

EVENTOS DE DESAPARICION FORZADA - La valoración probatoria reviste especial cuidado / VALORACION DE LA PRUEBA INDICIARIA - Reiteración jurisprudencial / EVENTOS DE DESAPARICION FORZADA - Ante la dificultad de recaudar pruebas directas se acudirá a otros medios probatorios como los indicios

La valoración probatoria en los asuntos de desaparición forzada debe realizarse con especial cuidado, toda vez que conlleva una dificultad mayor que otros casos, en razón a su particularidad y características únicas. Es claro que en este tipo de delitos, no existen pruebas evidentes de las circunstancias en las cuales ocurrieron los hechos y los implicados tampoco son fácilmente identificados, por lo tanto, la prueba indiciaria debe ser utilizada a la hora de argumentar y fundamentar las decisiones, así lo ha reiterado esta Corporación en diferentes oportunidades. (...) aun cuando se desconoce la forma cómo culminó el proceso penal, pues en el expediente no obra la sentencia, del acervo probatorio especialmente de los testimonios referenciados y de los informes que se rindieron en el proceso penal, se puede establecer que existen indicios graves del contexto extremo de violencia que padecía la región, dada la reiteración de esta modalidad de delitos por parte de grupos ilegalmente armados, asunto que imponía un refuerzo en la vigilancia y protección por parte de Estado. Si bien, las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la desaparición de los habitantes del municipio de San Roque, trataron de ser reconstruidas durante las investigaciones penal y disciplinarias adelantadas, es incuestionable para la Sala que en las actividades que desarrollan los llamados grupos paramilitares -desapariciones forzadas, homicidios, secuestros, torturas, entre otros- y circunstancias que las rodean vienen a ser ambiguas y complejas, por lo que es lógico que se carezca prueba directa sobre la ocurrencia de tales crímenes, dignos del pandemónium; también es cierto que a través de la prueba indirecta se puede llegar a conclusiones útiles que reconstruyan la verdad histórica difusa por la naturaleza de estos casos. **NOTA DE RELATORIA:** Al respecto, consultar sentencias de: 22 de abril de 2004, exp. 14240; 28 de noviembre de 2002, exp. 12812 y de 4 de diciembre de 2002, exp. 13922

DAÑO ANTIJURIDICO - Desaparición y muerte de ocho ciudadanos habitantes del municipio de San Roque Antioquia a manos de paramilitares y las Convivir Guacamayas / DAÑO ANTIJURIDICO - Configuración

Se tiene por acreditada la desaparición de ocho habitantes del municipio de San Roque, en hechos sucedidos el 14 de agosto de 1996, entre la vía que comunica a los municipios de Puerto Berrío y San Roque Antioquia, evento grave acaecido a manos de miembros de grupos paramilitares y de la cooperativa de vigilancia privada Convivir Guacamayas, atribución lograda de conformidad con las diligencias adelantadas por la Defensoría del Pueblo y por la Fiscalía General de la Nación. (...) Se tiene por acreditado el primer elemento de la responsabilidad, toda vez que se demostró que los señores: Henry De Jesús Jiménez Arroyave; Ramón Octavio Agudelo Castro; Álvaro de Jesús Carmona Franco; Luis Alfonso Peláez Vega; Miguel Ángel Amariles Zapata; Darubín Cifuentes Sánchez y Luis Alfonso Martínez Suarez, fueron desaparecidos por varios hombres armados, cuando se encontraban en la vía que comunica el municipio de Puerto Berrío con el de San Roque Antioquia, sin que hasta hoy se tenga conocimiento de su paradero. Pues bien, las declaraciones de los diferentes testigos, los informes de operación de grupos armados ilegales emitidos por la Unidad Investigativa de la Fiscalía General, y los demás medios probatorios que se recopilaron durante la investigación penal, en lo que concierne a homicidios múltiples y desapariciones que ocurrieron en el municipio de Puerto Berrío, para la Sala, otorgan credibilidad

sobre las circunstancias intrínsecas y aspectos medulares en cuanto a acontecimientos tan relevantes, tales como la identificación de los miembros del grupo paramilitar, que también lo eran del grupo de vigilancia privada Convivir Guacamayas, que operaba en el municipio de Puerto Berrío para la época de los hechos, todo lo cual está acreditado en el proceso penal. De allí que, estos elementos de importancia y trascendencia, allegados al caso sub examine, resultan útiles y meritorios, toda vez que no fueron desvirtuados en el proceso contencioso.

DESAPARICION FORZADA - Delito de lesa humanidad / SENTENCIA DE CONVENCIONALIDAD - Aplicación de tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad

La desaparición forzada de personas es considerada tanto en la legislación, doctrina y en la jurisprudencia nacional e internacional como delito de lesa humanidad por cuanto involucra además de los derechos fundamentales de la víctima, la convivencia social, la paz y la tranquilidad del género humano. Dicha conducta se encuentra proscrita por normas de carácter internacional ratificadas por Colombia, como es el caso del artículo 2 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, que se refiere a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, aprobado el 8 de junio de 1977, el cual fue incorporado a la legislación interna a través de la ley 171 del 1994; y del artículo 75 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, en virtud del cual se reguló lo referente a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, instrumentos que se integran al orden normativo interno a través del artículo 93 de la Constitución Política. **NOTA DE RELATORIA:** Al respecto consultar Corte Constitucional, sentencias C-574 de 1992 y C-225 de 1995. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2004, exp. 14240

DESAPARICION FORZADA - Noción. Definición. Concepto / DESAPARICION FORZADA - Tipificada como delito. Regulación normativa / DESAPARICION FORZADA - Intenso dolor de los parientes cercanos de la persona desaparecida / FAMILIARES Y VICTIMAS DE DESAPARICION FORZADA - Derecho a saber la verdad y a la justicia

El artículo 12 de la Constitución Política establece que "nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes" y la ley 707 de 2001 "Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas" en virtud de la cual se define la desaparición forzada como: "...la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes." En desarrollo de la anterior preceptiva el Legislador tipificó el delito de desaparición forzada en el artículo 165 del código Penal (ley 599 de 2000) de la siguiente manera: "El particular que someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley..." Es pertinente advertir que en este tipo de delitos, si bien, las víctimas principales son las personas desaparecidas, existe una extensión de sufrimiento

para quienes tienen relaciones de afecto con los mismos, en tanto ese sentimiento viene a generar desconsuelo, desazón, tristeza y angustia, derivada de la incertidumbre que opera en estos casos, al ser desconocido el paradero o condiciones personales de las víctimas principales. Ello le imprime una connotación mayor al dolor padecido por las familias, quienes ven prolongado su sufrimiento ante la zozobra que produce el no tener conocimiento alguno de la existencia o de la muerte de un ser querido. (...) por revestir esa importancia en la estabilidad emocional de las víctimas directas –mientras vivan- y de sus familias – indirectamente afectados-, el Estado debe dirigir su actuación a esclarecer en lo posible este tipo de situaciones, dada la reiteración de esta modalidad de delito en el país; y de otro lado, teniendo en cuenta la pluralidad de condenas internacionales por este mismo motivo, al presentarse un problema de impunidad que conmina a los afectados a acudir a esas instancias en aras de obtener justicia ante el sufrimiento padecido, la Sala propugnará por hacer realizable esta anhelada justicia, que en muchos casos, queda insatisfecha a nivel nacional.

FUENTE FORMAL: LEY 707 DE 2001 / LEY 599 DE 2000

DESAPARICION FORZADA - Apertura de investigación penal. Proceso penal no se allegó al proceso contencioso administrativo. Valoración del indicio / DESAPARICION FORZADA - Hecho realizado por grupos de autodefensas y de vigilancia privada / CONOCIMIENTO PUBLICO DE UN RIESGO - Deber afianzado de protección por parte del Estado, garante positivo de la vida de sus asociados

Se tiene por probado que en razón a los lamentables hechos ocurridos entre los municipios de Puerto Berrío y San Roque Antioquia, se iniciaron varias investigaciones penales, contra miembros de grupos al margen de la Ley – paramilitares- e integrantes de la cooperativa de vigilancia privada –Convivir Guacamayas-, que ejecutaban actos ilícitos en la zona de los hechos, crímenes perpetrados contra los habitantes que “generaban sospechas” de pertenecer a las guerrillas o informantes de las mismas-, acrecentando el número de víctimas por un largo espacio de tiempo, todo lo cual se corrobora con los distintos informes elaborados por la Fiscalía General de la Nación –Unidad investigativa-. Ahora, si bien, es cierto, que a este proceso no se allegó la sentencia penal con la que finalizaron las investigaciones, no se puede desconocer que existían graves indicios relacionados con la participación de estos grupos en actividades bajo esa modalidad criminal, tales como: la desaparición, amenazas, intimidación y homicidio de varios habitantes de los municipios en cuestión. Es decir, el contexto de violencia acrecentado en esa zona, y de público conocimiento, constituye un marco y espacio de actuación que señala como autores de los hechos a los grupos paramilitares. Lo anterior se deduce claramente tanto de los testimonios que hacen parte de los procesos penales, como de los informes de Fiscalía ya relacionados, los que dan cuenta de la grave situación de orden público que se vivía en el Municipio de Puerto Berrío Antioquia, y de las actividades sospechosas y delincuenciales que se presentaron en la época en la que fueron desaparecidos los ocho habitantes de San Roque, actividades criminales cuyos protagonistas eran los miembros de grupos de autodefensas y de vigilancia privada. Toda esta cadena de hechos indicadores marcan la creación de un indicio contextual de grave violencia originada por estos grupos al margen de la Ley, lo que significó un imperativo para el Estado, en el orden de reforzar la vigilancia y protección de las personas que habitaban esa región, pues bien se conocía la existencia de estos grupos armados, así como la modalidad de sus operaciones, las que fueron repetitivas, y en las que gran número de civiles fueron víctimas, siendo ello motivo de reproche, ante la omisión configurada por ese actuar negativo. (...) el momento

histórico marcó la necesidad de un refuerzo en presencia militar, y que esa presencia significara extrema vigilancia y protección para con esa población afectada, lo que no sucedió en el caso sub exámine, pues lo que tuvo lugar fue un incumplimiento obligacional de vigilancia, que marcó la concreción de una falla del servicio por parte de los obligados jurídicamente a esa labor protectora. Este tema del contexto como creador de una obligación de reforzar la labor de vigilancia y protección, es un asunto que ha tenido trascendencia a nivel nacional e internacional, con la Corte Interamericana de Derechos Humanos –para el caso latinoamericano-. Este organismo supranacional ha considerado que, en determinados eventos en los que existe un conocimiento público de un riesgo - riesgo que se puede concretar en la comisión de diferentes ilícitos-, marca un deber afianzado de protección por parte del Estado, garante positivo de la vida de sus asociados. En esa línea de pensamiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos–, ha considerado que la responsabilidad del Estado frente a cualquier hecho de particulares se encuentra condicionada al conocimiento cierto de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades reales o razonables de prevenir o evitar ese riesgo.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DE UN TERCERO - En eventos en los que los agentes estatales no participan de forma directa en la causación del daño, en tanto no han sido autores, ni figuran como partícipes, pero con su omisión propicien o permiten que personas ajenas a la administración lo causen

Esta Corporación ha dicho que en lo que concierne a la responsabilidad del Estado por hechos de terceros, en eventos en los que, si bien, los agentes estatales no participan de forma directa en la causación del daño, en tanto no han sido autores, ni figuran como partícipes, con su omisión propiciaron o permitieron que personas ajenas a la administración lo causaran. Este tipo de situaciones tienen lugar cuando una persona se encuentra amenazada, y da el aviso de rigor ante las autoridades; no obstante, éstas no la protegen, o adoptan unas medidas de protección precarias e insuficientes; o cuando, si bien, la persona no comunicó la situación de riesgo a la autoridad, la notoriedad y el público conocimiento del peligro que afrontaba hacían imperativa la intervención estatal para protegerla, como ocurrió en este caso, en la medida en que el contexto marcó la génesis del deber a una protección reforzada por parte de las fuerzas militares a la población vecina de ese sector del departamento de Antioquia. Ahora bien, lo anterior es inescindible de la noción de falla del servicio por omisión, en la medida en que fue un actuar negativo –no hacer-, lo que posibilitó la comisión de este delito de lesa humanidad, es decir, si bien, en el caso sub examine el daño fue cometido por un grupo armado al margen de la ley, lo cierto es que el mismo se posibilitó y concretó a partir de la falla del servicio en que incurrió la entidad pública demandada, toda vez que lo decisivo en la causación del perjuicio fue el iter de acontecimientos en los cuales la autoridad jugó un papel preponderante pues al no evitar la materialización de la desaparición, procediendo a la captura de los criminales y al esclarecimiento de los hechos, incurrió en una manifiesta omisión en el cumplimiento de las funciones legales, en atención a que se trataba de la fuerza pública, que constitucionalmente está instituida para la protección, garantía y satisfacción de los derechos de los asociados, y ello comporta labores de: reacción, prevención y persecución, ante la perpetración de estos crímenes. En ese orden, es claro que la omisión por parte de la fuerza pública, constituye una flagrante violación al deber de prevenir, contenido en la Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” (art. 1º), y cuyo contenido

y alcance fue delimitado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con la no protección a personas que han sido amenazadas y han solicitado apoyo al Estado, consultar sentencia de 19 de junio de 1997, exp. 11875

FUERZA PUBLICA - Falla del servicio por omisión. Hecho de un tercero. Labores de limpieza social o de sospecha guerrillera

De lo que da cuenta el plenario es de la desaparición y posible ejecución de varios ciudadanos en una de esas mal llamadas “labores de limpieza social”, o de “sospecha guerrillera”, que constituyen sin lugar a dudas alguna, una vergüenza nacional, no sólo frente al mundo, sino ante el tribunal de la razón y la civilidad, por más deteriorada que se encuentre en un momento histórico dado, de allí que, los hechos indicadores son suficientes para dar por probado que la demandada incurrió en una falla del servicio por omisión, y por lo tanto, le es imputable el daño alegado, pues se reitera, tristemente en época que se espera ya superada, en un culto al prejuicio, se devaluó por falta de vigilancia y protección estatal, al ciudadano humilde, y fue eso sin eufemismo alguno lo que ocurrió, y así lo trasunta este proceso. Para la Sala, es inadmisibles y censurables la existencia de este tipo de grupos al margen de la Ley, los que nacieron con un fin vengativo para con la guerrilla, y extendieron esa pasión y odio a todos los que consideraban sospechosos de participar en actividades subversivas, sospechas que marcaron la comisión de cantidades de delitos –desapariciones, muertes, secuestros, masacres- en las que resultaron víctimas personas ajenas al conflicto. Y esta situación se afianzó en determinados sectores del país, como ocurrió en esta zona del Departamento de Antioquia –Magdalena Medio-. (...) Lo anterior, refleja una situación evidente de violencia extrema para la década de los noventa, que se afianzó con la consolidación de grupos ilegalmente armados en determinadas zonas del territorio. Asunto que no era desconocido para el Estado, pues la comisión reiterada de delitos bajo las mismas modalidades en un espacio determinado configuró el contexto de violencia, y con ello, el conocimiento del riesgo por parte de las autoridades llamadas a proteger a los asociados en condición de inminencia de ser víctimas, generándose una posición de garantía, y por ello era el Estado el obligado a asumir ese rol de garante de los derechos de quienes estaban expuestos a ese tipo de ilícitos. (...) **NOTA DE RELATORIA:** En relación a la falta de vigilancia y protección estatal, lo que configura una falla del servicio por omisión, consultar sentencia de 18 de junio de 2008, exp. 15625. Acerca del contenido y alcance del concepto de posición de garante, ver sentencias de: 4 de octubre de 2007, exp. 15567; 4 de diciembre de 2007, exp. 16894 y de 20 de febrero de 2008, exp. 16996

POSICION DE GARANTE DEL ESTADO - En sede de imputación fáctica / POSICION DE GARANTE - Aristas / POSICION DE GARANTE - Reiteración jurisprudencial

Pues bien, este elemento normativo, fue incorporado en la responsabilidad del Estado en sede de imputación fáctica, ante la necesidad de dotar su análisis de ingredientes jurídicos; en este caso, por motivos de un no actuar de la administración–omisión-, necesidad que trasladó algunos criterios de la dogmática penal al derecho de daños –imputación objetiva-, lo que significó un cambio cualitativo en este estudio, en el entendimiento de reevaluar el papel de la causalidad como única opción teórica para determinar la atribución de determinadas consecuencias o daños, la cual resultaba insuficiente, dado su contenido naturalístico, que dejaba por fuera de su marco de acción los eventos de daños causados por terceros o por hechos de la naturaleza, tornándose en

consecuencia en un imposible, la atribución de los mismos a la administración, pues en términos fenomenológicos no existía sustento para que ello se pudiese dar. Por lo tanto, este instituto sobre el cual descansa la teoría de la imputación objetiva, se erigió como la correcta opción para solucionar los problemas causales a los que se enfrentaba la omisión. (...) la posición de garante puede tener su génesis en dos aristas: por un lado, en el tráfico o contacto social (v.gr. garantía por la generación o creación de riesgos); y por el otro, en virtud de ciertas estructuras estatales y sociales (v.gr. garantía institucional). Por lo tanto, la primera posición de garante surgirá por la introducción de peligros o riesgos que tienen potencialidad para causar daño (v.gr. la instalación de una fábrica de sustancias tóxicas; tener un perro peligroso, desarrollar un deporte considerado como riesgoso, entre otros), mientras que la segunda posición se deriva de instituciones básicas como: el Estado (v.gr. si sobre una persona recaen amenazas que son conocidas o podían fácilmente ser inferidas por la administración pública, habrá posición de garante) y la familia (v.gr. en una piscina unos padres no podrán excusarse de que su hijo se ahogó en virtud de la peligrosidad de ese lugar, sino que a la hora de evaluar el riesgo concretado se tendrá en cuenta la intervención y participación de aquéllos). En ese orden, la posición de garante se mira desde dos perspectivas a saber: i) relacional también denominada organizacional o ii) institucional; en ambos casos el ordenamiento jurídico las impone, lo que ocurre es que respecto de la primera el sujeto cuenta con un margen de libertad para determinar si avoca o no el rol que se desprende de esa circunstancia que introduce peligros o riesgos a la sociedad, mientras que la segunda siempre se asigna como una carga obligatoria. (...) La posición de garante institucional, que es la interesa a este estudio, surge no ante la generación de un riesgo con determinada actividad, se origina por el hecho de pertenecer a determinada institución, de ahí su denominación. Al ser parte de un estamento – Estado-, nace una relación de especial protección, que se configura entre los asociados del conglomerado y el funcionario vinculado, este último llamado a encargarse, por razones de solidaridad, de la defensa y auxilio de los primeros, en aras de evitar que en el curso de la vida social sean dañados en su vida, integridad, honra y bienes. **NOTA DE RELATORIA:** Respecto a la la posición de garante, consultar sentencias de: 4 de octubre de 2007, exp. 15567; 4 de diciembre de 2007, exp. 16894; 26 de marzo de 2009, exp. 17994

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD - Principio de derecho internacional y de obligatoria aplicabilidad, de creación jurisprudencial Interamericana

Comoquiera que el asunto sometido a estudio es una grave violación de derechos humanos, perpetrados por grupos al margen de la ley –paramilitares-, por la posición de garante del Estado resulta un imperativo incluir, en este análisis, un concepto de derecho internacional de obligatoria aplicabilidad, como es el principio de Control de Convencionalidad, propugnado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en muchos de sus pronunciamientos (...) la modalidad de incursión normativa que interesa a este estudio, viene a ser la contenida en el inciso primero del artículo 93, que otorga aplicabilidad directa a las disposiciones que sobre derechos humanos se han firmado y ratificado por Colombia y que, en esa línea, entra a jugar un papel significativo: el Control de Convencionalidad. Principio de creación jurisprudencial Interamericana, que ha permitido verificar el efecto útil de las normas contenidas en las distintas convenciones de derechos humanos, es decir, constituye una forma de indagar si los países miembros del sistema interamericano han violado o no las convenciones pactadas. Por lo tanto, su objeto se consolida como la verificación de la efectividad de los derechos y garantías contenidas en esos instrumentos supranacionales. (...) el principio bajo estudio se originó en pronunciamientos que plantearon un conflicto normativo

interno e internacional, con el transcurrir de su uso, fue extendiendo su marco de acción a asuntos que no suponían tal conflicto jurídico, pues también tenía lugar, ante un mero desconocimiento de una norma convencional, a través de prácticas u omisiones estatales. Es decir, este control no solo comprende una inspección objetiva de determinada norma, sino que se extiende a condenar prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la convención o a prácticas que desconozcan derechos reconocidos. (...) La interpretación dada a este principio, (...) viene a ser clave de bóveda para el caso sub exámine, pues esta jurisdicción interna, en virtud del denominado bloque de constitucionalidad, que introduce al ordenamiento constitucional, además de la normativa internacional sobre derechos humanos, la interpretación que de ella se ha hecho por las cortes internacionales competentes, impone la obligación de efectuar un control de convencionalidad a la conducta del Estado. (...) comoquiera que la jurisdicción interna, en ejercicio de la administración de justicia, está llamada a actuar como juez interamericano a nivel nacional en los casos de graves violaciones a derechos humanos, esta Sala ejercerá un control de convencionalidad a la conducta omisiva del Estado en el presente caso y determinará si éste quebrantó normas internacionales de derechos humanos. En ese orden, se advierte que la omisión del Estado colombiano configuró un desconocimiento de la posición de garante frente a los derechos de las víctimas de la desaparición forzada, pues se encontraba en el rol de reforzar la protección de los afectados, la cual no llevó a cabo, lo que significó la violación de los contenidos obligacionales del artículo 1.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; así como también de lo dispuesto en artículo 1 de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, reiterando con ello un reproche a este actuar negativo y permitiendo así una imputación del daño antijurídico. Asimismo, toda vez que este control no solo se agota en la verificación del cumplimiento de normas convencionales, sino que también se extiende a la verificación de la interpretación que de ellas se ha llevado a cabo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, único cuerpo colegiado autorizado para ello, se tiene que la omisión en el caso sub examine, ha desconocido lo señalado en un sinnúmero de pronunciamientos que sobre este mismo tópico se han emitido, en los que se ha cuestionado al Estado por su pasividad ante violaciones de derechos humanos, y se ha conminado a reforzar la protección de los asociados de un inminente estado de violación –deber de prevenir-, así como también el fortalecer las investigaciones penales y disciplinarias de rigor –deber de investigar-. (...) un Estado puede incurrir en responsabilidad internacional por las actuaciones de sus agentes, por omisión de actuar ante acciones de particulares que afectan los derechos de la Convención Americana.”

FUENTE FORMAL: CONVENCION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 1.1 / CONVENCION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 93 INCISO 1

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Está demostrado el incumplimiento del deber convencional, constitucional y legal de seguridad y protección que le era exigible al Ejército Nacional

En estos eventos la responsabilidad del Estado se ve comprometida de forma especial y particular, toda vez que, precisamente, la administración pública –y especialmente en el departamento de Antioquia– fomentó la creación y constitución de grupos armados denominados “Convivir” cuya finalidad era dotar de aparente legalidad y legitimidad a un fenómeno de paramilitarismo cuyo objetivo era exterminar los grupos subversivos. Por tal motivo, los daños antijurídicos irrogados por esos grupos ilegales son imputables al Estado no sólo

por la vía de la comisión por omisión (posición de garante), sino, de igual forma, en virtud de un riesgo que la misma organización estatal promovió, comoquiera que en un Estado que se dice Social de Derecho el manejo de las armas y de la defensa de la soberanía sólo está a cargo de las Fuerza Pública; fue precisamente esa comportamiento permisivo de la administración pública lo que permitió que se cometieran y perpetuaran actos execrables que atentaron contra los bienes e intereses jurídicos más esenciales de la población, en una punible y reprochable connivencia entre las autoridades públicas y los grupos armados ilegales. En esa línea de pensamiento, el control de convencionalidad constituye un imperativo normativo a cargo de todos los jueces de los países que han suscrito la Convención Americana de Derechos Humanos, así como la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para garantizar la aplicación efectiva de una hermenéutica garantista de derechos humanos, con respeto y apego no sólo a las disposiciones convencionales, sino también a la jurisprudencia del organismo internacional. Se trata, por lo tanto, del reconocimiento del principio de universalidad de la protección, garantía y eficacia de los derechos humanos, lo que significa que los Estados no pueden permitir o fomentar la vulneración o trasgresión de las garantías mínimas del ser humano, so pena de medidas o condenas ejemplares que no sólo busquen la persecución de los autores de los delitos contra el orden penal internacional, sino también la reparación integral de los daños irrogados.”

MEDIDAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA - Violación de los derechos humanos o la vulneración de derechos fundamentales. Aplicación del principio de reparación integral / ADOPCION DE MEDIDAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA - Violación sistemática de delitos de lesa humanidad

En procesos en los que el daño proviene de violaciones a derechos humanos o la vulneración de derechos fundamentales, es posible decretar todo tipo de medidas de justicia restaurativa conforme al principio de restitutio in integrum y de reparación integral. Así las cosas, en este tipo de procesos, siempre que se constate la violación a un derecho humano, será procedente adoptar todo tipo de medidas de justicia restaurativa para proteger no sólo la dimensión objetiva, sino también la subjetiva del derecho afectado. En los procesos en los que el daño lesione o afecte un derecho fundamental –tanto en su órbita subjetiva como objetiva-, se podrán adoptar las medidas resarcitorias solicitadas en la demanda o las que de oficio considere el juez, encaminadas a salvaguardar el núcleo esencial del derecho, bien sea en su órbita objetiva o subjetiva. (...) por tratarse el caso sub exámine de una grave violación a derechos humanos (Desaparición forzada de personas), se decretarán de oficio las siguientes medidas de satisfacción, en aras de garantizar el principio de reparación integral (...) 1. Ordenar a la Nación a investigar los hechos que generaron las violaciones, e identificar y sancionar a los responsables. (...) 2. Se ordena desplegar una búsqueda exhaustiva y seria de los restos mortales de las víctimas en este caso, medida que se torna significativa para el cierre de un ciclo de duelo, para pasar a otro, pero ya derivado de una certeza (...) 3. Ordénese la instalación de una placa que estará a cargo del Ejército Nacional, y que deberá erigirse en la plaza central del municipio de San Roque - Antioquia-, toda vez que frente a crímenes de esta naturaleza el remordimiento por la muerte pertenece a la memoria colectiva de una sociedad, para que hechos como esos no se repitan jamás (...) 4. Así mismo, de conformidad con la Ley 1448 de 2011 –mediante la cual se dictaron medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno-, se ordenará al Centro de Memoria Histórica, mediante su Programa de Derechos Humanos y Memoria Histórica –así como al Archivo General de la Nación-, la preservación de la presente sentencia y la custodia y conservación de

su archivo, en aras de que haga parte y fortalezca el patrimonio documental histórico de la Nación y la memoria consciente de la violencia del conflicto interno y el padecimiento de sus víctimas, reforzando así la memoria colectiva de los asociados. Una generación es solo un hito en la dinámica y evolución de la sociedad, y su memoria tiene el mismo curso; y gracias a esta medida, el recuerdo de este fatal suceso quedará grabado en el tiempo, convirtiéndose este legado en la muestra de la esquizofrenia de las armas, el poder y la sinrazón, cuya conservación en el alma colectiva, puede ser el mejor aporte para no repetirlo jamás. **NOTA DE RELATORIA:** Con aclaración de voto del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., 21 de noviembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 05001-23-31-000-1998-02368-01(29764)

Actor: EDILIA DEL CONSUELO JIMENEZ ARROYAVE Y OTROS

Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL-

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Resuelve la Sala, el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de los demandantes contra la sentencia del 17 de agosto de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante demanda presentada el 13 de agosto de 1998, los señores: Edilia del Consuelo Jiménez Arroyave; Ligia Margarita Jiménez Arroyave; María del Carmen Cadavid Tobón, quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijos menores: Jhon Jairo Agudelo Cadavid y Sandra María Agudelo Cadavid; Manuel Salvador Carmona Cardona; María Filomena Franco Sierra; José Alberto Carmona; Luz Daris Carmona Franco; Julio Jairo Carmona Franco; Romelia del Socorro

Carmona franco; Nelson Ivan Carmona Franco; Rubiela de Jesús Amariles Zapata, quien actúa en nombre propio y en representación de la menor Lina María Peláez Amariles; Pablo Andrés Peláez Amariles; Viviana Enith Peláez Amariles; Miguel María Amariles Vélez; Mariela de Jesús Amariles Zapata; Berta Eufenia Amariles Zapata; Rubiela de Jesús Amariles Zapata; Rubia Rosa Atehortúa, quien actúa en nombre propio y en representación de los menores: Julian David y Eliana María Amariles Atehortúa; Yully Andrea Amariles Atehortúa; María Armiria Yarce García, quien actúa en nombre propio y en representación del menor Jesús Davis Cifuentes Yarce; Rosmira del Carmen Calderón Sánchez, quien actúa en nombre propio y en representación de su hijo menor Julián Alberto Cifuentes Calderón; Gilma del Socorro Zuleta Munera, quien actúa en nombre propio y en representación de Liliana Marcela Cifuentes Zuleta; Mery del Socorro Marín Montoya, quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijos menores: Eliana María, Oscar David y Natalia Martínez Marín, solicitaron que se declarara patrimonialmente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, por la desaparición forzada a la que fueron sometidos sus familiares: Henry De Jesús Jiménez Arroyave; Ramón Octavio Agudelo Castro; Álvaro de Jesús Carmona Franco; Luis Alfonso Peláez Vega; Miguel Ángel Amariles Zapata; Darubín Cifuentes Sánchez y Luis Alfonso Martínez Suarez, en hechos ocurridos el 14 de agosto de 1996, cuando se desplazaban, en vehículo particular, del Municipio de Puerto Berrío al de San Roque¹.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitaron que se condenara a la demandada a pagar, por concepto de perjuicios morales, la suma equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro, para cada uno. Igualmente, deprecaron perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, por lo dejado de percibir desde la fecha de la desaparición, hasta que fuera proferida la sentencia, teniendo como base el salario mínimo legal mensual vigente; y por daño emergente, la suma derivada de los gastos judiciales causados por la presentación y tramitación de la demanda.

¹ Se advierte que en relación a estos hechos, la Sala tuvo conocimiento de la demanda interpuesta por la pérdida del vehículo en el que iban transportados los familiares de los hoy demandantes. En aquella oportunidad se declaró la falta de legitimación en la causa por activa, por no haberse acreditado la propiedad del mismo. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 6 de marzo de 2013. Expediente 25912. C.P. Enrique Gil Botero.

2. En apoyatura de sus pretensiones, narraron los hechos que a continuación se transcriben, para mayor precisión fáctica y temporal:

“PRIMERO: El día 14 de agosto de 1996, los señores LUIS ALFONSO MARTÍNEZ SUÁREZ, MIGUEL ANGEL AMARILES ZAPATA, LUIS ALFONSO PELÁEZ VEGA, DARUBIN CIFUENTES SÁNCHEZ y FRANCISCO FABER TORO, todos ellos comerciantes, contrataron en el municipio de San Roque el vehículo automotor conducido por el señor RAMÓN OCTAVIO AGUDELO CASTRO a fin de que los transportara a las instalaciones de la XIV brigada del Ejército acantonada en el municipio de Puerto Berrío, a donde se dirigían con el objeto de renovar los salvoconductos de unas armas cuyo porte se encontraba autorizado.

SEGUNDO: Los mencionados llegaron a la sede de la Brigada a las ocho (8) de la mañana, fueron atendidos y solo les entregaron la correspondiente papelería hacia las tres (3) de la tarde de ese mismo día. Tuvieron que esperar hasta esa hora, porque en la Brigada le habían extraviado a uno de ellos un documento para la diligencia.

TERCERO: Luego de que culminara la diligencia en la Brigada se dirigieron nuevamente hacia el municipio de San Roque en el mismo automotor, en el cual también viajaron HENRY DE JESÚS JIMÉNEZ ARROYAVE y ALVARO DE JESÚS CARMONA FRANCO. En el camino pararon su marcha en el Estadero “EL BRASIL” ubicado en el municipio de Puerto Berrío para consumir alimentos.

CUARTO: En el mencionado establecimiento abierto al público fue la última vez que vecinos vieron a los comerciantes. Pero sin embargo se aduce que al pasar un bus que salió a las seis (6) de la tarde procedente de San Roque con destino al municipio de Puerto Berrío fue detenido por un grupo de hombres armados, manifestándoles que estuvieran tranquilos que iban a pasar con un grupo de atracadores que llevaban detenidos a Puerto Berrío. Algunos de los pasajeros de ese vehículo identificaron a los comerciantes, al conductor y al menor.

QUINTO: Los señores LUIS ALFONSO MARTÍNEZ SUÁREZ, MIGUEL ANGEL AMARILES ZAPATA, LUIS ALFONSO PELÁEZ VEGA, DARUBIN CIFUENTES SÁNCHEZ, y el menor HENRY DE JESÚS JIMÉNEZ ARROYAVE hasta el día de la presentación de esta demanda se encuentran desaparecidos.

SEXTO: Ante la ocurrencia de este crimen de lesa humanidad cual es la desaparición forzada, los familiares de las víctimas emprendieron su búsqueda, formulando las correspondientes denuncias ante los organismos del Estado, y organismos de derechos humanos y humanitarios (...)

SEPTIMO: La señora MAÍA DEL CARMEN CADAVID TOBÓN esposa del conductor RAMÓN OCTAVIO AGUDELO y la señora LUZ EDILMA JIMÉNEZ ARROYAVE hermana del menor HENRY DE JESÚS JIMÉNEZ ARROYAVE, en la búsqueda de las personas desaparecidas iniciaron una serie de gestiones, promoviendo entre ellas una reunión con el señor Gerardo Montoya, Alcalde del municipio de San Roque para el periodo 1994-1997 a fin de que les colaborara en su empeño. El citado funcionario público las contactó con el Capitán del Ejército Nacional que estaba al mando de la tropa para esa época en el municipio.

Una vez reunidas con el Capitán del Ejército, se trasladaron con éste hacia el corregimiento de Cristales del municipio de San Roque, a donde se percataron de la existencia de una base fija de un grupo paramilitar. Este militar ante el control del grupo armado hizo una señal para que les permitieran el ingreso a la zona,

informándoles que se encontraba acompañado de los familiares de los desaparecidos de San Roque.

El grupo paramilitar estaba asentado en la cancha deportiva del corregimiento de Cristales. Al llegar las citadas señoras en compañía del capitán del Ejército, las hicieron esperar mientras el capitán se reunía en una vivienda cercana con quien comandaba este grupo. Al cabo de un rato de espera, las hicieron pasar a la vivienda donde se encontraba la comandancia de este grupo armado. Fueron interrogadas sobre el motivo de la visita, manifestando que se trataba de buscar información acerca de las ocho personas desaparecidas el 14 de agosto de 1996 y que eran comerciantes del municipio de San Roque.

El comandante les preguntó por los nombres de sus familiares y luego de mirar en un cuaderno leyó los nombres de FRANCISCO FABER TORO, ALVARO CARDONA FRANCO, LUIS ALFONSO MARTÍNEZ SUAREZ, MIGUEL ANGEL AMARILES ZAPATA, LUIS ALFONSO PELÁEZ VEGA, DARUBÍN CIFUENTES SÁNCHEZ, RAMÓN OCTAVIO AGUDELO Y HENRY DE JESÚS JIMÉNEZ ARROYAVE, manifestando que "la ley y el lema de nosotros es no dejar testigos" y que estaban muertos por ser colaboradores de la guerrilla, insistiéndoles que no buscaran más y que no acudieran a ninguna autoridad.

OCTAVO: Los otros familiares de los desaparecidos se reunieron posteriormente con el alcalde de San Roque, Gerardo Montoya, a quien le indagaron acerca del caso, ya que él también en compañía del mismo capitán del ejército se había reunido con el mismo grupo paramilitar, manifestándoles éste que no había preguntado por ese asunto porque ellos ya sabían que los habían matado.

Los familiares de los desaparecidos en esa misma reunión hicieron llamar al capitán del ejército quien les corroboró que él había ido a acompañar a la señora María del Carmen Cadavid y a Edilia Jiménez y posteriormente al mismo alcalde". (Folios 87-90. Cdno ppal. Tribunal).

3. La demanda fue admitida mediante auto del 8 de marzo de 1999 y notificada en debida forma a la parte demandada y al Ministerio Público.

4. En la contestación de la demanda, la apoderada del Ejército Nacional manifestó que en el presente caso no se le puede imputar el daño que se le alega, en tanto lo ocurrido obedeció al hecho exclusivo y determinante de un tercero, de acuerdo con lo afirmado en el libelo introductorio. Asimismo, manifestó que el Ejército, dentro de sus posibilidades presupuestales, realiza debidamente la función de vigilar y cuidar a los ciudadanos en general, quedándole en consecuencia, imposible, velar por todos y cada uno en forma permanente.

5. Por auto del 6 de abril del 2000, se decretaron las pruebas y el 27 de agosto del 2001, el *a quo* citó a audiencia de conciliación, la cual fracasó por no existir acuerdo entre las partes. A continuación, mediante auto del 18 de febrero de

2002, el tribunal les corrió traslado, como también al Ministerio Público, para alegar de fondo y rendir concepto, respectivamente.

La apoderada de la parte demandante, previo recuento histórico - social del movimiento paramilitar en Colombia, planteó una serie de argumentos, dirigidos a establecer una responsabilidad por parte del Estado derivada de un no hacer, omisión que se configuró al ser connivente con la presencia de este tipo de grupos al margen de la Ley, lo cual se estructuró porque, a través de sus fuerzas de seguridad, permitió la operación de los mismos, aun conociendo su *modus operandi*, bajo el argumento de la cooperación privada y pública para combatir a los grupos revolucionarios. Al respecto se extrae lo pertinente del escrito de alegatos:

"Resulta elocuente la cita transcrita para predicar el silogismo perfecto:

-El Estado a través de su legislación y el querer de las fuerzas armadas, le apuestan como verdadera opción de seguridad al paramilitarismo.

-El accionar estatal es consecuente con dicho planteamiento, comoquiera que no combate, ni reprime sus acciones, de las que tiene conocimiento tolera su inacción.

-Corolario de lo anterior, el Estado Colombiano tiene que responder por las diversas actuaciones que los grupos paramilitares llevan a cabo.

Conforme lo hasta aquí expuesto y en concordancia con el art. 90 de la C.N., tenemos que nos encontramos ante una actuación irregular de la administración, que genera responsabilidades administrativas, pues no combate como debiera de hacerlo la delincuencia organizada sino que por el contrario la creó en un momento determinado de la historia nacional, la patrocina y actúa conniventemente con ella.

(...)

Ese apoyo a las fuerzas armadas hacia los grupos paramilitares igualmente quedó manifiesto en este proceso, el que hizo posible que el resultado que hoy lamentamos se hubiera presentado, y es que si el Estado Colombiano no fuera complaciente con el paramilitarismo, su accionar criminal no tendría las dimensiones que posee, y en el caso concreto de la desaparición de los comerciantes de San Roque no hubiera sido posible, pues al sentirse combatidos no se atreverían a hacer una acción de tan gran envergadura como es, una desaparición masiva. Los paramilitares actúan en la forma en que lo hacen, porque están sobre seguros que sobre ellos no recae ni la acción preventiva ni represiva de los miembros de las fuerzas armadas (...)."

Resulta en consecuencia evidente que las fuerzas militares eran conocedoras de la presencia paramilitar en la zona, comoquiera que:

-Tenían certeza del sitio del campamento paramilitar.

-Los paramilitares sabían quién era el oficial encargado de la zona, repárese que el mismo Mayor quien manifiesta que va vestido de civil y los paramilitares lo reconocen y es por ello, precisamente que permiten el acceso a las familias.

(...)

Todas estas circunstancias, la complacencia del Estado Colombiano con los grupos paramilitares y la inacción que sumen las autoridades ante su presencia palpable y criminal, para desfortuna no solamente del pueblo Colombiano, sino de la humanidad entera no le importan en absoluto a ningún estamento estatal". (Fls 233-246. Cdno ppal. Tribunal).

Por su parte, el Ejército Nacional manifestó que ha venido desplegando medidas de seguridad dirigidas a hacer frente a la acción de los grupos al margen de la Ley, en especial en los municipios de Puerto Berrío y San Roque; no obstante, es imposible físicamente brindar una protección a cada uno de los ciudadanos, máxime el factor sorpresa que caracteriza a la subversión. Asimismo, se insistió en la configuración de la causal eximente de responsabilidad consistente en el hecho exclusivo de un tercero, comoquiera que los autores de los ilícitos fueron miembros del paramilitarismo, hechos en los que no intervinieron actores de la fuerza pública.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a-quo* mediante providencia del 17 de agosto de 2004 denegó las pretensiones de la demanda, toda vez que de las pruebas allegadas al proceso no se acreditó la responsabilidad de la entidad demandada, en tanto su accionar no estuvo vinculado con el desaparecimiento de los comerciantes de San Roque, suceso frente al cual no se pudo establecer lo que verdaderamente acaeció.

Finalmente, señaló que de las investigaciones realizadas no se logró concretar quienes fueron los autores de esos hechos delictivos, concluyendo en consecuencia, que no es posible condenar al demandado al no atribuírsele ni por acción ni por omisión, la responsabilidad de los daños padecidos por los actores.

III. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandante interpuso y sustentó recurso de apelación contra la anterior providencia, y solicitó su revocatoria comoquiera que, conforme al caudal probatorio era menester proferir una sentencia condenatoria, en la medida en que de él se reflejaba una ausencia de protección por parte de las autoridades militares, dado el contexto de violencia paramilitar que se vivía en la zona en la que acaeció la desaparición forzada de los comerciantes. Al respecto manifestó la apoderada:

"No entendemos por qué el Despacho desconoció el contexto en que se presentaron los hechos. Dicho contexto está plasmado en las diferentes evidencias probatorias. De ellas se puede inferir que la brigada IV que tiene jurisdicción en la región, conocía perfectamente de los grupos paramilitares que operaban en la zona.

(...)

Teniendo entonces esta claridad, no entendemos en consecuencia el fallo en cuestión, el que va en contra de lo fallado por la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS en un caso donde se juzgó al Estado colombiano por la desaparición de 19 comerciantes en el Magdalena Medio en el municipio de PUERTO BOYACÁ a manos de los paramilitares.

(...)

