce de manera directa al señor Velasco Jiménez la suma correspondiente a los perjuicios morales.

PERJUICIOS MATERIALES - Reconocimiento de salarios mínimos legales vigentes. SMLMV cuando no se acredita su monto

Está acreditado que para el momento de los hechos la señora Ana Ilda Jambó Pechené desempeñaba una actividad productiva económica, consistente en la venta de frutas y verduras en la Galería Municipal de Santander de Quilichao y que con los ingresos que obtenía por esta labor ayudaba económicamente a sus familiares, razón por la cual esta Subsección encuentra que sí hay lugar a su reconocimiento.(...) en cuanto a los parámetros para liquidar este perjuicio, para el Tribunal *a quo*, no se acreditó el monto exacto de los ingresos que recibía el hoy occiso por la actividad que desarrollaba, motivo por el cual tuvo en cuenta, para estos efectos, el valor del salario mínimo legal mensual vigente para el momento en que se profirió la respectiva sentencia

PERJUICIOS POR DAÑOS A LA SALUD - Reconocimiento por lesiones que producen alteraciones físicas

La Sala había considerado que cuando se trata de lesiones que producen alteraciones físicas que afectan la calidad de vida de las personas, éstas tienen derecho al reconocimiento de una indemnización adicional a la que se reconoce por el perjuicio moral; es decir, el reconocimiento de esta clase de perjuicios no debe limitarse a los casos de lesiones corporales que producen alteraciones orgánicas, sino que debe extenderse a todas las situaciones que alteran de manera grave las condiciones habituales o de existencia de las personas^(...) En el presente caso, para la Sala resulta claro que la señora Ana Ilda Jambó Pechené resultó lesionada en su pierna derecha debido a un disparo recibido con ocasión de un enfrentamiento bélico entre la Fuerza Pública y un grupo al margen de la ley. Como consecuencia de las heridas recibidas, a la señora Jambó Pechené se le tuvo que amputar la pierna derecha, situación que le produjo como secuela una deformidad física permanente y una perturbación funcional del órgano de locomoción. De igual forma se le dictaminó, en relación con su capacidad laboral, un porcentaje correspondiente a un 52.3% de invalidez. Lo anterior evidencia que el actor sufrió un daño a la salud, por lo que se concluye que había lugar a su reconocimiento.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

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

Radicación número: 19001-23-31-000-2000-05220-01(24962)

Demandante: ANA ILDA JAMBÓ PECHENÉ Y OTROS

Demandado: LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA DE REPARACIÓN DIRECTA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandada, contra la sentencia que dictó el Tribunal Administrativo del Cauca, el día 13 de febrero de 2003, mediante la cual dispuso:

“1.- Declárase a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL administrativamente responsable de las lesiones graves inferidas a la señora ANA ILDA JAMBÓ PECHENÉ, por los hechos ocurridos el 20 de mayo de 1999, a la altura del Puente Río Cajibío, vía Popayán - Cali, Kilómetro 18+500, por las razones expuestas en la parte motiva de esta Providencia.

2. En consecuencia, condénase a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL, a pagar a título de indemnización por perjuicios morales a:

ANA ILDA JAMBÓ PECHENÉ, la cantidad de 102,06 salarios mínimos legales mensuales.

ANGELA CAMAYO JAMBÓ Y ALEXANDER CAMAYO JAMBÓ, la cantidad de 51,03 salarios mínimos legales mensuales para cada uno de ellos.

ARACELY VELASCO JIMÉNEZ Y YONQUI VELASCO JIMÉNEZ, la cantidad de 51,03 salarios mínimos legales mensuales para cada uno de ellos.

MIGUEL ANTONIO JAMBÓ PECHENÉ, RICAUARTE JAMBÓ PECHENÉ, AURA MARÍA JAMBÓ PECHENÉ, LEIDA CECILIA JAMBÓ PECHENÉ, la cantidad de 20,41 salarios mínimos legales mensuales para cada uno.

ALVARO JAMBÓ la cantidad de 20,41 salarios mínimos legales mensuales.

3. Páguese a título de indemnización por perjuicios materiales a la señora ANA ILDA JAMBÓ PECHENÉ la suma de TREINTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y DOS MIL QUINIENTOS VEINTISÉIS PESOS CON DOCE CENTAVOS (\$34'632.256,12).

4. Páguese a título de indemnización por daño en la vida de relación o perjuicio de placer, a la señora ANA ILDA JAMBÓ PECHENÉ la suma de CIEN (100) salarios mínimos legales mensuales.

5. Los valores reconocidos por concepto de perjuicios morales y fisiológicos se pagarán conforme al valor que corresponda al Salario Mínimo Legal Mensual, para la fecha de ejecutoria de esta Providencia.

(...)

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda.

En escrito presentado el día 19 de agosto de 1999 (fl. 113 c 1), los ciudadanos Ana Ilda Jambó Pechené, Ángela María Camayo Jambó, Alexander Camayo Jambó, Aracely Velasco Jiménez, Yonki Velasco Jiménez, este último menor adulto representado por curador *ad-litem*; Miguel Antonio, Ricaurte, Álvaro, Aura María, Leida Cecilia, Jambó Pechené, formularon demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra el La Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, con el fin de que se le declarare administrativamente responsable por el daño a ellos ocasionado, como consecuencia de la lesión sufrida por la señora Ana Ilda Jambó Pechené "ocasionada en cruce de disparos entre Agentes de la Policía Nacional y guerrilleros de las FARC en el sitio el Tunel, vereda El Cairo, Municipio de Cajibío (Cauca), el día 20 de mayo de 1999".

En este sentido, se solicitó en la demanda el reconocimiento, por concepto de perjuicios morales, para Ana Ilda Jambó Pechené, Ángela María Camayo Jambó, Alexander Camayo Jambó, la suma equivalente a 1.000 gramos de oro para cada uno; para Aracely Velasco Jiménez y Yonki Velasco Jiménez la suma equivalente a 600 gramos de oro para cada uno; para Miguel Antonio, Ricaurte, Álvaro, Aura María, Leida Cecilia, Jambó Pechené, la suma equivalente a 500 gramos de oro para cada uno.

Por concepto de perjuicios materiales, a favor de la señora Ana Ilda Jambó Pechené, la suma de \$ 90'000.000.

Por concepto de perjuicios fisiológicos, el monto equivalente a 4.000 gramos oro.

2.- Los hechos.

La parte demandante, en síntesis, narró los siguientes hechos:

Que el día 20 de mayo de 1999, aproximadamente a las 8:30 de la mañana, las señora Ana Ilda Jambó Pechené mientras se desplazaba en una camioneta a la ciudad de Santander de Quilichao, en el puente de El Tunel, vereda El Cairo, tuvo lugar un enfrentamiento entre guerrilleros de las FARC y agentes de la Policía Nacional quienes se dirigían en una patrulla a la población de Piendamó.

Que como consecuencia del enfrentamiento y del cruce de disparos resultaron muertos dos agentes, uno lesionado y herida de manera grave la señora Ana Ilda Jambó Pechené.

Que la herida sufrida por la señora Ana Ilda Jambó Pechené le causó una invalidez de carácter definitiva e irreversible.

3.- Contestación de la demanda.

Notificado del auto admisorio, la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, a través de apoderado judicial, dio contestación a la demanda, para lo cual expuso que se oponía a las pretensiones de la demanda hasta tanto se probara el hecho dañoso y los perjuicios solicitados.

4.- Alegatos de conclusión en primera instancia.

La parte demandante advirtió que según las pruebas obrantes en el proceso, se habían probado los hechos contenidos en la demanda que daban lugar a la declaración de responsabilidad del Estado, en aplicación del artículo 90 de la Constitución Política.

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

5.- La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo del Cauca, mediante sentencia proferida el 13 de febrero de 2003, accedió a las pretensiones de la demanda.

Sostuvo que se había acreditado la existencia de un enfrentamiento entre miembros de la Policía Nacional y un grupo de insurgentes, como consecuencia del cual la señora Ana Ilda Jambó Pechené sufrió una grave herida en su pierna derecha.

Por lo anterior, indicó que en el presente caso resultaba aplicable la institución del daño especial como expresión clara de una evidente ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas, en relación con las lesiones sufridas por la señora Ana Ilda Jambó Pechené.

6.- La apelación.

La parte demandada presentó recurso de apelación, en cuyo desarrollo manifestó que al Estado sólo puede imputársele la responsabilidad por la ocurrencia de un hecho dañoso, únicamente cuando éste último hubiere tenido por causa la acción u omisión de uno de sus agentes y no cuando el daño jurídico hubiere sido ocasionado por terceras personas como sucedió en el presente caso.

Indicó que no se había probado que la lesión sufrida por la señora Ana Ilda Jambó Pechené, hubiese sido propinada con un arma de dotación oficial, motivo por el cual concluyó que el daño sufrido por la demandante no tenía la calidad de antijurídico y, por tanto, el Estado no estaba en la obligación de responder.

Agregó que en los casos de atentados terroristas, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Administración no estaba obligada a responder, a menos que se hubiesen producido amenazas previas que hubieren permitido adoptar oportunamente medidas de protección, de lo contrario, señaló: *“estaríamos ante un Estado omnipotente y mágico, que no sólo desconoce la realidad colombiana, sino que sin lugar a dudas, no encuentra sustento en las normas constitucionales y legales que rigen sus funciones”*.

Sostuvo que la aplicación de la teoría del daño especial sólo es procedente en aquellos casos en los cuales el administrado es sometido a un riesgo excepcional, esto es cuando está claro que el objetivo de los terroristas es un establecimiento militar del gobierno, etc., situación que no ocurrió en el presente caso, puesto que nunca estuvo claro contra quién iba dirigido el ataque, dado que los guerrilleros instalaron un retén militar sobre la vía Panamericana con el fin de abastecerse de alimentos y con el único fin de sembrar pánico y desconcierto entre las personas que transitaban por esa vía.

7.- Alegatos de conclusión en segunda instancia.

7.1. La parte demandada.

Solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia, por considerar que en el presente caso se configuró el hecho exclusivo y determinante de un tercero, dado que el daño cuya reparación se pretende fue causado por la guerrilla de las FARC.

Reiteró lo expuesto en el recurso de apelación en el sentido de sostener que no había lugar a la aplicación de la teoría del daño especial y mucho menos del riesgo excepcional.

Sostuvo que las lesiones causadas a la ahora demandante lo fueron como consecuencia de un ataque directo por parte del grupo insurgente y no por el actuar legítimo del Estado o porque el referido ataque hubiese estado dirigido contras las instalaciones policiales.

Finalmente, expuso algunas consideraciones en relación con la denominada relatividad de la falla en el servicio, en el sentido de que todo daño no debe ser reparado por el Estado, dado que la obligación de protección y vigilancia es de medio y no de resultado.

7.2. El Ministerio Público.

Solicitó que se confirmara la sentencia impugnada, puesto que se había acreditado que el 20 de mayo de 1999 una patrulla de la Policía de Carreteras fue

objeto de una emboscada por parte de subversivos de las FARC, agresión que fue repelida por la Fuerza pública, lo cual arrojó como resultado la muerte y lesión de varios uniformados y civiles, entre ellos la señora Ana Ilda Jambó Pechené, quien se desplazaba en una camioneta la cual quedó en medio del fuego cruzado.

Asimismo se probó que como consecuencia de la herida sufrida por la señora Jambó Pechené debió ser sometida a una intervención quirúrgica, lo cual generó finalmente la necesidad de amputársele la pierna derecha.

Indicó que si bien no estaba demostrada la falla en el servicio, lo cierto es que había lugar a la aplicación de la teoría del daño especial.

8. El impedimento manifestado.

En escrito presentado el 13 de agosto de 2011, el señor Consejero de Estado doctor Hernán Andrade Rincón manifestó impedimento para conocer del asunto de la referencia por haber participado como integrante de la Sala de Decisión, en su condición de Magistrado del Tribunal Administrativo del Cauca, en la decisión de primera instancia, la cual es objeto de alzada.

Mediante providencia del 26 de agosto de 2011 se aceptó dicho impedimento.

II. CONSIDERACIONES

1.- Competencia del Consejo de Estado.

El Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia, comoquiera que se trata del recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida en primera instancia¹ por el Tribunal Administrativo del Cauca.

2.- Caducidad de la acción.

Se encuentra que la demanda se presentó dentro los dos años siguientes al hecho que habría dado origen a la presunta responsabilidad del ente demandado, dado que la lesión sufrida por la señora Ana Ilda Jambó Pechené ocurrió el 20 de mayo de 1999 (fl. 82 c 1) y la demanda se formuló el 19 de agosto de 1999 (fl. 113 c 1).

