

DERECHOS A LA INTIMIDAD, HONRA Y BUEN NOMBRE - Bienes con protección constitucional. Deber del Estado de administrar debidamente la información / DERECHO A LA INFORMACION - En cabeza del Estado y obligación de protección a los derechos al buen nombre, honra e intimidad

Es de anotar que en el sub lite se verifica la tensión entre el acceso a la información que reposa en cabeza del Estado (de sus autoridades judiciales o policiales), como expresión del sistema democrático, y el respeto de los derechos al buen nombre, honra e intimidad de todo administrado, los cuales deben ser garantizados por las autoridades, incluso, por aquellas que cumplen funciones administrativas, en especial, para el caso que nos ocupa, por las autoridades de Policía cuando desarrollan funciones de inteligencia, teniendo en cuenta que la información que éstos poseen, debe ser administrada y manejada, debida y razonablemente, bajo ciertos parámetros y límites propios de la reserva, o que se aconsejen en función de la tutela efectiva de los derechos de los administrados que puedan ser vulnerados. (...) estos derechos deben articularse con el derecho-deber correlativo que tiene el Estado de investigación (policial y judicial) de las personas y sus actividades, cuando se busca determinar la comisión o realización de conductas constitutivas de conductas punibles tipificados en la legislación penal interna (o internacional). (...) la administración pública está llamada a “ADMINISTRAR”, más que a “DIFUNDIR INDISCRIMINADAMENTE” la información que como producto de procedimientos de investigación policial o judicial repose en su cabeza, ya que es un principio de actuación que se irradia y se refuerza, especialmente, tratándose de datos con los que pueda vulnerarse derechos de los administrados.

DERECHO A LA INFORMACION - La garantía del ejercicio de la libertad de información reconocido a los medios de comunicación / MEDIOS DE COMUNICACION - Ejercicio de la libertad de información. Restricciones dadas por los bienes constitucionalmente protegidos

El derecho a la información, que sobra advertir, no sólo se reduce a su esfera de protección en el artículo 20 de la Constitución Nacional, sino que comprende (...) también su consagración y alcance según el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (...) tiene por objeto no solo la garantía de la libertad de quienes son los sujetos activos que difunden o emiten una noticia, una investigación, una información en términos generales, (que hacen periodismo, periodistas y empresas periodísticas, los medios de comunicación –en todas sus formas- todos ellos actores del derecho a la información) sino también el derecho de quienes la reciben. La información que los medios de comunicación transmiten a la comunidad, debe contener las características de veracidad e imparcialidad, esto es, que la misma corresponda a los acontecimientos que son materia noticiosa sin que puedan, quienes ejercen la actividad periodística, o en quienes radica la misma y están en el deber de administrarla razonablemente, esto es, el Estado, manipularla para ciertos fines o intereses, ya que con fundamento en el artículo 95 numeral 1º de la Carta Política, no puede afectarse la dignidad, el buen nombre y la honra de las personas. En el contexto de la Convención Americana de Derechos Humanos, la “Corte ha señalado anteriormente, con respecto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social” (...) El ejercicio de la libertad de prensa como manifestación del derecho a la información, en un Estado democrático se constituye en un instrumento de libertad y de

legitimidad democrática. En ese sentido, los periodistas, las empresas periodísticas y los medios de comunicación en general, son autores vivos de la realidad social, para lo cual pueden manejar todas las fuentes que estén a su alcance, utilizándolas siempre bajo los parámetros definidos constitucional, y convencionalmente, sin que su ejercicio abusivo pueda implicar la vulneración de derechos de las personas, en especial aquellos que tienen relación directa con el honor, la honra, el buen nombre y la intimidad, para lo cual el Estado debe estar atento, como sujeto activo, a controlar y adoptar las medidas correspondientes, ya que no se trata de un derecho absoluto.

DERECHOS AL BUEN NOMBRE Y HONRA - Protección constitucional

Cuando se trata de difundir y poner en conocimiento noticias de carácter judicial o derivadas de investigaciones adelantadas por organismos policiales, de inteligencia o de seguridad del Estado, es deber de los medios de comunicación encausarlos en informaciones objetivas y no especulativas, ni puede versar sobre hechos inciertos ni en conclusiones deducidas apresuradamente por los periodistas, por cuanto puede generar un menoscabo en los derechos de las personas involucradas en las informaciones noticiosas. Pero esta obligación tiene a su vez un deber en relación con aquellos que tienen la información, tal es el caso por ejemplo de las autoridades de la República que conservan o poseen información privilegiada o de reserva, especialmente aquella que tiene origen en labores investigativas y de inteligencia, que requieren no sólo de un mínimo de contenido certero y concreto respecto de personas o cosas que implican una alteración al orden público o a la seguridad nacional, sino que exigen la máxima responsabilidad al momento de difundir dicha información, o de ponerla a disposición de los medios de comunicación, ya que en caso de no contar con la razonable veracidad, imparcialidad y transparencia, puede representar la vulneración de los derechos constitucionales y supraconstitucionales al honor, honra, buen nombre e intimidad de las personas. Bajo esta perspectiva del derecho a la información, guarda una relación inevitable con los derechos constitucionales y supraconstitucionales del buen nombre, honra, honor e intimidad, en la medida en que los mismos deben ser preservados en todas las instancias del proceso informativo (...) Con fundamento en lo anterior, se vulneraría el derecho al buen nombre y/o a la honra, cuando, sin fundamento alguno, se propagan entre el público -bien en forma directa y personal, ya a través de los medios de comunicación de masas- informaciones falsas o erróneas o especies que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo y que, por lo tanto, tienden a socavar el prestigio y la confianza de los que disfruta en el entorno social en cuyo medio actúa, o cuando en cualquier forma se manipula la opinión general para desdibujar su imagen. Y, si bien los medios de comunicación en el ejercicio de la libertad de información puede estar expuestos al recibir material con el que se pueda producir la vulneración de los bienes jurídicos constitucionales y convencionales al buen nombre y a la honra, debe partirse de considerar la buena fe tanto del medio de comunicación, o del periodista, (...) Cuando el Estado tiene información relacionada con actividades ilícitas, y ésta se encuentra enmarcada con un carácter reservado, de inteligencia, o hace parte de un proceso de investigación policial, su deber de protección de los derechos que por virtud de dicha información puedan resultar vulnerados, restringidos o lesionados se refuerza y consolida, ya no sólo por los estrictos mandatos normativos ordinarios, sino también como resultado del deber positivo de protección de bienes jurídicos constitucionales y convencionales como al buen nombre y a la honra, reconocidos en los artículos 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

FUENTE FORMAL: CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 11 / PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS - ARTICULO 17

DERECHOS AL BUEN NOMBRE Y HONRA - Contenido constitucional

Siguiendo la jurisprudencia constitucional, el derecho “al buen nombre, hace referencia a “la buena opinión o fama adquirida por un individuo en razón de la virtud y el mérito, como consecuencia necesaria de las acciones protagonizadas por él”. Se trata entonces de un derecho que gira alrededor de la conducta que observe la persona en su desempeño dentro de la sociedad, (...) Por su parte, la honra alude a la reputación de la persona en un sentido de valoración intrínseca por cuanto “la honra o reputación es externa, llega desde afuera, como ponderación o criterio que los demás tienen de uno, con independencia de que realmente se tenga o no honor.

FUENTE FORMAL: Al respecto ver Corte Constitucional, fallos: C-063 de 1994; T-411 de 1995; SU-056 de 1995; T-1319 de 2001 y T-260 de 2010

FALLA DEL SERVICIO - Por el indebido manejo de organismos estatales de información de carácter reservada

Bajo una interpretación armónica y sistemática del acervo probatorio, los organismos de inteligencia de la Policía Nacional liberaron indebidamente la información al medio de comunicación, actuación que no se corresponde con las obligaciones que la ley y los reglamentos imponen para la elaboración, recepción, evaluación, estudio y difusión de la información de inteligencia que hace parte de la seguridad del Estado. Se entiende que se trata de información de este orden, por cuanto la noticia demostró que las personas que conformaban el cartel ejercían actividades con el narcotráfico, delito incluso de carácter transnacional y que requiere de una exactitud de la misma que no puede ser divulgada de manera ligera e irresponsable, aún más cuando no se tenía de manera completa, por cuanto las iniciales y apellidos mencionados contrario a dar certeza, generó sospechas y desinformación a la opinión pública, catalogando a los actores como miembros activos del cartel, tal como se demostró con las declaraciones de los testigos (...) En definitiva, la forma descuidada e incompleta en que los organismos de inteligencia liberaron, manipularon y suministraron la información, vulneró los derechos fundamentales de los demandantes. Por lo tanto, existe falla en el servicio por el indebido manejo de la información derivada de labores de inteligencia y de procedimientos policiales en curso, relacionadas con la estructura, conformación y actividades del Cartel del narcotráfico en el puerto de Buenaventura, ya que (...) existió una información que sólo podía estar en cabeza de las entidades demandadas y que fue puesta a disposición de un medio de comunicación, sin haber sido objeto del escrutinio, valoración, determinación de su veracidad y objetividad, lo que condujo a que las personas del sector de Buenaventura, especialmente aquellos pertenecientes a los ámbitos comercial y financiero, consideraran a los demandantes, Oscar Isaza Benjumea y Amparo Pinzón Nieto, quienes son reconocidos en la región (...) como integrantes del cartel del puerto, ya que asociaron las iniciales del organigrama presentado en el noticiero y en el periódico el País, con los nombres de los actores (...) Dicha falla en el servicio, se agrega, se concreta en el incumplimiento e indebido manejo de la información, ya que las entidades demandadas debían atender a los deberes positivos en los que se consagraban las condiciones mínimas de la recolección, evaluación, análisis y divulgación de la información, como es la identificación plena

de los sujetos activos, sus datos personales, sus actividades, antecedentes, etc., lo que no se dio eficazmente en el presente caso, dado que si se maneja indebidamente la información y se difunde, o se da a conocer al público a través de un medio de comunicación, noticias incompletas, parcializadas, inciertas, etc., se genera un menoscabo en los derechos personalísimos de quienes por un desacierto en la información, son sindicados por la opinión pública.

REPARACION INTEGRAL - Medidas de reparación no pecuniarias. Para la reparación de los bienes constitucionales al buen nombre y honra / MEDIDAS DE REPARACION NO PECUNIARIAS - Para la reparación de los bienes constitucionales al buen nombre y honra

La reparación integral en el ámbito de los derechos humanos implica no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también supone la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual era posible la implementación de una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño (strictu sensu), sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos vulnerados (...) Acogiendo la jurisprudencia de la Sección Tercera (...) se ordenará, (...) que (...) 1) en atención a las violaciones a los derechos al buen nombre y honra, como derechos humanos, se recomendará.

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto de los doctores Olga Mélida Valle de De La Hoz y Enrique Gil Botero. Con relación al reconocimiento de medidas de reparación no pecuniarias como parte del componente de la reparación integral, se pueden consultar: Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso de la Masacre de Puerto Bello (vs) Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006. Corte Constitucional, fallos: T- 227 de 1997; T-1094 de 2004; T-175 de 2005; T-563 de 2005 y T-188 de 2007. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias: 19 de octubre de 2007, exp. 29273 A; 8 de junio de 2011, exp. 19972 y 19973

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012).

Radicación número: 76001-23-31-000-1998-01510-01(25506)

Actor: OSCAR ISAZA BENJUMEA Y OTROS

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Decide la Subsección C el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca el 14 de noviembre de 2002, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda y pretensiones

Óscar Isaza Benjumea y Amparo Pinzón Nieto, mayores de edad, actuando en su propio nombre y en representación de sus hijos menores Oscar David y Margarita María Isaza Pinzón y en representación de las empresas Isaza Pinzón & Cía S. en C.S., Estación de Servicio Brisas del Pacífico S.A., Estación de Servicio las Palmas S.A., Contenedores y Servicios S.A., Makila Limitada, Petróleos de Buenaventura S.A., y Grupo Empresarial del Pacífico S.A., y en calidad de participantes en derechos fiduciarios en el Proyecto Arquitectónico PACIFIC TRADE CENTER en Buenaventura, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A, presentaron escrito de demanda el 20 de octubre de 1998 contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, solicitando las siguientes declaraciones y condenas: (Fls. 266 a C.1)

“(…) PRIMERO: DECLARESE que la Nación Colombiana – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, es responsable patrimonialmente de los perjuicios morales y materiales causados a los esposos Oscar Isaza Benjumea y Amparo Pinzón Nieto, a sus hijos menores, Oscar David y Margarita María Isaza Pinzón y a sus empresas Isaza Pinzón & Cía. S. en C.S., Estación de Servicio Brisas del Pacífico S.A., Estación de Servicio las Palmas S.A., Contenedores y Servicios S.A., Makila Limitada, Petróleos de Buenaventura S.A., y Grupo Empresarial del Pacífico S.A., y en calidad de participantes en derechos fiduciarios en el Proyecto Arquitectónico PACIFIC TRADE CENTER en Buenaventura, por el daño antijurídico ocasionado por la acción e influencia determinante de altos mandos de la Policía Nacional en la información emitida por el Noticiero de Televisión Q.A.P., a las 9:30 p.m., del día 23 de octubre de 1996, así como en artículos de prensa publicados en los diarios EL PAÍS y EL TIEMPO, en los cuales se les causó y presentó ante el país como cabecillas del Cartel del Narcotráfico de Buenaventura.

SEGUNDO: CONDENASE a la Nación Colombiana – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, a reconocer y pagar el equivalente a mil gramos de oro fino a cada uno de los esposos Isaza Pinzón y a sus hijos menores (...) por concepto de daño moral. Igualmente reconocerá y pagará los perjuicios materiales, daño emergente y lucro cesante, causados a sus empresas, los cuales se actualizarán a la fecha de la Sentencia que así lo reconozca, de conformidad con la fórmula matemática acogida por el H. Consejo de Estado y lo estatuido en el artículo 16 de la Ley 448 de 1.998, sobre valoración de daños.

TERCERO: La sentencia deberá cumplirse dentro del término y condiciones señaladas en los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo (...).” (Fl. 277 C.1)

2. Hechos de la demanda.

Como fundamento en las pretensiones, los demandantes expusieron los hechos que la Sala sintetiza así:

Inicia la demanda indicando los estudios realizados por Oscar Isaza Pinzón y Amparo Pinzón Nieto, así como las empresas que han creado, cuyos objetos sociales fueron descritos de conformidad con los certificados de existencia y representación legal allegados al proceso. Expresaron los actores que todas las empresas creadas han sido producto del esfuerzo de la familia construyendo por más de 15 años la respetabilidad y prestigio en los ámbitos social, político, administrativo, industrial, comercial, financiero y empresarial en la región vallecaucana. (Fls. 268 a 272 C.1)

El entonces noticiero Q.A.P., que se transmitía por la cadena A de la televisión colombiana, en su emisión de las 9:30 de la noche el 23 de octubre de 1996, los periodistas y la reportera investigadora, informaron al público sobre la detención en el Ecuador de un barco llamado "Don Celso", cargado con cocaína, que había zarpado del Terminal marítimo de Buenaventura y, cuyos presuntos dueños eran el Cartel de Medellín y el nuevo cartel del puerto de Buenaventura. (Fl. 273 C.1)

Realizaron una descripción de la nota periodística que se encuentra en video VHS allegado al proceso por la parte demandante. En términos generales, la nota periodística inició con la información de la detención del barco denominado "Don Celso" cargado con cocaína; posteriormente aparecen las máximas autoridades de la Policía Nacional, Antinarcóticos y de la DEA. Luego aparece en estudio la presentadora del Noticiero, María Inés Zabaraín, quien informó que el día anterior, dicho medio de comunicación mostró el crecimiento del narcotráfico desde el puerto y que los organismos de inteligencia entregaron lo que se denominaba "el cartel del Puerto". Posteriormente, la periodística Victoria Eugenia Dávila señaló con imágenes y un organigrama las iniciales de la jerarquía organizacional titulado "cartel distribución de la droga Buenaventura", indicando que en la cabeza estaba O. Isaza, bajo sus órdenes estaba M. Zuluaga y G. Restrepo; J. Asprilla tenía la función de organizar los contenedores que sacaban la cocaína hacia el exterior. Así mismo indicó que A. Pinzón era una mujer que hacía las relaciones públicas. (Fls. 274 a 276 C.1)

Alegaron los demandantes que la noticia se difundió en todo el país por espacio de dos minutos y medio, por parte del Subdirector General de la Policía Nacional, el Comandante de Policía Antinarcóticos y por el Comandante de Policía de Buenaventura, entre otras autoridades, la información oficial basada en informes e investigaciones de los organismos de seguridad del Estado expresando que el cartel de puerto estaba conformado a la cabeza por O. Isaza, bajo sus órdenes estaba J. Asprilla y M. Bonilla y A. pinzón era la mujer encargada de las relaciones públicas. Coincidentalmente los demandantes estaban viendo la noticia, sintiéndose afectados por el contenido, ya que "O. Isaza" y "A. Pinzón", se trataba indudablemente de los demandantes que, luego de años de esfuerzo en sus actividades comerciales, quedó manchada su imagen como producto del tráfico del narcotráfico, máxime cuando se dijo en la nota periodística que la Fiscalía dictaría varias órdenes de captura contra los jefes del puerto más importante de Colombia. (Fl. 276 C.1)

El 25 de octubre y 5 de noviembre de 1996, el diario El País de Cali, así como el diario El Tiempo, publicó cada uno un artículo en el que hicieron mención de O. Isaza como supuesto componente del nuevo cartel del Puerto, así como las

investigaciones de la Fiscalía al registrar algunos inmuebles entre las que se encontraba Servicentro Brisas del Pacífico de propiedad de los actores. Con lo anterior, se hizo una pública sindicación por parte de las fuentes policivas y demás organismos de seguridad del Estado, comprometiendo la imagen social y empresarial de los actores. (Fls. 277 y 278 C.1)

Fundamentaron que las noticias televisivas y de prensa fueron elaboradas para conectar a los demandantes al operativo exitoso de la policía ecuatoriana y colombiana en asocio con la DEA en la incautación de 7 toneladas de cocaína en Ecuador, y la captura de la tripulación de la motonave "Don Celso", así como la red de lavado de dinero, narcotráfico y de armas que estarían involucrados sus miembros. Tales noticias no precisan que "O. Isaza" y "A. Pinzón" sean los demandantes, hablan de una distribuidora de combustible que podía ser Servicentro Brisas del Pacífico con lo cual, los actores quedaron señalados además como testaferros, lo cual les ha causado un inmenso daño por la duda y desconfianza de personas y entidades comerciales con quienes han tratado y deben tratar de acuerdo a sus múltiples actividades sobre todo bancarias, financieras, portuarias y comerciales. (Fl. 278 C.1)

Posterior a las notas periodísticas, los demandantes solicitaron al noticiero y a las autoridades la rectificación de la información, anexando copia de los oficios a quienes dirigieron los derechos de petición, así como las respuestas dadas por éstos. Alegaron que de acuerdo con las respuestas, era paradójico que las mismas autoridades del Estado no tuvieran la certeza de establecer que O. Isaza y A. Pinzón correspondía a los nombres de los demandantes, así como el noticiero pusieran al aire una noticia con fundamento en los informes de inteligencia que produjera un inmenso dolor moral y económico a los actores. (Fls. 279 y 281 C.1)

Con fundamento en tales reportajes periodísticos, los demandantes han tenido serios conflictos con entidades bancarias como el banco de Bogotá, Occidente, Ganadero y el Banco Comercial Antioqueño, hasta el punto de cerrarles las puertas porque se presentaron dificultades desde la expedición de una chequera hasta negarles un sobregiro y amenazar con cobros judiciales. Narran todas las conversaciones y escritos cruzados entre los demandantes y las entidades financieras, pero solo en algunas entidades se pudo obtener lo solicitado por los demandantes para sus actividades comerciales. (Fls. 282 a 287 C.1)

Por otra parte, los actores hicieron un recuento de los principales negocios que fracasaron para el Grupo empresarial Isaza Pinzón como consecuencia de las noticias difundidas por el noticiero Q.A.P., y de la prensa, dejando de percibir dinero por la frustración de las negociaciones. (Fls. 287 a 290 C.1)

Así mismo, de acuerdo con una encuesta hecha por una empresa de publicidad contratada por los demandantes, se pudo observar que entre las personas que fueron encuestadas (empresarios), el 90% asociaron a los demandantes con el narcotráfico y solo el 10% los relacionaron con personas con mayor liderazgo empresarial en Buenaventura, causando perjuicios en sus actividades, todo con ocasión de los informes de comunicación del 23 de octubre de 1996. (Fls. 291 a 293 C.1)

3. Actuación procesal en primera instancia

Por auto de 26 de octubre de 1998 el Tribunal admitió la demanda (Fls. 309 y 310 C.1), siendo notificado mediante aviso el Comandante del Departamento de Policía del Valle del Cauca el 10 de diciembre de 1998. (Fl. 316 C.1).

Mediante escrito de 4 de febrero de 1999 la entidad mediante apoderado contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de los hechos y pretensiones. (Fls. 318 a 322 C.1). Expresó que la entidad demandada no suministró información al noticiero Q.A.P., sobre los posibles miembros del denominado Cartel del Pacífico, tal como se demostró con los oficios suscritos por el Subdirector de la Policía Nacional, el Comandante del Distrito del Pacífico y el Comandante de la Estación de Policía de Buenaventura allegados con la demanda, en los que se dio respuesta a los derechos de petición elevados por los demandantes sobre la información solicitada por éstos, indicándoles que en ningún momento se entregó información alguna señalando que los actores eran presuntos narcotraficantes. (Fl. 318 C.1)

Propuso como excepción el hecho de un tercero, debido a que la noticia fue transmitida irresponsablemente por los periodistas del Noticiero, sin que la información hubiese sido suministrada por los miembros de inteligencia de la Policía Nacional.

Expuso así mismo, que los hechos alegados en la demanda carecían de total validez, por cuanto no se efectuó allanamiento alguno a las propiedades de los demandantes ni existía proceso penal alguno en contra de éstos por las supuestas declaraciones.

Respecto de las pruebas aportadas con la contestación de la demanda, se pudo observar que en la noticia aparecía el Subdirector de la Policía Nacional en el que dio una declaración sobre una incautación de cocaína en un barco de bandera ecuatoriana, indicando que se trataba de narcotraficantes del Norte del Valle y de Medellín, pero en ningún momento citó los nombres de los demandantes. Así mismo, si bien la periodista en el reporte mencionó organismos de inteligencia, no indica que fuera la Policía Nacional como la encargada de revelar y entregarles la información. Tampoco se encuentra probado que la noticia respecto de un presunto cartel de narcotráfico hubiese sido divulgada por miembros de la Policía Nacional. Por último consideró la defensa que cuando la entidad demandada emite públicamente informaciones sobre delincuentes, las realiza con sus respectivos nombres y apellidos. (Fls. 319 y 320 C.1)

Concluida la etapa probatoria que inició mediante auto de 6 de septiembre de 1999 (Fls. 324 a 328 C.1), el Tribunal citó a las partes para la celebración de la audiencia de conciliación (Fl. 371 C.1), la cual fracasó por no existir ánimo conciliatorio (Fls. 376 a 379 C.1). Por último, el *A quo* corrió traslado a las partes para presentar los alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera el concepto de rigor. (Fl. 380 C.1).

4. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público en primera instancia.

Con escrito de 11 de octubre de 2001 la parte actora presentó los alegatos de conclusión, reiterando los argumentos expuestos en la demanda y agregando que de las pruebas recaudadas en el proceso, especialmente las testimoniales, se pudo comprobar la responsabilidad de la entidad demandada debido a la información suministrada al noticiero Q.A.P., que generó un daño a la familia demandante así como a las empresas de su propiedad. (Fls. 381 a 405 C.1)

Por su parte, la entidad demandada mediante escrito de 22 de octubre de 2001 presentó los alegatos de conclusión, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. (Fls. 406 a 412 C.1)

5. Sentencia del Tribunal

El Tribunal Administrativo de Valle del Cauca mediante sentencia de 14 de noviembre de 2002 denegó las súplicas de la demanda. Para tomar esta decisión el *a quo* tuvo en cuenta las siguientes consideraciones: (Fls. 414 a 426 C. ppal).

La Carta Política consagra los derechos al buen nombre y el respeto a la intimidad personal y familiar (Artículo 15) y, el derecho que tiene toda persona a informar y recibir información veraz e imparcial (Artículo 20).

En el ejercicio del derecho a informar, pueden presentarse colisiones con otros derechos subjetivos como el derecho al buen nombre y a la intimidad. Los medios de comunicación constituyen un mecanismo importante dentro de un sistema democrático, ya que la libertad de prensa contribuye a la información y formación de los ciudadanos y favorece la creación de una instancia de control social, es por eso que tales informaciones debe ser imparciales y veraces. Frente a una información falsa, errónea o parcializada, la persona interesada tiene el derecho a exigir la rectificación de la información en condiciones de equidad, no solo al medio de comunicación que la divulgó, sino a las autoridades que la hayan proporcionado. En el evento que no sea rectificada la información o incluso, habiéndose rectificado pero generando unos perjuicios, el afectado podría solicitarle la reparación de los mismos a quienes lesionaron su buen nombre e imagen. Tal postura se encuentra consolidada en la Corte Constitucional mediante providencia T- 036 de 2002. (Fl. 423 C. ppal)

Expresó el Tribunal que de acuerdo con el acervo probatorio recaudado, se pudo establecer que efectivamente el noticiero Q.A.P., divulgó una noticia concerniente a los resultados arrojados por una investigación adelantada por los servicios de inteligencia de las fuerzas militares según el cual se había descubierto un nuevo cartel para la distribución de cocaína desde Buenaventura, indicando el organigrama jerárquico conformado por varios sujetos y en los que se indicó que a la cabeza se encontraba O. Isaza y A. Pinzón una mujer que hace relaciones públicas. (Fls. 424 y 425 C. ppal)

Dicha información fue dada al público por el noticiero aludido bajo la voz de la periodista Victoria Eugenia Dávila, la cual a su vez fue suministrada por los organismos de inteligencia de la Policía Nacional, sin embargo, no era claro para el *a quo* que la lista a la que hacía alusión la noticia, comprendía a los señores Oscar Isaza Benjumea y Amparo Pinzón Nieto. Los nombres revelados en la información no son completos, lo que ofrece un gran margen de duda. Incluso, de las pruebas documentales allegadas por la parte actora perteneciente a las autoridades de policía, así como de las autoridades judiciales se pudo concluir que no se dio inicio a una investigación en contra de los demandantes con ocasión de la noticia. (Fl. 425 C. ppal)

Concluyó el Tribunal que

“(...) Todo ello permite concluir que la información divulgada no se refería a los actores, ni a sus empresas, ni a su actividad personal, familiar, profesional o empresarial, motivo por el cual ninguna lesión podría producir en su buen nombre o imagen. Ahora bien, es probable que, como a veces

pasa en los lugares pequeños, como el Municipio de Buenaventura, ante la similitud de los apellidos de los sujetos aparentemente integrantes el Cartel de la Droga de Buenaventura, producto de la investigación de las autoridades policiales, algunas personas pudieran en forma ligera e imprudente hacer relaciones equívocas creando una estela de imputación delictuosa sobre personas libres de toda sospecha como los actores, dada su actividad empresarial reconocida en el mismo. Sin embargo, de esas conjeturas tendenciosas, de algún sector de la sociedad de Buenaventura no puede responsabilizarse al ente demandando, pues éste al adelantar la investigación y al divulgarla a la opinión pública estaba cumpliendo con las funciones y objetivos que la ley le ha asignado en salvaguarda de la seguridad nacional (...). (Fl. 425 C. ppal).

6. El recurso de apelación y actuación en segunda instancia.

Contra lo así decidido se alzó la parte actora con escrito de 3 de julio de 2003 (Fls. 429 a 452 C. ppal) solicitando revocar la decisión de primera instancia y acceder a las pretensiones de la demanda.

El recurrente expuso que contrario a lo sostenido por el Tribunal, de las pruebas aportadas, así como de los testimonios y la encuesta efectuada por Publnet, se pudo acreditar que la información divulgada sí se refería a los actores, que perjudicó todos los ámbitos de los demandantes, lesionando así mismo su buen nombre e imagen.

La decisión del Tribunal es contradictoria porque reconoce que los empresarios demandantes son reconocidos en el municipio de Buenaventura, lo cual significa que tal como lo acreditó la encuesta de Publnet, hablar de O. Isaza y A. Pinzón inmediatamente los identificaban con los actores. (Fl. 431 C. ppal).

Expresó que la decisión del *a quo* omitió la descripción detallada de la noticia difundida por el noticiero y en la que aparecieron los entonces Subdirector de la Policía y el Director de Antinarcóticos hablando del cartel de Buenaventura y de su estructura encabezada por O. Isaza. Así mismo, omitió señalar los allanamientos que se efectuaron a las empresas de la familia Isaza Pinzón para encontrar droga, documentos o alguna evidencia que los involucrara en el mentado cartel de la droga del Puerto. (Fl. 432 C. ppal)

Resaltó algunas declaraciones practicadas a ciertas personas, para indicar que la noticia difundida por el noticiero y por la información suministrada por la entidad demandada fue nefasta para el buen nombre e imagen de los demandantes, así como daños multimillonarios para sus negocios. (Fl. 433 a 451 C. ppal)

Por auto de 10 de julio de 2003 el Tribunal concedió el recurso interpuesto (Fl. 454 C. ppal) y el de 19 de septiembre de 2003 esta Corporación lo admitió (Fl. 460 C. ppal). Por último, el 17 de octubre de 2003 se corrió traslado a las partes para presentar los alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera el concepto de rigor. (Fl. 462 C. ppal).

La parte demandante mediante escrito de 14 de octubre de 2003 presentó los alegatos de conclusión (Fls. 465 a 489 C. ppal). Expresó el apoderado que se comprobaron los daños morales y materiales que sufrieron los demandantes, debido a la inducción en error a la comunidad de Buenaventura y al país en general al suministrarle información falsa al precisar que los demandantes eran miembros activos de un cartel de narcotráfico que operaba en Buenaventura,

acción antijurídica atribuible a la Policía Nacional, quienes utilizaron indebidamente los medios de comunicación para obtener unos falsos positivos con miras a conseguir legalmente ascensos para los miembros que actuaron en dichos operativos y seguir manteniendo el apoyo de organismos internacionales como la DEA. (Fl. 460 C. ppal)

Indicó que algunos de los miembros de la Policía Nacional que hicieron parte de la rueda de prensa, certificaron por escrito que en ningún momento dieron información o nombres, iniciales o apellidos, reproduciendo así los diferentes oficios emitidos por las autoridades públicas. (Fl. 469 a 471 C. ppal). Así mismo, la entidad demandada en la contestación de demanda negó el allanamiento a las empresas de la familia Isaza Pinzón en Cali y Buenaventura para encontrar algún indicio que los pudiera incriminar como integrantes del cartel, información que no fue tenida en cuenta por el juez de primera instancia. Se advierte que la parte actora allegó unos documentos junto con el escrito de alegatos de conclusión. (Fl. 474 C. ppal).

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

La Corporación es competente para conocer el asunto¹, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante², contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca el 14 de Noviembre de 2002, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

2. Problema jurídico.

De acuerdo con las pretensiones de la demanda, la Sala entrará a estudiar si las entidades demandadas son responsables administrativamente por la influencia determinante representada en la información emitida por un noticiero de carácter nacional, así como por lo reproducido en los artículos de prensa donde se presentó a los demandantes como integrantes de un cartel de narcotráfico en Buenaventura.

3. Consideraciones previas.

3.1 Valoración de documentos allegados en copia simple. Reiteración de posición de la Subsección.

Se advierte por la Sala que la parte demandante con el escrito de demanda aportó varios documentos entre los que se encuentra copia de solicitud de rectificación al noticiero Q.A.P. (Fl. 80 C.1); seis (6) oficios de diferentes autoridades policiales dando respuesta a los derechos de petición elevados por los demandantes (Fls. 81 a 85 y 90 C.1); un oficio de la Fiscalía General de la Nación (Fl. 86 C.1); oficios

¹ De conformidad con el artículo 129 del C.C.A., subrogado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998.

² El Decreto 597 de 1988 consagró que para que un proceso de reparación directa que inició en el año 1998 tuviere vocación de doble instancia, la pretensión mayor de la demanda debía superar la suma de \$18.850.000. En efecto, para la fecha de presentación de la demanda – 20 de octubre de 1998– se solicitó por perjuicios materiales el valor de \$15.125.770.936,18, suma que supera la cuantía para que proceda la segunda instancia ante esta Corporación.

dirigidos por los demandantes al Banco de Bogotá, Occidente, Ganadero y Bancoquía (Fls. 87 a 89; 91 a 93; 95 a 97; 108 a 111 C.1); documento dirigido a la Superintendencia Bancaria y al Defensor del Consumidor (Fls. 98 a 105 C.1); respuesta de la Superintendencia Bancaria (Fl. 112 C.1); oficio dirigido a ALCALDAS S.A., (Fls. 113 y 114 C.1); oficios dirigidos al Ministerio de Justicia y del Derecho (Fls. 116 y 117 y C.1); respuesta de la oficina de estupefacientes (Fl. 115 C.1); copias de escrituras públicas (Fls. 63 a 70; 118 125 C.1); copia de un contrato de sub-arriendo (Fls. 126 a 134 C.1) y copia de un contrato de mutuo (Fls. 135 a 136 C.1), todos estos, en copia simple.

En cuanto al valor probatorio de los documentos, si bien la Sección Tercera³ ha sostenido que las copias simples carecen de valor probatorio por cuanto no cumplen con las exigencias establecidas en los artículos 253 y 254 del C.P.C., esto es, en cuanto a la primera disposición, los documentos “se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento”; por su parte, el artículo 254 del mismo cuerpo normativo establece los casos en los cuales las copias tienen el mismo valor probatorio del original:

- “1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, **donde se encuentre el original o una copia autenticada.**
2. Cuando sean autenticadas por notario, **previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente**⁴.
3. Cuando sean **compulsadas del original o de copia autenticada** en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa”.

Conforme a lo anterior, se ha sostenido que “la ley le da a las copias un valor probatorio similar al del documento original, pero, como es obvio, **la diligencia que da fe de que la copia que se sella corresponde al documento original o a una copia debidamente autenticada, debe ser cumplida directamente por el funcionario autenticante, sin que pueda suplirse con la adjunción de una simple copia con la atestación original referida. En otros términos, toda copia debe tener un sello de autenticación propia para poder ser valorada como el documento original**”⁵, por lo que no se toma en cuenta ni son valoradas las copias simples.

Sin embargo, en el presente caso la parte demandada en su contestación se allanó y aceptó expresamente las pruebas allegadas y solicitadas por la parte actora⁶. Así mismo, aceptó los documentos suscritos por las autoridades de la Policía Nacional que dieron respuesta a los derechos de petición elevados por la parte demandante. Por lo tanto, la parte demandada no desconoció los documentos, ni los tachó de falso, sino que conscientemente manifestó su intención de que los mismos fuesen valorados dentro del proceso.

En consideración a lo anterior y a pesar de que no se cumplió con el requisito de autenticación de las copias previsto en el artículo 254 de la ley procesal civil, la Sala considera en esta oportunidad, en aras de la prevalencia del derecho

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, 4 de mayo de 2000, expediente: 17566; 27 de noviembre de 2002, expediente: 13541; 31 de agosto de 2006, expediente: 28448; 21 de mayo de 2008, expediente: 2675; 13 de agosto de 2008, expediente: 35062, entre otras.

⁴ Este numeral fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-023 de 1998.

⁵ Posición reiterada en sentencia de 6 de marzo de 2008, expediente: 26227.

