

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Falla del servicio. Ejecuciones extrajudiciales, masacre en Estadero Público Nueve de Abril, Barrancabermeja / FALLA DEL SERVICIO - Agente estatal. Conformación de grupos al margen de la ley / AGENTE ESTATAL - Conformación de grupos al margen de la ley. Masacre en Estadero Público Nueve de Abril, Barrancabermeja / CONFLICTO ARMADO - Agente estatal, patrocinio para la conformación de grupos al margen de la ley / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Falla del servicio. Agente estatal, patrocinio para la conformación de grupos al margen de la ley

Algunos miembros pertenecientes a la Red de Inteligencia No. 7 de la Armada Nacional, con sede en Barrancabermeja, Santander, en la conformación de grupos al margen de la ley, quienes habrían asesinado (...) por sicarios al servicio de la Red de Inteligencia de la Armada Nacional, afirmación que valorada conjuntamente con los recibos de pago realizados (...) (al) agente de control de dicha Red, y quien fue condenado por los homicidios de las personas antes mencionadas; constituyen para la Sala, prueba de una falla del servicio que permite imputar la responsabilidad de la administración. (...) Así las cosas, obra prueba en el sub judice a partir de la cual se puede inferir la responsabilidad de la administración en la masacre que tuvo lugar en los hechos acaecidos el 9 de febrero de 1992 en el estadero “nueve de abril” ubicado en el barrio del mismo nombre, en el municipio de Barrancabermeja, en la cual se habrían perpetrado los homicidios de la señora (...) y de los señores (...) la Sala en el presente caso determina que sí es imputable el daño antijurídico a la Armada Nacional, puesto que se tiene la decisión condenatoria de segunda instancia del juez penal, se cuenta con las actas de levantamiento de los cadáveres y con los recibos de pago suscritos por quien cometió los homicidios, en condición de agente de control de la red de inteligencia No. 7 de la Armada Nacional. (...) Son todas estas circunstancias que valoradas en su conjunto evidencian una flagrante falla del servicio imputable a la administración en relación con tal crimen. (...) En ese orden de ideas, la Sala confirmará el sentido de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander mediante la cual se declaró la responsabilidad del Estado.

NOTA DE RELATORIA: Respecto de otros fallos condenatorios relacionados con los hechos expuestos en esta providencia ver los siguientes: 13 de febrero de 2006, exp. 14009; 14 de agosto de 2008, exp. 15999; 13 de mayo de 2009, exp. 16687; 19 de agosto de 2009, exp. 16363; 28 de abril de 2010, exp. 17995; y 7 de julio de 2011, exp. 18958

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL Y PATRIMONIAL DEL ESTADO - Falla del servicio. Distinción entre proceso penal y contencioso administrativo

Es preciso reiterar que el Consejo de Estado ha reconocido la posibilidad que tiene el Juez Administrativo de apartarse de la sentencia penal, o su equivalente, se agrega, en razón de las diferencias sustanciales que existen entre ambas acciones, aunque sin dejar de destacar la importancia que tienen dichos fallos en las decisiones que se adopten en esta jurisdicción. Se adoptó tal criterio, “por considerar que si bien la decisión de carácter penal no puede ser modificada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y que la misma hace tránsito a cosa juzgada, dicho efecto se predica de la situación jurídico penal del procesado y, en algunos eventos, en relación con la responsabilidad civil del funcionario sometido a juicio, pero no con respecto a la decisión que deba tomarse cuando lo que se cuestiona es la responsabilidad del Estado.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la distinción entre la responsabilidad en el proceso penal y contencioso administrativo ver decisión de 15 de abril de 2010, exp. 17129

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Caducidad de la acción en casos de masacres. Término contado a partir del conocimiento del hecho / CADUCIDAD - Acción de reparación directa. En casos de masacres el término es contado a partir del conocimiento del autor del hecho / AGENTE ESTATAL - Acción de reparación directa. En casos de masacres el término de caducidad es contado a partir del conocimiento del autor del hecho

En el caso sub judice, se evidencia que los demandantes, si bien es cierto tuvieron conocimiento de la muerte de sus familiares (...) nada sabían sobre los posibles autores de los homicidios de las víctimas; en estas condiciones, mal podría endilgárseles que para ellos el término para demandar al Estado había comenzado a correr desde la muerte de sus familiares, si en ese momento desconocían la circunstancia que servidores públicos podrían estar involucrados en los asesinatos de sus parientes. Sólo en el momento en que los actores tienen noticia de este hecho, determinante para demandar al Estado, puede empezar a contabilizarse el término de dos años que la ley establece para la interposición de la acción de reparación directa.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 136

NOTA DE RELATORIA: Sobre el término de caducidad de la acción en los casos donde los damnificados no tuviera conocimiento inmediato del hecho ver sentencia de 15 de noviembre de 2011, exp. 19497

PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento. En casos de masacres, Presunción de aflicción / PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento. Reglas de la experiencia

La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012 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”. (...) Respecto de los perjuicios morales en cabeza de los familiares de las víctimas con ocasión de la muerte y lesiones, 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, para sus parientes inmediatos 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 sociedad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 42 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 16

NOTA RELATORIA: En relación a la forma de probar los perjuicios morales, ver sentencia de 23 de agosto de 2012, exp. 24392; en relación a la presunción de aflicción en cabeza de familiares de la víctima, ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia 11 de mayo de 2007, Caso Masacre de La Rochela vs. Colombia; en igual sentido, se puede consultar, Consejo de Estado, Sala de lo

Contencioso Administrativo, Sección Tercera, fallos del 18 de marzo de 2010, exp. 32651 y exp 18569. En relación con el perjuicio moral causado a parientes cercanos, ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 26 de febrero de 2009, exp. 16727

PERJUICIOS MORALES - Motivación para su tasación / PERJUICIOS MORALES - Aplicación del principio de arbitrio judicis. Arbitrio iuris

La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012 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”.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 29 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 228 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 229 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 230

NOTA RELATORIA: En relación con la obligación que tiene el juez contencioso de motivar los razonamientos de cada decisión tomada y con la procedencia y valoración de los perjuicios materiales acudiendo al arbitrio judicis, ver sentencia de 23 de agosto de 2012, exp. 24392

PERJUICIOS MORALES - Liquidación. Aplicación del principio de arbitrium judicis, arbitrio iudis / PERJUICIOS MORALES - Test de proporcionalidad. Principio de arbitrium judicis / ARBITRIO JUDICIS - Tasación de perjuicios morales / ARBITRIO IURIS - Tasación de perjuicios morales / PERJUICIOS MORALES - Liquidación acumulativa de los perjuicios respecto a un mismo grupo familiar que padeció muerte o lesión de un integrante

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. (...) 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, (...) 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, 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 los derechos humanos comprometidos y las garantías del derecho internacional humanitario, cuando se produzca dicha vulneración. Excepcionalmente, y como en

el presente caso, procede liquidar acumulativamente los perjuicios que respecto a un mismo grupo familiar se padecieron por la muerte y lesiones de uno de sus componentes, o por las lesiones de uno o varios de sus componentes, como forma de comprender en debida forma la liquidación cuando se trata de los padecimientos por varios miembros del grupo familiar.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 178

NOTA RELATORIA: En este fallo aclararon votos los consejeros Olga Mérida Valle de De la Hoz y Enrique Gil Botero. En relacion al ejercicio del "arbitrium iudicis" para determinar el "quantum" indemnizatorio por parte del juez, ver sentencia de 23 de agosto de 2012, exp. 23492

COSTAS - No condena

Sólo hay lugar a su imposición cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente, y en este proceso no existe prueba que señale temeridad para alguna de ellas.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 77 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veinte (20) de marzo de dos mil trece (2013).

Radicación número: 68001-23-15-000-1994-09780-01(22491)A

Actor: GILVIO LOPEZ Y OTROS

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - ARMADA NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA EXPEDIENTES ACUMULADOS 9780, 9781 y 9784)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Descongestión, sede Cali., del 22 de junio de 2001, mediante la cual que se dispuso:

1. Declarar a la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL y al señor CARLOS DAVID LOPEZ MAQUILLON,

ADMINISTRATIVA Y SOLIDARIAMENTE RESPONSABLES POR LA MUERTE DE LOS SEÑORES JOSE DOMINGO AMAYA PARRA, EDUVIGES LOPEZ RUIZ Y LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO, ocurrida el 9 de febrero de 1992.

2. Condenar a la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL y al señor CARLOS DAVID LOPEZ MAQUILLON, a pagar por perjuicios morales a GILVIO LOPEZ, DORA MARIA CARREÑO MEJIA, MARITZA AMAYA CARREÑO, MONICA AMAYA CARREÑO, SONIA AMAYA CARREÑO, NINFA PINTO DE NIÑO Y LUIS ENRIQUE NIÑO PINTO la cantidad de mil (1000) gramos de oro fino para cada uno, según precio que conste en la certificación que expida el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

3. Condenar a la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL y al señor CARLOS DAVID LOPEZ MAQUILLON, a pagar por perjuicios materiales, daño emergente, a NINFA PINTO DE NIÑO Y LUIS ENRIQUE NIÑO PINTO la suma de ciento noventa y dos mil cuatrocientos pesos mcte (\$192.400.00).

4. Condenar a la NACION – ARMADA NACIONAL y al señor CARLOS DAVID LOPEZ MAQUILLON, a pagar por perjuicios materiales por concepto de lucro cesante a NINFA PINTO DE NIÑO la suma de cincuenta millones trescientos cincuenta mil setecientos catorce pesos con cuarenta y seis centavos mcte (\$50.350.714.46 mcte), (sic) LUIS ENRIQUE NIÑO PINTO la suma de cuatrocientos trece mil ochocientos sesenta y siete pesos con setenta y tres centavos mcte (\$413.867,73 mcte), (sic) DORA MARIA CARREÑO MEJIA la suma de cuarenta y cuatro millones doscientos ochenta y siete mil ciento ochenta y tres pesos con cuarenta y cinco centavos mcte (44.287.183,45 mcte), (sic) MARITZA AMAYA CARREÑO la suma de diez millones ciento veintiocho mil ciento noventa y cuatro pesos con setenta y cinco centavos mcte(\$10.128.194,75) (sic) MONICA AMAYA CARREÑO la suma de seis millones quinientos treinta mil setecientos tres pesos con veinte centavos mcte (\$6.530.703,20 mcte) y para SONIA AMAYA CARREÑO la suma de siete millones novecientos ochenta y siete mil setecientos treinta y cuatro pesos con dieciocho centavos mcte (\$7.987.734,18 mcte).

5. Ordenar la actualización de las condenas, conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

6. Se pagarán intereses comerciales a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y transcurridos seis (6) meses (sic) de mora.

7. Dar cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

8. Negar las demás pretensiones de la demanda

ANTECEDENTES

1. Las demandas.

1 En este expediente se acumularon tres demandas, todas presentadas el 10 de febrero de 1994. La primera de ellas dio lugar al expediente No. 9780, y fue presentada por el señor GILVIO LOPEZ, en su condición de hijo de la señora EDUVIGES LOPEZ RUIZ; la segunda dio lugar al expediente No. 9781, y fue presentada por la señora NINFA PINTO DE NIÑO y el señor LUIS ENRIQUE NIÑO PINTO, en su condición de cónyuge e hijo, respectivamente, del señor LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO; y la tercera demanda dio lugar al expediente No.9784, y fue presentada por la señora DORA MARIA CARREÑO MEJIA, quien actuaba en su propio nombre y en condición de compañera permanente del señor

JOSE DOMINGO AMAYA PARRA; y en nombre de sus, en aquel entonces, menores hijas SONIA, MONICA, Y MARITZA AMAYA CARREÑO. Todas estas demandas fueron presentadas por el mismo apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

1.1 Pretensiones en el expediente 9780, Actor: GILVIO LOPEZ

1. *“La Nación, Ministerio de Defensa – Armada Nacional es responsable administrativamente de todos los daños y perjuicios tanto morales como materiales ocasionados a GILVIO LOPEZ en su condición de hijo por la muerte violenta de que fue víctima su madre EDUVIGES LOPEZ RUIZ el día 9 de febrero de 1992 donde están implicados miembros de la fuerza pública.*
2. *Como consecuencia de la declaración anterior, condénese a la Nación, (Ministerio de Defensa – Armada Nacional), a pagarle al demandante GILVIO LOPEZ por concepto de daños materiales padecidos y que seguirán (sic) padeciendo como hijo de la occisa EDUVIGES LOPEZ RUIZ, con quien compartía techo, en la cuantía que resulte de las bases demostradas en el curso del proceso, reajustada en la fecha de ejecutoria de la providencia que la imponga. Igualmente pagar los intereses compensatorios de las sumas que por este concepto se condenen, desde el día de (sic) 9 febrero de 1992, hasta la fecha de ejecutoria de la providencia y el pago efectivo de esta suma por parte de las autoridades responsables. El pago del equivalente del gramo oro al tiempo de la sentencia se hará con base en el certificado de su valor expedido por el Banco de la República.*
3. *Que como consecuencia de la declaración de responsabilidad de la Nación (Ministerio de Defensa- Armada Nacional) condénese a pagarle al demandante por concepto de daños morales lo siguiente:
Al hijo de la occisa, GILVIO LOPEZ RUIZ, el valor de un mil gramos (1000 grs) oro puro.”*

1.2 Pretensiones en el expediente 9781, Actores: NINFA PINTO Y LUIS ENRIQUE NIÑO

1. *“La Nación, Ministerio de Defensa – Armada Nacional es responsable administrativamente de todos los daños y perjuicios tanto morales como materiales ocasionados a NINFA PINTO DE NIÑO en su condición de esposa y a su hijo LUIS ENRIQUE NIÑO PINTO por la muerte violenta de que fue víctima su esposo y padre LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO el día 9 de febrero de 1992 donde están(sic) implicados miembros de la fuerza pública.*
2. *Como consecuencia de la declaración anterior, condénese a la Nación, (Ministerio de Defensa – Armada Nacional), a pagarle a los demandantes NINFA PINTO DE NIÑO y a LUIS ENRIQUE NIÑO PINTO por concepto de daños materiales padecidos y que seguirán padeciendo como esposa e hijo del occiso LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO, con quienes compartía techo, en la cuantía que resulte de las bases demostradas en el curso del proceso, reajustada en la fecha de ejecutoria de la providencia que la imponga. Igualmente pagar los intereses compensatorios de las sumas que por este concepto se condenen, desde el día de (sic) 9 febrero de 1992, hasta la fecha de ejecutoria de la providencia y el pago efectivo de esta suma por parte de las autoridades responsables. El pago del equivalente del gramo oro al tiempo de la sentencia se hará con base en el certificado de su valor expedido por el Banco de la República.*

3. Que como consecuencia de la declaración de responsabilidad de la Nación (Ministerio de Defensa- Armada Nacional) condénese a pagarle a los(sic) demandantes por concepto(sic) de daños(sic) morales los siguiente(sic):

A la esposa del occiso, señora NINFA PINTO DE NIÑO, un mil gramos (1.000 grs) oro puro.

Al hijo del occiso, LUIS ENRIQUE NIÑO PINTO, el valor de un mil gramos (1000 grs) oro puro.”

1.3 Pretensiones en el expediente 9784, Actores: DORA MARIA CARREÑO Y OTRAS

1. “La Nación, Ministerio de Defensa – Armada Nacional es responsable administrativamente de todos los daños y perjuicios tanto morales como materiales ocasionados a DORA MARIA CARREÑO MEJIA en su condición de compañera permanente y a sus menores hijas SONIA, MONICA Y MARITZA AMAYA CARREÑO por la muerte violenta de que fue víctima su compañero permanente y padre JOSE DOMINGO AMAYA PARRA el día 9 de febrero de 1992 donde están (sic) implicados miembros de la fuerza pública.

2. Como consecuencia de la declaración anterior, condénese a la Nación, (Ministerio de Defensa – Armada Nacional), a pagarle a los(sic) demandantes DORA MARIA CARREÑO MEJIA y a sus menores hijas SONIA, MONICA Y MARITZA AMAYA CARREÑO por concepto de daños materiales padecidos y que seguirán padeciendo como compañera permanente e hijas del occiso JOSE DOMINGO AMAYA PARRA, con quienes compartía techo, en la cuantía que resulte de las bases demostradas en el curso del proceso, reajustada en la fecha de ejecutoria de la providencia que la imponga. Igualmente pagar los intereses compensatorios de las sumas que por este concepto se condenen, desde el día de (sic) 9 febrero de 1992, hasta la fecha de ejecutoria de la providencia y el pago efectivo de esta suma por parte de las autoridades responsables. El pago del equivalente del gramo oro al tiempo de la sentencia se hará con base en el certificado de su valor expedido por el Banco de la República.