3.- Material probatorio susceptible de valorarse.

- Certificación expedida por la Administradora de la Galería Municipal de Santander de Quilichao, Departamento del Cauca, mediante la cual se hace constar que la señora Ana Ilda Jambó, laboraba en dicho lugar por un lapso de 18 años.

- Aparte de la página A-3 de la que al parecer corresponde al diario El País, de fecha viernes 21 de mayo de 1999, el cual, supuestamente, reseñó los hechos que habrían ocurrido el día anterior, en los cuales habría resultado lesionada la señora Ana Ilda Jambó Pachené.

¹ La cuantía del proceso supera la exigida para que esta Corporación pueda conocer en segunda instancia de un proceso de reparación directa, de conformidad con el Decreto 597 de 1988 - \$18'850.000-, teniendo en cuenta que la demanda se radicó en el año 1999 y la cuantía del proceso se estimó en la suma de \$ 90'000.000.

En relación con la valoración probatoria de los recortes de periódicos o de prensa, en reciente oportunidad la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, puntualizó²:

“Conforme el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil y a lo que ha sostenido la doctrina procesal, la publicación periodística que realice cualquiera de los medios de comunicación puede ser considerada prueba documental³. Sin embargo, en principio sólo representa valor secundario de acreditación del hecho en tanto por sí sola, únicamente demuestra el registro mediático de los hechos. Carece de la entidad suficiente para probar en sí misma la existencia y veracidad de la situación que narra y/o describe. Su eficacia como plena prueba depende de su conexidad y su coincidencia con otros elementos probatorios que obren en el expediente. Por tanto, individual e independientemente considerada no puede constituir el único sustento de la decisión del juez.⁴

*En la jurisprudencia de esta Corporación existen precedentes que concuerdan con esta posición. Se ha estimado que las publicaciones periodísticas “...son indicadores sólo de la percepción del hecho por parte de la persona que escribió la noticia”, y que si bien “...son susceptibles de ser apreciadas como medio probatorio, en cuanto a la existencia de la noticia y de su inserción en medio representativo (periódico, televisión, Internet, etc.) **no dan fe de la veracidad y certidumbre de la información que contienen**”⁵.*

Lo anterior equivale a que cualquier género periodístico que relate un hecho (reportajes, noticias, crónicas, etc.), en el campo probatorio puede servir solo como indicador para el juez, quien a partir de ello, en concurrencia con otras pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, podría llegar a constatar la certeza de los hechos.

Consecuentemente, a las noticias o informaciones que obtengan los medios de comunicación y que publiquen como reportaje de una declaración, no pueden considerarse por sí solas con el carácter de testimonio sobre la materia que es motivo del respectivo proceso.

En relación con este último punto el Consejo de Estado ha indicado que “...las informaciones publicadas en diarios no pueden considerarse dentro de un proceso como prueba testimonial porque carecen de los requisitos esenciales que identifican este medio de prueba, en particular porque no son suministradas ante un funcionario judicial, no son rendidos bajo la solemnidad del juramento, ni el

² Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 29 de mayo de 2012. Expediente 2011-01378-00. MP: Susana Buitrago Valencia (e).

³ Esta Corporación ha reiterado que los artículos publicados en la prensa escrita pueden apreciarse por el juez como prueba documental solo para tener“(...) certeza sobre la existencia de la información, pero no de la veracidad de su contenido”. Sobre el mérito probatorio de las publicaciones de prensa como prueba en los procesos se encuentran también las siguientes providencias: sentencia de 27 de junio de 1996, rad. 9255, C. P. Carlos A. Orjuela G.; sentencia de 15 de junio de 2000, exp. 13.338, C. P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia de 10 de noviembre de 2000, rad. 18298, actor: Renata María Guadalupe Lozano, C. P. Ricardo Hoyos Duque, y sentencia del 16 de enero de 2001, aad. ACU-1753, C. P. Reinaldo Chavarro; sentencia de 25 de enero de 2001, rad. 3122, C. P. Alberto Arango Mantilla; sentencia de 6 de junio de 2002, rad. 739-01, C. P. Alberto Arango Mantilla.

⁴ En sentencias de 15 de junio de 2000 y de 25 de enero de 2001, al igual que en auto de noviembre diez de 2000, según radicaciones 13338, 11413 y 8298, respectivamente, el Consejo de Estado, Sección Tercera, expuso una tesis según la cual una versión periodística aportada al proceso sólo prueba que la noticia apareció publicada en el respectivo medio de comunicación.

⁵ Sentencia de 6 de junio de 2007, expediente AP-00029, M. P. María Elena Giraldo Gómez. Sección Tercera.

comunicador da cuenta de la razón de la ciencia de su dicho...” por cuanto es sabido que el periodista “...tiene el derecho de reservarse sus fuentes.”⁶

En este sentido, ha sostenido que las declaraciones que terceros hacen a los medios de comunicación “...tan sólo constituyen evidencia de la existencia de la información (...) por lo que no ostentan valor probatorio eficaz merced a que se limitan a dar cuenta de la existencia de la afirmación del tercero, pero las afirmaciones allí expresadas deben ser ratificadas ante el juez, con el cumplimiento de los demás requisitos para que puedan ser apreciadas como prueba testimonial...”⁷.

Lo anterior, debido a que en sí mismas las publicaciones periodísticas representan “...la versión de quien escribe, que a su vez la recibió de otro desconocido para el proceso”, condición que no permite otorgarles valor de plena prueba debido a que “...son precisamente meras opiniones...”⁸.

Por lo anterior, la Subsección tendrá en cuenta el citado medio probatorio, únicamente, en cuanto permite acreditar la existencia de la noticia allí contenida y de su inserción en medio periodístico representativo.

Se practicaron los siguientes testimonios ante el Tribunal a quo:

- Declaración del señor Carlos Alberto Joaquín Girón:

“(...) Fue así que nos dirigimos en un solo vehículo (camioneta Hilux doble cabina con número de identificación 072) de la Policía hacia Piendamó en el trayecto entre Popayán y El Cairo, corrijo entre Popayán y el cruce de Cajibío, el tráfico vehicular era normal llegando al puente de El Cairo adelantamos unos vehículos de carga, en el momento que adelantamos en todo el puente del Cairo alcanzamos a observar que estaba atravesando unos camiones unos individuos quienes habían sido o eran guerrilleros en el momento que nos bajamos del vehículo fuimos atacados por la guerrilla quedando así todos los compañeros abiertos para lado y lado, yo fui el último que me bajé del vehículo tirándome debajo del mismo para esconderme de estos individuos, en el momento miro hacia atrás se encontraba en el piso los compañeros Guavita Ladino Riquelme y Guerrero Benavides Duber, el compañero que nombré primero él fue el primero que murió allí en el sitio, el otro compañero me gritaba a mí ya estando herido que me saliera debajo del vehículo porque allí me masacraban a mí, él duró no sé cuantos minutos gritándome, posteriormente salí debajo del vehículo y me atrincheré en el barranco donde se encontraban los guerrilleros salí corriendo hacia la parte de arriba como se me acabó el barranco que me estaba sirviendo de trinchera allí fui herido y yo me tiré al piso porque yo ya no podía caminar, después estos guerrilleros se bajaron a la vía en lo que yo me acuerdo ellos se arrimaron a mí yo quedé boca abajo y uno de ellos me volteó boca arriba diciéndole al otro que yo no estaba sino herido que si me remataba, él me quitó el revólver que yo portaba y mis accesorios quitándome la riata de la cintura, luego el otro me dijo que me dejara que no hiciera nada más y que se fueran rápido que porque venían los helicópteros y los agarraban ahí en el hueco, yo quedando allí alcancé a ver que éstos se fueron hacia la parte de arriba a coger la vía a Cajibío

⁶ Sentencia de 15 de junio de 2000, expediente 13338, M. P. Ricardo Hoyos Duque. Sección Tercera.

⁷ Sentencia de 2 de marzo de 2006, expediente 16587, M. P. Ruth Stella Correa Palacio. Sección Tercera.

⁸ Sentencia de 15 de junio de 2000, expediente 13338, M. P. Ricardo Hoyos Duque. Sección Tercera.

en dos camionetas carpadas y yo quedé allí tirado pidiendo auxilio a los usuarios de la vía, fue así que nadie me socorría pasados unos minutos pasó un bus afiliado a la Empresa Transipiales fue el único que paró y me socorrió, alzándome el vehículo y trayéndome hacia Popayán, este vehículo me dejó en la Guardia del Comando del Departamento de Policía de Cauca porque como en el Hospital San José en esos días se encontraba en huelga y de la Guardia en una patrulla de la Policía me trasladaron al hospital y lo último que me acuerdo es que a mí me bajaron allí al hospital, de allí ya no me acuerdo nada más sino ya por la tarde que me habían operado. PREGUNTADO: Sírvase informar al Tribunal, si cuando la patrulla que usted se desplazaba llegó al sitio de los hechos con anticipación había ocurrido la toma de la vía por parte de los "Guerrilleros" CONTESTO: Ellos acababan de llegar y estaba atravesando los camiones. PREGUNTADO: En el enfrentamiento hubo disparos tanto de los miembros de la Policía Nacional como del grupo guerrillero? CONTESTO: Los compañeros que portaban el arma más larga que era una UZI y una escopeta era el compañero GUABITA LADINO portaba la UZI y la escopeta la portaba otro compañero que no recuerdo el nombre, ellos alcanzaron a hacer disparos hacia el barranco donde se encontraban los guerrilleros precisamente fue por eso que el compañero GUABITA LADINO fue muerto por dicha arma que portaba en cambio el otro alcanzó a tirarse para un lado de la vía y ahí no escuche más disparos por parte de mis compañeros, porque estos guerrilleros las armas que portan ellos tienen más alcance y nos estaban disparando con granadas, por este ruido no se escuchaba tiros por parte de los compañeros. PREGUNTADO: Informe al Tribunal, si cuando ustedes llegaron al sitio de los hechos se produjo un ataque en forma inmediata contra ustedes o si por el contrario fueron ustedes quienes iniciaron el enfrentamiento. CONTESTO: Ellos fueron los que primero iniciaron el tiroteo ya que se encontraban ubicados en la parte alta de un barranco y entre el monte por eso no nos dieron tiempo a nosotros de atacarlos de forma inmediata. (...) PREGUNTADO: Sabe usted si con ocasión de este enfrentamiento resultaron lesionadas personas que se desplazaban por la vía. CONTESTO: No me di cuenta si alguna persona particular resultó herida por este enfrentamiento ya que uno en ese momento lo que hace es defenderse de estos subversivos y como yo salí herido por este hecho no sé si hubieron más heridos fuera de mí".

- Testimonio del señor Norberto Bolaños Bolaños:

(...) PREGUNTADO: Manifieste a este Despacho si conoce a la señora Ana Ilda Jambó Pechené, cuánto hace y cuál es el motivo de ese conocimiento? CONTESTO: Conozco a la señora Ana Ilda Jambó Pachené hace aproximadamente unos doce o diez años, por ella es vendedora de revuelto y reside en Tunía, yo le compro a ella las verduras (...) CONTESTO: Ese día en horas de la mañana, salí en mi Toyota de mi propiedad con destino a Tunía, Popayán, en compañía de mi hermano Francisco Bolaños, llegando a la curva del Tunel, me tocó hacer cola y averigüé que sucedía con la gente que estaba parada allí y me informaron que la guerrilla había atacado a una patrulla de la Policía Vial y que habían muertos, allí me detuvieron por espacio de una hora, teniendo yo por delante unos 700 carros de toda clase, más o menos a la hora nos dieron vía, eran más o menos las nueve a nueve y media de la mañana, no tengo bien presente la hora, al llegar a la quebrada de Cajibío tuve una sorpresa que unas personas tenían cogida a una señora ensangrentada, yo sin que me dijeran nada me arrimé al carro y la recogí sin preguntar quién era, ni cuánto me pagaría, ni qué religión o qué color político tenía, al instante de subirla al carro vi a la señora que al parecer había muerto y le dije a los que la tenían que no la subieran porque ya había muerto, uno de ellos me dijo mira ella respira, entonces le dije que la subieran rápido al carro, lo que yo exigí al instante que la señorita Maritza Tunubalá la

acompañara al hospital, ella no quería ir por no dejar la camioneta sola pero le dije a ella que primero era la vida de la señora que la camioneta (...). En el recorrido del camino entramos en conversación con mi hermano Francisco y la señorita Maritza Tunubalá y ella nos hizo un ligero recuento de lo que le había sucedido a la señora ANA ILDA JAMBÓ PECHENÉ y a ella quienes viajaban en la camioneta y también me di cuenta que el pie de la señora ANA ILDA JAMBÓ PECHENÉ estaba destrozado totalmente y ella venía dando grandes gritos de dolor. Aclaro que a la señora ANA ILDA JAMBÓ PECHENÉ la vine a reconocer en el recorrido a Popayán, porque cuando la alcé no la reconocí debido a la preocupación (...).