⁶ En la contestación de la demanda, la Policía Nacional hace un recuento y reproducción de los oficios allegados por la parte actora junto con el escrito de demanda. Así mismo, expresó lo siguiente: “Me allano a la práctica de las pruebas solicitadas por la parte actora, por considerarlas suficientes para el esclarecimiento de los hechos (...)”. (Fls. 320 a 322 C.1)

sustancial sobre el formal y de la garantía del derecho de acceso a la justicia consagrado en los artículos 228 y 229 de la Carta Política, no pueden aplicarse las formas procesales con excesivo rigorismo y en forma restrictiva, con el fin de desconocer lo que las mismas partes no han hecho y ni siquiera han discutido durante el proceso, como lo es la autenticidad de los documentos allegados por la parte demandante en copia simple.

Es dable precisar que la interpretación que hoy se efectúa no puede entenderse como la exoneración de la carga de cumplir con las reglas contenidas en la ley procesal civil frente a la aportación de copias de documentos que siguen vigentes y en pleno rigor. Lo que sucede en esta ocasión, es que ambas partes aceptaron que los documentos fueran apreciables y coincidieron en la valoración de los mismos en forma recíproca, no solo al momento de su aportación, sino durante el transcurso del debate procesal⁷, por lo tanto, serán valoradas por la Subsección para decidir el fondo del asunto⁸.

3.2 Recortes de prensa y grabación magnetofónica.

Así mismo, junto con la demanda, la parte actora allegó copia simple de unos recortes de prensa que indicó que correspondían a los diarios El País de Cali y El Tiempo (Fls. 78 y 79 C.1), así como un video en VHS correspondiente a la nota periodística originada por el entonces noticiero Q.A.P el 23 de octubre de 1996 transmitido en el horario de las 9:30 de la noche.

Tales medios probatorios, de acuerdo con la posición de la Sala Plena de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 29 de mayo de 2012⁹, *“la publicación periodística que realice cualquiera de los medios de comunicación puede ser considerada prueba documental”*^{10, 11}

Sin embargo, la misma providencia indicó que

“(…) en principio solo 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

⁷ Posición que puede verse en sentencia de la Subsección C, de 18 de enero de 2012, expediente: 19920. Sobre la valoración de copia simple también puede verse las sentencias de 18 de septiembre de 1997, expediente: 9666; 21 de febrero 21 de 2002, expediente: 12789; 26 de mayo de 2010, expediente: 18078; 27 de octubre de 2011, expediente: 20450.

⁸ Posición reiterada en sentencia de 18 de enero de 2012, expediente: 19920.

⁹ Radicación No: 11001-03-15-000-2011-01378-00 (PI).

¹⁰ 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, expediente: 9255; sentencia de 15 de junio de 2000, expediente: 13338; sentencia de 10 de noviembre de 2000, expediente: 18298; sentencia de 25 de enero de 2001, expediente: 3122, sentencia de 31 de enero de 2011 expediente: 17842, entre otras.

¹¹ El artículo 251 del C.P.C. dispone que son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

independientemente considerada no puede constituir el único sustento de la decisión del juez¹²(...).

(...) 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 (...)". (Subrayado por la Sala)

Con fundamento en la anterior posición actual de esta Corporación, en atención a los demás medios probatorios allegados al proceso, que serán detallados en el capítulo siguiente, la grabación correspondiente a la noticia y los recortes de periódicos serán valoradas junto con todo el acervo probatorio, para así constatar la certeza de los hechos objeto del presente litigio.

4. Medios probatorios

Las pruebas debidamente allegadas al proceso y que se valorarán en el *sub lite* son las siguientes:

1. Registro civil de matrimonio de los señores Oscar Isaza Benjumea y Amparo Pinzón Nieto (Fl. 4 C.1) y certificados de nacimiento de los menores César David Isaza Pinzón y Margarita María Isaza Pinzón (Fls. 5 y 6 C.1).

2. Certificado de existencia y representación de las siguientes sociedades: Isaza Pinzón y Cía. S. en C.S (Fl.s 7 a 12 C.1); Contenedores y Servicios S.A. (Fls. 13 a 18 C.1); Makila Ltda (Fls. 19 a 23 C.1); Estación de Servicios las Palmas S.A. (Fls. 24 a 32 C.1); Grupo Empresarial del Pacífico S.A. (Fls. 33 a 41 C.1); Petróleos de Buenaventura S.A. (Fls. 42 a 49 C.1); Estación de Servicios Brisas del Pacífico S.A. (Fls. 50 a 57 C.1).

3. Dos recortes de prensa, el primero de ellos del diario El País de 25 de octubre de 1996, en el que mencionaron que J. Asprilla, J. Henao y O. Isaza aparecían según las investigaciones del Bloque de búsqueda, como supuestos componentes del nuevo cartel del Puerto. (Fl. 78 C.1); el diario El Tiempo, sección judicial de 5 de noviembre de 1996 informó al público el nuevo cartel del narcotráfico y los presuntos mandos del mismo. Así mismo, concluyó que la Fiscalía estaba efectuando registros en varios inmuebles de Buenaventura entre ellos, el Servicentro Brisas del Pacífico, que según el certificado de existencia y representación legal de dicha sociedad, los propietarios son los demandantes. (Fl. 79 C.1)

4. Copia simple de un escrito con fecha 28 de octubre de 1996 suscrito por los demandantes, dirigido al Director del noticiero Q.A.P., solicitándole rectificación de la información difundida en el noticiero transmitido el 23 de octubre de 1996. (Fl. 80 C.1)

5. Copia simple de oficio No. 7597 – 1 de 8 de noviembre de 1996 suscrito por el Brigadier General Luis Enrique Montenegro Rincón, Subdirector General de la Policía Nacional en el que informó a los demandantes que verificada la información emitida el 23 de octubre de 1996 en el noticiero QAP acerca de una organización de narcotráfico, se logró establecer que los organismos de

¹² 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.

inteligencia de la Policía Nacional no suministraron dichos datos; por lo que la institución no podía aclarar si los que mencionó en la información como O. Isaza (Capo) y A. Pinzón (Jefe de relaciones públicas) se trataban o no de los demandantes. (Fl. 81 C.1)

6. Copia simple de oficio No. 647/CE-CEC-CDO Oficio de 8 de noviembre de 1996 suscrito por el Teniente Coronel Oscar Enrique González Peña Comandante del Ejército C.E.C., en el que dio respuesta a la solicitud de informes sobre actividades ilícitas presentada por los demandantes, indicando que ellos no habían proporcionado ninguna información al noticiero QAP difundida el 23 de octubre de 1996 (Fl. 82 C.1).

7. Copia simple de oficio No. 516 CFNP-APGFP-702 de 28 de noviembre de 1996 suscrito por Pedro Rafael Monsalve Angarita, Comandante de la Fuerza Naval del Pacífico, en el que dio respuesta a un derecho de petición presentado por los demandantes, informándoles que desconocían la fuente de la información que originó la noticia, así como desconocían los datos por parte del servicio de inteligencia de la unidad y, el comando no había originado ninguna información de prensa en la que estuvieran involucrados los nombres de los actores (Fl. 83 C.1).

8. Copia simple del oficio No. 621/COMAN DISPA de 23 de diciembre de 1996 suscrito por el Comandante del Distrito judicial del Pacífico en el que informó a los actores que a pesar de no conocer en forma exacta la información suministrada por la periodista Victoria Eugenia Dávila en el noticiero Q.A.P., acerca del cartel de narcotráfico en Buenaventura, se pudo verificar que el personal adscrito a dicha unidad de policía no suministró la información. (Fl. 84 C.1)

9. Copia simple del oficio de 27 de diciembre de 1996 suscrito por el Comandante de la Estación de Policía de Buenaventura, el que informó a los demandantes que el personal de inteligencia adscrito al Distrito de Policía del Pacífico no suministró información al noticiero Q.A.P. (Fl. 85 C.1)

10. Copia simple del oficio de 10 de enero de 1997 No. 587 suscrito por el Jefe Secretaría Común de la Fiscalía General de la Nación – Dirección Regional de Fiscalías – Secretaría común Cali Valle, en el que informó a los actores que revisado el archivo sistematizado se constató que no figuraban como imputados o vinculados dentro de las investigaciones que se adelantan en la regional. (Fl. 86 C.1)

11. Copia simple de un oficio de 28 de octubre de 1996 suscrito por los demandantes y dirigido a la Gerente Regional del Banco de Bogotá, en el que le hicieron una explicación sobre la falsa información suministrada por el noticiero Q.A.P., el 23 de octubre de 1996. (Fls. 87 a 89 C.1)

12. Copia simple del oficio suscrito por Oscar Isaza Benjumea el 8 de noviembre de 1996 dirigido al Gerente del Banco de Occidente de Buenaventura, en el que le solicitó entrega por escrito de las instrucciones que el gerente dio verbalmente al demandante respecto del manejo y operaciones de la cuenta corriente en el que es titular el actor, además deseaba saber las sindicaciones por las cuales se tomaron dichas medidas. (Fl. 91 C.1)

13. Copias simples de dos oficios de fecha 17 y 20 de enero de 1997 mediante los cuales los demandantes dirigieron a los bancos Occidente y Ganadero copia de la comunicación emitida por la Fiscalía General indicando que los demandantes no figuran como imputados o vinculados a investigaciones. (Fls. 92 y 93 C.1)

14. Copia simple de oficio con fecha 28 de enero de 1997 suscrito por los demandantes, dirigido al Gerente de Bancoquia sucursal de Buenaventura, en el que manifestaron su inconformidad con la respuesta dada por el gerente de Zona del Banco, quien informó a los actores que por instrucciones precisas de la entidad financiera, las personas mencionadas en las publicaciones como narcotraficantes no podrían tener acceso a ser clientes, de acuerdo con un listado emanado de la Superintendencia. Así mismo, solicitaron una respuesta por escrito de la negativa verbal que el mencionado gerente dio respecto de la posibilidad de la apertura de una cuenta corriente un estudio completo de los documentos. (Fls. 95 a 97 C.1)

15. Copias simples de dos oficios dirigidos a la Superintendencia Bancaria con fecha 10 de febrero y al Defensor del cliente financiero el 18 de marzo, ambas de 1997, poniéndoles en conocimiento las dificultades que han tenido con algunas entidades financieras para poder abrir cuentas corrientes o utilizar servicios de las mismas, debido a las informaciones en prensa y televisión tildándolos de narcotraficantes. (Fls. 98 a 105 C.1)

16. Dos copias simples de oficios de los Bancos Bancoquia y Ganadero de 11 y 14 de abril de 1997. En el primer escrito se solicitó prórroga del traslado que les hizo la Superintendencia Bancaria sobre el oficio que los demandantes dirigieron ante dicha entidad. Así mismo, el Banco Ganadero solicitó a los demandantes copia de la documentación en la cual se le negó la apertura de la cuenta. (Fls. 106 y 107 C.1)

17. Copia simple de oficio de 24 de abril de 1997 suscrito por los demandantes, dirigido a la gerente del Banco Ganadero en Buenaventura, dando respuesta al oficio anteriormente descrito y en el que puso en conocimiento las razones por las cuales la propia gerente no les otorgó la chequera de la cuenta corriente que tenían con dicha entidad bancaria, entre otras cosas, según expresaron los actores, porque la mencionada funcionaria advirtió la presencia de una lista expedida por la Superintendencia Bancaria negando relaciones de personas que eran catalogadas como narcotraficantes. (Fls. 108 a 111 C.1)

18. Copia de respuesta de la Superintendencia Bancaria a los demandantes con fecha 21 de marzo de 1997, indicando que dicha entidad no había impartido instrucción alguna relacionada con la terminación o suspensión de los contratos bancarios celebrados entre el grupo empresarial de la cual los actores son socios y las entidades financieras, ya que tal facultad, le compete al fuero interno de cada entidad. (Fl. 112 C.1)

19. Copia simple del oficio con fecha 8 de abril de 1997 suscrito por los demandantes, dirigido al Vicepresidente de Operaciones Alcantas S.A., en el que pusieron en conocimiento la respuesta dada por Superintendencia, las cuentas que tiene la empresa Contenedores y Servicios vigentes y por último, indicaron lo siguiente:

20. Original de una encuesta realizada por la empresa Publinet – Comunicación Integral On line, contratado por los demandantes para efectos de determinar el estudio sobre el liderazgo en Buenaventura y establecer variables de reconocimiento en sectores de opinión. En el escrito se indicó lo siguiente: (Fls. 137 a 247 C.1)

“(...) O. Isaza con respecto a los otros nombres de la lista:

Durante el estudio se notó una constante que no se estaba midiendo, pero que puede ser de utilidad para el análisis de la información obtenida:

*a. Más de la mitad de los entrevistados se extrañaron de encontrar a O. Isaza dentro de la lista de los 8 apellidos anteceditos de una inicial que se les presentó para reconocimiento, pues manifestaron que O. Isaza estaba asociado al narcotráfico y que **no merecía incluirse en una lista de personas que hayan contribuido al progreso de Buenaventura.***

*b. Tan solo un 10% de los entrevistados incluyeron a Oscar Isaza dentro de la lista de personas con mayor liderazgo empresarial en Buenaventura. Esto no deja de sorprender, tratándose de uno de los 10 accionistas de la Sociedad Portuaria, y quien ha estado a la cabeza de proyectos tan relevantes como el mayor edificio, la mayor estación de servicio y el mayor patio de contenedores de la ciudad. Sin embargo, **puede explicarse si entendemos que este nombre se asocia con O. Isaza y posee implicaciones relacionadas con actividades ilícitas que con empresas legítimas, por lo cual el entrevistado no lo ubica mentalmente en la categoría de “Líderes Empresariales” (...).** (Fl. 142. C.1)*

21. Grabación de video VHS en el que aparece la noticia difundida por el noticiero Q.A.P. La presentadora era la señora Inés María Zabarain y la periodista que hizo el reportaje fue la señora Victoria Eugenia Dávila. Es pertinente aclarar que de acuerdo con el escrito de demanda, la parte actora hizo una descripción de imágenes y comentarios, como por ejemplo el titular al inicio de la emisión y los comentarios dados por el señor Ernesto Macausland, presentador del noticiero. Sin embargo, lo anterior, no se encuentra en la grabación que se analizó. Empero, en términos generales, al observar la reproducción magnetofónica allegada por la parte demandante, el video contiene dos noticias, que si bien están vinculadas porque tratan ambas sobre el tema referente al narcotráfico en aguas del puerto de Buenaventura, se describe lo siguiente:

La primera noticia tiene que ver con la interceptación y captura de un barco con el nombre “Don Celso” de bandera ecuatoriana, por miembros de la policía ecuatoriana y colombiana, en la playa de Esmeralda. Aparece una imagen de un grupo de sujetos armados y encapuchados custodiando unos paquetes con logos y símbolos militares del Ecuador. Según la nota periodística, se incautaron 11 toneladas de cocaína. Posteriormente, la periodista indicó que la operación fue seguida vía satélite por la Policía ecuatoriana, colombiana y por agentes de la DEA; así mismo, resaltó que el cargamento se dirigía para Estados Unidos.

Acto seguido, aparece el Subdirector de la Policía Nacional (Luís Enrique Montenegro) en un recinto, quien con unos papeles en la mano indicó: “*Así como este amigo se denomina el vengador anónimo antidrogas, verdaderamente todo el mundo nos escriba*”. Luego aparece en el mismo sitio, el Director de la DEA en Colombia (Larry Lions, acompañado del general Montenegro (Subdirector de la Policía Nacional) y del Coronel de la Policía antinarcóticos, Leonardo Gallego), quien manifestó: “*estamos orgullosos de la capacidad de los amigos en esta lucha para que podamos hacer avances contra el problema del tráfico de drogas*”.

Posteriormente aparece una imagen en la que se abren unos paquetes con elementos corto - punzantes, mientras que la periodista decía que “*la droga estaba marcada con figuras o letreros que decían Medellín*” (...) “*la policía cree que esta vez se unieron los narcotraficantes del Norte del Valle y los nuevos capos de la capital de Antioquia* (...).

Luego aparece el Comandante de la Policía Antinarcóticos (Leonardo Gallego) en el que indicó *“se encuentran capturados por la Policía nacional ecuatoriana un total de cinco, entre ellos el capitán del buque que es de nacionalidad colombiana”*. Por último, la reportera concluyó diciendo que: *“Estado Unidos pedirá a los detenidos en extradición. A esta hora siguen buscando entre las caletas del barco las cuatro toneladas de cocaína que faltan”*.

Por otra parte, aparece la presentadora de noticias, Inés María Zabaraín, indicando que *“precisamente ayer Q.A.P., mostró el crecimiento del narcotráfico desde el Puerto de Buenaventura. Hoy los organismos de inteligencia entregaron los que se denomina “El cartel del Puerto”*.

Luego aparece una serie de imágenes y un título *“Buenaventura, amenaza en el puerto”*. Sale posteriormente la imagen de un mapamundi y un organigrama con iniciales y apellidos, mientras que la periodista Victoria Eugenia Dávila dice lo siguiente: *“El cartel está conformado hoy: A la cabeza, O. Izasa (sic); bajo sus órdenes están M. Zuluaga y R. Restrepo; J. Asprilla tiene la función de organizar los contenedores que sacan la coca hacia el exterior. El cartel tiene a su servicio 4 ex-policías y dos ex oficiales de la Armada. (Acá aparece una serie de iniciales y apellidos que no se pueden observar debido a la calidad del video). Todos hacen contactos con amigos que aun pertenecen a las fuerzas para facilitar la salida de la droga. Para hacer relaciones a alto nivel tienen un político de la región. Del envío de la droga se encarga M. Bonilla. A. Pinzón, una mujer, hace relaciones públicas”*.

Por otra parte, aparece el Coronel Carlos Arturo Urrego, Comandante de Policía de Buenaventura quien dijo que: *“hay una cantidad, como lo decía, de personas que dependen y son testaferros de Víctor Patiño y José Castrillón Henao”*. Luego, aparece el personero de Buenaventura quien indicó que *“Lo que pasa en Buenaventura es el reflejo de lo que está pasando en el país”*. Aparece una imagen de unos policías corriendo por unas calles mientras la periodista Dávila dice que *“en los próximos días la Fiscalía dictará varias órdenes de captura contra los jefes del Cartel del Puerto más importante de Colombia”*. Termina la nota periodística.

22. Declaraciones de testigos

a. Testimonio de Edgar Toro Villota, quien para la época de la declaración era gerente de zona del Banco de Bogotá (Fls. 1 a 3 C.2).

“(…) PREGUNTADO: Diga al despacho si conoce a los señores Oscar Isaza y Amparo Pinzón Nieto. En caso afirmativo dirá la razón y antigüedad de dicho conocimiento. CONTESTO: Sí los conozco desde el año 93 como clientes del Banco de Bogotá vinculados a la oficina de Buenaventura, oficina que está adscrita a mi zona, mi vínculo ha sido más que todo comercial como clientes. PREGUNTADO: Diga al despacho qué opinión le merece el desempeño de los señores Isaza Benjumea y Pinzón Nieto clientes de dicho banco. CONTESTO: El concepto es muy bueno dado que han demostrado ser personas muy luchadoras en las actividades laborales que desarrollan a través de empresas que se encuentran vinculadas al Banco de las cuales se puede decir: Contenedores y Servicios LTDA; Estación de Servicio Las Brisas; El Grupo Empresarial Isaza Pinzón y algunas cuentas que están a título personal de las dos personas citadas, ellos tienen antigüedad de unos veinticinco años en el banco tiempo en el cual han demostrado un buen manejo tanto de sus depósitos como de sus créditos otorgados.

Pregunta el apoderado de la parte demandante: *PREGUNTADO: (...) se enteró usted de la noticia difundida por el Noticiero QAP el 23 de Octubre de 1996 en la cual presentaba como cabecilla de una red de narcotraficantes en Buenaventura a O. ISAZA y como relacionista pública a la persona A. PINZÓN relacionó usted a estos supuestos narcotraficantes identificados en la forma antes mencionada con los clientes del banco de Bogotá doctores Oscar Isaza Benjumea y Amparo Nieto Pinzón. En caso afirmativo qué situación asumió el Banco gerenciado por usted en la oficina tanto de Buenaventura como de Cali. CONTESTO: La primera pregunta efectivamente escuché la noticia tanto a través del noticiero mencionado como en medios de prensa como el Tiempo, El País donde se denunciaba una presunta de narcotraficantes encabezados por O. ISAZA y A. PINZÓN que fueron relacionados desde luego con nuestros clientes Oscar Isaza y Amparo Pinzón para lo cual procedimos posteriormente a llamar a nuestros clientes y solicitarles una explicación ya que la noticia era tan clara que se los estaba relacionando como presuntos narcotraficantes. Los esposos Isaza Pinzón acudieron de inmediato al Banco después de este insuceso por lo menos unas cinco veces sinedo (sic) la última vez el año pasado demostrando con documentos que esta noticia era algo tendenciosa a su moral, se llevaron certificaciones tanto de la SIJIN; La Policía, La Armada, algunas certificaciones de los gremios y esto por supuesto por el conocimiento que tenía el banco de estas personas se tomó la actitud receptiva de entenderlos ya que no estaban juzgados y no se les había comprobado culpabilidad en esas afirmaciones. La política del banco para estos casos es de ser muy prudente en el manejo que se le debe dar a los clientes que directa o indirectamente cuando están vinculados con algún delito específicamente narcotráfico, lavado de activos, secuestro, etc., si existe una comprobación procedemos a desvincularlos y reportarle toda la información que tengamos a la Fiscalía de acuerdo al Estatuto de Ética, ley 190 de 1995, que estamos obligados como Gerentes a cumplir. Los señores Osaza (sic) Pinzón venían manejando cupos de crédito importantes en montos que superaban los quinientos millones de pesos pero a raíz de este insuceso se le fueron recortando los cupos y en la fecha no presenta ningún tipo de endeudamiento como también cupos aprobados. (...) Personalmente creo que esta situación (sic) a perjudicado la buena imagen que los esposos Isaza Pinzón han tenido en la parte comercial (...) ellos siguen vinculados al banco aunque no vienen manejando cupos de crédito como lo venían haciendo antes de que saliera la noticia de las supuestas afirmaciones donde ellos eran narcotraficantes (...)".*

b. José René Osorio López, quien fue Gerente del Banco Santander de Zona (Fls. 5 a 7 C.2).

"(...) PREGUNTADO: Diga al despacho si conoce a los señores Oscar Isaza y Amparo Pinzón Nieto. En caso afirmativo dirá la razón de antigüedad de dicho conocimiento. CONTESTO: Los vi por una sola vez en mi antiguo cargo en el Banco Santander como Gerente de Zona de esa entidad eso fue hace tres años. PREGUNTADO. Diga al despacho qué opinión le merece el desempeño de los señores Isaza Benumea y Pinzón Nieto como clientes de dicho banco. CONTESTÓ: No tengo elementos de juicio, creo que nunca se vincularon al banco.

Pregunta el apoderado de la parte demandante: *PREGUNTADO: Dígame al despacho si el doctor Osorio, cuál fue el motivo para que los esposos Isaza*

Pinzón visitaran su oficina del Banco Comercial Antioqueño hoy Banco Santander en el cual era gerente de Zona, oportunidad en la cual según su dicho parece que tuvo su primer y único contacto con ellos. CONTESTO: El motivo fue que ellos de alguna forma no puedo decir si fue ofrecimiento del banco estuvieron en trámites de vinculación con el banco Santander en ese momento cuyo Gerente de Oficina de Buenaventura era y sigue siendo el Doctor Juan Carlos Restrepo, como gerente de Zona el doctor Restrepo me consulto si era posible la vinculación de los esposos Isaza Pinzón habida cuenta de que existían algunos comentarios generados por prensa y entiendo que también por televisión que hacían calificar a los señores como clientes no objetivos del banco con base también en las políticas del Banco en lo que respecta a la perención del lavado de activo, por esa razón lo señores llegaron a mi oficina con el fin de que se les diera una explicación al respecto, explicación que se les dio verbalmente en ese momento en que estuvieron en mi oficina. PREGUNTADO: Dr. Osorio, los informes de prensa y televisión a que usted se refirió en respuesta anterior corresponden concretamente a la noticia difundida por el noticiero QAP el 23 de octubre de 1996 a las 9:30 p.m en el cual se presentó un organigrama de un supuesto cartel de la droga en Buenaventura encabezado por O. Isaza y la mujer A. Pinzón como relacionista pública y en consecuencia usted asoció estos nombres con la entidad que usted representaba con las personas de Oscar Isaza y Amparo Pinzón. CONTESTO: No puedo aseverarlo. La retroalimentación de la información me llegó desde la sucursal del Banco de Buenaventura es decir en forma indirecta, no escuché ni vi el noticiero. PREGUNTADO: Podría usted manifestarle al despacho cuáles fueron las explicaciones dadas a los esposos Isaza Pinzón para negarles su vinculación al banco que usted gerenciaba por la época a que nos hemos referimos. CONTESTO: Con base a la información que me llegó desde la sucursal del Banco de Buenaventura y apoyado en el manual de Políticas de vinculación del banco se tomó la decisión de no aceptar su vinculación. (...) y con base en la información de ese momento desde la sucursal del banco de Buenaventura en relación con la actividad de los señores Isaza Pinzón generados por los supuestos informes de prensa y televisión mencionados anteriormente se tomó la decisión de no vincularlos (...)”.

c. John Álvaro Lozano Marín, quien para la época de la declaración trabajaba en Interbanco. (Fls. 8 a 10 C.2).

“(...) PREGUNTADO: Diga al despacho si conoce a los señores Oscar Isaza y Amparo Pinzón Nieto. En caso afirmativo dirá la razón y antigüedad de dicho conocimiento. CONTESTO: No los conozco. Pregunta el apoderado de la parte demandante. PREGUNTADO: Recuerda usted haber estado en las oficinas de los esposos Isaza Pinzón ubicada en la avenida 4 Norte No. 6 N – 67 segundo piso Edificio Siglo XXI para entrevistarse con ellos y recolectar documentación para el trámite de un crédito presentando por la Empresa Contenedores y Servicios S.A., cuyo aval sería expedido por la Empresa Regional de Garantías. CONTESTO: Ahora sí me acuerdo quienes son, yo estuve allí en la oficina de ellos. PREGUNTADO: Se enteró usted en forma directa o por tercera persona de la información difundida por el noticiero QAP el día 23 de octubre de 1996 a las 9.30 p.m en la cual el Subdirector de la Policía Nacional señor Brigadier Gral. Luis Enrique Montenegro mostraba un organigrama en el cual se mostraba como supuesto cabecilla del cartel de la droga en Buenaventura el señor O. Isaza y la señora A. Pinzón como relacionista pública. CONTESTO: No, no vi el noticiero, ni tuve información por otros. PREGUNTADO: Usted tuvo

conocimiento de las razones por las cuales INTERBANCO tomó la decisión de no aprobar el crédito solicitado por Contenedores y Servicios con el avala (sic) de la Empresa Regional de Garantías. CONTESTO: Sí fue negado porque al estar ubicada la empresa en Buenaventura y el Banco al no tener sedes en Buenaventura no podía obtener la reciprocidad que necesita en las cuentas que el cliente debe abrir en el Banco en el momento de vincularse por esa razón no se aprobó el crédito (...)

d. Declaración de Bertha Leonor Gómez, quien para el momento de los hechos laboraba en Empresa Regional de Garantías S.A. (Fls. 11 a 13 C.2)

“(...) PREGUNTADO: Diga al despacho si conoce a los señores Oscar Isaza y Amparo Pinzón Nieto. En caso afirmativo dirá la razón y antigüedad de dicho conocimiento. CONTESTO: Sí los conocí en Buenaventura cuando laboraba como Directora Financiera en COPESCOL S.A., ellos eran proveedores de combustible para la empresa, ellos nos vendían (sic) (...)

Pregunta el apoderado de la parte demandante: *PREGUNTADO: Si usted como analista de riesgo tuvo injerencia en el estudio de una solicitud de crédito presentada por Contenedores y Servicios S.A., de propiedad de los esposos Isaza Pinzón. En caso afirmativo cómo se realizó ese estudio y con qué personas vinculadas al Banco INTERBANCO a quien los mencionados esposos Isaza Pinzón, habían solicitado crédito para la empresa* CONTESTO: *Sí yo, elebaoré (sic) el estudio de la empresa Contenedores y Servicios S.A., y así mismo la información de sus socios principales y cumplían todos los parámetros para el otorgamiento de la garantía que se estaban tramitando para la posterior solicitud de crédito ante la entidad financiera. PREGUNTADO: Recuerda usted doctora el nombre del funcionario de INTERBANCO que hizo la entrevista a los esposos Isaza Pinzón. CONTESTO: Yo los remití a dos entidades financieras una fue INTERBANCO y la otra fue CONFINORTE. En INTERBANCO hablé con el ejecutivo de cuenta Jhon Álvaro Lozano y con COFINORTE con la doctora Luz Betty Barón, supe que ambos los visitaron y estudiaron los documentos tramitándose finalmente con Corporación Financiera del Norte quien aprobó la solicitud del crédito, por parte de INTERBANCO no obtuvimos respuesta. PREGUNTADO: Dra. Gómez conoció usted la noticia difundida por el Noticiero QAP el 23 de octubre de 1996 en donde el Subdirector de la Policía el Brigadier Gral. Enrique Montenegro mostraba un organigrama de un supuesto cartel de Cocaína en Buenaventura encabezado por O. Isaza en el cual también figuraba la señora A. Pinzón como relacionista pública. CONTESTO: No la conocí. Pero después cuando los visité para la elaboración del estudio ellos me lo comentaron. PREGUNTADO: (...) considera usted que esa noticia les ha producido perjuicio a los esposos Oscar Isaza y Amparo Pinzón. CONTESTO: Pienso que eso lesiona su nombre comercial, pero mi estudio fue profundo y no vi absolutamente nada raro, empezando con su calificación en A en las centrales de riesgo que es lo primero que investigamos (...)*

e. Declaración de Lope Trujillo Perdomo, quien para la época de la declaración laboraba en Publinet. (Fls. 14 a 18 C.2)

“(...) PREGUNTADO: Diga al despacho si conoce a los señores Oscar Isaza y Amparo Pinzón Nieto. En caso afirmativo dirá la razón y antigüedad de dicho conocimiento. CONTESTO: Sí, hace unos ocho años, a vínculos

profesionales, les he atendido distintas necesidades de los proyectos de ellos, en la parte de publicidad y mercadeo (...)

Pregunta el apoderado de la parte demandante: *PREGUNTADO: (...) conoció usted la noticia difundida por el Noticiero QAP el 23 de octubre de 1996 en virtud de la cual el señor Brigadier Gral. mostraba un organigrama del supuesto cartel de la droga de la cocaína existente en el puerto de en Buenaventura que estaba en cabecera por O. Isaza e integrada el mismo por la señora A. Pinzón como relacionista pública. CONTESTO: Sí lo conocí y también leí la noticia (...) PREGUNTADO: Asoció usted las siglas O. Isaza y A. Pinzón con los nombres de los empresarios que su empresa ha hecho trabajos de publicidad. CONTESTO. Los asocié inmediatamente y no solamente yo sino también algunos de mis clientes y familiares quienes me llamaron alarmados a darme la noticia y me sugirieron que dejara de prestar mis servicios a las empresas del Grupo Empresarial del Pacífico por cuanto ya era notorio su vinculación al narcotráfico (...)*”.

Dio explicación sobre la naturaleza, características y resultados de la encuesta elaborada.

f. Jesús María Cuadros Valverde, quien fue revisor fiscal de las empresas de los demandantes. (Fls. 19 a 21 C.2)

“(...) PREGUNTADO: Diga al despacho si conoce a los señores Oscar Isaza y Amparo Pinzón Nieto. En caso afirmativo dirá la razón y antigüedad de dicho conocimiento. CONTESTO: Si los conozco de 1993, en razón a la vinculación a su grupo empresarial en mi calidad de Revisor Fiscal, se sigue con esta función.

Pregunta el apoderado de la parte demandante: *“(...) PREGUNTADO: (...) tuvo usted conocimiento de la noticia difundida por el Noticiero QAP el 23 de octubre de 1996 en el cual aparecía el señor Brigadier Gral. Enrique Montenegro acompañado de otros militares de la Policía Antinarcóticos si mal no recuerdo de la DEA en el cual se mostró al público televidente un organigrama del supuesto cartel descubierto en el puerto de Bucaramanga a cuya cabeza figuraba el nombre de O. Isaza seguido de otros nombres que no recuerdo y finalizaba con el nombre de una mujer señalada como A. Pinzón. Si usted vio esa noticia asoció usted esa información a los empresarios de Buenaventura (...). CONTESTO: En efecto fui veedor del noticiero aludido en mi casa y a mi juicio fue tal el impacto que de inmediato y en razón de mis funciones en el grupo, comencé (sic) a recibir llamadas de personas conocidas preocupadas por las (sic) información en contra de Iso (sic) esposos Isaza Pinzón puesto que de inmediato los asociaron a tal información y me interrogaban si eso era cierto (...) desde el punto de vista económico en cuanto a lo que me consta se afectaron el mercado de venta de bienes inmuebles en el proyecto denominado Pacific Trade Center, proyecto en el cual han estado vinculados como fidecomitentes la calificación que en los círculos de Buenaventura se daba a este proyecto a raíz de la información era que se había construido con dineros del narcotráfico desconociendo el mecanismo de financiación a través del sistema judicial. Este evento no solo afectó el proyecto en sí mismo sino también las finanzas de las otras compañías en sus resultados netos ya que fueron afectadas pro (sic) cargas financieras no operativas y relacionadas directamente con la financiación de los valores a pagar en la financiación del proyecto citado. (...) PREGUNTADO: (...) además de estos perjuicios relacionados con el proyecto del Pacific Trade Center qué otros perjuicios se han evidenciado en*

las otras empresas como son Maklla Ltda., Contenedores y Servicios, Estaciones de Servicios Las Palmas y Brisas. CONTESTO: En el caso de estas empresa (sic) Makila y Contenedores fueron afectadas respecto de negociaciones adelantadas para (sic) explotación de los servicios portuarios a que esta se dedica como en el caso de la negociación adelantada con Almagrario, Alcaldas y con Chilena de Vapores entidades estas que tenían negociaciones bastante adelantadas para establecer alianzas estratégicas para el desarrollo de su objeto las cuales se vinieron a menos dada la calificación que en el noticiero mencionado se decía de los esposos Isaza Pinzón (...) En cuanto a las empresas Brisas del Pacífico y Palmas (...) se afectaron financieramente atendiendo gastos financieros tanto del proyecto Pacific Trade Center como de Contenedores y Makila. En términos generales la noticia afectó sus relaciones con las entidades financieras a tal punto que decidieron cancelar las cuentas en unas y en otras ni siquiera darle la oportunidad de apertura como el caso del Banco Ganadero, Bogotá y Santander, también se vieron afectadas sus relaciones con la ESO Colombiana dado que son distribuidores de sus productos (...).

g. Mary Estrada Valdés quien para el momento de la declaración era gerente del Banco Ganadero (Fls. 41 a 44 C.2).

(...) A mi no me consta que ellos han sido perjudicados o no, yo a ellos los conozco no más, pero a mi no me consta que ellos ha (sic) sido perjudicados, a ellos los conozco porque son familiares de una amiga mía, pero básicamente el conocimiento más directo porque fueron clientes del Banco, con relación a la noticia no ha sido negado ningún crédito. PREGUNTADO: Tuvo usted conocimiento a cerca (sic) de que en el año 1996, a través de una información periodística se haya vinculado a los demandantes que le he mencionado las cuales también le he hecho mención con una operación militar, en la cual se aprehendió un barco al parecer cargado de estupefacientes. CONTESTO: Yo no relaciona (sic) la noticia con barco; eso fue un organigrama que salió en el Noticiero Q.A.P de posible Cartel de Buenaventura. En ese organigrama salía O. Isaza y A. Pinzón y otros que no me acuerdo, ahí era que posiblemente lo relacionaban. Yo le voy a explicar cuando salió el organigrama, me llamaron de la Contraloría del Banco para preguntarme si las personas que estaban allí relacionadas eran clientes de la sucursal, yo les contesté que no podía certificarlos (sic) porque solamente habían aparecido las iniciales de los nombres y un primer apellido, sin número de identificación y que yo no podía certificar en esas condiciones si lo eran ellos me digeron (sic) la Contraloría que me desplazara ante las autoridades competentes aquí en Buenaventura y que les pidiera esa certificación; fui donde el Coronel de la Policía no me acuerdo el nombre y le pedí que me identificara las personas que habían salido en el Noticiero, pero ellos tampoco tenían esa información, Procedí entonces a notificárselo a la Contraloría. PREGUNTADO: Sírvase preciar cómo han sido las relaciones del Banco que usted gerencia en Buenaventura con las personas que son demandantes en este proceso? CONTESTO: Ellos, las cuentas no las han vuelto a mover, las relaciones siguieron normales, cuando salió el organigrama, solo hubo el detalle de la Contraloría (...).