3. Que como consecuencia de la declaración de responsabilidad de la Nación (Ministerio de Defensa- Armada Nacional) condénese a pagarle a los(sic) demandantes por concepto de daños morales lo siguiente:

A la compañera permanente del occiso, señora DORA MARIA CARREÑO MEJIA, un mil gramos (1.000 grs) oro puro.

A las hijas del occiso, SONIA, MONICA Y MARITZA AMAYA CARREÑO, el valor de un mil gramos (1000 grs) oro puro, o sea un valor total de tres mil gramos (3.000 grs) oro puro por partes iguales.”

2. Fundamento Fáctico

Como fundamento de las pretensiones, los actores en cada demanda expusieron los hechos, a continuación así:

2.1 Hechos alegados exclusivamente en el expediente 9780, Actor: GILVIO LOPEZ

“1º La señora EDUVIGES LOPEZ RUIZ procreó a su hijo GILVIO LOPEZ el 30 de octubre de 1964, en Bucaramanga- Santander.

“3º.(sic) Entre madre e hijo de la anterior unión se desarrolló una extraordinaria unidad familiar, compartían sus alegrías, mantenían buenas relaciones entre sí, ya que se ayudaban y socorrían mutuamente.

“4º. La señora EDUVIGES LOPEZ RUIZ, convivía con su hijo GILVIO LOPEZ en el municipio de Barrancabermeja, cuando acaeció su muerte.

5º. La señora EDUVIGES LOPEZ RUIZ, fue asesinada en el estadero público Nueve de abril ubicado en el barrio del mismo nombre el día 9 de febrero de 1992.”

2.2 Hechos alegados exclusivamente en el expediente 9781, Actores: NINFA PINTO Y LUIS ENRIQUE NIÑO

1º “El señor LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO y la señora NINFA PINTO contrajeron matrimonio por los ritos de la Iglesia Católica, en ceremonia realizada en la Parroquia del Carmen de Barrancabermeja- Santander, el 3 de febrero de 1973.

2º. De la anterior unión nació LUIS ENRIQUE NIÑO PINTO, el 22 de abril de 1974, en la ciudad de Barrancabermeja- Santander.

3º. Entre padres e hijo de la anterior unión se desarrolló una extraordinaria unidad familiar, compartían sus alegrías, mantenían buenas relaciones entre sí, ya que se ayudaban y socorrían mutuamente.

4º. El señor LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO, convivía con su esposa NINFA PINTO DE NIÑO y con su hijo LUIS ENRIQUE NIÑO PINTO, en el municipio de Barrancabermeja, cuando acaeció su muerte era miembro activo del sindicato de la empresa de transporte San Silvestre y se dedicaba a trabajar como conductor labor en la cual ganaba aproximadamente \$102.000 pesos mensuales por el año de 1992 (sic) ingresos que destinaba para su propia subsistencia, la de su esposa NINFA PINTO DE NIÑO y la de su hijo LUIS ENRIQUE NIÑO PINTO

5º. El señor LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO era activista del Sindicato de Trabajadores de la empresa de transporte San Silvestre de Barrancabermeja, cuando fué(sic) asesinado en el Estadero Público Nueve de abril ubicado en el Barrio del mismo nombre el día 9 de febrero de 1992, es importante aclarar que en la confesión realizada por los suboficiales de la Armada, lo llaman JAIME GARCES BERBEO y no LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO, pero lo claro es que él fue asesinado en esa masacre perpetrada por esta red de inteligencia de la armada conforme a los testigos mencionados, en esa masacre resultaron muertos dirigentes del sindicato como son JOSE DOMINGO AMAYA, Vicepresidente; JAIME GARCES NUÑEZ, tesorero y LUIS GUILLERMO NIÑO, socio activo del sindicato y resultaron heridas otras personas, es decir, que a la luz de las confesiones ellos hicieron esta masacre y allí fue asesinado el señor LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO, hecho este que se atribuyó a la Armada Nacional porque las motos, armas y autores del homicidio, quedaron plenamente demostrados con las confesiones de dos miembros de la Armada Nacional, que confesaron e hicieron delación ante el señor Fiscal General de la Nación de una red de inteligencia adscrita a la Armada Nacional que perpetró de cien asesinatos entre los cuales está el del Señor LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO”.

2.3 Hechos alegados exclusivamente en el expediente 9784, Actores: DORA MARIA CARREÑO Y OTRAS

1º. *“El señor JOSE DOMINGO AMAYA PARRA y la señora DORA MARIA CARREÑO MEJIA, vivían en el municipio de Barrancabermeja-Santander, en unión libre desde hacía doce años, conviviendo bajo el mismo techo y haciendo vida marital, esta unión libre era pública, entre familiares, amigos y vecinos al momento de ser asesinado el señor JOSE DOMINGO AMAYA PARRA.*

2. *De la anterior unión nacieron 3 hijas a saber:*

-MONICA AMAYA CARREÑO, nació el 17 de diciembre de 1982.

-SONIA AMAYA CARREÑO, nació el 11 de abril de 1985.

-MARITZA AMAYA CARREÑO, nació el 14 de febrero de 1990.

3. *Entre padres e hijas de la anterior unión libre se desarrolló una extraordinaria unidad familiar, compartían sus alegrías, mantenían buenas relaciones entre sí, ya que se ayudaban y socorrían mutuamente y vivían en la misma casa.*

4. *El señor JOSE DOMINGO AMAYA PARRA convivía con su compañera permanente DORA MARIA CARREÑO MEJIA, en el municipio de Barrancabermeja, Santander, cuando acaeció su muerte. El señor AMAYA PARRA, era miembro activo del sindicato de la empresa de transporte San Silvestre y se dedicaba a trabajar como conductor labor en la cual ganaba aproximadamente \$85.110.00 pesos mensuales por el año de 1992 ingresos que destinaba para su propia subsistencia, la de su compañera permanente DORA MARIA CARREÑO MEJIA, y la de sus menores hijas SONIA, MONICA Y MARITZA AMAYA CARREÑO.*

5º. *El señor JOSE DOMINGO AMAYA PARRA era activista del Sindicato de Trabajadores de la empresa de transporte San Silvestre de Barrancabermeja, cuando fuè(sic) asesinado en el estadero público Nueve de abril ubicado en el barrio del mismo nombre (sic) el día 9 de febrero de 1992”.*

2.4 Hechos comunes alegados en las tres demandas:

En los tres expedientes están alegados algunos hechos comunes, que pueden ser sintetizados así:

El 9 de febrero de 1992, ocurrió una masacre, en el estadero público “nueve de abril”, ubicado en el barrio “9 de abril” de la ciudad de Barrancabermeja. En ese momento fueron asesinados *EDUVIGES LOPEZ RUIZ y JOSE DOMINGO AMAYA PARRA, resultó herido LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO, quien horas después falleció.*

En todos los expedientes se afirma, que se demanda con base en unas denuncias presentadas por dos sujetos ante la Fiscalía General de la Nación el 7 de diciembre de 1993: CARLOS DAVID LOPEZ MAQUILLON Y SAULO SEGURA PALACIOS, uno como suboficial activo de la Armada Nacional y el otro como suboficial retirado de la misma entidad, en la que confesaron su participación de diversas masacres, entre ellas, la ocurrida el 9 de febrero en estadero público “9 de abril”, y manifestaron que las mismas fueron organizadas y financiadas con fondos de la Armada Nacional y coordinadas desde Bogotá por el Coronel Rodrigo Quiñonez.

3. Actuación procesal en primera instancia.

3.1 Admisión de las demandas

Las demandas presentas fueron admitidas por el Tribunal Administrativo de Santander así: las demandas de los expedientes 9780 y 9784 el día 18 de febrero de 1994 (fls.22 y 31 de los respectivos expedientes). La demanda del expediente 9781 fue admitida el 1 de marzo de 1994 (fl.31).

3.2 Notificación de los autos admisorios de demanda

El auto admisorio de la demanda fue notificado en los tres expedientes el 6 de abril de 1994. (exp.9780 f. 26, exp.9781 f.35, exp. 9784 f.35). Las tres demandas fueron notificadas al Comando de la Segunda División del Ejército, mediante apoderado debidamente facultado para hacerlo.

3.3 Contestación de las demandas

El Ministerio de Defensa – Armada Nacional contestó la demanda en la oportunidad legal, en los expedientes 9780 y 9781 el día 6 de mayo de 1994 (fls 31-36 y fls 38-44, respectivamente). En el expediente 9784, se contestó la demanda el 29 de abril de 1994 (fls. 38-43).

En las tres contestaciones la entidad demandada se opone a las pretensiones aduciendo que las denuncias presentadas por el ex-oficial de la Armada, CARLOS DAVID LOPEZ MAQUILLON y el suboficial SAULO SEGURA PALACIOS, son tendenciosas, sin ninguna sustentación y hechas con el único propósito de desprestigiar la institución armada. Y concluyen que no se configura la falla del servicio ni presunta ni probada.

En el expediente 9784, se formuló la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, aduciendo que tratándose de hijos extramatrimoniales el registro civil debe contener la firma del padre, lo cual no ocurre en el certificado que se aportó para probar el vínculo de SONIA, MONICA Y MARITZA AMAYA CARREÑO con el desaparecido señor JOSE DOMINGO AMAYA PARRA.

3.4 Llamamiento en garantía

En los tres expedientes la entidad demanda llamó en garantía a:
Teniente Coronel de la infantería Marina RODRIGO QUIÑONEZ CARDENAS
Capitán de Infantería Marina JORGE ROJAS VARGAS
Capitán de Fragata AMAURI PENICHE RAFAEL
Capitán de Corbeta SALAZAR SADDY GABRIEL
Señor CARLOS DAVID LOPEZ MAQUILLON
Señor SAULO SEGURA PALACIOS

En el expediente 9781 se desistió del llamamiento en garantía (f. 73). En los expedientes 9784 y 9780, se emplazó a los llamados SAULO SEGURA PALACIOS Y CARLOS DAVID LOPEZ MAQUILLON, a quienes se les designó curador ad litem, que contestó el llamado (fls. 79-80 y 62- 63 respectivamente). Los demás llamados no fueron vinculados, toda vez que no fueron notificados dentro del término legal de suspensión del proceso para tal efecto.

3.5 Periodo probatorio

A la etapa probatoria se dio inicio en los expedientes 9780 y 9781 mediante autos del 31 de marzo de 1995 (fls.65 y 68 y74-78), en el expediente 9784 mediante providencia del 2 de junio de 1995.

Las pruebas allegadas a los expedientes acumulados fueron:

Expediente. 9780

- a. Certificados del Registro civil de nacimiento de GILVIO LOPEZ RUIZ, (f. 3).
- b. Certificados de Registros civiles de defunción de EDUVIGES LOPEZ RUIZ (fl.2).
- c. Fotocopia simple de las págs. 13- 16, del periódico UNION SINDICAL OBRERA, del 4 de enero de 1994, donde se transcriben las denuncias hechas ante la Fiscalía General de la Nación por CARLOS DAVID LOPEZ MAQUILLON Y SAULO SEGURA. (97-98).
- d. Respuesta al oficio 1641, mediante el cual el Auditor Principal de Guerra de la Quinta Brigada del Ejército, manifiesta que en esa institución no se ha adelantado investigación penal contra miembros de la Armada Nacional por carecer de competencia para ello (f. 88).
- e. Relación de los vehículos de la flotilla fluvial del Magdalena, suscrita por el Comandante de dicha flotilla (F.90-93).
- f. Respuesta al oficio 1642, suscrita por el Director Nacional de Atención Trámite y quejas de la defensoría del pueblo, en el que se manifiesta que no ha recepcionado ninguna declaración en se incrimine a miembros de la armada respecto de asesinatos cometidos por una red de inteligencia en la ciudad de Barrancabermeja. (F. 94).
- g. Copia auténtica del diario la prensa de fechas 4 y 9 de enero de 1994, donde aparecen transcritas las declaraciones de CARLOS DAVID LOPEZ MAQUILLON Y SAULO SEGURA. (Fl. 97.98).
- h. Tablas de mortalidad y de conmutación con intereses (f. 100-104).
- i. Contestación del Procurador Delegado para las fuerzas militares en que se pone a disposición de los interesados la averiguación disciplinaria 022-000.586, para tomar fotocopias. (fl.105).
- j. Resolución 0996 del 29 de marzo de 1990, que contiene la tabla de mortalidad de los asegurados de 1984-1998, expedida por la Superintendencia Bancaria. (Fls. 108- 110)
- k. Comunicación de la Dirección Regional de Fiscalías, Secretaría Novena, en la que autoriza las copias dentro del proceso penal que se adelanta contra SAULO SEGURA y otros, a costa de los demandantes dentro del proceso de reparación directa (f. 118).
- l. Índice de precios del consumidor y tabla de mortalidad expedidos por el DANE, mediante certificación. (f.120-124).
- m. Respuesta al oficio 1648, dada por la Unidad delegada ante los juzgados penales del circuito de Barrancabermeja, en la que se informa que no se halló registro alguno de investigación iniciada con ocasión del deceso de EDUVIGES LOPEZ RUIZ (FL. 197).
- n. Calificación del sumario en el proceso 029, proferida por la Fiscalía General de la Nación, Dirección Nacional de Fiscalías, Unidad Nacional de derechos humanos, del 4 de agosto de 1997(251-301).
- o. Dictamen pericial sobre el monto del perjuicio material sufrido por GILVIO LOPEZ. (f.313- 318).
- p. Copia simple de la sentencia proferida por el Tribunal Nacional, dentro del proceso 7377, del 6 de noviembre de 1998(335-401).

Expediente 9781.

Se relacionan únicamente las pruebas que obran de manera exclusiva en este expediente, omitiendo hacerlo respecto de las que se encuentran repetidas en los otros procesos.

- a. Certificado del registro civil de nacimiento LUIS ENRIQUE NIÑO PINTO, (F. 2).
- b. Certificado del Registro Civil del Matrimonio, celebrado entre LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO con NINFA PINTO CORTES (f.4).
- c. Certificado del registro civil de defunción de LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO (FL 5).
- d. Certificación por la junta directiva del Sindicato de conductores y trabajadores de la Industria de transporte de Santander, donde consta que JOSE DOMINGO AMAYA Y LUIS GUILLERMO NIÑO, eran vicepresidente y Tesorero del Sindicato, respectivamente (f.7).
- e. Certificado expedido por la gerente de Transportes San Silvestre S.A. donde consta que LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO, laboró como conductor de esa empresa, entre 1988, hasta 9 de febrero de 1992(8).
- f. Constancia de pago de los gastos correspondientes a los servicios funerarios del señor LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO, (f. 9)
- g. Certificado expedido por el Banco de la República, donde consta el valor del gramo de oro, 31 de julio de 1995 (f.94).
- h. Respuesta a petición de copias, suscrita por la secretaria del juzgado 41 de IPM, en la que se autoriza la toma copias del proceso que se adelanta RODRIGO QUIÑONES y otros. (fl. 178).
- i. Oficio 3544 de la Procuraduría Delegada para la Defensa de Derechos Humanos, en el que se informa que se allegan 37 paquetes con un número aproximado de 10.000 folios, correspondientes a las copias del expediente 008-153183. (fl.184).
- j. Copia auténtica del mérito de la instrucción, proferida por la Fiscalía General de la Nación, Unidad de Derechos Humanos, el 1º de noviembre de 1996, en la cual se profirió resolución de acusación en contra de ANCIZAR CASTAÑO BUITRAGO, como probable coautor de homicidios con fines terroristas de EDUVIGES LOPEZ RUIZ, LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO y JOSE DOMINGO AMAYA PARRA; entre otras personas (Fls. 388- 414 y también en fls.145-171 c. 2 pruebas).
- k. Dictamen pericial para cuantificar el perjuicio material sufrido por los demandantes (fl.422-429).

Expediente 9784

Se relacionan únicamente las pruebas que se encuentran de manera exclusiva en este expediente, omitiendo reseñar, las que han sido enlistadas en los otros procesos.

- a. Certificados de los registros civiles de nacimiento de MARITZA AMAYA CARREÑO, SONIA AMAYA CARREÑO, MONICA AMAYA CARREÑO, (F. 3, 4 Y 5).
- b. Certificado del registro civil de defunción del señor JOSE DOMINGO AMAYA PARRA (fl.7).
- c. Certificado de la Armada Nacional en el que consta que CARLOS DAVID LOPEZ MAQUILLON tenía la condición de suboficial tercero en el año de 1992(fl.163).
- d. Certificado de la Armada Nacional en el que consta que el señor SAULO SEGURA PALACIOS, se retiró voluntariamente de la institución en el mes de junio de 1990(105).
- e. Certificado de la Armada Nacional, en donde se hace constar que esa institución no ha adelantado proceso penal ni disciplinario por la muerte del señor JOSE DOMINGO AMAYA PARRA (fl. 282).