Como podemos observar en los diferentes apartes de la sentencia del 5 de julio de 2004 de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, en donde el caso de los 19 comerciantes es similar en su contexto, modus operandi, víctimas y victimarios al que en este escrito se debate, se infiere la responsabilidad del Estado Colombiano por su permisividad y compromiso con los grupos paramilitares al haberlos creado y posteriormente al no atacarlos, ni tener una política clara de desmantelamiento". (Fls 271-280. Cdno apelación).

El recurso se concedió el 13 de octubre del 2004 y se admitió el 14 de abril del 2005.

En el traslado para alegar de conclusión, las partes guardaron silencio.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 17 de agosto de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Respecto de las pruebas que serán valoradas, es importante señalar que las actuaciones allegadas por la Procuraduría y la Fiscalía General de la Nación, fueron debidamente trasladadas y, adicionalmente, la entidad demandada en la contestación las coadyuvó, siendo en consecuencia susceptibles de valoración.

Es necesario precisar que, la Fiscalía General de la Nación allegó copia del proceso penal que se adelantó por el secuestro y homicidio múltiple en la carretera Puerto Berrío a San Roque, en la que figuran como ofendidos las mismas personas, familiares de la víctimas que hoy demandan ante esta jurisdicción. Asimismo, a la referida investigación se allegaron, de manera trasladada, las diligencias e informes evacuados en el curso del proceso penal en contra de miembros de grupos al margen de la ley (paramilitares), así como también de integrantes de la Cooperativa de vigilancia privada (Convivir Guacamayas), en aras de identificar a los posibles autores del ilícito; proceso penal último en el que se incluyen las desapariciones forzosas llevadas a cabo en municipios de Antioquia, en especial, el caso Puerto Berrío San Roque; es decir, se refieren a las circunstancias que rodearon las desapariciones de los ciudadanos que marcan la acción que hoy nos ocupa. De allí que pueden ser tenidas en cuenta en el proceso, puesto que la parte demandante pidió la prueba, la demandada la coadyuvó y resultaría contrario a la lealtad procesal que una de ellas solicite que el medio probatorio haga parte del acervo probatorio y, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque, para negarle eficacia, las formalidades legales para su admisión².

1. Al proceso Contencioso Administrativo, para el establecimiento de los hechos relevantes, se allegaron los siguientes medios probatorios:

1.1 Copia del Derecho de Petición elaborado el 25 de septiembre de 1996 por la asociación de familiares de detenidos desaparecidos de Colombia, y dirigido a la XIV Brigada del Ejército Nacional - sede Puerto Berrío, en la que se solicita información sobre la desaparición masiva de 8 personas en el municipio de San Roque, el 14 de agosto de 1996. Se hace una descripción fenotípica y de vestuario de las víctimas. (Fls. 120-123. Cdno Ppal. Tribunal).

² Ver sentencias de 18 de septiembre de 1997, expediente 9666; de 8 de febrero de 2001, expediente 13.254; de 17 de mayo de 2001, expediente 12.370; de 21 de febrero de 2002, expediente: 05001-23-31-000-1993-0621-01(12789).

1.2 Copia de la respuesta emitida por el Jefe del Estado Mayor, Víctor Julio Clavijo Pulido, de la Cuarta Brigada del Ejército Nacional, en la que se informa a los peticionarios sobre las gestiones que se realizaron en esa brigada el 14 de agosto de 1996, consistentes en las renovaciones de salvo conducto de los desaparecidos, diligencia que culminó a mediados de la tarde de ese mismo día. Asimismo, comunican que de la desaparición fueron enterados por la Fiscalía Seccional de San Roque Antioquia, donde se adelanta la respectiva investigación. Finalmente, advirtieron que conocido el hecho, se dispuso una labor de inteligencia en coordinación con la policía del sector, para el esclarecimiento del mismo, diligencia que culminó infructuosamente. (Fls. 124 y 125. Cdno Ppal. Tribunal).

1.3 Respuesta del Comandante de la Décima Cuarta Brigada al Tribunal Administrativo de Antioquia, en la que se detallan los pormenores de la visita que hicieron algunos de los desaparecidos, en las horas de la tarde, a las oficinas de la institución para llevar a cabo la renovación de los salvo conductos de armas vencidos, diligencia que culminó a las 5:00 p.m. de ese mismo día. Aclarando que para la realización de ese tipo de diligencias, los interesados acuden sin llamado alguno de la autoridad. (Fls 205 y 206. Cdno ppal. Tribunal).

1.4 Resumen elaborado por la Defensoría Regional del Pueblo, respecto del trámite desplegado por la entidad, en razón de la denuncia por la desaparición de las 8 personas de San Roque. El referido informe anuncia las distintas acciones llevadas a cabo para lograr una cooperación entre organismos, en especial con la Fiscalía General de la Nación, la que informó, a través de su Regional, que estos ciudadanos fueron masacrados, mutilados y tirados al río Magdalena. Asimismo, indicó que el vehículo en el que se transportaban las víctimas fue canjeado por dos fusiles, y que los posibles autores materiales del suceso fueron integrantes de la cooperativa Convivir. (Folio 1. Cdno No 5).

1.5 Oficio del Comandante de la Décima Cuarta Brigada, Coronel Carlos Enrique Vargas Forero, y dirigido a la Fiscalía Seccional de Puerto Berrío, en el que se relacionan, del grupo de desaparecidos, a las personas que se les diligenció la

renovación del salvo conducto el 14 de agosto de 1996. Se aportan como anexos los permisos expedidos³:

Nombre: Luis Alfonso Martínez Suarez.
CC: 3585158 (1)

Nombre: Miguel Ángel Amariles Zapata
CC: 3585174 (1)

Nombre: Alfonso Pelaez Vega
CC: 3584709 (1)

Nombre: Francisco Faber Toro Toro
CC: 3585658 (1)

Nombre: Darubín de Jesús Cifuentes Sánchez
CC: 3584359 (1)

1.6 Copia auténtica de la misión de trabajo No 02957 del 24 de noviembre de 1998, elaborado por investigadores judiciales, y remitido a la Fiscalía Regional, al proceso No 363 de la Unidad de Derechos Humanos (Investigación de la desaparición –caso Puerto Berrío-San Roque). El informe relaciona las diligencias adelantadas en el departamento de Antioquia, tendientes a individualizar e identificar a los responsables de la desaparición de las 8 personas de San Roque. Se extrae lo pertinente de las distintas diligencias:

- Declaración Jurada rendida por el señor Luis Arbey Serna Pinto:

“Con relación a las ocho (8) personas procedentes de San Roque y desaparecidas en el Municipio de Puerto Berrío. Ant., el día 14 de Agosto de 1996, manifestó lo siguiente: Dijo que estaba enterado sobre esos hechos ya que para esa fecha se desempeñaba como investigador Judicial I, por la cual fue comisionado para investigar las muertes y desapariciones en el municipio de Puerto Berrío remitiéndose al informe final de fecha 17 de diciembre de 1996, radicado bajo el número 1482 (026-2565), referenciado con la orden de trabajo Número 1295 despacho comisorio No. 3886 del Sumario Nro. 20251 de la Fiscalía Regional de Medellín, cuyo contenido obra en los folios 14 al 16 del informe, soportado con la declaración del testigo con reserva de identidad distinguida con la clave 024. “Masacre de San Roque. Manifiesta el testigo que se encontraba en el muelle, dialogando con los hoy desaparecidos, ocho en total cuando se acercó GUILLERMO ARIAS “Alias Tatareto”, quien pertenece a la COOPERATIVA CONVIVIR - ASOCIACIÓN LAS GUACAMAYAS y le preguntó al informante que quienes eran esas personas y él le contestó que eran personas del municipio de San Roque, que habían llegado a sacar salvoconducto para unas armas. Las investigaciones por la desaparición de esas ocho personas de San Roque, cursa en la Fiscalía Regional de Medellín. Es de anotar que el vehículo donde se desplazaban las ocho personas, era un campero marca Nissan, con placas LWH 407, color anaranjado; se sabe por información de una persona que está dispuesta a declarar cuando el Fiscal lo ordene, que el vehículo donde se desplazaban los

³ Fls 59-65 Cdo No 5. Investigación Defensoría.

desaparecidos de San Roque, se encuentra al servicio de las autodefensas de Puerto Boyacá desde cuando los miembros de la Cooperativa Convivir las Guacamayas, realizaron desapariciones de los ocho comerciantes de San Roque, entre los cuales se encuentran "Alias el Patón y Alias el Filósofo". Se asegura que el vehículo fue cambiado por los miembros de Convivir de Puerto Berrío con los paramilitares de Puerto Boyacá, por dos fusiles. (...)

(...) Es importante resaltar que en el informe de fecha 27 de Agosto de 1.996, firmados por los suscritos, visible a folios 10 del cuaderno 2 de este expediente, aparece una relación de los vehículos pertenecientes a la Cooperativa CONVIVIR; allí aparece un vehículo tipo campero marca Nissan, color amarillo de placas LWH 407 (el mismo en el que se desplazaban los ocho desaparecidos de San Roque". (Folios 2 y 3 Cdno No 2. Investigación Fiscalía).

- Declaración juramentada rendida por el señor Willintong Agudelo Mejía:

"(...) confirma la presencia de los comerciantes en el Estadero "Las Alpinas", el 14 de agosto de 1998, porque fue la persona que les atendió entre (3:00 pm y 5:00 pm), que durante la permanencia de estos en ese lugar no se registró ninguna novedad como tampoco la presencia de otras personas , que solo se enteró de la desaparición de estas personas a los dos o tres días por intermedio de los familiares que los buscaban comentándoles lo siguiente: "(...) obtuvieron respuesta en el Brasil, que allí los habían visto pasar o sea (sic) en el Brazil, ya que luego en la Floresta no los vieron pasar, según afirman la gente de la vereda, lo cual da como resultado o hace suponer que dicha desaparición se llevó a cabo en este intermedio entre Brazil y la Floresta". (Folio 4. Cdno No 2. Investigación de la Fiscalía).

- Conclusiones de la investigación⁴:

"De conformidad con el acervo probatorio recaudado hasta el momento, nos permitimos concluir lo siguiente:

1.- Que los señores LUIS ALFONSO MARTÍNEZ SUÁREZ (...), adelantaron diligencias de revalidación de las licencias para porte de armas de fuego el día 14 de agosto de 1996 en la sede de la Décima Cuarta Brigada de Puerto Berrío Antioquia.

2.- Que los mencionados ciudadanos abandonaron las instalaciones de la brigada a las 15:31 horas del día 14 de agosto de 1996.

3.- Que los referidos ciudadanos fueron atendidos en el estadero La Alpina por el señor WILLINTONG AGUDELO MEJÍA entre las 3:00 y 5:00 de la tarde del día 14 de agosto de 1996.

4.- Según información suministrada al señor Willintong Agudelo Mejía por los familiares de los comerciantes desaparecidos, estos fueron vistos por última vez en el paso por el caserío El Brazil.

5.-Según esta misma fuente de información, los comerciantes no reportaron su paso por el caserío de la Floresta, por lo que se presume que el hecho se produjo entre los caseríos de Minas de Vapor y el Dorado.

(...)

⁴ Folio 10. Cdno No 2. Investigación Fiscalía.

1.7 Copia auténtica del acta de constitución de la Cooperativa Convivir la Guacamaya, y de la solicitud de reconocimiento de personería a la Gobernación de Antioquia. En sus estatutos establecen como objeto de operación el siguiente:

"La Asociación se crea con el objeto de promover la acción social hacia la educación, la recreación, el empleo y la seguridad, a través de la promoción y la participación comunitaria.

(...)

1.3.4 Proveer su propia seguridad, organizando un servicio especial de vigilancia de alta capacidad con procedimientos y medios de uso restringido, mediante la obtención de la respectiva licencia, Artículos 39 a 41, Decreto 356 de 1994, Resolución 368 de 1995". (Fls 67-71. Cdno No 2. Expediente Fiscalía).

1.8 Resolución No 41935 del 19 de diciembre de 1995, por medio de la cual, la gobernación de Antioquia reconoce personería a la Asociación Convivir Guacamaya, y se aprueban sus estatutos.

1.9 Informe elaborado el 23 de septiembre de 1996, por la Dirección Seccional Cuerpo Técnico de Investigación Oficina Información Análisis, y remitido a la Dirección Regional de Fiscalías, en la que se hace un recuento situacional e histórico de la presencia paramilitar en los municipio de Puerto Berrío y San Roque del departamento de Antioquia.

1.10 Informe del 27 de agosto de 1996, elaborado por el Cuerpo Técnico de Investigación, en cumplimiento del requerimiento hecho por la Fiscalía Regional Delegada⁵, respecto de la presencia paramilitar en el municipio de Puerto Berrío; el tiempo en que vienen operando; las operaciones llevadas a cabo; nexos con organismos de seguridad del Estado, y relaciones existentes entre el mismo y las cooperativas privadas de vigilancia Convivir. Se extrae lo que interesa al proceso del mencionado informe:

"II. RECUENTO HISTÓRICO:

Dentro de las informaciones que estas unidades recopilaron se tiene lo siguiente:

Bien es sabido por todos los ciudadanos que en este municipio existe desde hace muchos años, un grupo armado al margen de la ley conformado para eliminar a toda aquella persona que tenga, cualquiera que sea, vínculos con la guerrilla así como delincuentes y personas no gratas ante la sociedad (indigentes, drogadictos etc.), a

⁵ Folio 77. Cdno N. 2. Exp Fiscalía.

quienes los pobladores llaman los "MACETOS" o "GRUPO" conocidos como grupos paramilitares que operan en dicho municipio y en especial en toda la región del Magdalena Medio.

Este grupo estaba inoperante en el municipio de Pto Berrío, debido a las investigaciones que se llevan o llevaban a cabo por parte de organismos del Estado y en especial por Fiscalía General de la Nación; hasta hace un tiempo a la fecha (de enero del presente año más o menos) se ha reactivado. Dando como resultado violación a los derechos humanos originando una gran cantidad de desaparecidos, algunos de los cuales aparecen asesinados.

(...)

Debido a lo anterior se logró establecer la identidad de la persona que puso en conocimiento el problema que vive dicho municipio a través de un anónimo enviado a la Dirección Nacional en la ciudad de Santafé de Bogotá, por razones de seguridad, nos omitimos de dar a conocer la identidad de esta persona y otras que colaboraron en las presentes diligencias, las cuales identificaremos con códigos, puesto que algunas declararon bajo reserva de identidad.

(...)

1- DECLARACIÓN DE UNA PERSONA IDENTIFICADA CON EL CÓDIGO 020.

(...)

Los paramilitares a los que se refiere los había conocido con anterioridad en un campamento ubicado en la vereda VUELTA A CUÑA, al otro lado del Río MAGDALENA en predios al mando del señor OSCAR RESTREPO quien se desempeñaba como gerente de la reciente creada cooperativa de vigilancia rural CONVIVIR. Dicho campamento tiene una capacidad para sesenta (60) hombres quienes lo utilizan como base, campo de entrenamiento, abastecimiento, entre otros; de las armas que él les ha llegado a conocer están fusiles, pistolas, granadas, como también equipos de campaña.

(...)

Entre otros colaboradores del grupo se encuentran miembros activos de las fuerzas armadas acantonadas allí, como son militares de la Décima Cuarta Brigada y la estación de policía. Entre ellos el CORONEL LARA, EL CABO PINTO; otras personas que están vinculados a este grupo y que se han visto realizando labores aun en la oficina de la cooperativa de CONVIVIR se encuentran ALGIRO TAMAYO, alias PIRAÑA, alias GUERRILLO y alias FAMILIA.

(...)

3- ENTREVISTA CON LA PERSONA QUIEN ENVIÓ LA INFORMACIÓN A SANTAFÉ DE BOGOTÁ.

Manifiesta que ella es conocedora junto con su compañero de las personas que dieron muerte a los jueces en sitio de la ROCHELA, en la actualidad sabe que los miembros de la cooperativa son los paramilitares que se encargan de las desapariciones y muertes en la región, siendo el jefe de estos el señor OSCAR RESTREPO y su hijo ALEJANDRO RESTREPO.

CONCLUSIÓN:

Se puede establecer que en el área del municipio de Pto Berrío (Ant) existe la presencia de un grupo paramilitar cuyos integrantes son los mismos que vienen trabajando en la reciente creada cooperativa de vigilancia rural CONVIVIR, siendo el principal financista y colaborador el señor FELIZ GAITÁN, reconocido como narcotraficante de la región.

(...)

Se tiene conocimiento que las armas que estos utilizan son fusiles, pistolas, revólveres, granadas entre otros.

Vehículos

(...)

Campero NISSAN PATROL color amarillo de matrícula LWH 407. (...)” (Fls 78-86. Cdno No. 2. Expediente Fiscalía). (Subrayas de la Sala).

1.11. Informe elaborado por la Fiscalía General de la Nación, Dirección Cuerpo Técnico de Investigaciones, Unidad investigativa, del 17 de diciembre de 1996, enviada al proceso No 20.251⁶, allegado a la investigación No 363 (Caso desaparecidos Puerto Berrío - San Roque), del cual se resaltan los siguientes apartes:

“A- El testigo identificado con la clave 024, informó sobre las siguientes masacres, que al parecer no quedaron consignadas en su declaración de reserva:

1. Masacre de San Roque: Manifiesta el testigo que se encontraba en el muelle, dialogando con los hoy desaparecidos, ocho en total, cuando se acercó GUILLERMO ARIAS, alias TATARETO, quien pertenece a la COOPERATIVA CONVIVIR - ASOCIACIÓN LAS GUACAMAYAS y le preguntó al informante que quiénes eran esas personas y él le contestó que eran personas del municipio de San Roque., y que habían llegado a sacar salvoconducto para unas armas. (...). Es de anotar que el vehículo en que se desplazaban las ocho personas de SAN ROQUE, era un campero Marca Nissan, con placas LWH 407, color anaranjado; se sabe por información de una persona que está dispuesta a declarar cuando el fiscal lo ordene, que el vehículo en que se desplazaban los desaparecidos de San Roque, se encuentra al servicio de las Autodefensas del Municipio de Puerto Boyacá desde cuando los miembros de la COOPERATIVA CONVIVIR LAS GUACAMAYAS, realizaron las desapariciones de los ocho ciudadanos de San Roque, entre los cuales se encuentra alias PATÓN y alias FILÓSOFO. Se asegura que el vehículo fue cambiado por los miembros de CONVIVIR de Puerto Berrío, con los paramilitares de Puerto Boyacá, por dos fusiles.

(...)

Es importante resaltar que en el informe de fecha 27 de agosto de 1996, firmado por los suscritos, (...) aparece una relación de los vehículos pertenecientes a la cooperativa CONVIVIR; allí aparece un vehículo tipo campero marca Nissan, color amarillo, de placas LWH 407 (el mismo en que se desplazaban los ocho desaparecidos de San Roque)”. (Fls 143-195. Cdno No 2. Expediente Fiscalía). (Subrayas de la Sala).

⁶ Proceso adelantado contra los presuntos autores de desapariciones y muertes en el municipio de Puerto Berrío Ant.

1.12 Informe evaluativo realizado en el proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría Departamental de Antioquia Oficina de Derechos Humanos, por la desaparición de las ocho personas del municipio de San Roque. En el escrito, se reconocen unos resultados negativos, en tanto no se pudo identificar a los posibles autores o coautores de la situación; no obstante, surge para la entidad una inquietud respecto del conocimiento de la fuerza pública acerca de la existencia y operación de grupos al margen de la ley, con fuerte incidencia y poderío en la zona de los hechos, tanto así que, según las declaraciones de los familiares de las víctimas directas, un capitán permitió que se llevara a cabo una reunión entre las familias y el grupo paramilitar del sector, al ser ellos los sospechosos de haber perpetrado la desaparición. (Fls. 231-234. Cdno No 4. Investigación Procuraduría).

1.13 Copia auténtica del auto del 11 de septiembre de 2000, en el que, la Procuraduría Delegada Disciplinaria para Derechos Humanos dispone el archivo del proceso desplegado por la desaparición –Puerto Berrío - San Roque-, inhibiéndose de abrir averiguación disciplinaria contra funcionario o servidor estatal, al considerar que no se logró determinar influencia alguna de funcionarios en el caso estudiado. (Fls 426-430. Cdno No 5. Investigación Procuraduría).

2. Ahora bien, es pertinente recordar que la valoración probatoria en los asuntos de desaparición forzada debe realizarse con especial cuidado, toda vez que conlleva una dificultad mayor que otros casos, en razón a su particularidad y características únicas. Es claro que en este tipo de delitos, no existen pruebas evidentes de las circunstancias en las cuales ocurrieron los hechos y los implicados tampoco son fácilmente identificados, por lo tanto, la prueba indiciaria debe ser utilizada a la hora de argumentar y fundamentar las decisiones, así lo ha reiterado esta Corporación en diferentes oportunidades.⁷

⁷ “En el caso de la desaparición forzada de ciudadanos, consecuente de la dificultad de recaudarse en el plenario pruebas directas demostrativas de la responsabilidad patrimonial de la administración, la Sala ha acudido a medios probatorios tales como los indicios, para fundamentar sus decisiones.” Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 22 de abril de 2004, expediente 14.240.

“Antes de entrar en el análisis de la prueba en el caso concreto, debe anticiparse que la actividad probatoria en los eventos de desaparición forzada es muy compleja. Regularmente no existen pruebas directas porque el hecho se comete en las condiciones de mayor ocultamiento o porque a pesar de que se haga a la luz pública es difícil obtener la declaración de los testigos, quienes callan la verdad por temor a las represalias. De tal manera que en la generalidad de los casos las

En esa línea de pensamiento, con los documentos relacionados, se tiene por acreditada la desaparición de ocho habitantes del municipio de San Roque, en hechos sucedidos el 14 de agosto de 1996, entre la vía que comunica a los municipios de Puerto Berrío y San Roque Antioquia, evento grave acaecido a manos de miembros de grupos paramilitares y de la cooperativa de vigilancia privada Convivir Guacamayas, atribución lograda de conformidad con las diligencias adelantadas por la Defensoría del Pueblo y por la Fiscalía General de la Nación.

De los informes que obran en este proceso y que se vienen de transcribir, se tiene por probado que los señores: Henry De Jesús Jiménez Arroyave; Ramón Octavio Agudelo Castro; Álvaro de Jesús Carmona Franco; Luis Alfonso Peláez Vega; Miguel Ángel Amariles Zapata; Darubín Cifuentes Sánchez y Luis Alfonso Martínez Suarez, fueron retenidos por varios hombres armados, cuando se encontraban en la vía que comunica el municipio de Puerto Berrío con el de San Roque Antioquia, desconociéndose hasta el día de hoy su destino y condiciones personales. Del mismo modo, los declarantes bajo reserva de identificación, que absolvieron interrogatorios dentro de las investigaciones desplegadas por la Fiscalía General de la Nación, a través de su Regional Antioquia, y la Unidad de Derechos Humanos, afirmaron que los captores de las ocho personas hacían parte de un grupo de vigilancia privada denominada Convivir Guacamayas, que también actuaban como grupo paramilitar y de "limpieza social" en varios municipios del Departamento de Antioquia; en especial en los de Puerto Berrío y San Roque⁸, a quienes se les responsabiliza de la desaparición y muerte de otros habitantes del sector.

Así las cosas, se tiene por acreditado el primer elemento de la responsabilidad, toda vez que se demostró que los señores: Henry De Jesús Jiménez Arroyave; Ramón Octavio Agudelo Castro; Álvaro de Jesús Carmona Franco; Luis Alfonso Peláez Vega; Miguel Ángel Amariles Zapata; Darubín Cifuentes Sánchez y Luis Alfonso Martínez Suarez, fueron desaparecidos por varios hombres armados,

decisiones judiciales se fundamentan en indicios." Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 28 de noviembre de 2002, expediente 12.812.

⁸ Fls 6 y 53. Cdno No. 2. Investigación Fiscalía.

cuando se encontraban en la vía que comunica el municipio de Puerto Berrío con el de San Roque Antioquia, sin que hasta hoy se tenga conocimiento de su paradero.

Pues bien, las declaraciones de los diferentes testigos, los informes de operación de grupos armados ilegales emitidos por la Unidad Investigativa de la Fiscalía General, y los demás medios probatorios que se recopilaron durante la investigación penal, en lo que concierne a homicidios múltiples y desapariciones que ocurrieron en el municipio de Puerto Berrío, para la Sala, otorgan credibilidad sobre las circunstancias intrínsecas y aspectos medulares en cuanto a acontecimientos tan relevantes, tales como la identificación de los miembros del grupo paramilitar, que también lo eran del grupo de vigilancia privada Convivir Guacamayas, que operaba en el municipio de Puerto Berrío para la época de los hechos, todo lo cual está acreditado en el proceso penal. De allí que, estos elementos de importancia y trascendencia, allegados al caso *sub examine*, resultan útiles y meritorios, toda vez que no fueron desvirtuados en el proceso contencioso.

De otro lado, aun cuando se desconoce la forma cómo culminó el proceso penal, pues en el expediente no obra la sentencia, del acervo probatorio especialmente de los testimonios referenciados y de los informes que se rindieron en el proceso penal, se puede establecer que existen indicios graves del contexto extremo de violencia que padecía la región, dada la reiteración de esta modalidad de delitos por parte de grupos ilegalmente armados, asunto que imponía un refuerzo en la vigilancia y protección por parte de Estado.

Si bien, las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la desaparición de los habitantes del municipio de San Roque, trataron de ser reconstruidas durante las investigaciones penal y disciplinarias adelantadas, es incuestionable para la Sala que en las actividades que desarrollan los llamados grupos paramilitares - desapariciones forzadas, homicidios, secuestros, torturas, entre otros- y circunstancias que las rodean vienen a ser ambiguas y complejas, por lo que es lógico que se carezca prueba directa sobre la ocurrencia de tales crímenes, dignos del pandemónium⁹; también es cierto que a través de la prueba indirecta se puede

⁹ “En varias ocasiones ha tenido la Sala oportunidad de manejar casos como el presente, en los cuales no aparece la prueba directa para demostrar la autoría de un homicidio, ni las circunstancias mismas de tiempo, modo y lugar en que aquel se ejecutó. En tales ocurrencias se ha dicho que exigir esa prueba directa equivaldría a pedir una prueba imposible por lo que se hace necesario mediante un manejo Inteligente, técnico y adecuado de los demás elementos probatorios disponibles, procurar establecer desde el punto de vista administrativo cual ha sido la participación oficial en el hecho dañoso correspondiente. Lo anterior, con el objeto de que en

llegar a conclusiones útiles que reconstruyan la verdad histórica difusa por la naturaleza de estos casos.

Frente a episodios de naturaleza similar, que nunca se deberían haber dado y menos repetir, esta Corporación ha reflexionado desde una perspectiva humanística y jurídica, que bien vale la pena recordar, haciendo la salvedad de que en el caso *sub examine* no se vislumbra participación directa por parte de organismos del Estado en la concreción de la violación a los derechos humanos presentados, pero sí por omisión, en tanto fueron ilícitos realizados por miembros de un grupo paramilitar de la zona; en ese orden, se reprocha la perpetración de este tipo de delitos de lesa humanidad, como conductas que no deben ocurrir bajo ninguna noción de legitimidad, dado el carácter de ilegítimas que siempre van a ostentar, por ser su destinatario el ser humano:

“La fuerza pública, tanto más quienes asumen la defensa judicial de sus actos, deben eliminar el discurso maniqueísta que clasifica a los muertos en buenos y malos, para justificar la muerte de los segundos con el argumento de la defensa social o del bien que se hace a la comunidad con la desaparición física de determinadas personas. El derecho a la vida no puede ser reivindicado según el destinatario, pues su respeto debe ser absoluto. Tal vez la única vulneración tolerable sea aquella que ocurre en ejercicio de las causales de justificación o de inculpabilidad que las normas penales consagran, a pesar de lo cual en algunas de esas ocasiones la no responsabilidad del agente no libera a su vez de responsabilidad al Estado.

“En numerosas oportunidades la Sala ha hecho una verdadera apología de la vida, exaltando las hermosas palabras del inolado TÓMAS Y VALIENTE: “No hay nada en la creación más importante ni más valioso que el hombre, que todo hombre, que cualquier hombre”. Y lo seguirá haciendo, cada vez que encuentre, como en el presente caso, que se sigue aplicando en el país la pena de muerte, proscrita por la Carta Fundamental desde hace más de un siglo.

“La vida de cualquier hombre es digna de respeto, aún se trate del peor de los delincuentes. Dijo en alguna ocasión Eca de Queiroz: “El Niágara, el monte de cristal color de rosa de Nueva Zelandia, las selvas del Amazonas son menos merecedoras de nuestra admiración consciente que el hombre más sencillo”. Y Federico Hegel resaltó: “El pensamiento más malvado de un criminal es más sublime y más grandioso que todas las maravillas del cielo”

“La muerte injusta de un hombre no podrá considerarse más o menos

casos como el examinado se pueda establecer lo más seguramente posible cual fue el destino de quienes por una u otra razón se ven privados de su libertad por cuenta de organismos estatales de seguridad y más tarde aparecen lesionados o desaparecen para luego encontrarlos como cadáveres, en muchos casos torturados.” Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 4 de diciembre de 2002, expediente 13.922.

admisible dependiendo de la personalidad, de la identidad, de la influencia o de la prestancia de ese hombre. La muerte injusta de una persona con antecedentes delictivos, continúa siendo injusta a pesar de los antecedentes que registre y lo será tan injusta, tan insoportable y tan repudiable como la del hombre bondadoso de irreprochable conducta.”¹⁰

“De igual manera, en la legislación nacional, el artículo 12 de la Carta Política establece que “nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” y en el artículo 165 de la ley 522 de 2001 -Código Penal- en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por el país, tipificó el delito autónomo de desaparición forzada en estos términos: “El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1000) a tres mil (3000) salarios mínimos legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años” ¹¹.

La desaparición forzada de personas es considerada tanto en la legislación, doctrina y en la jurisprudencia nacional e internacional como delito de lesa humanidad por cuanto involucra además de los derechos fundamentales de la víctima, la convivencia social, la paz y la tranquilidad del género humano¹².

Dicha conducta se encuentra proscrita por normas de carácter internacional ratificadas por Colombia, como es el caso del artículo 2 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, que se refiere a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, aprobado el 8 de junio de 1977, el cual fue incorporado a la legislación interna a través de la ley 171 del 1994; y del artículo 75 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, en virtud del cual se reguló lo referente a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, instrumentos que se integran al orden normativo interno a través del artículo 93 de la Constitución Política¹³.

¹⁰ Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 10 de abril de 1997, expediente 10.138.

¹¹ Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 22 de abril de 2004, expediente 14.240.

¹² Al respecto véase la Sentencia de 22 de abril de 2004, expediente radicado al No.14.240.

¹³ La Corte Constitucional declaró exequible el Protocolo I, mediante sentencia C-574 de 1992. Posteriormente, se expidió la ley 11 de 1992, aprobatoria del mismo convenio, pero la Corte Constitucional, en sentencia C-88 de 1993 la declaró inexecutable por considerar que “tanto el Congreso como el Presidente de la República desbordaron sus competencias constitucionales al pretender expedir -el primero- y sancionar -el segundo- leyes sobre materias que, sustraídas expresamente de los procedimientos ordinarios de actuación de tales poderes, el Constituyente sometió a un especialísimo proceso de gestación, tal como el previsto en el artículo 58 transitorio

En relación con este punto la Corte Constitucional en sentencia C-225 de 1995 expuso:

“En el caso colombiano, estas normas humanitarias tienen además especial imperatividad, por cuanto el artículo 214 numeral 2º de la Constitución dispone que "en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario". Esto significa que, como ya lo señaló esta Corporación, en Colombia no sólo el derecho internacional humanitario es válido en todo tiempo sino que, además, opera una incorporación automática del mismo "al ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás, es lo congruente con el carácter imperativo que, según ya fue explicado, caracteriza a los principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el *ius cogens*.¹⁴ Por consiguiente, tanto los integrantes de los grupos armados irregulares como todos los funcionarios del Estado, y en especial todos los miembros de la Fuerza Pública quienes son destinatarios naturales de las normas humanitarias, están obligados a respetar, en todo tiempo y en todo lugar, las reglas del derecho internacional humanitario, por cuanto no sólo éstas son normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*) sino, además, porque ellas son reglas obligatorias *per se* en el ordenamiento jurídico y deben ser acatadas por todos los habitantes del territorio colombiano. Y no podía ser de otra manera, pues las normas de derecho internacional humanitario preservan aquel núcleo intangible y evidente de los derechos humanos que no puede ser en manera alguna desconocido, ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado. Ellos encarnan aquellas "consideraciones elementales de humanidad", a las cuales se refirió la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia de 1949 sobre el estrecho de Corfú. No se puede entonces excusar, ni ante la comunidad internacional, ni ante el ordenamiento jurídico colombiano, la comisión de conductas que vulneran claramente la conciencia misma de la humanidad, como los homicidios arbitrarios, las torturas, los tratos crueles, las tomas de rehenes, las desapariciones forzadas, los juicios sin garantías o la imposición de penas *ex-post facto*"¹⁵.

Al respecto, el artículo 12 de la Constitución Política establece que "*nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*" y la ley 707 de 2001 "*Por medio de la cual se aprueba la*

respecto de los tratados y convenios internacionales que, al momento de entrar a regir la nueva Carta Política ya hubiesen sido aprobados por una de las dos Cámaras. En esas condiciones, mal podían el Senado y el Presidente de la República hacer caso omiso del mandato constitucional citado, y proseguir con el trámite de aprobación y de expedición de la referida ley. Dicho proceder comporta ostensible trasgresión a la disposición transitoria No. 58 de la Carta".

¹⁴ Sentencia C-574 de 1992.

¹⁵ Ver sentencia de la Corte Constitucional

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas” en virtud de la cual se define la desaparición forzada como:

“...la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.”

En desarrollo de la anterior preceptiva el Legislador tipificó el delito de desaparición forzada en el artículo 165 del código Penal (ley 599 de 2000) de la siguiente manera:

“El particular que someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley...”

Es pertinente advertir que en este tipo de delitos, si bien, las víctimas principales son las personas desaparecidas, existe una extensión de sufrimiento para quienes tienen relaciones de afecto con los mismos, en tanto ese sentimiento viene a generar desconsuelo, desazón, tristeza y angustia, derivada de la incertidumbre que opera en estos casos, al ser desconocido el paradero o condiciones personales de las víctimas principales. Ello le imprime una connotación mayor al dolor padecido por las familias, quienes ven prolongado su sufrimiento ante la zozobra que produce el no tener conocimiento alguno de la existencia o de la muerte de un ser querido.

Al respecto, la Corte Interamericana expuso, en sentencia del 24 de noviembre de 2010, caso Gomes Lund y otros (*“guerrilha do araguaia”*) vs. Brasil, lo siguiente:

105. En el presente caso, la violación al derecho a la integridad personal de los familiares de las víctimas mencionados se verifica debido al impacto que ha generado en ellos y en el seno familiar la desaparición forzada de sus seres queridos, a la falta de esclarecimiento de las circunstancias de su muerte, al desconocimiento del paradero final de los mismos y a la imposibilidad de darle a

sus restos una adecuada sepultura¹⁶. Al respecto, el perito Endo indicó que “una de las situaciones que comprende gran parte del sufrimiento por décadas es la ausencia de sepultura, la desaparición de los cuerpos [...] y la indisposición de los gobiernos siguientes en la búsqueda de los restos mortales de sus familiares”¹⁷, lo cual “perpetua el recuerdo del desaparecido, y dificulta el desligamiento psíquico entre este y los familiares que aún viven” impidiendo el cierre de un ciclo¹⁸.

106. Al respecto, la Corte recuerda que, conforme a su jurisprudencia, la privación al acceso a la verdad de los hechos acerca del destino de un desaparecido constituye una forma de trato cruel e inhumano para los familiares cercanos¹⁹. Asimismo, el Tribunal ha establecido que el esclarecimiento del paradero final de la víctima desaparecida permite a los familiares aliviar la angustia y sufrimiento causados por la incertidumbre respecto del destino de su familiar desaparecido²⁰.

106. Adicionalmente, la Corte considera que la violación al derecho a la integridad de los familiares de las víctimas se debe también a la falta de investigaciones efectivas para el esclarecimiento de los hechos, a la falta de iniciativas para sancionar a los responsables, a la falta de información respecto a los hechos y, en general, respecto a la impunidad en la que permanece el caso, lo cual les ha generado sentimientos de frustración, impotencia y angustia²¹. En particular, en casos que involucran la desaparición forzada de personas, es posible entender que la violación del derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de la víctima es una consecuencia directa de ese fenómeno, que les causa un severo sufrimiento, el cual se puede acrecentar, entre otros factores, por la constante negativa de las autoridades estatales de proporcionar información acerca del paradero de las víctimas o de iniciar una investigación eficaz para lograr el esclarecimiento de lo sucedido²². (Subrayas de la Sala).

Pues bien, por revestir esa importancia en la estabilidad emocional de las víctimas directas –mientras vivan- y de sus familias –indirectamente afectados-, el Estado debe dirigir su actuación a esclarecer en lo posible este tipo de situaciones, dada la reiteración de esta modalidad de delito en el país; y de otro lado, teniendo en

¹⁶ Cfr. Declaraciones rendidas por las presuntas víctimas indicadas y dictamen pericial psicológico rendido por el señor Paulo César Endo de 16 de abril de 2010 (expediente de fondo, tomo V, folios 2262 a 2283).

¹⁷ Cfr. Dictamen pericial psicológico rendido por el señor Paulo César Endo, *supra* nota 350, folio 2273.

¹⁸ Cfr. Dictamen pericial psicológico rendido por el señor Paulo César Endo, *supra* nota 350, folios 2271 y 2272.

¹⁹ Cfr. *Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párr. 114; *Caso Chitay Nech y otros*, *supra* nota 25, párr. 221, y *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, *supra* nota 24, párr. 130.

²⁰ Cfr. *Caso Ticona Estrada y otros*, *supra* nota 187, párr. 155, y *Caso Chitay Nech y otros*, *supra* nota 25, párr. 222.

²¹ Cfr. Declaraciones rendidas por la presuntas víctimas indicadas y dictamen pericial psicológico rendido por el señor Paulo César Endo, *supra* nota 350, folios 2262 a 2283.

²² Cfr. *Caso Blake. Fondo*, *supra* nota 340, párr. 114; *Caso Chitay Nech y otros*, *supra* nota 25, párr. 220, y *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, *supra* nota 24, párr. 126.

cuenta la pluralidad de condenas internacionales por este mismo motivo, al presentarse un problema de impunidad que conmina a los afectados a acudir a esas instancias en aras de obtener justicia ante el sufrimiento padecido, la Sala propugnará por hacer realizable esta anhelada justicia, que en muchos casos, queda insatisfecha a nivel nacional.

En ese orden, se tiene por probado que en razón a los lamentables hechos ocurridos entre los municipios de Puerto Berrío y San Roque Antioquia, se iniciaron varias investigaciones penales, contra miembros de grupos al margen de la Ley – paramilitares- e integrantes de la cooperativa de vigilancia privada –Convivir Guacamayas-, que ejecutaban actos ilícitos en la zona de los hechos, crímenes perpetrados contra los habitantes que “generaban sospechas” de pertenecer a las guerrillas o informantes de las mismas-, acrecentando el número de víctimas por un largo espacio de tiempo, todo lo cual se corrobora con los distintos informes elaborados por la Fiscalía General de la Nación –Unidad investigativa-.²³

Ahora, si bien, es cierto, que a este proceso no se allegó la sentencia penal con la que finalizaron las investigaciones, no se puede desconocer que existían graves indicios relacionados con la participación de estos grupos en actividades bajo esa modalidad criminal, tales como: la desaparición, amenazas, intimidación y homicidio de varios habitantes de los municipios en cuestión. Es decir, el contexto de violencia acrecentado en esa zona, y de público conocimiento, constituye un marco y espacio de actuación que señala como autores de los hechos a los grupos paramilitares.

Lo anterior se deduce claramente tanto de los testimonios que hacen parte de los procesos penales, como de los informes de Fiscalía ya relacionados, los que dan cuenta de la grave situación de orden público que se vivía en el Municipio de Puerto Berrío Antioquia, y de las actividades sospechosas y delincuenciales que se presentaron en la época en la que fueron desaparecidos los ocho habitantes de San Roque, actividades criminales cuyos protagonistas eran los miembros de grupos de autodefensas y de vigilancia privada. Toda esta cadena de hechos indicadores marcan la creación de un indicio contextual de grave violencia originada por estos grupos al margen de la Ley, lo que significó un imperativo para

²³ Fls 2-10. Fls 73-75. Fls 78-86. Fls 143-195. Cdno No 2. Expediente Fiscalía.

el Estado, en el orden de reforzar la vigilancia y protección de las personas que habitaban esa región, pues bien se conocía la existencia de estos grupos armados, así como la modalidad de sus operaciones, las que fueron repetitivas, y en las que gran número de civiles fueron víctimas, siendo ello motivo de reproche, ante la omisión configurada por ese actuar negativo.

Se observa como en esa región del país, y en esa época, se afianzó la comisión de ilícitos de ese tipo, delitos de lesa humanidad cuyos autores justificaban con el argumento de aniquilar a los movimientos guerrilleros y a sus colaboradores, asunto que bien conocían las fuerzas militares de la zona²⁴; y que aun conociéndose, se tornó en estéril la labor protectora, pues siguieron ocurriendo crímenes de esa envergadura como el que hoy nos ocupa. En otras palabras, el momento histórico marcó la necesidad de un refuerzo en presencia militar, y que esa presencia significara extrema vigilancia y protección para con esa población afectada, lo que no sucedió en el caso *sub exámine*, pues lo que tuvo lugar fue un incumplimiento obligacional de vigilancia, que marcó la concreción de una falla del servicio por parte de los obligados jurídicamente a esa labor protectora.

Este tema del contexto como creador de una obligación de reforzar la labor de vigilancia y protección, es un asunto que ha tenido trascendencia a nivel nacional e internacional, con la Corte Interamericana de Derechos Humanos –para el caso latinoamericano-. Este organismo supranacional ha considerado que, en determinados eventos en los que existe un conocimiento público de un riesgo - riesgo que se puede concretar en la comisión de diferentes ilícitos-, marca un deber afianzado de protección por parte del Estado, garante positivo de la vida de sus asociados²⁵. En esa línea de pensamiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal Europeo de

²⁴ Fls 73-75. Cdo No 2. Investigación Fiscalía.

²⁵ **Constitución Política de Colombia. Artículo 2. Son fines esenciales del Estado:** servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Derechos Humanos²⁶–, ha considerado que la responsabilidad del Estado frente a cualquier hecho de particulares se encuentra condicionada al conocimiento cierto de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades reales o razonables de prevenir o evitar ese riesgo²⁷.