Pregunta el apoderado de la parte demandante PREGUNTADO: El noticiero al que usted se ha venido refiriendo se trata de la emisión que a las 9:30 de la noche presentó QAP donde se mostraba un organigrama del nuevo cartel de las drogas, en el Puerto de Buenaventura cuya cabeza figura O. Isaza y como jefe de relaciones Públicas A. Pinzón. Le pregunto si usted vio dicho

noticiero. CONTESTO: Sí, lo que yo no me acuerdo es la fechas (sic), yo sí vi el organigrama. PREGUNTADO: Asoció usted el nombre de O. Isaza con el Dr. Oscar Isaza Benjumea y A. Pinzón con el de la Dra. Amparo Pinzón Nieto? CONTESTO: No. PREGUNTADO: Tiene relación lo anteriormente mencionado para que el día 25 de octubre de 1996, usted se negara a autorizar la entrega de una chequera de 100 esqueletos, solicitada por el señor Diego Andrés Camargo, empleado de la Estación de Servicios las Palmas a cargo de la cuenta corriente No. (...) a nombre de dicha empresa? CONTESTO: No. PREGUNTADO: Recuerda usted, que la información del noticiero (...) se produjo el 23 de octubre de 1996 y que la solicitud de la chequera tienen fecha del 25 de octubre de 1996 CONTESTO: No. (...).”

h. Juan Carlos Restrepo Saavedra, quien para el momento de la declaración era empleado del Banco Santander. (Fls. 45 y 46 C.2)

“(...) RELATÓ: Yo tomé posesión de la Gerencia del Banco Santander, sucursal Buenaventura, el 16 de diciembre de 1996, para esos días, no recuerdo la fecha exacta, salió en televisión y en la prensa, no recuerdo el periódico, unas declaraciones que daban la relación del nuevo cartel de Buenaventura (...). Aparecían como supuestos responsables O. Isaza y A. Pinzón, como personas pertenecientes a este nuevo cartel. También para esos días estuvieron en el banco, los señores Oscar Isaza y la señora Amparo Pinzón, los cuales deseaban vincularse comercialmente a través de sus empresas con el Banco Santander. Por medidas de prevención de nuevos, se corrigió, de nuestro departamento de Lavado y Activos, se elevó consulta a través de mi jefe inmediato doctor JOSÉ RENÉ OSORIO sobre el permiso de poder vincular a estos clientes. El cual se presentó la negativa por parte de la dirección del banco, por ser personas sospechosas de esta actividad. Los esposos Isaza Pinzón solicitaron cita a donde el señor José René Osorio en Cali para recibir una explicación, acerca de esta decisión el cual les confirmó la negación por parte del banco a vincularlos comercialmente. Lo que yo recuerdo iba a solicitar la apertura de las cuentas de las empresas pero no recuerdo el nombre de las empresas, pero ellos por ser socios mayoritarios lo hicieron. A pesar de que ellos son los representantes de esas empresas como socios mayoritarios se ven afectados ante una noticia de estas, como personas naturales tampoco se vincularon al banco (...).”

Pregunta el despacho: PREGUNTADO: Sírvase precisar cómo es que usted manifiesta tener conocimiento de esta noticia televisiva y prensa, que según se nos informa, surgió el 23 de octubre de 1996 y sin embargo su posesión en el cargo de gerente de Bancoquía relaciona una fecha posterior, cual diciembre 16 de 1996. Indíquenos si para el mes de octubre hasta diciembre de 1996, usted se encontraba en Buenaventura? CONTESTO: Para la fecha en que salió la noticia, que fue a finales del mes de octubre del 96, yo me encontraba laborando como subgerente de negocios del Bancafé, sucursal Buenaventura. En Bancafé yo laboré hasta el 15 de diciembre de 1996, por esos días, no recuerdo la fecha, fueron a vincularse al banco los señores Oscar Isaza y Amparo Pinzón y por el conocimiento que se tenía de la noticia, se solicitó autorizaciones a mi jefe superior para la vinculación de estos clientes. Dándose la negativa (...).”

i. Julio César Guzmán Victoria quien para el momento de la declaración era empleado del Banco de Occidente. (Fls. 49 y 50 C.2).

“(...) RELATO: (...) yo manejaba el área de crédito y él visitó [Oscar Isaza] el banco a raíz de una operación de crédito que él en ese momento había presentado; ahí nos acordamos que estábamos estudiando en la universidad en esa época y me comentó que tenía en conjunto con su esposa un negocio de combustible aquí en Buenaventura. Posteriormente a raíz de mi nombramiento de gerente de zona, tuve la oportunidad y me presentó a su señora (...) La relación de él con el banco no tenía muchos negocios, no tenía muchos negocios con el banco, no eran muy grandes (...) Por ahí en el año de 1998, no recuerdo el mes, me pidió una cita que quería hablar conmigo me comentó muy generalmente que a través de una noticia los había involucrado en un tema del narcotráfico y que en ese momento estaba el (sic) el trámite (sic) para que le comprobaran que esa información era cierta. Eso le había generado un perjuicio al acceso a las entidades financieras y que con obvias razones les había generado perjuicios (...)”

j. Fernando Mejía Gallego, quien para el momento de la declaración era contador público y amigo de los demandantes. El mencionado señor fue gerente de la empresa Contenedores y Servicios S.A. (Fls. 60 a 64 C.2).

“(...) tanto la televisión como los medios de prensa sacaron la publicación donde O. Izasa (sic) era el jefe del Cartel de la Droga aquí en Buenaventura y donde A. Pinzón era la jefe de relaciones públicas de dicha organización, después de ésta publicación (...) se que fue un día en las horas de la tarde, hubo un despliegue del Ejército armados hasta los dientes, policías y gentes del civil, que allanaron las Oficinas de Contenedores y Servicios a esto no se le podría llamar allanamiento sino atropellamiento, porque la forma más grotesca que se puede imaginar fueron cogiendo a cada uno de los trabajadores hacerle preguntas y preguntas mal intencional. Tal es el caso de la señora Darnely Silva que tres personas de Civil hombres, la hicieron subir al 2° piso de la oficina de Gerencia la encerraron allí y empezaron a decirle que todos nosotros nos íbamos a ir a la cárcel, que si ella colaboraba informándoles a ellos por donde, y cuando se iba a despachar el último viaje de droga o coca, para que el Patrón nuestro pudiera terminar en Buenaventura el Edificio conocido como PACIFIC TRADE CENTER, que si ella colaboraba la ayudaban para no meterla a la cárcel y una vez terminada la diligencia nos iban a meter a la cárcel, éstas personas se metieron a los programas del Sistema esculcaron cuanto documento veían por ahí, se llevaron una serie de documentos y de información y nunca hasta la fecha, ni nos devolvieron los documentos ni nos pidieron excusas por lo ocurrido (...)”

El testigo indicó que a raíz de la información de la prensa y del noticiero fracasaron muchos negocios.

k. Declaración de Victoria Eugenia Dávila presentadora de noticias. (Fls. 201 y 202 C.1)

“(...) PREGUNTADO POR EL DESPACHO: Haga un relato de lo que le conste con relación con el origen, elaboración y difusión de la noticia difundida en la emisión del 23 de octubre de 1996 sobre “El cartel del Puerto de Buenaventura”. CONTESTO: Como usted sabrá ha pasado mucho tiempo y no es fácil para un periodista recordar con exactitud cada noticia que emite, sin embargo ya he tenido contacto con los abogados de las personas que están demandando y algo he podido saber por lo tanto estoy en el derecho en cuanto al origen de la noticia de remitirme al derecho que tengo de reserva de mis fuentes (...)”

Declaración con fecha 26 de febrero de 2001 (Fls. 221 y 22 C.2)

“(…) PREGUNTADO POR EL DESPACHO: Haga un relato de lo que le conste con relación con el origen, elaboración y difusión de la noticia difundida en la emisión del 23 de octubre de 1996 sobre “El cartel del Puerto de Buenaventura”. CONTESTO: Allí hay que hacer claridad sobre dos cosas: yo recibí el casete del noticiero de ese día de manos del abogado demandante, en el casete aparecen dos noticias difundidas en la emisión una, sobre un decomiso de un cargamento de cocaína en un barco de bandera ecuatoriana, yo no estuve en el sitio, la Policía Nacional entregó el video aquí en Bogotá y hubo rueda de prensa en la cual entregaron declaración los altos mandos de la institución e incluso el Director de la DEA en Colombia; así que por esa información no puedo responder yo. De todas maneras en esa ocasión nunca se mencionaron nombres particulares; Lo segundo en lo que se debe hacer claridad es que aparece otra noticia sobre un informe de la conformación del Cartel de Narcotráfico en Buenaventura, tengo que decir con respecto a esto, que jamás mencionamos nombres completos, por lo cual, quiero ratificar que el señor O. Isaza del cual se habló en la noticia es o no necesariamente tiene que ser a persona demandante, ya que existe Oscar, Oswaldo, Olmedo, Orlando, en fin una serie de nombres que podrían corresponder a esa inicial o podría tratarse de una mujer no necesariamente de un hombre, en cuanto a la fuente de esta información como periodista acudo al derecho que tengo de Reservado. En cuanto a A. Pinzón reitero no se necesariamente se refiere la noticia al demandante existe Ana, Alba, Andrea o simplemente A (…)”.

I. Declaración de Germán Hoyos Salazar quien fue Presidente de Alcaldas S.A. (Fls. 203 y 204 C.2)

“(…) PREGUNTADO POR EL DESPACHO: Haga un relato de lo que le conste con relación con el origen, elaboración y difusión de la noticia difundida en la emisión del 23 de octubre de 1996 sobre “El cartel del Puerto de Buenaventura”. CONTESTO. Yo no vi, ni oí la noticia pero en la junta directiva del Almacén General del Depósito ALCALDAS luego ALMA BNC, se comentó sobre esa información. En esa época yo me desempeñaba como Presidente Representante Legal de la Empresa (…)

Pregunta el apoderado de la parte demandante. *PREGUNTADO: En su calidad de gerente y representante legal de ALCALDAS, conoció al Ingeniero Oscar Isaza Benjumea y a su esposa Amparo Pinzón, quienes adelantaban negocios en su calidad de socios y representantes legales de la Sociedad Contenedores y Servicios con sede en Buenaventura. CONTESTO: Sí efectivamente conocí al Ingeniero Oscar Isaza y a su esposa, pues la empresa que yo representaba tenía negocios importantes con la firma Contenedores y Servicios de Buenaventura. PREGUNTADO: Sabe usted o nos puede decir las razones por las cuales las negociaciones de la empresa por usted representada y Contenedores y Servicios no se pudieron realizar. CONTESTO: Con el señor Oscar Isaza y su esposa trabajamos un proyecto de contrato de “Cuentas en Participación” para explotar comercialmente las instalaciones de bienes y servicios en Buenaventura, trabajamos el proyecto, elaboramos un primer borrador de contrato que fue sometido a consideración de la Junta Directiva del almacén de depósito, quienes me manifestaron que existían rumores relacionados con el señor Isaza sobre actividades aparentemente de narcotráfico y que antes de continuar las negociaciones*

debería verificar que tanto la firma Contenedores y Servicios como los socios de ella no tenían ninguna vinculación con estas actividades, quiero anotar que ALCALDAS como entidad vigilada por la Superintendencia Bancaria y su accionista mayoritario Bco de Caldas tenían que tener especial cuidado en celebrar negociaciones con personas relacionadas con este tema pues las normas de la Superintendencia Bancaria sobre lavados de activos y participación de entidades financieras con estas compañías son muy estrictas. Por esta razón suspendimos las conversaciones y solicité a la Dirección Nacional de Estupefacientes que me certificara si contra la citada compañía y/o sus socios se adelantaba alguna investigación. Ese despacho me manifestó que ese tipo de información no la daban y que debía dirigirme al DAS, como en efecto lo hice, esa entidad me manifestó que esa información no estaba consolidada y que debía de dirigirme a todas y cada una de las regionales del DAS en el país para solicitar la certificación. Ante la imposibilidad de obtener en un corto tiempo ese tipo de certificaciones tuvimos que suspender las negociaciones con Contenedores y Servicios, y en consecuencia no se pudo volver a estudiar el tema en la Junta Directiva.

PREGUNTADO: La sospecha de que los socios Oscar Isaza y Amparo Pinzón de la empresa Contenedores y Servicios estaban vinculados al narcotráfico en la ciudad de Buenaventura, surgió en la noticia difundida por el noticiero QAP en la noche del 23 de octubre de 1996 y que si bien no fue vista por usted sí pudo ser vista por alguno de los señores miembros de la Junta Directiva de ALCALDAS. CONTESTO: No puedo precisar con exactitud si alguno de ellos vio la noticia, el hecho fue que aparentemente por la publicación de la citada noticia el rumor se extendió dentro de las personas que habitualmente teníamos relaciones con la ciudad de Buenaventura (...).

m. Declaración de Julián Enrique Chavarro Callejas, quien para la época de la declaración laboraba en ALMAGRARIO S.A. (Fls. 205 y 206 C.2)

(...) PREGUNTADO POR EL DESPACHO: Haga un relato de lo que le conste con relación con el origen, elaboración y difusión de la noticia difundida en la emisión del 23 de octubre de 1996 sobre "El cartel del Puerto de Buenaventura". CONTESTO: La noticia nunca la vi por TV y segundo no me consta nada de lo que me dijeron que se relacionaba la noticia.

Pregunta el apoderado de la parte actora: PREGUNTADO: En 1996 usted se desempeñaba en el cargo de Vicepresidente de ALCALDAS S.A. CONTESTO: Sí, vicepresidente de operaciones. PREGUNTADO: En su calidad de vicepresidente de operaciones conoció usted a los señores Oscar Isaza y Amparo Pinzón quienes en su calidad de socios de la empresa Contenedores y Servicios con sede en Buenaventura adelantaban negociaciones comerciales con la sociedad a la cual usted está vinculado y en caso afirmativo cuáles eran esas negociaciones y si ellas culminaron o en su defecto fracasaron y porque (sic) motivos. CONTESTO: Sí, conocí al señor Oscar Isaza y a la señora Pinzón no, ALCALDAS con su sucursal en Buenaventura tenía contactos comerciales con Contenedores y Servicios para el manejo de contenedores, vacíos y llenos que llegaban a Buenaventura con carga de nuestros clientes, y posteriormente se planteó la posibilidad de realizar un acuerdo entre las partes para explotar el negocio de contenedores en Buenaventura, esta operación no se pudo culminar. Para adelantar y llevar a término el negocio, la administración del ALCALDAS requería la autorización de la Junta Directiva y esta al conocer las noticias que vinculaban al señor Oscar Isaza con operaciones de narcotráfico no autorizó a la administración para seguir adelante. La noticia la conocimos por intermedio del señor Oscar Isaza directamente (...).

n. Declaración de Darío Patiño (Fls. 217 a 219 C.2)

“(…) PREGUNTADO POR EL DESPACHO: Haga un relato de lo que le conste con relación con el origen, elaboración y difusión de la noticia difundida en la emisión del 23 de octubre de 1996 sobre “El cartel del Puerto de Buenaventura”. CONTESTO. Para ese momento era el Subdirector del Noticiero QAP y mi función consistían en coordinar durante todo el día el trabajo de los periodistas, enterarme de los temas que cada uno estaba tratando y tener preparado un informe de la actividad de ellos, para que al final del día las directoras en conjunto conmigo elaboráramos el orden de continuidad del noticiero, posteriormente en conjunto y sobre la base de la información que todos los periodistas aportaban, elaborábamos los titulares del noticiero y la presentación de cada una de las noticias. En particular frente a la historia que se menciona tengo el recuerdo somero de su divulgación, como es de suponer diariamente y durante seis años estuve cumpliendo la misma función en ese noticiero, fueron centenares de noticias las que se difundieron (...) solo puedo decir que la periodista asignada a cubrir las fuentes de la policía nacional era la señorita Victoria Eugenia Dávila quien permanentemente proporcionaba información suministrada por dichas fuentes, siempre nos encargábamos de cerciorarnos de que la información proviniera de una fuente, como sucedió en este caso (...).”

Pregunta el apoderado PREGUNTADO: (...) como bien usted lo acaba de afirmar, el noticiero QAP confirmaba las noticias que suministraban los señores periodistas. CONTESTÓ: Yo digo es que nosotros nos encargábamos de cerciorarnos con los periodistas de que su información viniera de una fuente autorizada, no era que el subdirector o las directoras llamaran a las fuentes directamente para confirmar la información. PREGUNTADO: En el caso concreto, las suministradas por la periodista Victoria Eugenia Dávila quien según usted lo ha manifestado, estaba asignada al cubrimiento de los informes suministrados por la Policía Nacional, en el evento de esta noticia o cualquier otra proveniente de la Policía Nacional, recibió alguna vez por parte de esta entidad solicitud de rectificación que usted haya conocido al noticiero por haber propagado alguna noticia inexacta. CONTESTO: Frente a este caso en concreto del que me estoy enterando hoy no recuerdo haber recibido rectificación ni frente a cualquier otra. Agregó el declarante que “(...) Teniendo conocimiento hoy de los actores de la demanda y la información a la que se hace relación y revisando el contenido de la misma aportado por el Doctor Ramírez, no tengo certeza de que en la información se haya incluido el nombre de los demandantes, pues como se aprecia la información solo enumera unas iniciales, y unos apellidos y quiero reiterar que el noticiero QAP, siempre transmitió a sus periodistas la necesidad indeclinable de que la información proviniera de una fuente oficial, aunque no necesariamente y al amparo de la ley esta fuera identificada (...)”.

o. Dictamen pericial elaborado por peritos contadores para determinar los perjuicios materiales generados a los demandantes en sus empresas. (Fls.157 a 183 C.2).

5. Daño antijurídico¹³.

¹³ Puede verse en la doctrina el tema tratado en: SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, próximo a publicación”, BREWER CARÍAS, Allan R,

El daño antijurídico comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual¹⁴ y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “*el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio*”¹⁵; o la “*lesión de un interés o con la alteración “in pejus” del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa*”¹⁶; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “*irrazonable*”¹⁷, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general¹⁸.

En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la “antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración, sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”¹⁹. Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado “*que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del*

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, en imprenta.

¹⁴ “(...) el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.185. Martín Rebollo se pregunta: “¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión”. MARTIN REBOLLO, Luis. “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas”, en BADELL MADRID, Rafael (Coord). Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA). Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279.

¹⁵ LARENZ. “Derecho de obligaciones”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

¹⁶ SCONAMIGLIO, R. “Novissimo digesto italiano”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

¹⁷ “(...) que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.186.

¹⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción”, próximo a publicación.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales “debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuricidad (sic)”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.168.

*Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración*²⁰.

De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º), la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”²¹.

Debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala, un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”²². Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable²³, anormal²⁴ y que se trate de una situación jurídicamente protegida²⁵.

En el *sub lite* se encuentra acreditado el daño antijurídico consistente en el menoscabo y la restricción indebida, anormal y antijurídica del ejercicio eficaz de los derechos al buen nombre y a la honra de los demandantes, como consecuencia de la información con base en la cual fueron asociados como personas integrantes de un cartel del narcotráfico del Pacífico, por razón de una noticia periodística difundida en un medio de comunicación televisivo, y reproducida en medios de prensa, lo que se materializó en el tráfico jurídico financiero y consistió en la imposibilidad de aperturar cuentas bancarias, solicitar créditos ante entidades financieras y realizar negociaciones comerciales con otras personas naturales o jurídicas del lugar en donde desarrollaban su actividad económica, esto es, la ciudad de Buenaventura.

Se trata de un daño cuya antijuridicidad radica en la gravedad que reviste para el ejercicio de los derechos al buen nombre y a la honra que tuvo tal amplitud que se proyectó no sólo en la esfera personal, sino económica y comercial de los

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que “no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiéndose por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. 1ª ed. Navarra, Aranzadi, 2011, p.297.

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que “la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos”, definiéndose como “violación de una norma especial o de la más genérica *alterum non laedere*”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.298.

²² Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirse al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550.

²³ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente: 2001-01541 AG.

²⁴ “(...) por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente: 12166.

²⁵ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente: 1999-02382 AG.

demandantes como quedó acreditado. Así mismo, se probó que el daño ocasionado tiene carácter especial, ya que desde la perspectiva de todo ciudadano en el ejercicio ordinario y de los límites a los derechos vulnerados, buen nombre y honra, los demandantes no estaban llamados a soportarlo, especialmente porque se produjo la afectación anormal de la dignidad de los demandantes.

Tal daño antijurídico se puede comprobar con las declaraciones de algunos testigos como por ejemplo el Gerente del Banco de Bogotá (Edgar Toro Villota Fls. 1 a 3 C.2), quien vio y conoció la noticia y, la entidad para la cual laboraba, procedió a llamar a los demandantes para que dieran una explicación sobre la información emitida en los medios de comunicación, sin embargo, la entidad financiera fue recortando los cupos de crédito. Así mismo, el Gerente del Banco Santander (José René Osorio López Fls. 5 a 7 C.2) y un empleado de la misma entidad (Juan Carlos Restrepo Saavedra Fls. 45 y 46 C.2) antes Bancoquía), indicaron en sus declaraciones que no se aceptó la vinculación de los demandantes como clientes de la entidad financiera, en atención a la información de prensa y televisión divulgada, por cuanto consideraron que los demandantes eran sospechosos de la realización de actividades ilícitas.

También puede observarse la declaración de la Gerente del Banco Ganadero (Mary Estrada Valdés Fls. 41 a 44 C.2) quien indicó que la Contraloría le solicitó certificar que las personas mencionadas en la noticia eran o no los demandantes quienes eran clientes del banco, para lo cual ella informó que no podía certificar tal información por cuanto la noticia solo daba iniciales sin nombre completos.

Por su parte, Germán Hoyos Salazar, quien fue gerente de ALCALDAS S.A., indicó que se frustró una negociación que se tenía entre dicha entidad y la empresa Contenedores y Servicios S.A., de propiedad de los actores, debido a los rumores sobre las presuntas actividades del narcotráfico en los que estaban involucrados los actores. La misma situación la puso en conocimiento Julián Enrique Chavarro Callejas en su declaración y que fue vicepresidente de ALCALDAS.

Por último, al observar la encuesta realizada a 100 personas pertenecientes al gremio comercial en general, así como funcionarios públicos de Buenaventura, se pudo observar que de estas personas, 74 de ellas en términos generales conocían a O. Isaza, bien sea sus iniciales, su actividad y/o empresas. De 100 personas, 9 de ellas consideraron que el señor Oscar Isaza era uno de los líderes empresariales de la región. (Encuesta efectuada por Publinet contratada por los demandantes)

6. La imputación de la responsabilidad

6.1 Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado²⁶.

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”²⁷ de la responsabilidad del Estado²⁸ y se erigió como garantía de los derechos e intereses

²⁶ Puede verse en la doctrina el tema tratado en: SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, próximo a publicación”, BREWER CARÍAS, Allan R, SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, en imprenta.

²⁷ En la jurisprudencia constitucional se indica: “*El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades*

de los administrados²⁹ y de su patrimonio³⁰, sin distinguir su condición, situación e interés³¹. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”³². Como bien se sostiene en la doctrina, la “responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad³³; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”³⁴.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado³⁵ tiene como fundamento la

de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

²⁸ La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

²⁹ Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49. La “responsabilidad es, desde luego, en primer lugar una garantía del ciudadano, pero, coincidiendo en esto con otros autores (sobre todo franceses: Prosper Weil, André Demichel), creo que la responsabilidad es también un principio de orden y un instrumento más de control del Poder”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.308.

³⁰ “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

³¹ La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2006, expediente AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. Essai d une théorie general de la responsabilité civile considerée en sa doublé fonction de garantie et de peine privée. Paris, 1947.

³² RIVERO, Jean. Derecho administrativo. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français”, en Revue de Droit Public, 1951, p.685; BÉNOIT, F. “Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, en JurisClasseur Publique, 1954. T.I, V.178.

³³ “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”. MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

³⁴ MIR PUIGPELAT, ob., cit., p.120-121.

³⁵ “3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –

determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública³⁶ tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo³⁷, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012³⁸ y de 23 de agosto de 2012³⁹.

En cuanto a la imputación, exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica⁴⁰, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la “superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”⁴¹.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁴², según el cual, la indemnización

en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado”. Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

³⁶ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “*los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado*”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, expedientes: 10948-11643. Es, pues “*menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’*”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “*En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público*”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

³⁷ “*Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado*”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213.

³⁸ Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente: 21515. MP: Hernán Andrade Rincón.

³⁹ Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente: 23492. MP: Hernán Andrade Rincón.

⁴⁰ “*La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos*”. SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

⁴² En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “*Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)*”. KANT, I. La metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En

del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁴³. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de *las estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas*⁴⁴.

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que *“parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”*⁴⁵. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”⁴⁶.

Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de *“excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”*⁴⁷. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no⁴⁸. Es más, se sostiene doctrinalmente *“que la responsabilidad*

nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: *“La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”*. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁴³ El *“otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”*. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁴⁴ *“Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”*. MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [<http://criminnet.urg.es/recpe>], p.6 y 7.

⁴⁵ *“El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”*. GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, p.77 ss.

⁴⁶ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁴⁷ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁴⁸ JAKOBS, G. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: *“De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo (...) No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”*. Sentencia de 24 de febrero de 2005, expediente: 14170.

objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños⁴⁹.

Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad⁵⁰ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación⁵¹ que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”⁵².

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que “el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección⁵³ frente a

⁴⁹ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

⁵⁰ “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización (...) En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.

⁵¹ “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

⁵² ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. Between Facts and Norms, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. Habermas on Law and Democracy. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

⁵³ Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”. CASAL H, Jesús María.

determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁵⁴. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano⁵⁵.

Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

⁵⁴ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

⁵⁵ “En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad⁵⁵, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber: 1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro. Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás. 2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso. Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos (Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Págs. 796 y ss)”. Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. En la doctrina se afirma que la “posición de garantía” debe modularse: “(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas”. JAKOBS, Günther. Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal. 1ª reimp. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16.

En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante⁵⁶.

Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcar por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal⁵⁷, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse (...) que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”⁵⁸, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho⁵⁹.

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado⁶⁰, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede aplicar la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos⁶¹, que en muchas ocasiones no se reducen al

⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

⁵⁷ “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

⁵⁸ MIR PUIGPELAT, ob., cit., p.204.

⁵⁹ “el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”. MARTÍN REBOLLO, ob., cit., p.308.

⁶⁰ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; 23 de agosto de 2012, expediente: 23492.

⁶¹ Merkl ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la *conditio sine qua non*, sino *conditio per quam* de la administración”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211. Para Martín Rebollo: “Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento

ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder hacer su encuadramiento en la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera:

“(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación”⁶².

Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo⁶³ que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

6.2. El caso en concreto

6.2.1 Delimitación del caso concreto.

Conforme a las pretensiones y fundamentos fácticos de la demanda, la Sala abordará el análisis del caso para determinar si hubo influencia y acción determinante de las entidades demandadas en la información emitida por algunos medios de comunicación, especialmente por el noticiero Q.A.P., que se transmitió a nivel nacional en la noche del 23 de octubre de 1996, y que como consecuencia de ella, se generó un daño antijurídico consistente en el menoscabo y la

comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”., ob., cit., p.311.

⁶² *“En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado”. Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515 y 23 de agosto de 2012, expediente: 24392.*

⁶³ *“En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda: ineficiente”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.174. De acuerdo con Martín Rebollo “(...) es que la responsabilidad pública es un tema ambivalente que, a mi juicio, no debe ser enfocado desde el estricto prisma de la dogmática jurídico-privada. Esto es, no debe ser analizado sólo desde la óptica de lo que pudiéramos llamar la justicia conmutativa, aunque tampoco creo que éste sea un instrumento idóneo de justicia distributiva. La responsabilidad es, desde luego, siempre y en primer lugar, un mecanismo de garantía. Pero es también un medio al servicio de una política jurídica. Así lo señala Ch. Eisenmann: el fundamento de la responsabilidad puede ser la reparación del daño, pero su función «remite a la cuestión de los fines perseguidos por el legislador cuando impone una obligación de reparar. En este sentido –concluye– la responsabilidad es un medio al servicio de una política jurídica o legislativa»”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”, en AFDUAM: no.4, 2000, p.307.*

restricción indebida, anormal y antijurídica del ejercicio eficaz de los derechos al buen nombre y a la honra de los demandantes. Dado que se trata de examinar la imputación de la responsabilidad de las entidades demandadas por el daño antijurídico ocasionado, que comprende la vulneración de derechos reconocidos no sólo constitucionalmente, sino también consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, la presente providencia se enmarca en el ámbito del control de convencionalidad⁶⁴ que le corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa colombiana aplicar.

En el moderno derecho administrativo, y en la construcción de la responsabilidad extracontractual del Estado lo relevante es la “víctima” y no la actividad del Estado, ya que prima la tutela de la dignidad humana, el respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos, y de los derechos humanos. Su fundamento se encuentra en la interpretación sistemática del preámbulo, de los artículos 1, 2, 4, 13 a 29, 90, 93 y 94 de la Carta Política, y en el ejercicio de un control de convencionalidad de las normas, que por virtud del bloque ampliado de constitucionalidad, exige del juez contencioso observar y sustentar el juicio de responsabilidad en los instrumentos jurídicos internacionales (Tratados, Convenios, Acuerdos, etc.) de protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, bien sea que se encuentren incorporados por ley al ordenamiento jurídico nacional, o que su aplicación proceda con efecto directo atendiendo a su carácter de “ius cogens”⁶⁵.

6.2.2 Delimitación de lo afirmado en la demanda a partir de la base probatoria.

Antes de resolver el problema jurídico, es necesario dejar claridad sobre el contenido del video de las notas periodísticas, ya que la parte demandante en sus pretensiones solicitó la declaratoria de la responsabilidad de la Policía Nacional por la influencia y acción determinante en la información emitida por un noticiero de carácter nacional, pero en el sustento jurídico y fáctico de sus pretensiones también indicaron que fueron los altos mandos de la entidad demandada, quienes dieron a conocer al público los integrantes del cartel del Puerto de Buenaventura (Fl. 276 C.1). Lo anterior, por cuanto visto y analizado el video en VHS allegado al proceso, la primera noticia tiene que ver con la incautación y captura de un buque denominado “Don Celso” en la playa de Esmeralda, por miembros de la Policía ecuatoriana y colombiana, embarcación que contenía varios cargamentos de droga. Posteriormente los altos mandos de la Policía como el Subdirector y el Director de Antinarcóticos, así como el Director de la DEA en Colombia, manifestaron en términos generales la noticia sobre la aprehensión de un barco

⁶⁴ “La cláusula en cuestión (responsabilidad del Estado consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política), así vista, afirma de manera indiscutible los presupuestos en los que se sustenta el Estado moderno, donde la primacía no se agota al respeto de los derechos, bienes e intereses consagrados en las cartas constitucionales, sino que se desdobra de tal manera que implica, también, su reconocimiento, medidas y objeto de protección por parte de las normas de derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, con lo que el ámbito de indagación de la responsabilidad se ha venido ampliando de tal manera, que permite sostener, la existencia dentro del Estado social y democrático de derecho de un verdadero “garantismo constitucional”, de un derecho constitucional de la responsabilidad de los poderes públicos, basado en el respeto pleno del ordenamiento jurídico interno e internacional; sustentado en los lasos articuladores de la comunidad internacional y en la buena fe que materializan las relaciones internacionales. Son los Estados en comunidad, los vigilantes y garantes mutuos, en últimas, de todo este inmenso sistema de protección”. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, próximo a publicación”, BREWER CARÍAS, Allan R, SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, en imprenta.

⁶⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, próximo a publicación”, BREWER CARÍAS, Allan R, SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, en imprenta.

con algunas toneladas de cocaína, la lucha y apoyo por parte de las autoridades estadounidenses contra el delito de narcotráfico, y por último, la captura de 5 sospechosos por parte de las autoridades ecuatorianas y colombianas, entre los cuales, se encontraba el capitán del buque de nacionalidad colombiana.

La segunda noticia inicia con el dicho de la presentadora Inés María Zabarain al indicar que de acuerdo a la información del noticiero el día anterior (22 de octubre de 1996), fuentes de inteligencia mostraron el nuevo cartel del Puerto de Buenaventura, y la periodista Dávila enunció las iniciales y apellidos de quienes conformaban esta red de narcotráfico y las funciones que cumplía cada uno de ellos. Por lo tanto, la cuestión que debe resolverse por parte de esta Sala se refiere a determinar si los datos o la información divulgada por los medios de comunicación, en especial el noticiero Q.A.P., se dieron con ocasión de la liberación, filtración o indebido manejo de la misma por parte de la Policía Nacional, a través de sus organismos de inteligencia.

6.2.3 El deber de administrar la información en cabeza del Estado y la tutela efectiva de los derechos de los administrados (buen nombre, honra e intimidad).

Para iniciar el análisis del caso, es importante resaltar que el presente asunto es susceptible de la acción de reparación directa⁶⁶, en atención a que con ella se pretende la declaratoria de responsabilidad y la consecuente indemnización de perjuicios causados por la Administración pública, consistente en liberar, filtrar o manejar indebidamente (bien sea por activa, o por pasiva) información, que está en cabeza de las autoridades públicas, catalogada como reservada (o propia de organismos de inteligencia), o que hace parte de procesos de investigación policial, a los medios de comunicación, y de la que se hizo desprender sospechas, sindicaciones, presunciones e, incluso, imputaciones contra los actores, y que generó en los receptores de la misma, desinformación y asociaciones lesivas a los derechos subjetivos de los demandantes, ya que las iniciales y apellidos indicados en la nota periodística y en prensa fueron relacionadas con los nombres de aquéllos, considerando que éstos se encontraban ejerciendo actividades ilícitas relativas al narcotráfico, lo que generó un daño antijurídico acreditado con los medios de prueba obrantes en el expediente y que, se confirma en todas sus partes lo dicho por los demandantes, respecto del cual cabe hacer el juicio de imputación respectivo.

Ahora bien, es de anotar que en el *sub lite* se verifica la tensión entre el acceso a la información que reposa en cabeza del Estado (de sus autoridades judiciales o policiales), como expresión del sistema democrático, y el respeto de los derechos al buen nombre, honra e intimidad de todo administrado, los cuales deben ser garantizados por las autoridades, incluso, por aquéllas que cumplen funciones administrativas, en especial, para el caso que nos ocupa, por las autoridades de Policía cuando desarrollan funciones de inteligencia, teniendo en cuenta que la información que éstos poseen, debe ser administrada y manejada, debida y razonablemente, bajo ciertos parámetros y límites propios de la reserva, o que se aconsejen en función de la tutela efectiva de los derechos de los administrados que puedan ser vulnerados. En la doctrina moderna del derecho administrativo se sostiene:

⁶⁶ Artículo 86 del C.C.A. Subrogado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998. *La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa.* (Subrayado fuera del texto)

“La Administración puede, a tal efecto, proporcionar información, permitir el acceso a documentos o poner a disposición información en cualquier otro modo. Está obligada a conceder el acceso en la forma en que lo haya solicitado el requirente, salvo que en contra de ello exista alguna razón de mayor importancia, especialmente en el caso de un coste claramente superior para la Administración. El derecho de información decae si y en tanto en cuanto se le oponga intereses públicos especiales, en particular intereses en el mantenimiento del secreto, así como la protección de datos personales... Las Leyes sobre acceso a la información deben servir para construir los derechos de participación democrática de los ciudadanos, así como para fortalecer el control democrático de los poderes públicos”⁶⁷. (subrayado fuera de texto).