- f. Dictamen pericial sobre el monto de los perjuicios materiales sufridos por los demandantes derivados de la muerte de JOSE DOMINGO AMAYA PARRA- (fls- 299- 303).
- g. Fotocopia simple de la providencia de apertura de investigación disciplinaria contra el coronel RODRIGO QUIÑONES, proferida por la Procuraduría General de la Nación, Oficina de Investigaciones Especiales Policía Judicial. (fls 332- 362).
- h. Fotocopia simple de la resolución de situación jurídica, proferida por el juzgado 41 de Instrucción Penal Militar, en el proceso iniciado contra CARLOS DAVID LOPEZ MAQUILON, por los delitos de formación o ingreso de personas a grupos armados (fls 363-376).

3.6 Acumulación de procesos

Mediante auto del 30 de enero de 1998, el Tribunal Administrativo de Santander, acumuló los tres expedientes relacionados y ordenó la suspensión del trámite del proceso 9784, hasta que los procesos 9780 y 9781 se encontraran en la misma etapa. (F. 231- 236 exp. 9780).

3.7 Alegatos de Conclusión

El Tribunal Administrativo de Santander, corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio público para que rindiera su concepto.

El apoderado del señor GILVIO LOPEZ presentó sus alegatos de conclusión mediante escrito en el que afirma que con base en las denuncias presentadas y las indagatorias de algunos de los supuestos sicarios que participaron, entre otros, en los hechos del “estadero 9 de abril” deben prosperar las pretensiones. (F.331- 334 exp. 9780). Se aportó con el escrito de alegatos, la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Nacional, el 6 de noviembre de 1998. (Fls. 335- 401 exp. 9780).

El Agente del Ministerio Público rindió su concepto en el que solicitó que se declarara probada la falta de legitimación en la causa por activa en los expedientes 9780 y 9781, porque en el primero se aportó un registro civil de nacimiento sin el reconocimiento expreso de la madre de GILVIO LOPEZ y en el segundo se aportaron registros civiles de nacimiento de las menores demandantes, sin el reconocimiento de JOSE DOMINGO AMAYA LOPEZ (Fls. 402-408 exp. 9780).

Igualmente pide el agente del Ministerio Público que se nieguen las pretensiones en todos los expedientes, por cuanto la prueba obrante en el proceso no cumple con los requisitos de prueba trasladada. A propósito de la sentencia proferida en el proceso penal, afirma que si bien hace tránsito a cosa juzgada en cuanto tiene que ver con la responsabilidad del agente estatal, no prueba de suyo la responsabilidad de la administración.

Los apoderados de las partes actoras reconocidos en los expedientes 9781 y 9782 guardaron silencio.

4. Sentencia de primera instancia.

El día 22 de junio de 2001, el Tribunal Administrativo Sala de Descongestión sede Cali, profirió sentencia de primera instancia mediante la cual declaró administrativamente responsable a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL, solidariamente con el señor CARLOS DAVID LOPEZ

MAQUILLON, por la muerte de los ciudadanos JOSE DOMINGO AMAYA PARRA, EDUVIGES LOPEZ RUIZ Y LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO, y condenó a pagar a favor de los actores indemnizaciones por concepto de daños morales y materiales.¹(Fls. 338-371 Cuaderno Segunda Instancia).

Con fundamento en las diligencias aportadas al presente trámite el a quo concluyó que “ *Unicamente (sic) tenemos la sentencia de la Justicia Regional, como prueba, pero de esta concatenamos una serie de indicios para demostrar la labor de “limpieza” organizada por la Armada Nacional en Barrancabermeja de dirigentes sindicales no afectos al régimen, por tanto incómodos para el mismo, llevándose por delante en las mismas acciones a ciudadanos que nada tenían que ver con aquéllos para asegurar su resultado*”

Considera el Tribunal que, aunque la sentencia que tiene como prueba fue aportada en el momento de presentar los alegatos de conclusión en la primera instancia, la puede valorar en mérito de lo dispuesto por el artículo 305 del código de procedimiento civil, y porque guardan íntima relación con los hechos de la demanda. Tuvo también en cuenta el juez a quo la providencia del 16 de agosto de 1994, en la que el Juzgado 41 de Instrucción Penal Militar dictó medida de aseguramiento contra CARLOS DAVID LOPEZ MAQUILLON, por el delito de “*formación o ingreso de personas a grupos armados.*”

Para desechar los argumentos de la entidad demandada afirma: “*Disiente la Sala, de las apreciaciones de la parte demandada sobre lo manifestado por LOPEZ MAQUILLON Y SAULO SEGURA, por cuanto sus dichos que fueron la base para iniciar la investigación penal en la Fiscalía, no se quedaron insulares, fueron comprobados por otros medios probatorios, al punto que su retractación no fue tenida en cuenta*”.

Después de una larga transcripción del fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Nacional, el juez de primera instancia concluye: “ *Cómo apartarse del acervo probatorio sustento de la sentencia de la Justicia Regional, si allí está comprobada la relación directa que existía entre la red de inteligencia fluvial No. 7 de la Armada Nacional y los sicarios condenados en la misma, de los cuales hacía parte CARLOS DAVID LOPEZ MAQUILLON, si de sus fondos salía el pago de los “trabajos” que aquéllos hacían, los arriendos de los inmuebles para instalar oficinas de fachada y hasta gastos funerarios como fue el caso del esposo de ROSALBA PLATA GOMEZ, miembro de la banda, quien había sido herido en un atentado y falleció en la ciudad de Bucaramanga, los giros de dinero a la red de informantes, según inspección realizada en el establecimiento denominado “el indiecito”, el enganchamiento de SEGURA PALACIOS a la red de inteligencia de la Armada, si en fin, fueron veraces las denuncias de CARLOS DAVID LOPEZ MAQUILLON Y SAULO SEGURA, los que afortunadamente destaparon la organización delincriminal creada por la red de inteligencia No. 7 de la Armada*”.

5. Recurso de Apelación

El 8 de noviembre de 2001, el apoderado judicial de la entidad demandada interpuso y sustentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia (Fls. 375-378 Cuaderno de Segunda Instancia).

Se cuestionó la sentencia referida por cuanto, según el apoderado judicial de la Armada Nacional, el Tribunal erró al valorar las pruebas, pues las mismas no

¹ Fls. 431 a 500 del C.12.

evidencian que el hecho dañoso haya sido cometido con vehículo de propiedad del Estado; tampoco fue cometido con arma de fuego de dotación del Estado; ni existe prueba de que la actividad de la administración haya sido la causa eficiente de la muerte de EDUVIGES LOPEZ RUIZ, JOSE DOMINGO AMAYA LOPEZ y LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO.

6. Actuaciones en segunda instancia

El 4 de mayo de 2002, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado admitió el recurso de apelación referido (F. 385 Cuaderno Segunda Instancia).

Es preciso resaltar que la parte actora solicitó la práctica de pruebas en segunda instancia en el recurso de apelación. La representante de los demandantes aportó el registro civil de nacimiento de LUIS FERNANDO NIÑO CARRILLO y solicitó que se le tuviera como prueba. (Fl. 388 Cuaderno Segunda Instancia). En los alegatos de conclusión el mismo apoderado aportó registro civil de nacimiento de GILVIO LOPEZ, (Fl. 424 Cuaderno Segunda Instancia). No obstante que desde la presentación de la demanda se había aportado un certificado auténtico de dicho registro civil.

Mediante memorial de 16 de julio de 2002, el representante de la entidad condenada presentó su escrito de alegatos de conclusión, en el cual reiteró los argumentos esbozados en el recurso de apelación y propuso que se estimara a favor de la administración, la excepción de culpa puramente personal o culpa independiente del servicio (Fls. 390-391 Cuaderno Segunda Instancia).

El 17 de julio de 2002, el apoderado judicial de la parte actora presentó sus alegatos de conclusión en los que solicitó que se confirmara en su integridad el fallo de primera instancia, para lo cual adujo que debía tenerse en cuenta que se estaba frente a delitos de lesa humanidad cuyo contenido y naturaleza *“y las condiciones de responsabilidad están establecidas por el Derecho Internacional independientemente de los decretado (sic) por el derecho interno de los Estados”*.

Por su parte, el 30 de julio de 2002 el Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado presentó su concepto de rigor en el que sostuvo que es imputable a la Armada Nacional el deceso de LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO, JOSE DOMINGO AMAYA PARRA Y EDUVIGES LOPEZ RUIZ, y por lo tanto debe responder por el daño antijurídico *“orquestado y causado por sus agentes, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política”*. (Fls. 405-422 cuaderno segunda instancia). Solicitó el agente del Ministerio Público en sus alegatos que se oficie al juez a quo para que remita copia del fallo de la investigación disciplinaria de los implicados o en su defecto a la Procuraduría General de la Nación. Pidió igualmente que se disponga la incorporación de la copia auténtica del fallo proferido por el Tribunal Nacional el 6 de noviembre de 1998.

El 14 de agosto de 2002 el proceso entró al despacho para que se profiera sentencia (Fl 426 cuaderno segunda instancia).

El 24 de abril de 2003 se solicitó al magistrado ponente la acumulación de 10 procesos más (fls.430-441 cuaderno segunda instancia), petición que fue denegada mediante providencia del 16 de junio del mismo año (fls- 442-443).

El 28 de enero de 2004, se reiteró la solicitud de acumulación, pero mediante providencia de 18 de febrero de 2004, se denegó nuevamente la solicitud.

El 23 de septiembre de 2010, por redistribución el expediente fue asignado al despacho del Consejero JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

Mediante providencia del 28 de marzo de 2012, la Sala, en ejercicio de la facultad prevista por el artículo 169 del código Contencioso Administrativo ordenó oficiar al presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, para que remitiera copia auténtica de la Sentencia del 6 de noviembre de 1998, proferida por el Tribunal Nacional dentro del proceso penal adelantado contra CARLOS ALBERTO VERGARA y ANCIZAR CASTAÑO por los delitos de homicidio con fines terroristas, cometidos, entre otros, en las personas de JOSÉ DOMINGO AMAYA PARRA, LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO Y EDUVIGES LÓPEZ RUIZ.

La copia de la referida sentencia fue enviada por la Directora del Centro de Documentación de la Rama Judicial, el 16 de mayo de 2012.(fl 472 c.ppal) De esta prueba se corrió traslado a las partes mediante providencia del 28 de mayo de 2012 (fl.546 c.ppal), término dentro del cual las partes guardaron silencio.

Atendiendo a la Solicitud del Ministerio Público, quien puso de presente que no obraban en el expediente el proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría General de la Nación, que había sido anexado en aproximadamente 10.000 folios, según constaba en el folio 184 del expediente 9781; el Magistrado Ponente ordenó mediante providencia del 3 de julio de 2012, oficiar al Tribunal Administrativo de Santander, a fin de que este Tribunal enviara el proceso disciplinario. Y en caso de que el Tribunal no lo remitiera, se dispuso en la misma providencia que se adelantará el trámite de reconstrucción del expediente.

Ante tal requerimiento el Tribunal contestó mediante oficio del 3 de octubre de 2012, que no había encontrado el material extraviado. (fl.559 c. Ppal).

La diligencia de reconstrucción se llevó a cabo en tres secciones adelantadas el 10 de octubre de 2012 y 7 y 15 de noviembre del mismo año, (fls 560, 575 y 577, respectivamente, c. Ppal). En dicho trámite se obtuvo el expediente disciplinario 008153183, adelantado por la Procuraduría Delegada de Derechos humanos, por el presunto delito de Genocidio de, entre otras personas, EDUVIGES LOPEZ Y JOSE DOMINGO AMAYA. El expediente contiene 19 cuadernos principales y 48 cuadernos de anexos.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

En atención a lo previsto en los artículos 129 del Código Contencioso Administrativo y 1 del Acuerdo 55 de 2003, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia de 22 de junio de 2001 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo Sala de Descongestión con Sede en Cali.

Advierte también la Sala, que su competencia para conocer del recurso de apelación se limita en los términos señalados por el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con lo dicho por esta Corporación sobre el

alcance de tal norma, esto es, que la competencia se circunscribe a los motivos señalados por el recurrente².

Como se impuso condena en contra del llamado en garantía, señor CARLOS DAVID LOPEZ MAQUILLON, quien fuera representado por curador ad litem, y éste no interpuso recurso de apelación contra la condena, la Sala tramitará el grado jurisdiccional de consulta en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo.

2. Caducidad

Estima la Sala necesario advertir, que en el presente proceso no se presenta la caducidad de la acción, pese a que los hechos ocurrieron el 9 de febrero de 1992 y la demanda fue presentada el 10 de febrero de 1994; por cuanto obra prueba en el expediente que los demandantes se enteraron de quién había cometido el hecho dañoso, por las denuncias que fueron hechas por SAULO SEGURA Y CARLOS DAVID LOPEZ ante la Fiscalía General de la Nación el 7 de diciembre de 1993, de las cuales ellos manifiestan haber tenido conocimiento el 4 de enero de 1994, por el diario "La prensa".

A propósito de la manera como debe contabilizarse el término de caducidad en la acción de reparación directa, esta Corporación ha dicho reiteradamente, que si bien el artículo 136 dispone que el término de caducidad de dos años se cuenta a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, debe entenderse que este mandato legal opera de esta forma, cuando el conocimiento del hecho por parte de las víctimas sucede simultáneamente con la ocurrencia del mismo. Cuando no sucede de esta forma, la contabilización del término comienza a partir del momento en que las víctimas tuvieron conocimiento del hecho dañoso³.

Ahora bien, conocer un hecho implica conocer el agente que lo ha ocasionado. En el caso sub iudice, se evidencia que los demandantes, si bien es cierto tuvieron conocimiento de la muerte de sus familiares el día 9 de febrero de 1992, hasta el día que conocieron la noticia de las denuncias hechas por los suboficiales de la Armada Nacional, nada sabían sobre los posibles autores de los homicidios de las víctimas; en estas condiciones, mal podría endilgárseles que para ellos el término para demandar al Estado había comenzado a correr desde la muerte de sus familiares, si en ese momento desconocían la circunstancia que servidores públicos podrían estar involucrados en los asesinatos de sus parientes. Sólo en el momento en que los actores tienen noticia de este hecho, determinante para demandar al Estado, puede empezar a contabilizarse el término de dos años que la ley establece para la interposición de la acción de reparación directa.

En consecuencia, en el caso concreto, el término de caducidad comenzó correr desde el 4 de enero de 1994, fecha en que los demandantes manifiestan haber tenido noticia de las denuncias formuladas por los suboficiales de la Armada Nacional, como la demanda se presentó el 10 de febrero de ese mismo año, resulta fácil concluir que el libelo fue presentado oportunamente.

3. De la prueba trasladada

De conformidad con el artículo 168 del C.C.A, "*En los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con*

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21060.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub Sección C, sentencia del 15 de noviembre de 2011, exp. 19497.

las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración”.

Por su parte, el Código de Procedimiento Civil en su artículo 185 señala que *“Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella”.*

En relación con la exigencia de allegar al proceso copia auténtica de las actuaciones judiciales, el artículo 254 del C.P.C. establece que tratándose de documentos privados o públicos, estos son, los otorgados por un funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención (artículo 251 del C.P.C.), solo pueden ser aducidos o apreciados como prueba dentro del proceso contencioso administrativo, si el secretario del respectivo juzgado realiza diligencia de autenticación directamente o utilizando un sello, precisando *'que el contenido del documento corresponde exactamente al que tuvo a la vista'*, según lo establece el artículo 35 del Decreto 2148 de 1983⁴.

Adicionalmente, el artículo 185 del C.P.C. establece que el traslado de la prueba practicada en el proceso original, solo procede cuando fue solicitada por la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella, respetando su derecho de defensa y cumpliendo con el principio de contradicción. No obstante lo anterior, la Sala ha sostenido que en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas recaudadas dentro de otro proceso es solicitado por ambas partes, dichas pruebas pueden ser tenidas en cuenta en el proceso contencioso administrativo, aun cuando hayan sido practicadas sin citación o intervención de alguna de ellas en el proceso original y no hayan sido ratificadas en el contencioso administrativo⁵, considerando que en tales casos resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión⁶.

De no cumplirse ninguno de los mencionados requisitos, la posibilidad de apreciar tales pruebas dependerá de si en el proceso al cual se trasladan se atienden las formalidades que la ley ha establecido respecto de cada una de éstas, asunto precisado por la Sala en los siguientes términos⁷:

“... El artículo 229 del mismo código dispone:

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

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

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 2 de mayo de 2007, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 31217, y sentencia de 10 de junio de 2009, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 17838.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 21 de febrero de 2002. C.P. ALier Eduardo Hernández Enriquez. Exp. 12789.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de enero de 2011, C.P.: Gladys Agudelo Ordoñez. Exp. 18429.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 13 de abril de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enriquez. Exp. 11.898

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

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

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

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

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

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

A la luz de tales criterios, es preciso resaltar que los documentos que obran en el proceso disciplinario serán valorados por la Sala, pues, respecto de los mismos la Entidad demandada tuvo la oportunidad de tacharlos de falsos cuando fueron incorporados al proceso y en el momento de la reconstrucción, sin que el Ministerio de Defensa hiciera manifestación alguna. En cuanto a las declaraciones rendidas dentro del citado proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría Delegada para los Derechos Humanos, no pueden ser valorados como testimonios, puesto que no fueron rendidos con audiencia del Ministerio de Defensa.