- Declaración del señor Francisco Bolaños Bolaños.

(...) CONTESTO: Ese día de los hechos yo viajaba con mi hermano Norberto a la ciudad de Popayán, había una cola interminable de carros en la vía Panamericana y pregunté qué pasó y unas personas me dijeron que la guerrilla estaba en el túnel, que en ese tiroteo pasaba en ese momento ANA ILDA JAMBÓ PECHENÉ, quien viajaba de Popayán a Tunía y esta señora estaba lesionada, pasaban carros y no le prestaban ayuda, nosotros como humanitarios la recogimos y recuerdo que le estaba ayudando otra mujer quien no recuerdo el nombre y quien viajaba con ella y la llevamos hasta el hospital, ella tenía una pierna quebrada no consentía que la tocaran, estaba dando unos gritos impresionantes, este hecho fue culpa de la guerrilla (...) CONTESTO: Que la señora ANA ILDA JAMBÓ PECHENÉ, perdió una pierna por causa de esta violencia, actualmente no puede movilizarse por sus propios medios debido a su estado, no puede trabajar como lo hacía antes, por este motivo se encuentra muy afectada económicamente.

- Testimonio de la señora Maritza Tunubalá Montaña.

“(...) CONTESTO: A ANA ILDA, la conozco hace 4 o 5 años aproximadamente, porque mi papá tiene una camioneta y él la transportaba, porque ella es vendedora de revuelto (...). Ese día venía manejando una camioneta de propiedad de mi papá, eran aproximadamente las 8 a 8:30 a.m., cuando veníamos bajando por el Cairo y venía una patrulla de Policía tras de nosotros y observé unos camiones que estaban atravesados y pensé que era un retén y fui mermando la velocidad del carro, en eso la patrulla de la Policía quedó adelante del carro que yo venía manejando y fue en ese instante que comenzaron unos disparos y nos hicimos en la parte de adelante de la camioneta y nos agachamos, en eso los agentes de la Policía se escondieron en la camioneta que yo conducía y por este motivo los guerrilleros dispararon contra la camioneta que yo manejaba, allí fue que resultó lesionada la señora ANA ILDA JAMBÓ PECHENÉ, cuando dejaron de disparar, le prestamos auxilio (...) y pude observar que estaba lesionada en una pierna, no recuerdo en cual, me bajé le abrí la puerta a ella y la gente que llegó a observar lo que había pasado me ayudó a bajar y en eso venía el carro de los señores bolaños de Tunía, no recuerdo sus nombres y ellos colaboraron prestando el auxilio respectivo (...). CONTESTO: Que la señora ANA ILDA JAMBÓ PECHENÉ ya no puede trabajar como lo hacía antes, por éste motivo se encuentra muy afectada económicamente y emocionalmente”.

- Declaración del señor Marco Fidel Hernández Calambás:

(...) CONTESTO: Conozco a la señora ANA ILDA JAMBÓ PACHENÉ desde niños, estudié con ella, después se casó y siempre hemos sido amigos, somos vecinos. De esto hace más o menos unos 40 años. (...) CONTESTO: La familia de ANA ILDA JAMBÓ PECHENÉ, se compone de dos hijos de ella de nombres ALEXANDER CAMAYO JAMBÓ, ANGELA CAMAYO JAMBÓ, dos hijos de crianza

de nombres YONQUI VELASCO Y ARACELLY VELASCO, tiene seis hermanos son RICAURTE JAMBÓ PECHENÉ, MIGUEL ANTONIO JAMBÓ PECHENÉ, ALVARO JAMBÓ PECHENÉ, CECILIA JAMBÓ PECHENÉ, AURA JAMBÓ PECHENÉ Y MARCOS JAMBÓ PECHENÉ. Las relaciones familiares son buenas siempre han sido muy unidos, vive con los hijos de crianza, sus hijos, con los hermanos vive aparte pero ellos siempre están pendientes de ella y ella de ellos, en este momento debido al accidente siempre han estado cuidando de ella. PREGUNTADO: Manifieste al Despacho si conoce a ARACELLY VELASCO, YONQUI VELASCO y ALVARO JAMBÓ, cuánto tiempo hace de ese conocimiento, si sabe quiénes son sus padres biológicos, qué clase de vínculos existen entre ellos y la señora ANA ILDA JAMBÓ PECHENÉ? CONTESTO: Sí conozco a las personas por las cuales me pregunta, desde que nacieron, sus padres biológicos son el finado ARCADIO VELASCO y la señora ROSA HELENA JIMÉNEZ, el vínculo es que ellos son hijos de crianza de ANA ILDA JAMBÓ PECHENÉ, quien a la muerte del padre la madre de ellos, se dedicó a ellos los crió y les ha dado estudio. En caso del señor Arcadio quien es el propio padre de Aracelly y Yonqui Velasco, como la mamá de ellos murió, o sea la esposa de Arcadio, él quedó a cargo de los muchachos y más o menos al mes o dos meses los dos se casaron es decir Ana Ilda Jambó y Arcadio, por este motivo ella se hizo cargo de ellos y cogió la obligación como si fuera la madre, es decir prácticamente ella es la mamá de ellos, estos la quieren mucho, están pendientes de ella si se le presenta algún problema, como hijos Yonki está estudiando actualmente y ella sigue atendiendo los gastos de crianza de ellos, Aracelly se casó, vive aparte en la misma cuadra ella está pendiente de Ana Ilda Jambó, el esposo de Aracelly de nombre Delio Muñoz, le ayuda económicamente a Ana Ilda debido al accidente que sufrió. Yonqui estudia en el Instituto Agrícola de Tunía en la jornada de la tarde, esto me consta porque yo trabajo en el mismo colegio. Alexander vive con ella, se casó vive junto con Ana Ilda y está pendiente de ella, es decir de su mamá (...). CONTESTO: Sí, esto les causó gran dolor a ellos, inclusive a Yonqui a pesar de ser hijo de crianza se sentía muy mal, para él fue un golpe muy duro, a los hermanos también les afectó este hecho estaban muy preocupados por lo sucedido a la señora Ilda, un día los hermanos de Ana Ilda estaban en el Hospital, no tenían recursos para sufragar los gastos de Ana Ilda, entonces yo les di una idea que era que formáramos una comisión para pedir dinero para ayudar a Ana Ilda (...). Ellos todavía están muy adoloridos, por lo sucedido a Ana Ilda, ellos sufren mucho ya que Ana Ilda era una mujer muy trabajadora y ahora se encuentra impedida (...). CONTESTO: Ella tenía un negocio de venta de flores, también vendía revuelto, alimento de cocina, zanahoria, remolacha, frutas etc. (...). Ella vendía estos productos desde hace 20 años atrás desde que murió su esposo, el dinero que ganaba producto de su negocio lo invertía en la educación de los muchachos, alimentación y demás que se presentan dentro del hogar (...). Acto seguido solicita el uso de la palabra el dr. ILDEMAR BOLAÑOS ORDOÑEZ, para interrogar al declarante (...) CONTESTO: A ella le gustaba mucho participar en reuniones sociales anteriormente, ahora debido a su estado, le es imposible debido a sus condiciones esto le ha ocasionado muchos perjuicios, tanto psicológicos como para trabajar, antes era una persona alegre, participaba en reuniones. Como persona se dio a querer con los vecinos, ya que era muy sociable entregada a su trabajo, muy responsable, le gustaba el baile como toda mujer joven, le gustaba salir a pasear, nadar, pero ahora se encuentra totalmente impedida.

- Testimonio del señor Jorge Eliecer Lasso.

“CONTESTO: A ANA ILDA JAMBÓ PACHENÉ la conozco hace aproximadamente hace unos 18 años, porque somos vecinos (...) Las relaciones familiares del grupo

son excelentes, son personas muy unidas, se colaboran entre sí, lo que afecta a uno de los miembros afecta al otro. PREGUNTADO. Manifieste al Despacho si conoce a ARACELLY VELASCO, YONQUI VELASCO y ALVARO JAMBÓ, cuánto tiempo hace de ese conocimiento, si sabe quiénes son sus padres biológicos, qué clase de vínculos existen entre ellos y la señora ANA ILDA JAMBÓ PECHENÉ? CONTESTO: A las personas antes mencionadas las conozco aproximadamente hace 18 años desde que yo llegué a vivir en el mismo barrio o cuadra, los padres de Aracelly y Yonqui es ARCADIO VELASCO Y ROSA HELENA JIMÉNEZ, las relaciones o vínculos entre Aracelly y Yonqui es que estos son hijos de crianza de Ana Ilda Jambó y sus relaciones siempre han sido buenas, siempre han vivido bajo un mismo techo, esto es desde la muerte de sus padres, quien a la muerte de ellos la que se ha hecho cargo fue ANA ILDA JAMBÓ, quien los crió, educó, alimentó, ya que ésta se casó con don Arcadio quien ya falleció. Por este motivo fue que Ana Ilda crió a estos muchachos. (...) CONTESTO: Me consta que a todos ellos les causó gran sufrimiento, mucha angustia y dolor, esto debido a su lazo familiar y afectivo y sus buenas relaciones. (...) CONTESTO: Doña ANA ILDA se dedicaba antes del accidente al comercio de flores, verduras y en fin todo lo que se trataba de revuelto. (...) El producto de su trabajo lo invertía en los gastos de educación, alimentación, vestuario y demás que se presentan dentro de su hogar y crianza de sus hijos y los de crianza (...). La señora Ana Ilda era muy sociable, asistía a bailes, era alegre estos lo hacía pero de manera ocasional, pero debido a su estado actual todo se le vino abajo, incluyendo lo económico, ya que ahora está viendo por ella es su familia, quienes pasan grandes necesidades económicas”.

- Asimismo rindieron testimonio las señoras Carmen Rosa Hernández Calambás y Laura Cecilia Muñoz Calambás, quienes respondieron en términos muy similares a las mismas preguntas que les fueron formuladas, a su vez, a los señores Jorge Eliécer Lasso y Marco Fidel Hernández Calambás, motivo por el cual considera esta Subsección innecesario transcribir las citadas declaraciones.

- Testimonio de la señora Blanca Lilia Rosero de Espinosa.

(...) Conozco al señor ALVARO JAMBÓ hace más de 40 años, lo conozco desde pequeño, la mamá de él trabajó en mi casa. Mi esposo Gabriel es el padrino de él. (...) Sus padres son ROSA HELENA no me acuerdo del nombre del papá de él. Quien lo crió fue la abuela, al morir ella lo acabó de criar Ilda Jambó, quien crió también a sus demás hermanos. Quien educó a Álvaro Jambó fue Ilda Jambó.

- Declaración del señor León Fabio Montilla Salazar:

“(...) Esos hechos ocurrieron a eso de las nueve de la mañana aproximadamente del día 20 de mayo/99, yo me encontraba en la casa de mi mamá Edelmira Salazar donde ella tienen un vivero llamado los Anturios, cuando escuché una balacera y cuando pasó bajamos a observar que había pasado y vimos a la señora Ana Ilda Jambó Pechené y a la señora Maritza Tunubalá, pidiendo ayuda llorando, nadie las quería ayudar, entonces la señora Ana Ilda me llamó y me dijo que la ayudara a sacar y que la llevara a un carro que se encontraba herida, ella tenía una herida en la pierna, estaba con mucha sangre, yo la ayude a sacar de la camioneta que ella se encontraba, la ayudamos a subir a un carro, primero la atravesamos en el centro de la carretera para que la ayudaran porque nadie quería parar a prestarle auxilio, en eso paró un Toyota de color blanco, la subimos ahí y la llevaron para la ciudad de Popayán (...). En este momento solicita el uso de la palabra el apoderado de la parte actora (...). PREGUNTADO: De la casa de su señora madre, donde usted se encontraba trabajando según manifestó antes, al sitio de los hechos donde se encontraba la señora ANA ILDA JAMBÓ

PECHENÉ, que distancia hay aproximadamente? CONTESTO: Hay una distancia aproximada de 100 mts. (...) CONTESTO: Sí, escuchamos los disparos, se estaban enfrentando la guerrilla y la policía de carreteras. PREGUNTADO: Porqué se dio cuenta usted, que era la guerrilla y la policía de carreteras que se enfrentaban? CONTESTO: Porque se escuchaban tiros lentos y seguidos. (...) PREGUNTADO: Entonces porqué afirma usted que uno de los bandos era de la guerrilla? CONTESTO: Porque ese día los habíamos visto por ese sitio, también los habíamos visto la noche anterior que andaban por esos lados. PREGUNTADO: Por qué dice usted que se enfrentó la guerrilla con la Policía, es decir por qué se dio cuenta que el otro bando era la Policía? CONTESTO: Porque nosotros vimos la camioneta, porque, aclaro, la camioneta de policía de carreteras delante de la camioneta que la manejaba la señora Maritza Tunubalá. PREGUNTADO: Usted observó si la camioneta que manejaba la señora MARITZA TUNUBALÁ presentaba daños? CONTESTO: Si tenía daños, estaba dañado el bomper, radiador, vidrio parabrisas totalmente destrozado por las balas, la camioneta de la Policía si no me di cuenta si tenía daños (...).”