Pero además, estos derechos deben articularse con el derecho-deber correlativo que tiene el Estado de investigación (policial y judicial) de las personas y sus actividades, cuando se busca determinar la comisión o realización de conductas constitutivas de conductas punibles tipificados en la legislación penal interna (o internacional). En el ejercicio de este derecho-deber, íntimamente relacionado con la garantía constitucional y supra-constitucional de acceso a la administración de justicia, el Estado (por medio de sus organismos) *“puede acumular información sólo en la medida en que lo exige la concreta misión que tiene encomendada, puede convertirse en un principio aplicable a la organización y al procedimiento, que rija toda la actividad del ejecutivo relacionada con el manejo de información”*⁶⁸. Con otras palabras, la administración pública está llamada a “ADMINISTRAR”, más que a “DIFUNDIR INDISCRIMINADAMENTE” la información que como producto de procedimientos de investigación policial o judicial repose en su cabeza, ya que es un principio de actuación que se irradia y se refuerza, especialmente, tratándose de datos con los que pueda vulnerarse derechos de los administrados.

6.2.4 La garantía del ejercicio de la libertad de información reconocido a los medios de comunicación y la protección de los bienes constitucionales y convencionales al buen nombre y a la honra.

El derecho a la información, que sobra advertir, no sólo se reduce a su esfera de protección en el artículo 20⁶⁹ de la Constitución Nacional, sino que comprende, y en esto debe el juez contencioso administrativo operar en virtud del control de convencionalidad, también su consagración y alcance según el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (que fue incorporada al derecho colombiano por la ley 16 de 1972), tiene por objeto no solo la garantía de la libertad de quienes son los sujetos activos que difunden o emiten una noticia, una

⁶⁷ MAURER, Hartmut, Derecho administrativo. Parte General, Marcial Pons, Madrid, 2011, p.488 y 489.

⁶⁸ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema, Marcial Pons, Madrid, 2003, p.274.

⁶⁹ Bajo lo establecido en el artículo 93 de la Carta Política, el derecho a la información se encuentra internacionalmente protegida en los siguientes instrumentos: Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968) en su artículo 19 numeral 2: *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.* Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto San José de Costa Rica” (Ley 16 de 1972) artículo 13 No. 1: *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.* Declaración Universal de los derechos humanos, artículo 19: *Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión*

investigación, una información en términos generales, (que hacen periodismo, periodistas y empresas periodísticas, los medios de comunicación –en todas sus formas- todos ellos actores del derecho a la información) sino también el derecho de quienes la reciben⁷⁰. La información que los medios de comunicación transmiten a la comunidad, debe contener las características de veracidad e imparcialidad⁷¹, esto es, que la misma corresponda a los acontecimientos que son materia noticiosa sin que puedan, quienes ejercen la actividad periodística, o en quienes radica la misma y están en el deber de administrarla razonablemente, esto es, el Estado, manipularla para ciertos fines o intereses, ya que con fundamento en el artículo 95 numeral 1º de la Carta Política, no puede afectarse la dignidad, el buen nombre y la honra de las personas⁷². En el contexto de la Convención Americana de Derechos Humanos, la “Corte ha señalado anteriormente, con respecto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social”⁷³.

Según el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la libertad de información tiene como una de sus manifestaciones clásicas la libertad de prensa que cumple con unas funciones específicas, entre ellas, ser un control de poder (dentro de la idea de una sociedad democrática) y ser depositaria de la confianza pública. La primera de ellas, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional la “*desempeñan los medios haciendo visibles, describiendo, evaluando y criticando los diferentes procesos y gestiones sociales y estatales*”; en tanto que la función de confianza pública, se corresponde con la actividad de los medios en poner en conocimiento las inquietudes de los ciudadanos. “*Las personas confían en que los medios de comunicación interpreten oportuna y fielmente lo que los ciudadanos piensan y sienten y luego se lo comuniquen a toda la comunidad de manera clara e inteligible para todos*”⁷⁴.

Consecuencia de lo anterior, el ejercicio de la libertad de prensa como manifestación del derecho a la información, en un Estado democrático se constituye en un instrumento de libertad y de legitimidad democrática. En ese sentido, los periodistas, las empresas periodísticas y los medios de comunicación en general, son autores vivos de la realidad social⁷⁵, para lo cual pueden manejar todas las fuentes que estén a su alcance, utilizándolas siempre bajo los parámetros definidos constitucional, y convencionalmente, sin que su ejercicio abusivo pueda implicar la vulneración de derechos de las personas, en especial

⁷⁰ Ver entre otras, sentencias de la Corte Constitucional T-512 de 1992; T- 259 de 1994; T- 1225 de 2003; T-209 de 2009. También puede verse decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Ivche Bronstein vs. Perú, 6 de febrero de 2001; Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2 de julio de 2004; caso Kimel vs. Argentina, 2 de mayo de 2008; caso Usón Ramírez vs Venezuela, 20 de noviembre de 2009.

⁷¹ Ver sentencia T- 259 de 1994; T- 1198 de 2004 y T-259 de 2009.

⁷² *Ibidem*. El artículo 95 numeral 1º de la C.N establece: *Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.*

⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2 de julio de 2004; Caso Ivche Bronstein vs. Perú de fecha 6 de febrero de 2001.

⁷⁴ Ver entre otras las sentencias T-080 de 1993, T-066 de 1998, T-1000 de 2000, C-650 de 2003; T-1225 de 2003.

⁷⁵ La Corte Europea también ha reconocido este criterio, al sostener que la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo. Dicha libertad no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Cfr. Caso Ivche Bronstein vs. Perú de fecha 6 de febrero de 2001.

aquellos que tienen relación directa con el honor, la honra, el buen nombre y la intimidad, para lo cual el Estado debe estar atento, como sujeto activo, a controlar y adoptar las medidas correspondientes, ya que no se trata de un derecho absoluto.

Ahora bien, cuando se trata de difundir y poner en conocimiento noticias de carácter judicial o derivadas de investigaciones adelantadas por organismos policiales, de inteligencia o de seguridad del Estado, es deber de los medios de comunicación encausarlos en informaciones objetivas y no especulativas, ni puede versar sobre hechos inciertos ni en conclusiones deducidas apresuradamente por los periodistas, por cuanto puede generar un menoscabo en los derechos de las personas involucradas en las informaciones noticiosas⁷⁶. Pero esta obligación tiene a su vez un deber en relación con aquellos que tienen la información, tal es el caso por ejemplo de las autoridades de la República que conservan o poseen información privilegiada o de reserva, especialmente aquella que tiene origen en labores investigativas y de inteligencia, que requieren no sólo de un mínimo de contenido certero y concreto respecto de personas o cosas que implican una alteración al orden público o a la seguridad nacional, sino que exigen la máxima responsabilidad al momento de difundir dicha información, o de ponerla a disposición de los medios de comunicación, ya que en caso de no contar con la razonable veracidad, imparcialidad y transparencia, puede representar la vulneración de los derechos constitucionales y supraconstitucionales al honor, honra, buen nombre e intimidad de las personas.

Bajo esta perspectiva del derecho a la información, guarda una relación inevitable con los derechos constitucionales y supraconstitucionales del buen nombre, honra, honor e intimidad, en la medida en que los mismos deben ser preservados en todas las instancias del proceso informativo. El derecho al buen nombre consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política⁷⁷, alude:

"(...) al concepto que del individuo tienen los demás miembros de la sociedad en relación con su comportamiento, honestidad, decoro, calidades, condiciones humanas y profesionales, antecedentes y ejecutorias. Representa uno de los más valiosos elementos del patrimonio moral y social de la persona y constituye factor indispensable de la dignidad que a cada uno debe ser reconocida (...)"⁷⁸.

⁷⁶ En sentencia T- 259 de 1994 se expuso lo siguiente: "(...) Así acontece, por ejemplo, cuando se divulgan elementos propios de la vida íntima de las personas, afectando el derecho plasmado en el artículo 15 de la Constitución, o cuando un determinado contexto informativo, pese a estar basado en hechos ciertos, induce a que los receptores de la noticia, por razón de la forma en que ella es presentada, lleguen a conclusiones que implican daño a la honra, la fama o el buen nombre de los involucrados en aquéllas, o comporta simultáneamente una concepción inexacta de los hechos y el quebranto directo del derecho a la intimidad de una persona o atenta contra su dignidad humana (...)"

⁷⁷ El derecho al buen nombre y a la honra se encuentra protegido internacionalmente en los siguientes instrumentos: Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos (Ley 74 de 1968) Artículo 17 No. 1: *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.* Convención Americana sobre derechos humanos "Pacto San José de Costa Rica" (Ley 16 de 1972) Artículo 11: *1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.* Declaración universal de los derechos humanos, artículo 12: *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.*

⁷⁸ Tal concepción se puede ver en sentencias de la Corte Constitucional T-412 de 1992; T-047 de 1993; T-097 de 1994; T- 228 de 1994; T- 259 de 1994; SU.056 de 1995; SU.082 de 1995; SU.089 de 1995; T-189 de 1995; T-360 de 1995; T-355 de 2002, T- 1198 de 2004.

Así mismo, ha establecido la Corte Constitucional que en el evento en que una persona pueda reclamar la protección de dicho derecho, también depende de un reconocimiento externo, identificado como una aceptación social⁷⁹, pero no se vulnera el mismo, cuando es la persona directamente quien le ha impuesto el demérito a sus conductas y ha perturbado su propia imagen ante la colectividad⁸⁰.

Por su parte, el derecho a la honra consagrado en el artículo 21 de la Constitución Nacional, ha sido concebido por la Corte Constitucional como un derecho que:

“(...) toma su valoración de conformidad con las actuaciones de cada quien en particular y de conformidad con su manera de ser, su comportamiento en sociedad, el desenvolvimiento en el núcleo social donde vive y con quienes comparte su existencia que hace que los demás se formen un criterio respecto de los valores éticos, morales, sociales de su buen vivir y le valoren su condición de ser social en un plano de igualdad dentro de los criterios objetivos de ponderación de la dignidad humana. El derecho a la honra es un derecho personalísimo porque sólo se predica de los individuos en su condición de seres sociales (...)”⁸¹.

Con fundamento en lo anterior, se vulneraría el derecho al buen nombre y/o a la honra, cuando, sin fundamento alguno, se propagan entre el público -bien en forma directa y personal, ya a través de los medios de comunicación de masas -informaciones falsas o erróneas o especies que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo y que, por lo tanto, tienden a socavar el prestigio y la confianza de los que disfruta en el entorno social en cuyo medio actúa, o cuando en cualquier forma se manipula la opinión general para desdibujar su imagen. Y, si bien los medios de comunicación en el ejercicio de la libertad de información puede estar expuestos al recibir material con el que se pueda producir la vulneración de los bienes jurídicos constitucionales y convencionales al buen nombre y a la honra, debe partirse de considerar la buena fe tanto del medio de comunicación, o del periodista, sin perjuicio de advertir, siguiendo la jurisprudencia constitucional, que en “lo atinente a la carga asumida por quienes emiten la información, ha recalcado la Corte Constitucional que debe presumirse la buena fe del comunicador y que, por lo tanto, si una persona alega una vulneración de sus derechos constitucionales fundamentales por la difusión de una información falsa, debe probar que lo es⁸². Con todo, la buena fe del periodista no excluye la posibilidad de que pueda caer en error, a pesar de que haya cumplido con la obligación de verificar su información, pues la misma naturaleza dinámica de su labor le impide, en algunos casos, ser tan exhaustivo. Por lo tanto, esta presunción de buena fe no excluye la posibilidad de error y tampoco, ostenta el carácter de una presunción de derecho que no admita prueba en contrario. El juez de tutela debe entrar a constatar en cada caso si el medio de comunicación ha incurrido en un error evidente o si, existen elementos que permitan desvirtuar la presunción constitucional de buena fe del periodista”⁸³.

⁷⁹ Sentencia SU - 1723 de 2000 y T- 437 de 2004.

⁸⁰ Ver entre otras. Sentencia T- 228 de 1994; T - 437 de 2004 y T- 219 de 2009.

⁸¹ Sentencia T- -063 de 1992, T- 209 de 2009 y T- 1198 de 2004. En sentencia T- 494 de 2002, se señaló que “El concepto de honra se debe construir desde puntos de vista valorativos y, en consecuencia, con relación a la dignidad de la persona. Desde dicha perspectiva la honra es un derecho de la esfera personal y se expresa en la pretensión de respeto que corresponde a cada persona como consecuencia del reconocimiento de su dignidad”.

⁸² Corte Constitucional. Sentencia SU-056 de 1995

⁸³ Corte Constitucional. Sentencia T-260 de 2010.

A lo que cabe agregar, que la garantía del ejercicio de la libertad de información comprende, a su vez, el deber de protección cuando se trata del derecho a la honra, al buen nombre, de aquellos sujetos que tienen reconocida una posición social y económica dentro de una comunidad determinada, la vulneración puede ser mayor y manifestarse no sólo en restricciones en la esfera personal, sino también en la económica de los afectados, como puede ser el caso que es objeto de juzgamiento por la Sala⁸⁴. De ahí que sea necesario examinar, brevemente el alcance de la vulneración a los bienes constitucionales y convencionales al buen nombre y a la honra.

6.2.5 La vulneración a bienes constitucionales y convencionales.

Para el presente caso, es necesario, además, determinar y constatar la vulneración a derechos constitucional y convencionalmente reconocidos, respecto de los cuales se entiende que procedería endilgar la responsabilidad a las entidades demandadas, como establecer la reparación a los perjuicios morales reclamados por los demandantes.

En ese sentido, se encuentra que el manejo de la información en poder del Estado puede representar para el administrado, de ser indebido el mismo, la vulneración de bienes jurídicos tales como al buen nombre, a la honra, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad. Cuando el Estado tiene información relacionada con actividades ilícitas, y ésta se encuentra enmarcada con un carácter reservado, de inteligencia, o hace parte de un proceso de investigación policial, su deber de protección de los derechos que por virtud de dicha información puedan resultar vulnerados, restringidos o lesionados se refuerza y consolida, ya no sólo por los estrictos mandatos normativos ordinarios, sino también como resultado del deber positivo de protección de bienes jurídicos constitucionales y convencionales como al buen nombre y a la honra, reconocidos en los artículos 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸⁵. En este sentido, la Corte Constitucional en la

⁸⁴ Cuando se presentan conflictos entre el derecho a la información y los derechos a la honra, el buen nombre y la intimidad, en el caso de las personas y los hechos de importancia públicos, predomina prima facie el primero. En estos eventos, el derecho de información debe ser preferido, en principio, en razón del papel de control del poder que se asigna socialmente a los medios de comunicación. Del reconocimiento de que los medios cumplen en este campo una función importantísima para la vigencia del sistema democrático se deriva que ellos deben gozar de amplia libertad en la tarea de supervisión de las entidades estatales - y de los poderes privados. Si se impusieran fuertes restricciones sobre la prensa en estas áreas se perjudicaría en medida notable su capacidad de vigilancia sobre el correcto desempeño de estos poderes. No desconoce la Corte que la referida amplitud de la libertad de prensa en estos campos puede llegar a afectar los derechos de las personas que se desempeñan en posiciones de notoriedad e interés público. No obstante, en principio habrá de responderse que estas personas, al aceptar su situación social, han consentido tácitamente en una cierta restricción de esos derechos. En efecto, su papel de figuras públicas los convierte en objeto del interés general, por lo cual es de esperar que tanto sus actividades públicas como su vida privada sean observadas de manera minuciosa por parte de la sociedad. (Subrayas en el texto original). Sin embargo ha acentuado la Corporación que la protección de la libertad de información no puede interpretarse de manera que se llegue al extremo de tolerar la difamación injusta de estas personalidades. El hecho de que la persona "afectada" sea una personalidad pública no supone *a priori* la inoperancia de la protección constitucional de los derechos al buen nombre, a la honra y a la intimidad. Simplemente significa, que se tornan más estrictos los juicios tendientes a demostrar que no existe "*un balance en la opinión o que se presenta un ánimo persecutorio*". Así, será, en buena medida, el comportamiento del personaje el que responda a las opiniones y deberá ser *manifiesta la afectación e inadmisibles* los comentarios en una democracia constitucional". Corte Constitucional. Sentencia T-260 de 2010.

⁸⁵ "El derecho a la honra y la reputación está reconocido expresamente en tratados internacionales de derechos humanos tanto universales como regionales, así como en algunas de las constituciones políticas de América Latina. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante "el Pacto") establece en su Artículo 17 que: 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación; 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques. Por su parte, el Artículo 11 de la Convención

sentencia T-043 de 2011 consideró que si “bien respecto de la información transmitida por un programa de televisión se exige veracidad e imparcialidad”, ésta debe ofrecerse siempre que de donde proceda (fuente de información) haga uso debido de la misma, con la máxima prudencia, ya que en caso contrario podía influenciarse indebidamente la opinión y la imagen que en la sociedad, o en una comunidad determinada, tiene un (os) sujeto (s) respecto de los cuales termine formulándose sindicaciones de participación en actividades o grupos ilícitos, por ejemplo.

Singularmente, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, el derecho “al buen nombre, hace referencia a “la buena opinión o fama adquirida por un individuo en razón de la virtud y el mérito, como consecuencia necesaria de las acciones protagonizadas por él”⁸⁶. Se trata entonces de un derecho que gira alrededor de la conducta que observe la persona en su desempeño dentro de la sociedad⁸⁷, al punto de no ser posible el reclamo de su afectación, cuando el comportamiento de la persona misma es el que impide a los asociados “considerarla digna o acreedora de un buen concepto o estimación”⁸⁸. Por su parte, la honra alude a la reputación de la persona en un sentido de valoración intrínseca por cuanto “la honra o reputación es externa, llega desde afuera, como ponderación o criterio que los demás tienen de uno, con independencia de que realmente se tenga o no honor; uno es el concepto interno -el sentimiento interno del honor-, y otro el concepto objetivo externo que se tiene de nosotros –honra–”⁸⁹.⁹⁰

Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "Convención Americana") dispone: Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques. A diferencia del Pacto y de la Convención Americana, el Convenio Europeo de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (en adelante "Convención Europea") no tiene una disposición que consagre expresamente el derecho a la honra y reputación de las personas. Sin embargo, la Comisión Europea de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión Europea") y la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante "la Corte Europea") han desarrollado el concepto jurisprudencialmente interpretando extensivamente el Artículo 8 (derecho a la privacidad e intimidad) de la Convención Europea. Además, también han determinado el alcance de la noción de "reputación" al hacer referencia al Artículo 10 (libertad de expresión) de la Convención Europea, ya que el párrafo 2 de dicha disposición establece que entre las razones válidas para limitar este derecho está la necesidad de proteger la reputación de las personas. El Artículo 11 de la Convención Americana garantiza entonces el derecho de toda persona a que se respete su honra y a que se le garantice el que no haya injerencias *arbitrarias o abusivas* contra su vida privada. Ello implica que el Estado tiene dos tipos de obligaciones: el deber de respetar, o sea de abstenerse de interferir en dicho derecho, y el deber de garantizar, o sea asegurar que bajo su jurisdicción ese derecho no sea vulnerado por las acciones de cualquier persona o entidad. El deber de respetar implica el que los agentes del Estado deben evitar vulnerar los derechos de las personas ya sea por acción o por omisión. El deber de asegurar o garantizar tiene dos dimensiones fundamentales: 1) el Estado debe prevenir las violaciones estructurando su sistema doméstico y sus normas para garantizar los derechos de las personas, y 2) el Estado debe tomar las medidas necesarias en casos específicos, tales como ofrecer los recursos judiciales y/o administrativos necesarios para remediar y reparar una violación. El deber de garantizar opera frente a acciones de actores privados o públicos que vulneren el derecho garantizado. El aparte más relevante del Artículo 11 de la Convención Americana en el tema que nos ocupa establece que nadie puede ser objeto *de ataques ilegales a su honra y reputación*, calificando el tipo de ataques que son arbitrarios o abusivos. El concepto *ilegales* implica entonces que puede haber "ataques" *legales* contra la reputación y la honra. El hecho de que la Convención consagre dicha calificación nos remite a la legislación interna para determinar el tipo de "ataques" que son legales, y cuáles son ilegales. No obstante, el que la legislación doméstica establezca la ilegalidad de cierto tipo de "ataques" no basta para determinar si dicha clasificación se ajusta a la Convención. Como veremos a continuación, a lectura del Artículo 11 debe someterse a ciertas reglas de interpretación y de restricción o limitación de los derechos reconocidos en la Convención”.

⁸⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-411 de 1995.

⁸⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-1319 de 2001

⁸⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU-056 de 1995

⁸⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-063 de 1994

⁹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-260 de 2010.

Luego, la protección debida a los bienes constitucionales y convencionales del buen nombre y a la honra no se limita sólo a la forma en que se emite la información, sino que comprende el contenido que la misma pueda ofrecer y que implique la vulneración de la imagen, la fama, el crédito y la reputación externa que un (os) sujeto (s) pueda tener en la sociedad, o en una comunidad determinada, y cuya protección también procede en sede contencioso administrativa de reparación directa. Dicha protección, además, puede llevar a generar la tensión entre la tutela efectiva de tales bienes jurídicos constitucionales y convencionales y el ejercicio de la libertad de información, que se resuelve, siguiendo el criterio jurisprudencial constitucional, de la siguiente manera: “En la tensión que suele presentarse entre la libertad de información y el derecho al buen nombre ha avalado la Corte que prime la libertad de prensa, "salvo que se demuestre por el afectado la intención dañina o la negligencia al presentar hechos falsos, parciales, incompletos o inexactos que vulneran o amenazan sus derechos fundamentales"⁹¹ como soporte de los mensajes que se exteriorizan"⁹².

6.2.6 La necesaria delimitación de las funciones de la Policía Nacional como órgano de inteligencia. Premisa inicial dentro del juicio de imputación.

Para determinar la responsabilidad de las entidades demandadas es importante destacar que las autoridades competentes de la República tienen el derecho constitucional y legal de investigar y, en términos generales, recopilar información para fines judiciales sobre las personas que presuntamente pueden estar ejerciendo actividades contrarias y tipificadas por la ley penal. Tales funciones se desprenden de la lectura de los artículos 2, 15 y 121 de la Constitución Política.

Respecto de la Policía Nacional, como cuerpo armado permanente de naturaleza civil, tiene como fin primordial el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz (Artículo 218⁹³ C.N; artículo 1⁹⁴, 5⁹⁵ y 19⁹⁶ de la ley 62 de 1993).

⁹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-80 de 1993

⁹² Corte Constitucional. Sentencia T-260 de 2010.

⁹³ Artículo 218 de la C.P: “(...) *La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz (...)*”.

⁹⁴ Ley 62 de 1993, artículo 1º: *La Policía Nacional, como parte integrante de las autoridades de la República y como cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, está instituida para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Así mismo, para el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.*

La actividad de la Policía está destinada a proteger los derechos fundamentales tal como está contenido en la Constitución Política y en pactos, tratados y convenciones internacionales de Derechos Humanos, suscritos y ratificados por Colombia. La actividad policial está regida por la Constitución Política, la ley y los derechos humanos.

⁹⁵ Ley 62 de 1993, artículo 5: *Finalidad: La Policía Nacional es un cuerpo armado, instituido para prestar un servicio público de carácter permanente, de naturaleza civil y a cargo de la Nación. Su fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas para asegurar la paz ciudadana.*

⁹⁶ Ley 62 de 1993, artículo 19: *Funciones Generales. La Policía Nacional está instituida para proteger a todas las personas residentes en Colombia, garantizar el ejercicio de las libertades públicas y los derechos que de éstas se deriven, prestar el auxilio que requiere la ejecución de las leyes y las providencias judiciales y administrativas, y ejercer, de manera permanente, las funciones de: Policía Judicial, respecto de los delitos y contravenciones; educativa, a través de orientación a la comunidad en el respecto a la ley; preventiva, de la comisión de hechos punibles; de solidaridad, entre la Policía y la comunidad; de atención al menor, de vigilancia urbana, rural y cívica; de coordinación penitenciaria; y, de vigilancia y protección de los recursos*

Bajo esta consideración, es importante destacar que la Policía Nacional para la época de los hechos, contaba con una estructura orgánica dividida por diferentes ámbitos de competencia para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales. Es así como, el Decreto No. 2252 de 22 de diciembre de 1995⁹⁷, en su artículo 1° dispuso la estructura orgánica de la Policía Nacional y dentro de ella, se encontraba la Dirección de inteligencia, cuyas funciones eran las siguientes: (Artículo 49): 1. Dirigir, coordinar y supervisar a nivel nacional la ejecución del proceso lógico-razional a que debe ser sometida la información para convertirla en un instrumento útil en la toma de decisiones del Mando Institucional y del Gobierno Nacional, así como para prevenir actividades delincuenciales que alteren el orden público; 2. Dirigir la planeación, recolección, evaluación y difusión de la información de orden público; 3. Dirigir a nivel nacional las actividades de contrainteligencia que permitan garantizar la seguridad del personal, las instalaciones, los documentos y las comunicaciones de la Policía Nacional y ejercer las funciones que dispongan las normas legales como organismo rector de la inteligencia en la Policía Nacional y como integrante de la comunidad de inteligencia. Así mismo, dentro de su misión, se encuentra recolectar información y producir la inteligencia en relación con los actores y factores de perturbación del orden público, la defensa y seguridad nacional.

Conforme a lo anterior, es legítimo que las entidades o autoridades del Estado, entre ellas, las unidades de inteligencia, puedan recopilar información de las personas para el cumplimiento de sus funciones de manera normal, adecuada, eficiente, legítima y democrática en defensa de la sociedad civil del orden público y de las instituciones. Tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional, los organismos de inteligencia pueden realizar investigaciones, siempre que no vulneren los derechos fundamentales, como la intimidad, el buen nombre y la honra de las personas y, se adelanten bajo los estrictos lineamientos impuestos por el principio de la reserva⁹⁸.

La actividad de los organismos de inteligencia del Estado (como la dirección de inteligencia de la Policía Nacional y áreas que hacen parte de ella) está encausada en una serie de etapas determinadas en el Decreto 2252 como es la planeación, recolección, evaluación y difusión de la información, para así evaluar, analizar, definir y tomar decisiones sobre las acciones tendientes a contrarrestar las conductas de personas que puedan atentar contra la seguridad nacional y el orden público. Pero el ejercicio de la investigación debe fundarse en el respeto de los derechos de las personas como el buen nombre, la honra, así como el debido proceso y la presunción de inocencia. Esta reserva de información que tiene bajo su protección las autoridades del Estado, implica un proceso que al final determinará la acción pertinente de quienes se encargan de investigar a los sujetos involucrados en las presuntas actividades ilícitas. Pero los informes de inteligencia deben contener gran cantidad de datos ciertos y completos y aun, en el evento en que no cumplan con estas condiciones, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional en sus providencias *“toda información relativa a personas no sancionadas judicialmente debe adoptar formas lingüísticas condicionales o dubitativas, que denoten la falta de seguridad sobre la culpabilidad”*⁹⁹.

naturales relacionados con la calidad del medio ambiente, la ecología y el ornato público, en los ámbitos urbano y rural.

⁹⁷ Decreto nacional expedido por el Presidente de la República en uso de sus facultades que le confiere el artículo 189 ordinal 11 y el artículo 20 de la ley 62 de 1993. Decreto posteriormente derogado por el Decreto No. 2158 de 1° de septiembre de 1997.

⁹⁸ Ver sentencia T- 525 de 1992, posición reiterada en sentencia T-066 de 1998.

⁹⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-525 de 1992.

Nótese que dentro del despliegue de las funciones asignadas a la Policía Nacional, aquel que se corresponde con el manejo de la información relacionada con la seguridad y convivencia ciudadana atañe a la “Dirección de Inteligencia”. Ésta se encargará, por lo tanto, de planear, recolectar, procesar y evaluar la información y, fijar los parámetros dentro de los cuales la misma podrá ser difundida, producir inteligencia estratégica y operacional, respecto de todos los factores que afectan la seguridad y la convivencia ciudadana, así como ejecutar procesos tendientes a detectar y prevenir amenazas y desafíos generados por personas, grupos u organizaciones que atenten contra las personas y el Estado, entre otras, como herramientas para la prevención del delito e instrumentos útiles para la conservación y restablecimiento del orden público.

Como puede verse, de los mandatos normativos no cabe extraer función encomendada alguna a la Policía Nacional en la que se autorice o faculte a poner a disposición de los medios de comunicación aquella información relacionada con investigaciones policiales que estén en curso, de carácter reservado, o propias a la inteligencia de la institución, ya que ello representaría poner en riesgo la seguridad, el orden público y la vulneración de derechos de los administrados. De lo contrario, es posible que al manejarse indebidamente la información se esté propiciando que se frustre o se afecte seriamente cualquier proceso investigativo que deba adelantarse con seriedad, imparcialidad y objetividad por parte del Estado, atendiendo al principio democrático en el que se sustenta el ejercicio de sus funciones investigativas¹⁰⁰.

6.2.7 Criterios para el análisis del juicio de imputación en el caso en concreto.

Ahora bien, para el *sub lite* debe analizarse hubo un manejo indebido (por activo o pasivo) de la información que estaba a disposición de la Policía Nacional y que terminó divulgada por un medio de comunicación televisivo en el que se asociaba a los demandantes como miembros o integrantes del cartel de Buenaventura y que como consecuencia de ello, generó un daño antijurídico. Para poder establecer la falla en el servicio derivada del manejo indebido de la información de las entidades demandadas, cabe establecer una serie de criterios:

a. La posición de los demandantes en la sociedad: los actores ostentaban un status en los ámbitos comercial y financiero, especialmente el señor Oscar Isaza Benjumea, ya que se trata de una persona reconocida en la región de Buenaventura, en atención a la creación de empresas, la realización de negocios y el ejercicio de los objetos sociales que realizan a través de las sociedades y el Grupo empresarial creadas para ello. Este hecho se encuentra suficientemente acreditado con la declaración de Sabas Ramiro Tafur Reyes quien para el momento de la declaración presidente de la Sociedad de Agricultores del Valle del Cauca y miembro de la junta directivas de la sociedad portuaria regional de Buenaventura. (Fls. 67 s 69 C.2)

“(...) Yo supe de la noticia al día siguiente por comentarios que se hacían en Buenaventura e inmediatamente llamé a Oscar para preguntarle qué pasaba porque el comentario general era sobre Oscar y Amparo, entonces la relación

¹⁰⁰ La reserva debe existir siempre que se aplique estrictamente. Es una realidad que en nuestro tiempo las investigaciones fracasan por la imprudencia de los organismos de investigación que dan a conocer los resultados a los medios de comunicación. La opinión pública emite juicios de valor con base en la información que aparece en los medios de comunicación masivos. Corte Constitucional. Sentencia T-444 de 1992.

lógica inmediata y no solo mía sino de toda la gente que me comentó sobre la noticia. Lógicamente muchas personas en sus comentarios murmuraban sobre la posibilidad de que tanto Oscar y Amparo estuvieron vinculados a actividades ilícitas lo cual a personas como yo que los conocíamos nos pareció supremamente extraño para conversar con él y darle la solidaridad y es indudable que sus nombres se vieron afectados ante muchas de las personas que tenían sus negocios en Buenaventura (...) y muchos de ellos ya no querían hacer negociaciones o tener acercamientos con los esposos Isaza Pinzón (...) yo no tengo duda de que su nombre que aparecieron en el noticiero estaba afectando a estas personas (...)”.

La encuesta efectuada por Publinet de la cual se puede concluir que dentro de 100 personas encuestadas, 74 conocían el nombre del demandante, sus actividades y/o empresas que tiene. (Fls. 137 a 247 C.1)

La declaración de Edgar Miguel Toro Villota (Fls. 1 a 3 C.2) quien expresó que los esposos Isaza Pinzón eran empresarios reconocidos en el sector financiero, como por ejemplo en el Banco de Bogotá al ser clientes de dicha entidad financiera.

Declaración de Jesús María Cuadrado (Fls. 19 a 21 C.2)

“(...) En efecto fui veedor del noticiero aludido en mi casa y a mi juicio fue tal el impacto que de inmediato y en razón de mis funciones en el grupo, comencé (sic) a recibir llamadas de personas conocidas preocupadas por las (sic) información en contra de Iso (sic) esposos Isaza Pinzón puesto que de inmediato los asociaron a tal información y me interrogaban si eso era cierto (...) desde el punto de vista económico en cuanto a lo que me consta se afectaron el mercado de venta de bienes inmuebles en el proyecto denominado Pacific Trade Center, proyecto en el cual han estado vinculados como fidecomitentes la calificación que en los círculos de Buenaventura se daba a este proyecto a raíz de la información era que se había construido con dineros del narcotráfico desconociendo el mecanismo de financiación a través del sistema judicial. Este evento no solo afectó el proyecto en sí mismo sino también las finanzas de las otras compañías en sus resultados netos ya que fueron afectadas pro (sic) cargas financieras no operativas y relacionadas directamente con la financiación de los valores a pagar en la financiación del proyecto citado. (...) PREGUNTADO: (...) además de estos perjuicios relacionados con el proyecto del Pacific Trade Center qué otros perjuicios se han evidenciado en las otras empresas como son Makilla Ltda., Contenedores y Servicios, Estaciones de Servicios Las Palmas y Brisas. CONTESTO: En el caso de estas empresa (sic) Makila y Contenedores fueron afectadas respecto de negociaciones adelantadas para (sic) explotación de los servicios portuarios a que esta se dedica como en el caso de la negociación adelantada con Almagrario, Alcaldas y con Chilena de Vapores entidades estas que tenían negociaciones bastante adelantadas para establecer alianzas estratégicas para el desarrollo de su objeto las cuales se vinieron a menos dada la calificación que en el noticiero mencionado se decía de los esposos Isaza Pinzón (...) En cuanto a las empresas Brisas del Pacífico y Palmas (...) se afectaron financieramente atendiendo gastos financieros tanto del proyecto Pacific Trade Center como de Contenedores y Makila. En términos generales la noticia afectó sus relaciones con las entidades financieras a tal punto que decidieron cancelar las cuentas en unas y en otras ni siquiera darle la oportunidad de apertura como el caso del Banco Ganadero, Bogotá y Santander, también se vieron

afectadas sus relaciones con la ESO Colombiana dado que son distribuidores de sus productos (...)”.

b. La existencia de una información: la información divulgada, esto es, lo que la presentadora de Q.A.P., en la noche del 23 de octubre de 1996 dijo en el medio noticiero: “*hoy los organismos de inteligencia entregaron lo que se denomina el Cartel del Puerto*” y, posteriormente, la presentadora Victoria Eugenia Dávila enunció la conformación del cartel de narcotráfico en el puerto de Buenaventura, indicando que a la cabeza se encontraba O. Isaza y una mujer que hacía relaciones públicas como A. Pinzón, se acreditó con el video VHS allegado al proceso, copia del diario el País de Cali, las declaraciones de Edgar Toro Villota, Lope Trujillo Perdonó, Jesús María Valverde, Juan Carlos Restrepo Saavedra, Darío Patiño y Victoria Eugenia.

c. La información divulgada vulneró y restringió los derechos al buen nombre, honra de los actores, en sus esferas personal y económica: Esta situación evidentemente se encuentra acreditada con las declaraciones de los gerentes y empleados de algunas entidades financieras, así como de aquellas personas que fueron altos directivos de Alcantaras S.A., las pruebas documentales que demuestran la afectación de la imagen y buen nombre de los actores, en atención a las censuras, sospechas o asociaciones de los altos directivos de los bancos entre los nombres de los demandantes y la noticia difundida en los medios de comunicación, lo que afectó enormemente los derechos de los actores.

d. Indebido manejo de la información en cabeza o posesión de las entidades demandadas: si bien obra dentro del acervo probatorio algunas copias simples de oficios suscritos por el Subdirector de la Policía Nacional, del Comandante del Ejército C.E.C, el Comandante de la Fuerza Naval del Pacífico, el Comandante del Distrito Judicial del Pacífico y por el Comandante de la Estación de Policía de Buenaventura (Fls. 81 a 84 C.1) mediante los cuales indicaron a los actores, en términos generales, que los miembros que hacían parte de las instituciones no entregaron información alguna al noticiero Q.A.P., ciertamente la información de los organismos de inteligencia de la Policía Nacional fue liberada, manipulada y entregada indebidamente, contraviniendo por completo los postulados de la reserva de las informaciones que tiene bajo su custodia y estudio.