Se valorará igualmente como documento público la copia auténtica de la Sentencia proferida por el Tribunal Nacional el 6 de noviembre de 1998,(fls. 473-541 c. Ppal) y la providencia de la Procuraduría Delegada para la Defensa de los

Derechos Humanos, en la que Sancionó con represión severa al Teniente Coronel de Infantería de Marina RODRIGO QUIÑONES entre otros, porque “incurrió en la conducta permanente de concierto para cometer delitos, promover la organización el ingreso de personas a bandas o grupos de sicarios o de justicia privada, utilización de fondos de la red de inteligencia para pago de actividades ilícitas a esos grupos que actuaron en Barrancabermeja,...”(Cuaderno 16 del Proceso Disciplinario fls. 442). Estos documentos se valorarán conforme al mandato del artículo 264 del código de procedimiento civil dispone:

“Los documentos públicos hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza.”

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

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”⁸ de la responsabilidad del Estado⁹ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados¹⁰ y de su patrimonio¹¹, sin distinguir su condición, situación e interés¹². Como bien se sostiene en la doctrina,

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad”¹³; los daños

⁸ En precedente jurisprudencial constitucional se indica: “El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

⁹ 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.

¹⁰ 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.

¹¹ “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.

¹² La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

¹³ “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.

*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*¹⁴.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado¹⁵ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública¹⁶ tanto por la acción, como por la omisión.

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial constitucional señala que la,

*“... antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otra lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública*¹⁷.

Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado,

*“La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración*¹⁸.

¹⁴ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., pp.120-121.

¹⁵ “3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada – en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado”. Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

¹⁶ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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

De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”¹⁹.

Así mismo, 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, solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”²⁰. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable²¹, anormal²² y que se trate de una situación jurídicamente protegida²³.

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

“La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”²⁴.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad²⁵, según el cual, la indemnización

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.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

²⁰ Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550.

²¹ Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

²² “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

²³ Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

²⁵ 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

del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica²⁶. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”²⁷.

A este respecto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”²⁸. 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”²⁹.

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”³⁰. 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 no³¹.

(*imputatio diiudicatoria*)”. KANT, I. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

²⁶ 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.

²⁷ “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”. MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [<http://criminnet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7.

²⁸ “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 condicionados por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”. GIMBERNAT ORDEIG, E. *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*. Madrid, 1990, pp.77 ss.

²⁹ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

³⁰ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

³¹ 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

Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad³² 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 ponderación³³ 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”³⁴.

En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional indica:

*“... el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar **si el sujeto era competente** para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección³⁵ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos*

los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sentencia de 24 de febrero de 2005. Exp.14170.

³² “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización... En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.62.

³³ “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.

³⁴ 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.

³⁵ Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”. CASAL H, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible³⁶. 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 ciudadano³⁷.

A lo que se agrega por el mismo precedente,

“En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, 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***

³⁶ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

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^{38,39}.

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 garante.

“Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa. Vg. Si alguien maneja una represa y el agua se desborda ocasionándole daño a una población, en el juicio de imputación lo sustancial no es si el operario abrió la compuerta mas (sic) de lo debido (acción) o simplemente no la cerró a tiempo (omisión); lo fundamental es si cumplió o no con los deberes de seguridad que surgían del control de una fuente de peligro. Lo mismo acontece, cuando en virtud de relaciones institucionales se tiene el deber de resguardar un determinado bien jurídico contra determinados riesgos. El padre de familia incumple sus deberes de protección frente a su hijo, no sólo cuando entrega el arma homicida, también lo hace cuando no evita que un tercero le ocasione una lesión mortal. En la actualidad, se afirma que la técnica moderna y el sistema social, hacen intercambiables la acción y la omisión⁴⁰. Günther Jakobs ha demostrado que todos los problemas del delito de omisión son trasladables a la acción. Hay conductas activas, socialmente adecuadas, que se convierten en un riesgo jurídicamente desaprobado cuando la persona tiene una posición de garante. Ejemplo: es socialmente adecuado apagar la luz del portón de una casa (acción) aun cuando sea probable que un peatón puede tropezar en la oscuridad; pero se convierte en un comportamiento prohibido (apagar la luz) si el propietario ha realizado una construcción frente a ella, porque al crear una fuente de peligro aparecen deberes de seguridad en el tráfico: alumbrar la obra para que nadie colisione con ella⁴¹.

En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde

³⁸ Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss.

³⁹ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

⁴⁰ Cfr. Javier Sánchez-Vera. Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen. Duncker & Humboldt Berlin 1999. Pags. 51 y ss Kurt Seelmann. Grundlagen der Strafbarkeit. Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1. Reihe. Alternativkommentare. Luchterhand. Neuwied. 1990. Pag. 389.

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

el ámbito fáctico y jurídico). Conforme al anterior esquema, se analizará el caso a resolver.

5. Hechos probados

De acuerdo con el acervo probatorio se tendrán como hechos probados los siguientes:

a) EDUVIGES LOPEZ RUIZ, LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO, Y JOSE DOMINGO AMAYA PARRA murieron el 9 de febrero de 1992 en la ciudad de Barrancabermeja. Así los demuestran los registros civiles de defunción obrantes a folio 2, 5, 5, de los expedientes 9780, 9781, 9784 respectivamente.

b) La señora EDUVIGES LOPEZ RUIZ, era la madre del demandante GILVIO LOPEZ RUIZ.

c) La señora NINFA PINTO CORTES, era la cónyuge del señor LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO. Los dos procrearon a LUIS ENRIQUE NIÑO PINTO.

d) MARITZA, SONIA Y MONICA AMAYA CARREÑO, fueron hijas de JOSE DOMINGO AMAYA CARREÑO y de DORA MARIA CARREÑO MEJIA.

6. Problema jurídico

Según el apoderado de la entidad condenada en primera instancia, de conformidad con el acervo probatorio obrante en el expediente *“Las pruebas allegadas al proceso son pobres respecto al convencimiento que requiere el fallador para proferir el fallo de responsabilidad; como quiera que no llegaron mas (sic) allá de la simple labor acusadora iniciada por los sujetos CARLOS DAVID LOPEZ MAQUILLON Y SAULO SEGURA PALACIOS, la cual no llegó a tener comprobación en el expediente. Ciertamente dentro del listado de asesinatos que se autoincriminan los declarantes confesos se enumero (sic) como uno mas (sic) los homicidios de EDUVIGES LOPEZ RUIZ, JOSE DOMINGO AMAYA LOPEZ y LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO; afirmaciones que fueron la base de la sentencia condenatoria mencionada; providencia que demuestra la responsabilidad personal de CARLOS ALBERTO VERGARA AMAYA Y ANCIZAR CASTAÑO BUITRAGO, pero que no tiene la fuerza de demostrar la responsabilidad de la Entidad que represento...”*

Así las cosas, le corresponde a la Sala establecer si las muertes de EDUVIGES LOPEZ RUIZ, JOSE DOMINGO AMAYA LOPEZ y LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO, ocurridas el 9 de febrero de 1992 en el municipio de Barrancabermeja, son imputables a la Armada Nacional.

7. El daño antijurídico

En relación con la naturaleza del daño antijurídico, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que *“ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario”*⁴². En este sentido se ha señalado que *“en cada caso concreto deberá establecerse si el daño*

⁴² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2006. C.P. Mauricio Fajardo. Exp. 13168.

*sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico*⁴³.

Ahora bien, a pesar de que el artículo 90 de la Constitución establece que el Estado *“responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables”*, no existe en la legislación definición alguna del daño antijurídico. No obstante, la jurisprudencia nacional ha definido tal concepto como *“la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”*⁴⁴, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que *“el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación”*⁴⁵.

De tal definición fácilmente se extraen las siguientes dos consecuencias, a saber: *“a. Solamente originan el deber de reparación patrimonial aquellos daños que exceden los límites jurídicos que garantizan los derechos e imponen obligaciones exigibles a todas las personas que viven en determinada sociedad”*⁴⁶ y b. *“Que el Estado no puede indemnizar los daños cuya fuente de indemnización no es objeto de protección jurídica, en tanto que su origen es inconstitucional, ilegal o contraria al principio de buena fe que debe regular todas las actuaciones de los particulares y del Estado (artículo 83 de la Constitución).”*⁴⁷

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala encuentra suficientemente acreditado el daño antijurídico consistente en la muerte de la señora EDUVIGES LOPEZ RUIZ y de los señores LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO Y JOSE DOMINGO AMAYA PARRA. En efecto, en el caso concreto los certificados de los registros de defunción de las citadas personas, acreditan sus muertes.

8. La Imputación

Se reitera que en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico corresponderá al Estado siempre que concurren el sustento fáctico y la atribución jurídica de la misma⁴⁸.

⁴³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 27 de septiembre de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11601.

⁴⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2 de marzo de 2000. C.P. Mará Elena Giraldo Gómez. Rad. 11945, entre otras. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero de 30 de julio de 2008. Exp. 15726.

⁴⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias de 11 de noviembre de 1999. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Rad. 11499 y del 27 de enero de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Rad. 10867, entre otras. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero de 30 de julio de 2008. Exp. 15726.

⁴⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 5 de diciembre de 2005. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 12158. Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-832 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil. y C-043 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴⁷ *Ibíd.* Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 4 de junio de 2008. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Exp. 15657.

⁴⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero a la sentencia de 19 de septiembre de 2007. Exp. 16010. *“Así las cosas, hay que reconocer que desde la estructura moderna de la responsabilidad patrimonial del Estado, el nexo de conexión, o vínculo que debe existir entre la acción, omisión, o conducta generante de un efecto, esto es, de una modificación patrimonial –el daño en sentido fenoménico y jurídico–, corresponde a la imputación material y/o normativa del mismo, lo que explica precisamente la posibilidad de eximentes de imputación cuando quiera que por alguna circunstancia no es posible hacer esa referibilidad, superando así aún, la problemática que presenta*

En este sentido, es preciso diferenciar los conceptos de causalidad e imputación. Mientras que “La causalidad es un proceso de conocimiento, reconocimiento del mundo externo, con él se busca la explicación fenomenológica de situaciones o eventos, (...) la imputación es un proceso de racionalización de la relación entre una conducta y los actos o hechos desplegados por los sujetos”⁴⁹.

En efecto, el nexo de causalidad es un “concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, prima facie, un estudio en términos de atribuibilidad material (*imputatio facti* u objetiva), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar –acción u omisión–, que podría interpretarse como causalidad material”⁵⁰ y, por su parte, la imputación jurídica supone “establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico”⁵¹.

Pues bien, en el asunto *sub judice*, además de que se acreditó la muerte de la señora EDUVIGES LOPEZ RUIZ, y de los señores JOSE DOMINGO AMAYA LOPEZ Y LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO, existe en el expediente prueba que permite hacer la imputación en la esfera fáctica, es decir, que consiente al juez tener por probado que tales muertes tuvieron lugar, como consecuencia de los hechos ocurridos el 9 de febrero de 1992 en el sitio conocido como Estadero “9 de abril” ubicado en el barrio del mismo nombre, del municipio de Barrancabermeja. También obra prueba en el *sub judice* a partir de la cual se puede inferir la participación de agentes estatales en el mismo y como consecuencia de ello una falla del servicio imputable a la administración en relación con tal crimen.

En efecto, de conformidad con las denuncias formuladas ante la Fiscalía General de la Nación por los señores SAULO SEGURA PALACIOS y CARLOS DAVID LÓPEZ MAQUILÓN, quienes dijeron pertenecer a la Red de Inteligencia No. 7 de la Armada Nacional, dichas personas tuvieron conocimiento de que al interior de la Institución mencionada operaba un grupo de exterminio al mando del Capitán JUAN CARLOS ALVAREZ, quien recibía órdenes directas del Coronel RODRIGO QUIÑÓNEZ, grupo que planeó y ejecutó el asesinato de varias personas en el Municipio de Barrancabermeja, entre ellas, el de EDUVIGES LOPEZ RUIZ, LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO Y JOSE DOMINGO AMAYA PARRA. Para tal propósito, se conformó un grupo de sicarios, entre ellos JOSÉ ALIRIO ULLOA, ALIAS CARLOS VILLA, quien se encontraba al mando; CARLOS ALBERTO VERGARA AMAYA, los hermanos RAFAEL, JERÓNIMO Y ELIÉCER CATAÑO, Y GERARDO ALVAREZ, alias el Costeño, grupo del cual también habrían hecho parte los denunciados.

la denominada causalidad de la conducta omisiva y que en el esquema tradicional en vano ha tratado de justificarse acudiendo a todo tipo de distorsiones dialécticas, que lo único que hacen es poner de manifiesto el paralelismo entre physis y nomos.

Esa relación en el derecho, tradicionalmente llamada causalidad física, no puede seguir siendo la base del sistema, ni elemento autónomo, ya que es parte estructural del daño al posibilitar su existencia en la alteración o conformación mejor de una realidad, cosa diferente es la posibilidad de atribuir ese daño al obrar o no del sujeto, lo que constituye la imputación en sentido jurídico; más aún hoy día en que se habla de la crisis del dogma causal en las ciencias de la naturaleza, lo que ha permitido la conceptualización y desarrollo de criterios como el de la imputación objetiva y el deber de cuidado en el campo jurídico, desde luego.”

⁴⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 24 de enero de 2011. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 15996.

⁵⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero a la sentencia de 19 de septiembre de 2007. Rad. 16010.

⁵¹ *Ibíd.*

Como consecuencia de las denuncias citadas, la Fiscalía Regional de Bogotá abrió un proceso penal contra los señores, SAULO SEGURA PALACIOS, CARLOS DAVID LÓPEZ MAQUILÓN, CARLOS ALBERTO VERGARA AMAYA, FELIPE GÓMEZ LOZANO, ANCÍZAR CASTAÑO BUITRAGO, MIGUEL ANTONIO DURÁN CÁCERES, JIMMY ALBERTO ARENAS ROBLEDO, JULIO ERNESTO PRADA y JUAN CARRASCO DE LA HOZ, por los delitos de formación o ingreso de personas a grupos armados y homicidio con fines terroristas.

En el curso de dicho proceso, la Fiscalía profirió varias decisiones, entre ellas la que resolvió la situación jurídica de CARLOS DAVID LÓPEZ MAQUILÓN y SAULO SEGURA con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, por los delitos de formación o ingreso de personas a grupos armados, según Resolución de 22 de julio de 1994 (Fls. 92-112 c.2 pruebas). También profirió resolución de acusación contra CARLOS ALBERTO VERGARA AMAYA Y ANCÍZAR CASTAÑO BUITRAGO, por el homicidio de varias personas, entre ellas el de los señores PABLO EMILIO PINTO FRANCO, GUSTAVO ROJAS ORTIZ y CARLOS ALBERTO ALVAREZ AHUMADA, según Resolución de 1 de noviembre de 1996 (145-171 c. 2 pruebas).

Los hechos que permiten imputar a la entidad pública demandada la responsabilidad por la muerte de EDUVIGES LOPEZ RUIZ, LUIS GUILLERMO BERBEO Y JOSE DOMINGO AMAYA, se encuentran acreditados en prueba documental. Los documentos que acreditan los hechos que permiten imputar el daño antijurídico a la entidad demandada son:

Obra en el expediente una copia auténtica de la sentencia de 6 de noviembre de 1998, proferida por el Tribunal Nacional, en la que se confirmó la sentencia proferida por el juzgado regional de Cúcuta, condenando a CARLOS ALBERTO VERGARA AMAYA y ANCIZAR CASTAÑO BUITRAGO por varios homicidios, entre los que se encuentran los asesinatos de EDUVIGES LOPEZ RUIZ, LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO Y JOSE DOMINGO AMAYA PARRA; a este documento la Sala dará pleno valor probatorio.

La Sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Nacional, que como se advirtió en precedencia, da fe de la declaración que hace el funcionario, acredita que existió una red de inteligencia que devino irregularmente en una banda de sicarios que dio muerte, entre otras personas, a las víctimas que dieron origen a los procesos que se acumularon en la presente acción de reparación directa. Y se da credibilidad no sólo por lo dispuesto por el artículo 264, sino porque en este fallo claramente el juez a quo explica la razón de su dicho. En efecto, en la sentencia del juez penal, después de enunciar que los testigos refirieron la intervención de los sindicados en las diversas masacres, concretamente en relación con los hechos que atañen a este proceso se lee:

“Igual acontece respecto de la violenta embestida perpetrada en el estadero “9 de abril” del Barrio del mismo nombre de la ciudad de Barranca, llevada a acabo por dos individuos, quienes luego de introducirse durante la noche del 9 de febrero de 1992 en el local citado, dispararon seguidamente contra las personas que allí se encontraban dando muerte JOSE DOMINGO AMAYA PARRA, JAIME GARCES NUÑEZ, presidente y tesorero, respectivamente, del sindicato de la empresa de transportes San Silvestre, así como a PABLO JOSE NARVAEZ, NUBIA LOZANO ALVAREZ, y EDUVIGES LOPEZ RUIZ. En ese asalto fueron lesionados, asimismo, ANA DE JESUS DURAN, MARIA DEL CARMEN PONCE ARCINIEGAS, MARCILIA DIAZ BALESTA Y LUIS

GUILLERMO NIETO BERBEO, este último fallecido poco después en el centro asistencial al que fue conducido". (Fl. 480. c.ppal).

Por su parte, la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos en la providencia donde se profirieron sanciones disciplinarias, entre otros, al Coronel RODRIGO QUIÑONES CARDENAS; después de desvirtuar las retractaciones de SAULO SEGURA Y CARLOS LOPEZ, pone de presente que en el proceso penal que se adelanta ante la Fiscalía General de la Nación, las declaraciones de otros sujetos, como JIMMI ARENAS Y FELIPE GOMEZ LOZANO, tendientes a ratificar lo que SEGURA PALACIOS Y LOPEZ MALQUILLON, habían manifestado en sus denuncias iniciales, no han sido infirmadas. La Sala, reitera una vez más, que no se están valorando las declaraciones hechas por ARENAS Y GOMEZ LOZANO, pero igualmente pone de presente que en virtud de lo dispuesto por el artículo 264 del código de procedimiento civil, las manifestaciones hechas por el Procurador constituyen un documento público que puede ser valorado, en tal documento el procurador manifiesta:

"Por lo demás JIMMI ARENAS y FELIPE GOMEZ LOZANO, quienes ante la Fiscalía comprometen al Coronel RODRIGO QUIÑONES, no se han retractado y por contrario reafirman lo dicho en la inicial delación de LOPEZ MAQUILLON, SAULO SEGURA Y VERGARA AMAYA..."

De otra parte, obran en el expediente del proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría Delegada para los Derechos humanos, documentos que dan cuenta de la pertenencia de ANCIZAR CASTAÑO BUITRAGO a la estructura de la red de inteligencia y las copias de los pagos hechos a dicho señor, quien fue enjuiciado y condenado por la muerte de los occisos LOPEZ RUIZ, AMAYA PARRA Y NIÑO BERBEO.

En este sentido la Sala destaca los siguientes documentos:

Documento suscrito por el Jefe de la Red de inteligencia No. 7, dirigido a "Gerencia". En el cual se envía el listado de las personas vinculadas al a nómina de la denominada "Sucursal". En dicho documento aparecen relacionados ANCIZAR CASTAÑO BUITRAGO, como agente de control y CARLOS ALBERTO VERGARA AMAYA, como agente de inteligencia (fl. 286 y 287 del anexo 21).

Otros documentos dan cuenta que en el lugar en que, según algunos declarantes del proceso penal, operaba la red de inteligencia No. 7. Se repite, estas declaraciones no se valoran, pero sí el documento en el que la fiscalía consignó que había encontrado en tal lugar así:

" En el garaje correspondiente al segundo piso, se encontró: Una motocicleta marca Yahmaja(sic) de color rojo, al parecer de ciento veinticinco (ilegible) con placas PAN 47 Colombia, placa hechiza, modelo no muy reciente y aparentemente en buen estado.... Siguiendo al segundo piso encontramos tres habitaciones con baño cada una, encontrándose laprincipal(sic) con closet y un colchón deteriorado tendido en el piso, un ventilador de base, dos juegos de placas para vehículo....Asimismo dos placas para moto.... Tres pasamontañas, un sombrero, los pasamontañas de color negro, doce cartuchos, 9m.m., blindados y sin percutar (sic),..."

Obran en el expediente diversas constancias de pago, realizadas por quien operaba en su momento como director de la red fluvial de inteligencia No. 7, a los sindicatos de diversos asesinatos, entre ellos los de EDUVIGES LOPEZ RUIZ,

LUIS GUILLERMO BERBEO Y JOSE DOMINGO AMAYA PARRA, esto es, pagos realizados a CARLOS ALBERTO VERGARA AMAYA Y ANCIZAR CASTAÑO BUITRAGO. Para el efecto, la Sala, relaciona y transcribe parcialmente el contenido de algunos de esos documentos.

Constancia de pago de realizado por JUAN CARLOS ALVAREZ GUTIERREZ, al Señora CARLOS ALBERTO VERGARA AMAYA, obrante a folio 146, anexo 43, suscrita el 31 de mayo de 1992, documento en el que se lee:

“Recibí del Señor JUAN CARLOS ALVAREZ, GERENTE SUCURSAL No. 07, la SUMA DE DOSCIENTOS MIL PESOS MDA/CTE, por concepto de pago de informaciones, EN EL AREAS DE BARRANCABERMEJA EN CALIDAD DE INFORMANTE.”

A propósito del otro sindicado, ANCIZAR CASTAÑO BUITRAGO, obran el expediente también recibos de pago así:

Constancia de pago realizado por el señor JUAN CARLOS ALVAREZ GUTIERREZ, al señor ANCIZAR CASTAÑO BUITRAGO, suscrita el 30 de junio de 1992, en la que se lee:

“Recibí del SR. JUAN CARLOS ALVAREZ GUTIERREZ, GERENTE SUCURSAL No. 07 la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS MDA/CTE, POR CONCEPTO DE SUBVENCIÓN CORRESPONDIENTES AL MES DE JUNIO EN EL AREA DE BARRANCABERMEJA EN CALIDAD DE AGENTE DE CONTROL” (fl. 172, del anexo 43).

“Recibí del SR. JUAN CARLOS ALVAREZ GUTIERREZ, GERENTE DE LA SUCURSAL, LA SUMA DE DOSCIENTOS MIL PESOS MDA/CTE, POR CONCEPTO DE SUBVENCIÓN CORRESPONDIENTE AL MES DE JULIO DE 1992 EN EL AREA DE BARRANCABERMEJA EN CALIDAD DE AGENTE DE CONTROL”(Folio 569, del anexo 43).

Constancia, de pago realizada por el señor JUAN CARLOS ALVAREZ GUTIERREZ, al señor CARLOS ALBERTO VERGARA AMAYA, obrante a folio 213 del anexo 44 del proceso disciplinario, suscrito el 31 de diciembre de 1992, en el que específicamente se lee:

“Recibí del Sr. JUAN CARLOS ALVAREZ GUTIERREZ, gerente Sucursal No 07 la suma de cien mil pesos mdacte, por concepto de Subvención correspondiente al mes de diciembre/92 en Calidad de Agente de Inteligencia en el area (sic) de: Barrancabermeja”.

Constancia de pago realizada por CARLOS DAVID LOPEZ MAQUILLON, al señor CARLOS ALBERTO VERGARA AMAYA, obrante a folio 255 del anexo 17, suscrita el 30 de abril de 1993

La Sala precisa que si bien de las dos personas, que en los documentos anteriormente relacionados aparecen como beneficiarios de los pagos, sólo una de ellas, ANCIZAR CASTAÑO BUITRAGO, fue condenado por la muerte de las víctimas que dieron lugar a esta acción de reparación directa, se relacionan las dos, toda vez que en su conjunto muestran que el Estado Colombiano, trataba como agentes de control y de inteligencia a personas que fueron sindicadas de diversos homicidios.

Si bien es cierto, se puntualiza, que dichos pagos no dan cuenta que los mismos se realizaban por perpetrar las muertes de EDUVIGES LOPEZ RUIZ, LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO Y JOSE DOMINGO AMAYA PARRA, esto se explica dada la manera subrepticia como se cometieron las irregularidades por parte de los agentes. No obstante lo anterior, estos documentos evidencian que el señor ANCIZAR CASTAÑO BUITRAGO era remunerado como agente de control del Estado, y el documento público, sentencia de segunda instancia del proceso penal que se adelantó contra este agente de control, declara que al interior del mismo los testigos afirmaron la participación de Castaño Buitrago, como miembro de la red inteligencia en los homicidios que se cometieron en el "Estadero 9 de abril" de la ciudad de Barrancabermeja.

Se itera, dichos testimonios no se valoran, lo que si se valorará es lo declarado por el Tribunal Nacional, prueba documental respecto de la cual la entidad demandada tuvo la oportunidad de tacharla o desvirtuarla. Y conforme a lo declarado por dicho Tribunal Nacional se lee:

"Finalmente, el temido grupo armado también revistió caracteres de "banda de sicarios", pues quienes acudieron a la integración del mismo, de manera alguna obraron por desbordados motivos ideológicos, sino el por el estipendio que mensualmente o por la misión prestada recibían de uniformados al servicio de la armada, con descarada imputación al presupuesto oficial, conforme pusieron al descubierto, SEGURA PALACIOS, LOPEZ MAQUILLON Y VERGARA AMAYA; sin que esté por demás agregar que el carácter remunerado de la función delictiva así cumplida, aunque le hubiesen asignado un carácter lícito, fue atestiguado por JOSE REINANDO AMAYA CANO Y ANZIZAR CASTAÑO BUITRAGO, a quienes se señaló de integrar la nómina de informantes de la trillada red de Inteligencia; de igual modo, por la exponente ROSALBA PLATA GOMEZ. Evidencias que hallaron apoyo en la prueba documental incorporada a la foliatura". (Fl. 509 c.ppal).

Ahora bien, la Sala considera irrelevante la retractación de las denuncias hechas por SAULO SEGURA PALACIOS Y CARLOS DAVID LOPEZ MALQUILLON, dado que los documentos que obran dentro de este proceso, dan cuenta que las mismas fueron apenas el motivo por el cual se dio inicio a las investigaciones penal y disciplinaria respectivas, y en las mismas se encontraron elementos probatorios, algunos de los cuales también obran en el caso sub iudice, como los pagos realizados a quienes fueron condenados penalmente por los homicidios, en condición de agentes de control y de inteligencia. Además, la Sala comparte los raciocinios hechos por el Tribunal Nacional para desestimar la retractación

Al respecto el Tribunal Nacional manifiesta:

"El engaño concebido en connivencia con otros de los sindicatos para desviar el certero curso de la pesquisa, no resiste el más mínimo análisis. Adviértase entonces para sustentar ese severo juicio, predicable también de la retractación de LOPEZ MAQUILLON Y SEGURA PALACIOS, que una postura de ese talante "no es por sí misma causal que destruya de inmediato lo sostenido por el testigo en sus afirmaciones precedentes. En esa materia, con en todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico de comparación, a fin de establecer en cual momento dijo el declarante la verdad en sus opuestas versiones", que tratándose de los denunciados y del implicado VERGARRA AMAYA, lo fue en sus primeras apariciones en autos.

“..dígase que SEGURA PALACIOS Y LOPEZ MAQUILLON, en declaraciones extrajudiciales rendidas ante el cónsul patrio en ciudad de Panamá (fl.350 c.o.3); luego, en las respectivas injuradas (fl. 35 y 55 c.o.3) arguyeron insólitamente haber formulado espurias imputaciones contra los oficiales de la Armada por motivos puramente pasionales.

El primero de ellos, sin poder negar su vínculo en calidad de “informante” de la “red de inteligencia” ante el cúmulo de evidencias compiladas, alegó inicialmente en forma hueca, el resentimiento surgido de la equívoca convicción de haber sido ellos los ordenadores del atentado perpetrado en su contra en Bahía Solano, pero sin dilucidar la autoría y móviles del fallido homicidio como en rigor se imponía, máxime que la acusación original, en ese punto, encontró sólido aval, recuérdase, en los testimonios de GABRIEL VELEZ OSORIO, JOSE IGNACION NAVARRETE LOZANO, FERNEANDO AUGUSTO PAEZ VALENCIA DIEZ”

Con posterioridad y sin brindar fundamento alguno para el cambio de postura, esbozó que la queja mendazmente formulada estuvo determinada por la coacción de un desconocido, del que se sabe contactó también a los sindicatos LOPEZ MAQUILLON Y VERGARA AMAYA para que la corroboraran, refiriendo sin embargo, en franca contradicción, que éste último procedió por iniciativa propia” (fls. 528 y 529 c.ppal).

A propósito de la retractación de LOPEZ MAQUILLON, el Tribunal Nacional sostiene:

... por el mismo y equivocado sendero, alegó en un comienzo como motivo para el grave proceder atentatorio de la administración de justicia, la “angustia” y la “desconfianza” frente a una institución a la cual estaba vinculado sin mayores sobresaltos conforme consta en la hoja de vida; después y en clara connivencia delictiva con SEGURA PALACIOS, presentó un calcado recuento del constreñimiento de terceros, quienes mediante serias amenazas lograron involucrarlos en el perverso plan de desprestigiar a la Armada Nacional (fl. 55 c.o.3)” (fls. 529 y 530 c.ppal).

Así las cosas, las pruebas documentales relacionadas aluden al hecho de una participación de algunos miembros pertenecientes a la Red de Inteligencia No. 7 de la Armada Nacional, con sede en Barrancabermeja, Santander, en la conformación de grupos al margen de la ley, quienes habrían asesinado a un sinnúmero de personas en esa zona del país, lo cierto es que además, en tales documentos funcionarios públicos dan fe que frente a ellos obraron pruebas de que las muertes de EDUVIGES LOPEZ RUIZ, LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO Y JOSE DOMINGO AMAYA PARRA, fueron perpetradas por sicarios al servicio de la Red de Inteligencia de la Armada Nacional, afirmación que valorada conjuntamente con los recibos de pago realizados a ANCIZAR CASTAÑO BUITRAGO, como agente de control de dicha Red, y quien fue condenado por los homicidios de las personas antes mencionadas; constituyen para la Sala, prueba de una falla del servicio que permite imputar la responsabilidad de la administración.

De otra parte, es preciso reiterar que el Consejo de Estado ha reconocido la posibilidad que tiene el Juez Administrativo de apartarse de la sentencia penal, o su equivalente, se agrega, en razón de las diferencias sustanciales que existen

entre ambas acciones, aunque sin dejar de destacar la importancia que tienen dichos fallos en las decisiones que se adopten en esta jurisdicción⁵².

Se adoptó tal criterio, *“por considerar que si bien la decisión de carácter penal no puede ser modificada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y que la misma hace tránsito a cosa juzgada, dicho efecto se predica de la situación jurídico penal del procesado y, en algunos eventos, en relación con la responsabilidad civil del funcionario sometido a juicio, pero no con respecto a la decisión que deba tomarse cuando lo que se cuestiona es la responsabilidad del Estado⁵³, pues a pesar de que se declare la responsabilidad personal del funcionario, la entidad a la cual éste se encuentre vinculado puede no ser responsable del daño, por no haber actuado aquél en desarrollo de un acto propio de sus funciones o no haber tenido su actuación ningún nexo con el servicio público, o por el contrario, el funcionario puede ser absuelto por no haberse demostrado la antijuridicidad de su conducta, de tal manera que no resulte comprometida su responsabilidad penal y, en cambio, el juez administrativo puede encontrar comprometida la responsabilidad patrimonial del Estado, con la demostración de la antijuridicidad del daño, elemento fundante de la responsabilidad estatal consagrada en el artículo 90 de la Carta Política.”⁵⁴*

La Sala advierte, concordantemente con el anterior precedente, que si bien el Juez Administrativo tiene autonomía respecto de las decisiones tomadas por el Juez Penal, dicha autonomía no implica una prohibición de que en el proceso administrativo puedan valorarse los raciocinios hechos por el juzgador en el proceso penal.

Dentro de la autonomía del Juez Administrativo, arriba reseñada, la Sala advierte que participa de la valoración que el juez penal hizo de las denuncias y sus retractaciones y observa, que resulta verosímil la denuncia determinada por un atentado que uno de los delatores había sufrido, mientras que la retractación se produce cuando el Consejo Superior de la Judicatura, ya había adscrito a los jueces penales militares el conocimiento del asunto, y aducen unas supuestas presiones de un tercero y la animadversión hacia el Coronel Quiñones.

No puede resultar verosímil, que por simples dificultades internas, una persona pueda acusar de hechos tan graves a su jefe militar o por presiones externas; mientras que resulta creíble, que ante un atentado sufrido por uno de los integrantes de la denominada red de inteligencia y sabiendo éste de donde provenían los atacantes, no tuviese más remedio para salvar la vida que acudir ante la jurisdicción del Estado y pedir protección, que fue la conducta asumida por SAULO SEGURA Y CARLOS LOPEZ.