- Copia auténtica de la historia clínica perteneciente a la señora Ana Ilda Jambó Pechené.

- Oficio No. 0107 del 27 de febrero suscrito por el Oficial S2 del Batallón de Infantería No. 7 José Hilario López, mediante el cual informó que la señora Ana Ilda Jambó Pechené no registraba antecedente alguno que la vinculara con grupos subversivos al margen de la ley.

- Oficio No. 244 del 6 de marzo de 2001, suscrito por el Comandante de la Estación de Policía de Carreteras del Departamento del Cauca, mediante el cual remitió copia del oficio No. 466 de fecha 20 de mayo elaborado por el Comandante de Patrulla de la Policía del Cauca No. 3, según el cual:

“Respetuosamente me permito informar a mi Teniente, la novedad presentada el día de hoy a las 08:40 horas aproximadamente cuando la Central de Radio informó que en el Puente Río Piendamó, kilómetro 22, vía Panamericana acababa de ser asesinado un individuo sin identificar por dos sujetos que se movilizaban en una motocicleta AX, sin más datos y como señal particular uno de ellos portaba una chaqueta de negro, la central solicitó que las patrullas que se encontraban en la Panamericana estuvieran pendientes ya que los delincuentes se encontraban huyendo hacia la ciudad de Popayán, en ese momento la Patrulla Polca tres y Polca cinco, conformada por el IT. DELGADO DELGADO, OSCAR ZONI, CP. ANGARITA KESADA KENNEDY, AG. GUERRERO, BENAVIDES DUBER JOSE, AG. JOAQUI GIRON CARLOS ALBERTO, AG. MORALES MAZUERA JOSE LEONIDAS, AG. GUAVITA LADINO RIQUELME Y EL AG. BOHORQUEZ LEON DE JESUS, quienes portábamos armamento de dotación oficial y nos movilizábamos en el vehículo camioneta Nissan, modelo 98, placas y siglas 41-072, adscrito a la Unidad, nos encontrábamos realizando puesto de control en el sitio Río Blanco, kilómetro 01+900 metros, procedimos a inmovilizar la motocicleta AX-100, marca Susuki de Placas MIC-72, donde se movilizaban los individuos que coincidían con las características informadas por la Central de Radio (...) la cual manifestó que si teníamos los medios para trasladar a los sujetos hasta Piendamó, lo hiciéramos ya que allí se encontraban un testigo el cual los iba a reconocer, fue así que procedimos a trasladarnos hasta Piendamó con los sujetos en mención, informándole a la Central.

Cuando nos encontrábamos haciendo el desplazamiento, a la altura del Puente Río Cajibío, vía Popayán-Cali, kilómetro 18+500 metros fuimos emboscados por

un grupo indeterminado de subversivos causando la muerte al agente AG. GUAVITA LADINO RIQUELME, el civil que transportábamos para el conocimiento, el señor EUDIVER ALVEIRO SILVA SAMBONI (...) quedando heridos el civil ALBERTO SILVA IMBACHI (...) AG. JOAQUI GIRON CARLOS ALBERTO y el AG. GUERRERO BENAVIDES DUBER, quien falleció posteriormente en el Hospital Universitario San José de Popayán a causa de las lesiones.

Es de anotar que los comunicados impartidos por la Central de Radio del Comando del Departamento quedaron registrados en el folio 64 del Libro Minuta de Servicio de la Red Departamental, al igual que en la Minuta de Guardia de la Estación de Policía de Carreteras en los folios 260 y 261”.

- Dictamen 023-2001 FEFO, de fecha 7 de mayo de 2001, elaborado por la Clínica Forense del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el cual se dictaminó lo siguiente.

“PRIMER RECONOCIMIENTO:

Antecedentes: El 20 de Mayo de 1999 aproximadamente a las 10:00 a.m. resultó herida con arma de fuego en un enfrentamiento entre la policía y la guerrilla. Estuvo hospitalizada 22 días.

Examinada hoy a 2 años de los hechos se encuentra:

- 1) Amputación antigua a nivel del tercio distal de muslo derecho*
- 2) Marcha con muletas*

(...)

ELEMENTO CAUSAL: Proyectil arma de fuego.

INCAPACIDAD MEDICO LEGAL DEFINITIVA: Sesenta (60) días a partir de los hechos.

SECUELAS: 1) Deformidad física permanente; 2) Perturbación funcional permanente del órgano de locomoción”.

- Dictamen elaborado por la Junta de Calificación de Invalidez, Seccional Cauca, según el cual:

*“En relación con el caso médico laboral referido en el asunto, comunico a usted el Dictamen No. 073-2001 emitido en Audiencia Privada de la Junta de fecha 18 de Mayo de 2001, respecto a la capacidad laboral, el cual obtuvo un porcentaje correspondiente a invalidez de **52.3%**”. (Se resalta).*

Valoración de la prueba trasladada.

Respecto de la valoración de la prueba trasladada, el Código Contencioso Administrativo dispone -en materia de pruebas- que en los procesos seguidos ante esta Jurisdicción se aplicarán, en cuanto resulten compatibles con sus normas, las del Estatuto de Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración (artículo 168). Por su parte, el artículo 185 de ese último Estatuto prevé que las pruebas trasladadas son apreciables, sin mayores formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella.

La Sala se ha pronunciado en reiteradas ocasiones en el sentido de indicar que aquellas pruebas trasladadas que no cumplan con los requisitos previstos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil o que no hubieren sido solicitadas en el proceso contencioso administrativo por la parte contra quien se aducen, o no hubieren sido practicadas con audiencia de aquélla, no podrán ser valoradas en el primer proceso⁹.

También ha dicho la Sala que en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas recaudadas dentro de otro proceso hubiere sido solicitado por ambas partes, hay lugar a tener en cuenta dichas pruebas en el proceso contencioso administrativo, aun cuando hubieren sido practicadas sin citación o intervención de alguna de las partes en el proceso original y no hubieren sido ratificadas en el nuevo proceso contencioso administrativo, considerando que, en tales casos, resultaría contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión¹⁰.

Sobre este mismo tema, la Sección Tercera de la Corporación ha sostenido¹¹:

“De no cumplirse alguno de los mencionados requisitos, 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 ya precisado por la Sala en los siguientes términos¹²:

‘... el artículo 229 del mismo código dispone:

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

- 1. Cuando se hayan rendido en otro, sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan en el posterior.*
- 2. 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”. (Se subraya).

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.

⁹ Sentencia de julio 7 de 2005, expediente 20.300, entre muchas otras providencias.

¹⁰ Sentencia de febrero 21 de 2002, expediente 12.789, entre otras.

¹¹ Sentencia de febrero 4 de 2010, exp. 18.320.

¹² Sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11.898.

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

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

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

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

Aplicando estos criterios al caso presente, se tiene que las pruebas en el proceso primitivo (penal) no fueron solicitadas ni practicadas a petición de la parte contra quien se aducen ni con su audiencia; su traslado tampoco fue solicitado a éste proceso de manera conjunta por las partes, ni la entidad demandada se allanó a la petición probatoria elevada por la parte demandante en el sentido de que se allegare a este proceso la respectiva investigación penal por la muerte del soldado Ardila Lozano.

Aun cuando ésta prueba fue decretada por el Tribunal y para cuyo efecto se libró el oficio No. 0206-00 de marzo 18 de 1999 solicitando el traslado en copia auténtica del correspondiente proceso penal, lo cierto es que no se agotaron las formalidades del traslado que cada medio de prueba exige y en cuanto se refiere específicamente a las pruebas documentales antes descritas¹³ no se surtió el

¹³ Diligencia de inspección al cadáver de la víctima No. 1582-0657; Informe emitido por el Cabo Primero Carlos Muñoz Sierra – Suboficial de Administración del Ejército Nacional; Informe emitido por el soldado Oscar Vidales Benítez; Decisión proferida el 1° de octubre de 1997 por la Oficina de

traslado de los mismos para garantizar el derecho de contradicción de la contraparte contra la cual se aducen.

No obstante lo anterior, **para el específico caso de las pruebas documentales advierte la Sala que si bien se incurrió en una irregularidad al haberse omitido dicho traslado, la misma no configura vicio de nulidad alguno a la luz del artículo 140 del C. de P. C., razón por la cual resulta procedente dar aplicación a lo dispuesto en el párrafo de dicho artículo, según el cual las irregularidades no constitutivas de nulidad procesal 'se tendrán por subsanadas, si no se impugnan oportunamente por medio de los recursos que este Código establece', solución claramente aplicable en este caso. Ciertamente, se advierte que durante la etapa probatoria ninguna de las partes se pronunció al respecto y que dentro del traslado para alegar de conclusión el apoderado de la entidad pública demandada no hizo señalamiento alguno en relación con dicho asunto¹⁴**". (Subrayas del original, negrillas de la Sala en esta oportunidad).

En el caso que ahora se examina, se encuentra que la parte demandante solicitó que se allegara, como prueba trasladada, el expediente penal **No. 576**, adelantado por la Fiscalía Especializada de Popayán, por el delito de terrorismo - homicidio - rebelión (fl. 105 c 1°).

Por su parte, la entidad demandada, en el correspondiente escrito de contestación de la demanda, pidió:

"Solicitar a la Dirección Nacional de Fiscalías, copia del proceso penal por LESIONES PERSONALES que ANA ILDA JAMBO PECHENÉ debió instaurar a raíz de los hechos ocurridos el 20 de mayo de 1999, en la vereda El Cairo, Municipio de Cajibío - Cauca".

El Tribunal *a quo*, mediante auto del 28 de noviembre de 2000, accedió al decreto de los anteriores medios probatorios. En cumplimiento de la anterior providencia, la Secretaría de dicha Corporación requirió a la Fiscalía General de la Nación, a través del oficio No. 439 en relación con la prueba solicitada por la parte demandante y mediante el oficio No. 446, respecto de lo pedido por el demandado.

En oficio No. 162-24584 del 1° de marzo de 2001, la Fiscalía General de la Nación, "en atención al oficio No. 0446", remitió fotocopia auténtica e íntegra de la *investigación previa No. 576* adelantada por la Fiscalía Regional Delegada ante la Unidad Investigativa por los delitos de homicidio, rebelión y lesiones personales en relación con la muerte del agente de Policía Duver José Guerrero Benavides y el civil Duver Albeiro Silva Samboni y las lesiones del señor Alberto Silva Imbachi, en hechos ocurridos el 20 de mayo de 1999 en la vía que de Popayán conduce a la población de Piendamó.

Instrucción Penal Militar de la Décima Sexta Brigada del Ejército, mediante la cual se ordenó la cesación del procedimiento adelantado en contra del soldado Oscar Vidales Benítez por el homicidio del señor Luis Fernando Lozano Ardila; Providencia dictada el 12 de noviembre de 1997 por el Tribunal Superior Militar, a través de la cual se confirmó la anterior decisión.

¹⁴ En ese sentido se pronunció la Sala en sentencia de junio 5 de 2008, exp. 16.589.

Como se observa, si bien las solicitudes probatorias de las partes antes referidas guardan relación, lo cierto es que puede concluirse que no se trata de la misma prueba, comoquiera que mientras aquella pedida por el demandante se refirió, en especial, a la remisión del expediente penal No. 576 adelantado por los delitos antes mencionados, el medio probatorio solicitado por el demandado hizo relación, únicamente, al proceso penal que la señora Ana Ilda Jambó Pechené hubiere iniciado¹⁵ por las lesiones sufridas en los hechos materia del presente asunto.

000000000000Ahora bien, las piezas procesales allegadas por la Fiscalía General de la Nación, aún cuando la correspondiente nota remisoría dice dar contestación al oficio No. 446 elaborado por la Secretaría del Tribunal *a quo*¹⁶, se observa que se trata de las diligencias realizadas dentro del expediente penal No. 576, el cual, se recuerda, fue solicitado por la parte actora.