En consonancia con la jurisprudencia citada, esta Corporación ha dicho que en lo que concierne a la responsabilidad del Estado por hechos de terceros, en eventos en los que, si bien, los agentes estatales no participan de forma directa en la causación del daño, en tanto no han sido autores, ni figuran como partícipes, con su omisión propiciaron o permitieron que personas ajenas a la administración lo causaran. Este tipo de situaciones tienen lugar cuando una persona se encuentra amenazada, y da el aviso de rigor ante las autoridades; no obstante, éstas no la protegen, o adoptan unas medidas de protección precarias e insuficientes²⁸; o cuando, si bien, la persona no comunicó la situación de riesgo a la autoridad, la notoriedad y el público conocimiento del peligro que afrontaba hacían imperativa la intervención estatal para protegerla, como ocurrió en este caso, en la medida en que el contexto marcó la génesis del deber a una protección reforzada por parte de las fuerzas militares a la población vecina de ese sector del departamento de Antioquia.

Ahora bien, lo anterior es inescindible de la noción de falla del servicio por omisión, en la medida en que fue un actuar negativo –no hacer–, lo que posibilitó la comisión de este delito de lesa humanidad, es decir, si bien, en el caso *sub examine* el daño fue cometido por un grupo armado al margen de la ley, lo cierto es que el mismo se posibilitó y concretó a partir de la falla del servicio en que incurrió la entidad pública demandada, toda vez que lo decisivo en la causación del perjuicio fue el *iter* de acontecimientos en los cuales la autoridad jugó un papel

²⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Osman vs. Reino Unido*, demanda n.º 87/1997/871/1083, sentencia de 28 de octubre de 1998, párr. 115 y 116; *Caso Kiliç vs. Turquía*, demanda n.º 22492/93, sentencia de 28 de marzo de 2000, párr. 62 y 63; *Caso Öneriyildiz vs. Turquía*, demanda n.º 48939/99, sentencia de 30 de noviembre de 2004, párr. 93.

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006, serie C n.º 140, párr. 123-124; *Caso Castillo González y otros vs. Venezuela*, sentencia de 27 de noviembre de 2012, serie C n.º 256, párr. 128-129; *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, sentencia de 27 de noviembre de 2008, serie C n.º 192, párr. 78.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de junio de 1997. Exp No 11875, C.P. Daniel Suárez Hernández.

preponderante pues al no evitar la materialización de la desaparición, procediendo a la captura de los criminales y al esclarecimiento de los hechos, incurrió en una manifiesta omisión en el cumplimiento de las funciones legales, en atención a que se trataba de la fuerza pública, que constitucionalmente está instituida para la protección, garantía y satisfacción de los derechos de los asociados, y ello comporta labores de: reacción, prevención y persecución, ante la perpetración de estos crímenes.

En ese orden, es claro que la omisión por parte de la fuerza pública, constituye una flagrante violación al deber de prevenir, contenido en la Convención Americana de Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" (art. 1º)²⁹, y cuyo contenido y alcance fue delimitado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en uno de sus pronunciamientos primigenios, en los siguientes términos:

"Abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte...

"(...) 172. Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. **No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.**"³⁰

²⁹ "Los Estados partes de esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

³⁰ CIDH, Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, Sentencia de Fondo de 29 de julio de 1988.

Pues bien, la Sala admite que de la lectura del plenario, no se colige que alguna autoridad haya provocado directamente la desaparición de las ocho personas oriundas del Municipio de San Roque, comoquiera que no se tiene prueba alguna de que miembros del Ejército hayan participado en el delito plural. Este solo hecho, permitiría, en principio, absolver a la demandada, conclusión a la que llegó el *a quo*, en razón a que ninguno de sus agentes estuvo involucrado en el ilícito. No obstante, en vista de que la responsabilidad del Estado puede tener lugar por hechos de terceros, cuando es precisamente la acción u omisión de alguna autoridad la que permitió o propició el hecho dañoso, por ello debe señalarse, se reitera, que la desaparición de los señores: Henry De Jesús Jiménez Arroyave; Ramón Octavio Agudelo Castro; Álvaro de Jesús Carmona Franco; Luis Alfonso Peláez Vega; Miguel Ángel Amariles Zapata; Darubín Cifuentes Sánchez y Luis Alfonso Martínez Suárez, le es imputable a la entidad demandada, al no haber protegido sus vidas e integridad personal, lo cual le era exigible.

En este estado de cosas, se infiere con nitidez, que de lo que da cuenta el plenario es de la desaparición y posible ejecución de varios ciudadanos en una de esas mal llamadas “labores de limpieza social”, o de “sospecha guerrillera”, que constituyen sin lugar a anfibología alguna, una vergüenza nacional, no sólo frente al mundo, sino ante el tribunal de la razón y la civilidad, por más deteriorada que se encuentre en un momento histórico dado, de allí que, los hechos indicadores son suficientes para dar por probado que la demandada incurrió en una falla del servicio por omisión, y por lo tanto, le es imputable el daño alegado, pues se reitera, tristemente en época que se espera ya superada, en un culto al prejuicio, se devaluó por falta de vigilancia y protección estatal, al ciudadano humilde, y fue eso sin eufemismo alguno lo que ocurrió, y así lo trasunta este proceso³¹.

Para la Sala, es inadmisibles y censurables la existencia de este tipo de grupos al margen de la Ley, los que nacieron con un fin vengativo para con la guerrilla, y extendieron esa pasión y odio a todos los que consideraban sospechosos de participar en actividades subversivas, sospechas que marcaron la comisión de cantidades de delitos –desapariciones, muertes, secuestros, masacres- en las que resultaron víctimas personas ajenas al conflicto. Y esta situación se afianzó en determinados sectores del país, como ocurrió en esta zona del Departamento de

³¹ Esta Sala en sentencia del 18 de junio de 2008, tuvo la oportunidad de pronunciarse en los mismos términos. Rad interno No. 15.625. MP. Enrique Gil Botero.

Antioquia –Magdalena Medio-. Al respecto, el informe elaborado por la Unidad Investigativa de la Fiscalía del 23 de septiembre de 1996 nos informa³²:

"De acuerdo a nuestros archivos de inteligencia, se pudo establecer que el origen y finalidades que persiguen estos grupos ilegales, se basan en que de tiempo atrás, los hacendados y ganaderos venían siendo objeto de extorsiones, robo de ganado, secuestros y cobros de vacunas por parte de elementos subversivos; un día, hastiados de esta situación, decidieron armar y/o financiar grupos armados para sacudirse de la presión guerrillera (F.A.R.C y E.L.N.), administrando justicia y proteger a la gente de la guerrilla, ya que según ellos no hay representación del Estado.

Este grupo armado al margen de la ley, junto con la guerrilla, se consideran amos y señores de vidas y muertes en toda la zona. Hacen retenes por todo el sector, piden documentos y si encuentran a alguien que aparezca en alguna de las listas que poseen, lo desaparecen. Se conoció que se desplazan en lujosas camionetas Toyota cuatro puertas, que circulan tranquilamente por las carreteras de la región, organizan retenes y es común verlos caminando por las poblaciones haciendo ostentación de sus armas.

(...)

Por información de la gente afectada por el accionar de estos grupos ilegales, ellos no están acabando con la guerrilla armada sino con los que presumen informantes y colaboradores; lo cual conduce a que asesinen a bastante gente inocente al conflicto.

(...)

Por otra parte, estos grupos de autodefensa se mueven con desconcertante libertad por las zonas rurales, aún en aquellas donde es permanente y notoria la presencia de las fuerzas militares y de los cuerpos policivos; para intimidar, secuestrar, torturar y asesinar a hombres y mujeres de la población civil colocados en condiciones de absoluta inferioridad e indefensión.

Al parecer, su actividad ha sido en ocasiones favorecida por el apoyo de integrantes de la fuerza pública, que en algunos casos participan directamente con los paramilitares para cometer atrocidades y en otros, sirven como cómplices o encubridores de las mismas.

(...)

Principalmente, a estos grupos ilegalmente armados, se les imputa innumerables homicidios selectivos de campesinos, de dirigentes políticos de izquierda y sindicalistas; así como secuestros y desapariciones. (Fls 73-75. Cdno No 2. Expediente Fiscalía. Subrayas de la Sala).

Lo anterior, refleja una situación evidente de violencia extrema para la década de los noventa, que se afianzó con la consolidación de grupos ilegalmente armados en determinadas zonas del territorio. Asunto que no era desconocido para el Estado, pues la comisión reiterada de delitos bajo las mismas modalidades en un espacio

³² Conclusión llegada de acuerdo al informe histórico elaborado por la Unidad Investigativa de la Fiscalía. Fls 73-75. Cdno No 2. Investigación Fiscalía.

determinado configuró el contexto de violencia, y con ello, el conocimiento del riesgo por parte de las autoridades llamadas a proteger a los asociados en condición de inminencia de ser víctimas, generándose una posición de garantía, y por ello era el Estado el obligado a asumir ese rol de garante de los derechos de quienes estaban expuestos a ese tipo de ilícitos.

Acerca del contenido y alcance del concepto de posición de garante, la Sección Tercera de esta Corporación, ha puntualizado:

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

"Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley –en sentido material– atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida."³³ (Subrayas de la Sala).

Pues bien, este elemento normativo, fue incorporado en la responsabilidad del Estado en sede de imputación fáctica, ante la necesidad de dotar su análisis de ingredientes jurídicos; en este caso, por motivos de un no actuar de la administración–omisión-, necesidad que trasladó algunos criterios de la dogmática penal al derecho de daños –imputación objetiva-, lo que significó un cambio cualitativo en este estudio, en el entendimiento de reevaluar el papel de la causalidad como única opción teórica para determinar la atribución de determinadas consecuencias o daños, la cual resultaba insuficiente, dado su contenido naturalístico, que dejaba por fuera de su marco de acción los eventos de daños causados por terceros o por hechos de la naturaleza, tornándose en consecuencia en un imposible, la atribución de los mismos a la administración, pues en términos fenomenológicos no existía sustento para que ello se pudiese dar. Por lo tanto, este instituto sobre el cual descansa la teoría de la imputación

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de octubre de 2007, exp. 15567. En el mismo sentido sentencias del 4 de diciembre de 2007, expediente: 16.894 y del 20 de febrero de 2008, expediente: 16.996, consejero ponente: Enrique Gil Botero.

objetiva, se erigió como la correcta opción para solucionar los problemas causales a los que se enfrentaba la omisión.

La posición de garante viene a significar un gran avance de las sociedades modernas y de los Estados Sociales de Derecho basados en principios constitucionales como el de la solidaridad y la prevalencia del interés general³⁴. Es entendida como la posibilidad de atribuir a un sujeto la responsabilidad por un daño, en principio, causado por la acción de un tercero o por un hecho (v.gr. de la naturaleza o del azar) pero que le es imputable al primero en la medida que se encontraba conminado a intervenir para impedir que el evento dañoso sucediera. En otras palabras, la posición de garante justifica el imputar un daño ante un comportamiento omisivo, de manera pues que se reputa autor también a quien se abstuvo de intervenir; es lo que se conoce desde el plano penal como la "comisión por omisión".

Y es que entre el sujeto llamado a responder por su no actuar –omisión- y el afectado por el daño antijurídico, existe una relación de protección y cuidado, que se estructura por una obligación de intervención del primero, que es exigida como conducta positiva –hacer-, ante determinadas circunstancias que crean ese deber de acción, en aras de evitar que el segundo sea vulnerado en sus derechos. De allí que la garantía se activa como figura normativa sustentadora de la imputación al obligado de esa protección, y se le atribuyen en consecuencia, conductas dañinas desplegadas por terceros o por hechos, superando con ello la dificultad que se ocasionaba en esta sede, por solo acudir a métodos de las ciencias naturales –causalismo-. Por lo tanto, las ciencias sociales nutren estos análisis, con criterios normativos capaces de crear situaciones teóricas posibles para perfeccionar a la imputación como elemento estructural de la responsabilidad del Estado.

Ahora bien, resulta pertinente realizar un estudio conceptual de esta figura. Y para el efecto, vale la pena señalar que la posición de garante puede tener su génesis en dos aristas: por un lado, en el tráfico o contacto social (v.gr. garantía por la generación o creación de riesgos); y por el otro, en virtud de ciertas estructuras estatales y sociales (v.gr. garantía institucional). Por lo tanto, la primera posición de garante surgirá por la introducción de peligros o riesgos que tienen

³⁴ Constitución Política de Colombia. Art 1.

potencialidad para causar daño (v.gr. la instalación de una fábrica de sustancias tóxicas; tener un perro peligroso, desarrollar un deporte considerado como riesgoso, entre otros), mientras que la segunda posición se deriva de instituciones básicas como: el Estado (v.gr. si sobre una persona recaen amenazas que son conocidas o podían fácilmente ser inferidas por la administración pública, habrá posición de garante) y la familia (v.gr. en una piscina unos padres no podrán excusarse de que su hijo se ahogó en virtud de la peligrosidad de ese lugar, sino que a la hora de evaluar el riesgo concretado se tendrá en cuenta la intervención y participación de aquéllos)³⁵. En ese orden, la posición de garante se mira desde dos perspectivas a saber: i) *relacional* también denominada *organizacional*³⁶ o ii) *institucional*; en ambos casos el ordenamiento jurídico las impone, lo que ocurre es que respecto de la primera el sujeto cuenta con un margen de libertad para determinar si avoca o no el rol que se desprende de esa circunstancia que introduce peligros o riesgos a la sociedad, mientras que la segunda siempre se asigna como una carga obligatoria.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha discurrido³⁷:

"15. 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

³⁵ Al respecto, se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de junio de 2010, exp. 19.385, M.P. Enrique Gil Botero.

³⁶ Ver: LÓPEZ, Claudia Ob. Cit. Pág. 163.

³⁷ Corte Constitucional, sentencia SU - 1184 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro.

“Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son **deberes negativos** porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás.

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

“Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos³⁸.”
(Subrayas y resaltado de la Sala).

La posición de garante institucional, que es la interesa a este estudio, surge no ante la generación de un riesgo con determinada actividad, se origina por el hecho de pertenecer a determinada institución, de ahí su denominación. Al ser parte de un estamento –Estado-, nace una relación de especial protección, que se configura entre los asociados del conglomerado y el funcionario vinculado, este último llamado a encargarse, por razones de solidaridad, de la defensa y auxilio de los primeros, en aras de evitar que en el curso de la vida social sean dañados en su vida, integridad, honra y bienes.

La jurisprudencia del Consejo de Estado respecto al tema, se ha servido de este criterio de imputación en múltiples eventos, para declarar la responsabilidad del Estado en supuestos en los cuales se esperaba una conducta activa de la administración pública y, concretamente, de las fuerzas militares en la protección de los ciudadanos que se han visto afectados por la acción de grupos criminales, lo que ha supuesto un significativo avance, ya que al margen de que causalmente el

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.

daño haya sido producto del actuar de un tercero, el mismo en esos casos específicos, se ha declarado imputable a la organización estatal como consecuencia del desconocimiento de la posición de garante mencionada.

La primera providencia en la que se definió una controversia con apoyatura en la posición de garante, corresponde a la sentencia del 4 de octubre de 2007, expediente 15.567, caso en el que se juzgó la responsabilidad patrimonial del Estado por las lesiones irrogadas a un campesino a quien le fue impuesta la carga de ser colaborador de las fuerzas militares, circunstancia que si bien es lícita, dado el deber de colaboración para con la fuerza pública en el cometido de seguridad nacional, supuso la generación de un riesgo que, en el caso concreto, estaba el Ejército Nacional en el deber jurídico de evitar.

En aquella oportunidad la Sección Tercera del Consejo de Estado precisó:

“Desde esa perspectiva, es claro que el Ejército Nacional conocía de la situación de peligro que se había radicado en cabeza del señor Argemiro Tobón –no propiamente a sus instancias–, sino a partir de la actividad desplegada por los miembros de la institución militar. En ese contexto, es claro que la administración pública incumplió el deber de protección y cuidado que se generó una vez el señor Tobón Rueda comunicó el peligro que corría su vida e integridad física como resultado de los frecuentes acantonamientos que efectuó el Ejército Nacional en terrenos de su propiedad, motivo por el cual, se puede señalar que aquél asumió *posición de garante*³⁹ frente a la integridad del ciudadano.

³⁹ Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado: “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.

“(…) En una grave violación a los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquel que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión. En virtud del principio de igualdad, cuando la acción y la omisión son estructural y axiológicamente idénticas, las consecuencias deben ser análogas: Si la conducta activa es ajena al servicio, también deberá serlo el comportamiento omisivo. **Un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal.** Las fuerzas militares tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del derecho internacional humanitario (restricción absoluta aun frente a los estados de excepción según lo dispone el artículo 214 de la Constitución) y los derechos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Colombia, no pueden ser suspendidos durante tales estados. Permitir que ocurran, sea porque activamente intervienen en ellas o porque omiten el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos, constituye una flagrante

“(…) Es por ello, que el Ejército Nacional conocía a cabalidad la situación de riesgo o peligro objetivo en que se hallaba el señor Tobón Rueda, motivo por el cual ha debido brindar todos los elementos de protección que evitaran la concreción del daño causado; lo anterior, toda vez que si bien no existe una prueba que indique que aquél pidió, de manera expresa, seguridad a la fuerza pública, la misma debió ser suministrada de forma espontánea y sin requerimiento alguno, como quiera que el simple hecho de tener certeza por las autoridades militares de la situación en que se colocaba al administrado, radicaba en cabeza de las mismas la obligación de brindar los instrumentos y elementos suficientes para impedir cualquier resultado dañoso.

“Se puede deducir por lo tanto, que el daño antijurídico no se hubiera generado de haberse verificado una actuación pro activa por parte de la administración pública, ya que ante la comprobación de que un colaborador forzado de la institucionalidad estaba viendo comprometida su integridad en todo sentido por tal situación, se le ha debido proveer protección y seguridad con el fin de impedir que cualquier tipo de bien jurídico de los que fuera titular se viera afectado, lo que no es más que la consecuencia lógica de haber asumido el Estado la posición de garante respecto del administrado.”

En el caso concreto, se aplicó la posición de garante institucional en que se encuentra el Estado respecto de los administrados y que puede tener origen no sólo en el postulado del artículo 2 de la Carta Política que ordena proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos, sino que, incluso encuentra su génesis en el principio de solidaridad sobre el que se fundamenta el Estado Social de Derecho; y, si bien, desde el plano penal resulta inadmisibles que una posición de garante se fundamente en el referido postulado constitucional, lo cierto es que tratándose de la responsabilidad patrimonial de Estado, el deber jurídico de evitar un daño puede descansar sobre el imperativo a cargo de la organización pública de mantener equilibradas las cargas públicas, desarrollo este último del principio mencionado, como lo reconoce la Corte Constitucional en la sentencia SU-1184 de 2001, en relación con la garantía de protección de los derechos fundamentales.

violación a la posición de garante de las condiciones mínimas y básicas de la organización social y, por lo mismo, nunca podrán considerarse como un acto relacionado con el servicio. **En suma, desde el punto de vista estrictamente constitucional, resulta claro que las Fuerzas Militares ocupan una posición de garante para el respeto de los derechos fundamentales de los colombianos.** La existencia de esa posición de garante significa que el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia). Las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; estas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho.” Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. (Negrillas del original).

En pronunciamiento posterior⁴⁰, la Sección Tercera declaró la responsabilidad patrimonial del Estado por la muerte de un Inspector del Trabajo que fue asesinado en la ciudad de Medellín. En la mencionada sentencia, no sólo se aplicó la teoría de la imputación objetiva y, específicamente, la posición de garante, para delimitar si la Policía Nacional estaba o no compelida a evitar el resultado dañoso, sino que, además, se delimitaron las obligaciones jurídicas que están a cargo de las autoridades públicas para la protección de los bienes jurídicos e intereses legítimos de los administrados. Al respecto se dijo:

"2.6. En esa perspectiva, para la Sala no son de recibo los escasos y débiles argumentos suministrados por el a quo, en relación con el cumplimiento de las entidades públicas demandadas, respecto de la obligación de protección y seguridad, toda vez que el análisis serio y detenido de los medios de convicción, permite plenamente dar por acreditado que el Comando de Policía de Envigado conocía de los hechos de riesgo y situación de peligro que rodeaban al inspector Luis Alonso Herrera. No se trata de endilgar una obligación de imposible cumplimiento al Estado, en los términos de la relatividad de la falla del servicio, sino que, en el caso concreto, se infiere que la administración pública tenía conocimiento de la situación y no adoptó las medidas necesarias para proteger la vida del ciudadano. Y resulta no sólo desafortunado, sino además desesperanzador, el argumento traído a colación por el a quo en la sentencia en cuanto a que "es de conocimiento público que el servicio de policía de nuestro país, carece, desafortunadamente de los recursos necesarios para proteger la vida y los bienes de todos y cada uno de los habitantes." Dentro de esa lógica fatalista e inexorable, la institución de la Policía estaría llamada a desaparecer. No se pueden hacer apriorísticamente aseveraciones absolutas por parte del juzgador, dejando de lado el examen del caso concreto sometido a su estudio.

"En efecto, el realizar rondas de vigilancia en la dirección donde se localizaba el domicilio del inspector del trabajo, no puede entenderse, desde el punto de vista lógico o formal, como el cumplimiento cabal e íntegro de la obligación de protección, en tanto la misma supone una conducta dinámica de la autoridad, concretamente de la fuerza pública, en relación con la verificación de la existencia de las amenazas, su periodicidad, como su seriedad, etc., para establecer así cuál era el esquema de seguridad que se ameritaba y, en todo caso desplegar una conducta íntegra en todo el sentido y significado tendiente a salvaguardar los derechos amenazados.

"La relatividad de la falla, en estos eventos, se relaciona con la imposibilidad de exigir de manera absoluta a la organización estatal, prevenir cualquier tipo de daño o resultado antijurídico, como quiera que el Estado no se encuentra en capacidad de brindar una protección personalizada a cada individuo que integra el conglomerado social. No obstante lo anterior, el deber de protección de la vida, honra y bienes que se radica en cabeza del Estado, se torna más exigente en tratándose de personas frente a las cuales es posible o probable que se concrete o materialice un riesgo de naturaleza prohibida. En términos funcionalistas, se tiene que el Estado, como estructura en cabeza de la cual se radica el poder político y público y, por consiguiente, el monopolio de la fuerza armada, no sólo está obligado a precaver el delito sino también a responder patrimonialmente por los

⁴⁰ Consejo de Estado. Sentencia del 4 de diciembre de 2007. Expediente 16894. C.P. Enrique Gil Botero.

daños antijurídicos que, pudiéndose evitar, se concreten por omisión en el cumplimiento del deber legal contenido los artículos 2 y 218 de la Carta Política.

“No se trata frente a los deberes y obligaciones de las autoridades, y para el caso, de los que correspondían concretamente a la Policía Nacional, de calificarlos como lo hace la entidad en la alegaciones ante esta instancia (fls. 276 y 277 cdno. ppal. 2ª instancia) de obligaciones de medios. La perspectiva es diferente, es lo que en la doctrina constitucional contemporánea se denominan obligaciones jurídicas superiores y que: *“son aquellas que acompañan a la propia concepción del sistema jurídico político, constituyendo la expresión de sus postulados máximos, hasta tal punto que el propio ordenamiento equipara su revisión a la de todo el texto constitucional”*⁴¹. En efecto, la relación del Estado frente al ciudadano implica, no sólo necesariamente la existencia de poderes y deberes, que en el derecho anglosajón se denominan “obligaciones funcionales del Estado”, y que son verdaderas obligaciones jurídicas cuyo incumplimiento acarrea algún tipo de consecuencia o sanción. No podría ser de otra manera, para el caso objeto de juzgamiento, como quiera que el deber del Estado se traducía en su poder, y en la necesidad de proteger los derechos del ciudadano, en este caso, a la vida, aún sin que hubiera mediado solicitud por parte del señor Luis Alonso Herrera, cosa que además no es cierta como se ha visto, toda vez que de haberse prestado, o al menos de haberse desplegado las medidas tendientes a una efectiva y cabal protección del derecho a la vida, se realizaba así el fin plausible del ordenamiento. Esa es la razón que justifica la existencia de las autoridades, el proteger los bienes jurídicos de los asociados en los términos que los consagra el ordenamiento jurídico en su integridad...”⁴² (Subrayas fuera del texto).

Otro supuesto que tiene que ver con la posición de garante en la que se encuentra la fuerza pública, se reseña en la sentencia del 26 de marzo de 2009. En el caso concreto, se definió la responsabilidad del Ejército y la Policía Nacional por el desaparecimiento de tres ciudadanos que se movilizaban desde Villavicencio al municipio de Monfort, y se ordenó a las entidades demandadas reparar integralmente el perjuicio causado a las familias demandantes, pues se comprobó que la fuerza pública se encontraba en posición de garante respecto de la integridad de quienes ocupaban el vehículo de transporte público que por allí se desplazaba. En efecto, existía un retén conjunto de las dos fuerzas –militar y civil– y se le dio aviso de las circunstancias que se desarrollaban en la vía y no empuce a ello los miembros de esas instituciones fueron omisivos en desplegar un comportamiento que evitara la consumación del execrable hecho. En aquella oportunidad se expuso⁴³:

⁴¹ DE ASIS Roig, Rafael “Deberes y Obligaciones en la Constitución”, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, Pág. 453.

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2007, exp. 16894, M.P. Enrique Gil Botero.

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2009, exp. 17994, M.P. Enrique Gil Botero.

“En consecuencia, la imputación fáctica contenida en la demanda se dirige a censurar la actitud de la fuerza pública, puesto que, según lo formulan los actores fue aquella la que produjo con su acción el daño antijurídico y, al margen de que no hubiera sido así, la omisión en la que se incurrió lo que se hizo fue permitir que se concretara el daño antijurídico...

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

“(...) Desde esa perspectiva, la posición de garante se erige como uno de los ejes basilares sobre los cuales se edifica el concepto de imputación fáctica, puesto que a partir del conjunto de principios establecidos en el artículo 1º de la Constitución Política, se hace responsable, desde diversas perspectivas jurídicas (penal, disciplinaria, patrimonial, etc.) a la persona que con su omisión ha facilitado la producción del daño, lo que desvirtúa en el plano jurídico el principio causal según el cual a partir de la omisión no se deriva nada⁴⁴. En ese contexto, la posibilidad de atribuir resultados o daños, con base en un criterio normativo - jurídico, no es otra cosa distinta que la reivindicación de la multiplicidad de valores y principios jurídicos sobre los que se basamenta el Estado Colombiano, es decir, como un Estado Social de Derecho, en el cual los asociados no solo se benefician de una gama de derechos y garantías, sino que, de igual manera, se encuentran conminados al cumplimiento de una serie de deberes (v.gr. principio de solidaridad, de dignidad humana, de tolerancia, etc.) sin los cuales la sociedad no podría funcionar⁴⁵.

“Y, si los particulares se encuentran vinculados por esos imperativos categóricos –en términos Kantianos–, con mayor razón los órganos y funcionarios estatales se hallan sometidos al cumplimiento y salvaguarda de esos principios y valores constitucionales. En consecuencia, tal y como lo ha sostenido el máximo tribunal constitucional, la fuerza pública se encuentra en posición de garante frente a la protección de los bienes y derechos de los ciudadanos, sin que ello suponga someter al Estado a lo imposible –puesto que existe el principio de falla relativa del servicio–, pero sí obliga a que se analice en cada caso concreto las posibilidades reales con las que contaban los agentes estatales para impedir el resultado⁴⁶.

⁴⁴ “Ex nigilo nili fit”. De la nada, nada.

⁴⁵ “Estas posiciones de garantía están acordes constitucionalmente con el principio de solidaridad, el cual, principalmente viene exigido cuando se trata de la protección de bienes jurídicos relacionados con la vida e integridad personal... Sobre esto ha dicho la Corte Constitucional: “La solidaridad es un valor constitucional que sirve de pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas situaciones.” Los deberes constitucionales son patrones de conducta social impuestos por el Constituyente a todo ciudadano, más no exigibles, en principio, como consecuencia de su mera consagración en la Carta Política, sino en virtud de una ley que los desarrolle.” OVIEDO Pinto, María Leonor “La posición de garante”, Ed. Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá, Pág. 138.

⁴⁶ “En el marco de toda imputación, incluyendo la jurídico penal, se vinculan un suceso en el mundo y un destinatario de imputación, de tal modo que el destinatario aparece como aquel a quien pertenece el suceso: es él quien lo ha creado o ha permitido que tuviese lugar, tanto para bien, en el marco de la imputación a título de mérito, como en lo malo, en la imputación a título de reproche.” Cf. JAKOBS, Günter “La imputación objetiva en el derecho penal”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Pág. 23.

“La doctrina ha explicado con especial claridad este suceso, en los términos que se transcriben a continuación:

“Se ha dejado deliberadamente para el último momento una cuestión importante en materia de causalidad: ¿qué virtualidad causal tiene la omisión? ¿puede una omisión, un no hacer, generar un resultado positivo? A pesar de que existan voces de discrepancia, es hoy determinante la opinión de que la omisión no puede ser nunca causa (en el sentido naturalístico por el que nos decantamos) de un resultado. En palabras de Mir Puig “resulta imposible sostener que un resultado *positivo* pueda haber sido causado, en el sentido de las ciencias de la naturaleza por un puro *no hacer* (*ex nihilo nihil fit*)”. O, en las palabras de Jescheck, “la causalidad, como categoría del ser, requiere de una fuente real de energía que sea capaz de conllevar a un despliegue de fuerzas, y ello falta precisamente en la omisión (*ex nihilo nihil fit*)”.

“Ello no significa, naturalmente, que una omisión (en nuestro caso, una omisión administrativa) no pueda generar responsabilidad extracontractual del omitente. **Pero ello se tratará de una cuestión de imputación, no de causalidad. Y existirá imputación del resultado cuando el omitente tenía el deber jurídico de evitar el resultado lesivo, poseyendo la acción –debida– omitida capacidad para evitarlo.**”⁴⁷ (Destaca la Sala).” (negrillas y subrayado del original).

En este orden, la posición de garante, como se desarrolló en las líneas citadas, resulta el camino teórico ideal para solucionar los problemas a los que se enfrenta el derecho de daños en relación con el mal llamado “nexo jurídico causal”, pues su uso supone el encontrarse con problemas de incertidumbre que del mismo se desprenden, razón por la que es innegable que la mencionada construcción teórica permite, a través de los instrumentos conceptuales analizados, aliviar o solucionar la dificultad a la que se enfrenta el juez a la hora de resolver los distintos conflictos, complejos como la sociedad que los genera.

En esa línea de pensamiento, la posición de garante ha asumido vital connotación en eventos como el que hoy nos ocupa, en los que si bien, el Estado no intervino directamente en la concreción de un daño antijurídico –autor o partícipe del hecho-, la situación en la cual estaba incurso, le imponía un deber específico, esto es, asumir determinada conducta; llámese protección, o prevención, cuyo rol al ser desconocido –infracción al deber objetivo de cuidado- dada su posición de garante, configura la atribución a éste de las mismas consecuencias o sanciones que residen en cabeza del directamente responsable del daño antijurídico.

⁴⁷ PUIGPELAT, Oriol Mir Op. Cit. Pág. 241 y 242.

Ahora bien, comoquiera que el asunto sometido a estudio es una grave violación de derechos humanos, perpetrados por grupos al margen de la ley –paramilitares-, por la posición de garante del Estado **resulta un imperativo incluir, en este análisis, un concepto de derecho internacional de obligatoria aplicabilidad, como es el principio de Control de Convencionalidad, propugnado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos** en muchos de sus pronunciamientos, cuya noción pasará a explicarse:

La Constitución Política, de un Estado como el colombiano viene a ser un cuerpo normativo supremo y bidimensional, en la medida en que su contenido condensa la dogmática jurídica del Estado y el orden técnico administrativo del mismo. En ese sentido, la filosofía que sirve de basamento al modelo de organización es clave en el destino de su articulado y ese compendio se erige como principio y fin del Estado mismo, direccionando su discurrir hacia el logro de cometidos previamente fijados.

En la segunda mitad del siglo XX, un cambio cualitativo tuvo lugar en el concepto de constitución, que no queda reducido al conjunto de disposiciones allí contenidas, sino que la misma comprende otros componentes de rango supranacional que participan de esa misma naturaleza. Esta recomposición consiste en la incorporación en el derecho interno, mediante normas de rango constitucional, de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, que en el caso colombiano lo articula el artículo 93 de la Constitución Política, que ha permitido la integración en la carta de esos referentes normativos, mecanismo al que se ha denominado bloque de constitucionalidad. Al respecto, la normativa en mención dispone:

“Constitución Política de Colombia. Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

La Corte Constitucional, en la interpretación de este artículo, dividió la función del mismo en dos modalidades de incursión normativa: una integradora, para aquellos derechos que no pueden ser desconocidos aún en los estados de excepción –vida, integridad personal-; y otra de interpretación, para aquellos derechos cuya limitación en estados de excepción sí es posible –libertad de locomoción -, explicando con esa división, lo enunciado en los dos incisos que lo conforman. En sentencia C - 488 del 2009 se trató este tema en profundidad, y de ella se destaca⁴⁸:

“Si bien es cierto que las normas que se integran al bloque de constitucionalidad tienen la misma jerarquía que los preceptos de la Carta Política, también lo es que existen diversas formas para su incorporación al ordenamiento jurídico. Además, en ningún caso la disposición internacional constituye un referente autónomo para el control constitucional, por cuanto la integración normativa debe partir de una interpretación armónica, teleológica y sistemática de la Carta Política en su conjunto⁴⁹.”

En cuanto a la forma de incorporación de los tratados al bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia ha señalado dos vías:

(i) La primera consiste en la “integración normativa” en virtud de lo dispuesto en el primer inciso del artículo 93 de la Constitución⁵⁰. Para ello se requiere que un tratado ratificado por Colombia reconozca derechos humanos cuya limitación se prohíba en los estados de excepción⁵¹. Desde esta perspectiva su incorporación es directa y puede comprender incluso derechos que no estén reconocidos en forma expresa en la Carta.

En este punto conviene precisar que, de conformidad con el artículo 101 Superior, también hacen parte del bloque de constitucionalidad los tratados que definen los límites del Estado⁵². Así mismo, por mandato del artículo 214-2 de la Constitución,

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia del 22 de julio de 2009. M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio. expediente D-7593

⁴⁹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-028 de 2006 y C-355 de 2006. En la primera de esas providencias la Corte precisó: “Bajo este contexto, es claro que el mencionado instrumento internacional [Convención Americana de Derechos Humanos] forma parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, debe ser utilizado como parámetro que guíe el examen de constitucionalidad de las leyes colombianas, pero ello no significa que las normas pertenecientes al bloque adquieran el rango de normas supraconstitucionales. En ese sentido, la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución”.

⁵⁰ “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. (Art.93-1 CP).

⁵¹ Los principales derechos que no pueden suspenderse en los estados de excepción se consagran en el artículo 4º de la Ley 137 de 1994 (estatutaria de los estados de excepción), el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁵² Así lo reconoció la Corte en la Sentencia C-1022 de 1999, al sostener que los “tratados de fronteras que ya estaban perfeccionados al momento de entrar en vigencia la Constitución no pueden ser demandados, puesto que en el fondo son normas que integran el bloque de constitucionalidad, como ya lo había indicado la sentencia C-400 de 1998, cuando precisó que esos

se incluyen aquí las normas convencionales y consuetudinarias de derecho internacional humanitario⁵³. Además, otras normas como los artículos 44 y 53 de la Carta autorizan la inclusión de tratados en el bloque de constitucionalidad respecto de temas específicos como los derechos de los niños.

(ii) La segunda forma de incorporación de tratados al bloque de constitucionalidad es como “referente interpretativo” y opera al amparo del inciso segundo del artículo 93 de la Carta⁵⁴. En este sentido la jurisprudencia ha reconocido que algunos tratados de derechos humanos cuya limitación no está prohibida en los estados de excepción también hacen parte del bloque de constitucionalidad, aunque por una vía de incorporación diferente; es decir, no como referentes normativos directos sino “como herramientas hermenéuticas para juzgar la legitimidad de la normatividad interna”⁵⁵. Al respecto, en la Sentencia C-067 de 2003, que examinó una norma del código disciplinario relacionada con la aplicación de tratados internacionales sobre derechos humanos, esta Corporación explicó lo siguiente:

“Por vía de una aplicación extensiva del inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política, la Corte ha admitido que incluso aquellos tratados internacionales que establecen derechos humanos que pueden ser limitados durante los estados de excepción –tal es el caso del derecho a la libertad de movimiento - forman parte del bloque de constitucionalidad, aunque sólo lo hagan como instrumentos de interpretación de los derechos en ellos consagrados”⁵⁶. (Resaltado fuera de texto).

De esta manera la Corte ha precisado que el artículo 93 de la Constitución contempla dos hipótesis normativas diferentes para la incorporación de tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad y su alcance frente al control constitucional:

“El inciso primero incorpora, por vía de prevalencia, los derechos humanos que no pueden limitarse bajo estados de excepción. La norma constitucional no establece relación alguna entre normas constitucionales y las disposiciones que se incorporan al ordenamiento jurídico nacional. De ahí que pueda inferirse que se integran al bloque de constitucionalidad inclusive derechos humanos no previstos en la Constitución, que cumplan con el requisito mencionado.

El inciso segundo, por su parte, ordena que los derechos y deberes previstos en la Constitución se interpreten de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Así, esta vía de incorporación está sujeta a que el derecho humano o el deber, tengan su par en la Constitución pero no requiere que el tratado haga referencia a un derecho no suspendible en estados de excepción.

acuerdos internacionales, junto con algunos convenios de derechos humanos, tenían un status y jerarquía diferentes a los otros tratados en el ordenamiento colombiano”.

⁵³ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-225 de 1995 y C-291 de 2007, entre otras.

⁵⁴ “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. (Art.93-2 CP).

⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-067 de 2003.

⁵⁶ En sentido similar, en la Sentencia T-483 de 1999 la Corte sostuvo: “Según el inciso segundo del art. 93 de la Constitución, los derechos y deberes consagrados en ésta se interpretarán, de conformidad con los Tratados Internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Ello significa, que para efectos de interpretar los referidos derechos las normas de los tratados en referencia tienen carácter prevalente en el orden interno, formando por lo tanto parte del bloque de constitucionalidad, como lo ha reconocido la Corte en diferentes pronunciamientos (C-295/93, C-179/94, C-225/95, C-578/95, C-358/97, T-556/98)”.

En tales condiciones, el inciso primero del artículo 93 de la Carta permite incorporar ciertos derechos y principios al bloque de constitucionalidad, incluso cuando éstos no han sido reconocidos por el articulado constitucional, pero para ello se requiere que sean derechos no limitables en estados de excepción. Este artículo 93-1 adquiere entonces una verdadera eficacia cuando se trata de derechos o principios que no aparecen expresamente en el articulado constitucional, pero que se refieren a derechos intangibles incorporados en tratados ratificados por Colombia. Por su parte, el inciso segundo del artículo 93 superior tiene otra finalidad pues esa norma completa y dinamiza el contenido protegido de un derecho que ya está consagrado en la Carta, puesto que, conforme a ese inciso, tal derecho debe ser interpretado de conformidad con los tratados ratificados por Colombia⁵⁷. (Resaltado fuera de texto).

En síntesis, en virtud del doble sistema de incorporación de una norma a través del bloque de constitucionalidad, el inciso primero del artículo 93 cumple una función *integradora* de los tratados de derechos humanos cuya limitación se prohíbe en estados de excepción, mientras que el inciso segundo del mismo artículo cumple una función *interpretativa*, en tanto *“constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos*⁵⁸. Esto último corresponde al principio de interpretación más favorable en materia de derechos humanos o principio *pro homine*, que en varias ocasiones ha servido de base para adelantar el examen de constitucionalidad de normas de derecho penal⁵⁹.

Sin embargo, la Corte debe precisar que no todos los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia hacen parte del bloque de constitucionalidad bajo la previsión del artículo 93 de la Carta Política, pues es claro que no todos ellos involucran el reconocimiento y la protección de derechos humanos, al menos en forma directa. (Subrayas de la Sala).

En ese orden, la modalidad de incursión normativa que interesa a este estudio, viene a ser la contenida en el inciso primero del artículo 93, que otorga aplicabilidad directa a las disposiciones que sobre derechos humanos se han firmado y ratificado por Colombia y que, en esa línea, entra a jugar un papel significativo: el Control de Convencionalidad. Principio de creación jurisprudencial Interamericana, que ha permitido verificar el efecto útil de las normas contenidas en las distintas convenciones de derechos humanos⁶⁰, es decir, constituye una forma de indagar si los países miembros del sistema interamericano han violado o no las convenciones pactadas. Por lo tanto, su objeto se consolida como la verificación de la efectividad de los derechos y garantías contenidas en esos instrumentos supranacionales.

⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-1319 de 2001.

⁵⁸ Ídem. Ver también las sentencias C-551 de 2003 y C-038 de 2004, entre otras.

⁵⁹ *Cfr.*, Corte Constitucional, Sentencias C-251 de 1997, C-251 de 2002 y C-148 de 2005, entre otras.

⁶⁰ Como lo son el Pacto de San José de Costa Rica de noviembre de 1969, o la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas de junio de 1994.

Pues bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció la existencia de este principio al resolver el “caso Almonacid Arellano vs Chile”, sentencia que utilizó por vez primera esta noción; no obstante, aclaró que la esencia del mismo ya venía siendo parte de pronunciamientos previos, pues su objeto se había realizado desde los primeras condenas internacionales al reprochar la violación de derechos humanos. La sentencia trata el caso de la muerte del profesor y militante del partido comunista Luis Alfredo Almonacid Arellano, al inicio de la dictadura militar en 1973, y condena al Estado Chileno, no solo a la reparación de las víctimas indirectas –familiares del señor Almonacid-, sino que lo instó a una readecuación de normas internas a las disposiciones de la convención interamericana, de tal manera que se armonizaran con este ordenamiento, pues iban en contravía de las nociones de justicia y verdad y del cumplimiento del artículo 1.1 del mismo sistema normativo, al impedirse la investigación de los delitos cometidos en ese rango de tiempo, dada la amnistía reconocida a los miembros del Estado que fueron partícipes de tales hechos. Las órdenes impartidas por la Corte estuvieron cimentadas en el principio que se estudia, cuyo uso se llevó a cabo bajo las siguientes consideraciones:

“124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. **En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.** En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

(...)