Al evaluar la declaración de Darío Patiño, quien para la época en que el noticiero se transmitió era el subdirector del mismo, de manera expresa develó la fuente de la información, al indicar que

“(...) solo puedo decir que la periodista asignada a cubrir las fuentes de la policía nacional era la señorita Victoria Eugenia Dávila quien permanentemente proporcionaba información suministrada por dichas fuentes, siempre nos encargábamos de cerciorarnos de que la información proviniera de una fuente, como sucedió en este caso (...). Yo digo es que nosotros nos encargábamos de cerciorarnos con los periodistas de que su información viniera de una fuente autorizada (...)”.

Esta declaración indica que Victoria Eugenia Dávila estaba encargada de cubrir las informaciones de las fuentes de la Policía Nacional. Si se analiza el video de la noticia, en ella interviene la presentadora que indicó “fuentes de inteligencia” y periodista Dávila quien realizó la nota periodista indicando las iniciales y la apellidos de los integrantes del cartel. Así mismo, en el periódico El País de Cali, se informó que el frente de búsqueda de las autoridades indicaron los nombres de los miembros del cartel de Buenaventura, dando a conocer las iniciales y apellidos

“O. Isaza” y “A. Pinzón” Por lo tanto, bajo una interpretación armónica y sistemática del acervo probatorio, los organismos de inteligencia de la Policía Nacional liberaron indebidamente la información al medio de comunicación, actuación que no se corresponde con las obligaciones que la ley y los reglamentos imponen para la elaboración, recepción, evaluación, estudio y difusión de la información de inteligencia que hace parte de la seguridad del Estado. Se entiende que se trata de información de este orden, por cuanto la noticia demostró que las personas que conformaban el cartel ejercían actividades con el narcotráfico, delito incluso de carácter transnacional y que requiere de una exactitud de la misma que no puede ser divulgada de manera ligera e irresponsable, aun más cuando no se tenía de manera completa, por cuanto las iniciales y apellidos mencionados contrario a dar certeza, generó sospechas y desinformación a la opinión pública, catalogando a los actores como miembros activos del cartel, tal como se demostró con las declaraciones de los testigos.

Es reprochable desde todo punto de vista que la información de los órganos de inteligencia de la Policía Nacional, además de desconocer un mínimo de reserva, no haya sido completa, esto es, que diera certeza de las acciones de inteligencia y las pesquisas efectuadas, generando también un menoscabo al derecho de presunción de inocencia de los actores, por cuanto dicha información, esto es “O. Isaza” y “A. Pinzón”, como personas que hacían parte del cartel en el puerto de Buenaventura, no dio veracidad sobre quiénes efectivamente eran los integrantes de la red y además, la difusión de la información incompleta, sin un mínimo de referencia de los supuestos sujetos activos de la ley penal, contrario a dar claridad a los televidentes y lectores de los medios de comunicación, generó equívocos, confusión, sindicaciones y asociaciones entre las iniciales y apellidos divulgados en un organigrama y los nombres completos de los demandantes, máxime cuando los actores tiene sus negocios asentados en Buenaventura y además, son reconocidos en el medio financiero y comercial de la región, esto es, la opinión pública emitió juicios de valor con base en la información que aparece en los medios de comunicación masivos, información, se reitera, suministrada y liberada de manera indebida por la entidad demandada. En definitiva, la forma descuidada e incompleta en que los organismos de inteligencia liberaron, manipularon y suministraron la información, vulneró los derechos fundamentales de los demandantes.

Por lo tanto, existe falla en el servicio por el indebido manejo de la información derivada de labores de inteligencia y de procedimientos policiales en curso, relacionadas con la estructura, conformación y actividades del Cartel del narcotráfico en el puerto de Buenaventura, ya que de los criterios anteriores cabe establecer, sin duda alguna, que existió una información que sólo podía estar en cabeza de las entidades demandadas y que fue puesta a disposición de un medio de comunicación, sin haber sido objeto del escrutinio, valoración, determinación de su veracidad y objetividad, lo que condujo a que las personas del sector de Buenaventura, especialmente aquellos pertenecientes a los ámbitos comercial y financiero, consideraran a los demandantes, Oscar Isaza Benjumea y Amparo Pinzón Nieto, quienes son reconocidos en la región (por cuanto las sociedades Isaza & Pinzón S. en C.S.; Contenedores y Servicios S.A., Makila Ltda.; Estación de Servicios las Palmas S.A.; Grupo Empresarial del Pacífico S.A.; Petróleos de Buenaventura S.A., y Estación de Servicio Brisas del Pacífico S.A se encuentran ubicadas en Buenaventura), como integrantes del cartel del puerto, ya que asociaron las iniciales del organigrama presentado en el noticiero y en el periódico el País, con los nombres de los actores.

En el caso que nos ocupa, la Sala no encuentra ningún reparo en la forma como el noticiero obtuvo y manejó la información, por cuanto se observa que el medio de comunicación está amparado por la cláusula del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, norma básica para la protección del ejercicio del derecho a la libertad de información y de prensa que tiene todo medio de esta naturaleza, y todo periodista, según los postulados del Estado Democrático de Derecho.

No hay duda que existiendo una información relacionada con actividades ilícitas y de conformación de grupos de narcotráfico, es el Estado el que se encuentra en la posición de contar con la misma, y fue el medio de comunicación el empleado (puede decirse manipulado) para divulgarla sin haber sido valorado su contenido y sus implicaciones objetiva e imparcialmente, razón por la cual hoy se encuentran enfrentando las entidades demandadas este juicio de imputación, que no puede tener otra conclusión que la acreditación de la falla en el servicio endilgable a las mismas por el indebido manejo de información, lo que se agrava por su carácter reservado, de inteligencia o derivada de un procedimiento policial en curso. Obsérvese que en este caso la falla en el servicio por el indebido manejo de la información que es endilgable a las entidades demandadas, produjo, además, como consecuencia, que el medio de comunicación haya sido inducido en error para generar un impacto indebido, anormal y vulneratorio de los demandantes ante la opinión pública de su comunidad.

En el *sub lite*, lo que se deduce de los medios de prueba aportados al proceso, es que a las entidades demandadas es imputable la responsabilidad por el daño antijurídico sufrido por los demandantes, al haberse producido una falla en el servicio que se sustenta, además, en el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber normativo que se tenía respecto al manejo de la información que procedía de instancias de inteligencia, o que se estaban recaudando dentro de un procedimiento policial para establecer la estructura, formación y actividades de un grupo dedicado a actividades de narcotráfico, y que llevó a que se permitiera, o incluso no se impidiera, la liberación, la difusión, o la revelación de información relacionada con tales aspectos en los que se involucraba a personas respecto de las cuales no se concretó de manera completa, veraz y adecuada su identidad y su implicación, lo que derivó en la asociación de los nombres de los demandantes con los presuntos miembros de un "cartel del narcotráfico", sin que se haya adoptado una medida de prudencia y de manejo razonable de dicha información, comprometiéndose indebidamente no sólo la integridad de los demandantes, sino también el ejercicio de la libertad de prensa por parte del medio de comunicación televisivo, y poniéndose en riesgo el deber de cuidado de preservar la información que es reservada o producto de instancias de inteligencia, o que hace parte de un procedimiento policial que está en curso, con lo que se constata la producción de una falla en el servicio por la agregación de múltiples escenarios de vulneración de los deberes normativos y de cuidado que radican en cabeza de las entidades demandadas, como garantía de los derechos de las personas, de la seguridad pública y de la preservación del orden público.

Luego, es el servidor público quien respecto al manejo de la información está sujeto al principio de legalidad, tiene límites objetivos que de violarlos, no solo incurre en una responsabilidad personal, sino que compromete la responsabilidad misma del Estado, si con dicha información se ocasionan daños antijurídicos a los asociados como ha ocurrido en el presente caso. Debe advertirse que tal como lo reconoce el medio periodístico (la declaración de Darío Patiño, Subdirector del entonces Noticiero Q.A.P), la información sobre la cual dieron a conocer la noticia devenía de servidores públicos de la Policía Nacional, que reposaba en

investigaciones de inteligencia, la que, por su misma naturaleza, debía ser resguardada por quienes la dieron a conocer, generando con esto un impacto en la opinión pública en relación con los derechos de los demandantes, concretándose de esta manera la falla en el servicio por el indebido manejo de la información policial, que no estaba llamada a divulgarse o a aflorar, sin haberse completado el proceso investigativo, y cursado ante las autoridades judiciales los procedimientos exigibles para determinar la procedencia de sindicación, o generación de sospecha social en contra de los demandantes.

Con fundamento en lo anterior, se observa claramente se encuentra acreditada la falla en el servicio por el indebido manejo de la información por parte de las entidades demandadas que permite imputar fáctica y jurídicamente la responsabilidad por el daño antijurídico ocasionado a los demandantes, por cuanto las mismas no cumplieron con sus deberes contenidos en las disposiciones legales y reglamentarias, vulneraron las normas constitucionales y supraconstitucionales de protección de los derechos al buen nombre y a la honra de los demandantes, máxime si se trata del ejercicio de investigar la presencia de personas en la comisión de actividades reprochables para el sistema penal colombiano. Dicha falla en el servicio, se agrega, se concreta en el incumplimiento e indebido manejo de la información, ya que las entidades demandadas debían atender a los deberes positivos en los que se consagraban las condiciones mínimas de la recolección, evaluación, análisis y divulgación de la información, como es la identificación plena de los sujetos activos, sus datos personales, sus actividades, antecedentes, etc., lo que no se dio eficazmente en el presente caso, dado que si se maneja indebidamente la información y se difunde, o se da a conocer al público a través de un medio de comunicación, noticias incompletas, parciales, inciertas, etc., se genera un menoscabo en los derechos personalísimos de quienes por un desacierto en la información, son sindicados por la opinión pública.

7. Indemnización de perjuicios

7.1 Perjuicios morales.

La parte actora solicitó el reconocimiento de mil (1.000) gramos de oro para cada uno de los esposos e hijos menores demandantes, por el dolor ocasionado por los organismos demandados, al vulnerarse de manera injusta los derechos fundamentales del honor, la honra, la dignidad, el prestigio personal, social y empresarial. (Fl. 307 C. 1)

La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012¹⁰¹ señaló que en

“cuanto se refiere a la forma de probar los perjuicios morales, debe advertirse que, en principio, su reconocimiento por parte del juez se encuentra condicionado –al igual que (sic) demás perjuicios- a la prueba de su causación, la cual debe obrar dentro del proceso”. En la misma providencia se agrega que “la Sala reitera la necesidad de acreditación probatoria del perjuicio moral que se pretende reclamar, sin perjuicio de que, en ausencia de otro tipo de pruebas, pueda reconocerse con base en las presunciones derivadas del parentesco, las cuales podrán ser desvirtuadas total o parcialmente por las entidades demandadas, demostrando la inexistencia o debilidad de la relación familiar en que se sustentan”.

¹⁰¹ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente: 24392.

Sin duda, en los eventos en los que la afectación a las personas (por muerte o lesiones) produce como consecuencia de los daños antijurídicos en virtud de los hechos como los ocurridos el 23 de octubre de 1996, no puede reducirse su materialidad a la simple constatación desde la perspectiva ordinaria, sino que cabe comprender su consideración en el marco del respeto al ordenamiento jurídico y a los derechos humanos, intereses y bienes que se vean vulnerados, socavados y lesionados, y se radican en cabeza de los demandantes.

La premisa, inicial, para fundamentar esto se radica en la afirmación del principio de la dignidad humana, cuyo despliegue no se agota solamente en la esfera interior, íntima y personal del sujeto, sino que se desdobra a los sentimientos que se producen de aflicción, desesperación, congoja, desasosiego, temor, etc., que afloran cuando se produce la afectación en sus derechos personalísimos como el buen nombre y la honra. Se trata, por lo tanto, de reconocer por conexidad la íntima relación que en este tipo de eventos se produce entre la esfera moral de cada individuo.

Sostener esto, sin duda alguna, representa el respeto al derecho a la reparación integral consagrada en el artículo 16 de la ley 446 de 1996, y se aproxima a la regla de la *restitutio in integrum*, que se reconoce en el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁰².

Precisamente, en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 11 de mayo de 2007, relativa a la masacre de la "Rochela", se sostuvo "*que en el ámbito interno no se dispuso una indemnización por el sufrimiento propio de las víctimas fallecidas, por lo que corresponde determinar la indemnización pertinente*". Se trata, por lo tanto, de reconocer que con ocasión de la afectación de la lesión a la vida, a la integridad personal, o al ejercicio de la libertad, por ejemplo, de las víctimas y sus familiares se produjo, como se puede constatar con los medios probatorios que obran en el expediente (en especial la prueba testimonial), toda una serie de padecimientos, sufrimientos y temores que se reflejan en lo más íntimo y personal de cada uno, ponderado en función a su posterior tasación y liquidación, que de no reconocerse, para este tipo de casos específicamente y con la mayor cantidad de medios probatorios permita arrojar la certeza, o inducir con certeza la existencia de tales perjuicios en cabeza de todos y cada uno de los actores, podría socavar el derecho a la reparación integral reconocido constitucional y legalmente.

Debe, además, como parte de la motivación, examinarse si se acreditó el parentesco debida y legalmente, con los registros civiles, para reconocer los perjuicios morales en cabeza de los actores, para lo que procede la aplicación de las reglas de la experiencia, según las cuales se presume que los padecimientos, afectan a las víctimas y a sus familiares más cercanos (esto es, los que conforman su núcleo familiar), y se expresa en un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia¹⁰³ como espacio básico de toda sociedad¹⁰⁴

¹⁰² PINTO, Mónica. "La réparation dans le système interaméricain des droits de l'homme. A propos de l'arrêt Aloeboetoe", en *Annuaire Français de Droit International*. T.XLII, 1996, pp.733 a 747.

¹⁰³ "Las reglas de la experiencia, y la práctica científica¹ han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo. Razón por la cual la Sala reitera la posición asumida por la Corporación en la sentencia de 17 de julio de 1992 donde sobre el particular, y con fundamento en la Constitución, se analizó el tópico, así: "En punto tocante con perjuicios morales, hasta ahora se venían aceptando que estos se presumen para los padres, para los hijos y los cónyuges entre sí, mientras que para los hermanos era necesario acreditar la existencia de especiales relaciones de fraternidad, o sea, de afecto, convivencia, colaboración y auxilio mutuo, encaminados a llevar al fallador la convicción de que se les causaron esos perjuicios resarcibles. Ocurre sin embargo, que la Constitución Nacional que rige en el país actualmente, en su artículo 2º., señala que Colombia como Estado Social de

derecho que es, tiene como fines esenciales el de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma; también el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecte y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; al igual que defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica (sic) y la vigencia de un orden justo. “Por su parte el artículo 42 de la Carta Política, establece que el Estado y la sociedad tienen como deber ineludible el de garantizar la protección integral de la familia, núcleo fundamental de la sociedad, que “se constituye por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.” Y agrega que “Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes”. (Subrayas fuera de texto). “La ley no ha definido taxativamente las personas que integran la familia que goza de la especial protección del estado y de la sociedad en general. Así las cosas, podría adoptarse como criterio interpretativo el concepto amplio de la familia, como aquellos parientes próximos de una persona a los que se refiere el artículo 61 del C.C., que es del siguiente tenor. (...) También resulta procedente tomar como familia lo que los tratadistas definen como familia nuclear, esto es, la integrada por los parientes en primer grado a que alude el artículo 874, ordinal 3º ibídem, que reza: “La familia comprende (además del habitador cabeza de ella) a la mujer y a los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aún (sic) cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.” “La familia para fines de las controversias indemnizatorias, está constituida por un grupo de personas naturales, unidas por vínculos de parentesco natural o jurídico, por lazos de consanguinidad, o factores civiles, dentro de los tradicionales segundo y primer grados señalados en varias disposiciones legales en nuestro medio. “Así las cosas, la Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues ninguna razón para que en un orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestran la solidaridad o afecto hasta hoy requeridos, para indemnizarlos. Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que el daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales. “Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se ha tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente. En síntesis, la Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido lo normal y de requerir la prueba de lo anormal. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien.” Sección Tercera, sentencia de 15 de octubre de 2008, expediente: 18586.

¹⁰⁴ “4.2. Amparada en la doctrina especializada, también la jurisprudencia constitucional ha señalado que el surgimiento de la familia se remonta a la propia existencia de la especie humana, razón por la cual se constituye en “la expresión primera y fundamental de la naturaleza social del hombre”. Bajo esta concepción, la familia es considerada un “presupuesto de existencia y legitimidad de la organización socio-política del Estado, lo que entraña para éste la responsabilidad prioritaria de prestarle su mayor atención y cuidado en aras de preservar la estructura familiar, ya que [e]s la comunidad entera la que se beneficia de las virtudes que se cultivan y afirman en el interior de la célula familiar y es también la que sufre grave daño a raíz de los vicios y desordenes que allí tengan origen”. 4.3. En Colombia, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 no acogió la propuesta formulada por el Gobierno de asignarle a la familia un alcance puramente asistencial y se decidió, en cambio, por reconocerle el carácter de pilar fundamental dentro de la organización estatal, asociándola con la primacía de los derechos inalienables de la persona humana y elevando a canon constitucional aquellos mandatos que propugnan por su preservación, respeto y amparo. De este modo, la actual Carta Política quedó alineada con la concepción universal que define la familia como una institución básica e imprescindible de toda organización social, la cual debe ser objeto de protección especial. 4.4. En efecto, el derecho internacional, en las declaraciones, pactos y convenciones sobre derechos humanos, civiles, sociales y culturales, se refiere a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad” y le asigna a los estados y a la sociedad la responsabilidad de protegerla y asistirle. Tal consideración aparece contenida, entre otros instrumentos internacionales, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16), en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y políticos (art. 23), en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10º) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (art. 17); los cuales se encuentran incorporados a nuestro derecho interno por haber sido suscritos, aprobados y ratificados por el Estado colombiano. 4.5. Bajo ese entendido, en nuestro país el régimen constitucional de la familia quedó definido: (i) en el artículo 5º de la Carta, que eleva a la categoría de principio fundamental del Estado la protección de la familia como institución básica de la sociedad; (ii) en el artículo 13, en cuanto dispone que todas las personas nacen libres e iguales y que el origen familiar no puede ser factor de discriminación; (iii) en el artículo 15, al reconocer el derecho de las personas a

(el segundo criterio con el que ya cuenta el juez en el momento de reconocer los perjuicios morales tiene que ver con el concepto de familia, que será importante para determinar la tasación y liquidación de los mismos perjuicios), ya que puede apreciarse (de la prueba testimonial):- cómo estaba conformada la familia?; - qué rol desempeñaba la víctima al interior de su familia?; - cómo estaban definidas las relaciones entre la víctima y los demás miembros de la familia?; - se trataba de una familia que convivía o no en un mismo espacio?; - se trataba de una familia que estaba disgregada, o de una familia fruto de diferentes relaciones de los padres –hermanastros, hermanos de crianza, por ejemplo-?), y de reconocer su existencia bien sea como un derecho prestaciones, o fundamental¹⁰⁵.

su intimidad familiar e imponerle al Estado el deber de respetarlo y hacerlo respetar; (iv) en el artículo 28, que garantiza el derecho de la familia a no ser molestada, salvo que medie mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley; (v) en el artículo 33, en cuanto consagra la garantía fundamental de la no incriminación familiar, al señalar que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (vi) en el artículo 43, al imponerle al Estado la obligación de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia; (vii) en el artículo 44, que eleva a la categoría de derecho fundamental de los niños el tener una familia y no ser separado de ella; y (viii) en el artículo 45, en la medida en que reconoce a los adolescentes el derecho a la protección y a la formación integral. 4.6. En concordancia con ello, el artículo 42 de la Constitución consagró a la familia como el “núcleo fundamental de la sociedad”, precisando que la misma puede constituirse por vínculos naturales o jurídicos, esto es, “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Ello permite advertir que en el orden constitucional vigente, no se reconocen privilegios en favor de un tipo determinado de familia, sino que se legitima la diversidad de vínculos o de formas que puedan darle origen. Así, tanto la familia constituida por vínculos jurídicos, es decir, la que procede del matrimonio, como la familia que se constituye por vínculos naturales, es decir, la que se forma por fuera del matrimonio o en unión libre, se encuentran en el mismo plano de igualdad y son objeto de reconocimiento jurídico y político, de manera que las personas tienen plena libertad para optar por una o otra forma de constitución de la institución familiar. 4.7. Conforme con el alcance reconocido a la familia, el propio artículo 42 le asigna a la sociedad y al Estado el deber de garantizar su protección integral, al tiempo que le asigna a la ley la función de regular, por una parte, las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo; y por la otra, lo referente a los efectos civiles de los matrimonios religiosos y de las sentencias dictadas por las autoridades religiosas que declaren su nulidad, así como también lo relacionado con la cesación de los efectos civiles de todos los matrimonios a través del divorcio. 4.8. La protección integral de que es objeto la institución familiar, cualquiera que sea la forma que ella adopte, es recogida y prodigada por la propia Constitución mediante la implementación de un sistema de garantías, cuyo propósito es reconocer su importancia en el contexto del actual Estado Social de Derecho y hacer realidad los fines esenciales de la institución familiar, entre los que se destacan: la vida en común, la ayuda mutua, la procreación y el sostenimiento y educación de los hijos. Tal como lo ha destacado esta Corporación,[5] ese ámbito de protección especial se manifiesta, entre otros aspectos, (i) en el reconocimiento a la inviolabilidad de la honra, dignidad e intimidad de la familia; (ii) en el imperativo de fundar las relaciones familiares en la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja y en respeto entre todos sus integrantes; (iii) en la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia, sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma; (iv) en el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para los hijos, independientemente de cuál sea su origen familiar; (v) en el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos que desea tener; y (vi) en la asistencia y protección que en el seno familiar se debe a los hijos para garantizar su desarrollo integral y el goce pleno de sus derechos”. Corte Constitucional, C-821 de 9 de agosto de 2005.

¹⁰⁵ “Se discute igualmente en relación con el contenido y alcance de las medidas constitucionales de protección de la familia. En efecto, aquéllas se manifiestan en la necesaria adopción de normas legales, de actos administrativos, así como de decisiones judiciales, medidas todas ellas encaminadas a lograr y preservar la unidad familiar existente, al igual que brindar una protección económica, social y jurídica adecuada para el núcleo familiar. Estos son los propósitos, o la razón de ser de las normas jurídicas y demás medidas de protección previstas por el ordenamiento jurídico. Así mismo, se presenta una controversia acerca de si la familia puede ser considerada, en sí misma, un derecho fundamental o uno de carácter prestacional. De tal suerte que las medidas de protección de aquélla pueden ser comprendidas de manera diferente, dependiendo de si se entiende que familia es un derecho fundamental (de primera generación), o si, por el contrario, se ubica como un derecho de contenido prestacional. En efecto, si se entiende que “familia” es un derecho prestacional, entonces el Estado, según las condiciones económicas podrá establecer mayores o menores beneficios que proporcionen las condiciones para que las familias puedan lograr su unidad, encontrándose protegidas económica y socialmente. De igual manera, entraría a aplicarse el principio de no regresión, pudiéndose, en algunos casos, excepcionarse. Por el contrario, si se comprende a la familia en términos de derecho fundamental, entonces las medidas estatales relacionadas con aquélla serán obligatorias, no pudiendo

Ahora bien, respecto de los perjuicios morales en cabeza de los actores con ocasión de la información suministrada por las entidades demandadas, por ejemplo, el juez contencioso administrativo debe observar que reconocida la existencia de los perjuicios morales teniendo en cuenta que con base en las reglas de la experiencia, se presume que, en las circunstancias en que ocurrió, debió implicar un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad¹⁰⁶. Y se afirma que se trate de parientes cercanos, ya que dicha presunción, al no existir otro medio probatorio en el expediente, reviste sustento jurídico solamente respecto del núcleo familiar vital, esto es, aquel que se comprende dentro del mandato constitucional del artículo 42 de la Carta Política¹⁰⁷.

Para el caso concreto obran pruebas acerca del parentesco para su reconocimiento inicial, como es el registro civil de matrimonio celebrado entre los señores Oscar Isaza Benjumea y Amparo Pinzón Nieto (Fl. 4 C.1), así como los certificados de nacimiento de Oscar David Isaza Pinzón y Margarita María Isaza Pinzón (Fls. 5 y 6 C.1

La Sala, precisa, también, que obra prueba testimonial respecto de las consecuencias adversas que padecieron los actores con ocasión de la difusión de una noticia que hizo que las personas de Buenaventura los relacionaran con personas presuntamente pertenecientes al cartel del Puerto de Buenaventura. Así, con la declaración de Edgar Miguel Toro Villota quien para la época de la declaración era gerente de zona del Banco de Bogotá dijo que (Fls. 1 a 3 C.2)

“(...) Los señores Osaza (sic) Pinzón venían manejando cupos de crédito importantes en montos que superaban los quinientos millones de pesos pero a raíz de este insuceso se le fueron recortando los cupos y en la fecha no presenta ningún tipo de endeudamiento como también cupos aprobados. (...) Personalmente creo que esta situación (sic) a perjudicado la buena imagen que los esposos Isaza Pinzón han tenido en la parte comercial (...) ellos siguen vinculados al banco aunque no vienen manejando cupos de crédito como lo venían haciendo antes de que saliera la noticia de las supuestas afirmaciones donde ellos eran narcotraficantes (...)”.

Declaración de Lope Trujillo Perdomo (Fls. 14 a 18 C.2), quien elaboró la encuesta contratada por los actores manifestó lo siguiente:

“(...) Quiero agregar que desde esa época hasta la fecha [de la declaración] he podido ser testigo personal de múltiples comentarios y reparos al nombre

alegarse argumentos de contenido económico para incumplirlas, pudiéndose además instaurar la acción de tutela para su protección. Finalmente, la tesis intermedia apunta a señalar que la familia como institución debe ser protegida por el Estado, en cuanto a la preservación de su unidad y existencia, presentando en estos casos una dimensión de derecho fundamental; al mismo tiempo, otros elementos, de contenido económico y asistencial, se orientan por la lógica de implementación y protección propia de los derechos prestacionales. En suma, de la comprensión que se tenga del término “familia” dependerá el sentido y alcance de los mecanismos constitucionales de protección”. Corte Constitucional, sentencia T-572 de 26 de agosto de 2009.

¹⁰⁶ Sección Tercera, sentencias del 18 de marzo de 2010, expedientes: 32651 y 18569.

¹⁰⁷ Con lo que se da continuidad al precedente de la Sala según el cual: “En relación con el perjuicio moral, debe precisarse que la Sala en recientes pronunciamientos ha señalado que éste se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. En tal sentido, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que pone de manifiesto que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con el daño irrogado a uno de sus miembros”. Sección Tercera, sentencia de 26 de febrero de 2009, expediente: 16727.

de Oscar Isaza para considerarlo dentro de los cargos directivos, asociaciones empresariales y alianzas comerciales pues insistentemente la dirigencia empresarial ya no sólo en Buenaventura sino del Valle del Cauca insiste que el señor Oscar Isaza ha sido cuestionado públicamente y asociado a actividades de narcotráfico y por lo tanto debe abstenerse de realizar negocios con él o de elegirlo como representante en juntas directivas o establecer sociedad con él o sus empresas y que como persona muy cercana a esta familia y convencido de la legitimidad y legalidad de su conducta y sus negocios (...)”

Sabas Ramiro Tafur Reyes quien para el momento de la declaración presidente de la Sociedad de Agricultores del Valle del Cauca y miembro de la junta directivas fr ls sociedad portuaria regional de Buenaventura. (Fls. 67 s 69 C.2)

“(...) Yo supe de la noticia al día siguiente por comentarios que se hacían en Buenaventura e inmediatamente llamé a Oscar para preguntarle qué pasaba porque el comentario general era sobre Oscar y Amparo, entonces la relación lógica inmediata y no solo mía sino de toda la gente que me comentó sobre la noticia. Lógicamente muchas personas en sus comentarios murmuraban sobre la posibilidad de que tanto Oscar y Amparo estuvieron vinculados a actividades ilícitas lo cual a personas como yo que los conocíamos nos pareció supremamente extraño para conversar con él y darle la solidaridad y es indudable que sus nombres se vieron afectados ante muchas de las personas que tenían sus negocios en Buenaventura (...) y muchos de ellos ya no querían hacer negociaciones o tener acercamientos con los esposos Isaza Pinzón (...) yo no tengo duda de que su nombre que aparecieron en el noticiero estaba afectando a estas personas (...)”.

Otras declaraciones como las de Jesús María Cuadros Valverde (Fls. 19 a 21 C.2), Gabriel Gómez Ocampo (Fls. 29 y 30 C.2) y Fernando Mejía Gallego (Fls. 60 a 64 C.2), indicaron que con fundamento en la noticia difundida el 23 de octubre de 1996 se afectó no solo su nombre sino el de las empresas de propiedad de éstos y de los negocios que tenía la familia Isaza Pinzón, ya que las personas en Buenaventura, sobre todo aquellos que los conocían y tenían relaciones comerciales y financieras con éstos, identificaron las iniciales mencionadas en la información televisiva con los nombres de los actores.

Además, probado el reconocimiento de los perjuicios morales, el juez contencioso administrativo debe examinar si encuentra que las entidades demandadas, precisamente, desvirtuaron la presunción de aflicción causada a los demandantes por, lo que lleva a concretar la existencia y reconocimiento de los perjuicios morales en cabeza de los actores. En el proceso las entidades demandadas no desvirtuaron en ningún momento el parentesco, lo que lleva a concretar el reconocimiento de los perjuicios morales en cabeza de todos y cada uno de aquellos.

Ahora bien, acreditado el reconocimiento de los perjuicios morales, la Sala debe examinar la tasación y liquidación de los perjuicios para lo que, en principio, sí cabe exigir una mínima carga probatoria a los demandantes que permitan al juez, dentro de su arbitrio judicial, determinar la cuantía a indemnizar.

7.1.2 Motivación para la tasación de los perjuicios morales.

La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012¹⁰⁸, sostiene claramente que el “*Juez Contencioso al momento de decidir se encuentra en la obligación de hacer explícitos los razonamientos que lo llevan a tomar dicha decisión, en el entendido que la ausencia de tales argumentaciones conlleva una violación al derecho fundamental del debido proceso*” (citando la sentencia T-212 de 2012 de la Corte Constitucional).

A lo que se agregó, en la misma sentencia de Sala Plena de Sección Tercera, una serie de criterios o motivaciones razonadas que debían tenerse en cuenta para tasar el perjuicio moral, partiendo de afirmar que “*teniendo en cuenta las particularidades subjetivas que comporta este tipo de padecimiento que gravitan en la órbita interna de cada individuo, sin que necesariamente su existencia corresponda con la exteriorización de su presencia, ha entendido esta Corporación que es posible presumirlos para la caso de los familiares más cercanos, dada la naturaleza misma afincada en el amor, la solidaridad y el afecto que es inherente al común de las relaciones familiares, presunción de hombre que, desde luego, es susceptible de ser desvirtuada dentro del proceso*”.

Y se concluyó, en la citada sentencia de la Sala Plena de Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, que “no puede perderse de vista que de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sala –y de la Corte Suprema de Justicia también-, ha soportado la procedencia de reconocimiento de este tipo de perjuicios y su valoración no solamente con fundamento en la presunción de afecto y solidaridad que surge del mero parentesco, sino que, acudiendo al arbitrium iudicis, ha utilizado como criterios o referentes objetivos para su cuantificación la (sic) características mismas del daño, su gravedad y extensión, el grado de afectación en el caso a cada persona, vale decir el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la situación del demandante afectado, para, por vía del análisis de conjunto, debidamente razonado, llegar a concretar un monto indemnizatorio determinado que de ninguna manera puede asumirse como algo gracioso, nacido de la mera liberalidad del juez” (subrayado fuera de texto).

En la misma línea esta Sub-sección desde junio de 2011 viene afirmando la necesidad de motivar razonadamente la tasación de los perjuicios morales, con fundamento no solamente en la presunción de aflicción derivada de la mera constatación del parentesco, sino considerando, de las pruebas allegadas, una serie de criterios o referentes objetivos que permitan la cuantificación del perjuicio moral de una manera razonada, proporcional y, especialmente, ponderada en consideración a cada caso, y no como una regla en abstracto.

La unificación sostenida en la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012 exige, además, que la Sub-sección advierta la necesidad de estudiar, analizar y leer juiciosamente la sentencia de 6 de septiembre de 2001 (expediente 13232-15646), para extraer los argumentos que pueden servir de sustento al sentido correcto de la tasación de los perjuicios morales, en concordancia con la sentencia de 23 de agosto de 2012 (sin olvidar que en la misma, la Sala Plena de la Sección Tercera resolvió un caso en materia de accidente de tránsito):

a) El planteamiento inicial de la Sección Tercera es que demostradas “las relaciones de parentesco cercanas alegadas en la demanda, puede inferirse, aplicando las reglas de la experiencia, que los actores tenían un nexo afectivo importante (...) que determinó la existencia de lazos de alianza y solidaridad entre

¹⁰⁸ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente: 24392.

ellos, y que, por lo tanto, aquéllos sufrieron un profundo pesar con la muerte” (subrayado fuera de texto); b) “puede inferirse, igualmente, que la persona más afectada fue su madre, dada la naturaleza de la relación que normalmente se establece entre un hijo y su progenitora” (subrayado fuera de texto); c) luego, bastaría “entonces, las pruebas del parentesco aportadas al proceso, para que esta Sala considerara demostrado, mediante indicios, el daño moral reclamado por los demandantes” (subrayado fuera de texto); d) de acuerdo con la sentencia de 21 de julio de 1922, de la Corte Suprema de Justicia, el quantum indemnizatorio del perjuicio moral cabe “fijarlo, aunque sea aproximadamente, ya que de otro modo habría que concluir que derechos de alta importancia quedan desamparados por las leyes civiles, cuandoquiera que su infracción escapa a la acción de las leyes (...) podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido hasta dos mil pesos” (subrayado fuera de texto); e) a su vez, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en la sentencia de 27 de septiembre de 1974 consideró que “teniendo de presente la desvalorización de la moneda y el fin perseguido en una condena de satisfacción y no de compensación, es por ahora la indicada para mitigar o satisfacer un perjuicio de aquella naturaleza padecido en su mayor intensidad” (subrayado fuera de texto), de tal manera que “cuando el perjuicio pudiera ser de grado inferior, por cualquier causa, como cuando es más lejano el vínculo de parentesco que liga a los protagonistas, debía fijarse una suma prudencialmente menor” (subrayado fuera de texto); f) la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia hasta 2001 argumentó que “las sumas fijadas no tienen el carácter de topes obligatorios para los falladores de las instancias, dado que a los jueces les está vedado proveer por vía de disposición general o reglamentaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 del Código Civil; constituyen, simplemente, una guía para los jueces inferiores, que deben ceñirse a su prudente juicio, al tasar los perjuicios morales” (subrayado fuera de texto); g) de acuerdo con la Aclaración de Voto de Fernando Hinestrosa a la sentencia del Consejo de Estado de 25 de febrero de 1982: “Conviene pues la afirmación de la discrecionalidad de la jurisdicción contencioso administrativa, igual que la civil, para aceptar la presencia de un daño moral y graduar la magnitud individual de su reparación, con fundamento en el buen sentido y en hechos ciertos sobre las circunstancias de víctimas directa e indirecta de la agresión, derechamente en moneda corriente, muy sobre el caso y su prueba, de donde podrá surgir para examen retrospectivo, una visión estadística, y no a la inversa, sobre tablas arbitrarias en cuanto abstractas, o por cauces de sentimentalismo” (subrayado fuera de texto); h) así mismo, “no puede perderse de vista el principio de equidad, también previsto en la norma transcrita para ser tenido en cuenta en la labor de valoración del daño” (subrayado fuera de texto); i) su “importancia resulta mayor cuando se trata de la indemnización de un perjuicio que, por la naturaleza de éste, no puede ser restitutoria ni reparadora, sino simplemente compensatoria” (subrayado fuera de texto); j) “la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia” (subrayado fuera de texto); k) se “impone al juez, entonces, el ejercicio de una cierta discrecionalidad, que, sin embargo, debe encontrarse suficientemente razonada y fundada en las probanzas que, en el proceso, obren sobre la existencia del perjuicio y su intensidad” (subrayado fuera de texto); l) no “se trata, en efecto, de una facultad arbitraria; por ello, en su desarrollo, debe buscarse también la garantía del principio de igualdad, lo que hace necesaria la comparación de la situación debatida con otras ya decididas, con fundamento en el análisis de los diferentes aspectos que determinan aquélla y éstas, dentro de los cuales deberá tomarse en cuenta, por supuesto, el valor real de la indemnización” (subrayado fuera de texto); ll) la jurisdicción contencioso administrativa debe sujetarse a lo consagrado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998; y, m) se “afirma, entonces, la independencia del juez contencioso administrativo para fijar, en cada

caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral” (subrayado fuera de texto).