En este orden de ideas ocurre que la prueba trasladada antes mencionada, solicitada por la parte demandada, no cumple con lo prescrito en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, referente al traslado de pruebas, amén de que dicha parte no las solicitó en la contestación de la demanda, ni se allanó o adhirió a los medios probatorios solicitados por su contraparte, por lo cual de los medios de acreditación que allí reposan sólo podrán valorarse en este juicio las *pruebas documentales*, puesto que si bien frente a éstas no se surtió el traslado respectivo para garantizar el derecho de contradicción de la parte contra la cual se aducen, tal omisión fue convalidada, según lo normado en el parágrafo del artículo 140 del C. de P. C., tema que fue explicado dentro de la sentencia antes transcrita.

En efecto, se encuentra que en las posibilidades que tuvo la demandada para pronunciarse frente a dichos medios probatorios, guardó silencio respecto a la procedencia de su valoración, circunstancia que permite concluir que en el presente caso se presentó la convalidación a la cual se refiere en parágrafo del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto concierne a las aludidas pruebas documentales exclusivamente.

Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, dentro del **proceso penal** se destacan los siguientes documentos y actuaciones procesales, los cuales fueron allegados en copia auténtica:

- Actas de levantamiento de cadáver correspondientes a los señores Duver José Guerrero Benavides, Riquelme Guavita Ladino y Eudiver Alveiro Silva Samboni, de fecha 20 de mayo de 1999, según las cuales el deceso de las citadas personas habría ocurrido como consecuencia de una emboscada en la vía Panamericana a la altura de la vereda el Cairo, Municipio de Cajibío.
- Protocolos de Necropsia, correspondientes a los señores Eudiver Alveiro Silva Samboni, Riquelme Guavita Ladino y Duver José Guerrero, en los cuales se concluye que la causa de la muerte fue por heridas recibidas por proyectiles de arma de fuego.

4. El título jurídico de imputación aplicable a los eventos en los cuales se examina la responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de la producción de daños derivados del enfrentamiento entre miembros de la Fuerza Pública y grupos al margen de la ley.

¹⁵ Esto es el demandado, según la contestación, desconocía si se había iniciado un proceso en este sentido.

¹⁶ A través del cual, se reitera, se pretendía incorporar al proceso la prueba solicitada por la parte demandada.

En un caso similar al que ocupa en esta oportunidad a esta Subsección¹⁷, esta Corporación se refirió al título de imputación aplicable a estos eventos, providencia que, en su parte motiva, dada su pertinencia, se transcribirá *in extenso*:

“Ahora bien, en cuanto se refiere a la imputación del daño antijurídico en cabeza de la Policía Nacional, se tiene que el mismo tuvo su origen en la confrontación armada entre la fuerza pública y el grupo subversivo de las FARC, cuando este último decidió atacar con actos de terrorismo la población de Guadalupe (Antioquia), en hechos que no sólo se dirigieron contra la estación de policía, sino que se desarrollaron a lo largo de todo el casco urbano de la población.

Otro aspecto que resulta pertinente para desatar la controversia se refiere a la imposibilidad de determinar el tipo de proyectil que impactó a la señora Nora Esther Palacio de Rendón, circunstancia que impide establecer de dónde provino y quién fue el autor material de la lesión que terminó con la vida de la mencionada ciudadana.

En consecuencia, un estudio desde la causalidad material llevaría a concluir que el daño es imputable al hecho de un tercero, como quiera que, con empleo de las teorías de la equivalencia de condiciones y de la fórmula correctora de la conditio sine qua non, o de la teoría de la causalidad adecuada, se arribaría a la conclusión de que la lesión antijurídica tuvo su génesis en la acción armada del grupo subversivo lo que habría desencadenado una respuesta legítima por parte del Estado, en aras de garantizar la institucionalidad en la respectiva entidad territorial.

No obstante lo anterior, en el plano de la imputación la circunstancia se torna más compleja, ya que el estudio de la controversia específica supone determinar si desde el plano fáctico y jurídico el daño es o no atribuible a la Policía Nacional.

En relación con la distinción entre causalidad e imputación, la Sala en reciente oportunidad precisó¹⁸:

“Ahora bien, en cuanto concierne a la imputación, se tiene que el daño antijurídico puede ser atribuido a la administración pública en la medida en que ésta lo haya producido por acción u omisión, pues, precisamente, en sentido genérico o lato la imputación es la posibilidad de atribuir un resultado o hecho al obrar de un sujeto.

“En materia del llamado nexo causal, debe precisarse una vez más que este constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, prima facie, un estudio en términos de atribuidibilidad material (imputatio facti u objetiva), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar –acción u omisión–, que podría interpretarse como causalidad material, pero que no lo es jurídicamente hablando porque pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación.

¹⁷ Se trató de las heridas causadas a la señora Nora Esther Palacio de Rendón, como consecuencia de una confrontación entre una columna guerrillera de las Farc y miembros de la Policía Nacional. En este caso no existió prueba de que el proyectil hubiese sido disparado con arma perteneciente a la Fuerza Pública

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de marzo de 2009, exp. 17994, M.P. Enrique Gil Botero.

“No obstante lo anterior, la denominada imputación jurídica (imputatio iure o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política¹⁹.

*“Si la ciencia jurídica parte del supuesto de atribuir o endilgar las consecuencias jurídicas de un resultado (sanción), previa la constatación de que una trasgresión se enmarca en una específica proposición normativa, es evidente que el nexo causal por sí mismo deviene en insuficiente para solucionar el problema de la atribución de resultados, tal y como desde hace varios años se viene demostrando por el derecho penal, lo que ha conllevado a que se deseche el principio de causalidad a efectos de imputar un hecho, para dar aplicación a una serie de instrumentos e ingredientes normativos (v.gr. el incremento del riesgo permitido, la posición de garante, el principio de confianza, la prohibición de regreso, etc.) dirigidos a establecer cuándo determinado resultado es imputable a un sujeto. **Lo anterior, como quiera que es posible que un determinado suceso tenga origen material en una específica conducta (causa material), pero las consecuencias del mismo sean atribuidas a un tercero (v.gr. la responsabilidad por el hecho de las cosas, o por el hecho de otro; la posición de garante)**²⁰.*

*“En otros términos, la causalidad –y sus diferentes teorías naturalísticas– puede ser empleada para determinar probablemente cuál es el origen de un hecho o resultado en el mundo exterior, esto es, en el campo de las leyes propias de la naturaleza o del ser. **A contrario sensu, la imputación surge de la atribución de un resultado en cabeza de un determinado sujeto; parte del hecho de la sanción originada en el incumplimiento normativo a un precepto de conducta, es decir, del deber ser.***

“En consecuencia, la imputación fáctica puede derivarse de la constatación en el plano material de la falta de intervención oportuna que hubiera podido evitar el resultado; en efecto, es en el plano de la omisión donde con mayor claridad se verifica la insuficiencia del dogma causal, motivo por el cual el juez recurre a ingredientes de tipo normativo para determinar cuándo una consecuencia tiene origen en algún tipo de comportamiento y, concretamente, a quién resulta endilgable o reprochable la generación del daño. De lo contrario, la responsabilidad derivada de la omisión no tendría asidero, como quiera que a partir de la inactividad no se deriva nada, es decir, no se modifica el entorno físico; en ese orden de ideas, el derecho de daños ha evolucionado en la construcción de instrumentos normativos y jurídicos que permiten solucionar las insuficiencias del denominado nexo causal importado de las ciencias naturales, para brindar elementos que permitan establecer cuándo un determinado daño es atribuible a la acción u omisión de un determinado sujeto.

“En consecuencia, la imputación fáctica contenida en la demanda se dirige a censurar la actitud de la fuerza pública, puesto que, según lo formulan los actores

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de julio 12 de 1993, expediente 7622, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

²⁰ “En la responsabilidad del Estado la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos” (Se resalta) Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, de 21 de febrero de 2002 expediente 14215.

fue aquella la que produjo con su acción el daño antijurídico y, al margen de que no hubiera sido así, la omisión en la que se incurrió lo que se hizo fue permitir que se concretara el daño antijurídico. Sobre el particular, y en relación con la figura de la comisión por omisión en materia de la responsabilidad de la administración pública, la doctrina con excelente sindéresis ha precisado:

“Los problemas fundamentales que se plantean, pues, en sede de omisión (y que son problemas de imputación), son la determinación de cuándo existe el deber jurídico de evitar el resultado (en definitiva, la determinación de cuándo se encuentra la Administración en posición de garante de la víctima)²¹ y la concreción del grado de capacidad evitadota del resultado que exigimos a la acción omitida, partiendo de valoraciones normativas, para imputar el resultado.”²²

“En ese orden de ideas, el hecho de analizar la un resultado bajo la perspectiva de ingredientes normativos (v.gr. como la posición de garante), fijados por la ley y la jurisprudencia es lo que permite, con mayor facilidad, establecer la imputación fáctica (atribución material), esto es, se itera, la asignación de un determinado daño en cabeza de un específico sujeto.

“En relación con la posibilidad de emplear la posición de garante, como elemento normativo para la construcción de la imputación fáctica del resultado, la jurisprudencia de la Sala ha señalado:

“Por posición de garante debe entenderse aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho²³.

“Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley –en sentido material– atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida.”²⁴²⁵

²¹ “En la determinación de cuándo existe posición de garante o no del sujeto responsable no tiene ninguna incidencia que la responsabilidad se configure como objetiva o basada en la culpa. Aquella determinación constituye una cuestión previa: solo cuando se haya verificado que el sujeto estaba obligado a evitar el resultado entrará en juego la circunstancia de que la responsabilidad sea objetiva o no.”

²² PUIGPELAT, Oriol Mir “La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria”, Ed. Civitas, Pág. 243 y 244.

²³ “La posición de garante trata de dar una explicación y respuesta teórica y coherente a la cuestión de cuáles son las condiciones que deben darse para que el no impedir la entrada de un resultado sea equiparable a la causación positiva del mismo. Según la opinión que aquí será defendida, sólo se puede alcanzar una solución correcta si su búsqueda se encamina directamente en la sociedad, pero ésta entendida como un sistema constituido por normas, y no si la problemática toma como base conceptos enigmáticos basados en el naturalismo de otrora, pues la teoría de la posición de garante, como aquí entendida, busca solucionar solamente un problema normativo-social, que tiene su fundamento en el concepto de deber jurídico.” Cf. PERDOMO Torres, Jorge Fernando “La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión”, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2001, Pág. 17 a 20. Ver igualmente: LÓPEZ Díaz, Claudia “Introducción a la Imputación Objetiva”, Ed. Universidad Externado de Colombia; JAKOBS, Günther “Derecho Penal – Parte General”, Ed. Marcial Pons; ROXIN, Claus “Derecho Penal – Parte General “Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito”, Ed. Civitas.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de octubre de 2007, exp. 15567.

“(…) Desde esa perspectiva, la posición de garante se erige como uno de los ejes basilares sobre los cuales se edifica el concepto de imputación fáctica, puesto que a partir del conjunto de principios establecidos en el artículo 1º de la Constitución Política, se hace responsable, desde diversas perspectivas jurídicas (penal, disciplinaria, patrimonial, etc.) a la persona que con su omisión ha facilitado la producción del daño, lo que desvirtúa en el plano jurídico el principio causal según el cual a partir de la omisión no se deriva nada²⁶. En ese contexto, la posibilidad de atribuir resultados o daños, con base en un criterio normativo - jurídico, no es otra cosa distinta que la reivindicación de la multiplicidad de valores y principios jurídicos sobre los que se fundamenta el Estado Colombiano, es decir, como un Estado Social de Derecho, en el cual los asociados no solo se benefician de una gama de derechos y garantías, sino que, de igual manera, se encuentran conminados al cumplimiento de una serie de deberes (v.gr. principio de solidaridad, de dignidad humana, de tolerancia, etc.) sin los cuales la sociedad no podría funcionar²⁷.

“Y, si los particulares se encuentran vinculados por esos imperativos categóricos – en términos Kantianos–, con mayor razón los órganos y funcionarios estatales se hallan sometidos al cumplimiento y salvaguarda de esos principios y valores constitucionales. En consecuencia, tal y como lo ha sostenido el máximo tribunal constitucional, la fuerza pública se encuentra en posición de garante frente a la protección de los bienes y derechos de los ciudadanos, sin que ello suponga someter al Estado a lo imposible –puesto que existe el principio de falla relativa del servicio–, pero sí obliga a que se analice en cada caso concreto las posibilidades reales con las que contaban los agentes estatales para impedir el resultado²⁸.”
(negritas adicionales).

²⁵ Ver igualmente: sentencias de 15 de octubre de 2008, exp. 18586, de 20 de febrero de 2008, exp. 16996, de 1º de octubre de 2008, exp. 27268.