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”¹⁵⁰. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. **(Subrayas y resaltado de la Sala).**

Siguiendo esa línea de pensamiento, pasados unos meses, la misma Corte Interamericana, profirió la sentencia del nominado como “caso trabajadores cesados del congreso”⁶¹, que trató de la reestructuración del Congreso de Perú en 1990, en la que se impedía demandar las resoluciones que los desvinculaban del servicio. En esa oportunidad, la Corte consideró que algunas normas del derecho peruano iban en contravía de lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, toda vez que reducían el efecto útil de esta última, al impedirles instrumentos jurídicos viables y procesos judiciales a los afectados con la plural cesación laboral en el Congreso. Para ello, se hizo uso del control de convencionalidad entre la normativa peruana y la convencional, y al respecto se dijo:

“128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.

129. En conclusión, la Corte observa que este caso ocurrió en un contexto de impedimentos normativos y prácticos para asegurar un acceso real a la justicia y de una situación generalizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales para afrontar hechos como los del presente caso. En ese contexto, y en particular el clima de inseguridad jurídica propiciado por la normativa que limitaba la impugnación respecto del procedimiento de evaluación y eventual cesación de las presuntas víctimas, es claro que éstas no tenían certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que se consideraran vulnerados, fuera administrativa, contencioso administrativa o de amparo”.

Ahora si bien, el principio bajo estudio se originó en pronunciamientos que plantearon un conflicto normativo interno e internacional, con el transcurrir de su uso, fue extendiendo su marco de acción a asuntos que no suponían tal conflicto jurídico, pues también tenía lugar, ante un mero desconocimiento de una norma convencional, a través de prácticas u omisiones estatales. Es decir, este control no solo comprende una inspección objetiva de determinada norma, sino que se

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. “Caso trabajadores cesados del congreso vs Perú.

extiende a condenar prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la convención o a prácticas que desconozcan derechos reconocidos. Esa nueva comprensión de este principio viene contenida en la sentencia interamericana que resolvió el “caso Heliodoro Portugal vs Panamá”⁶², la cual tuvo como fundamento la desaparición forzada de un disidente político del Estado, situación frente a la cual se sostuvo:

“179. En relación con la obligación general de adecuar la normativa interna a la Convención, la Corte ha afirmado en varias oportunidades que “en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas”⁶³. En la Convención Americana este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella reconocidos⁶⁴, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*)⁶⁵.

180. La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías⁶⁶. **Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos**⁶⁷.

La interpretación dada a este principio, en este último pronunciamiento, viene a

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 12 de Agosto de 2008.

⁶³ Cfr. *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 68; *Caso Zambrano Vélez y otros*, supra nota 17, párr. 55, y *Caso La Cantuta*, supra nota 16, párr. 170.

⁶⁴ Cfr. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y Otros)*, supra nota 78, párr. 87; *Caso La Cantuta*, supra nota 16, párr. 171, y *Caso Zambrano Vélez y otros*, supra nota 17, párr. 56.

⁶⁵ Cfr. *Caso Ivcher Bronstein*, supra nota 10, párr. 37; *Caso La Cantuta*, supra nota 16, párr. 171, y *Caso Zambrano Vélez y otros*, supra nota 17, párr. 56.

⁶⁶ Cfr. *Caso Castillo Petrucci y otros*, supra nota 17, párr. 207; *Caso Almonacid Arellano y otros*, supra nota 10, párr. 118, y *Caso Salvador Chiriboga*, supra nota 6, párr. 122.

⁶⁷ Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros*, supra nota 10, párr. 124, y *Caso Boyce y otros*, supra nota 20, párr. 113.

ser clave de bóveda para el caso *sub examine*, pues esta jurisdicción interna, en virtud del denominado bloque de constitucionalidad, que introduce al ordenamiento constitucional, además de la normativa internacional sobre derechos humanos, la interpretación que de ella se ha hecho por las cortes internacionales competentes, impone la obligación de efectuar un control de convencionalidad a la conducta del Estado. Sobre el deber de aplicación de la jurisprudencia internacional, la Corte Constitucional ha sostenido:

4.5 Ahora bien, los derechos humanos reconocidos en la Convención pertenecen a lo que esta Corte ha llamado *bloque de constitucionalidad* en sentido estricto⁶⁸. De acuerdo con el contenido del artículo 93 superior, las normas que contiene se entienden incorporadas al ordenamiento interno y surten efectos directos. Al aplicar el concepto de *bloque de constitucionalidad*, la declaratoria que hacen los jueces de la Corte IDH no solo repercute sobre la esfera internacional sino sobre el ordenamiento interno. Así, la violación declarada por la Corte Interamericana surte efectos en el ámbito de las relaciones entre países soberanos y miembros de la OEA –donde se reconoce a la nación como infractora⁶⁹- y, a la vez, proyecta directamente consecuencias dentro del Estado⁷⁰.

Si bien el artículo 93 de la Carta Política no hace una mención directa de los efectos internos de ese tipo de decisiones, por vía jurisprudencial la Corte Constitucional ha venido decantando sus alcances. En primer término, ha sostenido que determinaciones de esa índole tienen un efecto general como criterio hermenéutico para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales⁷¹.

⁶⁸ La Corte ha reconocido lo anterior, entre otras, en las sentencias C-442 de 2011, T-302 de 2008, C-187 de 2006, C-1260 de 2005, C-820 de 2005 y C-616 de 2001.

⁶⁹ Cabe recordar que el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya señala como fuentes de derecho internacional, las siguientes: 1) los tratados internacionales; 2) la costumbre internacional; 3) los principios generales del derecho “reconocidos por las naciones civilizadas”; 4) la jurisprudencia; 5) la doctrina y 6) la equidad.

⁷⁰ Resulta pertinente aclarar que, de manera general, todos los compromisos internacionales que adquiere un Estado deben contar con instrumentos de derecho interno que posibiliten el cumplimiento de las obligaciones contraídas por él. No brindar instrumentos de tal índole resultaría en una grave violación del principio *pacta sunt servanda* que orienta las relaciones internacionales, pues derivaría en una incapacidad operativa del Estado en cuestión para honrar sus compromisos. Empero, en el plano de la aplicación de la Convención Americana, lo que es de resaltar es que sus disposiciones tienen rango constitucional y que tienen por objeto mismo la garantía de los derechos humanos. Adicionalmente es pertinente señalar que en otras ocasiones la jurisprudencia de esta Corte ya ha constatado esta repercusión de decisiones tomadas en el ámbito internacional sobre el ordenamiento interno. En este sentido, la sentencia T-558 de 2003, reiterada en las sentencias T-786 de 2003, T-524 de 2005 y T-584^a de 2011, entre otras, precisó los alcances de las medidas provisionales ordenadas por la Comisión Interamericana de Justicia. La sentencia T-385 de 2005 estudió los efectos de las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Las sentencias T-568 de 1999, T-1211 de 2000, T-603 de 2003, T-979 de 2004 y T-171 de 2011, entre otras, precisaron la repercusión de las recomendaciones de los órganos de control y vigilancia de la OIT.

⁷¹ Sentencia C-10 de 2000, reiterada en las sentencias T-1391 de 2001 y C-097 de 2003. En fecha más reciente esta cita fue reiterada en la sentencia C-936 de 2010, en la cual se examinaba la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, modificatorio del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, que regulaba la aplicación del principio de oportunidad a los desmovilizados. En esta sentencia se sostuvo que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contiene la interpretación auténtica de los derechos de la Convención Americana de Derechos Humanos y luego de citar los desarrollos más significativos en materia de los derechos de las

En esa línea, en diversos fallos esta Corporación se ha referido puntualmente a la Corte IDH, indicando que su jurisprudencia es un criterio relevante para fijar el parámetro de control de las normas que hacen parte del ordenamiento interno colombiano, precisamente porque establece el alcance de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos. La Corporación ha sostenido que la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la *interpretación auténtica* de los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad⁷².

Así, por ejemplo, en la sentencia C-228 de 2002 este Tribunal retomó la doctrina de la Corte IDH en relación a las medidas legislativas que impidieran a las víctimas de violaciones de derechos humanos conocer la verdad de los hechos, concluyendo que resultaban contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos. Esto para efectos de examinar la constitucionalidad del artículo 137 de la Ley 600 de 2000, demandado en aquella ocasión.⁷³

En similar sentido, en la sentencia C-370 de 2006, al examinar distintas disposiciones de la Ley 975 de 2005 relacionadas con los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, se reconoció el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dijo esta Corporación:

“Por su relevancia como fuente de Derecho Internacional vinculante para Colombia, por tratarse de decisiones que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte transcribirá algunos de los apartes más relevantes de algunas de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativas a estándares sobre justicia, no repetición, verdad y reparación de las víctimas de los graves atentados contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.”

Y de manera específica, por primera vez, la Corte Constitucional utiliza el control de convencionalidad al que se viene aludiendo, en la sentencia C-442 de 2011, en la que se hizo una confrontación normativa convencional⁷⁴ y de precedente interamericano,⁷⁵ en relación a los tipos penales de injuria y calumnia⁷⁶, pues la

víctimas de graves violaciones de derechos humanos consigna textualmente: *“Las anteriores conclusiones provienen de sentencias de un tribunal internacional cuya competencia ha sido aceptada por Colombia. El artículo 93 de la Constitución colombiana prescribe que los derechos y deberes consagrados en esa Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, por lo que la jurisprudencia reseñada resulta relevante para la interpretación que de tales derechos y deberes se haga en el orden interno.”*

⁷² Sentencias C-360 de 2005 y C-936 de 2010.

⁷³ La Corte declaró inexecutable, con dicho fundamento, el aparte que se tacha del inciso 2º del artículo citado: *“En todo proceso por delito contra la administración pública, será obligatoria la constitución de parte civil a cargo de la persona jurídica de derecho público perjudicada. Si el representante legal de esta última fuera el mismo sindicado, la Contraloría General de la República o las Contralorías Territoriales, según el caso, deberán asumir la constitución de parte civil; en todo caso, cuando los organismos de control fiscal lo estimen necesario en orden a la transparencia de la pretensión podrán intervenir como parte civil en forma prevalente y desplazar la constituida por las entidades mencionadas.”*

⁷⁴ Convención Interamericana de Derechos Humanos. Artículos 8 (Garantías judiciales), 13 (Libertad de pensamiento y de expresión), 9 (Principio de Legalidad) 1.1. Obligación de respetar los derechos) y 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno).

⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Caso Kimel Vs Argentina

existencia jurídica de estos últimos, suponía un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y la protección de la honra de los asociados. En ese sentido, la Corte invoca este control, sosteniendo que las normas demandadas no violan el efecto útil de disposiciones convencionales, ni el precedente de la Corporación Interamericana, en tanto el sacrificio de algunas libertades como las de expresión, se encuentra justificada en la protección a la honra y al buen nombre, a través de la relevancia penal de estas conductas, medidas que resultan armónicas con el principio de legalidad. Al respecto se sostuvo:

*"De manera reiterada esta Corporación ha sostenido que "en virtud del artículo 93 de la CP, los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, de lo cual se deriva que la jurisprudencia de las instancias internacionales encargadas de interpretar estos tratados constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales"*⁷⁷.

En la misma línea argumentativa en años recientes en diversas decisiones de esta Corporación se ha señalado que la jurisprudencia de la Corte IDH es un criterio relevante para fijar el parámetro de control de las normas que hacen parte del ordenamiento interno colombiano, precisamente porque establece el alcance de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos los cuales a su vez resultan relevantes al examinar la constitucionalidad de disposiciones de rango legal al hacer parte del bloque de constitucionalidad.

Dentro de esta línea argumentativa esta Corporación ha sostenido que la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la *interpretación auténtica* de los derechos contenidos en la CADH, instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad⁷⁸.

(...)

Finalmente, en la sentencia C-370 de 2006, al examinar distintas disposiciones de la Ley 975 de 2005 relacionadas con los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, se reconoció el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los siguientes términos: *"Por su relevancia como fuente de Derecho Internacional vinculante para Colombia, por*

⁷⁶ Arts. 220 y 221 del Código Penal.

⁷⁷ Sentencia C-10 de 2000, reiterada en las sentencias T-1391 de 2001 y C-097 de 2003. En fecha más reciente esta cita fue reiterada en la sentencia C-936 de 2010 en la cual se examinaba la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, modificadorio del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, que regulaba la aplicación del principio de oportunidad a los desmovilizados, en esta sentencia se sostuvo que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contiene la interpretación auténtica de los derechos de la Convención Americana de derechos Humanos y luego de citar los desarrollos más significativos en materia de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos se consigna textualmente: *"Las anteriores conclusiones provienen de sentencias de un tribunal internacional cuya competencia ha sido aceptada por Colombia. El artículo 93 de la Constitución colombiana prescribe que los derechos y deberes consagrados en esa Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, por lo que la jurisprudencia reseñada resulta relevante para la interpretación que de tales derechos y deberes se haga en el orden interno."*

⁷⁸ Sentencias C-360 de 2005 y C-936 de 2010.

*tratarse de decisiones que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte transcribirá algunos de los apartes más relevantes de algunas de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativas a estándares sobre justicia, no repetición, verdad y reparación de las víctimas de los graves atentados contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.*⁷⁹

Entonces, debido a la importancia que tiene la jurisprudencia de la Corte IDH como una interpretación autorizada de la CADH, y porque en buena medida los cargos formulados por los demandantes se fundan en el precedente sentado en el Caso Kimel contra Argentina⁸⁰, resulta necesario hacer brevemente referencia a esta sentencia.

(...)

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte concluyó que la afectación a la libertad de expresión del señor Kimel fue manifiestamente desproporcionada, por excesiva, en relación con la alegada afectación del derecho a la honra en el presente caso.

Por lo anterior, La Corte aceptó el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado y declaró que existió violación del derecho a la libertad de expresión, consagrado en el artículo 13.1 y 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones generales establecidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho Tratado; el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable, consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ahora bien, aunque constituye un precedente significativo en torno al alcance de la libertad de expresión y del principio de legalidad en la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, esta decisión no puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un control de convencionalidad que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia

⁷⁹ En definitiva la línea argumentativa adoptada por la Corte Constitucional resulta concordante con la postura de la Corte IDH, la cual en distintas sentencias ha señalado el carácter vinculante de su jurisprudencia como interpretación auténtica de la CADH. Así en el "Caso Almonacid Castellanos vs. Chile" sostuvo que: "*La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un principio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención americana*", Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, No. 154, parr. 124. En el "Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú" puso de manifiesto que "*...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad' ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*", Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, No. 158, parr. 128.

⁸⁰ Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177.

constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que han precisado notablemente el alcance de los elementos normativos de estos tipos penales, a lo cual se hará alusión en un acápite posterior de esta decisión.

(...)

No desconoce esta Corporación que actualmente en el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos se avanza en la despenalización de estas conductas, bajo la idea de que su sanción puede resultar nociva para el ejercicio de las libertades de información y de expresión y que por lo tanto resulta más conveniente su protección mediante mecanismos distintos a la tipificación penal, pero se trata de una decisión que, en principio, está reservada al legislador en el ejercicio de potestad de configuración normativa⁸¹.

Se concluye, por lo tanto, que los cargos formulados por los demandantes contra los artículos 220 y 221 de la Ley 599 de 2000 no están llamados a prosperar porque la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia ha

⁸¹ Este aspecto ya fue considerado en la sentencia C-417 de 2009 en la cual se señaló: “En el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión de 2008⁸¹, se establece dentro de los ingredientes que componen la “agenda de hemisférica” para la defensa de tal libertad, la necesidad de “eliminar las normas que criminalizan la expresión y de impulsar la proporcionalidad de las sanciones ulteriores”. A este respecto se señala que el ideal de ciudadano que subyace a las democracias de las Américas y del sistema interamericano de protección de derechos humanos, es el de “un sujeto deliberante, que *tiene el valor de servirse de su propia inteligencia* y que está dispuesto a discutir con otros las razones de su decisión”. Se trata, dice el informe, de “tomarse en serio la idea de una ciudadanía democrática y militante”, lo que implica el “diseño de instituciones que permitan y que no inhiban o dificulten la deliberación sobre todos los asuntos y fenómenos de relevancia pública”. Por esto es que observa que las instituciones propias del derecho sancionatorio y en especial del derecho penal resultan de particular relevancia, pues sirven como medios coercitivos para imponer una visión única y desalentar la deliberación vigorosa, siendo por lo demás incompatibles con los principios que orientan los regímenes democráticos y en particular la libertad de expresión en los términos contemplados en el art. 13 de la Convención Americana de DDHH. En este marco, la Relatoría especial señala como temas preocupantes y sobre los cuales deben trabajar tanto el sistema como los propios Estados miembros de la organización: “(i) La existencia de leyes penales de desacato, injuria y calumnia, particularmente, cuando se aplican para procesar penalmente a quienes han hecho valoraciones críticas sobre asuntos de interés público o sobre personas que tienen relevancia pública; (ii) el uso de la legislación penal para proteger la ‘honra’ o ‘reputación’ de ideas o instituciones (...)”. Es por ello que importantes decisiones de la Corte Interamericana sobre libertad de expresión, han estudiado el enjuiciamiento penal de quienes se habían expresado con opiniones críticas respecto de asuntos de interés público. En todos estos asuntos, la Corte declaró la desproporción de tales medidas, a más de ser contrarias al art. 13 de la Convención. Y se agrega enseguida que tanto la CIDH como la Relatoría Especial en todos sus informes sobre el tema, “han enfatizado sobre la necesidad de *descriminalizar* el ejercicio de esta libertad y de establecer criterios de proporcionalidad para la fijación de las responsabilidades ulteriores que puedan surgir de su ejercicio abusivo, de conformidad con los principios 10 y 11 de la Declaración de Principios. Con base en lo anterior es que la Relatoría especial insiste en la necesidad de cumplir con lo dispuesto en tales principios, e insiste igualmente en que la exclusión de tales medidas penales no busca desproteger derechos como el honor y la privacidad, sin duda valiosos para la democracia. “De lo que se trata -dice el informe- es de asegurarse que la protección de tales bienes no termine comprometiendo una de las más importantes condiciones de posibilidad de las sociedades democráticas”. Conviene finalmente observar que mediante Resolución 2434 (XXXVIII-0/08) adoptada por la Asamblea General de la OEA, “Derecho a la libertad de pensamiento y expresión y la importancia de los medios de comunicación”, con base en la importancia ampliamente reconocida de este conjunto de libertades para consolidar las sociedades democráticas, se contempla dentro de las determinaciones adoptadas: “12. Invitar a los Estados Miembros a considerar las recomendaciones de la Relatoría Especial de la CIDH para la Libertad de Expresión en materia de difamación, en el sentido de derogar o enmendar las leyes que tipifican como delito el desacato, la difamación, la injuria y la calumnia, y, en tal sentido, regular estas conductas en el ámbito exclusivo del derecho civil”.

precisado los elementos que configuran los tipos penales de injuria y calumnia. De tal manera que esta jurisprudencia resulta vinculante para los jueces cuando interpreten y apliquen estas disposiciones en casos concretos. Como se dijo antes el carácter abierto de un tipo penal no implica su inconstitucionalidad, máxime cuando se trata de delitos que tienen una larga tradición jurídica en el ordenamiento colombiano y cuyos alcances han sido fijados de manera reiterada por la interpretación de los órganos de cierre judiciales”.

En ese orden, comoquiera que la jurisdicción interna, en ejercicio de la administración de justicia, está llamada a actuar como juez interamericano a nivel nacional en los casos de graves violaciones a derechos humanos, esta Sala ejercerá un control de convencionalidad a la conducta omisiva del Estado en el presente caso y determinará si éste quebrantó normas internacionales de derechos humanos. En ese orden, se advierte que la omisión del Estado colombiano configuró un desconocimiento de la posición de garante frente a los derechos de las víctimas de la desaparición forzada, pues se encontraba en el rol de reforzar la protección de los afectados, la cual no llevó a cabo, lo que significó la violación de los contenidos obligacionales del artículo 1.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos⁸²; así como también de lo dispuesto en artículo 1 de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas⁸³, reiterando con ello un reproche a este actuar negativo y permitiendo así una imputación del daño antijurídico.

⁸² **Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos:**

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

⁸³ **Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Artículo 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a:**

- a) No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales;
- b) Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo;
- c) Cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y
- d) Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención.

Asimismo, toda vez que este control no solo se agota en la verificación del cumplimiento de normas convencionales, sino que también se extiende a la verificación de la interpretación que de ellas se ha llevado a cabo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, único cuerpo colegiado autorizado para ello, se tiene que la omisión en el caso *sub examine*, ha desconocido lo señalado en un sinnúmero de pronunciamientos que sobre este mismo tópico se han emitido, en los que se ha cuestionado al Estado por su pasividad ante violaciones de derechos humanos, y se ha conminado a reforzar la protección de los asociados de un inminente estado de violación –deber de prevenir-, así como también el fortalecer las investigaciones penales y disciplinarias de rigor –deber de investigar-. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de los casos *Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz, ambos contra el Estado de Honduras*, interpretó estas obligaciones de la siguiente forma:

“165. La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de "respetar los derechos y libertades" reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado.

“166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. El Estado está en el deber jurídico de prevenir razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”⁸⁴.

Así las cosas, un Estado puede incurrir en responsabilidad internacional por las actuaciones de sus agentes, por omisión de actuar ante acciones de particulares que afectan los derechos de la Convención Americana.

En relación con la responsabilidad de tipo directa la Corte Interamericana, ha precisado:

84 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 166 y ss. Caso Godínez Cruz, Sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 183 y ss. Caso Gangaram Panday, Sentencia del 21 de enero de 1994, párr. 62.

“Conforme al artículo 1.1. es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o una institución de carácter público que lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en este artículo.”⁸⁵

Respecto de la responsabilidad por acción de particulares, la Corte determinó en el Caso la Masacre de Pueblo Bello (vs) Colombia, que:

“Para la Corte es claro que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, el carácter erga omnes de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los mismos frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente imputable al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía.”⁸⁶

Ahora bien, en lo concerniente al fortalecimiento del deber de prevención y de investigación ante la comisión de delitos de lesa humanidad, la jurisprudencia interamericana sostuvo en el caso Velásquez (vs) Honduras:

“(…) 172. Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. **No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí**

85 Corte interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 166 y ss. Caso Godínez Cruz, Sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 183 y ss. Caso Gangaram Panday, Sentencia del 21 de enero de 1994, párr. 62.

86 Corte interamericana de Derechos Humanos. Caso la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, párrs 123 y ss; Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Rights, Kiliç v. Turkey, judgment of 28 March 2000, Application No. 22492/93, par. 62 y 63; Osman v. the United Kingdom judgment of 28 October 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-VIII , par. 115 y 116.

mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.⁸⁷

En esa misma línea se pronunció en el caso 19 comerciantes (vs) Colombia, al considerar:

183. La protección activa del derecho a la vida y de los demás derechos consagrados en la Convención Americana, se enmarca en el deber estatal de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado, y requiere que éste adopte las medidas necesarias para castigar la privación de la vida y otras violaciones a los derechos humanos, así como para prevenir que se vulnere alguno de estos derechos por parte de sus propias fuerzas de seguridad o de terceros que actúen con su aquiescencia⁸⁸.

184. Esta Corte ha señalado reiteradamente que la obligación de investigar debe cumplirse "con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa"⁸⁹. La investigación que el Estado lleve a cabo en cumplimiento de esta obligación "[d]ebe tener un sentido y ser asumida por el [mismo] como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad"⁹⁰.

185. La Corte ha dicho que "el artículo 8.1 de la Convención debe interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu"⁹¹. Interpretado de esa manera, el mencionado texto comprende también el derecho de los familiares de la víctima a las garantías judiciales, por cuanto "*todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia*" (Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas artículo 1.2)⁹².

186. Este Tribunal también ha señalado que

⁸⁷ CIDH, Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, Sentencia de Fondo de 29 de julio de 1988.

⁸⁸ Cfr. *Caso Myrna Mack Chang*, supra nota 3, párr. 153; *Caso Bulacio*, supra nota 3, párr. 111; y *Caso Juan Humberto Sánchez*, supra nota 147, párr. 110. En igual sentido, Comentario General No. 6 (Décimo sexta sesión, 1982), párr. 3, supra nota 123; María Fanny Suárez de Guerrero v. Colombia. Comunicación No. R.11/45 (5 de febrero de 1979), U.N.Doc. Supp. No. 40 (A/37/40) en 137 (1982), pág. 137.

⁸⁹ Cfr. *Caso Bulacio*, supra nota 3, párr. 112; *Caso Juan Humberto Sánchez*, supra nota 147, párr. 144; y *Caso Bámaca Velásquez*, supra nota 151, párr. 212.

⁹⁰ Cfr. *Caso Bulacio*, supra nota 3, párr. 112; *Caso Juan Humberto Sánchez*, supra nota 147, párr. 144; y *Caso Bámaca Velásquez*, supra nota 151, párr. 212.

⁹¹ *Caso Las Palmeras*, supra nota 160, párr. 58; *Caso Durand y Ugarte*, supra nota 160, párr. 128; y *Caso Blake*, supra nota 151, párr. 96.

⁹² *Caso Durand y Ugarte*, supra nota 160, párr. 128; y *Caso Blake*, supra nota 151, párr. 97.

del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación⁹³.

187. En consecuencia, el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conexión con el artículo 25.1 de la misma, confiere a los familiares de las víctimas el derecho a que la muerte de estas últimas sea efectivamente investigada por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; en su caso, se les impongan las sanciones pertinentes, y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido⁹⁴.

188. El derecho de acceso a la justicia no se agota en que se tramiten procesos internos, sino que debe además asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables⁹⁵.

(...)

258. Este Tribunal se ha referido en reiteradas ocasiones al derecho que asiste a los familiares de las víctimas de conocer lo que sucedió y de saber quiénes fueron los agentes del Estado responsables de los respectivos hechos⁹⁶. Tal como ha señalado la Corte, "la investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables, [...] es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad"⁹⁷.

259. Esta medida no solo beneficia a los familiares de las víctimas sino también a la sociedad como un todo, de manera que al conocer la verdad en cuanto a tales crímenes tenga la capacidad de prevenirlos en el futuro⁹⁸.

260. El Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que la Corte ha definido como "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana"⁹⁹. Al respecto, la Corte ha advertido que

⁹³ *Caso Las Palmeras*, *supra* nota 160, párr. 59; *Caso Durand y Ugarte*, *supra* nota 160, párr. 129; y *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*, *supra* nota 147, párr. 227.

⁹⁴ *Cfr. Caso Las Palmeras*, *supra* nota 160; y *Caso Durand y Ugarte*, *supra* nota 160, párr. 130.

⁹⁵ *Cfr. Caso Myrna Mack Chang*, *supra* nota 3, párr. 209; *Caso Bulacio*, *supra* nota 3, párr. 114; y *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, *supra* nota 150, párrs. 142 a 145.

⁹⁶ *Cfr. Caso Myrna Mack Chang*, *supra* nota 3, párr. 273; *Caso Trujillo Oroza. Reparaciones*, *supra* nota 167, párr. 100; y *Caso Cantoral Benavides. Reparaciones*, *supra* nota 197, párr. 69.

⁹⁷ *Cfr. Caso Trujillo Oroza. Reparaciones*, *supra* nota 167, párr. 100; *Caso Cantoral Benavides. Reparaciones*, *supra* nota 197, párr. 69; y *Caso Cesti Hurtado. Reparaciones*, *supra* nota 196, párr. 62.

⁹⁸ *Cfr. Caso Bámaca Velásquez. Reparaciones*, *supra* nota 167, párr. 77.

⁹⁹ *Cfr. Caso Maritza Urrutia*, *supra* nota 3, párr. 126; *Caso Bulacio*, *supra* nota 3, párr. 120; y *Caso Juan Humberto Sánchez*, *supra* nota 147, párr. 143.

[...] el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares¹⁰⁰.

261. La Corte considera que las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y sus familiares, en su caso, tienen el derecho a conocer la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas deben ser informados de todo lo sucedido en relación con dichas violaciones. Este derecho a la verdad ha venido siendo desarrollado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁰¹; al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, ello constituye un medio importante de reparación. Por lo tanto, en este caso da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de las víctimas¹⁰².

262. En cuanto al cumplimiento de esta obligación de investigar y sancionar, la Corte ha establecido que:

[...] son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁰³.

263. A la luz de las anteriores consideraciones, Colombia debe investigar efectivamente los hechos del presente caso, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales de las violaciones cometidas en perjuicio de los 19 comerciantes, para los efectos penales y cualesquiera otros que pudieran resultar de la investigación de los hechos. Es preciso que tribunales penales ordinarios competentes investiguen y sancionen a los miembros de la fuerza pública que participaron en los hechos. Además, el Estado deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de la sentencia condenatoria. El proceso deberá versar sobre los hechos y sus implicaciones jurídicas. Asimismo, los familiares de las víctimas deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar, en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana. Finalmente, la Corte dispone que el resultado de este proceso deberá ser públicamente divulgado, para que la sociedad colombiana conozca la verdad de lo ocurrido¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Cfr. *Caso Maritza Urrutia*, *supra* nota 3, párr. 126; *Caso Bulacio*, *supra* nota 3, párr. 120; y *Caso Juan Humberto Sánchez*, *supra* nota 147, párr. 143.

¹⁰¹ Cfr. *Caso Myrna Mack Chang*, *supra* nota 3, párr. 274; *Caso Trujillo Oroza*, *supra* nota 167, párr. 114; y *Caso Bámaca Velásquez. Reparaciones*, *supra* nota 167, párr. 76.

¹⁰² Cfr. *Caso Myrna Mack Chang*, *supra* nota 3, párr. 274; *Caso Trujillo Oroza. Reparaciones*, *supra* nota 167, párr. 114; y *Caso Bámaca Velásquez. Reparaciones*, *supra* nota 167, párr. 76.

¹⁰³ Cfr. *Caso Myrna Mack Chang*, *supra* nota 3, párr. 276; *Caso del Caracazo. Reparaciones*, *supra* nota 13, párr. 119; y *Caso Trujillo Oroza. Reparaciones*, *supra* nota 167, párr. 106.

¹⁰⁴ CIDDDH. Caso 19 comerciantes vs Colombia. Sentencia del 5 de julio de 2004.

Más adelante, en la sentencia proferida en el caso Mapiripán (vs) Colombia¹⁰⁵, se ratificó el deber de investigar de manera reforzada los actos violatorios de derechos humanos en medio del conflicto armado. Al respecto se sostuvo:

223. Tal como fue señalado, en casos de ejecuciones extrajudiciales, la jurisprudencia de este Tribunal es inequívoca: el Estado tiene el deber de iniciar *ex officio*, sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva (*supra* párr. 219), que no se emprenda como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa¹⁰⁶.

224. En este sentido, basado en el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas, este Tribunal ha especificado los principios rectores que es preciso observar cuando se considera que una muerte pudo deberse a una ejecución extrajudicial. Las autoridades estatales que conducen una investigación deben intentar como mínimo, *inter alia*: a) identificar a la víctima; b) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte, con el fin de ayudar en cualquier potencial investigación penal de los responsables; c) identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones en relación con la muerte que se investiga; d) determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier patrón o práctica que pueda haber causado la muerte; y e) distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio. Además, es necesario investigar exhaustivamente la escena del crimen, se deben realizar autopsias y análisis de restos humanos, en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados¹⁰⁷.

225. En el presente caso, la investigación se inició casi inmediatamente después de los días en que la masacre fue perpetrada. En efecto, consta que los paramilitares permanecieron en Mapiripán desde el 15 hasta el 20 de julio de 1997 y la indagación preliminar por los hechos fue iniciada dos días después por la Fiscalía 12 Delegada ante los Jueces Regionales, radicada en San José del Guaviare; posteriormente la investigación fue asumida por la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación (*supra* párr. 96.68).

226. Ciertamente el *modus operandi* en la ejecución de la masacre - la destrucción de los cuerpos y el terror sembrado entre los habitantes sobrevivientes de Mapiripán - ha dificultado la plena identificación de las víctimas de la masacre. Sin embargo, los hechos probados y reconocidos por el Estado revelan una serie de problemas ocurridos a lo largo de las investigaciones que evidencian graves faltas a la debida diligencia en la conducción de las acciones oficiales¹⁰⁸.

¹⁰⁵ CIDDDH. Caso Mapiripán vs Colombia. Sentencia del 15 de septiembre de 2005.

¹⁰⁶ Cfr. *Caso de la Comunidad Moiwana*, *supra* nota 4, párr. 146; *Caso Hermanas Serrano Cruz*, *supra* nota, párr. 61, y *Caso Bulacio*, *supra* nota 196, párr. 112.

¹⁰⁷ Cfr. *Caso de la Comunidad Moiwana*, *supra* nota 4, párr. 149, y *Caso Juan Humberto Sánchez*, *supra* nota 187, párr. 127 y 132. En igual sentido, Manual Sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de las Naciones Unidas, Doc. E/ST/CSDHA/12 (1991).

¹⁰⁸ Cfr. *Caso de la Comunidad Moiwana*, *supra* nota 4, párr. 148; *Caso Hermanas Serrano Cruz*, *supra* nota 11, párr. 65, y *Caso Carpio Nicolle y Otros*. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No. 117, párr. 129.

En pronunciamiento reciente, al resolverse el caso Masacre de Santo Domingo (vs) Colombia¹⁰⁹, se reiteró la obligación del Estado en desplegar todas las acciones tendientes a evitar la comisión de actos ilícitos de esa magnitud, dado el riesgo cierto de su ocurrencia –prevención-; así como también, de fortalecer el sistema judicial de tal manera que su operación logre los cometidos de verdad, justicia y reparación. En esta oportunidad se consideró:

“La Corte recuerda que, en virtud de la protección otorgada por los artículos 8 y 25 de la Convención, los Estados están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos, que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal¹¹⁰. Asimismo, el Tribunal ha señalado que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y se sancione a los eventuales responsables¹¹¹.

La Corte ha establecido que la obligación de garantizar (artículo 1.1) comprende el deber jurídico de “prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponer [a los responsables] las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”. Lo decisivo es dilucidar “si una determinada violación [...] ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la transgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente”¹¹². La obligación de investigar debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse¹¹³.

Si bien la Corte ha establecido que el deber de investigar es uno de medio, no de resultado, ello no significa, sin embargo, que la investigación pueda ser emprendida como “una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa”¹¹⁴ o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios¹¹⁵. Es responsabilidad de las autoridades estatales realizar una investigación seria, imparcial y efectiva por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de los autores de los hechos, especialmente en

¹⁰⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacre Santo Domingo vs Colombia. Sentencia del 30 de noviembre de 2012.

¹¹⁰ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo*, párr. 91, y *Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana*, párr. 207.

¹¹¹ Cfr. *Caso Bulacio Vs. Argentina*, párr. 114, y *Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana*, párr. 255.

¹¹² *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo*, párr. 173, y *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 47.

¹¹³ Cfr. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 319, y *Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana*, párr. 203.

¹¹⁴ *Caso Velásquez Rodríguez, Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 177, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*, párr. 248.

¹¹⁵ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo*, párr. 177, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*, párr. 248.

un caso como el presente en el cual estaban involucrados agentes estatales”¹¹⁶. (Subrayas de la Sala).

En ese mismo pronunciamiento, a propósito del control que se ejerce en este acápite, la Corte Interamericana reiteró el deber que reside en los operadores jurídicos nacionales de actuar, dentro de su marco de acción, como jueces interamericanos, frente a lo cual recordó:

“144. Es decir, si bien el Sistema tiene dos órganos “competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la Convención”¹¹⁷, la Corte solo puede “conocer un caso” cuando se han “agotado los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50” de dicho instrumento, sea el procedimiento de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana. **De tal modo, solamente si un caso no se ha solucionado a nivel interno, como correspondería primariamente hacerlo a cualquier Estado Parte en la Convención en ejercicio efectivo del control de convencionalidad, entonces el caso puede llegar ante el Sistema, en cuyo caso debería resolverse ante la Comisión y, solamente si las recomendaciones de ésta no han sido cumplidas, el caso podría llegar ante la Corte.** De tal manera, el funcionamiento lógico y adecuado del Sistema Interamericano de Derechos Humanos implica que, en tanto “sistema”, las partes deben presentar sus posiciones e información sobre los hechos en forma coherente y de acuerdo con los principios de buena fe y seguridad jurídica, de modo que permitan a las otras partes y a los órganos interamericanos una adecuada sustanciación de los casos. La posición asumida por el Estado en el procedimiento ante la Comisión determina también en gran medida la posición de las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes, lo que llega a afectar el curso del procedimiento”¹¹⁸. (Subrayas y negrillas de la Sala).

¹¹⁶ Cfr. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 143, y *González Medina y familiares Vs. República Dominicana*, párr. 204.

¹¹⁷ Artículo 33 de la Convención Americana.

¹¹⁸ En similar sentido, en el caso *Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú* la Corte consideró: 174. En primer término, la Corte estima necesario enfatizar que el proceso de tramitación de denuncias individuales que procure culminar con una decisión jurisdiccional de la Corte, requiere de la integridad institucional del sistema de protección consagrado en la Convención Americana. El sometimiento de un caso contencioso ante el Tribunal por alegadas violaciones a los derechos humanos cometidas por un Estado Parte que haya reconocido la competencia contenciosa del Tribunal requiere del desarrollo previo del procedimiento ante la Comisión, el cual inicia con la presentación de la petición ante este último órgano. El procedimiento ante la Comisión contempla garantías tanto para el Estado denunciado como para las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes, dentro de las cuales cabe destacar las relacionadas con las condiciones de admisibilidad de la petición y las relativas a los principios de contradicción, equidad procesal y seguridad jurídica. Es en el procedimiento ante la Comisión que el Estado denunciado suministra inicialmente la información, alegatos y prueba que estime pertinentes en relación con la denuncia, y aquella prueba rendida en procedimientos contradictorios podrá ser posteriormente incorporada en el expediente ante la Corte. La posición asumida por el Estado en el procedimiento ante la Comisión determina también en gran medida la posición de las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes, lo que llega a afectar el curso del procedimiento [...]. *Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 7 de febrero de 2006, Serie C No. 144, párr. 167 y ss. Véase también: *Asunto de Viviana Gallardo y otras*. Serie A No.G 101/81, Considerandos 12.b), 16, 20, 21 y 22, y *Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41 y 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-19/05 de 28 de noviembre de 2005. Serie A No. 19, párrs. 25 a 27.

Así las cosas, al llevar a cabo un control de convencionalidad sobre la conducta del Estado, reflejada en una omisión a su deber de protección y vigilancia, se concluye por un lado, un quebrantamiento normativo internacional¹¹⁹; y por el otro, un desconocimiento a un precedente internacional¹²⁰, amen, de la violación palmaria del orden jurídico interno. Y es que el juez, al juzgar este tipo de conflictos debe, por imperativo internacional, ejercer este control, no solo en virtud del mandato de la Convención Interamericana, sino además, por constituir aquella, fuente de derecho a nivel nacional, en razón del artículo 230 de la Constitución Política, lo que es posible, gracias a la articulación del sistema interamericano al ordenamiento jurídico, a través artículo 93 de la misma Carta, permitiéndose con ello, una declaratoria de la responsabilidad extracontractual por los daños antijurídicos padecidos por los demandantes.

En síntesis, el control de convencionalidad es un principio de aplicación imperativa, que aunque aparentemente tiene una dimensión destructiva –dejar de lado el derecho interno– ello se supera al trascender a la dimensión integrativa que permite presentar una normativa que conjuga finalmente, un ordenamiento jurídico, como un todo.

Pues bien, en el caso *sub examine*, se itera, el daño no tuvo origen en el ámbito del actuar estatal, en la medida en que ningún agente suyo actuó en la comisión de la desaparición de los ocho habitantes del Municipio de San Roque, comoquiera que, no se demostró que ello hubiere ocurrido, ni en ningún proceso penal ni en el disciplinario adelantado con ocasión del deplorable suceso; sin embargo era de público conocimiento en el municipio de Puerto Berrío, que los miembros del grupo paramilitar que operaban en la zona, eran quienes empleaban esta modalidad de delitos para lograr sus cometidos, situación que bien conocía la fuerza pública, y fue omisiva en la labor de protección y vigilancia de los habitantes de la zona afectada por la gravedad contextual, y prueba incontestable de ello, es el hecho sin antecedentes ni justificación, de que un alto miembro de la brigada que custodiaba la zona, hubiere acompañado a algunos de los familiares de los desaparecidos a los sitios de comandancia del grupo paramilitar que perpetró el

¹¹⁹ Artículo 1.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Artículo 1 de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas.

¹²⁰ CIDDDH. Caso Velásquez vs Honduras. Caso 19 comerciantes vs Colombia. Caso Mapiripán vs Colombia.

delito, para ser enterados de la suerte de los mismos¹²¹, circunstancia que no solo es reprochable, amén de execrable.

Así las cosas, concluye la Sala, que a la Nación- Ministerio de Defensa, Ejército Nacional- se le debe imputar el daño antijurídico y por lo tanto, debe responder patrimonialmente por el mismo, pues está demostrado el incumplimiento del deber convencional, constitucional y legal de seguridad y protección que le era exigible en relación con la vida de que los señores: Henry De Jesús Jiménez Arroyave; Ramón Octavio Agudelo Castro; Álvaro de Jesús Carmona Franco; Luis Alfonso Peláez Vega; Miguel Ángel Amariles Zapata; Darubín Cifuentes Sánchez y Luis Alfonso Martínez Suárez, razón por la cual se declarará la responsabilidad de la entidad demandada.

De igual forma, la Sala reitera que en estos eventos la responsabilidad del Estado se ve comprometida de forma especial y particular, toda vez que, precisamente, la administración pública –y especialmente en el departamento de Antioquia– fomentó la creación y constitución de grupos armados denominados “Convivir” cuya finalidad era dotar de aparente legalidad y legitimidad a un fenómeno de paramilitarismo cuyo objetivo era exterminar los grupos subversivos.

Por tal motivo, los daños antijurídicos irrogados por esos grupos ilegales son imputables al Estado no sólo por la vía de la comisión por omisión (posición de garante), sino, de igual forma, en virtud de un riesgo que la misma organización estatal promovió, comoquiera que en un Estado que se dice Social de Derecho el manejo de las armas y de la defensa de la soberanía sólo está a cargo de las Fuerza Pública; fue precisamente esa comportamiento permisivo de la administración pública lo que permitió que se cometieran y perpetuaran actos execrables que atentaron contra los bienes e intereses jurídicos más esenciales de la población, en una punible y reprochable connivencia entre las autoridades públicas y los grupos armados ilegales.