De los anteriores argumentos, no cabe la menor duda que la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 6 de septiembre de 2001 ha venido siendo deformada, de tal manera que en la actualidad sólo interesa citar aquellos apartes en los que el sustento del arbitrio judicium (arbitrium judicis) aparece descontextualizado de todo el elemento argumentativo completo que utilizó la Sala en dicha providencia, lo que plantea una seria preocupación no sólo frente al respeto del principio de igualdad, sino del debido proceso y del efectivo acceso a la administración de justicia.

Cabe resaltar que la sentencia de 6 de septiembre de 2001 establece como obligación del juez contencioso administrativo la necesidad de motivar razonada, proporcional y ponderadamente la tasación de los perjuicios morales, sin fijar límite alguno en cuanto al método a utilizar. En ese sentido, y ya valorada correctamente dicha providencia se puede considerar: a) la distinción que hace entre reconocer, tasar y liquidar el perjuicio moral; b) ciertos criterios en los que el juez puede apoyarse al momento de tasar y liquidarlo: reglas de la experiencia; nexo afectivo importante; relación hijo y progenitora; cercanía o lejanía del vínculo de parentesco; circunstancias de las víctimas directas e indirectas frente al padecimiento (por muerte o lesiones); discrecionalidad razonada y fundada en las pruebas allegadas al proceso; debe compararse la situación debatida con otras ya decididas (afirmación jurídicamente correcta del precedente horizontal); analizar los diferentes aspectos que comparativamente determinen cada una de las situaciones, tener en cuenta el “valor real de la indemnización”; y, determinar la intensidad y sufrimiento de gran profundidad “superior a muchos de los pesares imaginables”; c) además, la sentencia de 6 de septiembre de 2001, si bien no fija método o forma de tasar y liquidar el perjuicio moral, señala claramente que “con el fin de garantizar el desarrollo uniforme de la jurisprudencia en este aspecto, esta Corporación establezca pautas que sirvan de referencia a los juzgadores de inferior jerarquía, cuyos fallos, sin embargo, en cuanto tasen la indemnización del perjuicio aludido, sólo podrán ser revisados por la instancia superior dentro del marco de sus competencias” (subrayado fuera de texto), con lo que una alternativa puede ser la metodología del “test de proporcionalidad”, o cualquier otra que se elabore ya sea por cada Sub-sección, o por la Sala Plena de la Sección Tercera.

Por este motivo, es necesario que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, atienda la observación coincidente de esta Sala, de las aclaraciones de voto y de los usuarios que plantean tutelas con argumentos similares, de examinar el alcance que se le ha dado a la sentencia de 6 de septiembre de 2001 (expedientes 13232-15646), y de su ajuste a la más reciente jurisprudencia constitucional e interamericana de derechos humanos, en aras de preservar las garantías fundamentales a la igualdad, al debido proceso, a la tutela judicial efectiva, y el derecho a la reparación integral. Lo anterior, y dando continuidad a la argumentación de la mencionada sentencia, para que se entienda que “la afirmación de la independencia del juez implica la asunción, por parte de éste, de una responsabilidad mayor. Deberá ponerse especial esmero en el cumplimiento del deber de evaluar los diferentes elementos que, en cada proceso, permitan establecer no sólo la existencia del perjuicio moral, sino su intensidad, e imponer las máximas condenas únicamente en aquellos eventos en que, de las pruebas practicadas, resulte claramente establecido un sufrimiento de gran profundidad e intensidad, superior a muchos de los pesares imaginables” (subrayado fuera de texto).

Para la tasación de los perjuicios morales, además, cabe estudiar la más reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional que por vía de tutela REVOCÓ varias providencias de la jurisdicción contencioso administrativa, que sustentadas en la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 6 de septiembre de 2001, no cumplieron con las garantías constitucionales al tasar y liquidar los perjuicios morales a los que estaba llamada a pagar la administración pública, fijando sumas sin la razonabilidad, proporcionalidad y ponderación exigible.

De acuerdo con lo argumentado en la sentencia T-351, de 5 de mayo de 2011 (acción de tutela del ICFES contra el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca), cabe extraer: siguiendo la sentencia de 6 de septiembre de 2001 de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la Corte Constitucional consideró: a) “el daño moral puede acreditarse por cualquier medio probatorio”; b) “la prueba solo atañe a la existencia del mismo, pero no permite determinar de manera precisa el monto en que deben reconocerse los perjuicios morales que, por su naturaleza (no puede intercambiarse la aflicción por un valor material) no tienen un carácter indemnizatorio sino compensatorio (en alguna manera intentan recomponer un equilibrio afectado)”; c) para “la tasación del daño, el juez se debe guiar por su prudente arbitrio, pero está obligado a observar, por expreso mandato legal, los principios de equidad y reparación integral”; d) el “Consejo de Estado ha decidido establecer las condenas por perjuicios morales en términos de salarios mínimos, considerando que es un parámetro útil en tanto el salario mínimo se fija de acuerdo con el IPC, y de esa forma mantiene un poder adquisitivo constante (o al menos se acerca a ese ideal). Para la alta Corporación es útil establecer el máximo de 100 smlmv como tope, con el fin de que exista un parámetro que evite el desconocimiento al principio de igualdad. Sin embargo, esa suma no **vincula** de forma absoluta a los jueces quienes, como ya se explicó, deben tomar en cuenta consideraciones de equidad al tasar ese tipo de condenas”; e) “la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de daño y perjuicios morales sí establece parámetros vinculantes para los jueces administrativos. En efecto, estos deben seguir *la libertad probatoria* y utilizar su *prudente arbitrio* en el marco de la equidad y la reparación integral para tasar los perjuicios morales. Además, al establecer un tope –al menos indicativo- de 100 smlmv, el Consejo de Estado hizo referencia al principio de igualdad, lo que significa que ese tope, unido a análisis de equidad, debe permitir que cada juez no falle de forma caprichosa sino a partir de criterios de *razonabilidad*, a partir del análisis de casos previos, y de sus similitudes y diferencias con el evento estudiado. El límite, sin embargo, es *indicativo* porque si, a partir de los criterios y parámetros indicados, el juez encuentra razones que justifiquen separarse de ese tope y las hacen explícitas en la sentencia de manera transparente y suficiente, su decisión no se apartaría de la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni sería ajena a la obligación constitucional de motivar los pronunciamientos judiciales”; y, f) lo “que la alta Corporación ha sentado es una presunción (por cierto desvirtuable), de que la muerte de un ser querido causa profunda aflicción y, en consecuencia, procede el pago del monto más alto de perjuicios morales como compensación por la *intensidad* de la aflicción. Lo que indica es que el monto máximo no está ligado inescindiblemente a la muerte de un ser querido, pues por las razones expuestas, no se “paga” a ese ser humano. Ese monto está ligado a la consideración de que, en el caso concreto, se presenta una *grave aflicción*, conclusión a la que puede llegar el juez mediante cualquier tipo de argumento práctico racional que se enmarque en parámetros de equidad y razonabilidad, como presupuesto de la vigencia del principio de igualdad de trato a los ciudadanos por parte de las autoridades judiciales.

Ahora bien, en la sentencia T-464 de 9 de junio de 2011 (acción de tutela del ICFES contra el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca, la Corte Constitucional consideró: a) “ante tal valoración, no se haya justificado por qué el incremento de los perjuicios causados se estimó en el máximo que ha definido la jurisprudencia¹⁰⁹. De hecho, la Sala echa de menos que a pesar de que explícitamente se consideró el daño ocasionado por la muerte de un ser querido en la sentencia de 2001, estimándolo como más intenso, no se haya justificado por qué la cuantificación de la frustración por no obtener el título de abogado por tres años iguala tal situación”; b) sin “perjuicio del arbitrio citado, para cuantificar el daño el Tribunal se encontraba obligado a atender los parámetros establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado y los criterios adscritos a los conceptos de “reparación integral” y de “equidad” consignados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Como se advirtió, la amplitud de la citada disposición, no constituye carta abierta para que se definan cantidades dinerarias arbitrarias. Por el contrario, es absolutamente necesario atender las particularidades del caso y definir, por lo menos, qué aspectos hacen equiparable el caso con la pérdida definitiva de un ser querido”; y, c) “la ausencia de argumentos que expliquen por qué a la acción de reparación directa invocada (...) le es aplicable el monto máximo del perjuicio moral, llevan a que la Sala considere tal determinación como arbitraria y, por tanto, vulneradora de los derechos a la igualdad y al debido proceso” (subrayado fuera de texto).

Finalmente, en la más reciente sentencia T-212 de 15 de marzo de 2012 (acción de tutela del ICFES contra las sentencias del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca) la Corte Constitucional planteó la siguiente argumentación que debe observar el juez contencioso administrativo, desde la perspectiva de las garantías a la igualdad y al debido proceso: a) de acuerdo con la jurisprudencia “sobre perjuicios morales del Consejo de Estado, para que haya lugar a la reparación (i) basta que el padecimiento sea fundado, sin que se requiera acreditar ningún requisito adicional. En segundo lugar se indica que (ii) corresponde al juez ‘tasar discrecionalmente’ la cuantía de su reparación”¹¹⁰; b) a su vez, dicha jurisprudencia “da tres elementos de juicio para poder esclarecer qué implica el término “discrecionalmente” a saber: (1) la manera como el criterio fue aplicado al caso concreto; (2) los criterios que añade el Consejo de Estado y, finalmente (3) la cita al pie de página que fundamenta la posición de la sentencia”¹¹¹; c) los “criterios adicionales que se advierten en la

¹⁰⁹ La Sección Tercera del Consejo de Estado, en fallo del 6 de septiembre de 2001 argumentó lo siguiente: “Considera esta Sala que debe abandonarse el criterio adoptado por ella desde 1978, conforme al cual, para efectos de la indemnización del perjuicio moral, se daba aplicación extensiva a las normas que, al respecto, traía el Código Penal. (...) Se afirma, entonces, la independencia del juez contencioso administrativo para fijar, en cada caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral. (...) Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales (...) cantidad que servirá de directriz a los jueces y tribunales de la misma jurisdicción”.

¹¹⁰ Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente: 11892.

¹¹¹ “En el caso concreto considera la Sala que no hay lugar a condenar a la Nación por los perjuicios morales reclamados por el actor porque las molestias aducidas no alcanzan la connotación de daño moral, entendido este concepto en sentido amplio para abarcar no sólo el dolor moral sino otra serie de perjuicios no afectivos que inciden en el ámbito de la esfera espiritual. No hay duda de que el actor padeció las molestias e incomodidades inherentes al racionamiento de energía y al cambio de la hora legal, pues las mismas fueron sufridas por toda la población, como consecuencia de una medida que hubo necesidad de adoptar con el fin de conjurar una crisis que de prolongarse habría tenido consecuencias muy graves para la economía del país. Sin embargo, tales molestias no alcanzaron a juicio de la Sala y según la prueba que obra en el proceso a producirle al demandante un grave sufrimiento, susceptible de reparación, de la naturaleza de aquel que se padece por la pérdida de un ser querido o el agravio que se infiere al cuerpo o a los sentimientos o a los derechos fundamentales de las personas con una lesión o una injuria, sino tan solo incomodidades menores

sentencia del Consejo de Estado para determinar la discrecionalidad judicial en materia de perjuicios morales son dos, a saber: (a) tener en cuenta “*las condiciones particulares de la víctima*” y (b) tener en cuenta “*la gravedad objetiva de la lesión*”. Da pues la jurisprudencia parámetros y factores de análisis mínimos a considerar por los jueces administrativos para identificar los perjuicios morales y el monto de los mismos¹¹²; d) “el Consejo de Estado advierte que existe un parámetro constitucional mínimo para ejercicio de la discrecionalidad judicial. Para hacerlo explícito, reitera la distinción que existe entre discrecionalidad y arbitrariedad presentada por la Corte Constitucional en la sentencia C-031 de 1995¹¹³; e) la “jurisprudencia del Consejo de Estado, como se evidencia, ha sostenido que no basta con demostrar algún tipo de dolor o de afectación, se ha indicado que la misma ha de ser *intensa*, no puede ser cualquier tipo de contratiempo¹¹⁴. En tal medida, por ejemplo, demostrar detrimentos patrimoniales, incluso deterioro en la casa de habitación, no implica comprobar la existencia de perjuicios morales¹¹⁵. Pueden probar también situaciones contextuales del caso, que evidencien los problemas vividos, pero ello no exime a la autoridad de contar con alguna prueba de los perjuicios morales en sí mismos considerados¹¹⁶”; f)

que si bien afectaron su vida cotidiana no incidieron seriamente en su espiritualidad. El demandante afirma que las limitaciones a que se vio sometido durante las horas de racionamiento le causaron aflicción, frustración, desesperación, desolación. Sin embargo, no demostró haber padecido realmente trastorno emocional significativo durante esa época. Si bien el sufrimiento moral se padece interiormente, son sus manifestaciones externas las que permiten su afirmación. Por lo tanto, no basta con asignar calificativos a los hechos, es necesario demostrar su existencia. En consecuencia, no hay lugar a declarar la responsabilidad del Estado en el caso concreto porque el demandante no acreditó el primer elemento de la reparación cual es el daño”. Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11892.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ “Así, la discrecionalidad en cabeza de la administración no faculta al funcionario para imponer sus caprichos ni para incurrir en arbitrariedades: ella estriba en la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción dentro de los límites fijados por la ley, uno de los cuales surge del fin que debe presidir toda actividad administrativa, cual es la prevalencia del interés público. En consecuencia, un fin extraño a él es ilícito y susceptible de ser anulado y controvertido judicialmente, como se anotó. No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. El poder discrecional por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libertades. Dentro de la facultad discrecional, el poder o la competencia no tiene prefijada su decisión de una manera rígida, sino que en atención a la complejidad y variación de los factores de los asuntos sometidos a su jurisdicción, debe aplicar el precepto más adecuado y justo a la situación concreta, ateniéndose a los objetivos fijados por la Constitución y la ley, ajenos a su libre capricho. [...]”. Corte Constitucional, sentencia C-031 de 1995.

¹¹⁴ Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 22 de abril de 2009 [Rad. 05001-23-24-000-1992-00231-01(17000)]. Se dijo al respecto: “a pesar de que los demandantes lograron demostrar la incomodidad que padecieron con ocasión del daño, lo cierto es que ese sentimiento no es de tal envergadura que justifique su reparación. || En efecto, el daño moral es un perjuicio inmaterial que comprende el aspecto interno del individuo, la afección directa a los sentimientos del ser humano, como la congoja, la tristeza, etc., y para que haya lugar a su indemnización, es necesario que la afectación sea intensa, pues no cualquier contratiempo o contrariedad puede ser moralmente compensado, máxime si se tiene en cuenta que el único patrimonio de los demandantes no se destruyó ni se perdió, sino que, por el contrario, los daños generados al inmueble se repararon”.

¹¹⁵ Consejo de Estado, sentencia de marzo 10 de 2011 [Rad. 19001-23-31-000-1998-00451-01 (20109)]. Se dijo al respecto lo siguiente: “Para probar el reclamado dolor moral por el deterioro de su casa de habitación, la parte actora pidió del ingeniero Juan José Arias Loaiza, único testigo que se refirió al tema en los siguientes términos: ‘En realidad yo conocía a Reinel como una persona jovial, pero luego cuando me pidió el favor de mirar lo que estaba sucediendo en la casa, lo vi bastante preocupado, una de las niñas me comentó que estaba enfermo que tenía inicios de asma, entonces dijo que iba a buscar una casa donde poderse pasar mientras le solucionaban el problema’ (fl. 48 C. 2). || Como bien puede observarse, de la declaración testimonial antes trascrita no resulta establecido que los demandantes estuviesen pasando por unas circunstancias especiales y fuera de lo común que justifiquen entender que padecían un dolor moral como el reclamado en la demanda, por manera que imperioso resulta para la Sala despachar negativamente su pedimento indemnizatorio por este concepto”.

¹¹⁶ Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 26 de 2008 [Rad. 19001-23-31-000-1995-02016-01 (15535)]. La sentencia dijo al respecto: “Como bien puede observarse, los

“cuando la jurisprudencia contencioso administrativa reconoce al juez un espacio para el uso de su arbitrio y discrecionalidad para la definición de los perjuicios morales, está buscando considerar las condiciones especiales y particulares de cada asunto. Son tan especiales y particulares las condiciones del sufrimiento moral de cada persona, que corresponde al juez administrativo en cada caso concreto valorar la existencia del mismo y su magnitud, no *ex ante* y de forma general”; y, g) “no implica que con el tiempo, poco a poco, la jurisprudencia no tenga la capacidad de identificar patrones fácticos similares en varios casos, que, en virtud del principio de igualdad, reclamen soluciones iguales¹¹⁷. Como lo ha reconocido esta Corporación (ver sentencia T-351 de 2011), la jurisprudencia contencioso administrativa ha encontrado tres principios básicos que han de orientar el cumplimiento de las funciones judiciales fundadas en la discreción judicial, a saber: *equidad, razonabilidad y reparación integral*. Estos principios, en especial la equidad, demandan al juez algún grado de comparación entre la situación evaluada y otras reconocidas previamente. De lo contrario, puede llegarse a decisiones inequitativas, desproporcionadas o discriminatorias”.

Desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, la Sala no puede llamarse a lecturas parciales, acomodadas y dirigidas a justificar forzosamente el arbitrio *judicium* (*arbitrium judicis*), sino a ejercer con plena objetividad la labor de análisis que demanda el respeto por las garantías constitucionales que merecen respeto según la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En ese sentido, después de un estudio y análisis objetivo e imparcial de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 18 de septiembre de 2009 (expediente 20001-3103-005-2005-00406-01, caso de muerte por electrocución), que en sede de la jurisdicción civil ordinaria, la tasación y liquidación de los perjuicios morales atiende a los siguientes criterios: a) la “cuestión es que la lesión inferida a la interioridad del sujeto, es insalvable e

testigos no refieren la ocurrencia de especiales circunstancias que le permitan a la Sala siquiera suponer que la ocupación permanente de una parte de los predios de los accionantes les hubiere ocasionado una aflicción distinta al hecho de saber que no podrían ya ejercer sobre la franja de terreno ocupada los derechos derivados de la propiedad, asunto sobre el cual, por demás, tan solo da cuenta uno de los testigos. || De otra parte, se evidencia que la situación de intranquilidad del señor Valencia y la señora Valencia de Castro, a la cual hacen referencia los testigos, deriva de otra causa distinta a la ocupación de sus predios, pues atañe propiamente a las consecuencias propias de las relaciones de vecindad que no únicamente ellos, sino todos quienes colindan o viven en cercanías a la base militar, pueden eventualmente llegar a soportar, máxime si se tiene en cuenta que el conocimiento que los testigos tiene sobre esos hechos es de oídas, pues proviene de lo que sus vecinos les han comentado; pero los testigos no afirman haber presenciado esos entrenamientos, como tampoco los hostigamientos, ni los maltratos que según dicen les infieren los soldados a los demandantes, como tampoco en el expediente se encuentran pruebas que soporten la ocurrencia de tales hechos. || De allí que la Sala se deba abstener de reconocer la existencia de los perjuicios morales que dicen haber sufrido los demandantes, pero no por la razón que sirvió de fundamento al a quo para negar dicha pretensión, sino porque, como acaba de verse, su existencia no está acreditada en el proceso”.

¹¹⁷ Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de marzo 7 de 2002 [Rad. 25000-23-26-000-2001-0612-01 (20807)]. La sentencia sostiene al respecto lo siguiente: “Tiene establecido de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sala que la naturaleza de la indemnización del perjuicio moral no es reparadora ni restitutoria, sino compensatoria. En este sentido, asiste razón al apelante cuando afirma que todo el oro del mundo es insuficiente para compensar la pérdida que causa la muerte de un inocente niño. || Y es, precisamente, sobre la anterior premisa que la jurisprudencia ha construido su criterio para la valoración e indemnización del perjuicio, en el que reconoce discrecionalidad al juzgador y apela a su buen juicio, pero que exige del mismo la observancia de principios tales como la equidad y la igualdad, en aras de los cuales, y sin que ello implique desconocer las circunstancias propias de cada caso, al entrar a fijar la indemnización debe concederla en un monto similar al reconocido frente a hechos similares. || Aunque por mandato Constitucional los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, la misma Carta reconoce los criterios auxiliares que para la actividad judicial representan los principios generales del derecho, la equidad, la jurisprudencia y la doctrina. || Bajo este universo, para la Sala es claro que, en tanto no contravengan ni el texto ni el espíritu de la ley, las directrices jurisprudenciales constituyen un importante instrumento para quien administra Justicia, además de brindar seguridad a los asociados sobre las pautas que regirán la resolución de sus conflictos”.

inconmesurable, concierne a las condiciones singulares de la persona, a su sensibilidad, sensaciones, sentimientos, capacidad de sufrimiento y no admite medición exacta e inflexible, desde luego que el sujeto experimenta un menoscabo no retroaible y el dolor deviene irreversible, cuya existencia se considera en ciertas hipótesis señaladas por la jurisprudencia *in re ipsa* y cuya valoración se efectúa *ex post* sin permitir la absoluta reconstrucción del *status quo ante*” (subrayado fuera de texto); b) de acuerdo con la dilatada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (sentencias de 10 de marzo de 1994; de 5 de mayo de 1999 – expediente 4978-; de 25 de noviembre de 1999 – expediente 3382-; de 13 de diciembre de 2002 – expediente 7692-; y, de 15 de octubre de 2004 – expediente 6199-), “es dable establecer su quantum a través del llamado *arbitrium iudicis*”, “tarea que, por lo demás, deberá desplegarse teniendo en cuenta que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre, de modo que ciertos incidentes que a una determinada persona pueden conllevar hondo sufrimiento, hasta el extremo de ocasionarle severos trastornos emocionales, a otras personas, en cambio, puede afectarlos en menor grado. “Aparte de estos factores de índole interna, dice la Corte, que pertenecen por completo al dominio de la psicología, y cuya comprobación exacta escapa a las reglas procesales, existen otros elementos de carácter externo, como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar, las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada” (subrayado fuera de texto); c) “admitida por esta Corte la reparación del daño moral sin más restricciones para fijar su cuantía que las impuestas por la equidad (*ex bono et aequo*) conforme al marco concreto de circunstancias fácticas (cas.civ. sentencias de 21 de julio de 1922, XXIX, 220; 22 de agosto de 1924, XXXI, 83), a partir de la sentencia de 27 de septiembre de 1974, es su criterio inalterado, la inaplicabilidad de las normas penales para su tasación, remitiéndose al *arbitrium iudicis*, naturalmente, ponderado, razonado y coherente según la singularidad, especificación, individuación y magnitud del impacto, por supuesto que las características del daño, su gravedad, incidencia en la persona, el grado de intensidad del golpe y dolor, la sensibilidad y capacidad de sufrir de cada sujeto, son variables y el *quantum debeatur* se remite a la valoración del juez” (subrayado fuera de texto); d) para la valoración del quantum (tasación y liquidación) de los perjuicios morales fija una serie de criterios: “estima apropiada la determinación de su cuantía en el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador” (subrayado fuera de texto); e) contrario a la regla general que propone la Sala dar continuidad, la misma sentencia de la Corte Suprema de Justicia citada considera que la valoración del quantum “es cuestión deferida al prudente arbitrio del juzgador según las circunstancias propias del caso concreto y los elementos de convicción” (subrayado fuera de texto), esto es, que debe atender a cada caso y no como resultado de la aplicación de reglas generales que si se convierten en “tabla de punto” o, en criterio objetivo encubierto; f) “se consagra el resarcimiento de todos los daños causados, sean patrimoniales, ora extrapatrimoniales, aplicando la equidad que no equivale a arbitrariedad ni permite “valoraciones manifiestamente exorbitantes o, al contrario inicuas y desproporcionadas en relación con los perjuicios sufridos” (subrayado fuera de texto); y, finalmente, g) “en preservación de la integridad del sujeto de derecho, el resarcimiento del daño moral no es un regalo u obsequio gracioso, tiene por causa el quebranto de

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

En tanto que estudiada objetiva e imparcialmente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es relevante destacar los siguientes criterios para la tasación y liquidación de los perjuicios morales: a) “a Corte ha asociado el daño moral con el padecimiento de miedo, sufrimiento, ansiedad¹¹⁸, humillación, degradación, y la inculcación de sentimientos de inferioridad¹¹⁹, inseguridad, frustración, e impotencia¹²⁰”; b) en “Mack Chang v. Guatemala, por ejemplo, la Corte ponderó las graves circunstancias del caso, así como el agudo sufrimiento de la víctima y sus familiares¹²²; c) en el caso Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador, la Corte consideró que “es propio de la naturaleza humana que toda persona experimente dolor ante el desconocimiento de lo sucedido a un hijo o hermano, máxime cuando se ve agravado por la impotencia ante la falta de las autoridades estatales de emprender una investigación diligente sobre lo sucedido¹²³; finalmente, en los caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, y Aleboetoe contra Suriname, la Corte se apoyó en pruebas psicológicas para poder liquidar el perjuicio moral.

Para el caso específico la motivación de la decisión judicial por medio de la que se ordena reconocer, tasar los perjuicios morales puede encontrar sustento en la teoría de la argumentación jurídica entre cuyos postulados se encuentra:

“(...) 1. Toda valoración que el juez realice y que sea relevante para su decisión final del caso debe estar expresamente justificada mediante argumentos¹²⁴.

2. Estos argumentos han de tener tres propiedades que podemos denominar formales: no deben contener inferencias erróneas, no deben ser incompletos,

¹¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake contra Guatemala, sentencia de 22 de enero de 1999, en la que se consideró para tasar el perjuicio moral el impacto que causó en la familia la desaparición de la víctima.

¹¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Loayza Tamayo contra Perú, sentencia de 17 de septiembre de 1997.

¹²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake contra Guatemala, sentencia de 22 de enero de 1999, se consideró también la frustración e impotencia como factores a tener en cuenta en la tasación del perjuicio moral, consecuencia de la abstención de las autoridades de investigar los hechos.

¹²¹ ROJAS BAEZ, Julio José. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones y los criterios del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, en [www.corteidh.org.cr/tablas/R22050.pdf].

¹²² “(...) resulta evidente que [la víctima] experimentó dolores corporales y sufrimiento antes de su muerte, lo que se vio agravado por el ambiente de hostigamiento que vivía en esa época”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Mack Chang contra Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003.

¹²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador, sentencia de 1 de marzo de 2005.

¹²⁴ “(...) a la teoría de la argumentación le compete poner de manifiesto que las cosas de los jueces no son ni tan claras ni tan oscuras, que, entre el noble sueño y la pesadilla, en términos de HART, cabe el camino intermedio de una posible racionalidad argumentativa, de un concepto débil, pero no inútil, de racionalidad. Ni es la práctica del derecho conocimiento puro, sin margen para la discrecionalidad judicial, ni es, por necesidad, extrema la discrecionalidad, transmutada en arbitrariedad irremediable. Los jueces deciden porque valoran, pero esas valoraciones son susceptibles de análisis y calificación en términos de su mayor o menor razonabilidad: en términos de la calidad y fuerza de convicción de los argumentos con que en la motivación de las sentencias vengan justificadas”. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica. 1ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p.52.

*en el sentido de que todas sus premisas no evidentes deben ser explicitadas, y han de ser pertinentes, es decir, tienen que versar sobre el verdadero contenido de las premisas del juicio que se quiere fundamentar*¹²⁵.

*3. Estos argumentos debe ser convincentes o, si se quiere utilizar una expresión menos rotunda, han de poder ser juzgados como razonables por cualquier observador imparcial, en el marco de la correspondiente cultura jurídica. Este requisito plantea la necesidad de que, como mínimo, dichos argumentos sean admisibles, y que lo sean por estar anclados en o ser reconducibles a algún valor esencial y definitorio del sistema jurídico propio de un Estado constitucional de derecho*¹²⁶.

*La satisfacción de esas exigencias es condición de que la decisión judicial merezca el calificativo de racional conforme a los parámetros mínimos de la teoría de la argumentación. Con ello se comprueba que la racionalidad argumentativa de una sentencia no depende del contenido del fallo, sino de la adecuada justificación de sus premisas (...)*¹²⁷.

La garantía constitucional de acceso a la administración de justicia se concreta, sin lugar a dudas, en la motivación que el juez como representante del Estado debe dar a sus providencias, no sólo como forma de respetar los expresos mandatos constitucionales de los artículos 228 y 230 de la Carta Política, sino como expresión del acceso a la justicia en igualdad para todas las partes (artículo 229 y 29 de la Carta Política), y de respeto a los derechos al debido proceso y a la defensa. En la doctrina más reciente se afirma que la “garantía constitucional de motivación de las sentencias supone que el Estado, partiendo de la prohibición de

¹²⁵ “Las teorías de la argumentación jurídica acostumbra a diferenciar la justificación externa y la justificación interna de las decisiones. La justificación externa se refiere a la razonabilidad o aceptabilidad de las premisas, a las razones que amparan la elección de las premisas de las que la decisión se deriva. La justificación interna alude a la corrección de tal derivación, a la validez, lógica en mano, de la inferencia mediante la que de aquellas premisas se saca la resolución a modo de conclusión (...) La decisión final, la que se contiene en el fallo de la sentencia, es el producto lógicamente resultante de una serie de decisiones previas, las decisiones que configuran las premisas, que les dan su contenido. Esas previas decisiones son propiamente tales, lo que quiere decir que encierran la opción entre distintas alternativas posibles. Y por ser, así, decisiones, elecciones que el juez, hace, han de estar justificadas. La justificación externa es justificación de la elección de las premisas. Son las premisas las que sostienen directamente el fallo, pues éste, por así decir, se justifica solo, en cuanto que es o pretende ser mera conclusión inferida con necesidad lógica de esas premisas. Aquí viene ahora a cuento lo que podríamos denominar la regla de exhaustividad de la argumentación, regla argumentativa que se puede enunciar así: toda afirmación relevante para la configuración de una premisa de la decisión final y cuyo contenido no sea perfectamente evidente debe estar basada en razones explícitas, tantas y tan convincentes como sea posible. En otros términos, el razonamiento judicial mostrado en la motivación no debe ser entimemático en nada que no sea evidente, no puede haber premisas o subpremisas ocultas” (subrayado fuera de texto). GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica., ob., cit., p.63.

¹²⁶ De manera crítica se argumenta: “En su estado actual, la llamada teoría de la argumentación jurídica tiene dos carencias principales. Una, que no ha sido capaz de proporcionar apenas herramientas manejables y suficientemente precisas para el análisis de los argumentos en las sentencias. Falta una buena taxonomía de los argumentos habituales y falta desarrollar las reglas del correcto uso de esos argumentos. Esto parece consecuencia de la deriva que la teoría de la argumentación ha tomado hacia las cuestiones de justicia material y de la síntesis dominante entre teoría de la argumentación y iusmoralismo. Por esa vía acaba importando más el contenido del fallo y el modo en que se discute su justicia o injusticia, su coherencia mayor o menor con los valores morales que se dicen constitucionalizados y que se piensa que son el auténtico sustrato material del derecho que el modo mejor o peor como se argumente la interpretación de la norma aplicable o la valoración de las pruebas. La teoría de la argumentación ha ido abandonando la racionalidad argumentativa para echarse cada vez más en brazos de las viejas doctrinas que opinan que hablar es perder el tiempo cuando no sirve para llegar a la conclusión a la que se tiene que llegar”. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, ob., cit., pp.69 y 70.

¹²⁷ “Podría añadirse un cuarto requisito: que ni las premisas empleadas y justificadas ni el fallo vulneren los contenidos de las normas jurídicas, al menos en lo que tales contenidos sean claros. Esta exigencia se desdobra, a su vez, en dos: a. que los elementos con que el juez compone su razonamiento decisorio no rebasen los límites marcados por las normas procesales; b. que el fallo no contradiga el derecho sustantivo”. GARCÍA AMADO, Juan Antonio., ob., cit., p.49.

la autodefensa de los particulares en virtud del principio de reserva de jurisdicción, ofrece a estos a cambio la acción, entendida como invocación de la garantía por parte del Estado de observancia del Derecho¹²⁸, y ofrece la acción a través del proceso, del *processus iudicii*, siendo, precisamente ese juicio, el núcleo fundamental que da sentido no sólo al proceso, como magistralmente lo entendió CARNELUTTI en su célebre trabajo <Torniamo al giudizio>¹²⁹, sino también a la propia garantía de motivación judicial, porque será mediante la motivación de la decisión en la fase de juicio, primero *coram proprio iudice* y, luego, *coram partibus*, cuando efectivamente se cumpla con lo estipulado en sede constitucional, haciendo visible en la fundamentación de la resolución esa sujeción que el propio Estado se ha impuesto a su poder soberano a través de la garantía de observancia de su propio Derecho¹³⁰.

Como puede extraerse, la motivación de las decisiones, resoluciones o sentencias judiciales no obedece a un capricho, ni puede quedar reducida a fórmulas mecánicas de redacción con las que simplemente se está incumpliendo con los mandatos constitucionales señalados al principio, “porque el reconocimiento en sede constitucional de la garantía de motivación de las sentencias, implica que, al menos, en el plano formal, los ciudadanos tengan una razonable expectativa de seguridad y confianza en la jurisdicción, cuando ejerciten la acción en un concreto proceso. El reconocimiento de esta garantía en sede constitucional subraya especialmente el compromiso de limitación y sujeción del Estado a su propio Derecho en las sentencias”¹³¹.

La motivación de las sentencias como limitación y sujeción del Estado “a su propio derecho”, no opera solamente en uno de los extremos del proceso, demandante (ciudadano-administrado), sino que puede invocarse en el contencioso administrativo por la administración pública, como demandada. Lo anterior procede en atención a la aplicación del principio de legitimación democrática, cuya articulación con la sumisión del juez a la ley nadie duda¹³².