De igual manera, el Consejo de Estado ha sostenido que los eventos señalados en el Código Penal, como constitutivos de posición de garante, son igualmente extensivos a la responsabilidad extracontractual del Estado, motivo por el cual son aplicables para definir en qué casos un daño antijurídico es imputable a la organización estatal. Así las cosas, las causales de posición de garante, para efectos de imputar responsabilidad o daños causados, se encuentran contenidas en el artículo 25 del Código Penal (que regula la acción y omisión), y su análisis y aplicación puede ser trasladado a la responsabilidad extracontractual del Estado, con precisas salvedades. Tales circunstancias son las siguientes:

“Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.”

²⁶ “Ex nigilo nili fit”. De la nada, nada.

²⁷ “Estas posiciones de garantía están acordes constitucionalmente con el principio de solidaridad, el cual, principalmente viene exigido cuando se trata de la protección de bienes jurídicos relacionados con la vida e integridad personal... Sobre esto ha dicho la Corte Constitucional: “La solidaridad es un valor constitucional que sirve de pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas situaciones.” Los deberes constitucionales son patrones de conducta social impuestos por el Constituyente a todo ciudadano, más no exigibles, en principio, como consecuencia de su mera consagración en la Carta Política, sino en virtud de una ley que los desarrolle.” OVIEDO Pinto, María Leonor “La posición de garante”, Ed. Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá, Pág. 138.

²⁸ “En el marco de toda imputación, incluyendo la jurídica penal, se vinculan un suceso en el mundo y un destinatario de imputación, de tal modo que el destinatario aparece como aquel a quien pertenece el suceso: es él quien lo ha creado o ha permitido que tuviese lugar, tanto para bien, en el marco de la imputación a título de mérito, como en lo malo, en la imputación a título de reproche.” JAKOBS, Günter “La imputación objetiva en el derecho penal”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Pág. 23.

Por consiguiente, si bien la imputación fáctica tiene un sustrato material o causal, lo cierto es que no se agota allí, como quiera que dada su vinculación con ingredientes normativos es posible que en sede de su configuración se establezca que un daño en el plano material sea producto de una acción u omisión de un tercero, pero resulte imputable al demandado siempre que se constate la ocurrencia de cualquiera de los siguientes aspectos: i) con fundamento en el ordenamiento jurídico se tenía el deber de impedir la materialización del daño (posición de garante); ii) con su actividad se incrementó el riesgo permitido (creación de un riesgo jurídicamente desaprobado); iii) se vulneró el principio de confianza; iv) o se estaba dentro del ámbito de protección de una norma de cuidado.

Los anteriores ingredientes normativos tienen como propósito controlar la incertidumbre que genera el empleo de las teorías causales –propias de las ciencias naturales– frente a la asignación de resultados en las ciencias sociales (v.gr. el derecho). Por lo tanto, la imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto. De otro lado, la concreción de la imputación fáctica no supone por sí misma, el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios bien a partir de la verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de las cargas públicas.

En esa panorámica, aborda la Sala el análisis de imputación con miras a clarificar si en el caso sub examine, el daño es o no imputable fáctica y jurídicamente en cabeza de la administración pública; lo anterior, como quiera que tratándose de actos terroristas como el ataque indiscriminado contra una población, la dificultad se centra en definir si este tipo de lesiones antijurídicas son atribuibles en el plano material y jurídico a la organización estatal o, si por el contrario, las mismas provienen del hecho determinante y exclusivo de un tercero, esto es, del grupo terrorista.

Para la Sala, en el asunto sub examine, el daño resulta imputable a la entidad demandada, tal y como pasa a explicarse:

En primer lugar, el daño tuvo origen cuando se desarrollaba una confrontación armada entre el Estado y la guerrilla, lo que significa que se originó en medio de una actividad legítima de la organización pública como lo es la defensa y mantenimiento del orden público. Ahora bien, en el plano fáctico el daño es imputable a la Policía Nacional, por cuanto en el ejercicio legítimo de defensa de la institucionalidad es posible que, desde la imputación objetiva, asuma posición de garante frente a las personas que puedan verse afectadas en la ejecución o desarrollo de la respectiva operación.

En efecto, una de las causales que establece la ley para predicar una posición de garante consiste tener el control de una fuente de riesgo –sin que este análisis suponga un estudio del título jurídico de riesgo excepcional, que en este tipo de escenarios, tal y como se verá más adelante no tiene cabida–. En otras palabras,

la ley asigna posición de garante en cabeza de la persona que interviene o administra una fuente de riesgo, el que puede tener la connotación de lícito o ilícito, motivo por el que si se llega a concretar esa elevación del riesgo permitido el daño será imputable o atribuible desde el plano fáctico o material.

En el caso concreto se tiene que la señora Palacio de Rendón recibió la lesión mientras quedó sometida al fuego cruzado entre la institucionalidad y la subversión, razón que permite concluir que el Estado asumió posición de garante respecto a la vida, integridad y bienes de la occisa, ya que en ejercicio de la actividad lícita de defensa frente a un ataque armado de un grupo terrorista, generó por su parte una elevación del riesgo normalmente permitido, lo que supone la asunción de posición de garante ante los asociados que se ven comprometidos en medio de ese tipo de reacciones militares; lo anterior se torna trascendente, en la medida en que no importa que materialmente el daño provenga de un tercero (delincuentes) o de la propia administración, es decir, que la posición de garante comprende tanto la acción como la omisión en este tipo de eventos.

Ahora bien, en el plano de la imputación jurídica el daño es atribuible a la Policía Nacional aunque no fue producto de una falla del servicio, ni menos de la concreción de un riesgo excepcional por el uso y aplicación de elementos e instrumentos peligrosos en cabeza de la administración pública (v.gr. vehículos automotores, armas de dotación oficial, sustancias peligrosas, entre otros). En efecto, en el proceso no se pudo determinar si el deceso de la señora Nora Esther Palacio se produjo como consecuencia del impacto de bala percutido por un arma de dotación oficial; a contrario sensu, lo que se estableció es que aquella quedó inmersa en el fuego cruzado entre la Policía Nacional y la subversión. Así las cosas, erróneo e impreciso sería afirmar que el daño refleja la materialización de un riesgo excepcional por parte del Estado, cuando lo cierto es que no se logró determinar si el proyectil que hirió a la ciudadana fue disparado o no por agentes estatales.

(...)

En relación con el título jurídico del daño especial, la jurisprudencia reciente de la Corporación precisó los siguientes aspectos que se transcriben in extenso²⁹:

“El daño especial cuenta con una larga tradición en la jurisprudencia de esta Corporación, siendo utilizada por primera vez en 1947³⁰, ocasión en la que manifestó:

“Consecuencia recta de la anterior proposición, en razón pura, es la de que la operación administrativa ni los hechos que la constituyen, podrán jamás ser generadores de violación alguna; pero sí, en cambio, causar lesiones patrimoniales o, en su caso, daños especiales, no por involuntarios o producto de la necesidad de obrar en un momento dado, menos dignos de resarcimiento, que

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 2007, exp. 16696, M.P. Enrique Gil Botero.

³⁰ Oportunidad en que el Consejo de Estado conoció la demanda de El Siglo S.A. contra la Nación, en virtud del cerco policial y la suspensión de servicios de que habían sido objeto las instalaciones del rotativo durante 27 días, medios con los que pretendió impedir que la multitud destrozara la maquinaria del periódico.

es lo que la ley colombiana ha querido, a diferencia de otras legislaciones que sólo conceden acción cuando el perjuicio proviene de una vía de hecho.”³¹

“A partir de ese momento esta Corporación ha construido una extensa línea jurisprudencial respecto del daño especial, en la cual el título de imputación tiene fundamento en la equidad y en la solidaridad como materialización del reequilibrio ante una ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, fruto del perjuicio especial y anormal que debe soportar el administrado³².

(...)

“El daño especial ha sido entendido como un título de imputación de aplicación excepcional, que parte de la imposibilidad de resarcir un daño claramente antijurídico con fundamento en un régimen subjetivo de responsabilidad. En este sentido, resulta valiosa la referencia que nos aporta la jurisprudencia de esta corporación al decir:

“Esta teoría se aplica de manera excepcional y por equidad, precisamente porque es subsidiaria, de modo que ha de recurrirse a ella tan sólo en eventos en los que el caso concreto examinado no logre su encasillamiento dentro de los otros regímenes de responsabilidad y se aprecie por el sentenciador que esa ausencia de tipicidad, si así puede decirse, comporta vulneración injustificada del principio de equidad.”³³

“Aunque la situación a partir de la Constitución de 1991 ha cambiado radicalmente, el aparte transcrito resulta especialmente esclarecedor de los elementos que soportan la teoría del daño especial, ya que el mismo resalta claramente el papel que dentro del razonamiento jurídico realizado por el juez juega el principio de equidad. Es éste, y no otro elemento, el que conduce al juez a la convicción de que el daño que se causó es por esencia antijurídico; y que, por consiguiente, si no se encuentra fundamento a la reparación del mismo en la falla del servicio, debe buscarse en otro de los posibles regímenes de responsabilidad estatal.

“Lo dicho no debe entenderse como un reducto de arbitrariedad del juez, fruto exclusivo de su personal idea de justicia. Por el contrario, este tipo de razonamiento es el que se exige de todos y cada uno de los operadores jurídicos, quienes al momento de aplicar la ley deben permear su interpretación con los principios constitucionales vigentes dentro del sistema jurídico³⁴, sobre todo a

³¹ Consejo de Estado, sentencia de julio 27 de 1947. C.p. Gustavo A Valbuena.

³² En este sentido esta Corporación ha consagrado: “Se ha reconocido por la doctrina y la jurisprudencia que se compromete la responsabilidad patrimonial de la administración pública cuando ésta, en ejercicio de sus competencias y obrando dentro del marco de las disposiciones legales, causa con su actuación un perjuicio de naturaleza especial y anormal a un administrado, un daño que excede el sacrificio que el común de los ciudadanos debe normalmente soportar en razón de la peculiar naturaleza de los poderes públicos y de la actuación estatal.” *Extractos de Jurisprudencia*, Tomo III, Enero, Febrero y Marzo de 1989, pag. 249 y 250, citado en CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.p. Juan de Dios Montes Hernández, 1º de agosto de 1991, p. 13.

³³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, expediente No. 4655, C.p. Dr. Antonio José Irisarri Restrepo, en *Extractos de Jurisprudencia del consejo de Estado*, primer trimestre de 1989, Tomo III, Publicaciones Caja Agraria, Bogotá, p. 249 y 250.

³⁴ Exigencia que se deriva de la idea de “sistema” del ordenamiento jurídico, es decir, de cuerpo único y armónico de normas jurídicas, que se relacionan con base en reglas de jerarquía, competencia y vigencia. Es esta la base del principio de hermeneútica conforme a la Constitución, que exige la interpretación y aplicación de las normas infraconstitucionales con armonía y estricta observancia de los preceptos constitucionales. En este sentido Corte Constitucional se ha referido al principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución, entre otras en la sentencia C-070 de 1996 y C-038 de 2006.

partir de la entrada en rigor de la nueva Constitución, norma que incorpora los valores y principios como un elemento axial dentro de su estructura, algo que debe reflejarse en la concepción del derecho que tengan los operadores jurídicos que funcionan dentro del sistema.

*“(…) Es por tanto característica de la responsabilidad del Estado que el daño sea especial, lo que ocurre según Bonnard, cuando en una categoría dada de individuos, colocados en una misma situación, el daño no afecta sino a uno o algunos de ellos, pues si todos los que se hallen en estas situaciones son o pueden ser afectados por el daño, el individuo se encuentra en presencia de una carga pública, como lo son, por ejemplo: los inconvenientes normales de vecindad que todo propietario debe soportar por el hecho de las propiedades vecinas. **El daño debe ser, por tanto excepcional y anormal, porque la responsabilidad no proviene de la naturaleza del hecho que cause el daño, sino del carácter singular o excepcional del daño ocasionado.**”³⁵ –negrilla fuera de texto-*

“Esta anormalidad y especialidad del perjuicio es, precisamente, la que conlleva a un rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas³⁶. Sin embargo, no debe entenderse dicho principio como el anhelo de lograr una equiparación matemática entre los administrados frente a la actividad administrativa; el contenido que el mismo involucra es, evidentemente, el mantenimiento de un relativo balance en esta materia. En consecuencia, es posible considerar como legítimas las imposiciones que puedan ser ubicadas dentro de los parámetros que, de acuerdo con la jurisprudencia, acepta el principio de igualdad ante las cargas públicas; y, en este mismo sentido, el Estado deberá responder cuando quiera que una actividad administrativa haya ocasionado un grado de perjuicio que exceda el ámbito de molestia que debe ser soportado.