En esa línea de pensamiento, el control de convencionalidad constituye un imperativo normativo a cargo de todos los jueces de los países que han suscrito la Convención Americana de Derechos Humanos, así como la competencia de la

¹²¹ FIs. 231-234. Cdno No 4. Investigación Procuraduría.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, para garantizar la aplicación efectiva de una hermenéutica garantista de derechos humanos, con respeto y apego no sólo a las disposiciones convencionales, sino también a la jurisprudencia del organismo internacional.

Se trata, por lo tanto, del reconocimiento del principio de universalidad de la protección, garantía y eficacia de los derechos humanos, lo que significa que los Estados no pueden permitir o fomentar la vulneración o trasgresión de las garantías mínimas del ser humano, so pena de medidas o condenas ejemplares que no sólo busquen la persecución de los autores de los delitos contra el orden penal internacional, sino también la reparación integral de los daños irrogados.

3. Indemnización de Perjuicios:

3.1 Perjuicios Materiales - Lucro Cesante

La liquidación que corresponde efectuar, se hará conforme a cada grupo familiar que integra la parte demandante, de acuerdo a cada persona desaparecida. En ese orden se llevará a cabo la cuantificación de los perjuicios, respetando esa división y frente al soporte probatorio de la misma.

- Grupo Familiar del desaparecido Álvaro de Jesús Carmona Franco:

En cuanto a los perjuicios materiales, se tiene que este grupo familiar solicitó su reconocimiento en la modalidad de lucro cesante a favor de los padres de la víctima; no obstante, se negará la referida petición, al no estar acreditado que los padres dependían económicamente de la misma, pues para la fecha de los hechos -14 de agosto de 1996-, ésta tenía 35 años de edad,¹²² razón por la cual resulta improcedente este decreto.

- Grupo familiar de Miguel Amariles Zapata:

¹²² Según certificado de nacimiento que obra a folio 24 del cdno ppal, Álvaro de Jesús Carmona Franco, nació el 9 de marzo de 1961.

En cuanto a los perjuicios materiales, se tiene que los demandantes solicitaron su reconocimiento en la modalidad de lucro cesante a favor del padre, Miguel María Amariles Vélez y sus hijos: Julian David Amariles Athortua, Eliana María Amariles Athortua y Yully Andrea Amariles Athortua; en consecuencia, por encontrarse debidamente acreditado el parentesco¹²³ se procederá a su liquidación, a partir del 14 de agosto de 1996. No obstante, se advierte que al padre no se le decretará el perjuicio, por no figurar acreditada la dependencia económica respecto al hijo Miguel Amariles Zapata, quien para la época de los hechos tenía 41 años¹²⁴.

Como para el reconocimiento del lucro cesante con motivo de la desaparición forzada del señor Miguel Amariles Zapata, se aportó prueba del valor del salario que recibía al momento del accidente¹²⁵, esto es, \$350.000, se procederá a liquidarlo con base en esa suma. Por tanto, se tendrá como salario, el devengado al momento de la ocurrencia de los hechos, el que actualizado arroja una suma de \$1'090.686¹²⁶ valor que será incrementado en un 25% por concepto de prestaciones sociales, y disminuido a su vez en otro 25% por concepto de gastos propios, arrojando con ello, la suma de \$1'022.518

Así, la renta actualizada se dividirá entre tres, en atención al número de hijos antes mencionados, resultando un valor de \$340.839

Indemnización de Julian David Amariles Atehortúa:

En calidad de hijo de la víctima, tiene derecho a una indemnización que comprende un solo periodo -vencido o consolidado-, que se cuenta desde la fecha del hecho (14 de agosto de 1996) hasta el día en que cumplió los 25 años (21 de diciembre de 2010)¹²⁷, para un total de 174,7 meses.

¹²³ Registros de nacimiento y matrimonio. Fls 47,49 y 50. Cdno ppal. Tribunal.

¹²⁴ De acuerdo al certificado de nacimiento que obra a folio 54 del cdno ppal, el señor Miguel Amariles Zapata nació el 1 de abril de 1955.

¹²⁵ Para el año de 1996, percibía un salario de \$350.000 pesos. Folio 54 del cdno ppal. Tribunal.

¹²⁶ Actualización del salario certificado a folio 44 del expediente ppal:

$$\text{Va} = 350.000 \times \frac{113,93 \text{ (índice final) (Noviembre de 2013)}}{36,56 \text{ (índice inicial) (Agosto de 1996)}} = \mathbf{\$ 1'090.686}$$

¹²⁷ Según certificado de nacimiento que obra a folio 47 del cdno ppal, Julian David Amariles Atehortua nació el 21 de diciembre de 1985.

Debida o consolidada:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

$$S = \$340.839 \frac{(1+0.004867)^{174,7} - 1}{0.004867}$$

$$\mathbf{S = \$ 93\ 522.036}$$

Indemnización de Eliana María Amariles Atehortúa:

En calidad de hija de la víctima, tiene derecho a una indemnización que comprende un solo periodo -vencido o consolidado-, que se cuenta desde la fecha del hecho (14 de agosto de 1996) hasta el día en que la misma cumplió los 25 años (21 de diciembre de 2010)¹²⁸, para un total de 174,7 meses.

Debida o consolidada:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

$$S = \$340.839 \frac{(1+0.004867)^{174,7} - 1}{0.004867}$$

$$\mathbf{S = \$ 93\ 522.036}$$

Indemnización de Yully Andrea Amariles Atehortua:

En calidad de hija de la víctima, tiene derecho a una indemnización que comprende un solo periodo -vencido o consolidado-, que se cuenta desde la fecha

¹²⁸ Según certificado de nacimiento que obra a folio 49 del cdno ppal, Eliana María Amariles Atehortua nació el 21 de diciembre de 1985.

del hecho (14 de agosto de 1996) hasta el día en que la misma cumplió los 25 años (15 de noviembre de 2004)¹²⁹, para un total de 100,5 meses.

Debida o consolidada:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

$$S = \$340.839 \frac{(1+0.004867)^{100,5} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$ 44.047.056$$

- **Grupo familiar de Luis Alfonso Peláez Vega:**

En cuanto a los perjuicios materiales, se tiene que los demandantes solicitaron su reconocimiento en la modalidad de lucro cesante a favor de la cónyuge, Rubiela de Jesús Amariles Zapata y sus hijos: Lina María Peláez Amariles, Pablo Andrés Peláez Amariles y Viviana Enith Peláez Amariles; en consecuencia, por encontrarse debidamente acreditado el parentesco¹³⁰ se procederá a su liquidación, a partir del 14 de agosto de 1996.

Si bien, para el reconocimiento del lucro cesante con motivo de la desaparición forzada del señor Luis Alfonso Peláez Vega, se aportó documento del valor de lo percibido por éste con el uso de una draga de su propiedad, que arrojaba una ganancia semanal de \$250.000¹³¹, así como el certificado de la cámara de comercio que tenía al mismo como comerciante de productos varios, no se entrará a cuantificar el perjuicio con fundamento en lo ya anotado, en tanto solo dan certeza de que era económicamente activo, pero no de lo efectivamente devengado mensualmente. En vista de ello, se procederá a realizar la respectiva

¹²⁹ Según certificado de nacimiento que obra a folio 50 del cdno ppal, Yully Andrea Amariles Atehortua nació el 15 de noviembre de 1979.

¹³⁰ Registros de matrimonio y nacimiento. Fls 28,29,30 y 31. Cdno ppal. Tribunal.

¹³¹ Folio 33 del cdno ppal. Tribunal.

liquidación, teniendo como base el salario mínimo legal mensual vigente¹³², \$589.500,00, valor adicionado en un 25%, que corresponde a las prestaciones sociales, y a la suma obtenida se le descuenta otro 25% por concepto de gastos personales de la víctima, lo que da un resultado de \$552.657.

Así, la renta actualizada se dividirá en atención a que la compañera permanente sería la beneficiaria en un 50% y los hijos en el otro 50% dividido entre tres, esto es, 16,6%.

Indemnización de Rubiela de Jesús Amariles Zapata:

En calidad de cónyuge de la víctima, tiene derecho a una indemnización que comprende dos períodos, uno vencido o consolidado, que se cuenta desde la fecha del hecho (14 de agosto de 1996) hasta la actual (20 de noviembre de 2013), para un total de 210,23 meses; y el otro, futuro, que corre a partir de la fecha de esta sentencia hasta el fin de la vida probable¹³³, para un total de 153,88 meses. De lo anterior resulta:

Debida o consolidada:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

$$S = \$276.328 \frac{(1+0.004867)^{210,23} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$ 100 \text{ } ^786.057$$

Futura o anticipada:

¹³² Se utilizará el salario mínimo legal mensual vigente, en atención a que el salario mínimo aplicable al momento de los hechos -14 de agosto de 1996, \$142.125- actualizado a la fecha, es de \$442.896, suma inferior al salario vigente para el año 2013 equivalente a \$589.500.

¹³³ El señor Luis Alfonso Peláez Vega nació el 28 de enero de 1949. Según certificado que obra a folio 32 del cdno ppal, quedando una probabilidad de vida de 30.35 años.

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

$$S = \$276.328 \frac{(1+0.004867)^{153,88} - 1}{0.004867(1+0.004867)^{153,88}}$$

$$S = \$ 29 \text{´} 879.408$$

Sumados los valores de la indemnización debida y futura, se obtiene un total de **\$130´665.465** correspondiente al lucro cesante para la señora Rubiela de Jesús Amariles Zapata.

Indemnización de Lina María Peláez Amariles:

En calidad de hija de la víctima, tiene derecho a una indemnización que comprende un solo periodo -vencido o consolidado-, que se cuenta desde la fecha del hecho (14 de agosto de 1996) hasta el día en que la misma cumplió los 25 años (15 de abril de 2010)¹³⁴, para un total de 166,4 meses.

Debida o consolidada:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

$$S = \$92.109 \frac{(1+0.004867)^{166,4} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$ 23 \text{´} 527.861$$

¹³⁴ Según certificado de nacimiento que obra a folio 29 del cdno ppal, Lina María Peláez Amariles nació el 15 de abril de 1985.

Indemnización de Pablo Andrés Peláez Amariles:

En calidad de hija de la víctima, tiene derecho a una indemnización que comprende un solo periodo -vencido o consolidado-, que se cuenta desde la fecha del hecho (14 de agosto de 1996) hasta el día en que el acreedor cumplió los 25 años (26 de octubre de 2002)¹³⁵, para un total de 75,4 meses.

Debida o consolidada:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

$$S = \$92.109 \frac{(1+0.004867)^{75,4} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$ 8 \text{ } 366.324$$

Indemnización de Viviana Enith Peláez Amariles:

En calidad de hija de la víctima, tiene derecho a una indemnización que comprende un solo periodo -vencido o consolidado-, que se cuenta desde la fecha del hecho (14 de agosto de 1996) hasta el día en que la misma cumplió los 25 años (2623 de marzo de 2001)¹³⁶, para un total de 56,06 meses.

Debida o consolidada:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

$$S = \$92.109 \frac{(1+0.004867)^{56,06} - 1}{0.004867}$$

¹³⁵ Según certificado de nacimiento que obra a folio 30 del cdno ppal, Pablo Andrés Peláez Amariles nació el 26 de octubre de 1977.

¹³⁶ Según certificado de nacimiento que obra a folio 31 del cdno ppal, Viviana Enith Peláez Amariles nació el 23 de marzo de 1976.

S = \$ 5´920.301

- Grupo Familiar de Darubín Cifuentes Sánchez:

En cuanto a los perjuicios materiales, se tiene que los demandantes solicitaron su reconocimiento en la modalidad de lucro cesante a favor de la cónyuge, María Armiria Yarce, y los hijos: David Cifuentes Yarce, Julian Alberto Cifuentes Calderón y Liliana Marcela Cifuentes Zuleta; en consecuencia, por encontrarse debidamente acreditado el parentesco¹³⁷ se procederá a su liquidación, a partir del 14 de agosto de 1996.

Como para el reconocimiento del lucro cesante con motivo de la desaparición forzada del señor Darubín Cifuentes, no se aportó documento del valor de lo percibido como salario al momento de los hechos, se procederá a realizar la respectiva liquidación, teniendo como base el salario mínimo legal mensual vigente¹³⁸, \$589.500,00, valor adicionado en un 25%, que corresponde a las prestaciones sociales, y a la suma obtenida se le descuenta otro 25% por concepto de gastos personales de la víctima, lo que da un resultado de \$552.657.

Así, la renta actualizada se dividirá en atención a que la compañera permanente sería la beneficiaria en un 50% y los hijos en el otro 50% dividido entre tres, esto es, 16,6%.

Indemnización de María Armiria Yarce:

En calidad de cónyuge de la víctima, tiene derecho a una indemnización que comprende dos períodos, uno vencido o consolidado, que se cuenta desde la fecha del hecho (14 de agosto de 1996) hasta la actual (20 de noviembre de 2013), para un total de 210,23 meses; y el otro, futuro, que corre a partir de la fecha de esta

¹³⁷ Registros de matrimonio y nacimiento. Fls 59,60,61,63. Cdno ppal. Tribunal.

¹³⁸ Se utilizará el salario mínimo legal mensual vigente, en atención a que el salario mínimo aplicable al momento de los hechos -14 de agosto de 1996, \$142.125- actualizado a la fecha, es de \$442.896, suma inferior al salario vigente para el año 2013 equivalente a \$589.500.

sentencia hasta el fin de la vida probable¹³⁹, para un total de 61,36 meses. De lo anterior resulta:

Debida o consolidada:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

$$S = \$276.328 \frac{(1+0.004867)^{210,23} - 1}{0.004867}$$

$$\mathbf{S = \$ 100'786.057}$$

Futura o anticipada:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

$$S = \$276.328 \frac{(1+0.004867)^{61,36} - 1}{0.004867(1+0.004867)^{61,36}}$$

$$\mathbf{S = \$ 14'627.463}$$

Sumados los valores de la indemnización debida y futura, se obtiene un total de **\$115'413.520**, correspondiente al lucro cesante para la señora María Armiria Yarce.

Indemnización de David Cifuentes Yarce:

¹³⁹ El señor Darubín Cifuentes Sánchez nació el 18 de julio de 1940. Según certificado que obra a folio 65 del cdno ppal, quedando una probabilidad de vida de 22,64 años.

En calidad de hijo de la víctima, tiene derecho a una indemnización que comprende un solo periodo -vencido o consolidado-, que se cuenta desde la fecha del hecho (14 de agosto de 1996) hasta el día en que cumplió los 25 años (10 de agosto del 2011)¹⁴⁰, para un total de 182,46 meses.

Debida o consolidada:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

$$S = \$92.109 \frac{(1+0.004867)^{182,46} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$ 26 \text{ ' } 970.593$$

Indemnización de Julian Alberto Cifuentes Calderón:

En calidad de hijo de la víctima, tiene derecho a una indemnización que comprende un solo periodo -vencido o consolidado-, que se cuenta desde la fecha del hecho (14 de agosto de 1996) hasta el día en que el acreedor cumplió los 25 años (8 de marzo de 2001)¹⁴¹, para un total de 55,56 meses.

Debida o consolidada:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

$$S = \$92.109 \frac{(1+0.004867)^{55,56} - 1}{0.004867}$$

¹⁴⁰ Según certificado de nacimiento que obra a folio 60 del cdno ppal, David Cifuentes Yarce nació el 10 de agosto de 1986.

¹⁴¹ Según certificado de nacimiento que obra a folio 61 del cdno ppal, Julian Alberto Cifuentes Calderón nació el 8 de marzo de 1982.

0.004867

$$S = \$ 5 \text{ } ^\wedge \text{ } 860.059$$

Indemnización de Liliana Marcela Cifuentes Zuleta:

En calidad de hija de la víctima, tiene derecho a una indemnización que comprende un solo periodo -vencido o consolidado-, que se cuenta desde la fecha del hecho (14 de agosto de 1996) hasta el día en que la misma cumplió los 25 años (20 de enero de 2008)¹⁴², para un total de 139,2 meses.

Debida o consolidada:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

$$S = \$92.109 \frac{(1+0.004867)^{139,2} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$ 18 \text{ } ^\wedge \text{ } 275.876$$

- **Grupo Familiar de Luis Alfonso Martínez Suarez**

En cuanto a los perjuicios materiales, se tiene que los demandantes solicitaron su reconocimiento en la modalidad de lucro cesante a favor de la cónyuge, Mery del Socorro Marín, y sus hijos: Eliana María Martínez Marín, Oscar David Martínez Marín y Natalia Martínez Marín; en consecuencia, por encontrarse debidamente acreditado el parentesco¹⁴³ se procederá a su liquidación, a partir del 14 de agosto de 1996.

¹⁴² Según certificado de nacimiento que obra a folio 63 del cdno ppal, Liliana Marcela Cifuentes Zuleta nació el 20 de enero de 1983.

¹⁴³ Registros de matrimonio y nacimiento. Fls 68,69,70 y 71. Cdno ppal. Tribunal.

Como para el reconocimiento del lucro cesante con motivo de la desaparición forzada del señor Luis Alfonso Martínez Suarez, no se aportó documento del valor de lo percibido como salario al momento de los hechos, se procederá a realizar la respectiva liquidación, teniendo como base el salario mínimo legal mensual vigente¹⁴⁴, \$589.500,00, valor adicionado en un 25%, que corresponde a las prestaciones sociales, y a la suma obtenida se le descuenta otro 25% por concepto de gastos personales de la víctima, lo que da un resultado de \$552.657.

Así, la renta actualizada se dividirá en atención a que la compañera permanente sería la beneficiaria en un 50% y los hijos en el otro 50% dividido entre tres, esto es, 16,6%.

Indemnización de Mery del Socorro Marín:

En calidad de cónyuge de la víctima, tiene derecho a una indemnización que comprende dos períodos, uno vencido o consolidado, que se cuenta desde la fecha del hecho (14 de agosto de 1996) hasta la actual (20 de noviembre de 2013), para un total de 210,23 meses; y el otro, futuro, que corre a partir de la fecha de esta sentencia hasta el fin de la vida probable¹⁴⁵, para un total de 197,8 meses. De lo anterior resulta:

Debida o consolidada:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

$$S = \$276.328 \frac{(1+0.004867)^{210,23} - 1}{0.004867}$$

$$\mathbf{S = \$ 100'786.057}$$

¹⁴⁴ Se utilizará el salario mínimo legal mensual vigente, en atención a que el salario mínimo aplicable al momento de los hechos -14 de agosto de 1996, \$142.125- actualizado a la fecha, es de \$442.896, suma inferior al salario vigente para el año 2013 equivalente a \$589.500.

¹⁴⁵ El señor Luis Alfonso Martínez Suarez nació el 25 de octubre de 1953. Según certificado que obra a folio 72 del cdno ppal, quedando una probabilidad de vida de 34 años.

Futura o anticipada:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

$$S = \$276.328 \frac{(1+0.004867)^{197,8} - 1}{0.004867(1+0.004867)^{197,8}}$$

$$S = \$ 35'044.542$$

Sumados los valores de la indemnización debida y futura, se obtiene un total de **\$135'830.599**, correspondiente al lucro cesante para la señora Mery del Socorro Marín.

Indemnización de Eliana María Martínez Marín:

En calidad de hija de la víctima, tiene derecho a una indemnización que comprende un solo periodo -vencido o consolidado-, que se cuenta desde la fecha del hecho (14 de agosto de 1996) hasta el día en que cumplió los 25 años (6 de diciembre de 2009)¹⁴⁶, para un total de 162,06 meses.

Debida o consolidada:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

$$S = \$92.109 \frac{(1+0.004867)^{162,06} - 1}{0.004867}$$

¹⁴⁶ Según certificado de nacimiento que obra a folio 69 del cdno ppal, Eliana María Martínez Marín nació el 10 de agosto de 1986.

$$S = \$ 22 \text{´}642.668$$

Indemnización de Oscar David Martínez Marín:

En calidad de hijo de la víctima, tiene derecho a una indemnización que comprende un solo periodo -vencido o consolidado-, que se cuenta desde la fecha del hecho (14 de agosto de 1996) hasta el día en que el acreedor cumplió los 25 años (17 de septiembre de 2006)¹⁴⁷, para un total de 122,86 meses.

Debida o consolidada:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

$$S = \$92.109 \frac{(1+0.004867)^{122,86} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$ 15 \text{´}438.604$$

Indemnización de Natalia Martínez Marín:

En calidad de hija de la víctima, tiene derecho a una indemnización que comprende un solo periodo -vencido o consolidado-, que se cuenta desde la fecha del hecho (14 de agosto de 1996) hasta el día en que la misma cumplió los 25 años (1 de agosto de 2011)¹⁴⁸, para un total de 182,16 meses.

Debida o consolidada:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

¹⁴⁷ Según certificado de nacimiento que obra a folio 71 del cdno ppal, Oscar David Martínez Marín nació el 17 de septiembre de 1981.

¹⁴⁸ Según certificado de nacimiento que obra a folio 71 del cdno ppal, Natalia Martínez Marín nació el 1 de agosto de 1986.

$$S = \$92.109 \frac{(1 + 0.004867)^{182,16} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$ 26'903.792$$

- **Grupo familiar de Ramón Octavio Agudelo Castro:**

En cuanto a los perjuicios materiales, se tiene que los demandantes solicitaron su reconocimiento en la modalidad de lucro cesante a favor de la cónyuge, María del Carmen Cadavid Tobón, y sus hijos: John Jairo Agudelo Cadavid y Sandra María Agudelo Cadavid; en consecuencia, por encontrarse debidamente acreditado el parentesco¹⁴⁹ se procederá a su liquidación, a partir del 14 de agosto de 1996.

Como para el reconocimiento del lucro cesante con motivo de la desaparición forzada del señor Ramón Octavio Agudelo Castro, no se aportó documento del valor de lo percibido como salario al momento de los hechos, se procederá a realizar la respectiva liquidación, teniendo como base el salario mínimo legal mensual vigente¹⁵⁰, \$589.500,00, valor adicionado en un 25%, que corresponde a las prestaciones sociales, y a la suma obtenida se le descuenta otro 25% por concepto de gastos personales de la víctima, lo que da un resultado de \$552.657.

Así, la renta actualizada se dividirá en atención a que la compañera permanente sería la beneficiaria en un 50% y los hijos en el otro 50% dividido entre dos, esto es, el 25% a cada uno.

Indemnización de María del Carmen Cadavid:

En calidad de cónyuge de la víctima, tiene derecho a una indemnización que comprende dos períodos, uno vencido o consolidado, que se cuenta desde la fecha del hecho (14 de agosto de 1996) hasta la actual (20 de noviembre de 2013), para un total de 210,23 meses; y el otro, futuro, que corre a partir de la fecha de esta

¹⁴⁹ Registros de matrimonio y nacimiento. Fls 8,9 y 10. Cdo ppal. Tribunal.

¹⁵⁰ Se utilizará el salario mínimo legal mensual vigente, en atención a que el salario mínimo aplicable al momento de los hechos -14 de agosto de 1996, \$142.125- actualizado a la fecha, es de \$442.896, suma inferior al salario vigente para el año 2013 equivalente a \$589.500.

sentencia hasta el fin de la vida probable¹⁵¹, para un total de 186,52 meses. De lo anterior resulta:

Debida o consolidada:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

$$S = \$276.328 \frac{(1+0.004867)^{210,23} - 1}{0.004867}$$

$$\mathbf{S = \$ 100'786.057}$$

Futura o anticipada:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

$$S = \$276.328 \frac{(1+0.004867)^{186,52} - 1}{0.004867(1+0.004867)^{186,52}}$$

$$\mathbf{S = \$ 33'821.200}$$

Sumados los valores de la indemnización debida y futura, se obtiene un total de **\$134'607.257**, correspondiente al lucro cesante para la señora María del Carmen Cadavid Tobón.

Indemnización de Jhon Jairo Agudelo Cadavid:

¹⁵¹ El señor Ramón Octavio Agudelo Castro tenía 44 años para la época de los hechos -1996-. Según informe que obra a folio 129 del cdno ppal, quedando una probabilidad de vida de 33,07 años.

En calidad de hijo de la víctima, tiene derecho a una indemnización que comprende un solo periodo -vencido o consolidado-, que se cuenta desde la fecha del hecho (14 de agosto de 1996) hasta el día en que cumplió los 25 años (9 de agosto de 2005) para un total de 109,4 meses.

Debida o consolidada:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

$$S = \$138.164 \frac{(1+0.004867)^{109,4} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$ 19'897.128$$

Indemnización de Sandra María Agudelo Cadavid:

En calidad de hija de la víctima, tiene derecho a una indemnización que comprende un solo periodo -vencido o consolidado-, que se cuenta desde la fecha del hecho (14 de agosto de 1996) hasta el día en que cumplió los 25 años (11 de febrero de 2002)¹⁵², para un total de 66,9 meses.

Debida o consolidada:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

$$S = \$138.164 \frac{(1+0.004867)^{66,9} - 1}{0.004867}$$

¹⁵² Según certificado de nacimiento que obra a folio 71 del cdno ppal, Oscar David Martínez Marín nació el 17 de septiembre de 1981.

S = \$ 10´894.464

3.2 Perjuicios morales

En relación con el perjuicio moral, la Sala de manera reiterada¹⁵³ ha señalado que este tipo de daño se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. De allí que, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con los daños irrogados a uno de sus miembros, lo cual es constitutivo de un perjuicio moral. En ese orden de ideas, habrá lugar a reconocer, vía presunción de aflicción, perjuicios morales a favor de los demandantes que hayan acreditado el parentesco o un vínculo afectivo con el occiso.

Así las cosas, se reconocerán este tipo de perjuicios para todos los demandantes, previa aclaración de que conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, se ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral, y ha considerado que la valoración del mismo debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y con apoyo en el *arbitrio juris*, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado¹⁵⁴.

Comoquiera que en el *sub judice* la demandada no desvirtuó la presunción de aflicción, habrá que decretar el perjuicio solicitado, según el arbitrio judicial, para lo cual es imprescindible tener en cuenta la prueba de la relación de consanguinidad, entre cada uno de los desaparecidos y los miembros de su familia.

Familiares de Henry de Jesús Jiménez Arroyave:

¹⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera: sentencias del 15 de octubre de 2008, exp. 18586, del 13 de agosto de 2008, exp. 17042, y del 1º de octubre de 2008, exp. 27268.

¹⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

En el caso sub examine, se tiene que la víctima es hermano de la señoras: Edilia del Consuelo Jiménez Arroyave y Ligia Margarita Jiménez Arroyave, según dan cuenta los registros civiles de nacimiento visibles a folios 4 y 5 del cuaderno principal.

En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta la desaparición forzada del mismo, se impone decretar la mitad de la máxima tasación de este perjuicio, atendiendo a la línea colateral de parentesco, por lo tanto, se condenará a la demandada a pagar, la suma de 50 salarios mínimos legales mensuales por concepto de perjuicios morales a cada una de las miembros de este grupo familiar.

Familiares de Ramón Octavio Agudelo Castro:

En el asunto sub examine, la víctima es cónyuge de la señora María del Carmen Cadavid Tobón, y padre de Jhon Jairo Agudelo Cadavid y Sandra María Agudelo Cadavid, según dan cuenta los registros civiles de matrimonio y nacimiento visibles a folios 8, 9 y 10 del cuaderno principal.

En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta la desaparición forzada del mismo, se impone decretar la máxima tasación de este perjuicio, por lo tanto, se condenará a la demandada a pagar, la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales por concepto de perjuicios morales a cada uno de las miembros de este grupo familiar.

Familiares de Álvaro Jesús Carmona Franco:

En el asunto sub examine, la víctima es hijo de Manuel Salvador Carmona Cardona y María Filomena Franco Sierra, según dan cuenta los registros civiles de matrimonio y nacimiento visibles a folios 17 y 24 del cuaderno principal.

Al proceso también acuden en calidad de hermanos de la víctima las siguientes personas: José Alberto Carmona Franco, Luz Daris Carmona Franco, Julio Jairo Carmona Franco, Romelia del Socorro Carmona Franco y Nelson Ivan Carmona Franco¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Según dan cuenta los registros de nacimiento visibles a folios 18,19,20,21 y 22. Cdno ppal. Tribunal.

En ese orden, y teniendo en cuenta la desaparición forzada del mismo, se impone decretar la máxima tasación de este perjuicio para los padres, y la mitad para los hermanos. Por lo tanto, se condenará a la demandada a pagar, las siguientes sumas:

Manuel Salvador Carmona Cardona	100 SMLMV (Padre)
Maria Filomena franco Sierra	100 SMLMV (Madre)
José Alberto Carmona Franco	50 SMLMV (Hermano)
Luz Daris Carmona Franco	50 SMLMV (Hermana)
Julio Jairo Carmona Franco	50 SMLMV (Hermano)
Romelia del Socorro Carmona Franco	50 SMLMV (Hermana)
Nelson Ivan Carmona Franco	50 SMLMV (Hermano)

Familiares de Luis Alfonso Peláez Vega:

En el asunto sub examine, la víctima es cónyuge de la señora Rubiela de Jesús Amariles Zapata, y padre de Lina María Peláez Amariles, Pablo Andrés Peláez Amariles, Viviana Enith Peláez Amariles, según dan cuenta los registros civiles de matrimonio y nacimiento visibles a folios 28, 29,30 y 31 del cuaderno principal.

En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta la desaparición forzada del mismo, se impone decretar la máxima tasación de este perjuicio, por lo tanto, se condenará a la demandada a pagar, la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales por concepto de perjuicios morales a cada uno de las miembros de este grupo familiar.

Familiares de Miguel Ángel Amariles Zapata:

En el asunto sub examine, la víctima es hijo de Miguel María Amariles y hermano de: José Alberto Carmona Franco, Luz Daris Carmona Franco, Julio Jairo Carmona Franco, Romelia del Socorro Carmona Franco y Nelson Ivan Carmona Franco¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Según dan cuenta los registros de nacimiento visibles a folios 43,44, 45 y 46. Cdno ppal. Tribunal.

Asimismo, acuden en calidad de hijos de la víctima las siguientes personas: Julian Davis Amariles Atehortua, Eliana María Amariles Atehortua y Yully Andrea Amariles Atehortua¹⁵⁷.

En ese orden, y teniendo en cuenta la desaparición forzada del mismo, se impone decretar la máxima tasación de este perjuicio para el padre e hijos, y la mitad para los hermanos. Por lo tanto, se condenará a la demandada a pagar, las siguientes sumas:

Miguel María Amariles Vélez	100 SMLMV (Padre)
Julian David Amariles Atehortua	100 SMLMV (Hijo)
Eliana María Amariles Atehortua	100 SMLMV (Hija)
Yully Andrea Amariles Atehortua	100 SMLMV (Hija)
Mariela de Jesús Amariles Zapata	50 SMLMV (Hermana)
Berta Eufemia Amariles Zapata	50 SMLMV (Hermana)
Rubiela de Jesús Amariles Zapata	50 SMLMV (Hermana)

Familiares de Luis Alfonso Peláez Vega:

En el asunto sub examine, la víctima es cónyuge de la señora María Arimiria Yarce García, y padre de David Cifuentes Yarce, Julian Alberto Cifuentes Calderón y Liliana Marcela Cifuentes Zuleta, según dan cuenta los registros civiles de matrimonio y nacimiento visibles a folios 59, 60, 61 y 63 del cuaderno principal.

En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta la desaparición forzada del mismo, se impone decretar la máxima tasación de este perjuicio, por lo tanto, se condenará a la demandada a pagar, la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales por concepto de perjuicios morales a cada uno de las miembros de este grupo familiar.

Familiares de Luis Alfonso Martínez Suarez:

¹⁵⁷ Según dan cuenta los registros de nacimiento visibles a folios 47,49 y 50. Cdno ppal. Tribunal.

En el asunto sub examine, la víctima es cónyuge de la señora Mery del Socorro Marín, y padre de Eliana María Martínez Marín, Oscar David Martínez Marín y Natalia Martínez Marín, según dan cuenta los registros civiles de matrimonio y nacimiento visibles a folios 68,69,70 y 71 del cuaderno principal.

En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta la desaparición forzada del mismo, se impone decretar la máxima tasación de este perjuicio, por lo tanto, se condenará a la demandada a pagar, la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales por concepto de perjuicios morales a cada uno de las miembros de este grupo familiar.

3.3 Medidas de justicia restaurativa:

Pues bien, dado que el caso *sub examine* entraña un grave desconocimiento a los derechos humanos, en tanto se perpetró una violación sistemática de delitos de lesa humanidad, en virtud de la desaparición forzada de los familiares de los demandantes, resulta imprescindible la aplicación del principio de reparación integral al caso concreto.

En numerosos pronunciamientos la Sala ha delimitado el contenido de este principio, en los siguientes términos:

“En cuanto a las modalidades de reparación en el sistema interamericano, como se mencionó antes, las mismas pueden ser pecuniarias y no pecuniarias e incluyen:

a) La restitución o *restitutio in integrum*, es el restablecimiento de las cosas a su estado normal o anterior a la violación, producto del ilícito internacional, es la forma perfecta de reparación, y que sólo en la medida en que dicha restitución no resulte accesible procede acordar otras medidas reparatorias¹⁵⁸.

b) La indemnización por los perjuicios materiales sufridos por las víctimas de un caso en particular, comprende el daño material (daño emergente, lucro cesante) y el daño inmaterial¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Corte Interamericana. Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia de reparaciones del Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 22 de febrero de 2002.

¹⁵⁹ Corte Interamericana. Caso Aloeboetoe y otros, Sentencia de Reparaciones, párr. 50.

c) Rehabilitación, comprende la financiación de la atención médica y psicológica o siquiátrica o de los servicios sociales, jurídicos o de otra índole¹⁶⁰.

d) Satisfacción, son medidas morales de carácter simbólico y colectivo, que comprende los perjuicios no materiales, como por ejemplo, el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, actos conmemorativos, bautizos de vías públicas, monumentos, etc¹⁶¹.

e) Garantías de no repetición, son aquellas medidas idóneas, de carácter administrativo legislativo o judicial, tendientes a que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones a su dignidad, entre las cuales cabe mencionar aquellas encaminadas a disolver los grupos armados al margen de la ley, y la derogación de leyes, entre otras¹⁶².¹⁶³

Por su parte, el artículo 8 de la ley 975 de 2005¹⁶⁴, determinó el contenido y alcance del derecho a la reparación así:

"El derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas.

"Restitución es la realización de las acciones que propendan por regresar a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito.

"La indemnización consiste en compensar los perjuicios causados por el delito.

"La rehabilitación consiste en realizar las acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito.

"La satisfacción o compensación moral consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido.

"Las garantías de no repetición comprenden, entre otras, la desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley.

¹⁶⁰ Corte Interamericana. Caso masacre de pueblo Bello. Párr. 273.

¹⁶¹ Corte Interamericana. Caso Las Palmeras. Vs. Colombia. Sentencia del 6 de diciembre de 2001. párr 68.

¹⁶² Ibidem.

¹⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de octubre de 2007, exp. 29.273, M.P. Enrique Gil Botero. Así mismo, cf. sentencia del 18 de febrero de 2010, exp. 18.436, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁶⁴ Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.

"Se entiende por reparación simbólica toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas."

"La reparación colectiva debe orientarse a la reconstrucción sico-social de las poblaciones afectadas por la violencia. Este mecanismo se prevé de manera especial para las comunidades afectadas por la ocurrencia de hechos de violencia sistemática." (negrillas y subrayado de la Sala).

De otro lado, el documento de la ONU sobre Principios y Directrices Básicos para la Reparación (E/CN.4/1997/104) aprobado por la Subcomisión en 1997, establece:

"La reparación, que se acordará de conformidad con el derecho de cada Estado, podrá consistir en una o varias de las formas que se mencionan a continuación, cuya lista no es exhaustiva.

"12. La restitución estará dirigida a restablecer la situación existente antes de la violación de derechos humanos o del derecho humanitario internacional. Exige, entre otras cosas, restablecer la libertad, la vida familiar, la ciudadanía, el retorno al país de residencia anterior y la restauración del empleo o de la propiedad.

"13. Se acordará compensación por todo perjuicio que resulte como consecuencia de una violación de derechos humanos o del derecho humanitario internacional, y que fuere evaluable económicamente. Tales como:

"a) daño físico o mental, incluyendo el dolor, sufrimiento y angustias emocionales;

"b) pérdida de oportunidades, incluidas las relativas a la educación;

"c) daños materiales y pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante;

"d) daño a la reputación o a la dignidad;

"e) los gastos efectuados para poder tener asistencia jurídica o de expertos y disponer de medicinas y de servicios médicos.

"14. Se proveerá rehabilitación, la que incluirá atención médica y psicológica, así como la prestación de servicios jurídicos y sociales.

"15. Se proveerá satisfacción y garantías de no repetición, las que incluirán cuando fuere necesario:

"a) cesación de las violaciones existentes;

"b) verificación de los hechos y difusión pública amplia, de la verdad de lo sucedido;

"c) una declaración oficial o decisión judicial restableciendo la dignidad, reputación y derechos de la víctima y de las personas que tengan vínculos con ella;

"d) una disculpa, que incluya el reconocimiento público de los hechos y la aceptación de responsabilidades;

"e) aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones;

"f) conmemoraciones y homenajes a las víctimas;

"g) inclusión en los manuales de enseñanza sobre derechos humanos, así como en los manuales de historia y manuales escolares, de una versión fiel de las violaciones cometidas contra los derechos humanos y el derecho humanitario internacional;

"h) prevención de nuevas violaciones, por medios tales como:

"i) asegurando un control efectivo por parte de la autoridad civil, sobre las fuerzas armadas y de seguridad;

"ii) limitando la jurisdicción de los tribunales militares exclusivamente a delitos específicamente militares, cometidos por personal militar;

"iii) fortaleciendo la independencia del sistema judicial;

"iv) protegiendo a las personas que ejercen la profesión jurídica, y a los defensores de derechos humanos;

"v) impartiendo y fortaleciendo de modo prioritario y continuo la capacitación en derechos humanos de todos los sectores de la sociedad y, en particular, la de las fuerzas armadas y de seguridad y de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley."

Ahora bien, en relación con las facultades del Juez de lo Contencioso Administrativo cuando el daño proviene de una grave violación a derechos humanos o de derechos fundamentales, resulta pertinente insistir en los argumentos contenidos en la providencia del 20 de febrero de 2008¹⁶⁵, oportunidad en la que se señaló, *in extenso*, lo siguiente:

"En otros términos, cuando se habla del análisis de hechos relacionados con la violación de derechos humanos, según los parámetros normativos y descriptivos contenidos en los preceptos de la Carta Política y en las normas internacionales que regulan la materia, el juez de lo contencioso administrativo no debe estar limitado por su función principal, es decir, la de establecer y decretar el resarcimiento económico de un perjuicio cuya valoración económica y técnica es posible en términos actuariales, sino que debe ir mucho más allá, con el fin de que el principio de reparación integral se vea claramente materializado, para lo cual debe aplicar el conjunto de normas que le brindan

¹⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de febrero de 2008, exp. 16996, M.P. Enrique Gil Botero.

suficientes instrumentos dirigidos a que se pueda materializar un efectivo restablecimiento integral del daño.

“En esa dirección, en reciente oportunidad, la jurisprudencia constitucional puntualizó:

“No puede en consecuencia la entidad accionada negar a las víctimas del conflicto armado interno la asistencia que demandan, fundada en las circunstancias en que se produjo la vulneración, porque, cualquiera fuere la modalidad utilizada por los actores, el derecho internacional humanitario proscrib e impone la restitución de todo acto de violencia contra la vida y la persona, contra la dignidad personal, la toma de rehenes y las ejecuciones sin sentencia previa, pronunciada por tribunal competente y con sujeción a las garantías constitucionales.

“Se observa, entonces, que, para efecto de aplicar las normas del derecho internacional humanitario, no interesa que la vulneración se haya producido o no en combate, ataque, acto terrorista o masacre.

“Esta Corte, al resolver sobre qué debe entenderse por desplazado por la violencia, en función del Registro Único de Población Desplazada, ha considerado que las víctimas no requieren del *“reconocimiento oficial para la configuración del desplazamiento forzado en un caso concreto”*, toda vez que la realidad del desplazamiento desborda *“la afirmación de su configuración por parte de las autoridades”*¹⁶⁶ (negritas del original).

Y más adelante, en la misma providencia, el tribunal constitucional precisó:

“(…) El primero entre los treinta y ocho Principios que conforman la directriz de apoyo a los Estados, para la adopción de medidas eficaces de lucha contra la impunidad, elaborada de conformidad con la actualización ordenada por la Resolución 2004/72¹⁶⁷, expedida por la Comisión de Derechos Humanos establece:

“La impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de perjuicios sufridos, de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones”.

“Señala el Principio Diecinueve de la directriz a que se hace mención i) que los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho

¹⁶⁶ Sentencia T-563 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En igual sentido T- 227 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-1094 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-175 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹⁶⁷ La Comisión de Derechos Humanos pidió al Secretario General designar un experto independiente que actualizara el Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad i) conforme la evolución del derecho y las prácticas internacionales en la materia, ii) que partiera del estudio Independiente sobre el tema, elaborado en cumplimiento de la Resolución 2003/72 –Luis Joinet 1997- y iii) que recogiera las opiniones recibidas de los Estados y de las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales. El escrito fue confiado a la profesora Diane Orentlicher y presentado como Add.1 conjuntamente con el informe E/CN.4/2005/102.

internacional humanitario y “adoptarán medidas apropiadas respecto de los autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente” y ii) que, sin perjuicio de la responsabilidad estatal en la materia, se adoptarán medidas complementarias para garantizar la participación de las víctimas y de toda persona u organización no gubernamental “interesada (...) como partes civiles o como personas que inician un juicio en los Estados, cuyo derecho penal contemple esos procedimientos”.

“Los Principios prevén, además, medidas contra la prescripción i) con miras a que ésta no opere, tanto respecto de la investigación, como de las penas, en tanto “no existan recursos eficaces contra esa infracción” y ii) que la misma no se invoque dentro del marco de “las acciones civiles o administrativas entabladas por las víctimas para obtener reparación” –Principios 22 y 23-.

“En lo que tiene que ver con la reparación de los daños, la directriz distingue el derecho de las víctimas y sus derechohabientes a ser indemnizados por los perjuicios causados, del derecho de los Estados a repetir contra los autores, de manera que, con independencia de los resultados de la investigación, toda persona afectada en su vida, honra, bienes, derechos y libertades, por hechos sucedidos dentro del marco del conflicto armado interno, puede exigir “medidas de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción según lo establece el derecho internacional”, sin perjuicio del derecho del Estado de dirigirse contra los responsables de la vulneración –artículo 2° C.P. Principio 34-.