El cambio de versión no amerita credibilidad por diversas circunstancias: Primero porque no se muestra intrínsecamente creíble que un supuesto maltrato, haga que un militar cree una historia ficticia que acusa de múltiples homicidios a su comandante. Segundo porque tal como lo afirma el Tribunal Nacional, existen otros medios probatorios, que corroboraron los dicho en las denuncias iniciales.

Así las cosas, obra prueba en el *sub judice* a partir de la cual se puede inferir la responsabilidad de la administración en la masacre que tuvo lugar en los hechos acaecidos el 9 de febrero de 1992 en el estadero “nueve de abril” ubicado en el

⁵² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 15 de abril de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 17129.

⁵³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 15 de abril de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 17129.

⁵⁴ *Ibídem*.

barrio del mismo nombre, en el municipio de Barrancabermeja, en la cual se habrían perpetrado los homicidios de la señora EDUVIGES LOPEZ RUIZ y de los señores LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO Y JOSE DOMINGO AMAYA PARRA.

Se tiene por acreditado, además, que la muerte de EDUVIGES LOPEZ RUIZ, JOSE DOMINGO AMAYA PARRA Y LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO ocurrió el 9 de febrero en el sitio denominado Estadero 9 de abril, esto se acredita con el acta de levantamiento del cadáver de los dos primeros y el informe del levantamiento del último de los nombrados.

En efecto, a folios 26 y 27 del anexo 45, se encuentra el acta de levantamiento del cadáver de quienes en vida se llamaran EDUVIGES LOPEZ RUIZ y JOSE DOMINGO AMAYA PARRA, realizadas a las 10 y 11:30 pm del 9 de febrero de 1992, respectivamente. En tales documentos se consignó:

*“Descripción del lugar del hecho: ESTADERO PUBLICO DE VENTA DE CERVEZA 9 DE ABRIL Y CANCHAS DE TEJO DEL MISMO NOMBRE”
Muerte Violenta por.... C) Arma de Fuego”.*

En relación con el occiso LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO, en el informe sobre levantamiento de cadáver GMC 024 del 10 de febrero de 1992, se lee:

“DESCRIPCION DEL LUGAR DEL HECHO
En el barrio 9 de Abril, calle 46 carrera 59 piqueteadero 9 de abril fue herido con proyectil de arma de fuego y conducido a las instalaciones del seguro Social donde falleció, en el día de hoy.
EL LUGAR DEL LEVANTAMIENTO
Funeraria García a las 08:00 horas del día 10 de febrero del año en curso”.

De otra parte, la Sala advierte nuevamente que con fundamento en los mismos hechos y pruebas que son materia de estudio por la Sala, fueron formuladas múltiples demandas contra la Armada Nacional, por la presunta participación de la Red de Inteligencia No. 7 en la muerte de varias personas en el Municipio de Barrancabermeja, pero hasta la fecha ninguna de ellas había prosperado, toda vez que no se logró demostrar en esos casos la responsabilidad del Estado por los hechos que se le imputaron, pues en la mayoría de estos, ni siquiera fue posible establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon esos crímenes. Así, por ejemplo, en el proceso que se instauró por el homicidio de Pablo Guerra Herrera, perpetrado presuntamente por sicarios al servicio de la citada Red de Inteligencia, la Sala revocó la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Santander que declaró la responsabilidad del Estado, por estimar que ésta no se encontraba acreditada⁵⁵. Al respecto, sostuvo:

“Se debe resaltar que no existe prueba documental o testimonial en el expediente que respalde los argumentos de los denunciantes, ni que vinculen a Ancízar Castaño como un agente al servicio del Estado, o siquiera como un funcionario de hecho, ya que si bien, al parecer actuó como informante de la Armada Nacional, de esa situación no se puede derivar o inferir que se encontrara autorizado por ese cuerpo armado para cometer crímenes bajo la subordinación de esa institución, y menos aún, que se le hubieran entregado uniformes, armamentos o vehículos de uso privativo de las fuerzas militares para ejecutar los hechos punibles denunciados en la demanda.

⁵⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de febrero de 2006. C.P: Germán Rodríguez Villamizar. Exp. 14009.

“En concreto, no obra prueba de que el homicidio de Pablo Guerra Herrera hubiera sido cometido por orden expresa de la Red de Inteligencia que al parecer operaba en la ciudad de Barrancabermeja, ya que si bien, así lo indicó Carlos David López al presentar la denuncia, la Sala carece de otros elementos que permitan establecer la certeza de esa afirmación, y además, se desconocen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió la muerte de Pablo guerra y aunque el a quo encontró demostrado que los crímenes sucedieron en las circunstancias denunciadas por los quejosos, tal afirmación la realiza en forma general, sin explicar los fundamentos de su conclusión, ni indica las pruebas que así lo demuestran, las cuales, respecto de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que murió Pablo Guerra, se echan de menos por la Sala (...)

“De otra parte, se estima necesario precisar que aunque tanto en la demanda, como en la sentencia de primera instancia el estudio de las pruebas apuntó a establecer la existencia de una red de inteligencia y su relación con crímenes que según se dice en la demanda se cometían por órdenes de los miembros de aquella, no se tuvo en cuenta que dicho aspecto es secundario para el asunto que en esta oportunidad se debate, como lo es la responsabilidad del Estado, no por la existencia de esa red y los múltiples asesinatos que pudo cometer, sino por la muerte de Pablo Guerra.

“Ahora bien, aun cuando el hecho de que existiera la mencionada red, y ésta ejecutara los reprochables actos que mencionan los agentes denunciadores, pudiera tomarse como un indicio en contra de la administración, no se armaron otras pruebas, tales como el acta de levantamiento del cadáver, el protocolo de necropsia, los testimonios de los residentes del lugar donde fue asesinado Pablo Guerra, ni de personas que pudieran dar fe del peligro que corría la víctima, ni elemento alguno del que se pueda inferir que aquél temía por su vida a causa de amenazas o problemas con miembros de la Armada Nacional, ni, se reitera, existe certeza sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo su muerte, ni que las armas con que se llevó a cabo el hecho punible eran de propiedad del Estado, estaban bajo su guarda o afectas al servicio, ni que los asesinos se identificaron en ese momento como miembros de alguna institución militar”. (Subrayado fuera del texto)

Asimismo, mediante sentencia de 14 de agosto de 2008⁵⁶, la Sala revocó la decisión del Tribunal Administrativo de Santander por medio de la cual se declaró la responsabilidad del Estado por la muerte de tres personas, las cuales habrían sido asesinadas por sicarios al servicio de la Red de Inteligencia No. 7 de la Armada Nacional. Sobre el particular se estableció:

“Apreciado el material probatorio allegado en debida forma al proceso, lo único que la Sala encuentra plenamente acreditado es que los señores EVELIO, PABLO ELÍAS y LEONARDO CÓRDOBA CABANZO fallecieron el día 11 de mayo de 1992 como consecuencia de las heridas mortales que les fueron propinadas con arma de fuego en el municipio de Barrancabermeja, sin embargo, no se acreditó dentro del proceso elemento alguno que permita imputar estos homicidios a la Nación”.

⁵⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 14 de agosto de 2008. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 15999.

“En efecto, la documentación proveniente de la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación no aporta elemento de juicio alguno al respecto pues corresponde a providencias y diligencias de trámite y sustanciación propios de la investigación disciplinaria adelantada por dicha entidad y relacionadas con hechos distintos a los que constituyen el objeto y estudio en el presente proceso.

“Por su parte, la decisión contenida en la Resolución de Acusación proferida por la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación en contra del señor ANCIZAR CASTAÑO BUITRAGO como “probable coautor del delito de Homicidio con fines terroristas, en concurso homogéneo en la modalidad de agravado” en las personas de EVELIO y PABLO ELÍAS CÓRDOBA CABANZO, providencia que aun cuando no tiene carácter definitivo en todo caso goza de la eficacia probatoria prevista en el artículo 264 del C. de P.C.

“De manera que aun cuando se estableció que la Armada Nacional tenía conformada una red de inteligencia que operaba en el municipio de Barrancabermeja, 3 sin que tales aseveraciones provengan de su propio y directo conocimiento acerca de lo ocurrido, sin que se identifiquen con precisión de quién o quiénes obtuvieron tales versiones y las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que hubieren tenido conocimiento de esos relatos que no pasan de ser unos meros rumores, que, además, no encuentra respaldo o coincidencia alguna con otros medios de prueba allegados al proceso”.(Subrayado fuera del texto)

La Sala también se pronunció por los hechos relacionados con la Red de Inteligencia No. 7, al decidir un recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Santander mediante la cual se declaró la responsabilidad de la Nación-Ministerio de Defensa Armada Nacional, por la muerte del señor Julio César Berrío Villegas, al señalar:

“Si bien las decisiones anteriores aluden al hecho de una posible participación de algunos miembros pertenecientes a la Red de Inteligencia No. 7 de la Armada Nacional, con sede en Barrancabermeja, Santander, en la conformación de grupos al margen de la ley, quienes habrían asesinado a un sinnúmero de personas en esa zona del país, lo cierto es que no obra prueba alguna en el plenario que haga alusión directa al hecho relacionado con la muerte de Julio César Berrío Villegas, pues el material probatorio allegado al proceso hace referencia a la muerte de varias personas, las cuales habrían sido asesinadas supuestamente por sicarios al servicio de la Red de Inteligencia de la Armada Nacional, pero no es posible establecer del mismo cuáles habrían sido los móviles de su asesinato, mucho menos puede determinarse las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ello ocurrió, lo único cierto son las afirmaciones formuladas por los actores en la demanda, las cuales no gozan de respaldo probatorio alguno.

“Ninguna de las declaraciones rendidas dentro del voluminoso proceso disciplinario que cursó en la Procuraduría General de la Nación fue ratificada en el proceso contencioso administrativo, pero aún en el evento de que tales testimonios hubiesen sido objeto de valoración en este proceso, tampoco sería posible establecer realmente cómo ocurrió el crimen de Julio César Berrío, pues como se dijo anteriormente, tales versiones corresponden a los crímenes de otras personas, pero nada se dice en relación con la muerte del citado señor.

“Lo único cierto es que la Fiscalía General de la Nación profirió resolución de acusación contra Carlos Alberto Vergara Amaya y Ancizar Castaño Buitrago, por haber sido los autores de los crímenes ocurridos en el Municipio de Barrancabermeja, Departamento de Santander, en los años 1992 y 1993, entre los que se encuentra el de Julio César Berrío, decisión que tuvo como fundamento la denuncia de Saulo Segura Palacios y Carlos David López Maquillón, quienes incriminaron a varios miembros de la Armada Nacional, a los cuales no se les pudo comprobar su participación en los hechos denunciados. En todo caso, en la decisión proferida por la Fiscalía General de la Nación tampoco se hace alusión a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la muerte de Julio César Berrío.

“De otra parte, a pesar de que los actores afirmaron que la víctima fue amenazada de muerte públicamente en varias oportunidades por miembros pertenecientes a la Armada Nacional, y que el motivo de tales amenazas habría sido el hecho de que Julio César era el defensor de las personas menos favorecidas, lo cierto es que no existen pruebas que respalden tales imputaciones, como tampoco obra prueba alguna en el proceso que acredite que la muerte del citado señor fue ordenada por la Red de Inteligencia No. 7, y que en ésta se hubiesen utilizado armas de dotación oficial, como lo aseguraron los demandantes”⁵⁷. (Subrayado fuera del texto)

En sentencia de 19 de agosto de 2009, la Sala concluyó que no se encontraba acreditada “la falla del servicio alegada por los demandantes, habida consideración que, al igual que lo acontecido en los casos traídos a colación por la Sala, no existen elementos de juicio que permitan afirmar que la muerte de Ismael Jaimes Cortés hubiere sido perpetrada por miembros pertenecientes a la Red de Inteligencia No 7 de la Armada Nacional, o al servicio de ésta, o que su homicidio obedeciera a una orden impartida por la entidad aludida, como tampoco es posible establecer o afirmar que en dicho crimen se hubieren utilizado instrumentos, vehículos o armas de dotación oficial.”⁵⁸ (Subrayado fuera del texto)

En sentencias de 15⁵⁹ y 28 de abril de 2010, el Consejo de Estado tampoco encontró acreditados los elementos del juicio de responsabilidad que permitieran imputar el presunto daño antijurídico a la administración. Particularmente en esta última sentencia señaló que “(…) de los elementos probatorios relacionados anteriormente no se puede dar por acreditado que la muerte del señor Rueda Viviescas se hubiere producido en dichas circunstancias, ni mucho menos que la entidad pública demandada hubiere incurrido en acción u omisión alguna en la producción de dicho hecho dañoso; de las pruebas aportadas únicamente se puede establecer la muerte del señor Rueda Viviescas el día 28 de junio de 1992; sin embargo, no se encuentran acreditada la causa de muerte ni mucho menos las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se habría producido la misma, pues no obra en el expediente copia del acta de levantamiento del cadáver y/o de necropsia, ni el formato de las mismas u otro medio de prueba que permitiera establecer tales circunstancias”⁶⁰.

⁵⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de mayo de 2009. Exp. 16.687.

⁵⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de agosto de 2009. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Exp. 16363.

⁵⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 15 de abril de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 17129.

⁶⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 28 de abril de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 17995.

Finalmente, en sentencia del 7 de julio de 2011, en relación con hechos también atribuidos a la Red de Inteligencia No. 7 de la Armada Nacional y ocurridos en la ciudad de Barrancabermeja por la misma época, concluyó: *Así las cosas, la Sala reitera que en el presente asunto si bien se acreditó la muerte de los señores PABLO EMILIO PINTO FRANCO, GUSTAVO ROJAS ORTIZ y CARLOS ALBERTO ALVAREZ AHUMADA en hechos ocurridos el 24 de enero de 1992 en el sitio conocido como billares “El tropezón” ubicados en el barrio “La esperanza” del municipio de Barrancabermeja, no obra prueba en el sub iudice a partir de la cual se pueda inferir la participación de agentes estatales en el mismo y sí que menos una falla del servicio imputable a la administración en relación con tal crimen*⁶¹.

No obstante los precedentes anteriormente reseñados, la Sala en el presente caso determina que sí es imputable el daño antijurídico a la Armada Nacional, puesto que se tiene la decisión condenatoria de segunda instancia del juez penal, se cuenta con las actas de levantamiento de los cadáveres y con los recibos de pago suscritos por quien cometió los homicidios, en condición de agente de control de la red de inteligencia No. 7 de la Armada Nacional.

Así las cosas, se tienen por probados los siguientes hechos: se acreditó la muerte de la señora EDUVIGES LOPEZ RUIZ y los señores LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO Y JOSE DOMINGO AMAYA PARRA, ocurridas todas el 9 de febrero de 1992; existe prueba en el expediente de que las mismas ocurrieron en el estadero denominado “9 de abril” ubicado en el barrio del mismo nombre, en el municipio de Barrancabermeja; asimismo obra prueba en el *sub iudice* de la participación de ANCIZAR CASTAÑO BUITRAGO como autor material de estas muertes y por último, obra prueba que por la época de los hechos a esta última persona el Estado lo remuneraba en su condición de “agente de control”. Son todas estas circunstancias que valoradas en su conjunto evidencian una flagrante falla del servicio imputable a la administración en relación con tal crimen.

En ese orden de ideas, la Sala confirmará el sentido de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander mediante la cual se declaró la responsabilidad del Estado por la muerte de EDUVIGES LOPEZ RUIZ, LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO Y JOSE DOMINGO AMAYA PARRA, modificándola en cuanto se negará el reconocimiento de perjuicios morales y materiales hecho por el a- quo a DORA MARIA CARREÑO MEJIA, como compañera permanente del señor JOSE DOMINGO AMAYA PARRA, toda vez que no se acreditó la condición invocada por esta persona en la demanda.

La Sala advierte, que si bien el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada argumentaba que no existía falla en el Servicio, y que las muertes no le eran imputables a la Armada Nacional, en dicha manifestación se está impugnando igualmente el monto de las indemnizaciones; por esa razón la Sala tiene competencia para negar el reconocimiento de estos perjuicios, atendiendo a que la señora CARREÑO MEJIA no demostró su condición de compañera permanente. Se modificará igualmente la sentencia, actualizando los valores de las demás condenas impuestas en el fallo de primera instancia.

En desarrollo del grado jurisdiccional de Consulta, la Sala observa que se encuentra acreditada la participación del llamado en Garantía, señor CARLOS DAVID LOPEZ MAQUILLON, quien en su condición de Suboficial de la Armada

⁶¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 7 de julio de 2011. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. 18.958.

Nacional y miembro de de la red de inteligencia No. 7, incurrió en las irregularidades ya anotadas. Así lo acredita la Sentencia del Tribunal Nacional y las constancias de pago, que dan cuenta que esta persona canceló sumas de dinero a quienes fueron condenados por la muerte de EDUVIGES LOPEZ, LUIS GUILLERMO NIÑO Y JOSE DOMINGO AMAYA.