“La igualdad, y como se antepuso, su manifestación en el equilibrio ante las cargas públicas, aparece como el bien jurídico a restituir en estos casos, fruto directo de postulados equitativos a los que repugna, como lo expresan el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, los eventos de extrema desigualdad en la repartición de las cargas públicas.

“Esta reparación igualitaria, en cuanto responsabilidad del Estado, es reforzada en su razón de ser por la solidaridad, valor que debe animar el actuar del Estado colombiano, no sólo por su calidad de Social –y por ende redistributivo-, sino además porque el constituyente ratificó este carácter al consagrar en el art. 1º a la solidaridad como uno de los valores fundantes del Estado, lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Al respecto ha consagrado:

“Los actos dañinos derivados del uso de la fuerza legítima, son indemnizados bajo dos fundamentos, a saber, uno el de la solidaridad nacional según el cual el Estado Social de Derecho debe asumir las cargas generales que incumben a su misión, tal el evento de lesiones personales o daños materiales infringidos con el objeto de reprimir una revuelta, o por causa de esta. Otro, el deber de asumir los

³⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P. Pedro Gómez Parra, septiembre 30 de 1949.

³⁶ En este sentido ha expresado esta corporación:

“todo perjuicio anormal, que por su naturaleza e importancia exceda las molestias y los sacrificios corrientes que exige la vida en sociedad, debe ser considerado como una violación de la igualdad de los ciudadanos delante de las cargas públicas, y por consiguiente debe ser reparado”

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.p.: Guillermo González Charry, abril 21 de 1966.

riesgos inherentes a los medios empleados particularmente en sus actividades peligrosas o riesgosas.”³⁷.

(...)

“(...) En otras palabras, la teoría del daño especial, contando con el substrato de la equidad que debe inspirar toda decisión judicial, se vale de la igualdad para fundamentar las soluciones que buscan restablecer el equilibrio ante las cargas de la administración en situaciones concretas, objetivo que se alcanza gracias a la asunción del principio de solidaridad como argumento de impulsión de la acción reparadora del Estado, como se observará al momento de considerar el caso concreto.

“(...) Contrario sensu, otros regímenes de responsabilidad se denotan como inadecuados para abordar el caso en estudio.

“No se aplica la falla del servicio por la incontestable evidencia de que en el funcionamiento administrativo no se presentó error alguno que fuera determinante en la ocurrencia del daño.

“Tampoco se aplica la teoría del riesgo excepcional en virtud de lo incierta y subjetiva que resulta para la determinación de la responsabilidad del Estado en asuntos como el que ocupa a la Sala. En efecto, en eventos de perjuicios derivados del manejo de armas de fuego, conducción de automotores o transporte de energía la determinación de la actividad riesgosa se muestra como fruto de parámetros objetivos que restan espacio a valoraciones sobre la existencia o no de un riesgo excepcional. Por el contrario, la imposibilidad de determinar con criterios generales cuando la persecución de delincuentes engendra un riesgo excepcional, crea el espacio propicio para determinaciones basadas en criterios propios del juez de cada caso, disminuyendo ostensiblemente el valor de la seguridad jurídica. Por otro lado, entender que siempre que se produce una persecución o un enfrentamiento de miembros de las fuerzas armadas contra delincuentes se está ante un riesgo excepcional, no sería nada distinto a desnaturalizar la concepción de actividad riesgosa —en cuanto actividad que de manera constante implica un riesgo extraordinariamente elevado³⁸—.”(Negrillas de la Sala).

Los anteriores lineamientos fueron reiterados por la Sala en el fallo del 16 de julio de 2008, en el que sobre el particular se sostuvo:

“(...) En el evento de un hecho como el que se analiza, no puede en rigurosa lógica afirmarse que es la autoridad pública la que ha creado unas condiciones o una situación particularmente peligrosa o riesgosa, pues queda claro que fueron guerrilleros de las FARC quienes iniciaron el ataque contra los miembros del Ejército Nacional que se encontraban patrullando la zona, en desarrollo de un operativo militar consistente en dar con el paradero y capturar a los subversivos que hacían presencia en la región, cumpliendo a cabalidad con los deberes que al Estado le imponen la Constitución Política y las leyes.

³⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, rad. 8490, 27 de enero de 2000, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

³⁸ Razón que, precisamente, justifica la existencia de un régimen de responsabilidad especial que juzgue adecuadamente los perjuicios que se presenten en estos casos.

“En un régimen de daño especial, esto es cuando la conducta desarrollada por la autoridad pública es lícita, regular, ajustada al ordenamiento jurídico, pero que sin embargo ha causado un daño en cumplimiento de sus deberes, subyace la obligación del Estado de reparar los perjuicios causados, bajo el entendido de que se ha presentado un rompimiento en el equilibrio de las cargas públicas, en cuanto una o varias personas en particular han sufrido un detrimento en aras del interés común o colectivo, que es lo que determina el inspirar de la autoridad pública en este evento. En un riguroso desarrollo lógico jurídico y habida consideración del principio constitucional de la igualdad frente a las cargas públicas, la ruptura de dicho principio impone su restablecimiento por la vía de la reparación del detrimento ocasionado, permitiendo así que el interés general prime sobre el interés particular, sin que en últimas éste resulte jurídicamente desprotegido”³⁹ (Se destaca).

Como se aprecia, el daño especial constituye un título jurídico de imputación que sirve para atribuir la responsabilidad en cabeza de la administración pública cuando el daño irrogado tiene su origen en una actividad lícita del Estado, sin que tenga que provenir directamente de la concreción de la actividad pública, es decir, es posible que en el plano material (ser) el daño haya sido producido por un tercero (v.gr. delincuentes o terroristas), pero en la dimensión de la imputación (deber ser) sea atribuido en cabeza de la administración pública, en tanto que fue producido dentro de la prestación o ejecución de una actividad lícita por parte del Estado que rompió las cargas públicas.

No quiere significar lo anterior, en modo alguno, que en los eventos de atentados terroristas o de daños producto de la lucha contra la delincuencia no operen las causales eximentes de responsabilidad, sólo que en estos supuestos habrá que analizar con especial sindéresis las circunstancias de tiempo, modo y lugar como quiera que será posible que el daño devenga imputable tanto fáctica como jurídicamente en cabeza de la organización pública, tal y como se explicó en los párrafos anteriores.

Por lo tanto, si bien la muerte de la señora Palacio de Rendón no hubiese acontecido si el ataque guerrillero no se hubiera perpetrado, lo cierto es que el mencionado análisis causal resulta insuficiente en el plano de la imputación, ya que el daño y los perjuicios irrogados a los demandantes son el producto de una concreción de la actividad compleja que supone la actividad legítima de repeler la violencia que impera en nuestro país, razón por la que los daños que se originan en este tipo de enfrentamientos o ataques rompen el principio de las cargas públicas de quienes lo padecen, como quiera que el ordenamiento jurídico no establece el deber de soportar la afectación a derechos, bienes o intereses legítimos que ese tipo de confrontaciones lleva aparejado.

Así las cosas, se confirmará la sentencia apelada ya que consulta los recientes lineamientos adoptados por la Sala, en relación a la imputación de perjuicios inflingidos a civiles ajenos al conflicto en aquellas circunstancias en que el daño tiene su origen en una confrontación bélica entre la fuerza pública y grupos armados al margen de la ley.

Con todo, como también lo ha reiterado la Sala, en el análisis de la responsabilidad del Estado se debe comenzar por estudiar si en el caso de marras, el referido daño tiene su origen en irregularidades en la actividad de la Administración –falla en la prestación del servicio- de modo que, en caso de no

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de julio de 2008, exp. 15821, M.P. Myriam Guerrero de Escobar. Ver igualmente, sentencia

*hallarse estructurada ésta, debe acudirse a la aplicación del título de imputación objetivo*⁴⁰⁴¹.

En el presente caso se encuentra probado que el día 20 de mayo de 1999, en la vía Panamericana que conduce de Popayán a la ciudad de Cali, a la altura del puente que atraviesa el río Cajibío, se presentó un enfrentamiento entre un grupo al margen de la ley y miembros de la Policía Nacional, cuando los primeros pretendieron obstaculizar la vía atravesando unos camiones y al percatarse de la presencia de la patrulla oficial –los cuales se encontraban trasladando unos sospechosos al Municipio de Piendamó- abrieron fuego, generando la reacción armada de los uniformados quienes procedieron a repeler el ataque, resultando muertos varios agentes y herida en una pierna la señora Ana Ilda Jambó Pechené, quien quedó en medio del fuego cruzado.

Como consecuencia de las heridas recibidas, a la señora Jambó Pechené se le amputó la pierna derecha, situación que le produjo como secuela una deformidad física permanente y una perturbación funcional del órgano de locomoción. De igual forma se le dictaminó, en relación con su capacidad laboral, un porcentaje correspondiente a un 52.3% de invalidez.

De conformidad con lo anterior, se encuentra que el daño ocasionado a la señora Ana Ilda Jambó Pechené resulta imputable a la entidad demandada, en aplicación del título de imputación objetivo consistente en el daño especial, comoquiera que se trata de una lesión originada en un enfrentamiento entre la Fuerza Pública –en cumplimiento de la función legítima de proteger la vida, honra, bienes, derechos y libertades de las personas al repeler este tipo de ataques- y los grupos al margen de la ley, que rompe el principio de las cargas públicas de quienes lo padecen, “*dado que el ordenamiento jurídico no establece el deber de soportar la afectación a derechos, bienes o intereses legítimos que ese tipo de confrontaciones lleva aparejado*”⁴².

En consecuencia, se confirmará la sentencia impugnada.

6. Indemnización de perjuicios.

Comoquiera que la sentencia de primera instancia fue impugnada únicamente por la parte demandada, el análisis que debe abordar esta Subsección se circunscribirá al estudio de la procedencia, o no, de la indemnización reconocida por el Tribunal *a quo*, sin que por ello haya lugar al reconocimiento de otros perjuicios que no fueron objeto de la condena de primera instancia o al aumento del monto de los mismos. Lo anterior sin perjuicio de la actualización de la condena a que hubiere lugar, lo cual, como lo ha dicho la jurisprudencia de esta Corporación⁴³, en modo alguno implica la vulneración del principio de la *no reformatio in pejus* que opera a favor de la entidad demandada por ser apelante única.

6.1. Perjuicios Morales.

⁴⁰ Consejo de Estado. Sentencia del 25 de febrero de 2009. Exp: 15793. MP: Myriam Guerrero de Escobar.

⁴¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 2009. Exp. 17802. MP: Enrique Gil Botero.

⁴² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 2009. Exp. 17802. MP: Enrique Gil Botero

⁴³ Ver sentencia del 11 de agosto de 2010, expediente: 16074.

En este orden de ideas, en relación con los perjuicios morales reconocidos, encuentra esta Subsección que había y hay lugar a su declaración, comoquiera que de los registros civiles de nacimiento que obran en el proceso (fls. 6 a 18 c 1°), se encuentra que los señores Ángela Camayo Jambó y Alexander Camayo Jambó, son los hijos de la señora Ana Ilda Jambó Pechené y los señores Miguel Antonio⁴⁴, Ricaurte, Aura María, Leida Cecilia Jambó Pechené, son hermanos de la víctima, circunstancia que permite la aplicación de la presunción de ocurrencia de este tipo de perjuicios, tratándose de los parientes cercanos de la víctima.

Por su parte, se encuentra demostrado que aún cuando los señores Aracely Velasco Jiménez y Yonqui Velasco Jiménez no tienen relación de parentesco con la señora Ana Ilda Jambó Pechené, lo cierto es que según los testimonios que obran en el proceso, se encuentra que entre ellos existió una profunda relación de afecto y consideración y que con ocasión de las lesiones y secuelas por ella padecidas, sufrieron una gran aflicción, angustia y tristeza, razones suficientes que daban y dan lugar al reconocimiento de indemnización por los perjuicios morales para cada una de ellos.

Iguales consideraciones merece el reconocimiento que por esta clase de perjuicios se hizo a favor del señor Álvaro Jambó –sobrino de la víctima-, puesto que de la declaraciones rendidas ante el Tribunal *a quo*, se observa que fue la señora Ana Ilda Jambó Pechené quien terminó de criarlo y que a su vez él sufrió una gran tristeza con ocasión del daño sufrido por la señora Jambó Pechené.

Cabe aclarar que si bien el señor Yonqui Velasco Jiménez, para la fecha de presentación de la demanda, acudió al proceso representado por un curador *ad litem* -dada su situación de orfandad y de menor de edad- previa designación del mismo por el Tribunal *a quo*, mediante auto del 10 de septiembre de 1999, lo cierto es que para la fecha de la sentencia de primera instancia ya contaba con la mayoría de edad, razón por la cual se confirmará el aparte de la providencia impugnada según la cual se le reconoce de manera directa al señor Velasco Jiménez la suma correspondiente a los perjuicios morales.