“Siendo así, ante la decisión de la Fiscalía General de la Nación de abstenerse de emprender la investigación que demanda la ocurrencia de hechos criminales, dentro del marco del conflicto armado -desconociendo el derecho de las víctimas a conocer la verdad y a que los autores de la violación sean procesados, juzgados y condenados-, la Red de Solidaridad Social no puede, de contera, condicionar la reparación a la expedición de una certificación -sobre los “móviles ideológicos y políticos”- que solo podrían haber expedido las autoridades judiciales, una vez culminado el trancado enjuiciamiento.

“Lo anterior, toda vez que la exigencia de requisitos que las víctimas no pueden cumplir y que solo el Estado en cuyo territorio ocurren las vulneraciones debe asumir, para condicionar el acceso a los programas de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción, vulnera el derecho fundamental de las víctimas a la reparación y hace imperativa la intervención del juez constitucional para su restablecimiento.

“(...)”¹⁶⁸ (resalta la Sala).

“Debe colegirse, por lo tanto, que el principio de reparación integral, entendido éste como aquel precepto que orienta el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo, debe ser interpretado y aplicado de conformidad con el tipo de daño producido, es decir, bien que se trate de uno derivado de la violación a un derecho humano, según el reconocimiento positivo del orden nacional e internacional o que se refiera a la lesión de un bien o interés jurídico que no se relaciona con el sistema de derechos humanos (DDHH).

“(...) La anterior conclusión se impone, a todas luces, como quiera que, en estos eventos, el reconocimiento de una indemnización económica con miras al cubrimiento de un determinado perjuicio o detrimento, en modo alguno puede

¹⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia T-188 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

catalogarse como suficiente, toda vez que la persona o conglomerado social ven afectado un derecho que, en la mayoría de los casos, es de aquellos que pertenecen a la primera generación de derechos humanos y, por lo tanto, por regla general, se ven cercenadas garantías de naturaleza fundamental, sin las cuales la existencia del ser humano no es plena.

“En esa dirección, el juez de lo contencioso administrativo debe asumir una posición dinámica frente a las nuevas exigencias que le traza el ordenamiento jurídico interno, así como el internacional, toda vez que, la protección de los derechos humanos se ha convertido en un aspecto de regulación positiva que ha desbordado las barreras que, tradicionalmente habían sido fijadas por los Estados en su defensa acérrima del principio de soberanía nacional. Este nuevo cambio de paradigma, en el cual el sujeto y la sociedad son el eje fundamental del Estado (social y democrático de derecho), hacen que todo el ordenamiento jurídico internacional, tenga directo interés en la materialización real y efectiva de los derechos y garantías de los cuales es titular el ser humano.”

“(…) Debe resaltarse, por ende, el papel que desempeña el juez en el Estado Social de Derecho, toda vez que es el llamado a servir, en términos del profesor Zagrebelsky¹⁶⁹, como conector entre el Estado y la sociedad, en tanto el ordenamiento jurídico le confiere, de acuerdo con la naturaleza de la controversia puesta a su consideración, una gama amplísima de posibilidades tendientes a la realización de una verdadera justicia material, en donde independientemente al origen del daño o la lesión del interés o del derecho, en todos los casos, la persona tenga la garantía de que la reparación del perjuicio será integral, y fundamentada en criterios de justicia.

“Ahora bien, debe precisarse que los anteriores planteamientos, en modo alguno, desconocen los principios de *jurisdicción rogada* y de *congruencia* (artículo 305 del C.P.C.)¹⁷⁰, toda vez que frente a graves violaciones de derechos humanos (v.gr. crímenes de *lesa humanidad*), el ordenamiento jurídico interno debe ceder frente al internacional, en tanto este último impone la obligación a los Estados, a los diferentes órganos que los integran –incluida la Rama Judicial del Poder Público–, de adoptar todas las medidas tendientes a la protección y reparación de esas garantías del individuo.”

“Por ende, el principio de reparación integral cobra mayor fuerza en aquellos eventos en los cuales el juez de lo contencioso administrativo, debe decidir asuntos relacionados con presuntos desconocimientos de las garantías fundamentales del ser humano, por cuanto en tales supuestos el ordenamiento jurídico interno e internacional, lo dota de una serie de herramientas e instrumentos para procurar el restablecimiento de los derechos.”

¹⁶⁹ Zagrebelsky, Gustavo “El derecho dúctil”, Ed. Trotta.

¹⁷⁰ La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

“No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

“(…)”

“La anterior óptica no implica, en ningún sentido, el desconocimiento de los postulados de índole procesal trazados por el legislador, sino que, por el contrario, representa la correcta y adecuada armonización de las reglas jurídicas del sistema interno, con los principios y normas que protegen al ser humano a nivel internacional, la mayoría de las cuales, han sido suscritas y ratificadas por Colombia.

“De otra parte, las medidas que puede adoptar el juez, dirigidas a la reivindicación de los derechos humanos transgredidos en un determinado caso, no desconocen la garantía fundamental de la *no reformatio in pejus* (relacionado íntimamente con el de congruencia), en tanto no suponen la modificación o el desconocimiento de los límites trazados por la *causa petendi* de la demanda, sino que dichas medidas conmemorativas, simbólicas, o de no repetición de la conducta, suponen una labor pedagógica e instructiva encaminada a sensibilizar a las entidades públicas y a toda la población, acerca de la importancia del respeto de las garantías fundamentales del individuo.

“En efecto, el fundamento específico del principio de la reparación integral, se encuentra en el señalamiento que efectúa la propia Carta Política, en el artículo 93, en donde se reconoció, de manera expresa, que todo tipo de tratado, convención o protocolo internacional que sea ratificado por Colombia, en el que se reconozcan y protejan los derechos humanos, prevalecen en el orden interno. Así las cosas, una vez se incorporan al derecho interno, a través de la celebración y ratificación, los tratados internacionales sobre derechos humanos prevalecen sobre la legislación nacional, tanto así, que tales garantías y prerrogativas no pueden ser suspendidas, ni siquiera, en vigencia de los denominados estados de excepción¹⁷¹.

“(…) En ese contexto, las disposiciones legales nacionales deben ceder y, de otra parte, ser armonizadas, claramente, a los postulados contenidos en el denominado “derecho de los derechos humanos”, en tanto los postulados de legitimidad y reconocimiento internacional, se estructuran sobre la base del respeto y materialización que un sujeto de derecho internacional brinde en relación con los derechos humanos.

“Así las cosas, es claro que el juez mediante la ponderación del contenido del artículo 16 de la ley 446 de 1998, con las demás disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico colombiano, puede arribar a decisiones que respeten plenamente las garantías fundamentales y procesales de las entidades o personas demandadas, sin que ello suponga que aquél deba pasar por inadvertido conductas y violaciones a derechos humanos, posición que está claramente proscrita por los lineamientos del derecho internacional que los protege y, adicionalmente, por el orden jurídico interno.

“Como corolario de lo anterior, debe puntualizarse que, en todas aquellas situaciones en las cuales el juez se enfrente a un evento de flagrante quebrantamiento de derechos humanos, el sistema jurídico interno debe ceder frente a los postulados contenidos en la Carta Política y en el orden internacional, para dar paso a medidas e instrumentos que permitan la protección efectiva y material de aquéllos¹⁷².

¹⁷¹ Determina el numeral 2 del artículo 214 de la Constitución: “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario...”

¹⁷² “La positivización de los derechos humanos ha hecho entonces más dúctil y más maleables el razonamiento judicial, de suerte que la justicia se ha vuelto más “gradual”. Hoy en día, muchas de

"(...)" (negritas del original - negritas y subrayado sostenidos adicionales).

A partir de la anterior sentencia, la Corporación ha avalado una hermenéutica garantista, que propugna por una protección activa y progresiva de los derechos humanos, lo que supone una prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno, dado el objeto protegido. En ese orden, es posible señalar, en relación con el principio de reparación integral, que este no sólo comprende eventos de graves violaciones de derechos humanos, sino cualquier asunto en el que se juzgue la responsabilidad patrimonial del Estado; Ahora bien, en los casos en los que **no esté de por medio** una grave violación a derechos humanos, o la vulneración flagrante de un derecho fundamental –en su dimensión subjetiva u objetiva–, la Sala encuentra un marco de acción definido por los principios de congruencia y de *no reformatio in pejus*; por lo tanto, en estos eventos la parte actora podrá solicitar en la demanda cualquier tipo de medida relacionada con las modalidades en las que se hace materializable este principio de reparación integral, siendo éstas: la *restitutio in integrum* del daño; medidas de satisfacción; indemnización plena de perjuicios; la rehabilitación, y garantías de no repetición, pero no podrán ser decretadas medidas o pretensiones de oficio.

Se itera, sólo en los supuestos en que el daño antijurídico tiene su génesis en la grave violación a derechos humanos, o el flagrante desconocimiento de derechos fundamentales –pero principalmente en el primer escenario–, el Juez de lo Contencioso Administrativo podrá decretar todo tipo de medidas encaminadas a la restitución de las garantías mínimas afectadas. En otras palabras, La naturaleza y entidad del daño producido -graves violaciones a derechos humanos o vulneración significativa de derechos fundamentales -, marca al juez la posibilidad de imponer medidas de oficio, en desarrollo del principio de reparación integral.

las decisiones judiciales sobre derechos humanos dependen en gran medida del grado de afectación de los derechos y valores en conflicto, según las circunstancias del caso específico, por lo cual la mayoría de las distinciones relevantes en estos casos son más diferencias de grado, de intensidad, que rígidas oposiciones cualitativas.

"(...) La gradualidad de la justicia constitucional se expresa también en el hecho de que ni los tribunales ni los documentos constitucionales y de derechos humanos determinan *a priori* y en forma absoluta las soluciones a los potenciales conflictos, sino que la propia práctica jurisprudencial y las diluciones que ella suscita permiten ir ajustando progresivamente los criterio de decisión." UPRIMNY, Rodrigo "La universalidad de los derechos humanos: conflictos entre derechos, conceptos de democracia, e interpretación jurídica" en "Pensamiento Jurídico – Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico", Universidad Nacional de Colombia, Pág. 98 y s.s.

En los procesos ordinarios de responsabilidad extracontractual del Estado, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha trazado una serie de principios en relación con la aplicación de los principios de congruencia y de no *reformatio in pejus*, que podrían sintetizarse así:

En procesos en los que el daño proviene de violaciones a derechos humanos o la vulneración de derechos fundamentales, es posible decretar todo tipo de medidas de justicia restaurativa conforme al principio de *restitutio in integrum* y de reparación integral.

Así las cosas, en este tipo de procesos, siempre que se constate la violación a un derecho humano, será procedente adoptar todo tipo de medidas de justicia restaurativa para proteger no sólo la dimensión objetiva, sino también la subjetiva del derecho afectado.

En los procesos en los que el daño lesione o afecte un derecho fundamental –tanto en su órbita subjetiva como objetiva-, se podrán adoptar las medidas resarcitorias solicitadas en la demanda o las que de oficio considere el juez, encaminadas a salvaguardar el núcleo esencial del derecho, bien sea en su órbita objetiva o subjetiva.

En efecto, el Consejo de Estado en reciente providencia protegió la dimensión objetiva del derecho a la salud, y entre otros aspectos precisó¹⁷³:

“En consecuencia, cuando el juez de lo contencioso administrativo aprecia la vulneración grave de la dimensión objetiva de un derecho, puede adoptar medidas de justicia restaurativa a efectos de que sea reestablecido el núcleo del derecho o interés constitucionalmente protegido, al margen de que el trámite procesal sea el del grado jurisdiccional de consulta o la resolución de un recurso de apelación único. Lo anterior, toda vez que el principio de la no reformatio in pejus, como expresión de la garantía del derecho al debido proceso sólo tiene restricción en la órbita indemnizatoria del principio de reparación integral. En efecto, la jurisprudencia de la Corporación ha precisado que si existe una colisión entre el principio de reparación integral con los principios de congruencia procesal y de jurisdicción rogada, estos

¹⁷³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, exp. 18364, M.P. Enrique Gil Botero.

últimos deben ceder frente al primero en cuanto concierne a las medidas de satisfacción, rehabilitación, y garantías de no repetición, toda vez que el parámetro indemnizatorio, esto es, el reconocimiento de los perjuicios materiales e inmateriales sí está amparado por los citados principios del proceso que tienden a garantizar el derecho de defensa del demandado.

“Definido el anterior panorama, la Sala reitera la jurisprudencia que sobre el particular ha delineado para precisar que, en aquellos eventos en los que sea evidente la alteración grave de un derecho de la persona, es posible que se adopten medidas distintas a la indemnización de perjuicios, todas ellas encaminadas a operar como factores de justicia restaurativa, esto es, como instrumentos que propenden por el restablecimiento objetivo del derecho conculcado.

“(…) Así las cosas, **la Sala** a partir de sus pronunciamientos recientes, así como en apoyo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, **considera que, en eventos en los que si bien el daño no provenga de graves violaciones a derechos humanos, de todas formas es posible decretar medidas de satisfacción, conmemorativas o garantías de no repetición, siempre y cuando sean necesarias las mismas para restablecer el núcleo o dimensión objetiva de un derecho humano que ha sido afectado por una entidad estatal.**

“En consecuencia, es posible que el daño antijurídico irrogado por una entidad prestadora del servicio de salud desborde la esfera o dimensión subjetiva, dada su magnitud, anormalidad y excepcionalidad, circunstancia frente a la cual **el juez de la reparación no puede ser indiferente, so pena de entender el derecho de la reparación como una obligación netamente indemnizatoria, cuando lo cierto es que una de las funciones modernas de la responsabilidad es la preventiva.**

“En el caso concreto es evidente la falta de diligencia de la entidad demandada, y la forma desentendida y gravemente anormal como se manejó la valoración del embarazo de la paciente, lo que quedó acreditado desde el mismo daño excepcional irrogado que afectó de manera grave la dimensión objetiva del derecho a la salud, más aún si se tiene en cuenta que la lesión directa fue ocasionada sobre tres niñas que alcanzaron a tener un hábito de vida y, en consecuencia, frente a las cuales se predicó la condición de persona en los términos establecidos en el artículo 90 del Código Civil, y que, por lo tanto, contaban con una protección reforzada y especial en los términos del inciso tercero del artículo 13 de la Carta Política y el artículo 44 de la misma, precepto este último que contiene el principio de prevalencia de los derechos de los niños sobre los de las demás personas.

“En ese orden, en la parte resolutive del fallo se dispondrá la adopción de la siguiente medida:

“Como garantía de no repetición, se ordenará enviar copia íntegra y auténtica de esta providencia a la Superintendencia Nacional de Salud, para que remita copia de la misma a cada una de las EPS que funcionan actualmente en Colombia, sin que ello implique, en modo alguno pronunciamiento de responsabilidad en contra de esta última entidad, toda vez que no es parte en el proceso; por ende, se insiste, el único propósito de la medida consiste en la divulgación pedagógica, a efectos de que situación como la descrita en la sentencia no se vuelva a repetir. El valor de las copias será asumido por el ISS.” (negrillas y subrayado de la Sala).

En consecuencia, se insiste, nada impide que en la demanda se soliciten medidas de justicia restaurativas dirigidas a reparar integralmente el daño, pero ello deberá estar expresamente consignado en el respectivo libelo introductorio, salvo que el daño se derive de graves violaciones a derechos humanos o a derechos fundamentales, en cuyo caso el juez administrativo debe velar porque la reparación del daño sea integral dada la magnitud de los hechos.

Respecto a la protección subjetiva de los derechos fundamentales, esta misma Sala señaló en sentencia del 25 de abril de 2012:

“En consecuencia, cuando el juez de lo contencioso administrativo aprecia la vulneración grave de la dimensión subjetiva u objetiva de un derecho fundamental, puede adoptar medidas de justicia restaurativa a efectos de que sea reestablecido el núcleo del derecho o interés constitucionalmente protegido, al margen de que el trámite procesal sea el del grado jurisdiccional de consulta o la resolución de un recurso de apelación único. Lo anterior, toda vez que el principio de la *no reformatio in pejus*, como expresión de la garantía del derecho al debido proceso sólo tiene restricción en la órbita indemnizatoria del principio de reparación integral.

“En efecto, sea oportuno recordar que el contenido y alcance del principio de reparación integral se encuentra delimitado por decisiones que pueden ser de contenido pecuniario o no pecuniario, y comprenden...”¹⁷⁴

En efecto, en el informe provisional de la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de las Naciones Unidas, fechado el 1º de septiembre de 2004, se especificó:

“38. También se han recibido informaciones sobre miembros de grupos paramilitares o personas armadas que cooperan con fuerzas de seguridad u operan con su aquiescencia y que han recurrido a una fuerza arbitraria y excesiva. En algunos casos se informó de que esos grupos habían sido establecidos por las propias fuerzas de seguridad. En otros se decía que se hallaban al servicio de particulares y/u organizaciones para defender un interés particular y contaban con un apoyo oficial que les permitía actuar al margen de la ley. Las atrocidades cometidas por esos elementos se han vuelto particularmente habituales en el contexto de los disturbios y conflictos internos, pero también se ha informado de incidentes de ese tipo en relación con conflictos que tienen una dimensión internacional.

“(…) 43. **En el período examinado la Relatora Especial ha recibido numerosas informaciones sobre utilización excesiva de la fuerza por parte de la policía o el ejército, en relación con la represión de**

¹⁷⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 25 de abril de 2012, exp. 21861, M.P. Enrique Gil Botero.

manifestaciones pacíficas o como consecuencia de tiroteos con agentes del orden, con resultados de muerte. También ha recibido informaciones sobre un número considerable de ejecuciones extrajudiciales como consecuencia de operaciones represivas de la delincuencia llevadas a cabo por las autoridades mediante el procedimiento de las "redadas preventivas" en las comunidades más pobres. Le preocupa que las políticas duras adoptadas por los gobiernos suelen ser mal utilizadas por los organismos de orden público, con el frecuente resultado de ejecuciones extrajudiciales. **Las medidas gubernamentales duras para "aplantar la delincuencia" dejan margen a determinados elementos de las autoridades de orden público para hacer justicia, de modo expeditivo contra quienes consideran socialmente "indeseables".** Es sabido que en el curso de sus redadas, la policía, que a menudo carece de la capacitación y los medios para llevar a cabo esas operaciones correctamente, dispara injustificadamente contra presuntos delincuentes o habitantes locales causando muertes. Estas operaciones tienen lugar sobre todo en grandes centros urbanos que generalmente padecen un índice de delincuencia sumamente elevado. No obstante, la Relatora Especial observa que la violencia policial no se limita a esas zonas y que a menudo entre las personas muertas se cuentan campesinos sin tierra o líderes indígenas de zonas rurales involucrados en conflictos sobre las tierras y jóvenes de hogares desfavorecidos detenidos en operaciones policiales."

En este orden, es lógico y pertinente la necesidad de graduar la indemnización del daño inmaterial, pues como se indica en las directrices de Theo van Boven, "la reparación deberá ser proporcionada a la gravedad de las violaciones"¹⁷⁵; el juez de la reparación no puede ser impasible a esos postulados que vienen delimitados por el derecho internacional de los derechos humanos y que se entronizan en el ordenamiento interno, concretamente a partir de la cláusula contenida en el artículo 93 de la Carta Política.

Así las cosas, por tratarse el caso *sub exámine* de una grave violación a derechos humanos (Desaparición forzada de personas), se decretarán de oficio las siguientes medidas de satisfacción, en aras de garantizar el principio de reparación integral, todo lo cual se llevará a cabo conforme a los lineamientos fijados por la

¹⁷⁵ Señala la directriz No. 7 de la Serie revisada de principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho humanitario a obtener reparación, preparada por el Sr. Theo van Boven de conformidad con la decisión 1995/117 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías: "De conformidad con el derecho internacional, los Estados tienen el deber de adoptar, cuando la situación lo requiere, medidas especiales a fin de permitir el otorgamiento de una reparación rápida y plenamente eficaz. La reparación deberá lograr soluciones de justicia, eliminando o reparando las consecuencias del perjuicio padecido, así como evitando que se cometan nuevas violaciones a través de la prevención y la disuasión. La reparación deberá ser proporcionada a la gravedad de las violaciones y del perjuicio sufrido, y comprenderá la restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición." Tomado de "Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones", compilación de documentos de la Organización de Naciones Unidas, Comisión Nacional de Juristas, Bogotá, 2007, pág. 307.

Corte Interamericana de Derechos Humanos en estos eventos¹⁷⁶, en consonancia con lo que se ha reconocido en esta jurisdicción contenciosa.¹⁷⁷ En ese orden se dispone:

1. Ordenar a la Nación a investigar los hechos que generaron las violaciones, e identificar y sancionar a los responsables.

Esta orden obedece a la naturaleza de la desaparición forzada de personas, en la medida en que, dada la particularidad de sus acontecimientos, muchas veces es infructuosa la búsqueda de los responsables y la clarificación de las condiciones modales y temporales; no obstante, ello no es óbice para que se conmine a las autoridades competentes, en aras del restablecimiento de la verdad, asunto que forma parte del principio de reparación integral, pues viene a ser un agente mitigador del sufrimiento intenso de las familias afectadas, así como también de sentimientos como inseguridad, frustración y angustia, ante la zozobra que permea sus vidas. Al respecto, ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁷⁸:

"258. Este Tribunal se ha referido en reiteradas ocasiones al derecho que asiste a los familiares de las víctimas de conocer lo que sucedió y de saber quiénes fueron los agentes del Estado responsables de los respectivos hechos¹⁷⁹. Tal como ha señalado la Corte, "la investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables, [...] es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad"¹⁸⁰.

259. Esta medida no solo beneficia a los familiares de las víctimas sino también a la sociedad como un todo, de manera que al conocer la verdad en cuanto a tales crímenes tenga la capacidad de prevenirlos en el futuro¹⁸¹.

¹⁷⁶ Caso 19 comerciantes vs Colombia

¹⁷⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 12 de junio de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 25180.

¹⁷⁸ Caso 19 comerciantes vs Colombia. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 5 de julio de 2004.

¹⁷⁹ Cfr. *Caso Myrna Mack Chang*, supra nota 3, párr. 273; *Caso Trujillo Oroza. Reparaciones*, supra nota 167, párr. 100; y *Caso Cantoral Benavides. Reparaciones*, supra nota 197, párr. 69.

¹⁸⁰ Cfr. *Caso Trujillo Oroza. Reparaciones*, supra nota 167, párr. 100; *Caso Cantoral Benavides. Reparaciones*, supra nota 197, párr. 69; y *Caso Cesti Hurtado. Reparaciones*, supra nota 196, párr. 62.

¹⁸¹ Cfr. *Caso Bámaca Velásquez. Reparaciones*, supra nota 167, párr. 77.

260. El Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que la Corte ha definido como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”¹⁸². Al respecto, la Corte ha advertido que

[...] el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares¹⁸³. (Subrayas y negrillas de la Sala).

2. Se ordena desplegar una búsqueda exhaustiva y seria de los restos mortales de las víctimas en este caso, medida que se torna significativa para el cierre de un ciclo de duelo, para pasar a otro, pero ya derivado de una certeza, en tanto quienes lo padecen son conscientes del destino final de sus seres queridos, a los cuales se les podrá despedir conforme a cada una de sus creencias, y con ello culminar la frustración que otorga la no despedida. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, dio tratamiento a esta medida de satisfacción en los siguientes términos¹⁸⁴:

“265. El derecho de los familiares de las víctimas de conocer dónde se encuentran los restos mortales de éstas¹⁸⁵, constituye una medida de reparación y por tanto una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de las víctimas¹⁸⁶. Asimismo, el Tribunal ha señalado que los restos mortales de una persona merecen ser tratados con respeto ante sus deudos, por la significación que tienen para éstos¹⁸⁷.

266. La Corte considera que la entrega de los restos mortales en casos de detenidos-desaparecidos es un acto de justicia y reparación en sí mismo. Es un acto de justicia saber el paradero del desaparecido, y es una forma de reparación porque permite dignificar a las víctimas, al reconocer el

¹⁸² Cfr. *Caso Maritza Urrutia*, *supra* nota 3, párr. 126; *Caso Bulacio*, *supra* nota 3, párr. 120; y *Caso Juan Humberto Sánchez*, *supra* nota 147, párr. 143.

¹⁸³ Cfr. *Caso Maritza Urrutia*, *supra* nota 3, párr. 126; *Caso Bulacio*, *supra* nota 3, párr. 120; y *Caso Juan Humberto Sánchez*, *supra* nota 147, párr. 143.

¹⁸⁴ Caso 19 comerciantes vs Colombia. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 5 de julio de 2004.

¹⁸⁵ Cfr. *Caso Juan Humberto Sánchez*, *supra* nota 147, párr. 187; *Caso del Caracazo. Reparaciones*, *supra* nota 13, párrs. 122 y 125; y *Caso Trujillo Oroza. Reparaciones*, *supra* nota 167, párrs. 109, 113 y 114.

¹⁸⁶ Cfr. *Caso Juan Humberto Sánchez*, *supra* nota 147, párr. 187; *Caso del Caracazo. Reparaciones*, *supra* nota 13, párrs. 122; y *Caso Trujillo Oroza. Reparaciones*, *supra* nota 167, párrs. 113 y 114.

¹⁸⁷ Cfr. *Caso Trujillo Oroza. Reparaciones*, *supra* nota 167, párr. 115; *Caso Bámaca Velásquez. Reparaciones*, *supra* nota 167, párr. 81; y *Caso Blake*, *supra* nota 151, párr. 115.

valor que su memoria tiene para los que fueron sus seres queridos y permitirle a éstos darles una adecuada sepultura¹⁸⁸.

267. La privación continua de la verdad acerca del destino de un desaparecido constituye una forma de trato cruel e inhumano para los familiares cercanos y, como sostuvo esta Corte en anteriores oportunidades, el derecho de los familiares de las víctimas de conocer lo sucedido a éstas y, en su caso, dónde se encuentran sus restos mortales, constituye una medida de reparación y por tanto una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de las víctimas¹⁸⁹. (Subrayas y negrillas de la Sala).

3. Ordénese la instalación de una placa que estará a cargo del Ejército Nacional, y que deberá erigirse en la plaza central del municipio de San Roque - Antioquia-, toda vez que frente a crímenes de esta naturaleza el remordimiento por la muerte pertenece a la memoria colectiva de una sociedad, para que hechos como esos no se repitan jamás, en ella se inscribirán los nombres de los siete desaparecidos y sus respectivas fechas de nacimiento, como acto reivindicatorio de la dignidad de las víctimas y sus familiares.

4. Así mismo, de conformidad con la Ley 1448 de 2011¹⁹⁰ –mediante la cual se dictaron medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del

¹⁸⁸ Cfr. *Caso Juan Humberto Sánchez*, supra nota 147, párr. 187; *Caso Las Palmeras. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de noviembre de 2002. Serie C No. 96, párr. 77; y *Caso del Caracazo. Reparaciones*, supra nota 13, párr. 123.

¹⁸⁹ Cfr. *Caso Juan Humberto Sánchez*, supra nota 147, párr. 187; *Caso del Caracazo. Reparaciones*, supra nota 13, párr. 122; y *Caso Trujillo Oroza. Reparaciones*, supra nota 167, párrs. 113 y 114.

¹⁹⁰ Artículo 144. Dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de la presente Ley, el Centro de Memoria Histórica, diseñará, creará e implementará un Programa de Derechos Humanos y Memoria Histórica, el cual tendrá como principales funciones las de acopio, preservación y custodia de los materiales que recoja o de manera voluntaria sean entregados por personas naturales o jurídicas, que se refieran o documenten todos los temas relacionados con las violaciones contempladas en el artículo 3 de la presente Ley, así como con la respuesta estatal ante tales violaciones.

Los archivos judiciales estarán a cargo de la Rama Judicial, la cual en ejercicio de su autonomía podrá optar, cuando lo considere pertinente y oportuno a fin de fortalecer la memoria histórica en los términos de la presente ley, encomendar su custodia al Archivo General de la Nación o a los archivos de los entes territoriales.

PARÁGRAFO 1o. En ningún caso se obstaculizarán o interferirán experiencias, proyectos, programas o cualquier otra iniciativa que sobre reconstrucción de memoria histórica avancen entidades u organismos públicos o privados. Los entes territoriales, en desarrollo de los principios de autonomía y descentralización, pueden desarrollar iniciativas sobre la materia y crear espacios dedicados a esta labor.

PARÁGRAFO 2o. La Procuraduría General de la Nación deberá garantizar la no destrucción, alteración, falsificación, sustracción o modificación de los archivos administrativos en todas las

conflicto armado interno-, se ordenará al Centro de Memoria Histórica, mediante su Programa de Derechos Humanos y Memoria Histórica –así como al Archivo General de la Nación-, la preservación de la presente sentencia y la custodia y conservación de su archivo, en aras de que haga parte y fortalezca el patrimonio documental histórico de la Nación y la memoria consciente de la violencia del conflicto interno y el padecimiento de sus víctimas, reforzando así la memoria colectiva de los asociados. Una generación es solo un hito en la dinámica y evolución de la sociedad, y su memoria tiene el mismo curso; y gracias a esta medida, el recuerdo de este fatal suceso quedará grabado en el tiempo, convirtiéndose este legado en la muestra de la esquizofrenia de las armas, el poder y la sinrazón, cuya conservación en el alma colectiva, puede ser el mejor aporte para no repetirlo jamás.

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

FALLA:

REVÓCASE la sentencia del 17 de agosto de 2004, proferida por Tribunal Administrativo de Antioquia, y en su lugar se dispone:

Primero. Declárase a la Nación –Ministerio de Defensa, Ejército Nacional- patrimonialmente responsable por los perjuicios causados a las demandantes con ocasión de los hechos narrados en la demanda.

instituciones oficiales, del nivel regional y nacional. Lo anterior sin perjuicio de la aplicación de las normas penales pertinentes, y de los documentos que tengan carácter reservado.

PARÁGRAFO 3o. Para efectos de la aplicación del presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en la Ley 594 de 2000 y en el Capítulo X sobre conservación de archivos contenido en la Ley 975 de 2005.

PARÁGRAFO 4o. Los documentos que no tengan carácter reservado y reposen en archivos privados y públicos en los que consten las violaciones contempladas en el artículo 3 de la presente Ley, serán constitutivos del patrimonio documental bibliográfico.

PARÁGRAFO 5o. La obtención de las copias que se soliciten, serán con cargo al solicitante.

Segundo. Condénase a la Nación - Ministerio de Defensa, Ejército Nacional-, a pagar a las siguientes personas integrantes de cada grupo familiar, las sumas que a continuación de señalan:

Grupo Familiar de Miguel Amariles Zapata

2.1. Por concepto de **perjuicios materiales –lucro cesante consolidado-**: A Julian David Amariles Atehortúa, la suma de **\$93´522.036**; a Eliana María Amariles Atehortúa, la suma de **\$93´522.036**, y a Yully Andrea Amariles Atehortúa, la suma de **\$44´047.056**

2.2. Por concepto de **perjuicios morales**, las siguientes sumas:

Miguel María Amariles Vélez	100 SMLMV (Padre)
Julian David Amariles Atehortúa	100 SMLMV (Hijo)
Eliana María Amariles Atehortúa	100 SMLMV (Hija)
Yully Andrea Amariles Atehortúa	100 SMLMV (Hija)
Mariela de Jesús Amariles Zapata	50 SMLMV (Hermana)
Berta Eufemia Amariles Zapata	50 SMLMV (Hermana)
Rubiela de Jesús Amariles Zapata	50 SMLMV (Hermana)

Grupo Familiar de Luis Alfonso Peláez Vega:

2.3. Por concepto de **perjuicios materiales –lucro cesante consolidado y futuro-** a la cónyuge, la señora Rubiela de Jesús Amariles Zapata, la suma de **\$130´665.465**. Y por **perjuicios materiales -lucro cesante consolidado-** a los hijos, lo siguiente:

A Lina María Peláez Amariles, la suma de **\$23´527.861**; a Pablo Andrés Peláez Amariles, la suma de **\$8´366.324**, y a Viviana Enith Peláez, la suma de **\$5´920.301**.

2.4. Por concepto de **perjuicios morales**, 100 SMLMV a cada uno de los mencionados.

Grupo Familiar de Darubín Cifuentes Sánchez:

2.5. Por concepto de **perjuicios materiales –lucro cesante consolidado y futuro-** a la cónyuge, la señora María Armiria Yarce, la suma de **\$115´.413.520**. Y por **perjuicios materiales -lucro cesante consolidado-** a los hijos, lo siguiente: A David Cifuentes Yarce, la suma de **\$26´970.593**; a Julian Alberto Cifuentes Calderón, la suma de **\$5´860.059**, y a Liliana Marcela Cifuentes Zuleta, la suma de **\$18´275.876**.

2.6. Por concepto de **perjuicios morales**, 100 SMLMV a cada uno de los mencionados.

Grupo Familiar de Luis Alfonso Martínez Suarez:

2.7. Por concepto de **perjuicios materiales –lucro cesante consolidado y futuro-** a la cónyuge, la señora Mery del Socorro Marín, la suma de **\$135´830.599**. Y por **perjuicios materiales -lucro cesante consolidado-** a los hijos, lo siguiente: A Eliana Martínez Marín, la suma de **\$22´642.668**; a Oscar David Martínez Marín, la suma de **\$15´438.604**, y a Natalia Martínez Marín, la suma de **\$26´903.792**.

2.8. Por concepto de **perjuicios morales**, 100 SMLMV a cada uno de los mencionados.

Grupo Familiar de Ramón Octavio Agudelo Castro:

2.7. Por concepto de **perjuicios materiales –lucro cesante consolidado y futuro-** a la cónyuge, la señora María del Carmen Cadavid Tobón, la suma de **\$134´607.257**. Y por **perjuicios materiales -lucro cesante consolidado-** a los hijos, lo siguiente: A Jhon Jairo Agudelo Cadavid, la suma de **\$19´897.128**; y a Sandra María Agudelo Cadavid, la suma de **\$10´894.464**.

2.8. Por concepto de **perjuicios morales**, 100 SMLMV a cada uno de los mencionados.

Grupo Familiar de Henry de Jesús Jiménez Arroyave:

2.9. Por concepto de **perjuicios morales**, las siguientes sumas:

Edilia del Consuelo Jiménez Arroyave	50 SMLMV (Hermana)
Ligia Margarita	50 SMLMV (Hermana)

Grupo Familiar de Álvaro Jesús Carmona Franco:

2.9. Por concepto de **perjuicios morales**, las siguientes sumas:

Manuel Salvador Carmona Cardona	100 SMLMV (Padre)
Maria Filomena franco Sierra	100 SMLMV (Madre)
José Alberto Carmona Franco	50 SMLMV (Hermano)
Luz Daris Carmona Franco	50 SMLMV (Hermana)
Julio Jairo Carmona Franco	50 SMLMV (Hermano)
Romelia del Socorro Carmona Franco	50 SMLMV (Hermana)
Nelson Ivan Carmona Franco	50 SMLMV (Hermano)

Tercero. Condénase a la Nación -Ministerio de Defensa, Ejército Nacional-, a la reparación de la violación de los derechos humanos de Henry De Jesús Jiménez Arroyave; Ramón Octavio Agudelo Castro; Álvaro de Jesús Carmona Franco; Luis Alfonso Peláez Vega; Miguel Ángel Amariles Zapata; Darubín Cifuentes Sánchez y Luis Alfonso Martínez Suarez, para lo cual, de conformidad con la parte motiva de esta providencia, deberá adoptar las siguientes medidas:

(i) Se ordena a la Nación a investigar los hechos que generaron las violaciones, e identificar y sancionar a los responsables.

(ii) Se ordena desplegar una búsqueda exhaustiva y seria de los restos mortales de las víctimas en este caso, medida que es significativa para el cierre del ciclo de duelo de las familias de los afectados.

(iii) Se ordena la construcción de una placa alegórica a la vida, conforme a lo expuesto en la parte motiva, a cargo del Ejército Nacional, que se erigirá en la plaza central del municipio de San Roque - Antioquia-, teniendo en cuenta que frente a crímenes de esta naturaleza el remordimiento por la muerte pertenece a la memoria colectiva de una sociedad, para que hechos como esos no se repitan jamás.

(iv) Se ordena al Centro de Memoria Histórica, mediante su Programa de Derechos Humanos y Memoria Histórica, y al Archivo General de la Nación, la preservación de la presente sentencia y la custodia y conservación de su archivo, con el fin de que integre y fortalezca el patrimonio documental histórico de la Nación colombiana, tanto como la memoria consciente de la violencia del conflicto interno y el padecimiento de sus víctimas.

Cuarto. Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

Quinto. Dése cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 115, 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Sexto. En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase

ENRIQUE GIL BOTERO

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente

ACLARACION DE VOTO DEL DR. JOSE ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

ATRIBUCION FACTICA Y JURIDICA - Constitución indiciaria

Cabe verificar si los hechos indicadores permiten en el proceso lógico de inferencia determinar que se verifican las situaciones de riesgo en las que se encontraban Henry de Jesús Jiménez Arroyave, Ramón Octavio Agudelo Castro, Álvaro de Jesús Carmona Franco, Luis Alfonso Peláez Vega, Miguel Ángel Amariles Zapata, Darubín Cifuentes Sánchez y Luis Alfonso Martínez Suárez, y que derivó en su desaparición forzada en hechos ocurridos el 14 de agosto de 1996 “cuando se desplazaban, en vehículo particular, del Municipio [sic] de Puerto Berrío al San Roque”, especialmente por haber sido objeto de las actuaciones de un grupo paramilitar que operaba en la zona, para lo que se debían determinar las circunstancias concretas de tiempo, modo y lugar: (...) La posición intuitu personae (condiciones personales y sociales). No se logró acreditar con los medios probatorios allegados al proceso las condiciones personales y sociales que hubiese permitido establecer que las víctimas podían ser objeto de una amenaza inminente, irreversible e irremediable frente al actuar del grupo paramilitar en la zona. (...) Las amenazas y la situación de peligro o riesgo. Al no considerarse debidamente probado el elemento anterior, concluyo que la situación de riesgo en la que se encontraba las víctimas no puede ser calificada como mayor en la que se encontraban los demás habitantes del municipio de Puerto Berrío –Antioquia, ya que la perspectiva contextual ha sido indebidamente comprendida. 7 El conocimiento judicial de los hechos no puede radicarse sólo en un presupuesto “contextual abstracto”, sino que debe ajustarse al denominado “contexto de descubrimiento” según el cual “el iter que, de hecho, ha llevado o debe llevar al juez a conocer (y, por tanto, a formular como verdadero un enunciado sobre) los hechos que se juzgan”. 8 En concordancia con lo expuesto, se está juzgando entonces la conformación y accionar del grupo mas no, la desaparición forzada de las víctimas, toda vez que se partió de una presunción, es decir, de un juicio u opinión formada con anterioridad a la presentación de los hechos mismos, con una formulación generalizada, sin tener en cuenta la relación específica que debe tener ese hecho indiciario con el que se pretende deducir. Por lo anterior, considero que es importante diferenciar entonces este razonamiento, del cual me aparto y centrarse en la construcción real del indicio. 9 En oposición a lo que afirma la Sala, no creo que exista una acreditación debida de los hechos indicadores. Conclusión a la que no se puede llegar, por el hecho de que se haya demostrado por otros medios que miembros de un grupo armado ilegal participaron en actividades criminales en la zona del municipio de Puerto Berrío, y que por tanto debía ligarse que el Estado falló en el servicio de seguridad y protección de las víctimas que tuvieron que padecer con tales actos. En consecuencia no puede acusarse de cuanto delito sea cometido de plano a este a un grupo armado ilegal, en cuanto no se presenta ningún tipo de certidumbre real, por el contrario debía realizarse una labor investigativa exhaustiva, que permitiera establecer los elementos suficientes de prueba para declarar la responsabilidad de los entes acusados. 10 De igual forma considero que aun cuando no se encuentre probado por medio del hecho indiciario, la desaparición forzada de las víctimas a manos de un grupo armado ilegal, debe declararse la responsabilidad por el incumplimiento del deber de seguridad y protección, respecto a la situación que se vivía en el municipio de Puerto Berrío –para la época de los hechos-, no se encontró evidencia alguna de habersele dado en la investigación, la gestión sensata para resolver de fondo dichas denuncias, por tanto se concluye que hubo una falla por violación al derecho de acceso a la justicia.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD - Aplicación del principio de integración normativa, los principios erga omnes y de ius cogens

En mi criterio, la Sala estaba llamada a ejercer el control de convencionalidad como juez contencioso administrativo, pero delimitando si procedía un control objetivo, uno subjetivo, ya que se trata de la primacía de los derechos humanos consagrados en los Tratados y Convenciones Internacionales aplicando el principio de integración normativa, los principios erga omnes y de ius cogens, en los que se inspira toda el sistema de protección de los derechos, que lejos de excluirse entre lo interno y lo convencional, exige una armonización, que para el caso concreto de las acciones, omisiones o inactividad del Estado se concreta en la elevación y en la mejora continua de los estándares de la actividad que la administración pública debe incorporar [principio de optimización], en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. 13 Por lo anterior, cabe precisar que el control de convencionalidad es una manifestación de lo que se ha dado en denominar “la constitucionalización del derecho internacional. Concebido, con mayor precisión, como el “control difuso de convencionalidad”, cuyo destinatario en todo juez nacional consiste en el deber de estos “en realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Si bien como construcción jurídica el control de convencionalidad se hace radicar en su origen en la sentencia del “caso Almonacid Arellano y otros vs Chile”, lo cierto es que desde antes del 2002, e incluso en la jurisprudencia de los años noventa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya se vislumbraban ciertos elementos de dicho control.

TASACION Y LIQUIDACION DE LOS PERJUICIOS MORALES - Falta e indebida motivación y justificación

Mi desacuerdo respetuoso radica en la inexistente valoración probatoria y determinación para el caso en concreto de los criterios con base en los cuales se delimita la intensidad de los perjuicios morales al momento de tasarlos y liquidarlos a favor de los demandantes, concediendo a las hijas 100 smlmv sin haber motivado y justificado debida y suficientemente (...) sin mayor esfuerzo se puede encontrar cómo la Sala de Sub-sección C habría podido determinar con fundamentos razonados y valorando las pruebas que existan para determinar el perjuicio moral de cada uno de los demandantes, porque de esta manera persiste el ejercicio ilimitado del denominado “arbitrio judicial”, el cual tanto la jurisprudencia constitucional reciente, como la sentencia de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012 (expediente 24392) han dado por superado y exigen, para no violar el derecho al debido proceso, el acceso a la administración de justicia y el principio de la primacía de lo sustancial por sobre lo formal, la debida, necesaria e imprescindible motivación para el reconocimiento, tasación y liquidación de los perjuicios morales, lo que no se hizo por la Sala en esta sentencia de 6 de marzo de 2013. Por lo anterior, encuentro necesario exponer los elementos que deben tenerse en cuenta para que dicha motivación y justificación sea razonable, proporcional, racional y ponderada.