En consecuencia se confirmará la responsabilidad del señor LOPEZ MAQUILLON, en tanto llamado en garantía; pero se modificará la condena solidaria que se hizo en su contra en el fallo de primera instancia, toda vez que en cumplimiento del artículo 56 del Código de Procedimiento civil lo que corresponde es ordenar que el llamado, Señor CARLOS DAVID LOPEZ MAQUILLON, reembolse el 100% del valor de la condena que sea efectivamente pagado por la entidad demandada.

Actualización de las condenas a indemnización de perjuicios:

9. Actualización de perjuicios materiales:

9.1 Actualización de la suma reconocida como perjuicio material:

8.1.1 Daño Emergente

En la sentencia de primera instancia se reconoció únicamente este tipo de daño material a NINFA PINTO DE NIÑO Y LUIS ENRIQUE NIÑO PINTO, la suma de \$192.400.00 para indemnizar el pago de los Gastos Funerarios realizados en el sepelio de LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO. La Sala procederá a actualizar dicho valor conforme a la siguiente fórmula matemática que para el efecto ha utilizado esta corporación:

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

Donde,

Va: valor actual

Vi: valor inicial, equivalente a la suma reconocida en el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, esto es, \$192.400.00

If: índice final, equivalente al IPC para febrero de 2013, esto es, 112,65

li: índice inicial, equivalente al IPC para junio de 2001, fecha del fallo de primera instancia, esto es, 65.82

En este orden,

$$Va = Vi (If / li)$$
$$Va = 192.400.00 (112,65 / 65.82)$$
$$Va = 329.289.88$$

TOTAL DAÑO EMERGENTE PARA NINFA PINTO DE NIÑO Y LUIS ENRIQUE NIÑO PINTO \$329.289,88

8.1.2 Actualización de las sumas reconocidas por lucro cesante

9.1.2.1 Actualización de la suma reconocida a NINFA PINTO DE NIÑO, como lucro cesante

A NINFA PINTO DE NIÑO, le fue reconocido por lucro cesante (Indemnización consolidada y futura) la suma de \$50.350.714,46. La Sala procederá a actualizar dicho valor conforme a la siguiente fórmula matemática que para el efecto ha utilizado esta corporación:

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

donde,

Va: valor actual

Vi: valor inicial, equivalente a la suma reconocida en el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, esto es, \$50.350.714,46

If: índice final, equivalente al IPC para febrero de 2013, esto es, 112,65

li: índice inicial, equivalente al IPC para junio de 2001, fecha del fallo de primera instancia, esto es, 65.82

En este orden, $Va = Vi (If / li)$

$$Va = 25.321.288,21 (112,65 / 65.82)$$

$$VA = 86.174.536,37$$

TOTAL LUCRO CESANTE PARA NINFA PINTO DE NIÑO, \$ 86.174.536,37

9.1.2.2 Actualización de la indemnización por lucro cesante reconocida a LUIS ENRIQUE NIÑO PINTO.

A LUIS ENRIQUE NIÑO PINTO, le fue reconocido por lucro cesante (Indemnización consolidada) la suma de \$413.867,73 La Sala procederá a actualizar dicho valor conforme a la siguiente fórmula matemática que para el efecto ha utilizado esta corporación:

$Va = Vi (If / li)$

donde,

Va: valor actual

Vi: valor inicial, equivalente a la suma reconocida en el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, esto es, \$413.867,73

If: índice final, equivalente al IPC para febrero de 2013, esto es, 112,65

li: índice inicial, equivalente al IPC para junio de 2001, fecha del fallo de primera instancia, esto es, 65.82

En este orden, $Va = Vi (If / li)$

$$Va = 413.867,73 (112,65 / 65.82)$$

$$VA = 708.328,77$$

TOTAL LUCRO CESANTE PARA LUIS ENRIQUE NIÑO PINTO, \$708.328,77

9.1.2.3 Actualización de la indemnización por lucro cesante reconocida a MARITZA AMAYA CARREÑO.

A MARITZA AMAYA CARREÑO, en su condición de hija de JOSÉ DOMINGO AMAYA PARRA, le fue reconocido por lucro cesante (Indemnización consolidada y futura) la suma de \$10.128.194,75 La Sala procederá a actualizar dicho valor conforme a la siguiente fórmula matemática que para el efecto ha utilizado esta corporación:

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

donde,

Va: valor actual

Vi: valor inicial, equivalente a la suma reconocida en el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, esto es, \$10.128.194,75

If: índice final, equivalente al IPC para febrero de 2013, esto es, 112,65

li: índice inicial, equivalente al IPC para junio de 2001, fecha del fallo de primera instancia, esto es, 65.82

En este orden, $Va = Vi (If / li)$

$$Va = 10.128.194,75 (112,65 / 65.82)$$
$$VA = 17.334.262,21$$

TOTAL LUCRO CESANTE PARA MARITZA AMAYA CARREÑO, \$
17.334.262,21

9.1.2.4 Actualización de la indemnización por lucro cesante reconocida a MONICA AMAYA CARREÑO.

A MONICA AMAYA CARREÑO, en su condición de hija de JOSÉ DOMINGO AMAYA PARRA, le fue reconocido por lucro cesante (Indemnización consolidada y futura) la suma de \$6.530.703,20 La Sala procederá a actualizar dicho valor conforme a la siguiente fórmula matemática que para el efecto ha utilizado esta corporación:

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

donde,

Va: valor actual

Vi: valor inicial, equivalente a la suma reconocida en el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, esto es, \$6.530.703,20

If: índice final, equivalente al IPC para febrero de 2013, esto es, 112,65

li: índice inicial, equivalente al IPC para junio de 2001, fecha del fallo de primera instancia, esto es, 65.82

En este orden, $Va = Vi (If / li)$

$$Va = 6.530.703,20 (112,65 / 65.82)$$

$$VA = 11.177. 206,25$$

TOTAL LUCRO CESANTE PARA MONICA AMAYA CARREÑO, \$
11.177.206,25

9.1.2.5 Actualización de la indemnización por lucro cesante reconocida a SONIA AMAYA CARREÑO.

A SONIA AMAYA CARREÑO, en su condición de hija de JOSÉ DOMINGO AMAYA PARRA, le fue reconocido por lucro cesante (Indemnización consolidada y futura) la suma de \$7.987.734,18. La Sala procederá a actualizar dicho valor conforme a la siguiente fórmula matemática que para el efecto ha utilizado esta corporación:

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

donde,

Va: valor actual

Vi: valor inicial, equivalente a la suma reconocida en el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, esto es, \$7.987.734,18

If: índice final, equivalente al IPC para febrero de 2013, esto es, 112,65

li: índice inicial, equivalente al IPC para junio de 2001, fecha del fallo de primera instancia, esto es, 65.82

En este orden, $Va = Vi (If / li)$

$$Va = 7.987.734,18 (112,65 / 65.82)$$

$$VA = 13. 670.894,19$$

TOTAL LUCRO CESANTE PARA SONIA AMAYA CARREÑO, \$ 13.670.894,19.

Así las cosas, por concepto de lucro cesante, en las modalidades consolidado y futuro, el Ejército Nacional deberá indemnizar las siguientes sumas de dinero a las personas que a continuación se relacionan:

| | |
|--|------------------|
| NINFA PINTO DE NIÑO (Cónyuge de Luis Guillermo Niño Berbeo) | \$ 86.174.536,37 |
| LUIS ENRIQUE NIÑO PINTO (hijo de Luis Guillermo Niño Berbeo) | \$708.328,77 |
| MARITZA AMAYA CARREÑO (hija de José Domingo Amaya Parra) | \$17.334.262,21 |
| MONICA AMAYA CARREÑO (hija de José Domingo Amaya Parra) | \$ 11.177.206,25 |
| SONIA AMAYA CARREÑO (hija de José Domingo Amaya Parra) | \$ 13.670.894,19 |

9.2 Actualización de la suma reconocida por concepto de perjuicio moral

Los perjuicios morales concedidos en el fallo de primera instancia fueron reconocidos en 1000 gramos oro para cada una de las siguientes personas: NINFA PINTO DE NIÑO, LUIS ENRIQUE NIÑO PINTO, GILVIO LOPEZ, DORA MARIA CARREÑO MEJIA Y MARITZA, MONICA Y SONIA AMAYA CARREÑO. A excepción de los perjuicios reconocidos a DORA MARIA CARREÑO MEJIA, que serán negados por cuanto no acreditó la condición de compañera permanente de JOSE DOMINGO AMAYA PARRA, que invocó en la demanda; las demás condenas serán confirmadas, pero actualizando su valor a salarios mínimos mensuales, en aplicación del precedente constituido por la sentencia del 6 de septiembre del 2001, dentro de los expedientes acumulados 13232 y 15646.

9.2.1. Reconocimiento de los perjuicios morales.

La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012 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”⁶².

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 9 de febrero de 1992 en que resultaron muertos EDUVIGES LOPEZ RUIZ, JOSE DOMINGO AMAYA PARRA Y LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO, 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.

⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de agosto de 2012, exp. 24392.

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 a su lugar de vivienda o habitación. 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 Humanos.

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 la víctima y de sus familiares, para lo que procede la aplicación de las reglas de la experiencia, según las cuales se presume que la muerte, lesión, etc., afecta a la víctima 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 familia como espacio básico de toda sociedad (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 fundamental.

Ahora bien, respecto de los perjuicios morales en cabeza de los familiares de las víctimas con ocasión de la muerte y lesiones, 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, para sus parientes inmediatos 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 sociedad. 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 Política.

Para el caso concreto, la parte actora solicitó que el reconocimiento de perjuicios morales en la forma como se reseñó en precedencia. En el acervo probatorio obra, como prueba para su reconocimiento, en el expediente 13117, copia auténtica del certificado del registro civil de matrimonio de Gloria Elena Suarez Atencia y Pedro Julio Patiño Ardila (fl.35 c.3); copia auténtica del registro civil de nacimiento de Camilo Andrés Patiño Suarez (Fl. 36 c.3); copia auténtica del registro civil de nacimiento de Pedro José Patiño Suarez (fl.30.c.3); certificado del registro civil de nacimiento de José Mauricio Patiño Suarez (fl.37 c.3); certificado del registro civil de nacimiento de Rubén Darío Patiño Barrios (fl.38 c.3); Certificado del registro civil de nacimiento del Sargento PATIÑO ARDILA, en el que aparece el señor Roberto del Carmen Patiño como su padre; y certificados de los registros civiles de nacimiento de Eriberto y Maria Stella Patiño Ardila. (fls.31 y 32 c.3).

Acreditado el parentesco para efecto del reconocimiento de los perjuicios morales, el juez contencioso administrativo debe examinar si encuentra que las entidades demandadas desvirtuaron la presunción de aflicción causada a los demandantes. En el proceso las entidades demandadas no desvirtuaron en ningún momento el parentesco o las relaciones propias a este, lo que lleva a concretar el reconocimiento de los perjuicios morales en cabeza de todos y cada uno de ellos.

En relación con la demandante DORA MARIA CARREÑO MEJIA, quien invocó la condición de compañera permanente de JOSE DOMINGO AMAYA PARRA, la Sala determina que no está probada tal calidad. En efecto, pese a que en la demanda se anunciaron testimonios para acreditar la condición de compañera permanente del señor AMAYA PARRA, pero ninguno de dichos testimonios fue recepcionado.

Sobre la acreditación de los parentescos invocados, la Sala constata que obran certificados del registro civil de nacimiento de Gilvito López, en el que aparece como hijo de Eduviges López Ruiz; (fl.3.exp.9780). Obran también la copia auténtica del registro civil de matrimonio de Ninfa Pinto de Niño y Luis Guillermo Niño Berbeo (fl.4 exp. 9781), y la copia auténtica del registro civil de nacimiento de Luis Enrique Niño Pinto, que lo acredita como hijo del mismo señor Luis Guillermo Niño Berbeo (fl.2 exp. 9781). De igual forma aparecen las copias auténticas de los registros civiles de nacimiento de Maritza, Mónica y Sonia Amaya Carreño, quienes aparecen como hijas de José Domingo Amaya Parra (fls. 3,4 y 5 exp. 9784).

Ahora bien, probado como se encuentra el requisito para 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.

9.2.2. Motivación para la tasación de los perjuicios morales.

La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012⁶³, 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”**

⁶³ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

importante (...) que determinó la existencia de lazos de alianza y solidaridad entre ellos, y que, por lo tanto, aquéllos sufrieron un profundo pesar con la muerte (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 considera: a) “el daño moral puede probarse 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 esta aclaración 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 jurisprudencia⁶⁴. 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, 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 administrativa, 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 reparación⁶⁵; 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 sentencia⁶⁶; c) los “criterios adicionales que se advierten en la

⁶⁴ 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”. (negrilla fuera de texto original).

⁶⁵ Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11892.

⁶⁶ “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

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 mismos⁶⁷; 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 1995⁶⁸; 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 contratiempo⁶⁹. En tal medida, por ejemplo, demostrar detrimentos patrimoniales, incluso deterioro en la casa de habitación, no implica comprobar la existencia de perjuicios morales⁷⁰. Pueden probar también situaciones contextuales del caso, que evidencien los problemas vividos, pero ello no exime a la autoridad de contar

derechos fundamentales de las personas con una lesión o una injuria, sino tan solo incomodidades menores 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.

⁶⁷ Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11892.

⁶⁸ “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.

⁶⁹ Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 22 de abril de 2009 (CP Ramiro Saavedra Becerra) [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.”

⁷⁰ Consejo de Estado, sentencia de marzo 10 de 2011 (CP Hernán Andrade Rincón) [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 transcrita 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.”

con alguna prueba de los perjuicios morales en sí mismos considerados⁷¹”; f) “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 iguales⁷². 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* (arbitrio *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, considero 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,

⁷¹ Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 26 de 2008 (CP Myriam Guerrero Escobar) [Rad. 19001-23-31-000-1995-02016-01 (15535)]. La sentencia dijo al respecto: “Como bien puede observarse, los 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.”

⁷² Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de marzo 7 de 2002 (CP Jesús María Carrillo Ballesteros) [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”.

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 inasible e inconmensurable, 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 retrotraible 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, considero 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, ansiedad⁷³, humillación, degradación, y la inculcación de sentimientos de inferioridad⁷⁴, inseguridad, frustración, e impotencia⁷⁵”; 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 familiares”⁷⁷; 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 sucedido”⁷⁸; finalmente, en los casos 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 argumentos”⁷⁹.

⁷³ 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.

⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Loayza Tamayo contra Perú, sentencia de 17 de septiembre de 1997.

⁷⁵ 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.

⁷⁶ 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].

⁷⁷ “(…) 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.

⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador, sentencia de 1 de marzo de 2005.

⁷⁹ “(…) 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 vengán 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.

2. Estos argumentos han de tener tres propiedades que podemos denominar formales: no deben contener inferencias erróneas, no deben ser incompletos, 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 fundamentar⁸⁰.

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 derecho⁸¹.

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 premisas⁸² (subrayado fuera de texto).

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

⁸⁰ “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.

⁸¹ 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. El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica., ob., cit., pp.69 y 70.

⁸² “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. El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica., ob., cit., p.49.

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 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 Derecho⁸³, 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>⁸⁴, 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 Derecho”⁸⁵

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”⁸⁶.

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 duda⁸⁷.

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”⁸⁸. Desde la perspectiva

⁸³ “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”.

⁸⁴ Cfr. CARNELUTTI, F., <Torniamo al giudizio>, en *RDProc.*, 1949, pp.165 y ss.

⁸⁵ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp.138 y 139.

⁸⁶ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales.*, ob., cit., p.139.

⁸⁷ PÉREZ ROYO; Javier. *Curso de derecho constitucional*. 11ª ed, Madrid, 2007, p.760.

⁸⁸ ASIS ROIG, Rafael de. *El juez y la motivación en el Derecho*. Dykinson, Madrid, 2005, pp.31-32.

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 resolución judicial sea conforme a las funciones propias de la exigencia constitucional y legalmente garantizada de motivación”⁸⁹.

En las dos perspectivas, filosófica y procesal, la motivación de las sentencias (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 por que (sic) 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”⁹⁰ (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”⁹¹ (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

⁸⁹ “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, La motivación de las resoluciones judiciales., ob., cit., p.164.

⁹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-249, de 28 de marzo de 2006.

⁹¹ Corte Constitucional, sentencia T-302, de 3 de abril de 2008.

arbitrariedad judicial", plena sujeción del juez al ordenamiento jurídico y, ejercicio de un verdadero juicio de razonabilidad en la decisión judicial.

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"⁹², 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*"⁹³. Por eso, bien puede compartirse que la exigencia de completitud de la motivación sea regla general, modulándose su validez en cada caso concreto a tenor de la vieja máxima *exceptio firmat regulam in contrario in casibus non exceptis*"⁹⁴.

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"⁹⁵.