Así mismo, la motivación de las sentencias debe permitir distinguir entre aquella que es suficiente, y la que es completa. Como en un ocasión se citó al profesor Rafael de Asís por parte de la Sala, cabe hacerlo en esta ocasión, ya que este autor entiende “que el concepto de motivación suficiente se refiere al conjunto de elementos necesariamente presentes en la decisión judicial para que ésta sea válida, mientras que la motivación completa se distinguiría del concepto anterior por referirse ante todo a la corrección de la decisión y no sólo a la validez de la misma. Es decir, al conjunto de elementos que hacen que una decisión válidamente elegida sea también racionalmente correcta”¹³³. Desde la perspectiva procesal la “motivación completa alude a una justificación plena de la *facti* como en aquellos otros que integran la *quaestio iuris*. Por el contrario, la motivación suficiente alude a un mínimo de razonamiento justificativo ineludible para que la

¹²⁸ “Muy bien expresa este pensamiento el gran procesalista Piero CALAMANDREI, cuando dice que el individuo, privado por el Estado del poder de hacerse justicia a sí mismo tiene, en contrapartida, la facultad de dirigirse al Estado para obtener justicia contra el obligado, porque al faltar el voluntario cumplimiento del obligado, el titular del derecho se dirige al Estado a fin de que, como garante de la observancia del Derecho, convierta la obligación en sujeción, entendiéndose así la acción como *iure conditio* de la jurisdicción. *Vid.* CALAMANDREI, O., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol.I, trad., esp., SENTÍS MELENDO, S., Buenos Aires, 1962, pp.221 y ss”.

¹²⁹ Cfr. CARNELUTTI, F., <Torniamo al giudizio>, en *RDPProc.*, 1949, pp.165 y ss.

¹³⁰ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp.138 y 139.

¹³¹ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales.*, ob., cit., p.139.

¹³² PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. 11ª ed, Madrid, 2007, p.760.

¹³³ ASIS ROIG, Rafael de. *El juez y la motivación en el Derecho*. Dykinson, Madrid, 2005, pp.31-32.

resolución judicial sea conforme a las funciones propias de la exigencia constitucional y legalmente garantizada de motivación”¹³⁴.

En las dos perspectivas, filosófica y procesal, la motivación de las decisiones judiciales tiene unos criterios fundamentadores reconocibles: a) cuando se invoca la motivación suficiente se está exigiendo del juez (contencioso administrativo, por ejemplo) que tenga en cuenta en la construcción de su decisión los elementos imprescindibles y necesarios para dotar de validez a la misma; b) cuando se invoca la motivación completa, el juez debe ajustar su decisión a unos mínimos de corrección, y no sólo a la simple validez, que se sustenta en la racionalidad como principio básico; c) la motivación es completa, también, cuando se comprende la justificación de todos los aspectos fácticos y jurídicos integrados en la *litis*; d) finalmente, la motivación será suficiente, también, cuando el juez realiza un razonamiento justificativo, y no simplemente inductivo, presuntivo o especulativo.

En la jurisprudencia constitucional la motivación de las sentencias judiciales “tiene sentido no solo porque la misma es presupuesto de la garantía de la doble instancia, dado que en la práctica, si el juez no expresa suficientemente las razones de su fallo, se privaría a la parte afectada por el mismo, del ejercicio efectivo de los recursos que pueda haber previsto el ordenamiento jurídico, sino también como elemento de legitimación de la actividad jurisdiccional, puesto que los destinatarios de la misma deben recibir de manera clara el mensaje según el cual la decisión no es el fruto del arbitrio del funcionario judicial sino el producto de la aplicación razonada del derecho a los hechos relevantes y debidamente acreditados en el proceso. De este modo, los jueces deben exponer suficientemente la manera como su decisión se deriva del derecho aplicable y corresponde a una adecuada valoración de los hechos que fueron sometidos a su consideración. Esa exigencia tiene un elemento adicional cuando se trata de decisiones de segunda instancia, pues en tales eventos el juez debe no solo justificar el sentido de su propia providencia, sino mostrar, además, las razones por las cuales, cuando ese sea el caso, se ha revocado la decisión del inferior”¹³⁵ (subrayado fuera de texto).

Dicho sentido, siguiendo a la jurisprudencia constitucional, debe tener en cuenta, además, que en un “estado democrático de derecho, en tanto garantía ciudadana, la obligación de sustentar y motivar de las decisiones judiciales, resulta vital en el ejercicio de la función jurisdiccional. La necesidad de justificar las decisiones judiciales, salvo aquellas en las cuales expresamente la ley ha prescindido de este deber, garantiza que sea la voluntad de la ley y no la del juez la que defina el conflicto jurídico. En este sentido, la motivación de los actos jurisdiccionales, puede ser vista como un componente que refuerza el contenido mínimo del debido proceso, dado que constituye una barrera a la arbitrariedad judicial y contribuye a garantizar la sujeción del juez al ordenamiento jurídico y el posterior control sobre la razonabilidad de la providencia”¹³⁶ (subrayado fuera de texto). Lo que implica, que la motivación, más allá del debate dicotómico entre suficiente y completa, se exige como garantía de materialidad del ejercicio del debido proceso, “barrera a la arbitrariedad judicial”, plena sujeción del juez al ordenamiento jurídico y, ejercicio de un verdadero juicio de razonabilidad en la decisión judicial.

¹³⁴ “Estamos, en este último caso, ante un concepto jurídicamente indeterminado, que no responde a ningún apriorismo y su formulación exige analizar cada caso en concreto”. ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, ob., cit., p.164.

¹³⁵ Corte Constitucional, sentencia T-249, de 28 de marzo de 2006.

¹³⁶ Corte Constitucional, sentencia T-302, de 3 de abril de 2008.

De acuerdo con Taruffo la “motivación, nos dice, exige como requisito fundamental una adecuación plena al principio de completitud del discurso justificativo que la desarrolla”¹³⁷, lo que implica que el “principio de completitud de la motivación garantiza que la cognición judicial se ha desarrollado atendiendo a la ineludible exigencia de juzgar conforme a lo alegado por las partes, que delimitan el objeto procesal, atendiendo al viejo brocardo *iudex debet iudicare secundum allegata et probata partium*”¹³⁸. Por eso, bien puede compartirse que la exigencia de completitud de la motivación sea regla general, modulándose su validez en cada caso concreto al tenor de la vieja máxima *exceptio firmat regulam in contrario in casibus non exceptis*”¹³⁹.

Con fundamento en lo anterior, la motivación (o argumentación) de los perjuicios morales exige que el juez contencioso administrativo pueda distinguir: 1) el reconocimiento de los perjuicios, para cuya motivación cabe sustentarse en la presunción de aflicción cuando se trata de dosificarlos cuando se trata de la muerte o lesión de una persona; o, en la vulneración de los derechos inherentes a los bienes muebles o inmuebles que resulten afectados; 2) la tasación y liquidación de los perjuicios, en cuya motivación puede el juez aplicar diferentes metodología para con fundamento en los principios de razonabilidad, proporcionalidad y justicia dosificar el “quantum” indemnizatorio.

Ahora bien, examinado la fundamentación jurídica en la que cabe sustentar el “test de proporcionalidad” como metodología para la tasación y liquidación de los perjuicios morales, la Sala procede a motivar y delimitar los criterios de dicha tasación y liquidación.

Debe partirse de concebir el perjuicio moral con un carácter inconmensurable, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, lo que exige que su tasación no obedezca a criterio alguno de compensación. En ese sentido, se señala:

*“En torno al perjuicio moral es de recordar que su indemnización no obedece a un criterio compensatorio, desde luego que la vida humana es inconmensurable, sino a uno satisfactorio, destinado a mitigar en lo posible la enorme pena que en el fondo queda ante la ausencia de un ser amado, razón por la cual en a su apreciación han de considerarse el dolor de quien lo sufre, la intensidad de su congoja, la cercanía con el ser perdido, entre otras cosas, para con cimiento en la equidad arribar al más justo valor, distante por lo general de la matemática exactitud con que se escruta el daño material”*¹⁴⁰.

Con base en las anteriores premisas, el juez contencioso administrativo está llamado a considerar, dentro de su discrecionalidad judicial, en su apreciación criterios como: i) el dolor sufrido, ii) la intensidad de la congoja; iii) la cercanía con el ser perdido, iv) derecho (s) vulnerado (s) –considerar, especialmente, la vulneración de derechos humanos, o del derecho internacional humanitario-, v) la conformación del núcleo familiar, vi) las diversas relaciones y vii) la valoración ponderada de lo que representa moralmente la angustia, la tristeza y la aflicción. Se trata de criterios objetivos, si cabe, fundados en los principios de equidad, razonabilidad, reparación integral y proporcionalidad, que deben permitir al juez

¹³⁷ TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza civile. Padova, 1975, pp.450 ss.

¹³⁸ FAZZALARI, E. <La sentenza in rapporto alla struttura e all’oggetto del processo>, en Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1986, p.433.

¹³⁹ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, La motivación de las resoluciones judiciales., ob., cit., p.169.

¹⁴⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 2009, expediente 1995-10351.

determinar con justicia (distributiva) la tasación del “quantum” indemnizatorio de los perjuicios morales reclamados en cada caso en concreto, y que no pueden generalizarse aplicando las reglas de la experiencia como si se tratara de variables unívocas y uniformes¹⁴¹, sino que debe considerarse las circunstancias de cada caso en concreto, las singularidades de los sujetos, de los grupos familiares y la aplicación de los anteriores criterios. Sin embargo, una vez definidos los criterios o referentes objetivos (como lo señala la sentencia de Sala Plena de Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, expediente 23492), cabe determinar el “quantum” indemnizatorio, para lo que cada juez en el ejercicio de su razonado arbitrio puede emplear el método, o metodología, que permita una ponderada dosificación, siendo para este caso procedente la aplicación de la metodología del “test de proporcionalidad”, como expresión de la debida continuidad de las sentencias de Sala Plena de Sección Tercera de 6 de septiembre de 2001 y de 23 de agosto de 2012.

7.1.2 Liquidación de los perjuicios morales empleando el test de proporcionalidad como expresión del arbitrium iudicis.

La más reciente sentencia de la Sala Plena de Sección de 23 de agosto de 2012 (expediente 23492), no limitó, ni negó, ni se opuso a que cada juez en ejercicio de su “arbitrium iudicis” determinara el “quantum” indemnizatorio, o liquidara los perjuicios morales empleando un método o metodología como la del “test de proporcionalidad”, ya que, se reitera la argumentación de la mencionada providencia de Sala Plena, se “ha soportado la procedencia de reconocimiento de este tipo de perjuicios y su valoración no solamente con fundamento en la presunción de afecto y solidaridad que surge del mero parentesco, sino que, acudiendo al arbitrium iudicis, ha utilizado como criterios o referentes objetivos para su cuantificación la (sic) características mismas del daño, su gravedad y extensión, el grado de afectación en el caso a cada persona, vale decir el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la situación del demandante afectado, para, por vía del análisis de conjunto, debidamente razonado, llegar a concretar un monto indemnizatorio determinado que de ninguna manera puede asumirse como algo gracioso, nacido de la mera liberalidad del juez” (negrita y subrayado fuera de texto).

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

En cuanto al precedente, es absolutamente equivocado conceptualmente el alcance que pretende dar la Sala al “precedente horizontal”, lo que lleva a invocar erróneamente que una línea jurisprudencial constituye precedente. Cabe en este

¹⁴¹ “¿Es posible, o mejor dicho, tiene sentido definir o analizar lo que llamamos <sentimientos> en toda su generalidad? Al fin y al cabo, nunca nos encontramos ante el <sentimiento> ni en nuestra existencia cotidiana ni en las actividades y objetivaciones que se elevan por encima de la vida diaria. Nos vemos confrontados a una diversidad de sentimientos cuyas funciones concretas no parecen tener nada en común. El sentimiento de ser descubierto, de gozar del sol, de hambre, de desprecio por algo o alguien, todos esos sentimientos juegan en mi vida papeles tan distintos que hacen por lo menos dudoso el que tenga derecho metodológicamente a empezar mi análisis antropológico partiendo del <sentimiento general>”. HELLER, Ägnes. Teoría de los sentimientos. 1ª reimp. México, Coyoacán, 2004, p.15.

sentido señalar que el “precedente – *precedent* - entendido como la decisión anterior de una autoridad que fija posición interpretativa en relación con ciertas circunstancias fácticas y jurídicas, para ser aplicadas en el futuro, esto es, como antecedente vinculante generador de regla, principio o concepto aplicable a casos sustancialmente similares, constituye una de las instituciones básicas y fundamentales del sistema jurídico de influencia anglosajona – *common law* -, o sistema del derecho de los jueces o jurisprudencial, basado en la experiencia doctrinal derivada de la solución de casos – *case law* -, dentro del cual se consolida como una evidente e indiscutible fuente de derecho^{142”143}.

A lo que cabe agregar, que el “precedente, conforme lo anterior, se le tiene bajo la construcción jurídica del sistema del common law, como una fuente formal de creación del derecho, diferente de la ley, y originada en las decisiones judiciales, específicamente en las razones que le sirvieron de sustento a la mismas – *ratio decidendi* -, esto es, en la solución jurídica a una situación fáctica específica, la cual por efectos de la evolución del sistema pasa a convertirse en un antecedente vinculante, **en una especie de paradigma de solución frente a casos similares o semejantes que puedan ocurrir con posterioridad- *stare decisis* -**, configurando de esta manera, dentro del ordenamiento jurídico, una clara regla o norma de contenido jurídico, demarcando un principio o definiendo un concepto adecuado y propio en materia jurídica^{144”145}.

Con fundamento en lo anterior, cabe plantear con certeza que la Sala está incurriendo en esta sentencia (y en otras decisiones) en una seria equivocación en el manejo del concepto de precedente, ya que los supuestos fácticos en los que se sustenta la sentencia de la Sala de Sección Tercera de 6 de septiembre de 2001 están relacionados con un accidente de tránsito, en tanto que el presente asunto tiene que ver con la muerte violenta de una persona a manos de un grupo paramilitar, lo que implica que **no estamos ante un caso similar o semejante**, ni ante presupuestos similares, ni siquiera, revisada la *ratio decidendi*, ante una solución jurídica que por las particularidades, singularidades de este caso frente a aquel de accidente tránsito no son asimilables, comparables, ni correspondientes para servir de sustento y de sujeción, como lo señala la Sala, a todo tipo de casos, como el presente.

De ahí, pues, que como manifestación de la discrecionalidad, de la que está dotado el juez por el legislador, se emplea (sin convertirse en regla normativa, ni en tabla de punto al ser aplicable sólo al caso en concreto) la metodología del test de proporcionalidad¹⁴⁶, que busca como objetivos: i) que haya una acreditación o

¹⁴² RADBRUCH, Gustav. “El espíritu del derecho inglés”, en *Revista de Occidente*, Madrid, 1958, p. 37 ss. Puede consultarse igualmente, WHITTAKER, Simon. “El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela”, en *Revista Chilena de Derecho*, V. 35, No 1, 2008 (el texto original puede verse en: WHITTAKER, Simon. “Precedent in the English Law: A view from the Citadel”, en *European Review of Private Law*. No. 5, 2006, pp.705-745); ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*, Gipuzkoako Foru Aldundia Diputación Foral de Gipuzkoa, Civitas, Madrid 1995. Vid., WADE, H. R. *Derecho administrativo*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971.

¹⁴³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano”, en Ponencia: IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Mendoza, Argentina, septiembre de 2010.

¹⁴⁴ ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*, Ob., cit., p. 31

¹⁴⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano”, en Ponencia: IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Mendoza, Argentina, septiembre de 2010

¹⁴⁶ “(...) a pesar de que el principio de proporcionalidad no esté tipificado en ninguna disposición positiva del Derecho administrativo francés, y de que tampoco suela ser mencionado *ex profeso* en los fundamentos jurídicos de las sentencias, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa lo aplica de manera implícita con

prueba mínima del perjuicio moral en cabeza de los demandantes, sin que sea suplida por la simple presunción jurisprudencial de aflicción o, por las reglas de la experiencia del juzgador (suficientes para el reconocimiento del perjuicio, pero no para la tasación y liquidación), sino que debe reunir la mayor cantidad de elementos posibles a valorar, advirtiéndose las limitaciones que tiene el juez para tasar en cabeza de qué personas cabe afirmar una mayor intensidad del dolor moral o aflicción, que en otras; así mismo, ii) se busca la aplicación, en sede del contencioso administrativo, del principio de proporcionalidad¹⁴⁷, el cual no está vedado o prohibido de aplicación, ni se puede considerar solamente como una herramienta para resolver las tensiones constitucionales entre derechos, intereses y principios, sino que cabe afirmarlo, a partir del sub-principio de ponderación y del principio de la razonabilidad, en sede de la liquidación de los perjuicios morales, de tal manera que el juez oriente su raciocinio desde una perspectiva jurídica, teniendo en cuenta los mínimos criterios objetivos empleados para la tasación (una "crítica frecuente a la ponderación es que la Corte (americana) no cuenta con un criterio objetivo para valorar o comparar los intereses en juego (...). Por tanto, la ponderación demanda el desarrollo de una balanza de valores externos a las preferencias personales de los jueces"¹⁴⁸), de tal manera que al indemnizar los perjuicios morales como materialización del derecho a la reparación integral, ésta no sea absoluta, sino ponderadamente se corresponda con la afectación en la esfera moral, atendiendo a las circunstancias de cada caso y a la verificación de los criterios objetivos¹⁴⁹, permitiéndose hacer compatible la exigencia de reparar

bastante frecuencia (Sobre la aplicación implícita del principio de proporcionalidad en el derecho administrativo francés, X. Philippe aclara que <el juez francés -administrativo u ordinario- ha preferido siempre esquivar el término (proporcionalidad) y aplicar su contenido o su esencia, recurriendo a nociones cercanas, paráfrasis o sinónimos>. No obstante, este mismo autor sostiene que a partir de la última década del siglo XX se ha comenzado a vislumbrar un cambio de tendencia, por efecto de la influencia sobre los jueces franceses de las decisiones de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo, en las cuales se hace una alusión explícita y directa al principio de proporcionalidad. Vid. ÍD., <El principio de proporcionalidad en el derecho público francés>). Para tal efecto, el principio de proporcionalidad se integra al control que se surte mediante las técnicas de desvío de poder, calificación jurídica de los hechos, error manifiesto, necesidad del acto y balance entre los costos y los beneficios de las actuaciones del Estado. En el Derecho administrativo italiano, en cambio, este principio ha comenzado a aplicarse por parte de los tribunales como criterio autónomo. No obstante, en ocasiones continúa siendo considerado como un componente de los criterios de razonabilidad, congruencia, adecuación, igualdad y exceso de poder, que se utilizan para evaluar la legalidad de los actos administrativos" (subrayado fuera de texto). BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. 3a ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p.49.

¹⁴⁷ "La proporcionalidad en el derecho refiere a una máxima general y parámetro de acción para la totalidad de la actividad estatal, aunque no exclusivamente, ya que el principio de proporcionalidad puede llegar a aplicarse también en el ámbito de las relaciones particulares regidas por el derecho privado. En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución–, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho (artículo 1 C.P.), fuerza normativa de la Constitución (artículo 4 C.P.) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5 C.P.). En el derecho penal, la proporcionalidad regula las relaciones entre diversas instituciones, como entre la gravedad de la conducta punible y la sanción penal a imponer por su comisión, entre las causales de justificación y la posible eximente de punibilidad, entre las causales de agravación o atenuación y la graduación de la pena, o entre la magnitud del daño antijurídico causado y la sanción pecuniaria correspondiente a fijar por el juez, como se analiza en la presente providencia".

¹⁴⁸ ALEINIKOFF, T. Alexander. El derecho constitucional en la era de la ponderación. Lima, Palestra, 2010, pp.74 y 75.

¹⁴⁹ La aplicación de la ponderación como subprincipio de la proporcionalidad ha sido modulada en los siguientes términos: "El primer principio de Derecho Público señala que el Estado tiene derecho a restringir la libertad de los particulares en cuanto sea necesario para poder hacer compatibles la libertad y la seguridad. De esta consideración se desprende el primer principio del Derecho de policía: que sólo para evitar un daño temido con gran peso moral para la sociedad burguesa y sólo bajo la esperanza de alcanzar una ventaja para el

integralmente con la equidad y justicia distributiva exigible¹⁵⁰, sin que tenga la necesidad de acudir a discursos sociológicos, psicológicos o de otro orden¹⁵¹ que sólo contribuyen a distorsionar el papel del juez al momento de la tasación y liquidación de los perjuicios morales, y a crear desigualdades propias de la visión subjetiva que desde la posición del juez intenta establecer “in abstracto” un valor genérico del perjuicio moral (porque así como la “intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción”¹⁵², también cabe afirmarlo del perjuicio moral indemnizable que no puede ser desproporcionado en relación con la afectación que se produce en cada caso y atendiendo a los criterios objetivos) que cabe indemnizar en los diferentes eventos en los que queda acreditado el daño antijurídico y su imputación.

La aplicación del “test de proporcionalidad”, como metodología para liquidar los perjuicios morales, en el ejercicio discrecional del juez (reconocido por el legislador), tiene sustento constitucional y permite afrontar la crítica según la cual en el “Estado de Bienestar (estadio en el que se encuentra implicado el Estado Social de Derecho como modelo en el cual se encuentra nuestra Nación) había provocado cambios esenciales.

Inicialmente, se pidió progresivamente a los jueces que aplicaran estándares abiertos como equidad, buena fe, razonabilidad y negación del enriquecimiento injusto¹⁵³. Sin duda, esto se aparta de la función judicial tradicional de la “aplicación formal de las normas y se apartaban del idea de un conjunto de normas poseedor de las cualidades de generalidad, igualdad y certeza¹⁵⁴. De ahí, pues, que las *“cláusulas abiertas y los estándares generales llevan a que las cortes y los departamentos administrativos se dediquen a una ponderación ad hoc de intereses reacios a ser reducidos a reglas generales.*

Estado entero puede ser restringida la libertad natural de los ciudadanos individuales mediante la ley de policía (...) Los daños que mediante la restricción de la libertad deben ser evitados, deben tener una importancia mucho mayor que la desventaja que la comunidad y los particulares sufren a causa de una restricción semejante”. “Las citas son de las *Vorträge über Recht und Staat*, pronunciadas por Svarez en 1791, citadas en BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. 3a ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, cita 16, p.46.

¹⁵⁰ Lo que ha sido reconocido en el derecho constitucional anglosajón de la siguiente manera: “La protección igualitaria ha sido testigo del desarrollo de un nivel intermedio de escrutinio que exige que una ley esté “sustancialmente relacionada” con “intereses gubernamentales importantes”. Este examen se ha aplicado a demandas de discriminación por género y legitimidad, y, por cuatro jueces, a casos de clasificaciones sociales con el propósito de ayudar a los afroamericanos”. ALEINIKOFF, T. Alexander. El derecho constitucional en la era de la ponderación., ob., cit., pp.66 y 67.

¹⁵¹ Lo anterior, lleva a concluir desde cierta perspectiva a que se piense que el “estilo del discurso jurídico se acercó al de los lugares comunes de la argumentación política o económica cuando el razonamiento jurídico intencionado y las preocupaciones y las preocupaciones por la justicia sustantiva empezaron a prevalecer. Surgen serias dudas sobre la legitimidad de esa manera de tomar las decisiones judiciales. Ofende la libertad política que los jueces no elegidos tengan que tomar decisiones cuya índole no difiere de las que toman las legislaturas”. TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría. Bogotá, Universidad Externado, 2011, p.177.

¹⁵² Lo que normativamente se encuentra consagrado en la actual Constitución europea> artículo II.109.3.

¹⁵³ TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría., ob., cit., p.175.

¹⁵⁴ “El paradigma del Estado constitucional de derecho –o sea, el modelo garantista- no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la <racionalidad formal> y la <racionalidad material> weberianas. Gracias a la disociación y a la sujeción de ambas dimensiones a dos tipos de reglas diferentes, ha dejado de ser cierto que la validez del derecho dependa, como lo entendía Kelsen, únicamente (sic) de requisitos formales, y que la razón jurídica moderna sea, como creía Weber, sólo una <racionalidad formal>; y también que la misma esté amenazada, como temen muchos teóricos actuales de la crisis, por la inserción en ella de una <racionalidad material> orientada a fines, como lo sería la propia del moderno Estado social”. FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. 7ª ed. Madrid, Trotta, 2010, p.22.

El razonamiento intencionado y la justicia no formal también causan problemas al ideal de generalidad. El abogado orientado a la política sostiene que parte de la interpretación de una norma es elegir los medios más eficientes para lograr los fines que se le asignan a ella. Pero como las circunstancias a las que se refieren las decisiones cambian y como la interpretación de quien toma la decisión de los que dispone varía, así también debe suceder con la forma en que él interpreta las normas (...) Por tanto, la noción de áreas estables de derechos y obligaciones individuales, una noción inseparable del ideal del Estado de derecho, se erosionará. La búsqueda de la justicia sustantiva corrompe la generalidad jurídica en un grado aún mayor. Cuando la gama de desigualdades inadmisibles entre situaciones sociales se amplía, la necesidad de tratamiento individualizado aumenta correspondientemente. Sin importar cómo se defina la justicia sustantiva, ésta solo se puede lograr tratando de manera diferente las diferentes situaciones”¹⁵⁵.

Todo lo cual lleva a concluir, que “el problema no consiste en indagar si la aplicación del principio de proporcionalidad puede sustentarse en argumentaciones que la hagan objetiva, sino, si mediante la aplicación de dicho principio puede alcanzarse una mayor racionalidad relativa, en comparación con aquélla que se logra cuando se aplican los criterios alternativos”¹⁵⁶ (negrita fuera de texto).

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

En cuanto al fundamento de este test, se encuentra en la aplicación de la proporcionalidad¹⁵⁷ desde la perspectiva del juicio de igualdad¹⁵⁸, y de la

¹⁵⁵TAMAHANA, Brian., ob., cit., p.176.

¹⁵⁶ A lo que se encamina afirmativamente el trabajo del profesor BERNAL PULIDO, Carlos., ob., cit., p.172.

¹⁵⁷ “De las funciones que cumple el principio de proporcionalidad en el control constitucional de la legislación y en la tutela de los derechos fundamentales depende en gran parte la efectividad del Estado Social de Derecho, el respeto de la dignidad humana y la inalienabilidad de los derechos de la persona. Es por ello que se hace necesario un manejo adecuado del principio de proporcionalidad, diferenciando su sentido general - como máxima de interpretación que evita el desequilibrio, la desmesura o el exceso en el ejercicio del poder público- de su sentido específico como parte constitutiva del juicio de igualdad. Tal distinción entre un sentido genérico y uno específico con que se usa el concepto de proporcionalidad conduce al problema de los métodos para su aplicación.8.2. Un uso general, no técnico, del concepto de proporcionalidad en el control de constitucionalidad, prescinde de un método para su aplicación. La relación de equilibrio entre dos magnitudes, instituciones, conductas, etc., se establece en forma intuitiva, conectada muchas veces a un juicio de grado. Se afirma, por ejemplo, que un acto es proporcionado, desproporcionado, leve o manifiestamente desproporcionado. La inexistencia de método para establecer el grado a partir del cual dicho acto pierde la proporción hasta el punto de verse afectada su constitucionalidad, conlleva la concentración en el juez de la facultad de decidir discrecionalmente sobre la juridicidad de las actuaciones de otros órganos del poder público. Tal consecuencia no es compatible en un estado democrático de derecho donde los órganos del Estado cumplen funciones separadas. Es por ello que el uso coloquial de la proporcionalidad o desproporcionalidad, en el sentido de exceso o desmesura, requiere ser sustituido por métodos objetivos y controlables que permitan al juez constitucional ejercer su misión de salvaguarda de la Constitución y de los derechos constitucionales, dentro de un marco jurídico respetuoso de las competencias de las demás autoridades públicas, en especial del legislador democrático. La proporcionalidad concebida como principio

necesidad ponderar ante la indeterminación, vaguedad y necesidad de una resolver la tensión que pueda representar la tasación y liquidación de los perjuicios morales cuando se pone en juego la tutela de derechos como a la vida, al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad personal (enmarcado dentro del concepto global de dignidad humana), y el respeto del derecho a la reparación, que no puede resolverse, como se pretende en muchas ocasiones, por medio de la lógica de la subsunción¹⁵⁹, sino que debe trascenderse, como se busca con el test de proporcionalidad, que el juez contencioso administrativo establezca, determine si cabe el sacrificio de principios, con otras palabras que se oriente hacia la ponderación¹⁶⁰ de valores o derechos reconocidos desde la individualidad de cada sujeto, y su dimensionamiento y expresión en el derecho a la reparación, que no es unívoco en su individualidad, sino que exige responder al principio de igualdad.

Luego, ante la potencial desproporción que pueda representarse en la liquidación de los perjuicios morales, atendiendo sólo al salario mínimo legal mensual vigente, desprovisto de argumentación jurídica y propiciando un ejercicio exagerado de la mera liberalidad del juez, que derive en el quebrantamiento de la igualdad y la justicia¹⁶¹, procede, dentro del arbitrio judicial y en los términos de la sentencia de

de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación. Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Los intereses ponderados también se concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto. No existe un solo método de ponderación. Se pueden aplicar diferentes formas de ponderar según la materia de que se trate. Por ejemplo, cuando se analiza si una medida policiva es desproporcionada, la comparación se efectúa, generalmente, entre la gravedad de las circunstancias, de un lado, y la magnitud con la cual la medida afecta intereses constitucionalmente protegidos. En el juicio de razonabilidad, cuando éste incluye un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, la comparación se realiza, usualmente, entre los fines y las medidas estatales, de un lado, y la afectación de intereses protegidos por derechos constitucionales. Los métodos de ponderación se distinguen no solo según qué es lo que se sopesa, sino también por los criterios para decidir cuando la desproporción es de tal grado que procede una declaración de inexecutable. No se exige una proporcionalidad perfecta puesto que el legislador no tiene que adecuarse a parámetros ideales de lo que es correcto por no ser excesivo” (subrayado fuera de texto). Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

¹⁵⁸ Sobre la proporcionalidad como elemento del juicio de igualdad únicamente cuando el test es estricto, ver la sentencia C-673 de 2001; aclaración de voto de Jaime Araujo Rentería.

¹⁵⁹ Alexy tiene como principal postulado al darle tratamiento a las decisiones judiciales “es que una resolución o sentencia emitida por un juez no se refiere únicamente a simples operaciones mecánicas lógicas de subsunción, sino que en los casos difíciles implican valoraciones, sacrificios de principios, una necesidad de ponderación de los valores en conflicto”. SOBREVILLA, David: “La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy” en La filosofía del derecho alemana actual de orientación racionalista (Estudios sobre R. Alexy, K. Günther, J. Habermas y O. Höffe), México, Fontamara, 2008, p. 28. LÓPEZ SANCHEZ, Rogelio. “El principio de proporcionalidad como derecho hermenéutico en la justicia constitucional”, en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. N.23, 2011, p.327.

¹⁶⁰ “La ponderación es necesaria debido a cuatro razones fundamentales: a) la vaguedad del lenguaje jurídico; b) la posibilidad de conflictos de normas; c) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe ya una norma vigente, y d) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales”. ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica (La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica), (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 23.

¹⁶¹ LARENZ, Karl. Metodología de la ciencia del derecho, (trad. y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero), Barcelona, Ariel, 1994, p. 400

la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, el “test de proporcionalidad” para que obre la decisión judicial con la suficiente motivación y ponderación. En cuanto a esto, en la jurisprudencia constitucional se sostiene que “el análisis de proporcionalidad del límite de mil salarios mínimos legales, se hará de conformidad con el siguiente método: (i) identificar y clarificar cuáles son los intereses enfrentados regulados por la norma; (ii) sopesar el grado de afectación que sufre cada uno de esos intereses por la aplicación del límite fijado en la norma; (iii) comparar dichas afectaciones; (iv) apreciar si la medida grava de manera manifiestamente desproporcionada¹⁶² uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución”¹⁶³.

Dicho principio de proporcionalidad debe, por lo tanto, convertirse en el sustento adecuado para la tasación y liquidación ponderada del quantum indemnizatorio del perjuicio moral, respecto de lo que la jurisprudencia constitucional señala que frente “a los llamados perjuicios morales objetivables, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, ha estimado que en algunos casos pueden ser valorados pecuniariamente¹⁶⁴, con base en criterios como el dolor infligido a las víctimas¹⁶⁵, el perjuicio estético causado¹⁶⁶ o el daño a la reputación¹⁶⁷. Si de la aplicación de tales criterios surge que dichos perjuicios superan el límite fijado por el legislador, habría una afectación grave del interés de las víctimas por lograr una indemnización integral de los perjuicios que se le han ocasionado y cuyo quantum ha sido probado. Al igual que con los perjuicios materiales, el límite resultaría manifiestamente desproporcionado frente al derecho de las víctimas a la reparación integral, como quiera que el riesgo de arbitrariedad del juez es menor cuando el valor de los perjuicios ha sido acreditado en el juicio por factores que no dependen de su apreciación subjetiva. Esta desproporción resulta más evidente si se tiene en cuenta que ni en la jurisdicción civil ni en la jurisdicción contencioso administrativa existe una disposición legal que restrinja la discrecionalidad del juez para decidir la reparación de perjuicios morales. En dichas jurisdicciones se ha fijado una cifra para la valoración de ciertos perjuicios que depende de consideraciones puramente subjetivas y cuyo quantum ha sido reconocido tradicionalmente hasta por 1000 gramos oro, o más recientemente hasta por 2000 y 4000 gramos oro¹⁶⁸”¹⁶⁹.

Ahora bien, en cuanto a la modulación del test de proporcionalidad para la liquidación de los perjuicios morales, la Sala explica que éste comprende la consideración de tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en

¹⁶² Ver entre otras la sentencia C-758 de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis. Allí la Corte justifica que en materia de sanciones el límite entre lo constitucionalmente inadmisibles y lo permitido se traza con el criterio de la desproporción manifiesta

¹⁶³ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

¹⁶⁴ Ver entre otras las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 13 de abril de 2000, expediente: 11892; 19 de julio de 2001, expediente: 13086; 10 de mayo de 2001, expediente: 13475 y de 6 de abril de 2000, expediente: 11874. Ver también, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal del 29 de mayo de 1997, expediente: 9536.

¹⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de agosto de 1982, expediente: 3139, donde se reconoció como perjuicio moral el “malestar psíquico” sufrido a raíz del accidente. Consejo de Estado, Sección Tercera, 4 de abril de 1997, expediente: 12007, que reconoció como perjuicio moral por el hecho de que la víctima “estuvo sometida al miedo, la desolación, a la zozobra, a la tristeza, mientras se produjo su liberación.”

¹⁶⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, 31 de julio de 1989, expediente: 2852; 6 de mayo de 1993, expediente: 7428

¹⁶⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, expediente: 3510.

¹⁶⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de 25 de septiembre de 1997, expediente: 10421, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 2.000 gramos oro. Sentencia de 19 de julio de 2000, expediente: 11842, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 4.000 gramos oro

¹⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

el sentido estricto. La doctrina señala que “la propia estructura del principio de proporcionalidad consiste, en efecto, en la aplicación del conocido test tripartito sobre una medida determinada, adoptada de ordinario por un sujeto distinto a aquel que desarrolla el juicio de control”¹⁷⁰.

En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, el monto a cuantificar debe ser adecuado para contribuir a compensar, como mínimo (y no a dejar indemne plenamente), adecuadamente el perjuicio que se produce en la víctima y en sus familiares, atendiendo a las circunstancias de cada caso. En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la compensación de los perjuicios morales debe ser consecuente con el objetivo de reparar lo más integralmente posible, pero sin desbordar la razonabilidad de la medida, teniendo en cuenta la inconmensurabilidad y la imposibilidad de encontrar un valor económico que permita dejar plenamente indemne a la víctima y los familiares que padecen un sufrimiento o aflicción¹⁷¹. Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido (ponderación), con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto¹⁷². Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de acuerdo a) con las circunstancias de cada caso (cuando de se trata de muerte o de lesiones: violenta, debida a la actividad médica, en accidente de tránsito, en actividad riesgosa -electrocución, por ejemplo-, de infante, de menor de edad, de mujer -cabeza de familia, por ejemplo-, de padre soltero, de persona de la tercera edad, de persona discapacitada, de miembro de una comunidad étnica, de miembro de comunidad LGBT, etc.; cuando se trata de tortura; cuando se trata de desplazamiento forzado: donde cabe tener en cuenta la pertenencia a una comunidad étnica, campesina o de especial protección; cuando se trata de acto sexual; cuando se trata de la privación de la libertad; cuando afecta el honor y la honra; cuando afecta bienes -muebles o inmuebles- fruto de actos violentos, etc.); b) con la consideración según la cual la medida de la compensación debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda

¹⁷⁰ La doctrina señala que “la propia estructura del principio de proporcionalidad consiste, en efecto, en la aplicación del conocido test tripartito sobre una medida determinada, adoptada de ordinario por un sujeto distinto a aquel que desarrolla el juicio de control”. ARROYO JIMENEZ, Luis. “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, en ORTEGA, Luis; SIERRA, Susana de la (Coords). Ponderación y derecho administrativo. Madrid, Marcial Pons, 2009, p.33.