MOTIVACION DE LAS DECISIONES JUDICIALES - Imperativo constitucional

La motivación y justificación de las decisiones judiciales no sólo obra por mandato constitucional (artículos 29 y 230), sino también con fundamento en el control convencional (material) al que está llamado el juez contencioso administrativo y que se impone en virtud del artículo 93 de la Carta Política, y de los artículos 1.1,

8, 25 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. 22 La motivación y justificación de las decisiones judiciales no se limita sólo a garantizar la eficacia de la tutela judicial efectiva en cabeza de toda víctima, sino que permite materializar el derecho constitucional fundamental al debido proceso de toda entidad demandada, sin que pueda exponerse a ninguno de los sujetos procesales a construcciones pretorianas ajenas al razonamiento debido, so pretexto de amparar un desmedido arbitrio judicial que como toda herramienta de discrecionalidad no es absoluta y se limita, especialmente, a los mandatos constitucionales, convencionales y de protección eficaz de los derechos en los dos extremos de la litis. La premisa final, pues, se encamina a considerar a la motivación como garantía constitucional propiamente y como herramienta para alcanzar la legitimidad democrática de la que debe estar provista toda decisión judicial. 23 La garantía constitucional de acceso a la administración de justicia se concreta, sin lugar a dudas, en la motivación y justificación que el juez como representante del Estado debe dar a sus providencias, no sólo como forma de respetar los expresos mandatos constitucionales de los artículos 228 y 230 de la Carta Política, sino como expresión del acceso a la justicia en igualdad para todas las partes (artículo 229 y 29 de la Carta Política), y de respeto a los derechos al debido proceso y a la defensa. (...) la motivación y justificación 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". 25 La motivación y justificación 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 duda. 26 Así mismo, la motivación y justificación 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". Desde la perspectiva procesal la "motivación completa alude a una justificación plena de la *facti* como en aquellos otros que integran la *quaestio iuris*. Por el contrario, la motivación suficiente alude a un mínimo de razonamiento justificativo ineludible para que la resolución judicial sea conforme a las funciones propias de la exigencia constitucional y legalmente garantizada de motivación". (...) no motivó suficiente y razonadamente la decisión de tasar los perjuicios morales en el caso concreto, siendo necesario exponer las líneas generales de la motivación que de existir para reconocer y tasar los perjuicios morales, y su aplicación al caso en concreto.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., 21 de noviembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 05001-23-31-000-1998-02368-01(29764)

Actor: EDILIA DEL CONSUELO JIMENEZ ARROYAVE Y OTROS

Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL-

Referencia: ACLARACION DE VOTO

1 Aunque compartí la decisión adoptada por la Sala de Sub-sección C en la sentencia de 21 de noviembre de 2013, me permito aclarar el voto en cuanto a los siguientes aspectos: 1) constitución indiciaria de la atribución fáctica y jurídica en el caso concreto; y, 2) impreciso y débil afirmación del control de convencionalidad; y 3) la falta e indebida motivación y justificación en la tasación y liquidación de los perjuicios morales reconocidos en la sentencia.

1. Constitución indiciaria de la atribución fáctica y jurídica en el caso concreto.

1 En la fundamentación la Sala consideró:

“[...] De otro lado, aun cuando se desconoce la forma cómo culminó el proceso penal, pues en el expediente no obra la sentencia, del acervo probatorio especialmente de los testimonios referenciados y de los informes que se rindieron en el proceso penal, se puede establecer que existen indicios graves del contexto extremo de violencia que padecía la región, dada la reiteración de esa modalidad de delitos por parte de grupos ilegalmente armado, asunto que imponía un refuerzo en la vigilancia y protección por parte de [sic] Estado” [subrayado fuera de texto].

2 La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre el indicio:

“Precisa la Corte que el indicio es un medio de prueba crítico, lógico e indirecto, estructurado por el juzgador a partir de encontrar acreditado por otros medios autorizados por la ley, un hecho del cual razonablemente, y según las reglas de la experiencia, se infiere la existencia de otro hasta ahora desconocido que interesa al objeto del proceso, el cual puede recaer sobre los hechos, o sobre el agente, o sobre la manera como se realizaron, cuya importancia deviene de su conexión con otros acaecimientos fácticos que, estando debidamente demostrados y dentro de

determinadas circunstancias, permite establecer, de modo mas (sic) o menos probable, la realidad de lo acontecido". "Carlos Lessona, enseñaba, refiriéndose a la estructura del indicio que este: "...se forma con un razonamiento que haga constar las relaciones de causalidad o de conexión entre un hecho probado y otro a probarse [...]" [subrayado fuera de texto].

3 La Corte Suprema de Justicia determina las clases de indicios:

"Los indicios pueden ser necesarios cuando el hecho indicador revela en forma cierta o inequívoca, la existencia de otro hecho a partir de las relaciones de determinación constantes como las que se presentan en las leyes de la naturaleza; y contingentes, cuando según el grado de probabilidad de su causa o efecto, el hecho indicador evidencie la presencia del hecho indicado. Estos últimos, a su vez, pueden ser calificados como graves, cuando el hecho indicador y el indicado media un nexo de determinación racional, lógico, probable e inmediato, fundado en razones serias y estables, que no deben surgir de la imaginación ni de la arbitrariedad del juzgador, sino de la común concurrencia de las cosas; y leves, cuando el nexo entre el hecho indicador y el indicado constituye apenas una de las varias posibilidades que el fenómeno ofrece".

4 La Subsección C de la tercera ha dicho:

"si bien el fallador es autónomo para escoger los hechos básicos que le sirven de fundamento al momento de elaborar su inferencia, así como para deducir sus consecuencias, en ella está sujeto a las restricciones previstas en la codificación procesal: i) La consignada en el artículo 248 del CPC conforme al cual los racionios son eficaces en tanto los hechos básicos resulten probados; y ii) la contemplada en el artículo 250 eiusdem que impone un enlace preciso y directo entre el indicio y lo que de él se infiere, que exige -salvo el evento no usual de los indicios necesarios que llevan a deducciones simples y concluyentes- pluralidad, gravedad, precisión y correspondencia entre sí como frente a los demás elementos de prueba de que se disponga"¹⁹¹ [subrayado fuera de texto].

5 Son varias las cuestiones que en mi criterio no me permiten compartir la posición de la Sala: como la misma Sala de Sub-sección C ha especificado el indicio se estructura sobre tres elementos: 1. Hecho conocido o indicador, 2. Un hecho desconocido, que es el que se pretende demostrar, y 3. Una inferencia lógica a través de la cual, y partiendo del hecho conocido, se logra deducir el hecho que se pretende conocer, en términos de la Corte Suprema de Justicia:

"[...] el hecho conocido o indicador debe estar plenamente demostrado en el proceso, esto es, debe ser un hecho que tenga certeza jurídica y que sirva de base para a través de inferencias lógicas realizadas por el juez en el acto de fallar, permita llegar a deducir el hecho desconocido".

6 Con base en lo anterior, cabe verificar si los hechos indicadores permiten en el proceso lógico de inferencia determinar que se verifican las situaciones de riesgo en las que se encontraban Henry de Jesús Jiménez Arroyave, Ramón Octavio Agudelo Castro, Álvaro de Jesús Carmona Franco, Luis Alfonso Peláez Vega, Miguel Ángel Amariles Zapata, Darubín Cifuentes Sánchez y Luis Alfonso Martínez Suárez, y que derivó en su desaparición forzada en hechos ocurridos el 14 de

¹⁹¹ Sección Tercera, sentencia de 3 de octubre de 2007, expediente 19286. Puede verse también: Sección Tercera, sentencias de 2 de mayo de 2007, expediente 15700; de 10 de junio de 2009 expediente 17321.

agosto de 1996 “cuando se desplazaban, en vehículo particular, del Municipio [sic] de Puerto Berrío al San Roque”, especialmente por haber sido objeto de las actuaciones de un grupo paramilitar que operaba en la zona, para lo que se debían determinar las circunstancias concretas de tiempo, modo y lugar:

6.1 La posición intuitu personae (condiciones personales y sociales). No se logró acreditar con los medios probatorios allegados al proceso las condiciones personales y sociales que hubiese permitido establecer que las víctimas podían ser objeto de una amenaza inminente, irreversible e irremediable frente al actuar del grupo paramilitar en la zona.

6.2 Las amenazas y la situación de peligro o riesgo. Al no considerarse debidamente probado el elemento anterior, concluyo que la situación de riesgo en la que se encontraba las víctimas no puede ser calificada como mayor en la que se encontraban los demás habitantes del municipio de Puerto Berrío –Antioquia, ya que la perspectiva contextual ha sido indebidamente comprendida.

7 El conocimiento judicial de los hechos no puede radicarse sólo en un presupuesto “contextual abstracto”, sino que debe ajustarse al denominado “contexto de descubrimiento” según el cual “el *iter* que, de hecho, ha llevado o debe llevar al juez a conocer (y, por tanto, a formular como verdadero un enunciado sobre) los hechos que se juzgan”¹⁹².

8 En concordancia con lo expuesto, se está juzgando entonces la conformación y accionar del grupo mas no, la desaparición forzada de las víctimas, toda vez que se partió de una presunción, es decir, de un juicio u opinión formada con anterioridad a la presentación de los hechos mismos, con una formulación generalizada, sin tener en cuenta la relación específica que debe tener ese hecho indiciario con el que se pretende deducir. Por lo anterior, considero que es importante diferenciar entonces este razonamiento, del cual me aparto y centrarse en la construcción real del indicio.

9 En oposición a lo que afirma la Sala, no creo que exista una acreditación debida de los hechos indicadores. Conclusión a la que no se puede llegar, por el hecho de que se haya demostrado por otros medios que miembros de un grupo armado

¹⁹² GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 3a ed, Marcial Pons, Madrid, 2010, p.88.

ilegal participaran en actividades criminales en la zona del municipio de Puerto Berrío, y que por tanto debía ligarse que el Estado falló en el servicio de seguridad y protección de las víctimas que tuvieron que padecer con tales actos. En consecuencia no puede acusarse de cuanto delito sea cometido de plano a este a un grupo armado ilegal, en cuanto no se presenta ningún tipo de certidumbre real, por el contrario debía realizarse una labor investigativa exhaustiva, que permitiera establecer los elementos suficientes de prueba para declarar la responsabilidad de los entes acusados.

10 De igual forma considero que aun cuando no se encuentre probado por medio del hecho indiciario, la desaparición forzada de las víctimas a manos de un grupo armado ilegal, debe declararse la responsabilidad por el incumplimiento del deber de seguridad y protección, respecto a la situación que se vivía en el municipio de Puerto Berrío –para la época de los hechos-, no se encontró evidencia alguna de habersele dado en la investigación, la gestión sensata para resolver de fondo dichas denuncias, por tanto se concluye que hubo una falla por violación al derecho de acceso a la justicia.

2. Impreciso y débil afirmación del control de convencionalidad.

11 El desacuerdo con la Sala radica en la siguiente argumentación:

“[...] En ese orden, comoquiera que la jurisdicción interna, en ejercicio de la administración de justicia, está llamada a actuar como juez interamericano a nivel nacional en los casos de graves violaciones de derechos humanos, esta Sala ejercerá un control de convencionalidad a la conducta omisiva del Estado en el presente caso y determinará si éste quebrantó normas internacionales de derechos humanos”.

12 En mi criterio, la Sala estaba llamada a ejercer el control de convencionalidad como juez contencioso administrativo, pero delimitando si procedía un control objetivo, uno subjetivo, ya que se trata de la primacía de los derechos humanos consagrados en los Tratados y Convenciones Internacionales aplicando el principio de integración normativa, los principios erga omnes y de ius cogens, en los que se inspira toda el sistema de protección de los derechos, que lejos de excluirse entre lo interno y lo convencional, exige una armonización, que para el caso concreto de las acciones, omisiones o inactividad del Estado se concreta en la elevación y en la mejora continua de los estándares de la actividad que la administración pública debe incorporar [principio de optimización], en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho.

13 Por lo anterior, cabe precisar que el control de convencionalidad es una manifestación de lo que se ha dado en denominar “la constitucionalización del derecho internacional. Concebido, con mayor precisión, como el “control difuso de convencionalidad”, cuyo destinatario en todo juez nacional consiste en el deber de estos “en realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”¹⁹³. Si bien como construcción jurídica el control de convencionalidad se hace radicar en su origen en la sentencia del “caso Almonacid Arellano y otros vs Chile”¹⁹⁴, lo cierto es que desde antes del 2002¹⁹⁵, e incluso en la jurisprudencia de los años noventa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya se vislumbraban ciertos elementos de dicho control.

13.1 Se trata, además, de un control que está dirigido a todos los poderes públicos del Estado¹⁹⁶, aunque en su formulación inicial señalaba que sólo tenía a los jueces como aquellos que debían ejercerlo. Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar cómo en el “caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos proyecta el control de convencionalidad, llegándose a afirmar que representa una obligación en cabeza del poder judicial, ya que “cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma”¹⁹⁷ y, consecuentemente,

¹⁹³ “Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. FERRER MACGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>; consultado 9 de febrero de 2014].

¹⁹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

¹⁹⁵ “[...] El control de convencionalidad que deben realizar en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica los jueces nacionales, parte de una serie de votos singulares del juez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez, v.gr., en los casos *Myrna Mack Chang* (25 de noviembre de 2003, considerando 27) y *Tibi* (7 de septiembre de 2004, considerandos 3 y 4)”. SAGÜÉS, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales, concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014].

¹⁹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123: “El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionales consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”.

¹⁹⁷ “[...] El control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente”.

debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella¹⁹⁸ [subrayado fuera de texto].

13.2 Lo anterior indica, claramente, que el juez nacional no sólo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que debe proyectarse sobre este una “interpretación convencional”, de manera tal que pueda constatar si las mismas son o no “compatibles”, o se corresponden con los mínimos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos y en otros tratados y normas de derecho internacional de los derechos humanos, y de derecho internacional humanitario¹⁹⁹. En esencia dicho control de convencionalidad, en cabeza de los jueces nacionales, se comprende por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente manera:

“[...] La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”²⁰⁰.

CARBONELL, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, en [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf; consultado el 9 de febrero de 2014].

¹⁹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123.

¹⁹⁹ “[...] Se trata de un estándar “mínimo” creado por dicho tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el *corpus iuris* interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; estándar que, como veremos más adelante, las propias Constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también forme parte del “bloque de constitucionalidad/convencionalidad” otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales”. FERRER MACGREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en

[http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf; consultado el 9 de febrero de 2014].

²⁰⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. En opinión de Ferrer MacGregor: “Si observamos los alcances del “control difuso de convencionalidad”, podemos advertir que en realidad no es algo nuevo. Se trata de una especie de “bloque de constitucionalidad” derivado de una constitucionalización del derecho internacional, sea por las reformas que las propias Constituciones nacionales han venido realizando o a través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado. La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como un “deber” de todos los jueces nacionales; de tal manera que ese imperativo representa un “bloque de convencionalidad” para establecer “estándares” en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la jurisdicción de dicho tribunal internacional”. FERRER MACGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf; consultado 9 de febrero de 2014].

13.3 Luego de surgir este mecanismo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo fue matizando. En ese sentido, en el “caso Trabajadores Cesados del Congreso [Aguado Alfaro y otros] vs. Perú²⁰¹, se agregó que dicho control de convencionalidad procede “ex officio” pero “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones competentes”. Así mismo, se consideró como función que “no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”²⁰².

13.4 Si bien en su configuración inicial el control de convencionalidad puede reducirse a la confrontación de las normas internas con la Convención Americana de Derechos Humanos, en su voto razonado el juez García Ramírez, a la sentencia del “caso Trabajadores cesados del Congreso [Aguado Alfaro y otros] vs. Perú, consideró que debía proceder dicho control respecto a “todo el corpus iuris convencional de los derechos humanos”²⁰³.

13.5 El control de convencionalidad como construcción jurídica no se agota en el ámbito del derecho interamericano de los derechos humanos, sino que ha tenido cabida cuestionada en el derecho comunitario europeo, en el que se planteó la denominada doctrina “Simmenthal”. Se trata del caso “Administration des finances italiennes c. Simmenthal”, sentencia del 9 de marzo de 1978 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el que consideró:

²⁰¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Trabajadores Cesados del Congreso [Aguado Alfaro y otros] vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006.

²⁰² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Trabajadores Cesados del Congreso [Aguado Alfaro y otros] vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párrafo 128.

²⁰³ En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el control de convencionalidad se viene consolidando como puede verse: a) caso La Cantuta vs. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006, donde el control implicó determinar que las leyes de autoamnistía eran incompatibles con la Convención [párrafo 173]; b) caso Boyce y otros vs Barbados, sentencia de 20 de noviembre de 2007, en la que encontró incompatible la “cláusula de exclusión” consagrada en el artículo 26 de la Constitución de Barbados, que impedía la impugnación de leyes vigentes, previas a la Constitución [párrafo 78]; c) caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, sentencia de 12 de agosto de 2008, en la que sostuvo que “cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos” [párrafo 180]; d) las Resoluciones de supervisión de 9 de mayo de 2008 en los casos Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes vs. Guatemala, el control se dirigió a la exigencia al Congreso y al Judicial de no ejecutar a ningún condenado hasta que no se adoptara un decreto que consagrara el indulto; e) caso Radilla Pacheco vs. México, sentencia de 23 de noviembre de 2009, donde el control se centra en cuanto a las interpretaciones constitucionales y legislativas relacionadas con los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar, las que debe estar conforme con los principios de la jurisprudencia interamericana de derechos humanos, llegando, incluso, a exigir a los jueces nacionales dejar de aplicar una norma del Código de Justicia Militar.

“[...] El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicarlas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”²⁰⁴

13.6 En tanto que en el derecho europeo de los derechos humanos, se encuentra que la Corte Europea de Derechos Humanos ha venido aplicando el control de convencionalidad, operándolo tanto frente Constituciones, como respecto de leyes de los Estados miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos. En ese sentido se puede citar los siguientes casos: a) *Partie communiste unifié de Turquie*, sentencia de 20 de noviembre de 1998; b) caso *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres*, sentencia de 28 de octubre de 1999²⁰⁵; c) caso *Open Door y Dublin Well Woman*²⁰⁶

13.7 Como puede observarse, el control de convencionalidad no es una construcción jurídica aislada, marginal o reducida a sólo el ámbito del derecho interamericano de los derechos humanos. Por el contrario, en otros sistemas de derechos humanos, como el europeo, o en un sistema de derecho comunitario también ha operado desde hace más de tres décadas, lo que implica que su maduración están llamada a producirse en el marco del juez nacional colombiano [específicamente el juez contencioso administrativo]

3. La falta e indebida motivación y justificación en la tasación y liquidación de los perjuicios morales reconocidos en la sentencia.

14 Si bien la Sala reconoce los perjuicios morales, no termina por motivar su liquidación. De acuerdo con lo contenido en la sentencia:

“[...] En relación con el perjuicio moral, la Sala de manera reiterada ha señalado que este tipo de daño se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. De allí que, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con los daños irrogados a uno de sus miembros, lo cual es constitutivo de un perjuicio moral. En ese orden de ideas, habrá lugar a reconocer, vía presunción de aflicción, perjuicios morales a favor de los demandantes que hayan acreditado el parentesco.”

²⁰⁴ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso “*administration des finances italiennes c. Simmenthal*”, sentencia de 9 de marzo de 1978, en FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *La justicia constitucional. Una visión de derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2009, p.1207.

²⁰⁵ Puede verse en: SUDRE, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l’homme*, 8ème ed, Paris, PUF, 2006, p.191-2.

²⁰⁶ Puede verse: RUIZ MIGUEL, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1997, p.42.

Así las cosas, se reconocerán este tipo de perjuicios para todos los demandantes, previa aclaración de que [sic] conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, se ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral, y ha considerado que la valoración del mismo debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y con apoyo en el arbitrio juris, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado".

15 La Sala de Sub-sección C en la sentencia de 21 de noviembre de 2013 NO MOTIVA la decisión judicial de reconocer a los demandantes los perjuicios morales reclamados. Esto significa apartarse de la sentencia de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012 (expediente 24392), en la que la Sala determinó que la determinación de los perjuicios morales debe ser motivada y justificada, ya que en caso contrario podría vulnerarse el derecho al debido proceso de uno de los extremos de la litis (como lo ha sostenido la amplia y reciente jurisprudencia constitucional).

16 La exigencia de motivación y justificación de la decisión judicial que tasa y liquida los perjuicios morales ha sido sostenida por la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia de 18 de julio de 2012 (expediente 11001031500020120062200), que al resolver una acción de tutela consideró:

"(...) se destaca que si bien en el juez radica la facultad de determinar el monto de la indemnización por perjuicios morales, tal facultad debe estar regida por ciertos parámetros que buscan garantizar que su decisión esté en consonancia con el ordenamiento jurídico, y que para tal efecto le exigen exponer las razones de su decisión, por ejemplo, haciendo alusión a las decisiones adoptadas frente a otros casos, con el fin de no desconocer en el que es objeto de estudio el derecho a la igualdad.

(...)

Es más, la preocupación del Consejo de Estado frente a los parámetros que debe tener en cuenta el juez en el ejercicio de su prudente arbitrio al determinar el monto de la indemnización por perjuicios morales, ha motivado recientemente a que algunos Consejeros de Estado planteen como alternativas de tasación, el test de proporcionalidad²⁰⁷, es decir, una metodología a través de la cual se pretende limitar el margen de discrecionalidad con el que cuenta el operador jurídico en el referido asunto (...)

(...)

Sobre el particular considera la Sala que si bien la determinación del monto de la indemnización por perjuicios morales constituye un asunto problemático, en el cual es evidente que existe un amplio margen de apreciación, por las especificidades de los casos objeto de análisis, y aún más, de la valoración que se realiza de la intensidad de la afectación emocional de las víctimas, respecto de la cual vale destacar, el juez ordinario es el que está en la mejor posición para apreciar, pues ha tenido conocimiento directo y profundo de las partes del proceso y de las situaciones que los rodean, lo que justifica que en su prudente arbitrio sea el llamado a establecer el monto de la

²⁰⁷ Sobre el particular puede apreciarse la sentencia del 18 de enero de 2012, del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Expediente 54001-23-31-000-1997-02780-01(19959).

indemnización, también lo es que en la tasación de ésta el juez natural debe tener en cuenta los criterios que sobre el particular ha desarrollado la jurisprudencia, a fin de procurar que las personas afectadas en el caso que por competencia le ha correspondido, sean indemnizadas bajo parámetros de equidad e igualdad, teniendo como referentes los parámetros de indemnización que se han aplicado en otros casos, so pena que su decisión *prima facie* por la ausencia de razones aparezca como arbitraria.

En efecto, a primera vista resulta contrario al derecho a la igualdad que un juez frente a casos con características similares, en los que la jurisprudencia de manera más o menos uniforme ha reconocido cierto monto de indemnización, **sin exponer las razones de su decisión**, ordene el reconocimiento de una suma de dinero muchísimo más alta a la tenida en cuenta por la jurisprudencia, o por el contrario, muchísimo más baja a la que considera en ésta. Lo anterior, porque estaría tratando de manera desigual a personas bajo situaciones similares, sin exponer las razones de dicho trato.

La anterior situación también se puede presentar cuando un juez frente a casos que *prima facie* presentan diferencias significativas, **sin exponer las razones de su decisión**, considera a propósito de la tasación de los perjuicios causados que deben ser resueltos bajo los mismos parámetros, como ocurre en el caso de autos, donde las autoridades judiciales accionadas consideraron que cada uno de los demandantes (del proceso de reparación directa) debía recibir el monto máximo por los perjuicios morales causados por las dificultades que tuvieron que afrontar para obtener su título profesional, monto que de manera reiterada el Consejo de Estado sólo reconoce frente a situaciones de extrema aflicción, en las cuales el ejemplo más representativo es la pérdida de un padre de su hijo o viceversa.

Lo anterior de ninguna manera quiere decir que frente a casos con circunstancias de hecho diferentes, el juez natural del asunto no pueda reconocer el mismo monto de indemnización, o que frente a casos con supuestos fácticos similares no pueda determinar que la condena por perjuicios morales debe ser sustancialmente distinta; lo que se destaca en esta oportunidad, es que el juez en garantía del derecho a la igualdad, en materia de tasación de perjuicios, tiene la carga de exponer las razones de su decisión y de tener en cuenta el precedente, cuando estima que es procedente brindar un trato diferenciado, cuando impone los montos máximos de indemnización jurisprudencialmente reconocidos, o cuando estima que la aplicación de éstos no es pertinente en consideración a las especiales características del caso objeto de estudio²⁰⁸.

17 Debe tenerse en cuenta que se trataba de tasar y liquidar los perjuicios morales a favor de las hijas de la víctima que falleció por las acciones desplegadas por miembros de la fuerza pública. La premisa inicial de la Sala de Sub-sección C es:

“(…) Establecido el parentesco y afinidad entre las demandantes y la víctima, la Sala tiene por probado el perjuicio moral sufrido por la parte actora con ocasión de la muerte de su padre, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que el deceso de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en tanto las relaciones de cercanía, amor y afecto que las personas tienen con su entorno familiar” (fl.37 cp).

18 Pero mi desacuerdo respetuoso radica en la inexistente valoración probatoria y determinación para el caso en concreto de los criterios con base en los cuales se delimita la intensidad de los perjuicios morales al momento de tasarlos y liquidarlos a favor de los demandantes, concediendo a las hijas 100 smlmv sin haber motivado y justificado debida y suficientemente (fl.37 ambas caras cp).

²⁰⁸ Sección Segunda, sentencia de 18 de julio de 2012, expediente 11001031500020120062200, Pon. Gerardo Arenas.

19 Lo primero que encuentro es que la Sala de Sub-sección C contradice la sentencia T-212 de 2012, en la que precisamente por motivación insuficiente como la expuesta tuteló los derechos del accionante y ordenó rehacer al Tribunal Administrativo del Cauca la misma para determinar con razonamientos suficientes y ponderados la tasación y liquidación de los perjuicios morales. En segundo lugar, la Sala de Sub-sección C adopta como único criterio en materia de privación injusta para tasar y liquidar los perjuicios morales el tiempo de permanencia en la situación de privación de la libertad, lo que implica desconocer otros criterios necesarios para establecer ponderada y razonadamente los mismos. Y, en tercer lugar, no estudia, revisa, ni considera si en el acervo probatorio existe medio alguno (por ejemplo, testimonio) con el que se pueda establecer los criterios que permitan apreciar la intensidad del perjuicio moral convirtiendo a la presunción de aflicción, que es de homine, en una presunción *de iure*, lo que no es cierto y crea confusión para la jurisprudencia y para los usuarios.

20 Ahora bien, sin mayor esfuerzo se puede encontrar cómo la Sala de Sub-sección C habría podido determinar con fundamentos razonados y valorando las pruebas que existan para determinar el perjuicio moral de cada uno de los demandantes, porque de esta manera persiste el ejercicio ilimitado del denominado “arbitrio judicial”²⁰⁹, el cual tanto la jurisprudencia constitucional reciente, como la sentencia de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012 (expediente 24392) han dado por superado y exigen, para no violar el derecho al debido proceso, el acceso a la administración de justicia y el principio de la primacía de lo sustancial por sobre lo formal, la debida, necesaria e imprescindible motivación para el reconocimiento, tasación y liquidación de los perjuicios morales, lo que no se hizo por la Sala en esta sentencia de 6 de marzo de 2013. Por lo anterior, encuentro necesario exponer los elementos que deben tenerse en cuenta

²⁰⁹ “(...) desde un racionalismo moderado en cuanto a la posibilidad de conocimiento de la verdad en el Derecho (sic) procesal, creo más bien que la cuestión del arbitrio debe ir de la mano de la búsqueda de los criterios que en el contexto de descubrimiento permiten fundamentar las premisas que más tarde se motivarán en el contexto de justificación (...) la búsqueda de la decisión correcta debe hacerse desde un arbitrio judicial planteado de acuerdo a la concepción clásica de la equidad, que los teólogos escolásticos sintetizaban magníficamente en bellas palabras, diciéndonos que equidad es *correctio legis in quo déficit propter universalitatem*, y en esa búsqueda el arbitrio judicial debe asirse a un criterio adecuado para tal fin, que no será otro más que la certeza moral como guía adecuada para fundar decisiones tanto en el contexto de descubrimiento como en el contexto de justificación. Certeza moral (...) por entender que no se trata de un criterio subjetivo, sino objetivo al servicio del conocimiento de la verdad material. Criterio fundado en un racionalismo moderado, a la vez que realista y, por ello, plenamente consciente de las dificultades en el conocimiento de la verdad conforme a la utilización de criterios humanos” (subrayado fuera de texto). ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp.251-252.

para que dicha motivación y justificación sea razonable, proporcional, racional y ponderada.

3.1. La motivación de las decisiones judiciales: un imperativo constitucional, convencional y de legitimación democrática.

21 La motivación²¹⁰ y justificación²¹¹ de las decisiones judiciales no sólo obra por mandato constitucional (artículos 29 y 230), sino también con fundamento en el control convencional²¹² (material) al que está llamado el juez contencioso administrativo y que se impone en virtud del artículo 93 de la Carta Política, y de los artículos 1.1, 8, 25 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

22 La motivación y justificación de las decisiones judiciales no se limita sólo a garantizar la eficacia de la tutela judicial efectiva²¹³ en cabeza de toda víctima, sino

²¹⁰ “Nos sugiere, *prima facie*, ofrecer razones o motivos de la acción judicial dirigida al enjuiciamiento. También puede significar la explicación del proceso que conduce a ese enjuiciamiento. Igualmente, puede servir para hacer explícito en el texto de la resolución el camino seguido por el juez hasta la decisión, permitiendo a las partes controlar los pasos que conducen a la decisión, adentrándonos en la mente del juzgador. Motivar consiste también en ofrecer razones, argumentos que permitan persuadir a las partes, lográndose, así, que acepten pacíficamente la decisión. Refiere, desde otro punto de vista, la búsqueda de elementos que constituyan base o fundamento suficiente para permitir el proceso posterior de razonamiento judicial” (subrayado fuera de texto). ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, ob., cit., p.243.

²¹¹ “El término <<justificación>>, por el contrario, se revela como idóneo para entender el fenómeno de la motivación judicial. El conjunto de autores que han estudiado el deber de motivación de las decisiones judiciales artículo tras artículo, y libro tras libro, ha desarrollado un potente acervo intelectual en torno a lo que puede entenderse por justificación de las resoluciones judiciales, acervo que en síntesis implica tanto la <<justificación interna de la racionalidad judicial>>, justificación relativa a la corrección formal de las inferencias que permiten el paso de las premisas a la conclusión, como la <<justificación externa de la racionalidad judicial>>, referida a la corrección material de las razones aducidas a favor de la decisión. La labor más importante de los jueces se centra en el plano de esa justificación externa de su razonamiento, es decir, en ofrecer no sólo buenas razones o argumentos que respondan al porqué (sic) de la decisión, sino que racionalmente permitan llegar a la certeza moral suficiente para el conocimiento de los hechos y su calificación jurídica. La justificación externa introduce, así, la dimensión axiológica del valor justicia en la motivación de las resoluciones judiciales” (subrayado fuera de texto). ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, ob., cit., pp.243 y 244.

²¹² BREWER-CARÍAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013 (en imprenta): “En cuanto al control de convencionalidad ejercido por los jueces y tribunales nacionales, si bien desde hace décadas se venía realizando en muchas jurisdicciones nacionales, fue luego de la conceptualización efectuada por el juez García Ramírez, y a partir de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* de 26 de septiembre de 2006, que el término se acuñó en la jurisprudencia para identificar el control que ejercen dichos jueces cuando, frente a normas nacionales que deban aplicar a casos concretos de los cuales conozcan, dan prelación a las previsiones de la Convención Americana cuando aquellas normas nacionales le sean contrarias”.

²¹³ “BUJOSA VADELL y RODRÍGUEZ GARCÍA explican que el derecho a la obtención de tutela judicial efectiva entendido como derecho a una resolución fundada en Derecho, implica una función doble en el examen de esta garantía por los órganos jurisdiccionales, porque, de un lado, como acto de racionalidad en el ejercicio del poder permite conocer las reflexiones que fundamentan el fallo; y, de otro, facilita el acto control (sic) de aquella racionalidad fundada en Derecho (sic) por parte de los tribunales”. BUJOSA VADELL, L.; RODRÍGUEZ GARCÍA, N, “Algunos apuntes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional”, en ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p.146.

que permite materializar el derecho constitucional fundamental al debido proceso de toda entidad demandada, sin que pueda exponerse a ninguno de los sujetos procesales a construcciones pretorianas ajenas al razonamiento debido, so pretexto de amparar un desmedido arbitrio judicial²¹⁴, que como toda herramienta de discrecionalidad no es absoluta y se limita, especialmente, a los mandatos constitucionales, convencionales y de protección eficaz de los derechos en los dos extremos de la litis. La premisa final, pues, se encamina a considerar a la motivación como garantía constitucional propiamente y como herramienta para alcanzar la legitimidad democrática²¹⁵ de la que debe estar provista toda decisión judicial.

23 La garantía constitucional de acceso a la administración de justicia se concreta, sin lugar a dudas, en la motivación y justificación que el juez como representante del Estado debe dar a sus providencias, no sólo como forma de respetar los expresos mandatos constitucionales de los artículos 228 y 230 de la Carta Política, sino como expresión del acceso a la justicia en igualdad para todas las partes (artículo 229 y 29 de la Carta Política), y de respeto a los derechos al debido

²¹⁴ “no cabe duda de que (sic) la garantía de motivación judicial es un poderoso instrumento que cualitativamente sirve como criterio efectivo de control de la discrecionalidad judicial (...) a menudo se ha confundido el plano conceptual de la discrecionalidad con la arbitrariedad, pechando la discrecionalidad también con la carga peyorativa que acompaña desde antiguo a la arbitrariedad. Así, como señala NIETO, mientras que la idea de discrecionalidad evoca el viejo arbitrio de los jueces y, por ello, nos lleva a un juicio ponderado conforme a diversos criterios que sirven de reglas para la toma de decisión judicial la arbitrariedad sería, por el contrario, sinónima de aquel viejo aforismo del *sic volo sic tubeo*, que ayunando de razones confía únicamente la decisión judicial al gobierno de la voluntad” (subrayado fuera de texto). ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, ob., cit., p.160.

²¹⁵ “Conforme al principio de legitimación democrática se articula constitucionalmente la sumisión del juez a la ley. PÉREZ ROYO subraya que frente al estudio tradicional del Poder Judicial, el cual parte del principio de independencia, debiera ponerse más bien el acento en el principio de legitimación democrática de dicho poder (...) Mal se concilia, pues, la afirmación de la legitimación democrática con la realidad del Poder Judicial, que no se sujeta directamente a la voluntad de los ciudadanos. Y, sin embargo, esto no quiere decir que no exista un mecanismo efectivo de sujeción a dicha voluntad: la estrecha vinculación del juez a las leyes, las cuales sí encuentran una efectiva justificación en el principio de legitimación democrática (...) ¿Y cómo se garantiza la efectiva sujeción de los jueces a la ley? A través, sin duda, de la exigencia de motivación (...) Por tanto, puede entenderse fácilmente que de los diversos principios que conforman el Poder Judicial, a saber: independencia, imparcialidad, responsabilidad, exclusividad y unidad jurisdiccional, la sujeción al principio de legitimación democrática a través de la referencia motivada de los hechos en relación a unos fundamentos jurídicos que encuentren acomodo visible en nuestro sistema normativo, es el principio determinante y fuente de todos los demás, erigiéndose en un poderoso instrumento de integración del Derecho (...) Así las cosas, y reconociendo la importancia que tiene una necesaria sujeción del juez a la ley, como garantía visible de vinculación de éste a través de sus decisiones al principio de legalidad democrática, dicha sujeción debe entenderse en sus justos términos y no como un férreo vínculo asfixiante que acaso encierre a los jueces en los estrechos márgenes del Derecho (sic) legislado, limitándose su actividad a mera labor mecanicista de subsunción en la aplicación de las leyes, sin levantar el vuelo de la jurisprudencia fuera de lo que la doctrina ha venido denominando como legalismo judicial, actitud por otra parte que no sirve para explicar realmente lo que sucede con el Derecho (sic) y su aplicación, constriñéndose ésta a una reflexión miope que gira en torno a la aplicación de las leyes formales, como si las mismas fuesen el Derecho (sic) en su conjunto. Se trata, en suma, de aquello que NIETO denuncia como las falacias del paradigma jurídico tradicional, cuya concepción, que durante el siglo XIX parecía inexpugnable, hoy sigue arrastrándose como tópico por buena parte de la doctrina a sabiendas de las profundas insuficiencias teóricas que encierra, sin que logre afirmarse plenamente un nuevo modelo superador del paradigma anterior”. ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, ob., cit., pp.140, 141 y 144.

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 Derecho²¹⁶, 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*>²¹⁷, sino también a la propia garantía de motivación judicial, porque será mediante la justificación 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”²¹⁸

24 Como puede extraerse, la motivación y justificación 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”²¹⁹.

25 La motivación y justificación 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

²¹⁶ “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”.

²¹⁷ Cfr. CARNELUTTI, F., <Torniamo al *giudizio*>, en *RDProc.*, 1949, pp.165 y ss.

²¹⁸ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, ob., cit., pp.138 y 139.

²¹⁹ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, ob., cit., p.139.

anterior procede en atención a la aplicación del principio de legitimación democrática, cuya articulación con la sumisión del juez a la ley nadie duda²²⁰.

26 Así mismo, la motivación y justificación 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”²²¹. Desde la perspectiva procesal la “motivación completa alude a una justificación plena de la facti como en aquellos otros que integran la quaestio iuris. Por el contrario, la motivación suficiente alude a un mínimo de razonamiento justificativo ineludible para que la resolución judicial sea conforme a las funciones propias de la exigencia constitucional y legalmente garantizada de motivación”²²².

27 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.

28 En la jurisprudencia constitucional la motivación y justificación de las sentencias judiciales “tiene sentido no solo por que (sic) la misma es presupuesto

²²⁰ PÉREZ ROYO; Javier. Curso de derecho constitucional. 11ª ed, Madrid, 2007, p.760.

²²¹ ASIS ROIG, Rafael de. El juez y la motivación en el Derecho. Dykinson, Madrid, 2005, pp.31-32.

²²² “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.

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 inferior²²³ (subrayado fuera de texto).

29 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 providencia²²⁴ (subrayado fuera de texto). Lo que implica, que la motivación, más allá del debate dicotómico entre suficiente y completa, se exige como garantía de materialidad del ejercicio del debido proceso, “barrera a la arbitrariedad judicial”, plena sujeción del juez al ordenamiento jurídico y, ejercicio de un verdadero juicio de razonabilidad en la decisión judicial.

30 De acuerdo con TARUFFO la “motivación, nos dice, exige como requisito fundamental una adecuación plena al principio de completitud del discurso

²²³ Corte Constitucional, sentencia T-249, de 28 de marzo de 2006.

²²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-302, de 3 de abril de 2008.

justificativo que la desarrolla”²²⁵, 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*²²⁶. 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*”²²⁷.

31 Luego, la motivación y justificación en la tasación y liquidación 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.

32 Con fundamento en los anteriores argumentos es que me aparto de la decisión de la Sala, ya que no motivó suficiente y razonadamente la decisión de tasar los perjuicios morales en el caso concreto, siendo necesario exponer las líneas generales de la motivación que de existir para reconocer y tasar los perjuicios morales, y su aplicación al caso en concreto.

3.2. Líneas generales para la motivación de la decisión judicial que reconoce y tasa los perjuicios morales en un caso en concreto.

33 El reconocimiento y tasación de los perjuicios morales no puede realizarse como una simple operación de inferencia²²⁸ lógica (esto es, servirse sólo de las

²²⁵ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova, 1975, pp.450 ss.

²²⁶ FAZZALARI, E. <La sentenza in rapporto alla struttura e all’oggetto del proceso>, en *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, p.433.

²²⁷ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales.*, ob., cit., p.169.

²²⁸ Es necesario aclarar este concepto: “(...) Cuando razonamos haciendo uso de inferencias inductivas, partimos de la observación de la realidad y gracias a los datos recibidos llegamos a conclusiones generales, a generalizaciones, a través de un proceso lógico, que podemos dividir en diversos pasos: a) recepción de los hechos que brinda la experiencia; b) elaboración de un análisis de esos hechos para determinar aquellos que son esenciales de los meramente accidentales. Posteriormente, c) búsqueda de aquel principio, regla, o convención general y pacíficamente aceptada que pueda explicar los datos experimentales, que los ponga en relación convincente. Es decir, búsqueda de la hipótesis. Y, por último, d) comprobación de la validez o

presunciones judiciales²²⁹), sino que debe estar en concordancia con la debida, razonada y completa motivación, y que debe encaminarse, como lo argumenta la Corte Constitucional en su sentencia T-736 de 2012, a que el operador judicial realice **“un análisis de las condiciones fácticas de cada uno de los demandantes para soportar la grave aflicción a ellos ocasionada”** (subrayado y negrilla fuera de texto), a presentar los **“argumentos fundados que permitieran considerar que el precedente del Consejo de Estado sobre la tasación de perjuicios morales no era aplicable a ellos, por ser contrarios a la Carta Política, existir diferencias fácticas entre el precedente y los casos analizados, o considerar que la decisión debería ser adoptada de otra manera, en aras de la protección de los derechos fundamentales”**.