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 (de verse con el fallecimiento de sus familiares; o por la pérdida de bienes

⁹² TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova, 1975, pp.450 ss.

⁹³ FAZZALARI, E. <La sentenza in rapporto alla struttura e all'oggetto del processo>, en *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, p.433.

⁹⁴ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales.*, ob., cit., p.169.

⁹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 2009, expediente 1995-10351.

muebles o inmuebles). Se trata de criterios objetivos, si cabe, fundados en los principios de equidad, razonabilidad, reparación integral y proporcionalidad, que deben permitir al juez 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 uniformes⁹⁶, 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.

8.2.3. 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”**⁹⁷ (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.

⁹⁶ “¿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.

⁹⁷ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 23492. Pon. Hernán Andrade Rincón.

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 proporcionalidad⁹⁸, que busca como objetivos: i) que haya una acreditación o prueba mínima del perjuicio moral en cabeza de los demandantes, sin que sea suplida por la simple presunción jurisprudencial de aflicción o, por las reglas de la experiencia del juzgador (suficientes para el reconocimiento del perjuicio, pero no para la tasación y liquidación), sino que debe reunir la mayor cantidad de elementos posibles a valorar, advirtiéndose las limitaciones que tiene el juez para tasar en cabeza de qué personas cabe afirmar una mayor intensidad del dolor moral o aflicción, que en otras; así mismo, ii) se busca la aplicación, en sede del contencioso administrativo, del principio de proporcionalidad⁹⁹, 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”¹⁰⁰), de tal manera que al indemnizar los perjuicios morales como materialización del derecho a la reparación integral, ésta

⁹⁸ “(...) a pesar de que el principio de proporcionalidad no esté tipificado en ninguna disposición positiva del Derecho administrativo francés, y de que tampoco suele ser mencionado *ex profeso* en los fundamentos jurídicos de las sentencias, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa lo aplica de manera implícita con 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.

⁹⁹ “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”.

¹⁰⁰ ALEINIKOFF, T. Alexander. El derecho constitucional en la era de la ponderación. Lima, Palestra, 2010, pp.74 y 75.

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 objetivos¹⁰¹, permitiéndose hacer compatible la exigencia de reparar integralmente con la equidad y justicia distributiva exigible¹⁰², sin que tenga la necesidad de acudir a discursos sociológicos, psicológicos o de otro orden¹⁰³ 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”¹⁰⁴, 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 dos cambios esenciales.

Primero, se pidió progresivamente a los jueces que aplicaran estándares abiertos como equidad, buena fe, razonabilidad y negación del enriquecimiento injusto”¹⁰⁵. Sin duda, esto se aparta de la función judicial tradicional de la “aplicación formal de las normas y se apartaban del idea de un conjunto de normas poseedor de las cualidades de generalidad, igualdad y certeza”¹⁰⁶. De ahí, pues, que las “cláusulas

¹⁰¹ 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 dano temido con gran peso moral para la sociedad burguesa y sólo bajo la esperanza de alcanzar una ventaja para el 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.

¹⁰² 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.

¹⁰³ 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.

¹⁰⁴ Lo que normativamente se encuentra consagrado en la actual Constitución europea> artículo II.109.3.

¹⁰⁵ TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría., ob., cit., p.175.

¹⁰⁶ “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

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

El razonamiento intencionado y la justicia no formal también causan problemas al ideal de generalidad. El abogado orientado a la política sostiene que parte de la interpretación de una norma es elegir los medios más eficientes para lograr los fines que se le asignan a ella. Pero como las circunstancias a las que se refieren las decisiones cambian y como la interpretación de quien toma la decisión de los 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”¹⁰⁷.

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 aquella que se logra cuando se aplican los criterios alternativos”**¹⁰⁸ (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 proporcionalidad¹⁰⁹ desde la perspectiva del juicio de igualdad¹¹⁰, y de la

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.

¹⁰⁷ TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría., ob., cit., p.176.

¹⁰⁸ A lo que se encamina afirmativamente el trabajo del profesor 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., ob., cit., p.172.

¹⁰⁹ “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

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 subsunción¹¹¹, 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 ponderación¹¹² de valores o derechos reconocidos desde la individualidad de cada sujeto, y su dimensionamiento y expresión en el derecho a la reparación,

afirma, por ejemplo, que un acto es proporcionado, desproporcionado, leve o manifiestamente desproporcionado. La inexistencia de método para establecer el grado a partir del cual dicho acto pierde la proporción hasta el punto de verse afectada su constitucionalidad, conlleva la concentración en el juez de la facultad de decidir discrecionalmente sobre la juridicidad de las actuaciones de otros órganos del poder público. Tal consecuencia no es compatible en un estado democrático de derecho donde los órganos del Estado cumplen funciones separadas. Es por ello que el uso coloquial de la proporcionalidad o desproporcionalidad, en el sentido de exceso o desmesura, requiere ser sustituido por métodos objetivos y controlables que permitan al juez constitucional ejercer su misión de salvaguarda de la Constitución y de los derechos constitucionales, dentro de un marco jurídico respetuoso de las competencias de las demás autoridades públicas, en especial del legislador democrático. La proporcionalidad concebida como principio de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la 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.

¹¹⁰ Sobre la proporcionalidad como elemento del juicio de igualdad únicamente cuando el test es estricto, ver la sentencia C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; aclaración de voto de Jaime Araujo Rentería

¹¹¹ 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.

¹¹² “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.

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 justicia¹¹³, procede, dentro del arbitrio judicial y en los términos de la sentencia de 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 desproporcionada¹¹⁴ uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución”¹¹⁵.

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 pecuniariamente¹¹⁶, con base en criterios como el dolor infligido a las víctimas¹¹⁷, el perjuicio estético causado¹¹⁸ o el daño a la reputación¹¹⁹. 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

¹¹³ LARENZ, Karl. Metodología de la ciencia del derecho, (trad. y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero), Barcelona, Ariel, 1994, p. 400

¹¹⁴ 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

¹¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

¹¹⁶ Ver entre otras las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 13 de abril de 2000, CP: Ricardo Hoyos Duque, Radicación No. 11892; 19 de julio de 2001, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación No. 13086; 10 de mayo de 2001, CP: Ricardo Hoyos Duque, Radicación No.13.475 y del 6 de abril de 2000, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación No. 11.874. Ver también, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal del 29 de mayo de 1997, MP: Juan Manuel Torres Fresneda, Radicación 9536

¹¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de agosto de 1982, CP: Carlos Betancur Jaramillo, Expediente 3139, donde se reconoció como perjuicio moral el “malestar psíquico” sufrido a raíz del accidente. Consejo de Estado, Sección Tercera, 4 de abril de 1997, CP: Jesús María Carrillo Ballesteros, Expediente 12007, que reconoció como perjuicio moral por el hecho de que la víctima “estuvo sometida al miedo, la desolación, a la zozobra, a la tristeza, mientras se produjo su liberación.”

¹¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, 31 de julio de 1989, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 2852. Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de mayo de 1993, CP: Julio César Uribe Acosta, Expediente 7428

¹¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 3510.

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 oro¹²⁰¹²¹.

Ahora bien, en cuanto a la modulación del test de proporcionalidad para la liquidación de los perjuicios morales, la Sala explica que este comprende la consideración de tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en 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”¹²².

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 aflicción¹²³. 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 defecto¹²⁴. Sin duda,

¹²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de 25 de septiembre de 1997, Sección Tercera, Expediente 10.421, CP: Ricardo Hoyos Duque, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 2.000 gramos oro. Sentencia del 19 de julio de 2000, Expediente 11.842, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 4.000 gramos oro.

¹²¹ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

¹²² 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.

¹²³ 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.

¹²⁴ 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

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: 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 lesiones: de acto violento, debida a 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 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 la afectación a bienes constitucionales¹²⁵ (derechos o garantías constitucionales), 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

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.

¹²⁵ Que pueden encuadrarse en el segundo grupo de “derechos a acciones negativas del Estado” que “está constituido por los derechos a que el Estado no afecte determinadas propiedades o situaciones del titular del derecho. Ejemplos de propiedades de un titular de derechos fundamentales que pueden ser afectadas son las de vivir y estar sano; un ejemplo de una situación es la inviolabilidad del domicilio (...) En lugar de propiedades y situaciones, a menudo se habla de bienes, por ejemplo del bien de la vida. No hay nada que objetar en contra de esta forma de hablar; pero puede inducir a error. El que *a* viva no significa que exista *a* y algo más, el bien y que entre ellos exista una relación de posesión; significa, más bien, que a *a* le corresponde una determinada propiedad, es decir, la de ser un ser viviente”. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2008, p.168.

deben obrar en función de la necesaria ponderación¹²⁶; y de aquella que proceda cuando la afectación se produce en los derechos a la vida e integridad personal.

De los anteriores subprincipios, 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 sujetara 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 concreto¹²⁷.

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, 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 los derechos humanos comprometidos y las garantías del derecho internacional humanitario, cuando se produzca dicha vulneración. Excepcionalmente, y como en el presente caso, procede liquidar acumulativamente los perjuicios que respecto a un mismo grupo familiar se padecieron por la muerte y lesiones de uno de sus componentes, o por las lesiones de uno o varios de sus componentes, como forma de comprender en debida forma la liquidación cuando se trata de los padecimientos por varios miembros del grupo familiar.

a. Cuando se trata de la muerte violenta

| Circunstancias del caso y sujetos a indemnizar | Criterios y cuantificación |
|--|---|
| Se trata de las muertes violentas por acciones paramilitares, de tres personas: Eduviges López Ruiz, José Domingo Amaya Parra y Luis Guillermo | a) circunstancias de cada caso; b) “presunción de aflicción” (que no es de “iure”); c) se acreditó el dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la |

¹²⁶ 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.

¹²⁷ Cabe advertir, como lo sostiene Carlos Bernal Pulido, en la dimensión ius-filosófico y constitucional de la ponderación: “Es meridiano 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.

| | |
|--|---|
| Niño Berbeo, ocurridas el 9 de febrero de 1992. | 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 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) ponderar si se produjo la vulneración de derechos humanos; f) ponderar si se produjo la vulneración del derecho internacional humanitario (desarraigo, tortura, muerte en conflicto, pérdida de bienes, etc); g) ponderar si se produjo la vulneración de bienes o garantías constitucionales (a la vida, a la integridad personal, a la locomoción, a la inviolabilidad del domicilio, al derecho de defensa, al debido proceso) |
| Núcleo familiar inmediato (esposo –a-, compañero –a-, hijos, padres) | 50 -100 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 a derechos humanos o al derecho internacional humanitario y cuando se encuentran vulnerados bienes o garantías constitucionales) 50 - 80 smlmv cuando opera la presunción de aflicción y se tiene acreditados por lo menos uno de los criterios. En caso de sólo operar la presunción, se tiene en cuenta si se produjo la vulneración de bienes o garantías constitucionales (a la vida, a la integridad personal, a la locomoción, a la inviolabilidad del domicilio, al derecho de defensa, al debido proceso) |
| Otros integrantes de la familia (hermanos, abuelos) | 10 - 50 smlmv cuando opera la presunción de aflicción y se tiene acreditados más de uno de los criterios y cuando se encuentran vulnerados bienes o garantías constitucionales 1 a 10 smlmv cuando opera la presunción de aflicción y se tiene acreditados por lo menos uno de los criterios. En caso de sólo operar la presunción, se tiene en cuenta si se produjo la vulneración de bienes o garantías constitucionales (a la vida, a la integridad personal, a la locomoción, a la inviolabilidad del domicilio, al derecho de defensa, al debido proceso) |
| Colaterales familiares y no familiares(sobrinos, primos, cuñados) | 1-5 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 a derechos humanos o al derecho internacional humanitario) |
|--|---|

Advierte la Sala que en el caso sub judice se confirma la condena en el máximo de su reconocimiento, puesto que, no obstante que sólo se presentaron los documentos que acreditaron parentesco de cada uno de los demandantes de las mismas, sin que se hubiese acreditado la aflicción ni la estructura de las relaciones familiares; se está en el caso sub judice frente a una flagrante vulneración de los derechos humanos, toda vez que las muertes de la señora LOPEZ Y LOS SEÑORES AMAYA PARRA Y NIÑO BERBEO, ocurrieron en desarrollo de ejecuciones extrajudiciales y como consecuencia de actividades paramilitares, pues, como se manifestó en el acápite de la imputación, se demostró que quien cometió el ilícito era pagado como agente de control de la denominada red de inteligencia No.7 de la Armada Nacional. En estas circunstancias, esta Sala ha determinado que cuando se vulneran los derechos humanos, aún en la ausencia de las pruebas concretas sobre la aflicción y desasosiego o la estructura familiar, el perjuicio moral será reconocido en el monto máximo. Con base en las anteriores consideraciones las condenas se actualizarán en salarios mínimos legales mensuales así:

| INDEMNIZADO | SMLMV | EQUIVALENTE EN PESOS |
|---|-------|----------------------|
| NINFA PINTO DE NIÑO (Esposa de Luis Guillermo Niño Berbeo) | 100 | \$58.950.000.00 |
| LUIS ENRIQUE NIÑO PINTO (hijo de Luis Guillermo Niño Berbeo) | 100 | \$58.950.000.00 |
| GILVIO LOPEZ (hijo de Eduviges López Ortiz) | 100 | \$58.950.000.00 |
| MARITZA AMAYA CARREÑO (hija de José Domingo Amaya Parra) | 100 | \$58.950.000.00 |
| MONICA AMAYA CARREÑO (hija de José Domingo Amaya Parra) | 100 | \$58.950.000.00 |
| SONIA AMAYA CARREÑO(hija de José Domingo Amaya Parra) | 100 | \$58.950.000.00 |

10. Costas

Finalmente, no habrá lugar a condenar en costas porque para el momento en que se dicta este fallo la ley 446 de 1998 indica, en el artículo 55, que sólo hay lugar a su imposición cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente, y en este proceso no existe prueba que señale temeridad para alguna de ellas.

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

RESUELVE

MODIFÍCASE la sentencia de 22 de junio de 2001 proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión sede Cali en el presente asunto, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR a la NACION- MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL, Administrativa y solidariamente responsable por la muerte de los señores JOSE DOMINGO AMAYA PARRA, EDUVIGES LOPEZ RUIZ Y LUIS GUILLERMO NIÑO BERBEO, ocurrida el 9 de febrero de 1992.

SEGUNDO: CONDENAR A LA NACION- MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL, a pagar por perjuicios morales las sumas de dinero que a continuación se relacionan, y a favor de las siguientes personas:

| INDEMNIZADO | SMLMV | EQUIVALENTE EN PESOS |
|--|-------|----------------------|
| NINFA PINTO DE NIÑO (Esposa de Luis Guillermo Niño Berbeo) | 100 | \$58.950.000.00 |
| LUIS ENRIQUE NIÑO PINTO (hijo de Luis Guillermo Niño Berbeo) | 100 | \$58.950.000.00 |
| GILVIO LOPEZ (hijo de Eduviges López Ortiz) | 100 | \$58.950.000.00 |
| MARITZA AMAYA CARREÑO (hija de José Domingo Amaya Parra) | 100 | \$58.950.000.00 |
| MONICA AMAYA CARREÑO (hija de José Domingo Amaya Parra) | 100 | \$58.950.000.00 |

TERCERO: CONDENAR a la NACION- MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL, a pagar por perjuicios materiales, daño emergente, a NINFA PINTO DE NIÑO Y LUIS ENRIQUE NIÑO PINTO la suma de TRESCIENTOS VEINTINUEVE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS CON OCHENTA Y OCHO CENTAVOS \$ 329.289,88

CUARTO: CONDENAR a la NACION- MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL, a pagar por perjuicios materiales, por concepto de lucro cesante, las siguientes sumas de dinero a favor de cada una de las personas que a continuación se relacionan

| | |
|--|------------------|
| NINFA PINTO DE NIÑO (Cónyuge de Luis Guillermo Niño Berbeo) | \$ 86.174.536,37 |
| LUIS ENRIQUE NIÑO PINTO (hijo de Luis Guillermo Niño Berbeo) | \$708.328,77 |
| MARITZA AMAYA CARREÑO (hija de José Domingo Amaya Parra) | \$17.334.262,21 |
| MONICA AMAYA CARREÑO (hija de José Domingo Amaya Parra) | \$ 11.177.206,25 |
| SONIA AMAYA CARREÑO (hija de José Domingo Amaya Parra) | \$ 13.670.894,19 |

QUINTO: ORDENAR al llamado en garantía, señor CARLOS DAVID LOPEZ MAQUILLON, reembolsar al MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL, el valor total de la condena que se le impuso a esta entidad.

SEXTO: NIÉNGANSE las demás pretensiones de la demanda.

SEPTIMO: SIN CONDENA en costas

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

Cópiese, notifíquese y publíquese,

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente

ENRIQUE GIL BOTERO
Magistrado
Aclaró voto

OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada
Aclaró Voto