6.2. Perjuicios Materiales.

En relación con este perjuicio, está acreditado que para el momento de los hechos la señora Ana Ilda Jambó Pechené desempeñaba una actividad productiva económica, consistente en la venta de frutas y verduras en la Galería Municipal de Santander de Quilichao y que con los ingresos que obtenía por esta labor ayudaba económicamente a sus familiares, razón por la cual esta Subsección encuentra que sí hay lugar a su reconocimiento.

Ahora bien, en cuanto a los parámetros para liquidar este perjuicio, para el Tribunal *a quo*, no se acreditó el monto exacto de los ingresos que recibía el hoy occiso por la actividad que desarrollaba, motivo por el cual tuvo en cuenta, para

⁴⁴ Si bien la inscripción del nacimiento se llevó a cabo el 16 de julio de 1999, esto es por fuera del término que en principio prevé la ley para realizar este acto –artículo 48 del Decreto-ley 1260 de 1970- lo cierto es que del análisis que se realiza del respectivo documento se encuentra que al parecer reúne los presupuestos que ordena la misma normativa en aquellos eventos en los cuales se pretende inscribir un nacimiento después de transcurrido un mes de ese hecho –artículos 45 y 50 del Decreto-ley 1260 de 1970-. Con todo se recuerda que dado que el registro es un acto administrativo, goza de la presunción de legalidad y, por ende, se presume que ha cumplido íntegramente la legalidad preestablecida para la expedición de dicho acto, lo cual, a su turno, determina como consecuencia, su obligatoriedad y ejecutoriedad, salvo pronunciamiento judicial en contrario.

estos efectos, el valor del salario mínimo legal mensual vigente para el momento en que se profirió la respectiva sentencia.

Al revisar los parámetros que se utilizaron para obtener el monto correspondiente, se observa que difieren con aquellos que en la actualidad son utilizados por esta Corporación, en especial, en relación con la suma que debe tenerse en cuenta como ingreso base de liquidación en los casos en que el porcentaje de invalidez del reclamante supera el 50%⁴⁵.

No obstante lo anterior, una aplicación correcta de los parámetros que en la actualidad se utilizan para liquidar este perjuicio, arrojaría una cifra superior a la que reconoció el Tribunal *a quo*, situación que devendría en perjuicio del único apelante.

Con todo, debe precisarse que las anteriores argumentaciones no suponen, de manera alguna, una modificación de la jurisprudencia de esta Corporación en relación con los parámetros que actualmente se utilizan para liquidar el perjuicio material, en la modalidad de lucro cesante, posición que se mantiene, lo que ocurre es que en aplicación del principio previsto en el artículo 357 del C. de P. C., no puede agravarse la situación de la entidad demandada en su condición de apelante solitaria.

Por lo anterior, se impone simplemente actualizar la suma reconocida en primera instancia por concepto del lucro cesante.

En este sentido a la señora Ana Ilda Jambó Pechené le fue reconocida la suma de \$ 34'632.256,12.

Para la actualización se tendrán en cuenta los siguientes parámetros:

$$Ra = Rh \frac{lpc (f)}{lpc (i)}$$

Ra	=	Renta actualizada a establecer.
Rh	=	Renta histórica, el monto de la condena impuesta en primera instancia.
lpc (f)	=	Es el índice de precios al consumidor final, es decir, 111,25 que es el correspondiente a mayo de 2012.
lpc (i)	=	Es el índice de precios al consumidor inicial, es decir, 73,04 correspondiente al mes de febrero de 2003, cuando se profirió la sentencia impugnada.

A favor de la señora Ana Ilda Jambó Pechené:

$$RA = 34'632.256,12 \frac{(111,25)}{(73,04)} = \$ 52'749.705$$

⁴⁵ En efecto, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, cuando el porcentaje de invalidez supera el 50%, el ingreso base de liquidación del correspondiente perjuicio material, en la modalidad de lucro cesante, cuando haya lugar a su reconocimiento, será equivalente al 100% de los ingresos que devengaba la víctima, contrario a lo realizado por el Tribunal en este caso, que para estos efectos tuvo en cuenta el 52,2% del referido ingreso.

6.3. Cambio de las condiciones de existencia y perjuicio fisiológico.

Al respecto resulta necesario precisar que mediante sentencia del 19 de julio de 2000 se reformuló dicho concepto por el de daño a la vida de relación, en la cual se precisó:

*“[E]l daño extrapatrimonial denominado en los fallos mencionados **“daño a la vida de relación”**, corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión **perjuicio fisiológico**, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquélla, ni siquiera en los casos en que este daño extrapatrimonial –distinto del moral– es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización. En efecto, el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, **se producen en la vida de relación de quien la sufre**”⁴⁶ (negritas adicionales).*

Más adelante, según lo refleja la sentencia proferida el 15 de agosto de 2007⁴⁷, la Sala abandonó dicha denominación y se refirió al perjuicio por la alteración grave de las condiciones de existencia, en los siguientes términos:

“En esta oportunidad la Sala aprovecha para, en aras de precisión y rigor en la nomenclatura, dejar de lado el nomen que hasta ahora se ha venido utilizando -en ocasiones de manera inadecuada o excesiva- para acudir al concepto de daño por alteración grave de las condiciones de existencia, el cual ofrece mayor amplitud que el anterior y abarca no sólo la relación de la víctima con el mundo exterior, sino, de manera más general, esos cambios bruscos y relevantes a las condiciones de una persona en cuanto tal y como expresión de la libertad y el albedrío atributos esenciales a la dignidad humana principio fundante del Estado Social de Derecho colombiano y de su ordenamiento jurídico, según consagra el artículo 1° de la Constitución Política.

*En la citada sentencia del 19 de julio de 2000 se dijo, refiriéndose al daño a la vida de relación social que “[p]ara designar este tipo de perjuicio, ha acudido la jurisprudencia administrativa francesa a **la expresión alteración de las condiciones de existencia**, que, en principio y por lo expresado anteriormente, parecería más afortunada. No obstante, considera la Sala que su utilización puede ser equívoca, en la medida en que, en estricto sentido, **cualquier perjuicio implica, en sí mismo, alteraciones en las condiciones de existencia** de una persona, ya sea que éstas se ubiquen en su patrimonio económico o por fuera de él.”*

Resulta ahora pertinente recoger estos planteamientos para señalar que si bien es cierto que la expresión relativa a la alteración de las condiciones de existencia resulta ser más comprensiva y adecuada, mal podría pensarse, desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado, que todo perjuicio, de cualquier carácter y magnitud, comporte necesaria y automáticamente una alteración a las condiciones de existencia jurídicamente relevante.

*Sobre el particular la doctrina ha señalado, precisamente, que “para que se estructure en forma autónoma **el perjuicio de alteración de las condiciones de***

⁴⁶ Consejo de Estado, sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2000, Exp. 11.842. M.P. Alier Hernández Sección Tercera.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia AG-385 de agosto 15 de 2007, actor: Antonio María Ordóñez Sandoval.

existencia, se requerirá de **una connotación calificada en la vida del sujeto**, que en verdad **modifique en modo superlativo sus condiciones habituales**, en **aspectos significativos de la normalidad** que el individuo llevaba y que evidencien efectivamente un trastocamiento de los roles cotidianos, a efectos de que la alteración sea entitativa de un perjuicio autónomo, pues **no cualquier modificación o incomodidad sin solución de continuidad podría llegar a configurar este perjuicio**, se requiere que el mismo tenga significado, sentido y afectación en la vida de quien lo padece⁴⁸.

Por su parte, en la doctrina francesa se ha considerado que los llamados *troubles dans les conditions d'existence*⁴⁹ pueden entenderse como “una **modificación anormal** del curso de la existencia del demandante, en sus ocupaciones, en sus hábitos o en sus proyectos⁵⁰ o “las modificaciones aportadas al modo de vida de los demandantes por fuera del mismo daño material y del dolor moral⁵¹”.

El reconocimiento de indemnización por concepto del daño por **alteración grave de las condiciones de existencia** es un rubro del daño inmaterial -que resulta ser plenamente compatible con el reconocimiento del daño moral-, que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones”.

Tal como se analizó anteriormente, la Sala había considerado que cuando se trata de lesiones que producen alteraciones físicas que afectan la calidad de vida de las personas, éstas tienen derecho al reconocimiento de una indemnización adicional a la que se reconoce por el perjuicio moral; es decir, el reconocimiento de esta clase de perjuicios no debe limitarse a los casos de lesiones corporales que producen alteraciones orgánicas, sino que debe extenderse a todas las situaciones que alteran de manera grave las condiciones habituales o de existencia de las personas⁵².

Finalmente, la Sala cambió nuevamente la denominación de dicho perjuicio por el de daño a la salud, tal y como lo señaló mediante la providencia de 14 de septiembre de 2011, en cuyo texto se puntualizó lo siguiente:

“se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o

⁴⁸ Gil Botero, Enrique. *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*, Ed. Comlibros, Tercera Edición, 2006, p. 98.

⁴⁹ Navia Arroyo Felipe. *Del daño moral al daño fisiológico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 78.

⁵⁰ Chapus René. *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, citado por Juan Carlos Henao, *El Daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 252.

⁵¹ Paillet Michel. *La Responsabilidad Administrativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, o. 278.

⁵² Cf. Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia de 1 de noviembre de 2007, expediente 16.407.

*alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo*⁵³.

En el presente caso, para la Sala resulta claro que la señora Ana Ilda Jambó Pechené resultó lesionada en su pierna derecha debido a un disparo recibido con ocasión de un enfrentamiento bélico entre la Fuerza Pública y un grupo al margen de la ley.

Como consecuencia de las heridas recibidas, a la señora Jambó Pechené se le tuvo que amputar la pierna derecha, situación que le produjo como secuela una deformidad física permanente y una perturbación funcional del órgano de locomoción. De igual forma se le dictaminó, en relación con su capacidad laboral, un porcentaje correspondiente a un 52.3% de invalidez.

Lo anterior evidencia que el actor sufrió un daño a la salud, por lo que se concluye que había lugar a su reconocimiento.

7. Condena en costas.

Comoquiera que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

F A L L A :

PRIMERO: Modifícase la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca, el día 13 de febrero de 2003, la cual quedará así:

“1.- Declárase a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL administrativamente responsable de las lesiones graves inferidas a la señora ANA ILDA JAMBÓ PECHENÉ, por los hechos ocurridos el 20 de mayo de 1999, a la altura del Puente Río Cajibío, vía Popayán - Cali, Kilómetro 18+500, por las razones expuestas en la parte motiva de esta Providencia.

2. En consecuencia, condénase a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL, a pagar a título de indemnización por perjuicios morales a:

ANA ILDA JAMBÓ PECHENÉ, la cantidad de 102,06 salarios mínimos legales mensuales.

ANGELA CAMAYO JAMBÓ Y ALEXANDER CAMAYO JAMBÓ, la cantidad de 51,03 salarios mínimos legales mensuales para cada uno de ellos.

ARACELY VELASCO JIMÉNEZ Y YONQUI VELASCO JIMÉNEZ, la cantidad de 51,03 salarios mínimos legales mensuales para cada uno de ellos.

MIGUEL ANTONIO JAMBÓ PECHENÉ, RICARTE JAMBÓ PECHENÉ, AURA MARÍA JAMBÓ PECHENÉ, LEIDA CECILIA JAMBÓ PECHENÉ, la cantidad de 20,41 salarios mínimos legales mensuales para cada uno.

⁵³ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera . Sentencia de 14 de septiembre 2011, exp 19031, M.P. Enrique Gil Botero.

ALVARO JAMBÓ la cantidad de 20,41 salarios mínimos legales mensuales.

3. Páguese a título de indemnización por perjuicios materiales a la señora ANA ILDA JAMBÓ PECHENÉ la suma de CINCUENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CINCO PESOS (\$ 52'749.705).

4. Páguese a título de indemnización por daño en la vida de relación o perjuicio de placer, a la señora ANA ILDA JAMBÓ PECHENÉ la suma de CIEN (100) salarios mínimos legales mensuales.

5. Los valores reconocidos por concepto de perjuicios morales y fisiológicos se pagarán conforme al valor que corresponda al Salario Mínimo Legal Mensual, para la fecha de ejecutoria de esta Providencia.

6. Sin condena en costas.

7. Cúmplase lo dispuesto en esta providencia, en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

8. Expídanse a la parte actora las copias auténticas de esta sentencia con las constancias de que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

CARLOS A. ZAMBRANO BARRERA