34 Es sustancial resaltar que la afirmación como precedente horizontal de la sentencia de 6 de septiembre de 2001 (expedientes 13232-15646) no puede convertirse en regla de petrificación jurisprudencial²³⁰, ya que en la mencionada

corrección de aquel principio, o regla que utilizamos en la hipótesis. Si es un principio válido o correcto tenemos la tesis de razonamiento, es decir, la conclusión fundada en el razonamiento (...) En todo caso, cualquier argumento erigido gracias a la inferencia inductiva, ya sea completa o incompleta, puede refutarse presentando excepciones que no permitan sostener la validez de la regla general (...) La inducción en razonamiento judicial es un excelente instrumento lógico para la averiguación de los hechos susceptibles de enjuiciamiento. Sin embargo, nótese que para estimar la corrección de la inferencia inductiva debe probarse que los hechos que fundan la inducción son ciertos, suficientes y representativos del conjunto (...) En términos lógicos estaremos ante una incorrección de la inferencia inductiva cuando generalicemos a partir de casos insuficientes o poco representativos entre los que no existe identidad de razón, cuando a partir de datos ciertos la inducción arroje una conclusión que va más allá de lo que estos datos autorizan, cuando aplicamos una regla general sin tener presente los casos atípicos en los que su aplicación no puede llevarse a cabo por constituir una excepción” (subrayado fuera de texto). ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, ob., cit., pp.278 a 280.

²²⁹ “Como sostiene GASCÓN ABELLÁN, entendemos que la presunción judicial no es un medio de prueba *stricto sensu* sino un procedimiento probatorio de naturaleza indiciaria y, por ello, fundado en la inferencia que el juez realiza tomando como premisas de su razonamiento un hecho o conjunto de hechos probados (indicios) y una máxima de experiencia. Los indicios y la máxima de experiencia permiten formar la convicción judicial sobre un hecho desconocido, susceptible de conocimiento sólo si la inferencia entre los indicios y la máxima de la experiencia se ha realizado de forma correcta. Tradicionalmente, la doctrina jurisprudencial ha evidenciado su preferencia por las pruebas directas o históricas frente a las pruebas indirectas o fundamentadas en *praesumptionis hominis seu iudicis*, alegando el mayor grado de certeza sobre la existencia de los hechos que ofrece la prueba directa frente a la indirecta (...) En todo caso, al igual que en las pruebas directas o históricas, lo más importante es que la prueba indiciaria arroje un resultado probatorio correctamente inferido que permita fundamentar la convicción judicial (...) En este ámbito, acaso como en ningún otro del fenómeno de la valoración probatoria, campa a sus anchas el arbitrio judicial. De ahí la necesidad de control efectivo de la racionalidad judicial indiciaria a través de la garantía de motivación (...) la prueba indiciaria, acaso como en ningún otro lugar de la probática, es el campo por excelencia de las inferencias hipotéticas, cuya corrección lógica es *conditio sine qua non* para su estimación como elemento probatorio por el tribunal. Así las cosas sólo cuando exista certeza moral sobre los enunciados factuales construidos en función de inferencias impecables, fundamentalmente abductivas (sic), el razonamiento indiciario podrá integrar lícitamente la motivación *coram proprio iudice*, satisfaciendo la lógica propia del “contexto de descubrimiento” que conduciría posteriormente al “contexto de justificación” expresado en la motivación *coram partibus*”. ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, ob., cit., pp.344, 345, 347 y 348.

²³⁰ “Ahora bien, si nos ponemos en la posición del juez que debe resolver un determinado caso concreto, nos damos cuenta de que pueden existir muchas clases de precedentes. El juez puede estar obligado simplemente a tener en cuenta la decisión anterior como parte del material en el que puede basar su decisión en el caso presente; o por el contrario, puede estar obligado a resolver el

sentencia de la Corte Constitucional (T-736 de 2012) expresamente se considera que el operador judicial, más aún una Sub-sección de la Sección Tercera del propio Consejo de Estado, puede apartarse del (equivocadamente concebido) precedente si **existen diferencias fácticas entre este y el caso en concreto objeto de decisión por la Sala**, o si en determinado evento la decisión de reconocer, tasar y liquidar los perjuicios morales debe hacerse de manera diferente para proteger los derechos fundamentales de la víctima.

35 En la construcción de esa motivación y justificación debe distinguirse entre el reconocimiento que de los perjuicios morales procede y la tasación de los mismos, como pasa a exponerse *in extenso*.

3.3. Alcance conceptual del perjuicio moral.

36 Antes de reconocerlo es necesario exponer, en unas breves líneas, el alcance conceptual del perjuicio moral. De acuerdo con Baudry-Lacantiniere y Barde se trata de todo “perjuicio que no atenta al individuo en su fortuna o en su cuerpo”, que “comprende: la desconsideración que significa para la persona atacada el resultado del ataque, el dolor causado por la pérdida de una persona querida, los

caso de la misma manera en que fue decidido el caso anterior salvo que tenga razones válidas para no hacerlo. O puede incluso estar obligado a resolverlo de la misma manera en que se decidió el caso anterior, a pesar de tener buenas razones para no hacerlo”. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W., *El precedente en el derecho inglés*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p.24. “El precedente, conforme lo anterior, se le tiene bajo la construcción jurídica del sistema del common law, como una fuente formal de creación del derecho, diferente de la ley, y originada en las decisiones judiciales, específicamente en las razones que le sirvieron de sustento a la mismas – *ratio decidendi* -, esto es, en la solución jurídica a una situación fáctica específica, la cual por efectos de la evolución del sistema pasa a convertirse en un antecedente vinculante, en una especie de paradigma de solución frente a casos similares o semejantes que puedan ocurrir con posterioridad- *stare decisis* -, configurando de esta manera, dentro del ordenamiento jurídico, una clara regla o norma de contenido jurídico, demarcando un principio o definiendo un concepto adecuado y propio en materia jurídica. La doctrina del precedente en este sentido se afirma en el efecto de autoridad de las decisiones previas, esto es, en la predica según la cual, los fallos anteriores, por lo menos una parte de los mismos, su *ratio decidendi*, pueden obligar a los tribunales posteriores, vinculación que implica acogerse a lo decidido previamente, reconociendo de esta forma legitimidad al derecho de creación judicial, a partir de una profunda aceptación a la individualidad y personalidad judicial, previo el agotamiento de las reglas que el sistema ha desarrollado para estos efectos, que en líneas generales y en relación con una visión formal del mismo, se resumen en la concurrencia de dos claros elementos configurativos: la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*. La *ratio decidendi* hace referencia al componente de la decisión judicial que tiene la fuerza suficiente para obligar y vincular a futuro a las autoridades encargadas de resolver otros casos similares (...) la fuerza vinculante del precedente, o para un mejor entendimiento de la *ratio decidendi*, “... depende de su relación con los hechos del fallo en el cual ellos fueron declarados y de su relación con los hechos del juicio en que posteriormente se alega su aplicación” (subrayado fuera de texto). SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano*, Ponencia: IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Mendoza, Argentina, septiembre de 2010.

sufrimientos físicos, la pena, las inquietudes que son, a veces, la consecuencia del hecho dañoso”²³¹.

37 En clave filosófica el perjuicio moral puede encontrar fundamento en lo expuesto por Rudolph von Ihering según el cual la “jurisprudencia romana llegó en esto (daño moral) a la idea de que, en la vida humana, la noción de valor no consiste solamente en dinero; sino que, al contrario, además del dinero, existen otros bienes a los que el hombre civilizado atribuye un valor y que quiere ver que lo proteja el derecho”²³².

38 Se trata de un perjuicio que “no está circunscrito a los casos de sufrimiento generado por las lesiones físicas o la muerte. Su campo es tan amplio que basta que el juez tenga la convicción de que la víctima padeció una aflicción o una tristeza, producida por el hecho dañino, para que la indemnización proceda. El daño es entonces el dolor, la congoja, el sufrimiento y la aflicción compensables con una suma de dinero o mediante otra forma decidida por el juez”²³³.

39 El reconocimiento y tasación de los perjuicios en la actualidad ha dejado de lado el cuestionamiento planteado en la teoría clásica de la responsabilidad extracontractual, en la que se preguntaba: “Cómo los jueces fijarán la suma a

²³¹ BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 2^a ed, T.III, París, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1905, pp.1099 y 1100. Para Carbonnier el “daño moral es el que no produce detrimento patrimonial alguno”. CARBONIER, Jean, *Droit Civil*, París, PUF, 1978, p.84. En tanto que Von Thur considera que los daños morales son “los quebrantos y dolores físicos o de orden moral que se le producen al hombre cuando ilícitamente se atenta contra su persona o se invade la esfera de sus personales intereses”. THUR, A. Von, *Tratado de las obligaciones*, T.I, Reus, Madrid, 1934, p.88. “B. WINDSCHEID dice, de forma muy categórica, que en caso de lesión de un hombre libre, además del resarcimiento del interés patrimonial, se podía reclamar la llamada indemnización del dolor o dinero del dolor (Schmerzensgeld). Según el autor citado, la máxima recogida de una llamada “*Constitutio carolina*” se fundaba en la práctica y había encontrado un punto de apoyo en una ordenanza judicial, donde se decía que el juez que había aplicado tortura a algún sospechoso, pero sin indicios suficientes, estaba obligado a resarcirle convenientemente por el desdoro, por los dolores, por los gastos y por los daños. WINDSCHEID recuerda que en parecido sentido habían decidido la cuestión en Alemania los tribunales de Oldenburgo, Munich, Kassel, Jena y Rostock. Según WINDSCHEID, la indemnización del dinero del dolor no se otorgaba a título de pena, sino de resarcimiento y respondía, en este sentido, al esquema de una *utilis actio legis aquiliae*. DIÉZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, T.V, 1^a ed, Thomson Reuters, Civitas, Navarra, 2011, pp.356 y 347.

²³² Citado en MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile. Délictuelle et contractuelle*, T.I, 4^{ème} ed, Librairie du Recueil Sirey, París, 1947, p.321.

²³³ “El fallo Villaveces del 21 de julio de 1922 para el derecho colombiano (Corte Suprema de justicia, Sala Civil, 21 de julio de 1922. M.P. Tancredo Nannetti), y el fallo Letisserand (Consejo de Estado francés, 24 de noviembre de 1961), son los fallos de principio que según la doctrina, reconocen por primera vez de manera explícita la indemnización del perjuicio moral. En efecto, el fallo colombiano citado, al resolver un caso de perjuicio causado a un viudo por la extracción ilícita de la fosa de los restos de su mujer, considera que “al demandante Villaveces, por el solo hecho de la extracción indebida de los restos de su esposa que él tenía depositados en una bóveda de su propiedad, se le infirió por culpa de los empleados del Municipio un daño moral que debe ser reparado, a la luz de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil” (...) A su turno, el fallo Letisserand, al considerar que “el dolor moral que resulta para esta última (la madre) de la desaparición prematura de su hijo es por sí mismo indemnizable”, revolucionó la concepción del Consejo de Estado francés que negaba dicha reparación al apoyarse sobre la célebre frase <las lágrimas no se monedean>”. HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, 1^a ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p.233.

pagar a la víctima? Sobre cuáles elementos se basarían? El quantum de los daños-intereses debe mensurarse conforme con el perjuicio sufrido; pero, como este es extra-pecuniario, el daño moral no es susceptible de evaluación. Entonces, necesariamente, los jueces tendrán en cuenta la importancia de la culpa cometida: a mayor culpa resulta un más grave perjuicio, más elevada será la cifra de los daños-intereses²³⁴.

40 Después de aportar unos mínimos criterios conceptuales del perjuicio moral, se debe estudiar cómo se estructura la motivación para su reconocimiento y tasación.

3.4. La estructuración de la motivación para el reconocimiento y tasación de los perjuicios morales.

41 Desde junio de 2011 la Subsección C de la Sección Tercera viene aceptando (y no puede afirmarse que sea una posición minoritaria) la necesidad de motivar las decisiones en las que se reconoce, tasa y liquida los perjuicios morales, discrepando la misma Sala con el suscrito respecto a la metodología que puede emplearse para la liquidación y que se funda en la aplicación del principio de proporcionalidad.

42 Hasta la fecha la Sala en diferentes oportunidades ha venido expresando una serie de argumentos respecto de los cuales, respetuosamente, plantearé mi posición y los errores y equívocos conceptuales en los que incurre, para lo cual se transcribe el aparte de la sentencia y luego su valoración.

43 Sin duda alguna la utilización de criterios objetivos tiene la finalidad de contribuir a la transparencia, a la imparcialidad y a la corrección, y no a mantener privilegios ilimitados como el arbitrio iuris, el que sin la debida limitación puede representar, para cualquiera de los extremos de la litis, el mantenimiento de una posición privilegiada que crea mayor desconfianza en el juez contencioso administrativo por la tendencia a comprender caprichosamente dicho arbitrio. La afirmación de criterios se encuadra, además, en la exigencia de la denominada

²³⁴ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile. Délictuelle et contractuelle*, T.I, ob., cit., p.328. “La tradición de la indemnizabilidad (sic) de un daño moral fue tempranamente recibida en el Derecho (sic) francés. Entre las más antiguas sentencias se suelen citar la de 13 de febrero de 1923, que consideró como daño moral el dolor experimentado por los hijos de la víctima de un accidente mortal, que es suficiente, según dicha sentencia, a falta de cualquier otro perjuicio de carácter material, para que sea admisible la acción de indemnización de daños y perjuicios”. DIÉZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, ob., cit., p.347.

“zona de razonabilidad” del juez²³⁵, y se integra (en este sentido y no como se señala por la Sala) en la “nomoárquica jurídica”, ya que tales criterios se sustentan en la vigencia de un modelo de derecho sustentado en los “principios”²³⁶.

La consideración de “criterios objetivos” procura que el juez contencioso administrativo no desborde su arbitrio judicial y especialmente exceda la idea de un profundo pragmatismo, pues ésta “deja poco espacio a la “teoría”, si hemos de entender ésta como una labor que puede, y debe, explicitarse no sólo para que aquélla deje de ser un mero “actuar automático”, sino para que, consciente de sus legítimas bases, pueda considerársela una “práctica responsable” frente a un componente social que no puede reducirse a sus <resultados efectivos>”²³⁷. Por el contrario, la afirmación de los “criterios objetivos” permite al juez contencioso administrativo retornar a la dogmática jurídica, entendida como aquella que “aisla los principios jurídicos implícitos en un orden jurídico, expone los diversos preceptos jurídicos como componentes o consecuencias de estos principios, y permite así entender el orden jurídico o sus partes como una estructura de sentido de carácter concreto con una determinada pretensión de verdad. El método de la dogmática jurídica no es el de la explicación causal, sino el de la comprensión del sentido, ya que solo así puede ser entendida una estructura de sentido como lo es un sistema jurídico”²³⁸. Comprensión que se ofrece no por un falso ejercicio del “arbitrio iuris”, sino sustentado en el reconocimiento de mínimos criterios objetivos con base en los cuales el raciocinio del juez contencioso administrativo cumpla debidamente con el deber de administrar justicia y respete el derecho eficaz al acceso a la administración de justicia.

44 Finalmente, debo reafirmar la consideración de “criterios objetivos” obedece a un principio general de justicia orientado a sostener que “los individuos tienen derecho, entre sí, a una cierta posición relativa de igualdad o desigualdad. Esto es algo que debe ser respetado en las vicisitudes de la vida social, cuando hay que

²³⁵ POSNER, Richard, *Cómo deciden los jueces*, ob., cit., pp.104 y 105.

²³⁶ VALENCIA RESTREPO, Hernán, *Nomoárquica, principalística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*, Comlibros, Medellín, 2007.

²³⁷ BEDOYA GIRALDO, Hubed de Jesús, “Reseña de <Nomoárquica, principalística o filosofía y ciencia de los principios generales del Derecho de Hernán Valencia Restrepo, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, V.37, No.107, julio-diciembre, 2007, p.572.

²³⁸ La dogmática es la “*explicación sistemática* de los principios jurídicos que se encuentran en la base de un orden jurídico o de algunas de sus partes; así, p. ej., <autonomía privada> <propiedad privada>, <culpa y pena>, <principio de escuchar a las dos partes>, <pluralismo de partidos> <Estado de Derecho>, etc. Estos principios jurídicos descansan [como el principio de proporcionalidad] en últimos (sic), originarios <proyectos de sentido> para la conformación de la vida social de un pueblo en un momento determinado”. WELZEL, Hans, *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*, Aguilar, Madrid, 1977, p.193.

distribuir cargas o beneficios; también es algo que debe ser restablecido cuando ha sido alterado”²³⁹, lo que no puede resolverse con un ejercicio desbordado del arbitrio judicial con el que posiblemente el juez contencioso no cumpla con el principio de justicia, bien porque atiende a presupuestos eminentemente subjetivos, o porque no ofrece razonadamente criterios objetivos con los que pueda atenderse a un verdadero equilibrio o proporción²⁴⁰, sin que implique desconocer el mandato de indemnizar a la víctima cuando se produce una afectación en su esfera moral, sino por el contrario buscando garantizar que no se convierta en “regla judicial” un arbitrio sustentado en una posición jurisprudencial, puesto que en la indemnización o compensación de los perjuicios morales es “concebible, por otra parte, que pueda haber un enfoque moral que no coloque a los individuos en un pie de igualdad recíproca en estas cuestiones”²⁴¹, por lo que dentro de tal enfoque la consideración de “criterios objetivos” permite afirmar que el “derecho sólo sería justo si reflejara estas diferencias y tratara en forma diversa los casos diferentes”²⁴².

45 Ahora bien, ¿no pueden ser objeto de ponderación los perjuicios morales? Cuando la Sala afirma esto ¿se promueve la ausencia de motivación, justificación o razonamiento de la decisión judicial? Si esto es así, la Sala contradice hasta aquellos en los que dogmáticamente puede apoyarse, que afirman que “lo único que podemos hacer es exigirle al juez que justifique exigentemente, mediante razones los más convincentes y compartibles que sea posible, sus opciones y las valoraciones en que se basan, pero tales razones con que el juez motiva su decisión en los casos difíciles no serán nunca razones puramente demostrativas, jamás podrán ser prueba plena de que dio con la única respuesta correcta, sencillamente porque un caso no tiene una única respuesta correcta cuando las palabras de la ley permiten varias”²⁴³. Por esto, cuando la Sala concibe que no puede ponderarse los perjuicios morales niega que pueda razonadamente

²³⁹ HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, p.198.

²⁴⁰ “Por ello es que la justicia es tradicionalmente concebida como que mantiene y restablece un *equilibrio o proporción*, y su precepto principal se formula con frecuencia diciendo: “tratar los casos semejantes de la misma manera”; aunque es necesario añadir “y tratar los casos diferentes de diferente manera” (...) Hay por lo tanto una cierta complejidad en la estructura de la idea de justicia. Podemos decir que consiste en dos partes: una nota uniforme o constante resumida en el precepto “tratar los casos semejantes de la misma manera”, y un criterio cambiante o variable usado para determinar cuándo, para un determinado propósito, los casos son semejantes o diferentes. En este aspecto la justicia es como las nociones de lo que es genuino, o alto, o caluroso, que contienen una referencia implícita a un criterio que varía según la clasificación de la cosa a la que esas palabras se aplican” (subrayado fuera de texto). HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, ob., cit., p.199.

²⁴¹ HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, ob., cit., p.206.

²⁴² HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, ob., cit., p.206.

²⁴³ GARCIA AMADO, Juan Antonio, *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica* 1a ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p.105.

motivarse (con base en criterios objetivos) y cabe preguntar: ¿cómo se llega a la conclusión de fijar un determinado “quantum indemnizatorio”?

46 La Sala reconoce que ante la imposibilidad de definir “el grado de afectación interior” debe el juez acudir en su decisión a la equidad. Con esta afirmación incurre en varias equivocaciones: 1) desconoce el material probatorio que ordinariamente se allega a todo proceso y que permite, especialmente la prueba testimonial, determinar si la presunción de aflicción de la que se parte en el reconocimiento de los perjuicios morales se encuentra constatada o no; 2) acudir a la equidad no resuelve el problema de la falta de motivación entendida como “justificar la decisión tomada proporcionando una argumentación convincente e indicando lo bien fundado de las opciones que el juez efectúa”²⁴⁴; 3) finalmente, no puede confundir el grado de afectación del daño antijurídico porque en su materialidad quedó definido, luego es contradictorio que demostrándose dicho daño, se afirme la negación de su naturaleza fenomenológica de la que cabe extraer un primer elemento objetivo, ya que no es lo mismo el padecimiento, el sufrimiento y la aflicción que se produce con ocasión de una muerte (que a su vez obedece a su fenomenología, violenta, accidental, traumática, etc.), de una lesión (que puede llevar a una invalidez total, por ejemplo), de la afectación al honor o a la honra, al buen nombre, a los derechos fundamentales o humanos violados.

47 Debe la Sala orientar adecuadamente su posición porque en la construcción de la motivación y justificación para el reconocimiento, tasación y liquidación de los perjuicios morales no se atiende sólo a un criterio como el de la convivencia, sino que operan diferentes criterios objetivos que se extraen de la concepción constitucional de la familia que existe en la jurisprudencia constitucional, y cuya aplicación obra con base en la prueba (testimonial especialmente) con la que pueda constatarse la presunción de aflicción de la que parte el reconocimiento de los perjuicios morales.

48 Pero no sería suficiente la motivación anterior sin exponer la postura que la Subsección C de la Sección Tercera ha aceptado desde junio de 2011, sea o no posición minoritaria o mayoritaria, en los siguientes apartados.

3.5. Motivación racional para la tasación y liquidación de los perjuicios morales.

²⁴⁴ PERELMAN, Charles, *Éthique et droit*, Bruylant, Bruxelles, 1990, pp.213-214.

3.5.1. El reconocimiento de los perjuicios morales. Prueba del parentesco, reglas de la experiencia y presunción de aflicción.

49 La premisa es, en mi criterio, que la sentencia de la Sala no estructuró ninguna motivación y justificación para reconocer y tasar los perjuicios morales, sino que acoge de manera irreflexiva y mecánica su existencia, tasando sin tener en cuenta un mínimo razonamiento y desprovista de toda argumentación jurídica²⁴⁵.

50 En ese sentido, la reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012²⁴⁶ 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”.

51 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 en los que se produjo la desaparición de Fabián Alonso Salazar Cardona como consecuencia, no puede reducir su materialidad a la simple

²⁴⁵ “(...) 1. Toda valoración que el juez realice y que sea relevante para su decisión final del caso debe estar expresamente justificada mediante argumentos. 2. Esos 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 fundamentar. 3. Esos argumentos deben ser convincentes o, si se quiere utilizar una expresión menos rotunda, han de poder ser juzgados como razonables por cualquier observador imparcial, en el marco de la correspondiente cultura jurídica. Este requisito plantea la necesidad de que, como mínimo, dichos argumentos sean admisibles, y que lo sean por estar anclados en o ser reconducibles a algún valor esencial y definitorio del sistema jurídico propio de un Estado constitucional de derecho. La satisfacción de esas exigencias es condición de que la decisión judicial merezca el calificativo de racional conforme a los parámetros mínimos de la teoría de la argumentación. Con ello se comprueba que la racionalidad argumentativa de una sentencia no depende del contenido del fallo, sino de la adecuada justificación de sus premisas. 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” (subrayado fuera de texto). GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “La argumentación y sus lugares en el razonamiento judicial sobre los hechos”, en GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p.49.

²⁴⁶ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

constatación desde la perspectiva ordinaria, sino que comprende la consideración, el respeto al ordenamiento jurídico y a los derechos humanos, intereses y bienes que se ven vulnerados, socavados y lesionados, y se radican en cabeza de los demandantes.

52 Como premisa se tiene 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 se produce entre la esfera moral de cada individuo y la eficacia de los derechos humanos a este reconocidos.

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 Humanos²⁴⁷.

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.

²⁴⁷ PINTO, Mónica. “La réparation dans le système interaméricain des droits de l’homme. A propos de l’arrêt Aloeboetoe”, en *Annuaire Français de Droit International*. T.XLII, 1996, pp.733 a 747.

53 La fundamentación anterior trasladada al caso concreto, y como parte de la motivación, exige la constatación y acreditación debida y legalmente del parentesco, para lo que procede el examen de los registros civiles (de nacimiento, de matrimonio y, en dado caso, de las partidas de bautismo²⁴⁸), de manera que pueda reconocerse los perjuicios morales en cabeza de la víctima y de sus familiares.

54 Dicho reconocimiento se encuentra acompañado, en el raciocinio del juez contencioso administrativo, por la aplicación de las reglas de la experiencia, según las cuales se presume que la muerte, lesión, la vulneración del honor, 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 familia²⁴⁹ como espacio básico de toda sociedad²⁵⁰ (el segundo

²⁴⁸ En aplicación de la Ley 92 de 1938 y del Decreto 1260 de 1970 (artículos 105 y 106).

²⁴⁹ “Las reglas de la experiencia, y la práctica científica¹ han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo. Razón por la cual la Sala reitera la posición asumida por la Corporación en la sentencia de 17 de julio de 1992¹ donde sobre el particular, y con fundamento en la Constitución, se analizó el tópico, así: “En punto tocante con perjuicios morales, hasta ahora se venían aceptando que estos se presumen para los padres, para los hijos y los cónyuges entre sí, mientras que para los hermanos era necesario acreditar la existencia de especiales relaciones de fraternidad, o sea, de afecto, convivencia, colaboración y auxilio mutuo, encaminados a llevar al fallador la convicción de que se les causaron esos perjuicios resarcibles. Ocurre sin embargo, que la Constitución Nacional que rige en el país actualmente, en su artículo 2º., señala que Colombia como Estado Social de derecho que es, tiene como fines esenciales el de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma; también el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecte y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; al igual que defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica (sic) y la vigencia de un orden justo. “Por su parte el artículo 42 de la Carta Política, establece que el Estado y la sociedad tienen como deber ineludible el de garantizar la protección integral de la familia, núcleo fundamental de la sociedad, que “se constituye por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.” Y agrega que “Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes”. (Subrayas fuera de texto). “La ley no ha definido taxativamente las personas que integran la familia que goza de la especial protección del estado y de la sociedad en general. Así las cosas, podría adoptarse como criterio interpretativo el concepto amplio de la familia, como aquellos parientes próximos de una persona a los que se refiere el artículo 61 del C.C., que es del siguiente tenor: “En los casos en que la Ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van a expresarse y en el orden que sigue: “1º. Los descendientes legítimos; “2º. Los ascendientes legítimos; “3º. El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o este a falta de descendientes o ascendientes legítimos; “4º. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1º., 2º. y 3º; “5º. Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1º., 2º., y 4º; “6º. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores; “7º. Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados. “Si la persona fuera casada, se oirá también, en cualquiera de los casos de este artículo a su cónyuge; y si alguno o algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad o estuvieren sujetos a la potestad ajena, se oirá en su representación a los respectivos guardadores, o a las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituidos”. “También resulta procedente tomar como familia lo que los tratadistas definen como familia nuclear, esto es, la integrada por los parientes en primer grado a que alude el artículo 874, ordinal 3º ibídem, que reza: “La familia comprende (además del habitador cabeza de ella) a la mujer y a los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aún (sic) cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la

constitución.” “La familia para fines de las controversias indemnizatorias, está constituida por un grupo de personas naturales, unidas por vínculos de parentesco natural o jurídico, por lazos de consanguinidad, o factores civiles, dentro de los tradicionales segundo y primer grados señalados en varias disposiciones legales en nuestro medio. “Así las cosas, la Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues ninguna razón para que en un orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestran la solidaridad o afecto hasta hoy requeridos, para indemnizarlos. Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que el daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales. “Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se ha tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente. En síntesis, la Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido lo normal y de requerir la prueba de lo anormal. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien.”²⁵⁰ (Negrillas de la Sala)”. Sección Tercera, sentencia de 15 de octubre de 2008. Exp.18586.

²⁵⁰ “4.2. Amparada en la doctrina especializada, también la jurisprudencia constitucional ha señalado que el surgimiento de la familia se remonta a la propia existencia de la especie humana, razón por la cual se constituye en “la expresión primera y fundamental de la naturaleza social del hombre”. Bajo esta concepción, la familia es considerada un “presupuesto de existencia y legitimidad de la organización socio-política del Estado, lo que entraña para éste la responsabilidad prioritaria de prestarle su mayor atención y cuidado en aras de preservar la estructura familiar, ya que “[e]s la comunidad entera la que se beneficia de las virtudes que se cultivan y afirman en el interior de la célula familiar y es también la que sufre grave daño a raíz de los vicios y desordenes que allí tengan origen”. 4.3. En Colombia, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 no acogió la propuesta formulada por el Gobierno de asignarle a la familia un alcance puramente asistencial y se decidió, en cambio, por reconocerle el carácter de pilar fundamental dentro de la organización estatal, asociándola con la primacía de los derechos inalienables de la persona humana y elevando a canon constitucional aquellos mandatos que propugnan por su preservación, respeto y amparo. De este modo, la actual Carta Política quedó alineada con la concepción universal que define la familia como una institución básica e imprescindible de toda organización social, la cual debe ser objeto de protección especial. 4.4. En efecto, el derecho internacional, en las declaraciones, pactos y convenciones sobre derechos humanos, civiles, sociales y culturales, se refiere a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad” y le asigna a los estados y a la sociedad la responsabilidad de protegerla y asistirle. Tal consideración aparece contenida, entre otros instrumentos internacionales, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16), en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y políticos (art. 23), en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10°) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (art. 17); los cuales se encuentran incorporados a nuestro derecho interno por haber sido suscritos, aprobados y ratificados por el Estado colombiano. 4.5. Bajo ese entendido, en nuestro país el régimen constitucional de la familia quedó definido: (i) en el artículo 5° de la Carta, que eleva a la categoría de principio fundamental del Estado la protección de la familia como institución básica de la sociedad; (ii) en el artículo 13, en cuanto dispone que todas las personas nacen libres e iguales y que el origen familiar no puede ser factor de discriminación; (iii) en el artículo 15, al reconocer el derecho de las personas a su intimidad familiar e imponerle al Estado el deber de respetarlo y hacerlo respetar; (iv) en el artículo 28, que garantiza el derecho de la familia a no ser molestada, salvo que medie mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley; (v) en el artículo 33, en cuanto consagra la garantía fundamental de la no incriminación familiar, al señalar que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (vi) en el artículo 43, al imponerle al Estado la obligación de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia; (vii) en el artículo 44, que eleva a la categoría de derecho fundamental de los niños el tener una familia y no ser separado de ella; y (viii) en el artículo 45, en la medida en que reconoce a los adolescentes el derecho a la protección y a la formación integral. 4.6. En concordancia con ello, el artículo 42 de la Constitución consagró a la familia como el “núcleo fundamental de la sociedad”, precisando que la misma puede constituirse por vínculos naturales o jurídicos, esto es, “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Ello permite advertir que en el orden constitucional vigente, no se reconocen privilegios en favor de un tipo determinado de familia, sino que se legitima la diversidad de vínculos o de formas que puedan darle origen. Así, tanto la familia constituida por vínculos jurídicos, es decir, la que procede del matrimonio, como la familia que se constituye por vínculos naturales, es decir, la que se forma por fuera del matrimonio o en unión libre, se encuentran en el mismo plano de igualdad y son objeto de reconocimiento jurídico y político, de manera que las personas tienen plena libertad para optar por una u otra forma de constitución de la institución familiar. 4.7. Conforme con el alcance reconocido a la familia, el propio artículo

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 fundamental²⁵¹.

55 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

42 le asigna a la sociedad y al Estado el deber de garantizar su protección integral, al tiempo que le asigna a la ley la función de regular, por una parte, las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo; y por la otra, lo referente a los efectos civiles de los matrimonios religiosos y de las sentencias dictadas por las autoridades religiosas que declaren su nulidad, así como también lo relacionado con la cesación de los efectos civiles de todos los matrimonios a través del divorcio. 4.8. La protección integral de que es objeto la institución familiar, cualquiera que sea la forma que ella adopte, es recogida y prodigada por la propia Constitución mediante la implementación de un sistema de garantías, cuyo propósito es reconocer su importancia en el contexto del actual Estado Social de Derecho y hacer realidad los fines esenciales de la institución familiar, entre los que se destacan: la vida en común, la ayuda mutua, la procreación y el sostenimiento y educación de los hijos. Tal como lo ha destacado esta Corporación,[5] ese ámbito de protección especial se manifiesta, entre otros aspectos, (i) en el reconocimiento a la inviolabilidad de la honra, dignidad e intimidad de la familia; (ii) en el imperativo de fundar las relaciones familiares en la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja y en respeto entre todos sus integrantes; (iii) en la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia, sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma; (iv) en el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para los hijos, independientemente de cuál sea su origen familiar; (v) en el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos que desea tener; y (vi) en la asistencia y protección que en el seno familiar se debe a los hijos para garantizar su desarrollo integral y el goce pleno de sus derechos”. Corte Constitucional, C-821 de 9 de agosto de 2005.

²⁵¹ “Se discute igualmente en relación con el contenido y alcance de las medidas constitucionales de protección de la familia. En efecto, aquéllas se manifiestan en la necesaria adopción de normas legales, de actos administrativos, así como de decisiones judiciales, medidas todas ellas encaminadas a lograr y preservar la unidad familiar existente, al igual que brindar una protección económica, social y jurídica adecuada para el núcleo familiar. Estos son los propósitos, o la razón de ser de las normas jurídicas y demás medidas de protección previstas por el ordenamiento jurídico. Así mismo, se presenta una controversia acerca de si la familia puede ser considerada, en sí misma, un derecho fundamental o uno de carácter prestacional. De tal suerte que las medidas de protección de aquélla pueden ser comprendidas de manera diferente, dependiendo de si se entiende que familia es un derecho fundamental (de primera generación), o si, por el contrario, se ubica como un derecho de contenido prestacional. En efecto, si se entiende que “familia” es un derecho prestacional, entonces el Estado, según las condiciones económicas podrá establecer mayores o menores beneficios que proporcionen las condiciones para que las familias puedan lograr su unidad, encontrándose protegidas económica y socialmente. De igual manera, entraría a aplicarse el principio de no regresión, pudiéndose, en algunos casos, excepcionarse. Por el contrario, si se comprende a la familia en términos de derecho fundamental, entonces las medidas estatales relacionadas con aquélla serán obligatorias, no pudiendo alegarse argumentos de contenido económico para incumplirlas, pudiéndose además instaurar la acción de tutela para su protección. Finalmente, la tesis intermedia apunta a señalar que la familia como institución debe ser protegida por el Estado, en cuanto a la preservación de su unidad y existencia, presentando en estos casos una dimensión de derecho fundamental; al mismo tiempo, otros elementos, de contenido económico y asistencial, se orientan por la lógica de implementación y protección propia de los derechos prestacionales. En suma, de la comprensión que se tenga del término “familia” dependerá el sentido y alcance de los mecanismos constitucionales de protección”. Corte Constitucional, sentencia T-572 de 26 de agosto de 2009.

administrativo debe observar que el reconocimiento de la existencia de los perjuicios morales con base en las reglas de la experiencia lleva a presumir que en las circunstancias en que ocurrió, para sus parientes inmediatos, debió implicar un profundo dolor, angustia y aflicción, pero teniendo en cuenta también su desdoblamiento en el libre desarrollo de la personalidad y en la participación de todo individuo como miembro de una familia, espacio básico de toda sociedad²⁵². Y se afirma que debe tratarse de parientes inmediatos, 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 Política²⁵³.

56 No se pudo conocer en la sentencia de la Sala si para el caso concreto obraban tanto pruebas acerca del parentesco para su reconocimiento inicial, como pruebas testimoniales en las que se reflejara el alcance de la aflicción o dolor padecido por los familiares de Esther Vásquez de Gómez.

57 Ahora bien, probado el reconocimiento de los perjuicios morales, el juez contencioso administrativo debe examinar si encuentra que las entidades demandadas, precisamente, desvirtuaron la presunción de aflicción causada a los demandantes por, lo que lleva a concretar la existencia y reconocimiento de los perjuicios morales en cabeza de la víctima y de sus familiares. 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 aquellos, sin perjuicio de lo sostenido por la Sala respecto de aquellos que no se acreditó su legitimación, y aquellos que no acudieron al proceso debidamente representados, y quienes en la demanda no invocaron la calidad de terceros damnificados, lo que impide que haya lugar a modificar la causa petendi.

58 Ahora bien, acreditado el reconocimiento de los perjuicios morales, la Sala debe examinar la tasación y liquidación de los perjuicios para lo que, en principio,

²⁵² Sección Tercera, sentencias del 18 de marzo de 2010, expedientes: 32651 y 18569.

²⁵³ Con lo que se da continuidad al precedente de la Sala según el cual: “En relación con el perjuicio moral, debe precisarse que la Sala en recientes pronunciamientos ha señalado que éste se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. En tal sentido, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que pone de manifiesto que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con el daño irrogado a uno de sus miembros”. Sección Tercera, sentencia de 26 de febrero de 2009, expediente 16727.

sí cabe exigir una mínima carga probatoria a los demandantes que permitan al juez, dentro de su arbitrio judicial, determinar la cuantía a indemnizar.

3.5.2. La indiscutible motivación para la tasación de los perjuicios morales.

59 La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012²⁵⁴, 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”**

²⁵⁴ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

determinado que de ninguna manera puede asumirse como algo gracioso, nacido de la mera liberalidad del juez” (subrayado fuera de texto).

60 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, ponderadamente en consideración a cada caso, y no como una regla en abstracto.

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

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

62 De los anteriores argumentos no hay 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.

63 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 tasan 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.

64 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).

65 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.

66 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”.

67 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 jurisprudencia²⁵⁵. 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).

68 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

²⁵⁵ 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).

al debido proceso: a) de acuerdo con la jurisprudencia “sobre perjuicios morales del Consejo de Estado, para que haya lugar a la reparación (i) basta que el padecimiento sea fundado, sin que se requiera acreditar ningún requisito adicional. En segundo lugar se indica que (ii) corresponde al juez ‘tasar discrecionalmente’ la cuantía de su reparación”²⁵⁶; b) a su vez, dicha jurisprudencia “da tres elementos de juicio para poder esclarecer qué implica el término “discrecionalmente” a saber: (1) la manera como el criterio fue aplicado al caso concreto; (2) los criterios que añade el Consejo de Estado y, finalmente (3) la cita al pie de página que fundamenta la posición de la sentencia”²⁵⁷; c) los “criterios adicionales que se advierten en la 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 mismos”²⁵⁸; 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 1995”²⁵⁹; e) la

²⁵⁶ Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11892.

²⁵⁷ “En el caso concreto considera la Sala que no hay lugar a condenar a la Nación por los perjuicios morales reclamados por el actor porque las molestias aducidas no alcanzan la connotación de daño moral, entendido este concepto en sentido amplio para abarcar no sólo el dolor moral sino otra serie de perjuicios no afectivos que inciden en el ámbito de la esfera espiritual. No hay duda de que el actor padeció las molestias e incomodidades inherentes al racionamiento de energía y al cambio de la hora legal, pues las mismas fueron sufridas por toda la población, como consecuencia de una medida que hubo necesidad de adoptar con el fin de conjurar una crisis que de prolongarse habría tenido consecuencias muy graves para la economía del país. Sin embargo, tales molestias no alcanzaron a juicio de la Sala y según la prueba que obra en el proceso a producirle al demandante un grave sufrimiento, susceptible de reparación, de la naturaleza de aquel que se padece por la pérdida de un ser querido o el agravio que se infiere al cuerpo o a los sentimientos o a los derechos fundamentales de las personas con una lesión o una injuria, sino tan solo incomodidades menores 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.

²⁵⁸ Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11892.

²⁵⁹ “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

“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 contratiempo²⁶⁰. En tal medida, por ejemplo, demostrar detrimentos patrimoniales, incluso deterioro en la casa de habitación, no implica comprobar la existencia de perjuicios morales²⁶¹. Pueden probar también situaciones contextuales del caso, que evidencien los problemas vividos, pero ello no exime a la autoridad de contar con alguna prueba de los perjuicios morales en sí mismos considerados²⁶²”; 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

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.

²⁶⁰ 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.”

²⁶¹ 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 trascrita no resulta establecido que los demandantes estuviesen pasando por unas circunstancias especiales y fuera de lo común que justifiquen entender que padecían un dolor moral como el reclamado en la demanda, por manera que imperioso resulta para la Sala despachar negativamente su pedimento indemnizatorio por este concepto.”

²⁶² 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.”

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 iguales²⁶³. 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”.

69 Ahora bien, 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, 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

²⁶³ 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”.

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 debeat* 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).

70 De otra parte, 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, ansiedad²⁶⁴, humillación, degradación, y la inculcación de sentimientos de inferioridad²⁶⁵, inseguridad, frustración, e impotencia²⁶⁶”²⁶⁷; b) en “Mack Chang v. Guatemala, por ejemplo, la Corte ponderó las graves circunstancias del caso, así

²⁶⁴ 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 impactó que causó en la familia la desaparición de la víctima.

²⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Loayza Tamayo contra Perú, sentencia de 17 de septiembre de 1997.

²⁶⁶ 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.

²⁶⁷ 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].

como el agudo sufrimiento de la víctima y sus familiares²⁶⁸; 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”²⁶⁹; finalmente, en los caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, y Aleboetoe contra Suriname, la Corte se apoyó en pruebas psicológicas para poder liquidar el perjuicio moral.

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

- “(…) 1. Toda valoración que el juez realice y que sea relevante para su decisión final del caso debe estar expresamente justificada mediante argumentos²⁷⁰.
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 fundamentar²⁷¹.
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

²⁶⁸ “(…) 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.

²⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador, sentencia de 1 de marzo de 2005.

²⁷⁰ “(…) a la teoría de la argumentación le compete poner de manifiesto que las cosas de los jueces no son ni tan claras ni tan oscuras, que, entre el noble sueño y la pesadilla, en términos de HART, cabe el camino intermedio de una posible racionalidad argumentativa, de un concepto débil, pero no inútil, de racionalidad. Ni es la práctica del derecho conocimiento puro, sin margen para la discrecionalidad judicial, ni es, por necesidad, extrema la discrecionalidad, transmutada en arbitrariedad irremediable. Los jueces deciden porque valoran, pero esas valoraciones son susceptibles de análisis y calificación en términos de su mayor o menor razonabilidad: en términos de la calidad y fuerza de convicción de los argumentos con que en la motivación de las sentencias vengan justificadas”. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica. 1ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p.52.

²⁷¹ “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.

requisito plantea la necesidad de que, 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 derecho²⁷². 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 premisas²⁷³ (subrayado fuera de texto).

71 ¿Cómo argumentar y lograr la motivación y justificación racional en la tasación y liquidación de los perjuicios morales? 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”²⁷⁴.

72 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

²⁷² 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.

²⁷³ “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.

²⁷⁴ 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 experiencia²⁷⁵ como si se tratara de variables unívocas y uniformes²⁷⁶, 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.

En este sentido dejo presentada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

²⁷⁵ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, ob., cit., pp.341 a 348.

²⁷⁶ “¿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, Ágnes. *Teoría de los sentimientos*. 1ª reimp. México, Coyoacán, 2004, p.15.