¹⁷¹ En la formulación de Alexy, los “subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas. En ellos la ponderación no juega ningún papel. Se trata de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales, que sean evitables sin costo para otros principios, es decir, se trata del óptimo de Pareto”. ALEXY, Robert. “La fórmula del peso”, en CARBONELL, Miguel (Coord) El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional. 1ª reimp. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2010, p.17. Para el caso de la tasación y liquidación de los perjuicios morales se busca impedir que el reconocimiento del derecho a la reparación represente una intervención, o alteración sustantiva del interés general representado en el patrimonio público del que proceden los recursos para cubrir el quantum indemnizatorio que por perjuicios morales deba existir.

¹⁷² La “teoría de la ponderación funciona, por así decirlo, como trasfondo teórico para dar una interpretación jurídica al principio de proporcionalidad que aparece en el derecho positivo”. Así mismo, “debido a que ya no es necesario considerar la ponderación exigida por la prohibición de exceso en el caso individual como una caja negra teórica, metodológica y dogmática, las cargas de argumentación pueden ser adjudicadas de forma más racional y conciente (sic), más exacta y sencilla. La así llamada fórmula de peso permite decir con exactitud casi matemática qué valores asignados deben ser puestos en relación mutua para lograr un resultado determinado. Con ello se puede hacer a un lado de forma considerable el momento aleatorio de la ponderación de bienes”. Finalmente, “la ventaja tal vez más importante de la teoría de la ponderación la encontramos en el hecho de que ella no sitúa a los principios en un nivel elevado de valores, lejano e inalcanzable, sino que los baja de su nivel abstracto (...) para permitirles dar frutos en un proceso racional y argumentativo para y en el caso individual”. JESTAEDT, Mathias. “La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades”, en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord) La ponderación en el derecho. 1ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp.84 a 86.

con criterios como dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental, apego, capacidad de discernimiento del dolor (en función de la edad, formación y condiciones personales) y los que se citan en la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, amor y solidaridad; c) finalmente, con la exigencia según la cual quien afirma la existencia del perjuicio moral tiene una mínima carga para su cuantificación, ya que de sólo de contarse con la presunción de aflicción como criterio, la determinación de su “quantum” obedecerá a los mínimos a reconocer en atención a las circunstancias de cada caso y a los mencionados criterios mínimos objetivos que generalmente sean aplicables, teniendo en cuenta, además, como criterios adicionales para ponderar la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada), o la limitación al ejercicio del derecho a la libertad, al honor, o cuando se trata de la pérdida de muebles o inmuebles.

Lo anterior, debe permitir concretar un mayor quantum indemnizatorio cuando se trata del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios deben obrar en función de la necesaria ponderación¹⁷³; y de aquella que proceda cuando la afectación se produce en los derechos a la vida e integridad personal.

De los anteriores sub- principios, el que adquiere relevancia es el de “proporcionalidad en sentido estricto”, ya que es en él donde la necesaria ponderación de los perjuicios morales opera para tasarlos y liquidarlos razonable y racionalmente. Pero se advierte, la ponderación se sujetará a un doble nivel: a) a criterios mínimos objetivos, que son de general aplicación; y, b) a la tasación teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso en concreto¹⁷⁴.

Luego, teniendo en cuenta la argumentación anterior, la tasación y liquidación del perjuicio moral se sujetará no sólo a ésta, sino a lo que ordinariamente esté demostrado con base en las pruebas allegadas en cada proceso (testimonial,

¹⁷³ La “ley de ponderación” en términos de Alexy se formula: “Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”. ALEXY, Robert. “La fórmula del peso”, en CARBONELL, Miguel (Coord) El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional., ob., cit., p.18. En términos de la tasación y liquidación de los perjuicios morales la formula a proponer sería: Cuanto mayor sea el grado de intensidad o de padecimientos de la esfera moral de cada familiar, tanto mayor deberá ser el quantum que deberá otorgarse, con base en unos mínimos criterios objetivos.

¹⁷⁴ Cabe advertir, como lo sostiene Carlos Bernal Pulido, en la dimensión ius-filosófico y constitucional de la ponderación: “Es meritorio que la ponderación no garantiza una perfecta objetividad. Ello se debe, sobre todo, al hecho de que la perfecta objetividad es un ideal que no puede alcanzarse en ningún ámbito normativo, y mucho menos en un ámbito tan controversial como el de los principios [y mucho menos en la tasación y liquidación de perjuicios que como los morales comprometen esferas subjetivas e inmateriales de los sujetos], tan estrechamente vinculados con las ideologías. Una perfecta objetividad sólo podría alcanzarse en un sistema jurídico ideal, cuyas disposiciones determinasen por completo el contenido de los principios. En un sistema semejante, la Constitución y las demás fuentes jurídicas establecerían explícitamente normas individuales que prescribirían con exactitud qué está permitido, prohibido u ordenado para cada supuesto de hecho concebible y, como consecuencia, atribuirían a cada decisión judicial una justificación objetiva”. BERNAL PULIDO, Carlos. “La racionalidad de la ponderación”, en CARBONELL, Miguel (Coord) El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional. 1ª reimp. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2010, pp.56 y 57.

pericial, informes técnicos, etc), a la “presunción de aflicción” (que no es de “iure”) y a los criterios para ponderar la tasación de los perjuicios morales: a) el dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad, valoración a la relaciones propias al núcleo familiar (que comprende la convivencia, la cercanía sentimental y el apego), violación de derechos humanos, o de garantías propias al derecho internacional humanitario; b) el grado de afectación y la estructura de la relación familiar de las víctimas; y, c) ponderar la intensidad del daño (que cabe examinarlo desde la cercanía y la mínima certeza de conocimiento), la aflicción por la vulneración, propiamente dicha, de bienes jurídicos constitucional y convencionalmente reconocidos, tales como al buen nombre a la honra.

Para el caso en concreto, la prueba testimonial como único elemento probatorio que obra para acreditar la tasación y liquidación de los perjuicios morales ocasionados a los actores, ofrece los siguientes elementos con base en los cuales determinará la liquidación de los perjuicios.

En términos generales, con relación a los padecimientos sufridos por los actores, de acuerdo con los testimonios anteriormente descritos, se observa fundamentalmente que la afectación de los bienes jurídicos constitucionales y convencionales al buen nombre y a la honra de los demandantes, específicamente de Oscar Isaza Benjumea y Amparo Pinzón Nieto, se encuadra dentro del petitum en la producción de perjuicios morales, que se expresan en la aflicción, el desasosiego, la tristeza, la ansiedad que padecieron al verse comprometida su imagen, su buen crédito, su reputación, dado que eran reconocidos en Buenaventura como empresarios y comerciantes de buen nombre, de buenas costumbres, de vida sana, honorables en todo el sentido de la palabra y con un núcleo familiar ejemplo para la sociedad, por la sindicación ante la opinión pública como miembros e integrantes del cartel de narcotráfico de Buenaventura. Debe tenerse en cuenta que el perjuicio que se encuentra acreditado se corresponde con aquel petitionada en la demanda, esto es, con los perjuicios morales que los demandantes y sus hijos tuvieron que padecer, y respecto de los cuales cabe afirmar que para corresponderse con el derecho a la reparación integral es necesario determinar la procedencia de la liquidación de los perjuicios morales de manera autónoma e independiente respecto de cada uno de ellos, y su despliegue en la relación entre ellos y respecto de cada uno de sus hijos¹⁷⁵.

Con base en la anterior motivación, se liquidará por perjuicios morales de la siguiente manera:

Cuando se trata de lesiones o menoscabo a los derechos del buen nombre y honra

Circunstancias del caso y sujetos a indemnizar	Criterios y cuantificación
Se trata de perjuicios derivados de un daño antijurídico con el que se lesionaron el derecho al buen nombre y a la honra de los actores, derivados de una noticia difundida por un medio de comunicación por el indebido manejo	a) circunstancias de cada caso; b) “presunción de aflicción” (que no es de “iure”); c) se acreditó el dolor, aflicción, pesar, tristeza, respeto a la dignidad, valoración a la relaciones propias al núcleo familiar (que comprende la convivencia, la cercanía sentimental y el apego, capacidad de discernimiento del dolor (en función de la edad, formación y condiciones personales), violación de derechos humanos, o de

¹⁷⁵ La Sala de Sub-sección en la sentencia de 18 de octubre de 2012, expediente 24070, ya había liquidado con base en similar motivación.

de la información de inteligencia a cargo de las entidades demandadas	garantías propias al derecho internacional humanitario; d) se acreditó, mínimamente, el grado de afectación y la estructura de la relación familiar de las víctimas; y, e) cabe ponderar la intensidad del daño por la vulneración, propiamente dicha bienes jurídicos constitucional y convencionalmente reconocidos, como al buen nombre y a la honra.
Núcleo familiar inmediato (esposo –a-, compañero –a-, hijos, padres)	50 - 80 smlmv cuando opera la presunción de aflicción y se tiene acreditados por lo menos uno de los criterios (o se trata de circunstancias en las que se produce violaciones bienes jurídicos constitucional y convencionalmente reconocidos, como al buen nombre y a la honra)
Otros integrantes de la familia (hermanos, abuelos)	5 - 10 smlmv cuando opera la presunción de aflicción y se tiene acreditados por lo menos uno de los criterios (o se trata de circunstancias en las que se produce violaciones bienes jurídicos constitucional y convencionalmente reconocidos, como al buen nombre y a la honra)

La liquidación será de la siguiente forma:

Indemnizado	smlmv	Equivalente en pesos
Oscar Isaza Benjumea (esposo y padre)	80 (perjuicio moral directo) 80 (por la afectación a Amparo)	\$45.336.000 \$45.336.000
Amparo Pinzón Nieto (esposa y madre)	80 (perjuicio moral directo) 80 (por la afectación a Oscar)	\$45.336.000 \$45.336.000
Oscar David Isaza Pinzón (hijo)	80 (por la afectación a Amparo) 80 (por la afectación a Oscar)	\$45.336.000 \$45.336.000
Margarita María Isaza Pinzón (hija)	80 (por la afectación a Amparo) 80 (por la afectación a Oscar)	\$45.336.000 \$45.336.000

7.2 Perjuicios materiales

Los actores solicitaron en el escrito de demanda un valor de \$15.125.770.936,18 por concepto de perjuicios materiales derivados de la frustración de algunas negociaciones que se iban a efectuar con diferentes empresas.

Respecto de los perjuicios generados a la sociedad Contenedores y Servicios S.A., indicaron los actores que se frustró la negociación de arrendamiento de sus instalaciones con ALCALDAS S.A., por 60 meses, prorrogables por igual periodo contados a partir del mes de enero de 1997. Se acordó cobrar inicialmente cincuenta millones de pesos lo cuales se reajustarían anualmente de acuerdo al comportamiento del IPC. La empresa dejó de recibir entre enero 1997 y septiembre de 1998 \$1.073.440.000 que traídos a valor presente dan \$1.335.271.549. De otra parte, los recursos que dejaría de percibir entre octubre de 1998 y diciembre de 2006, asciende en pesos corrientes a \$11.388.013.516, que descontados a pesos son \$6.027.322.805. Las sumas dejadas de percibir en el pasado y las que no se recibirían en el futuro ascienden a valores presentes de \$7.362.594.354. (Fls. 304 y 305 C.1)

Así mismo indicó que no se cumplieron a cabalidad los presupuestos de ventas de la empresa, por lo que entre octubre de 1996 y julio de 1998 se dejaron de realizar ventas por \$19.903.17 que traídas a valor de septiembre de 1998 totalizan 229.836.309,30. (Fl. 305 C.1)

En cuanto a los perjuicios generados a las Estaciones de Servicios Brisas del Pacífico y las Palmas S.A., los actores argumentaron que el fracaso de la negociación con ALCALDAS generó la imposibilidad de cumplir con los presupuestos de ventas de servicios por el negocio de Pacific Trade Center, por el temor de los clientes de tener negocios con personas involucradas con el narcotráfico. Lo anterior obligó a la familia Isaza – Pinzón solicitar ampliación del plazo por siete meses del abono de capital del préstamo vigente a esa fecha del Banco de Bogotá, lo cual obligó a pagar interés por \$79.400.000 entre marzo y agosto de 1997, lo cual traído a valor presente de 30 de septiembre de 1998 son \$107.700.000. Así mismo, tuvieron que incurrir en intereses adicionales por valor de \$99.100.000 que equivalen a valor presente \$152.800.000 y dejar de percibir arriendos de \$71.200.000, los cuales tiene valor presente de \$91.600.000, ya que le solicitaron a ESSO COLOMBIA LTD., ampliación del contrato de arrendamiento de las estaciones de servicio sin suma adicional a los cánones entregados por anticipado. El total de los perjuicios a estas dos empresas es de \$247.900.000. (Fls. 305 y 306 C.1)

Pérdidas sobre los contratos de adhesión en la fiducia Inmobiliaria PACIFIC TRADE CENTER. El deterioro del flujo de caja y la imposibilidad de vender las áreas adquiridas en el proyecto, por los costos adicionales que debieron asumir las estaciones de servicios antes mencionadas, ante la imposibilidad de cumplir con los compromisos financieros previamente adquiridos con el Banco de Bogotá y con la multinacional ESSO COLOMBIA LTD., por los efectos de la cancelación de la negociación con ALCALDAS S.A., se manifestó en el impacto negativo sobre las inversiones realizadas. Los actores adeudaban por concepto de aportes y cuotas al fideicomiso PACIFIC TRADE CENTER \$1.374.900.000. Por ello, la compañía Granfiduciaria presentó cuenta de cobro por \$791.700.000 por concepto de intereses de mora causados y no cancelados entre diciembre de 1996 y agosto de 1998. Así mismo, solicitó la cancelación de \$1.156.400.000 por intereses causados y no cancelados al Banco Superior por la cuota parte proporcional del préstamo que otorgó esa entidad financiera. Para no perder la inversión hecha por los actores, se vieron obligados a transferir a la Corporación Financiera Progreso S.A., sus certificados de adhesión de inmuebles que estaban valuados en \$1.098.300.000 los cuales fueron recibidos por la corporación por el valor de \$823.700.000, lo cual generó una pérdida de \$274.600.000. (Fl. 306 C.1)

Con fundamento en lo anterior, la parte actora en su escrito de demanda solicitó la práctica de un dictamen pericial con la asistencia de expertos contadores o actuarios, para que con base en los documentos contables y contrato de las sociedades que hacen parte del Grupo empresarial se corrobore y cuantifique el daño emergente y lucro cesante y demás pérdidas causadas en su rendimiento económico con fundamento en la sindicación de narcotraficantes que fueron objeto los esposos Isaza – Pinzón (Fl. 302 C.1).

Obra dentro del proceso dictamen pericial realizado contadores, quienes indicaron los expertos, se basó en diferentes documentos de las sociedades de los demandantes, entre ellos, los libros contables de Contenedores y Servicios S.A., Estación de Servicios Brisas del Pacífico S.A. y las Palmas S.A. Indicó lo siguiente:

“(…) 3.1.2.3 DETERMINACIÓN DE PERJUICIOS

*Las empresas **Estación de Servicios Brisas del Pacífico S.A.**, y **Estación de Servicios las Palmas S.A.**, se vieron afectadas por los informes en el cual tildaban a la familia Isaza Pinzón de narcotraficantes y por tal motivo sus*

operaciones financieras disminuyeron considerablemente, afectándose obligaciones con:

a). El **Banco de Bogotá** en el sentido de solicitar a dicha entidad un una prórroga de siete (07) meses del abono a capital del préstamos vigente a esa fecha lo cual hizo que se tuviera que pagar intereses de más por \$79.438.327 = entre Marzo y Agosto de 1997.

b). y de otro lado la necesidad de posponer los pagos a la **Esso Colombiana** solicitándole plazo de un año para iniciar el abono a la obligación contraída con ellos en Febrero de 1996, para lo cual la **ESSO** solicitó como contraprestación la ampliación por doce (12) meses en el plazo del contrato de arrendamiento (...) de estas estaciones sin que se reconociera suma alguna adicional a los cánones entregados por anticipado en el mes de Febrero de 1996. Por ello las estaciones debieron incurrir en intereses adicionales por \$99.120.673.29 y dejar de recibir ingresos por arrendamiento de \$71.180.982.42. (Fls. 164 y 165 C.2)

(...) 3.1.2.3.1 CALCULO DEL VALOR PRESENTE OBLIGACIÓN CON EL BANCO DE BOGOTÁ

Después de analizados los documentos y registros contables observamos que figuran siete (07) notas débito desde Marzo de 1997 por valores iguales cada una de \$11.348.327 = que sumadas totalizan \$79.438.289 (...) A los valores de cada una (...) le aplicaremos la fórmula recomendada por el Consejo de Estado para el cálculo del valor presente (...) Como se observa en la tabla No. 01, el valor presente dio como resultado \$116.874.150.11 que viene de aplicar al excedente cancelado el índice de ajuste respectivo que resulta entre el mes de la cancelación y Diciembre 30 de 2000. (...) (Fls. 165 y 166 C.2)

3.1.2.3.2 CALCULO DEL VALOR FUTURO DE OBLIGACIÓN CON EL BANCO DE BOGOTÁ

Al valor presente calculado en la tabla No. 01 se le aplica la fórmula aceptada por el Consejo de Estado para liquidar el valor futuro. (...)

Es necesario calcular el valor futuro por cuanto el valor presente de \$116.874.150.11 = constituye valor histórico a Diciembre 30 de 2000 el cual hay que actualizarlo hasta Diciembre de 2002, fecha que probablemente termine este proceso de reparación directa. Para el cálculo tomamos el **Índice de Precios al Consumidor** proyectado para los años 2001 y 2002 teniendo en cuenta el comportamiento de la economía en los últimos dos (02) años t las proyecciones de los analistas económicos para el año 2001; con base en esto calculamos que el Ajuste por inflación será del 10% y para el año 2002 el índice de Inflación lo calcularemos en 11%.

El valor futuro de es \$23.259.954.40 ver cálculo **tabla No. 02** (...)

3.1.2.4 PRORROGA PRESTAMO CON LA ESSO COLOMBIANA

Se solicitó a la **ESSO COLOMBIANA** prórroga por doce (12) meses adicionales para iniciar el proceso de abonos al préstamos contraído por \$600.000.000 = en Febrero de 1996 que se pactó al **DTF + 6 puntos**.

No fue posible determinar alguno por cual los soportes contables no estaban disponibles. (Fls. 167 a 169 C.2)

3.1.2.4. PRORROGA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO CON LA ESSO COLOMBIANA

Como contraprestación, la **ESSO** solicitó la ampliación en 12 meses el plazo del contrato de estas estaciones de servicios, sin reconocer ninguna suma adicional por los cánones entregados en forma anticipada en Febrero de 1996.

3.1.2.4.1 VALOR PRESENTE POR PÉRDIDA ORIGINADA EN LA PRORROGA DE UN AÑO EL CONTRARO ECONÓMICO SIN CONTRAPRESTACIÓN ALGUNA.

(...) El valor presente neto de la pérdida por renegociación es de \$101.058.789.31. (Fl. 170 C.2)

3.1.2.4.2 VALOR FUTURO DE LA PERDIDA EN LA PRORROGA DE UN AÑO EL CONTRARO ECONÓMICO SIN CONTRAPRESTACIÓN

Se calcula este valor teniendo en cuenta la fórmula autorizada por el Consejo de Estado y que se ha venido utilizando en los cálculos anteriores:

(...) El valor futuro calculado arroja la cifra de **\$18.220.269.46.**

3.1.3 CONTENEDORES Y SERVICIOS S.A.

(...) Para el cálculo de las pérdidas originadas por las circunstancias originadas anteriormente, hemos tomado el valor presupuestado menos los ingresos reales de la Compañía. Ver **(anexo G pág. 1 a 3)**

Total indemnización de perjuicios \$151.493.175.00 (...) (Fls. 171 a 173 C.2)

3.1.3.1 PERJUICIOS CONTENEDORES Y SERVICIOS POR LA NO REALIZACIÓN DEL CONTRATO CON ALCALDAS.

Este contrato consiste en el arrendamiento a la firma ALCALDAS S.A. del lote de terreno de propiedad de CONTENEDORES Y SERVICIOS S.A. destinado al servicio de almacenamiento de contenedores llenos y vacíos (...) Este contrato se acordó inicialmente en la suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS (...) mensuales por un término de 60 meses los cuales se ajustarían anualmente de acuerdo al comportamiento del índice de precios al consumidor total nacional (...)

TOTAL ARRENDAMIENTO DEJADOS DE PERCIBIR \$3.816.564.000

Este contrato está corroborado con las declaraciones de los señores Julián Enrique Chavarro Callejas (...) y Germán Hoyos Salazar. (...) (Fl. 174 C.2)

3.1.5 PROYECTO ARQUITECTÓNICO PACIFIC TRADE CENTER

Por Escritura Pública No. 2779 del 16 de Diciembre de 1993 (...) la SOCIEDAD ISAZA PINZÓN LTDA, celebró con **FIDUCIARIA GRAN AHORRAR S.A. GRANFIDUCIARIA**, un contrato de Fiducia Mercantil de Administración Inmobiliaria de un proyecto de construcción denominado PACIFIC TRADE CENTER. (...)

El día 27 de Marzo de 1998 el **CEDENTE** (BRISAS S.A.) (...) y el **CESIONARIO** (PROGRESO CORPORACIÓN FINANCIERA S.A.) (...) Suscribieron un acuerdo ratificado mediante documento de fecha 7 de Abril de 1998 (...) en el cual el primero se comprometió a ceder las unidades aludidas por un valor equivalente al 75% del avalúo efectuado por la firma ASEMARP cuyo precio será pagado mediante el endoso de los pagarés (...) a cargo del fideicomiso **PACIFIC TRADE CENTER** cuyo valor al 1º de Junio de 1998 asciende a la suma de \$823.728.237 (...). **EL CEDENTE** imparte instrucciones irrevocables al **CESIONARIO** a efectos de que los títulos valores aludidos sean endosados directamente del Fideicomiso **PACIFIC TRADE CENER** con el fin de abonar obligaciones a cargo del **CEDENTE**, a favor del fideicomiso aplicando a aportes pendientes en las unidades que el **CEDENTE** indique y su diferencia será girada a favor del **CEDENTE**.

(...) VALOR TOTAL DE LOS PERJUICIOS \$2.222.674.300 (...)

TOTAL PERJUICIOS ACTUALIZADOS \$2.700.549.275

(...) El valor futuro acumulado de los perjuicios asciende a **\$537.455.485**

GRAN TOTAL \$7.465.475.098,29 (Fls. 175 a 179 C.2)

Al observa el dictamen pericial de los contadores expertos, anexando alguna información proporcionada por algunas personas vinculadas en las empresas de los demandantes, se observa que no se encuentra debida y completamente fundamentada la cuantificación real del perjuicio irrogado, toda vez que los razonamientos están sin precisión y claridad que se deben predicar de los mismos. Sobre el particular, y de conformidad con el artículo 233 del C.P.C., la peritación como medio de prueba es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. El perito debe informarle razonadamente al juez lo que de acuerdo con esos conocimientos especializados sepa de los hechos -y no cuestiones de derecho- que se sometan a su experticio, sin importarle a cuál de las partes beneficia o perjudica, de manera que su dictamen debe ser personal y contener conceptos propios sobre las materias objeto de examen y no de otras personas por autorizadas que sean, sin perjuicio de que pueda utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad (numeral 2 del artículo 237 del C. de P. Civil.)¹⁷⁶.

A su turno, el artículo 241 ibídem señala que al valorar o apreciar el juez el dictamen de los peritos, éste tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. Si en el proceso aparecen otras pruebas que desvirtúen las conclusiones del dictamen o al menos dejen al juez en situación de incertidumbre sobre el mérito que le merezca, luego de una crítica razonada y de conjunto, aquél no puede tener plena eficacia probatoria¹⁷⁷.

En suma, el juez está en el deber de estudiar bajo la sana crítica el dictamen pericial y en la libertad de valorar sus resultados; si lo encuentra ajustado, puede tenerlo en cuenta total o parcialmente al momento de fallar; o desechar

¹⁷⁶ Posición similar se puede encontrar en las sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, 19 de agosto de 2010, expediente: 17957; 9 de mayo de 2012, expediente: 2185, entre otras.

¹⁷⁷ Sentencia de 3 de mayo de 2008, expediente: 16098. En la misma sentencia se cita a Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba*, Medellín, Editorial Dike, 1ª edición, tomo II, 1977. Véase también sentencia de 5 de junio de 2008, expediente: 15911.

sensatamente y con razones, los resultados de la peritación por encontrar sus fundamentos sin la firmeza, precisión y claridad que deben estar presentes en el dictamen para ilustrar y transmitir el conocimiento de la técnica, ciencia o arte de lo dicho, de suerte que permita al juez otorgarle mérito a esta prueba por llegar a la convicción en relación con los hechos objeto de la misma"¹⁷⁸.

Al observar por ejemplo, el valor de los perjuicios correspondientes al préstamo del Banco de Bogotá por un valor de \$600.000.000, no se tiene documentos que acrediten el préstamo otorgado, aunque se observa copia de algunos extractos de pago de intereses, sin embargo, no se tiene demostrado efectivamente con los balances en los libros de contabilidad, la obligación del pago de intereses de un préstamo solicitado como consecuencia de incumplimientos comerciales en sus negocios con ocasión de la noticia difundida en el medio de comunicación en atención a los datos suministrados por la Policía Nacional; en cuanto a la prórroga otorgada por la Esso Colombia LTD., se observa copia del contrato de prórroga de arrendamiento y mutuo, aunque no se observa prueba que acredite que los actores cancelaron intereses adicionales por un valor de \$99.120.673.29 y dejaron de recibir ingresos por arrendamiento de \$71.180.982.42. Tales cifras no se relacionan con pruebas allegadas al plenario.

Por su parte, respecto de la frustración de la negociación con Alcaldas S.A., se proporcionaron unos datos y valores sin soportes contractuales y/o contables que arrojaran verdaderamente el detrimento de las empresas al no celebrar dicho contrato.

Con fundamento en estos ejemplos, al estar probado el daño antijurídico, no sucede lo mismo con la cuantificación de los perjuicios por concepto de daño emergente y lucro cesante, por lo tanto, se procederá a la liquidación de perjuicios en abstracto de conformidad con lo establecido en el artículo 172 del C.C.A.

Para la liquidación incidental de los perjuicios aquí reconocidos, en el marco de lo estipulado en el artículo 172 del C.C.A., modificado por el artículo 56 de la Ley 446 de 1998, se ordenará acudir a todos los elementos de juicio (documentos, libros contables, contratos, etc.) que permitan determinar el daño emergente y lucro cesante conforme a lo solicitado en la demanda a folios 306 y 307 de la demanda, esto es: pérdidas generadas por cancelación definitiva del negocio con ALCALDAS; pérdidas originadas por sub-utilización de la capacidad instalada ESTACIÓN DE SERVICIOS BRISAS DEL PACÍFICO Y LAS PALMAS; mayores intereses pagados al Banco de Bogotá por las instalaciones; mayores intereses pagados a la ESSO Colombia por la ampliación de doce meses en el plazo del préstamo; pérdida por necesidad de prorrogar el plazo de arriendo en un (1) año más; intereses cobrados por Granfiduciaria S.A ante la imposibilidad de vender áreas y cancelar obligaciones desde diciembre de 1996; pérdida originada en dación en pago a la Corporación Financiera Progreso S.A.

El resultado de dicho ejercicio permitirá identificar el valor de los perjuicios materiales, el cual deberá ser actualizado de acuerdo con la fórmula matemático - actuarial utilizada al efecto por el Consejo de Estado.

8. Medidas de reparación no pecuniarias.

La Sala en aplicación del principio de reparación integral, y a lo consagrado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, ordenará medidas de reparación no pecuniarias,

¹⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, 3 de marzo de 2010, expediente: 37269.

teniendo en cuenta que debe ceder el fundamento procesal del principio de congruencia ante la primacía del principio sustancial de la “restitutio in integrum”¹⁷⁹, máxime cuando existe la vulneración de derechos constitucional y supraconstitucionalmente amparados, buen nombre y honra.

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

¹⁷⁹ Ver sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 19 de octubre de 2009, expediente: 29273 A; 20 de febrero de 2008, expediente: 16996 MP: Enrique Gil Botero

perjuicio, bien a través de medidas netamente indemnizatorias o, si los supuestos fácticos lo permiten (trasgresión de derechos humanos en sus diversas categorías), a través de la adopción de diferentes medidas o disposiciones”¹⁸⁰.

Así mismo, en su momento la jurisprudencia de la Sección Tercera consideró que la “reparación integral en el ámbito de los derechos humanos implica no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también supone la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual era posible la implementación de una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño (strictu sensu), sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos vulnerados. Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona específicamente con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas de rehabilitación, o de no repetición, ello no implica en manera alguna que no se repare íntegramente el perjuicio”¹⁸¹.

Acogiendo la jurisprudencia de la Sección Tercera que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico el concepto de reparación integral y las denominadas “medidas de reparación no pecuniarias”, se ordenará, con el objeto de responder al “principio de indemnidad” y a la “restitutio in integrum”, y bajo el amparo del artículo 16 de la ley 446 de 1998, que se cumpla con las siguientes medidas de reparación no pecuniarias, que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión: 1) en atención a las violaciones a los derechos al buen nombre y honra, como derechos humanos, se recomendará, si lo considera pertinente, que el Estado solicite ante la Defensoría del Pueblo que se elabore un informe acerca de los hechos materia de esta sentencia, que deberá ser publicado en un período de sesenta (60) días, contados desde la ejecutoria de esta sentencia, en un medio de comunicación nacional, con presencia de los demandantes; 2) se ordenará al Director General de la Policía Nacional que dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, realice personalmente un acto público de desagravio y rectificación de las informaciones que la Institución manejó y proporcionó indebida y falsamente en contra de los demandantes y de su familia, con presencia de estos y de sus familiares. Dicho acto deberá ser transmitido por todos los canales institucionales (televisivo, radio, internet, redes sociales, etc.) de las entidades demandadas; 3) la presente sentencia en su parte resolutive deberá ser puesta disposición de los miembros de las entidades demandadas por todos los canales de información (página web, redes sociales e instrumentos físicos), por un período de un año (1) contado desde la fecha de su ejecutoria. De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar al despacho informes escritos del cumplimiento, una vez venza el término del año fijado anteriormente, sin perjuicio de los informes que cada seis (6) meses deben remitir las entidades demandadas en cuanto a la publicación y difusión ordenada.

¹⁸⁰ Sentencia de 19 de octubre de 2007, expediente 29273 A. Ver de la Corte Permanente de Justicia Internacional, caso *Factory of Chorzów*, Merits, 1928, Series A, No. 17, Pág. 47. Citada por CRAWFORD, James “Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional del Estado”, Ed. Dykinson, Pág. 245; Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso de la Masacre de Puerto Bello (vs) Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006; de la Corte Constitucional Sentencia T-563 de 2005. En igual sentido T- 227 de 1997, T-1094 de 2004 y T-175 de 2005. Corte Constitucional, sentencia T-188 de 2007.

¹⁸¹ Sentencias de 8 de junio de 2011, expedientes: 19972 y 19973.

9. Condena en costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se impondrán.

En mérito de lo expuesto, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-sección C administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

REVÓQUESE la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Administrativo de Valle del Cauca el 14 de noviembre de 2002 y, en su lugar se resuelve:

PRIMERO: DECLÁRESE a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL administrativamente responsable por los perjuicios causados a los demandantes OSCAR ISAZA BENJUMEA, AMPARO PINZÓN NIETO, OSCAR DAVID ISAZA PINZÓN y MARGARITA MARÍA ISAZA PINZÓN, por los hechos acaecidos el 23 de octubre de 1996.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDÉNASE** la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL al pago de los perjuicios morales así: para OSCAR ISAZA BENJUMEA el valor de CIENTO SESENTA (160) smlmv (\$90.672.000); para AMPARO PINZÓN NIETO, la suma de CIENTO SESENTA (160) smlmv (\$90.672.000); en favor de OSCAR DAVID ISAZA PINZÓN el valor de CIENTO SESENTA (160) smlmv (\$90.672.000); y para MARGARITA MARÍA ISAZA PINZÓN una suma de CIENTO SESENTA (160) smlmv (\$90.672.000).

TERCERO: CONDÉNASE la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL a pagar en favor de los demandantes las sumas que se establezcan por concepto de perjuicio material en la modalidad de daño emergente y lucro cesante por: las pérdidas generadas por cancelación definitiva del negocio con ALCALDAS; pérdidas originadas por sub-utilización de la capacidad instalada ESTACIÓN DE SERVICIOS BRISAS DEL PACÍFICO Y LAS PALMAS; mayores intereses pagados al Banco de Bogotá por las instalaciones; mayores intereses pagados a la ESSO Colombia por la ampliación de doce meses en el plazo del préstamo; pérdida por necesidad de prorrogar el plazo de arriendo en un (1) año más; intereses cobrados por Granfiduciaria S.A ante la imposibilidad de vender áreas y cancelar obligaciones desde diciembre de 1996; pérdida originada en dación en pago a la Corporación Financiera Progreso S.A., en el incidente de liquidación de perjuicios que deberá tramitarse dentro del término legal ante el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca, que deberá iniciarse dentro de los sesenta (60) días siguientes a la notificación del auto del a quo que ordene cumplir lo dispuesto en esta providencia, de acuerdo a lo establecido en el artículo 172 del C.C.A.

CUARTO: CONDÉNASE a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL a cumplir con las siguientes medidas de reparación no pecuniarias: 1) en atención a las violaciones a los bienes constitucional y convencionales al buen

nombre y a la honra, se recomendará, si lo considera pertinente, que el Estado solicite ante la Defensoría del Pueblo que se elabore un informe acerca de los hechos materia de esta sentencia, que deberá ser publicado en un período de sesenta (60) días, contados desde la ejecutoria de esta sentencia, en un medio de comunicación nacional, con presencia de los demandantes; 2) se ordenará al Director General de la Policía Nacional que dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, realice personalmente un acto público de desagravio y rectificación de las informaciones que la Institución manejó y proporcionó indebida y falsamente en contra de los demandantes y de su familia, con presencia de estos y de sus familiares. Dicho acto deberá ser transmitido por todos los canales institucionales (televisivo, radio, internet, redes sociales, etc.) de las entidades demandadas; 3) la presente sentencia en su parte resolutive deberá ser puesta disposición de los miembros de las entidades demandadas por todos los canales de información (página web, redes sociales e instrumentos físicos), por un período de un año (1) contado desde la fecha de su ejecutoria. De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar al despacho informes escritos del cumplimiento, una vez venza el término del año fijado anteriormente, sin perjuicio de los informes que cada seis (6) meses deben remitir las entidades demandadas en cuanto a la publicación y difusión ordenada.

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: DESE cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

SÉPTIMO: DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen una vez ejecutoriada la presente sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidente de la Sala
Aclaró Voto

ENRIQUE GIL BOTERO
Magistrado
Aclaró Voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente