

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Condena. Caso: Muerte de civil en enfrentamiento militar entre la Policía y un grupo guerrillero en municipio de Coyaima, Tolima / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL O EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Daño especial. Muerte de civil en enfrentamiento militar / DAÑO ESPECIAL - Conflicto armado interno. Muerte de civil en enfrentamiento militar / DAÑO ESPECIAL - Ruptura en el equilibrio de las cargas públicas

El día 4 de julio de 2002, José Ricaurte Herrera Dueñas falleció como consecuencia de las heridas que le fueron perpetradas cuando quedó en medio del fuego cruzado entre miembros de la Policía Nacional y grupos armados al margen de la ley, al parecer pertenecientes a las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – FARC. (...) Observa la Sala que los hechos anteriormente narrados dieron lugar a la denuncia penal interpuesta por la Policía Nacional- Departamento de Policía del Tolima- Distrito Cuatro de Purificación, ante la Fiscalía Seccional de Purificación, que tuvo lugar el día 6 de julio de 2002, por el punible de “violación de derechos humanos y el derecho internacional humanitario”, en la cual se dijo que el 4 de julio de 2002, 6 unidades de policía concurrieron al lugar conocido como el “guasmo” en atención a la información allegada por un ciudadano, según el cual “en la salida del municipio vía a Castilla, había unos delincuentes encapuchados y con armas”. Así, desde las 08:05 horas hasta las 09:30 horas, en el Municipio de Coyaima – Tolima, dentro del perímetro urbano, el comandante de la unidad policial con 5 unidades más, fueron emboscados por miembros de las FARC de los frentes 21 y 25, quienes utilizaron armamento de largo alcance M-CO, fusiles y material explosivo y lograron ultimar con un tiro de gracia 6 miembros de la Policía Nacional y, adicionalmente, resultaron dos civiles muertos y un civil herido. (...) en casos similares, esta Corporación ha declarado la responsabilidad de la Administración con fundamento en el título de imputación “daño especial”, teniendo en cuenta la ruptura del equilibrio de las cargas públicas de los miembros de la población civil afectados con el ataque armado y enfrentamiento entre el Estado y un grupo armado insurgente. (...) Al respecto, la más reciente jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera considera que tratándose de daños antijurídicos derivados de un ataque armado o del enfrentamiento del Estado y un grupo armado insurgente, cabe afirmar varios argumentos: (...) Luego, con base en los anteriores criterios, el juez puede indagar si para un caso en concreto, siguiendo la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera, el daño antijurídico es atribuible (fáctica y jurídicamente) al Estado al demostrarse la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas, por tanto a encajar la imputación en el criterio de imputación del daño especial, y fundamentarse en “el deber de acompañamiento a las víctimas del conflicto”, concretada en la muerte o lesiones de miembros de la población civil, o en la pérdida, destrucción o deterioro de los bienes civiles. (...) La Sala considera que se encuentra configurada la teoría del daño especial, en atención a que se trató de un ataque sorpresivo; sí se desplegaron las actividades de control y vigilancia correspondientes; se trata de un ataque propio del conflicto armado que vive el país, dentro del cual le corresponde al Estado la búsqueda de soluciones que conlleven la finalización de tal conflicto; los hechos no pudieron atribuirse a una falla del servicio; no se probó ninguna circunstancia que fuera reprochable o atribuible a los miembros de la población civil afectada y se trató de un ataque indiscriminado contra la población civil y las Fuerzas Policiales, prueba de lo cual es el hecho de que los insurgentes hayan hurtado bienes, no sólo de los policiales, sino también de los civiles. (...) Adicionalmente debe advertirse que la teoría del daño especial tiene cabida en atención a los criterios de solidaridad y equidad que rigen la función del Estado y de las autoridades públicas, en atención a lo cual se encuentra fáctica y jurídicamente imputable la muerte de José Ricaurte Herrera a la entidad demandada.

NOTA DE RELATORIA: Al respecto se puede analizar la sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21515 y el fallo de 23 de agosto de 2012, exp. 23492

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Título de imputación. Daño especial / DAÑO ESPECIAL - Hecho de un tercero. Muerte de civil en enfrentamiento militar / HECHO DE UN TERCERO - Excepción a la regla general de la primacía de la víctima / HECHO DE UN TERCERO - Criterio garantístico, finalístico y principal del Estado

Por cuanto se trata de la imputación de responsabilidad en tratándose de daños causados por las acciones de grupos armados insurgentes – HECHO DEL TERCERO, se destaca que la concepción del hecho del tercero debe superar como hipótesis la necesidad de determinar un vínculo material u orgánico para que pueda atribuirse la responsabilidad, ya que lo sustancial es el rol que juega la administración pública, su “posición de garante de vigilancia”, de la que derivan todos los deberes del actor llamado a ofrecer la protección debida y corresponderse con los deberes positivos que implican actuar frente a situaciones que amenacen o puedan desencadenar un daño como consecuencia de las acciones de terceros, porque es el Estado el llamado a ejercer una intervención mucho más profunda ante fenómenos de violencia, o de insurgencia que tiene plenamente definidos. (...) El hecho del tercero no es una causal que permita al juez crear una regla general como máxima, sino que, por el contrario, lo invita a analizar, teniendo en cuenta las especiales condiciones del Estado colombiano, cuándo, en qué medida, y bajo qué proporcionalidad el Estado estaría llamado a responder, o con otras palabras, le sería atribuible (fáctica y jurídicamente) un daño antijurídico producido por un tercero, sin acudir a verificar los vínculos o relaciones de éste con la administración pública, sino a partir de la exigencia máxima de la tutela de la víctima como premisa de la responsabilidad extracontractual del Estado en la visión moderna y humanista. (...) Sin duda, el tratamiento que se pueda dar la hecho del tercero en la visión propia a los tiempos que corren, no permite que sigamos anclados en el modelo clásico causalista, y nos centremos en la vocación que el instituto de la responsabilidad debe atender: herramienta complementaria para tutela de los derechos de los administrados, especialmente de los derechos humanos; factor de convivencia y del logro de la paz, e; instrumento que permita la aplicación de una justicia redistributiva donde sea el principio de solidaridad el que opere, no la visión individualista propia a los orígenes del mismo instituto. (...) El hecho del tercero debe convertirse en una excepción a la regla general de la primacía de la víctima en la determinación de la responsabilidad extracontractual del Estado, como criterio garantístico, finalístico y principal para dotar al Estado de una herramienta con vocación preventiva, no simplemente como verificación de hechos que sistemáticamente se producen y no tienen eco en la actividad del Estado para procurar tratarlos, superarlos y, así alcanzar la reconciliación nacional. (...) En síntesis, la Sala considera que en el caso de autos el hecho del tercero no tiene la entidad para exonerar de responsabilidad a la administración en tanto que se está en presencia de un criterio de imputación cuyo fundamento se haya en la posición de garante, la solidaridad y la equidad frente a la población civil afectada por el conflicto armado interno.

NOTA DE RELATORIA: Al respecto se puede analizar la sentencia del 25 de abril de 2012, exp. 22387; sentencia del 23 de septiembre de 1994, exp. 8577 y sentencia del 3 de mayo de 2007, exp. 16696

PRESTACION DEL SERVICIO DE POLICIA - A cargo del Estado. Servicio público / SERVICIO DE POLICIA - Propósito. Fines esenciales / SERVICIO DE POLICIA - Características: Permanente, exclusivo, obligatorio, directo, indelegable, inmediato, indeclinable

Con relación a los deberes normativos a cargo del Estado, nuestra Constitución Política – artículo 2º, define dentro de los fines esenciales del Estado el asegurar la convivencia

pacífica y la vigencia de un orden justo, para lo cual se instituyeron las autoridades públicas, con el propósito fundamental de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, postulado que, en relación con la Policía Nacional fue desarrollado mediante el artículo 218 superior (...) En este sentido, tenemos que el servicio de policía, es un servicio público a cargo del Estado encaminado a mantener y garantizar el orden público interno de la Nación y la convivencia pacífica, entre otros. Este servicio lo presta el Estado en forma permanente, exclusiva, obligatoria, directa, indelegable, inmediata e indeclinable, con el propósito esencial de procurar el desarrollo de la vida en comunidad, cuyo ejercicio se encuentra limitado en la observancia de la primacía de los derechos inalienables de las personas y los principios contenidos en la Constitución Política, las leyes y en la finalidad específica que su prestación persigue.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 218

NOTA DE RELATORIA: Al respecto se puede analizar la sentencia de 15 de febrero de 2012, exp. 21244

SERVICIO DE POLICIA - Definición, concepto, noción

En relación con el juicio de imputación a la luz de la falla del servicio, éste consiste, fundamentalmente, en revisar la actuación de la autoridad pública demandada, representada en el desempeño de los agentes de policía que ejecutaron el operativo, actuación que debe encontrarse plenamente ajustada a los contenidos normativos e imperativos que regulan la prestación del servicio de policía, contenidos en la Constitución, las leyes y los reglamentos que para el efecto hayan expedido los miembros del Gobierno Nacional, en concordancia con el principio de legalidad que rige la actuación de los servidores públicos, contenido en el artículo 6º constitucional, que los responsabilizó por infringir la Constitución o las leyes, ya sea mediante una acción, omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 6

SERVICIO DE POLICIA - Regulación. Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural / SERVICIO DE POLICIA - Finalidad

Encontramos dentro de la normatividad aplicable en el sub lite, la Resolución 9969 del 13 de noviembre de 1992, por medio de la cual el Director General de la Policía Nacional aprobó el Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural, previendo la necesidad de actualizar y ajustar la prestación del servicio policial a los nuevos principios establecidos en la Constitución Política de 1991, con la función primordial de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos, libertades públicas y la convivencia pacífica. (...) Allí se Denominó servicio de policía a la vigilancia permanente que el Estado presta por intermedio de la Policía Nacional, para conservar el orden público, proteger las libertades y prevenir y controlar la comisión de delitos, y se dijo que este servicio lo integran la vigilancia urbana y rural que son la base fundamental de las actividades preventivas y operativas de la Policía Nacional, clasificándolo según su objeto en de vigilancia y Judicial. (...) En dicho reglamento, se establecieron las normas de carácter general que regulan la prestación del servicio policial, se fijaron los criterios, pautas y procedimientos para asegurar el cabal cumplimiento de la misión constitucional asignada a la Policía Nacional y se estableció una guía permanente de consulta para unificar procedimientos en la prestación del servicio de vigilancia, a los cuales deben ceñirse las actuaciones del personal oficial, suboficial y agentes de la Institución, que son funcionarios profesionales, preparados y estructurados en el ejercicio de su función,

quienes deben cumplir en todo momento los deberes que impone la ley, sirviendo a la comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión, para lo cual, en el desempeño de sus tareas, se encuentran obligados a respetar y proteger la dignidad humana y mantener y defender los derechos humanos de todas las personas, y sólo están habilitados para usar la fuerza cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas, es decir dentro de los límites de razonabilidad y proporcionalidad que la situación fáctica demande.

FUENTE FORMAL: RESOLUCION 9969 DE 1992 - ARTICULO 1 / RESOLUCION 9969 DE 1992 - ARTICULO 2 / RESOLUCION 9969 DE 1992 - ARTICULO 23 / RESOLUCION 9969 DE 1992 - ARTICULO 34 / RESOLUCION 9969 DE 1992 - ARTICULO 35

SERVICIO DE POLICIA - Servicio de vigilancia / SERVICIO DE VIGILANCIA - Propósito. Finalidad / SERVICIO DE VIGILANCIA - Carácter preventivo

En relación con el servicio de vigilancia se estableció que la Policía, en el ejercicio de sus funciones de vigilancia, debe desarrollar un espíritu de observación, sagacidad e iniciativa, con el propósito de vigilar preferentemente a personas sospechosas que deambulen por su lugar de facción, concertar su atención en aquellas personas cuyas actitudes le merezcan duda en su proceder y velar por la seguridad en el sector a su cargo, especialmente en los turnos de noche, entre otras, y en todo caso con la obligación de intervenir, cualquiera sea la circunstancia en que se encuentre y de desplegar toda su iniciativa para procurar la prevención de delitos, desordenes, o cualquier otro acto que tienda a perturbar la seguridad y el bienestar de la comunidad, de lo cual se resalta que el servicio de vigilancia policial es eminentemente preventivo.

FUENTE FORMAL: RESOLUCION 9969 DE 1992 - ARTICULO 38 / RESOLUCION 9969 DE 1992 - ARTICULO 39 / RESOLUCION 9969 DE 1992 - ARTICULO 47

PRINCIPIO DE DISTINCION - Concepto, definición, noción / PRINCIPIO DE DISTINCION - Conflicto armado interno. Enfrentamiento armado / PRINCIPIO DE DISTINCION - Derecho Internacional Humanitario / PRINCIPIO DE DISTINCION - Diferencia bienes civiles y bienes militares / PRINCIPIO DE DISTINCION - Finalidad / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL O EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Por vulneraciones a principios del Derecho 50 del Derecho Internacional Humanitario relativo a protección a bienes y personas civiles

Dentro del catálogo de principios reconocidos por los instrumentos de Derecho Internacional Humanitario está previsto el principio de distinción, según el cual "las partes dentro de un conflicto armado deberán distinguir entre población civil y combatientes y entre bienes civiles y objetivos militares". Dicho principio se justifica en la necesidad de que "las hostilidades se libren entre combatientes y contra objetivos militares para que en ninguna circunstancia afecten a los no combatientes y a los bienes civiles". (...) Si bien el Protocolo II Adicional a los IV Convenios de Ginebra no contiene expresamente la prohibición de atacar a bienes civiles, ésta ha sido incorporada en varios instrumentos de Derecho Internacional Humanitario aplicables a conflictos armados internos. En efecto, los artículos 3.7 del Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos enmendado el 3 de mayo de 1996 y 2.1 del Protocolo III sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias establecen la prohibición de atacar bienes civiles. (...) Así mismo, la Resolución 1265 de 1999 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas condenó todos los ataques dirigidos en contra de bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. (...) De esta manera, y tal como lo

ha señalado la Corte Internacional de Justicia, el principio de distinción pretende “la protección de la población civil y de objetos civiles, y establece la distinción entre combatientes y no combatientes; los Estados nunca pueden hacer a los civiles objeto de ataques, y en consecuencia nunca pueden utilizar armas que sean incapaces de diferenciar entre objetivos civiles y militares”. (...) Además de estar previsto en la normativa de Derecho Internacional Humanitario, el principio de distinción constituye una norma consuetudinaria e integra el ius cogens. (...) En relación con el principio de distinción, la Corte Constitucional ha señalado que “es obligación de las partes en un conflicto el esforzarse por distinguir entre objetivos militares y personas o bienes civiles”. En este sentido, los bienes civiles son “aquellos bienes que no pueden ser considerados legítimamente como objetivos militares”; los objetivos militares, por su parte, son “aquellos bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida”. (...) Por último, resulta pertinente resaltar que en pretéritas ocasiones la Sección Tercera ha establecido que las vulneraciones a principios del Derecho 50 Internacional Humanitario constituyen supuesto suficiente para declarar la responsabilidad del Estado con fundamento en el título de imputación “falla del servicio”. (...) La Sala tiene en cuenta, que el “artículo 1 de la Declaración universal, al resumir los tres grandes principios de la Revolución francesa, establece, entre otras cosas, que “todos los seres humanos (...) deben tratarse unos a otros con un espíritu de hermandad”. El orden social y la comunidad a la que el individuo pertenece son colocados asimismo en la adecuada perspectiva de los derechos humanos en los artículos 28 y 29 de la Declaración universal y en el párrafo quinto del preámbulo de los Convenios internacionales sobre derechos humanos”.

FUENTE FORMAL: PROTOCOLO I ADICIONAL AL IV CONVENIO DE GINEBRA - ARTICULO 52 / PROTOCOLO II ADICIONAL AL CONVENIO DE GINEBRA - ARTICULO 3 NUMERAL 7 / PROTOCOLO II ADICIONAL AL CONVENIO DE GINEBRA - ARTICULO 13 / PROTOCOLO III ADICIONAL AL CONVENIO DE GINEBRA - ARTICULO 2 NUMERAL 1 / DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 1 / DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 28 / DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 29

NOTA DE RELATORIA: Al respecto se pueden analizar las providencias de la Corte Constitucional: C-225 de 1995; SU 747 de 1998; C 291 de 2007; 092 de 2008. Además, se puede consultar el fallo del Consejo de Estado de 6 de julio de 2005, exp. 13969

PERJUICIOS MORALES - Aplicación de unificación jurisprudencial. Muerte de civil en enfrentamiento militar entre la Policía y un grupo guerrillero en Coyaima, Tolima / PERJUICIOS MORALES - Tope indemnizatorio. Fórmula actuarial / PERJUICIOS MORALES - Forma probatoria. Niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y víctimas indirectas / PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento de la suma equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes, 100 SMLMV, a la cónyuge e hijos de la víctima directa / PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento de la suma equivalente a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes, 50 SMLMV, a los nietos de la víctima

La Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, mediante sentencias de 28 de agosto de 2014, sintetizó el concepto de daño moral en aquel que se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo. (...) Ahora bien, para la reparación del daño moral en caso de muerte, también la Sala

Plena de la Sección Tercera ha diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas, a saber los siguientes: (...) Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales, o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables), dentro de los cuales se encuentran las relaciones de crianza. A este nivel corresponde el tope indemnizatorio (100 smlmv). (...) Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos), dentro de los cuales se encuentran las relaciones de crianza. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio. (...) Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio. (...) Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio. (...) Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio. (...) Para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva. Para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva. (...) Así las cosas la Sala reconoce a título de perjuicio moral los siguientes valores indemnizatorios: (...)

NOTA DE RELATORIA: Al respecto se pueden analizar las sentencias de 28 de agosto de 2014, exp. 26251 y exp. 27709

PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante. Muerte de civil en enfrentamiento militar entre la Policía y un grupo guerrillero / LUCRO CESANTE - Concepto, definición, noción / LUCRO CESANTE - Fórmula actuarial / LUCRO CESANTE FUTURO - No procede sobre hipotéticos

Entiéndase por lucro cesante, la ganancia o provecho que dejó de reportarse a consecuencia de la concreción del daño antijurídico. Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha sostenido que el lucro cesante, puede presentar las variantes de consolidado y futuro, y este ha sido definido como “el reflejo futuro de un acto ilícito sobre el patrimonio de la víctima, que justamente por ser un daño futuro exige mayor cuidado en caracterización o cuantificación”. (...) Ahora bien, sobre el lucro cesante futuro, debe aclararse que él no puede construirse sobre conceptos hipotéticos, pretensiones fantasiosas o especulativas que se fundan en posibilidades inciertas de ganancias ficticias sino que, por el contrario, debe existir una cierta probabilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso en concreto, de manera que el mecanismo para cuantificar el lucro cesante consiste en un cálculo sobre lo que hubiera ocurrido de no existir el evento dañoso. (...) En el caso de autos, como antes se dijo, la petición de lucro cesante se efectuó a favor de Esperanza Rodríguez Ortiz, en su calidad de cónyuge de la víctima, por la suma de \$300.000.000.00. (...) La Sala encuentra acreditado que Esperanza Rodríguez tenía en relación con la víctima y una suerte de dependencia económica de la que derivaba su sustento y el de su familia. (...) En el sub judice se vislumbra, en primer lugar, porque como antes se vio los testigos son unísonos en afirmar que José Ricaurte Herrera aportaba para el sustento de Esperanza Rodríguez (cónyuge) y del núcleo familiar con ella conformado, en razón a lo cual hay lugar al reconocimiento de los perjuicios materiales aquí reconocidos. (...) Del mismo modo, en el plenario se encuentra acreditado que José Ricaurte Herrera recibía una pensión de \$934.874.19, como consta en la copia del oficio proferido por el Centro de Atención al Retirado de la Policía Nacional – Sección Nomina, ingreso sobre el cual la Sala efectuará la liquidación del lucro cesante, previa actualización. (...) No obstante, para la liquidación del lucro

cesante la Sala tendrá en cuenta que José Ricaurte Herrera, tenía conformado un vínculo familiar adicional a aquel establecido con los aquí demandantes, esto es, con Esperanza Rodríguez y los hijos que hubieron en razón de su matrimonio, situación ésta que obliga a pensar en una distribución especial de los ingresos de la víctima, frente a lo cual la Sala considera, en aplicación de la línea jurisprudencial, de disminuirá el ingreso de la víctima en un 25% (...) correspondiente a lo que aquél dedicaba para su propia subsistencia, y el 75% restante (...) lo dividirá en 2 partes iguales (...) correspondientes a lo que la víctima destinaba para la manutención de cada uno de los hogares antes mencionados, en razón a lo cual, el reconocimiento del lucro cesante a favor de Esperanza Rodríguez se efectuará teniendo como base de liquidación (...) Lo anterior, en consideración a que la responsabilidad civil no puede tenerse como un mecanismo de enriquecimiento o empobrecimiento de los perjudicados, sino que la indemnización debe corresponderse con la medida del daño a reparar, en este evento, con la medida del lucro que cesó en razón de la muerte, lucro que provenía de la mesada pensional recibida por José Ricaurte Herrera, pues así se corresponde, en la mayor medida posible con la realidad fáctica demostrada en el plenario. (...) Así las cosas, la Sala liquidará el lucro cesante correspondiente (...) cuantía que será actualizada con aplicación de las fórmulas reconocidas por la jurisprudencia.

LUCRO CESANTE - Consolidado / LUCRO CESANTE CONSOLIDADO - Concepto, definición, noción / LUCRO CESANTE CONSOLIDADO - Fórmula actuarial

El lucro cesante consolidado corresponde al periodo indemnizable comprendido entre la fecha de los hechos y la fecha de esta sentencia, es decir, entre el 4 de julio de 2002 y el 9 de abril de 2015, para un total de 153,016 meses a indemnizar, sobre un ingreso base de liquidación de \$609.004,91 y con aplicación de la siguiente fórmula: (...) En consecuencia, el valor reconocido a Esperanza Rodríguez Ortiz, por concepto de lucro cesante consolidado asciende a la suma de \$137.901.348,17

LUCRO CESANTE - Futuro / LUCRO CESANTE FUTURO - Concepto, definición, noción / LUCRO CESANTE CONSOLIDADO - Fórmula actuarial

El lucro cesante futuro corresponde al periodo indemnizable, esto es, 41.10 años (493,2 meses), menos el periodo consolidado, lo que arroja un total de 340,18 meses a indemnizar, sobre un ingreso base de liquidación (...) y con aplicación de la siguiente fórmula: (...) En consecuencia, el valor reconocido a Esperanza Rodríguez Ortiz, por concepto de lucro cesante futuro asciende a la suma de \$101.137.709,92.

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto de la consejera Olga Mélida Valle de De La Hoz

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., trece (13) de abril dos mil quince (2015)

Radicación número: 73001-23-31-000-2004-00037-01(33000)

Actor: ESPERANZA RODRÍGUEZ ORTIZ Y OTROS

Demandados: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora¹, contra la sentencia del 8 de mayo de 2006², proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima mediante la que se dispuso:

“NEGAR las pretensiones de la demanda de reparación directa interpuesta por Esperanza Rodríguez Ortiz, Esperanza Herrera Rodríguez y James Herrera Rodríguez, Diana Carolina Salazar Herrera y Kerlin Santiago Salazar Herrera contra el Ministerio de Defensa- Policía Nacional”.

ANTECEDENTES

1. La demanda

Fue presentada ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima, el 16 de diciembre de 2003³ por Esperanza Rodríguez (cónyuge), James Herrera Rodríguez (hijo), Esperanza Herrera Rodríguez (hija), quienes en nombre propio y esta última además en representación de Diana Carolina Salazar Herrera y Kerlin Santiago Salazar (nietos) mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa contenida en el artículo 86 del C.C.A, solicitaron que se declare administrativamente responsable al Ministerio de Defensa- Policía Nacional de los perjuicios materiales y morales ocasionados como consecuencia de la muerte violenta de José Ricaurte Herrera Dueñas ocurrida el 4 de julio de 2002.

1.2 Como consecuencia de la anterior declaración, la parte actora solicitó condenar a la parte demandada a pagar a su favor las siguientes condenas⁴:

1. Por concepto de perjuicios morales, el equivalente 1000 salarios mínimos legales vigentes para cada uno de los demandantes.

¹ Fls.89 C.P

² Fls.77-86 C.P

³ Fls.14-21 C.1

⁴ Fls.14-15 C.1

2. Por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, a favor de Esperanza Rodríguez Ortiz, la suma de \$300.000.000.

1.3 Como fundamento de sus pretensiones la parte actora expuso los hechos⁵ que la Subsección sintetiza así:

El día 4 de julio de 2002, José Ricaurte viajaba en un vehículo en compañía de otras personas por la vía que conduce de Coyaima a Rovira (Tolima) que era su destino y al salir de la primera población los viajeros encontraron sobre la carretera a un grupo de la subversión que había montado un retén ilegal. Alertada por alguien en esos momentos llegó una patrulla de la Policía y se dio inicio a un cruce de disparos entre policías y subversivos que se prolongó por más de 30 minutos y del cual resultó herido José Ricaurte Herrera Dueñas, quien murió posteriormente en el Hospital de Coyaima.

2. Actuación procesal en primera instancia

2. 1. Admisión de la Demanda

Mediante auto de 16 de febrero de 2004⁶, el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima admitió la demanda, providencia que fue notificada personalmente al Ministerio de Defensa- Policía Nacional el 24 de agosto de 2004⁷.

2.2 Escrito de contestación a la demanda

2.2.1 Encontrándose dentro del término legal, el 17 de septiembre de 2004⁸ el Ministerio de Defensa- Policía Nacional, por intermedio de apoderado judicial, presentó su escrito de contestación a la demanda en el cual se opuso a todas y cada una de las pretensiones por cuanto consideró que la muerte de José Ricaurte Herrera Dueñas acaeció por culpa exclusiva de un tercero ajeno de la administración, esto es Grupos Subversivos – Frente 21 y 25 de las FARC, toda vez que:

“(...) Siendo aproximadamente las 08:15 de la mañana del día 040702 fue recibida una llamada telefónica a la línea 112 solicitando el apoyo de la Policía para atención de un caso al parecer atraco que se estaba cometiendo en el sector de la Estación del servicio de esa localidad, motivo por el cual de inmediato los efectivos policiales se dirigieron a

⁵ Fls.15-16 C.1

⁶ Fls.23 C.1

⁷ Fls.27 C.1

⁸ Fls.33-37 C.1

atender el requerimiento siendo emboscados durante su desplazamiento aproximadamente a unos 500 metros de la Estación de Servicio, por miembros del XXV frente de las FARC y apoyados por el XXV frente de las FARC que se encontraban escondidos a lado y lado de la vía quedando la patrulla policial cercada; lo que permitió que los subversivos ejecutaran con disparos de gracia a la altura de la cabeza y cuerpo. Posteriormente fueron despojados de su material de guerra, intendencia y elementos personales, así como también en dos volquetas del municipio, las cuales habían sido hurtadas minutos antes y atravesadas sobre la citada vía momentos en que se desplazaban a atender un requerimiento. En este ataque demencial los subversivos asesinaron seis (6) uniformados, dos (2) civiles heridos y un (1) civil muerto. Es de anotar que a los insurgentes no les interesó la población civil en el momento en que asesinaban a los miembros de la Institución. Hechos que fueron denunciados ante la Fiscalía Seccional de Purificación (Tol) por el señor Comandante Cuarto Distrito de Purificación por violación de derechos humanos y el derecho internacional humanitario (...)

2.3 Periodo probatorio

Mediante auto proferido el 13 de octubre de 2001⁹ el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima ordenó abrir el proceso a pruebas y, en consecuencia, decretó hasta donde la ley lo permita tener como tales los documentos aportados con la demanda, con su contestación y las que resulten de la práctica de aquellas solicitadas.

2.4 Alegatos de conclusión

Vencido el término probatorio, el Tribunal Administrativo del Tolima mediante auto de 27 de enero de 2006 ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público para que formularan sus alegatos de conclusión¹⁰.

2.4.1 La apoderada del Ministerio de Defensa- Policía Nacional, presentó alegatos de conclusión mediante escrito de 17 de abril de 2006¹¹, en los que reiteró los argumentos esbozados en la contestación a la demanda.

La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

3. Sentencia de primera instancia

El día 8 de mayo de 2006 el Tribunal Administrativo del Tolima profirió sentencia de primera instancia¹², en la que negó las pretensiones de la demanda.

⁹ Fls.38 C. 1

¹⁰ Fls.50 C.1

¹¹ Fls.68-76 C. 1

¹² Fls.77-86 C.P

Como fundamento de su decisión el A quo manifestó:

“(...) No existe ningún elemento de juicio que permita endilgar responsabilidad a la Policía Nacional en los fatídicos insucesos que cegaron la vida del señor Herrera Dueñas, y ante dicha falencia habrá de concluirse que fueron los subversivos los causantes de su muerte, tal como lo expresa el oficio precedentemente citado.

Tampoco existe medio probatorio demostrativo de la falla el servicio y el nexo causal para deducir la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada; aunque se carece de elementos de juicio para justipreciar dicha falla, la precaria evidencia traía a los autos (sic) permite apreciar que la reacción de los policiales frente al llamado de la ciudadanía no puede entenderse en sí mismo como ilícita o irregular.

(...)

Bajo la teoría del daño especial se alude a la ruptura del nexo causal entre la conducta falente de la administración y el daño, sólo por el acaecimiento de un hecho extraño y externo a la administración, que pueden ser el exclusivo de la víctima, o del tercero, la fuerza mayor.

En este sentido, observa la Sala que la causación de los daños tienen sustento en el actuar de la administración, pues la Policía Nacional no sometió al señor José Ricaurte Herrera Dueñas a una carga mayor a la que estaba obligado soportar, simplemente se limitaron a atender el requerimiento de la ciudadanía del municipio de Coyaima en el sitio denominado El Guasimo, donde fueron emboscados y cercados por subversivos de las FARC, vale decir, que en cumplimiento de su misión constitucional y legal no sometieron al civil asesinado a una carga anormal, ni lo expusieron a la realización de un riesgo creado por las unidades policiales. (...).”

4. Recurso de Apelación

4.1 El 13 de junio de 2006¹³, la parte actora interpuso recurso de apelación en contra de la referida sentencia, el cual fue sustentado mediante escrito de 30 de junio de 2006¹⁴, en el que solicitó que se revoque en todas sus partes la sentencia de primera instancia por cuanto consideró que:

(i) La Policía Nacional con su imprudencia facilitó el ataque y expuso a la población civil a “sufrir las consecuencias de la imprevisión”, esto es:

(...) en la atención al caso que ellos refieren existió una total ingenuidad e imprevisión lo que es constitutivo de culpa o falla. Es que no puede uno explicarse cómo en una zona en donde es reconocido operan varios frentes de las FARC al primer llamado de la ciudadanía (ciudadanía, dice el informe) se desplaza una patrulla sin indagar para a dónde (sic) va o de qué se trata, sin sospechar siquiera que pueda tratarse de una emboscada y sin tomar las más mínimas precauciones para evitar sorpresas y poner en lo posible a salvo a las tropas y a la población en general. Debe advertirse que el ataque fue en zona urbana que debía ser conocida y estar vigilada por la Policía y que los atacantes según los informes mencionados fueron miembros de dos frentes de las FARC lo que se hace suponer que los subversivos eran varios, fácilmente identificables o reconocibles. Es evidente que en Coyaima para la época de los hechos fallaba la vigilancia que debía ejercer la Policía Nacional”.

¹³ Fls.89C.P

¹⁴ Fls.118-122 C.P

(ii) Se violó el derecho constitucional al debido proceso, toda vez que no se tuvo en cuenta la sentencia proferida por ese mismo Tribunal el 29 de julio de 2004, en la que se acogieron las pretensiones de la demanda instaurada por la señora Rosa Esmeraldo Monroy Paloche, contra la Policía Nacional por los mismos hechos que acá se están demandando.

El Tribunal Administrativo del Tolima, mediante auto de 20 de junio de 2006, concedió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora¹⁵.

5. Trámite de segunda instancia

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia fue admitido por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera el 8 de septiembre de 2006¹⁶.

Posteriormente, esta Corporación mediante auto de 10 de octubre de 2006 corrió traslado¹⁷ a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su respectivo concepto.

La apoderada del Ministerio de Defensa- Policía Nacional, presentó alegatos de conclusión mediante escrito de 1 de noviembre de 2006¹⁸, en el que manifestó que:

(i) No se encuentra demostrado que la muerte del señor José Ricaurte Herrera Dueñas, obedeció a un comportamiento desbordado de los miembros de la Policía Nacional o que su muerte hubiese sido ocasionada por los miembros de la Policía Nacional.

(ii) La señora Esperanza Rodríguez Ortiz, no se encuentra legitimada, teniendo en cuenta que para la fecha de los hechos no convivía con el señor José Ricaurte Herrera Dueñas.

(iii) Con relación a Diana Carolina Salazar Herrera y Kerlin Santiago Salazar Herrera, quienes actúan en calidad de nietos del señor José Ricaurte Herrera, no se encuentra demostrado el perjuicio, pues de las declaraciones allegadas al proceso no se puede establecer el mismo.

¹⁵ Fls.90 C.P

¹⁶ Fls.126 C.P

¹⁷ Fls.128 C.P

¹⁸ Fls.129-130 C.P

La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio en instancia de alegatos de conclusión. A continuación, el proceso entró al despacho para fallo el 24 de enero 2007¹⁹.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

En atención a lo previsto en los artículos 120 del Código Contencioso Administrativo y 1º del Acuerdo 55 de 2003, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia 8 de mayo de 2006²⁰ proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

Adicionalmente, comoquiera que la sentencia de primera instancia y el recurso de apelación tuvieron lugar para el año 2006, la norma aplicable, a efectos de determinar la segunda instancia, es la Ley 446 de 1998, el cual señala que para el año 2003, fecha de presentación de la demanda, la cuantía mínima para que un proceso en acción de reparación directa fuere susceptible del recurso de apelación era de \$36.950.000.00, cuantía que se determina por el valor de las pretensiones sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, que se causen con posterioridad al libelo introductorio. En el caso concreto la pretensión mayor fue por concepto de perjuicios morales, esto es, la suma equivalente a 5.000 salarios mínimos legales vigentes.

2. Presupuestos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado

En relación con la responsabilidad del Estado²¹, la Carta Política de 1991 produjo su “constitucionalización”²² erigiéndola como garantía de los derechos e intereses de los

¹⁹ Fls.153 C.P

²⁰ Fls.77-86 C.P

²¹ La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen

administrados²³ y de su patrimonio²⁴, sin distinguir su condición, situación e interés²⁵.

Como bien se sostiene en la doctrina,

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad²⁶; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”²⁷.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado²⁸, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública²⁹ tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

²² En precedente jurisprudencial constitucional se indica: “El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente”. Corte Constitucional, Sentencia C-832 de 2001.

²³ Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49.

²⁴ “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

²⁵ La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. Essai d une théorie general de la responsabilité civile considerée en sa double fonction de garantie et de peine privée. Paris, 1947.

²⁶ “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”. MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

²⁷ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., pp.120-121.

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

²⁹ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un

En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico). Conforme a lo cual se analizará el caso a resolver.

2.1 Daño antijurídico

El daño antijurídico comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual³⁰ y del Estado impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”³¹, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos.

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

“(...) antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”³².

título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

³⁰ “(...) el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.185.

³¹ “(...) que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”. ob., cit., p.186.

³² Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales “debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuridicidad (sic)”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.168.

Así pues, la jurisprudencia constitucional ha señalado:

“(...) que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”³³.

De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”³⁴.

Debe quedar claro que es un concepto constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”³⁵. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable³⁶, anormal³⁷ y que se trate de una situación jurídicamente protegida³⁸.

En el *sub judice*, el daño antijurídico se plantea con relación al fallecimiento de José Ricaurte Herrera Dueñas, ocurrido en hechos acaecidos el día 4 de julio de 2002,

³³ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que “no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiendo por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. 1ª ed. Navarra, Aranzadi, 2011, p.297.

³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que “la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos”, definiéndose como “violación de una norma especial o de la más genérica alterum non laedere”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.298.

³⁵ Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirse al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550.

³⁶ Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

³⁷ “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

³⁸ Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

cuando fue herido por arma de fuego en medio de un enfrentamiento armado que tuvo lugar entre miembros de la Policía Nacional y grupos armados al margen de la ley.

El hecho de la muerte se encuentra suficientemente acreditado con la copia auténtica del registro civil de defunción que obra dentro del plenario y en la que consta que el día 4 de julio de 2002, en el municipio de Coyaima - Tolima, murió José Ricaurte Herrera Dueñas³⁹.

Al respecto, observa la Sala que el interés jurídico vulnerado en este evento es el derecho a la vida, constitucional y convencionalmente protegido, sin ninguna restricción, lo que es incuestionable en un Estado Social de Derecho⁴⁰.

Sobre el derecho a la vida ha dicho la Sala que éste es uno de los derechos inherentes e inalienables de la persona y presupuesto esencial para la realización de los demás derechos⁴¹. La Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 3), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6) y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 4), entre otros tratados internacionales de derechos humanos, consagran el derecho de toda persona a que se respete su vida, estableciendo claramente que "*nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente*". La observancia de esta obligación, presupone no sólo que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción⁴².

De la misma manera, la Constitución Política de Colombia, desde su Preámbulo proclama como uno de los fines de la Nación el asegurar a sus integrantes la vida,

³⁹ Fls.13 C.1

⁴⁰ "La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración [sentencia C-333 de 1996]. Igualmente ha considerado que se ajusta a distintos principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución [sentencia C-832 de 2001]". Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2006.

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros), párr. 144; Caso del Penal Castro Castro, párr. 237, y Caso de la Masacre de Pueblo Bello, párr. 120.

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros), párr. 144; Caso del Penal Castro Castro, párr. 237, Caso Vargas Areco, párr. 75, Caso de la Masacre de Pueblo Bello, párr. 120 y Caso Germán Escué, párr. 40.

⁴⁵ Informe final de la Misión Internacional de Observación sobre Ejecuciones Extrajudiciales e Impunidad en Colombia 2008.

estableciendo además en su artículo 11 que "el derecho a la vida es inviolable" y que "No habrá pena de muerte". Igualmente en su artículo 2 dispone que "las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida" y demás derechos fundamentales del ser humano."⁴⁵

De modo, pues, que el daño aquí causado reviste clara antijuridicidad, pues con él violentaron derechos que el ordenamiento, contrario a restringirlos, los protege en forma absoluta, por lo que, de ninguna manera, la víctima estaba obligada a soportar el menoscabo de su derecho a la vida.

Así las cosas, la Sala evidencia que es posible que del daño antijurídico antes especificado se deriven o sobrevengan perjuicios, que la Nación estará obligada a indemnizar, siempre que dicho daño resulte imputable a la entidad demandada y se prueben los elementos constitutivos de cada perjuicio alegado en la demanda.

2.2 Imputación de la responsabilidad al Estado y motivación de la imputación.

En cuanto a la imputación, ésta exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica⁴³, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la "superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen"⁴⁴.

⁴³ "La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos". SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁴⁵, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁴⁶. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”⁴⁷.

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “*parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones*”⁴⁸. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “*atribución*”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “*cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta*”⁴⁹.

Sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “*excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del*

⁴⁵ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”. KANT, I. La metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁴⁶ El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁴⁷ “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”. MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [<http://criminet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7.

⁴⁸ “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”. GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, pp.77 ss.

⁴⁹ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

azar⁵⁰. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no⁵¹. Es más, se sostiene doctrinalmente “que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños⁵²”.

Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad⁵³ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación⁵⁴ que el juez está

⁵⁰ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁵¹ JAKOBS, G. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sentencia de 24 de febrero de 2005. Exp.14170.

⁵² MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

⁵³ “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización (...) En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.

⁵⁴ “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo

llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”⁵⁵.

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que *“el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección⁵⁶ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁵⁷. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”⁵⁸.*

principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

⁵⁵ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

⁵⁶ Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”. CASAL H, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

⁵⁷ Cfr. Günther Jakobs. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

⁵⁸ A lo que se agrega por el mismo precedente: “En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos

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 sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante⁵⁹.

Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcar por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a

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

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal⁶⁰, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse (...) que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”⁶¹, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho⁶².

Debe plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un sólo criterio de imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado⁶³, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede encuadrar en la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos⁶⁴, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos,

⁶⁰ “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

⁶¹ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204.

⁶² “(...) el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”, ob., cit., p.308.

⁶³ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

⁶⁴ Merkl ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la *conditio sine qua non*, sino *conditio per quam* de la administración”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211. Para Martín Rebollo: “Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”, ob., cit., p.311.

bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder hacer su encuadramiento en la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera "(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos "títulos de imputación" para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación"⁶⁵.

Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo⁶⁶ que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

⁶⁵ "En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado". Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón; de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

⁶⁶ "En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda: ineficiente". PANTALEÓN, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en AFDUAM, No.4, 2000, p.174. De acuerdo con Martín Rebollo "(...) es que la responsabilidad pública es un tema ambivalente que, a mi juicio, no debe ser enfocado desde el estricto prisma de la dogmática jurídico-privada. Esto es, no debe ser analizado sólo desde la óptica de lo que pudiéramos llamar la justicia conmutativa, aunque tampoco creo que éste sea un instrumento idóneo de justicia distributiva. La responsabilidad es, desde luego, siempre y en primer lugar, un mecanismo de garantía. Pero es también un medio al servicio de una política jurídica. Así lo señala Ch. Eisenmann: el fundamento de la responsabilidad puede ser la reparación del daño, pero su función «remite a la cuestión de los fines perseguidos por el legislador cuando impone una obligación de reparar. En este sentido –concluye– la responsabilidad es un medio al servicio de una política jurídica o legislativa»". MARTÍN REBOLLO, Luis. "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones", en AFDUAM: no.4, 2000, p.307.

2.2.1 La muerte o lesiones de miembros de la población civil durante un enfrentamiento armado entre el Estado y un grupo armado insurgente – Reiteración Jurisprudencial⁶⁷

Ahora bien, en el específico caso que se encuentra bajo examen de la Sala se hace necesario valorar la imputación en una doble perspectiva: en primer lugar, desde la producción del daño antijurídico ocurrido durante un ataque armado y el enfrentamiento entre el Estado y un grupo armado insurgente, bien sea como consecuencia de la acción, omisión o inactividad en los deberes de protección, seguridad y ejercicio de la soberanía en las que hayan podido incurrir las entidades demandadas, y que representen, también, la vulneración de los derechos reconocidos a la vida e integridad, dentro del marco de la dignidad humana, y los derechos humanos que por el mismo bloque merecen ser objeto de protección en cabeza de las fallecidas y los lesionados en los hechos acaecidos el 27 de agosto de 1999, como miembros de la población civil. De tal manera, cabe observar la atribución jurídica del daño antijurídico, en principio, a las entidades demandadas por falla en el servicio consistente en el incumplimiento e inobservancia de los deberes positivos derivados de exigencias constitucionales, legales, y del bloque ampliado de constitucionalidad (artículo 93), esto es, del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, que pueden ser constitutivos de una falla en el servicio.

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

Desde la perspectiva del derecho internacional humanitario, debe observarse lo consagrado en el Convenio IV de Ginebra del 12 de agosto de 1949, “relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra” (ratificado por Colombia el 8 de noviembre de 1961), y en el Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra del

⁶⁷ Consejo de Estado, sentencia de 22 de octubre de 2012, Exp. 24.070, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

12 de agosto de 1949, “relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional”.

De acuerdo con el Convenio IV de Ginebra son aplicables en este tipo de eventos, y dentro del concepto de conflicto armado interno el artículo 3 común, ya que tratándose de conflictos no internacionales el Estado parte está llamado a aplicar “como mínimo” los siguientes criterios:

“(…) 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades (…) y las personas puestas fuera de combate por (…) detención o por cualquier otra causa, serán en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios. (…)” (subrayado fuera de texto).

Luego, tratándose de situaciones ocurridas en el marco del conflicto armado interno, el Estado debe orientar su accionar no sólo a cumplir los mandatos constitucionales (artículo 2, especialmente, de la Carta Política) y legales, sino también a dar cabal aplicación y respetar lo consagrado en el Protocolo II a los Convenios de Ginebra, en especial los siguientes mandatos positivos: i) es aplicable a los conflictos armados “que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo” (artículo 1); ii) será aplicable “a todas las personas afectadas por un conflicto armado” (artículo 2); iii) la invocación de este Protocolo, en los términos del artículo 3.1, no puede hacerse con el objeto de “menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos” (respeto del principio de soberanía en sus dimensiones positiva y negativa); iv) como garantía fundamental se establece que todas “las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor (…) Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes” (artículo 4.1); y, v)

se prohíben los “atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio (...) o toda forma de pena corporal” (artículo 4.2).

En este marco, cabe afirmar que “ante la inevitabilidad de los conflictos, se hace perentorio garantizar, por las vías que sean –internacionales o internas- , el respeto de las reglas básicas de humanidad aplicables en cualquiera situaciones de violencia bélica; situaciones que al día de hoy se presentan en su mayor parte como conflictos armados sin carácter internacional”⁶⁸.

Dentro del catálogo de principios reconocidos por los instrumentos de Derecho Internacional Humanitario está previsto el principio de distinción⁶⁹, según el cual “las partes dentro de un conflicto armado deberán distinguir entre población civil y combatientes y entre bienes civiles y objetivos militares”⁷⁰. Dicho principio se justifica en la necesidad de que “las hostilidades se libren entre combatientes y contra objetivos militares para que en ninguna circunstancia afecten a los no combatientes y a los bienes civiles”⁷¹.

El Protocolo I Adicional a los IV Convenios de Ginebra⁷² establece el principio de distinción en relación con los bienes militares y civiles en los siguientes términos:

“Artículo 52: Protección general de los bienes de carácter civil

⁶⁸ “Y es de resaltar el hecho de que en la mayoría de los conflictos actuales las principales víctimas son las personas civiles, que corren el riesgo de perder la vida o de ser mutiladas en el curso de los combates, y a menudo se ven obligadas a abandonar sus lugares de origen, convirtiéndose en desarraigadas”. PEREZ GONZALEZ, Manuel. “Introducción; El derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto”, en RODRIGUEZ – VILLASANTE, José Luis (Coord) Derecho internacional humanitario., ob., cit., p.41.

⁶⁹ Ramelli Arteaga, Alejandro. “Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia” GIZ, 2011. Pp. 145. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-291 de 2007.

⁷⁰ Marco Sassoli. “Legitimate targets of attacks under international humanitarian law”. Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research. 2003. Disponible en: <http://www.hpcrresearch.org/sites/default/files/publications/Session1.pdf>.

⁷¹ Valencia Villa, Alejandro. “Derecho Internacional Humanitario. Conceptos básicos, infracciones en el conflicto armado colombiano”. USAID y Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2007. P. 121. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995. “Uno de las reglas esenciales del derecho internacional humanitario es el principio de distinción, según el cual las partes en conflicto deben diferenciar entre combatientes y no combatientes, puesto que estos últimos no pueden ser nunca un objetivo de la acción bélica. Y esto tiene una razón elemental de ser: si la guerra busca debilitar militarmente al enemigo, no tiene por qué afectar a quienes no combaten, ya sea porque nunca han empuñado las armas (población civil), ya sea porque han dejado de combatir (enemigos desarmados), puesto que ellos no constituyen potencial militar. Por ello, el derecho de los conflictos armados considera que los ataques militares contra esas poblaciones son ilegítimos, tal y como lo señala el artículo 48 del protocolo I, aplicable en este aspecto a los conflictos internos, cuando establece que las partes “en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares”.

⁷² Cfr. Ley 11 de 21 de julio de 1992, “por medio de la cual se aprueba el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, adoptado en Ginebra el 8 de junio de 1977”. Corte Constitucional, sentencia C-088 de 1993.

1. *Los bienes de carácter civil no serán objeto de ataque ni de represalias. Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares en el sentido del párrafo 2.*

2. *Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.*

3. *En caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles, tal como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin.”*

Si bien el Protocolo II Adicional a los IV Convenios de Ginebra no contiene expresamente la prohibición de atacar a bienes civiles⁷³, ésta ha sido incorporada en varios instrumentos de Derecho Internacional Humanitario aplicables a conflictos armados internos. En efecto, los artículos 3.7 del Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos enmendado el 3 de mayo de 1996⁷⁴ y 2.1 del Protocolo III sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias⁷⁵ establecen la prohibición de atacar bienes civiles.

Así mismo, la Resolución 1265 de 1999 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas condenó todos los ataques dirigidos en contra de bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario⁷⁶.

Por su parte, el Customary International Humanitarian Law también establece el principio de distinción entre los bienes civiles y militares en los siguientes términos:

“Regla 7. Las partes en conflicto deberán hacer en todo momento la distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares. Los ataques sólo podrán dirigirse contra objetivos militares. Los bienes de carácter civil no deben ser atacados.

Regla 8. Por lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida.

⁷³ Algún sector de la doctrina ha señalado que dicha prohibición podría entenderse incorporada en el artículo 13 del Protocolo II Adicional según el cual “1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares.”

⁷⁴ “Artículo 3: Restricciones generales del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos “7. Queda prohibido, en todas las circunstancias, emplear las armas a las que se aplica el presente artículo, sea como medio de ataque, como medio de defensa o a título de represalia, contra la población civil propiamente dicha o contra personas civiles o bienes de carácter civil.”

⁷⁵ “Artículo 2. : Protección de las personas civiles y los bienes de carácter civil 1. Queda prohibido en todas las circunstancias atacar con armas incendiarias a la población civil como tal, a personas civiles o a bienes de carácter civil”.

⁷⁶ Puede consultarse: [<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1946.pdf?view=1>].

Regla 9. Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares.

*Regla 10. Los bienes de carácter civil gozan de protección contra los ataques, salvo si son objetivos militares y mientras lo sean*⁷⁷.

De esta manera, y tal como lo ha señalado la Corte Internacional de Justicia, el principio de distinción pretende *“la protección de la población civil y de objetos civiles, y establece la distinción entre combatientes y no combatientes; los Estados nunca pueden hacer a los civiles objeto de ataques, y en consecuencia nunca pueden utilizar armas que sean incapaces de diferenciar entre objetivos civiles y militares”*⁷⁸.

Es preciso resaltar que según la jurisprudencia constitucional tales normas convencionales y consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario integran el denominado bloque de constitucionalidad⁷⁹. Al respecto, la propia Corte Constitucional ha señalado que “[e]l hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones. Así como el preámbulo, los principios, valores y reglas constitucionales son obligatorios y de forzoso cumplimiento en el orden interno, las normas del bloque de constitucionalidad son fuente de derecho obligatoria para todos los asociados. (...) El hecho de compartir la jerarquía del texto formal de la Carta convierte a los dispositivos del bloque en “eje y factor de unidad y cohesión de la sociedad”, y la condición de ocupar con ellos el máximo peldaño en la escala normativa obliga a que toda la legislación interna acondicione su contenido y ajuste sus preceptos a los estatutos por aquellas adoptados, pues éstos irradian su potestad sobre todo el ordenamiento normativo.”⁸⁰

⁷⁷ ICRC. Customary International Humanitarian Law. “Rule 7. The parties to the conflict must at all times distinguish between civilian objects and military objectives. Attacks may only be directed against military objectives. Attacks must not be directed against civilian objects. Rule 8. In so far as objects are concerned, military objectives are limited to those objects which by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action and whose partial or total destruction, capture or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage. Rule 9. Civilian objects are all objects that are not military objectives. Rule 10. Civilian objects are protected against attack, unless and for such time as they are military objectives”.

⁷⁸ Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, 1996. “[it] is aimed at the protection of the civilian population and civilian objects and establishes the distinction between combatants and non-combatants; States must never make civilians the object of attack and must consequently never use weapons that are incapable of distinguishing between civilian and military targets”.

⁷⁹ Corte Constitucional, sentencias C-225 de 1995 y C-291 de 2007.

⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia C-067 de 2003.

Además de estar previsto en la normativa de Derecho Internacional Humanitario, el principio de distinción constituye una norma consuetudinaria e integra el *ius cogens*. En este sentido, la Corte Constitucional estableció que “el principio de distinción –el cual es obligatorio para el Estado colombiano por su doble naturaleza de norma convencional y consuetudinaria de derecho internacional, además de ser una norma de *ius cogens*-, que incluyen la prohibición de dirigir ataques contra la población civil o contra personas civiles, y la prohibición de llevar a cabo actos dirigidos a aterrorizar a la población civil”⁸¹.

En relación con el principio de distinción, la Corte Constitucional ha señalado que “es obligación de las partes en un conflicto el esforzarse por distinguir entre objetivos militares y personas o bienes civiles”⁸². En este sentido, **los** bienes civiles son “aquellos bienes que no pueden ser considerados legítimamente como objetivos militares”⁸³; los objetivos militares, por su parte, son “aquellos bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida”⁸⁴.

Por último, resulta pertinente resaltar que en pretéritas ocasiones la Sección Tercera ha establecido que las vulneraciones a principios del Derecho 50 Internacional Humanitario constituyen supuesto suficiente para declarar la responsabilidad del Estado con fundamento en el título de imputación “falla del servicio”⁸⁵.

De otra parte, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, y considerados singularmente dichos derechos, se tiene que cuando “*un conflicto asume las dimensiones de una confrontación armada, la vida de la nación se considera inmediatamente en peligro, lo que lleva a invocar las cláusulas derogatorias. En tales casos, todas las normas de derechos humanos cuya derogación está prohibida siguen en pleno vigor. Estas normas están confirmadas o complementadas por la normativa*

⁸¹ Corte Constitucional, auto 092 de 2008. Cfr. Sentencia SU 747 de 1998. “Como se señala en la sentencia C-225/95 de esta Corporación, los no combatientes no pueden ser en ningún momento objeto de acciones militares y, además, no pueden ser involucrados dentro del conflicto armado, pues eso los convertiría en actores del mismo y, en consecuencia, en objetivos militares. Es claro entonces que el Estado colombiano no está autorizado para atacar o aterrorizar a la población civil ni para involucrarla en el conflicto armado, en calidad de actor militar.”

⁸² Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007. Cfr. TPIY. Caso Fiscal Vs. Tihomir Blaskic. “Las partes en un conflicto están obligadas a esforzarse por distinguir entre objetivos militares y personas o bienes civiles” [Traducción informal: “The parties to the conflict are obliged to attempt to distinguish between military targets and civilian persons or property”].

⁸³ Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007.

⁸⁴ *Ibídem*.

⁸⁵ Sección Tercera, sentencia de 6 de julio de 2005, expediente 13969.

*específica de los conflictos armados no internacionales, que forman parte de la normativa humanitaria*⁸⁶. Dicha protección tiene su base en los derechos constitucionalmente reconocidos a la vida e integridad de las personas, y los derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos -artículos 1⁸⁷, 4.1.-, (que fue incorporada al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 16 de 1972).

La Sala tiene en cuenta, que el *“artículo 1 de la Declaración universal, al resumir los tres grandes principios de la Revolución francesa, establece, entre otras cosas, que “todos los seres humanos (...) deben tratarse unos a otros con un espíritu de hermandad”. El orden social y la comunidad a la que el individuo pertenece son colocados asimismo en la adecuada perspectiva de los derechos humanos en los artículos 28 y 29 de la Declaración universal y en el párrafo quinto del preámbulo de los Convenios internacionales sobre derechos humanos*⁸⁸.

2.2.2 Imputación del daño antijurídico en el caso concreto

En el caso concreto se encuentra acreditado que el día 4 de julio de 2002, José Ricaurte Herrera Dueñas falleció como consecuencia de las heridas que le fueron perpetradas cuando quedó en medio del fuego cruzado entre miembros de la Policía Nacional y grupos armados al margen de la ley, al parecer pertenecientes a las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – FARC.

⁸⁶ “Aunque la Declaración universal tuvo influencia en los redactores de las convenciones de Ginebra, la normativa internacional sobre derechos humanos y las normas humanitarias afrontan el problema de los conflictos armados internos de diferentes modos. La primera se encuadra en el marco del ius ad bellum según lo previsto en la Carta de las Naciones Unidas, de acuerdo con la cual queda prohibido el recurso a la fuerza y, en consecuencia, está dirigido a la conservación de la paz. La segunda, por su parte, forma parte (sic) del ius in bello: establece las normas que rigen el uso de la fuerza sin examinar las causas del conflicto de acuerdo a los principios de la Cruz Roja y, en especial, los principios humanitarios”. NEWMAN, Frank C; VASAK, Karel. “Derechos civiles y políticos”, en VASAK, Karel (ed) Las dimensiones internacionales de los derechos humanos. V.I. Barcelona, Serbal; UNESCO, 1984, pp.285 y 286.

⁸⁷ “Como se puede observar, de la lectura de este artículo (artículo 1° de la Convención Americana) se desprenden dos obligaciones para los Estados parte, en relación con los derechos consagrados en el texto de la Convención, a saber: i) la obligación de respeto, que exige del Estado una conducta de abstención, denominada también obligación negativa y, por otro lado, ii) se impone una obligación de garantía, que exige a los Estados parte emprender las acciones necesarias tendientes a asegurar que todas las personas sujetas a su jurisdicción estén en condiciones de ejercerlos y garantizarlos. Sobre el alcance de esta disposición, (artículo 2° de la Convención Americana) la Corte Interamericana, ha precisado que este deber tiene dos implicaciones: “Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”. Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2007, expediente 29273.

⁸⁸ La “vida humana en sus múltiples relaciones sociales halla reconocimiento y expresión bajo la tutela de la promoción y protección de los derechos humanos”. BOVEN, Theodoor C. Van. “Criterios distintivos de los derechos humanos”, en VASAK, Karel (ed) Las dimensiones internacionales de los derechos humanos. V.I. 1A ed. Barcelona, Serbal; UNESCO, 1984, p.95.

Tales hechos se constatan en el boletín extraordinario No. 026 de 4 de julio de 2002 proferido por la Policía Nacional en el que consta⁸⁹:

"(...) emboscada de las FARC asesinados 6 policías en Coyaima cuando atendían llamado de la comunidad.

Siendo aproximadamente las 8 y 15 minutos de la mañana, fue recibida una llamada telefónica a la línea 112 solicitando el apoyo de la Policía para la atención de un caso al parecer atraco que se estaba cometiendo en el sector de la Estación de Servicio en esta localidad.

De inmediato los efectivos policiales se dirigieron a atender el requerimiento, siendo emboscados durante su desplazamiento aproximadamente a unos 500 metros de la estación de servicio, por miembros al parecer del 25 frente de las FARC que opera en el sector.

Durante el demencial atentado perpetrado por los terroristas de las FARC, fueron vilmente asesinados seis miembros de la Institución Policial, lo mismo que un civil que se encontraba en el sector; un taxista y su pasajero que se desplazaban por la zona resultaron heridos.

Cuando emprendieron la huida los subversivos hurtaron 3 vehículos entre ellos un campero de color negro, una volqueta y un taxi de servicio público.

(...)

Civiles muertos:

- José Ricaurte Herrera".

De estos hechos también tomó nota el Ejército Nacional el día 4 de julio de 2002, en cuyos libros se observa⁹⁰:

<i>Fecha</i>	<i>Hora</i>	<i>Asunto</i>	<i>Anotaciones</i>
<i>040702</i>	<i>07:22</i>	<i>Consignas</i>	<i>Extremar medidas de seguridad personal e instalaciones, adelantar actividad policial, (ilegible), revista zona bancaria, comercial, requisita, identificación, pero para mantener un control vial, buen manejo estoy (sic) muy pendientes, seguros muy pendientes 929, 950, 905, 908, (ilegible), coordinación con seguridad (ilegible).</i>
<i>040702</i>	<i>08:30</i>	<i>T4</i>	<i>Informo salió patrulla conocer caso vía Coyaima a Castilla aparece 905 hay intercambio de disparos, se desconoce qué clase de intereses, se le informo J2, J3.</i>
<i>040702</i>	<i>08:34</i>	<i>T4</i>	<i>Salieron 6 unidades policivas atender el presente 905, son dos los que están sosteniendo el enfrentamiento</i>
<i>040702</i>	<i>08:40</i>	<i>Génova</i>	<i>Informó cesaron los disparos pero se desconoce las novedades</i>
<i>040702</i>	<i>08:50</i>	<i>Génova</i>	<i>Informó cesaron los disparos pero desconozco las novedades (...)"</i>

Asimismo, observa la Sala que los hechos anteriormente narrados dieron lugar a la denuncia penal interpuesta por la Policía Nacional- Departamento de Policía del Tolima-

⁸⁹ Fls.11-12 C.2

⁹⁰ Fls.56-58 C.1, Fls.2-4 C.2 y Fls.1-3 C.3

Distrito Cuatro de Purificación, ante la Fiscalía Seccional de Purificación, que tuvo lugar el día 6 de julio de 2002, por el punible de “*violación de derechos humanos y el derecho internacional humanitario*”⁹¹, en la cual se dijo que el 4 de julio de 2002, 6 unidades de policía concurren al lugar conocido como el “*guasmo*” en atención a la información allegada por un ciudadano, según el cual “*en la salida del municipio vía a Castilla, había unos delincuentes encapuchados y con armas*”. Así, desde las 08:05 horas hasta las 09:30 horas, en el Municipio de Coyaima – Tolima, dentro del perímetro urbano, el comandante de la unidad policial con 5 unidades más, fueron emboscados por miembros de las FARC de los frentes 21 y 25, quienes utilizaron armamento de largo alcance M-CO, fusiles y material explosivo y lograron ultimar con un tiro de gracia 6 miembros de la Policía Nacional y, adicionalmente, resultaron dos civiles muertos y un civil herido.

Frente a los hechos así descritos, el día 6 de julio de 2002, el Departamento de Policía del Tolima – Sijin –Grupo de Criminalística, llevo a cabo la diligencia de inspección al lugar de los hechos y levantó el correspondiente álbum fotográfico que obra en el plenario y que da cuenta de la forma en que ocurrieron los hechos y en que quedaron los cuerpos⁹².

Y finalmente, dentro del material documental obrante en el plenario, se encuentra el oficio proferido por la Policía Nacional- Departamento de Policía del Tolima, el 11 de noviembre de 2004⁹³, en el que consta que por los hechos aquí narrados no se adelantó ninguna investigación disciplinaria y que:

“Efectivamente para el 04.07.02 en el municipio de Coyaima (Tol) cuando la patrulla conformada por SS Luna Gómez Juan Reinaldo, SI. Vargas Guarnizo Javier Alexander, SI. Gutiérrez Marín Luis Fernando, SI. Hernández Franco Hollman Andrés, PT. Guzmán Escobar Luis Fernando y AG. Poloche Tovar Nohe se movilizaban en la patrulla de siglas 415 de propiedad de la Policía Nacional para atender un requerimiento de la ciudadanía, en el sitio denominado el Guasimo, fueron emboscados y cercados por subversivos del XXI y XXV frente de las FARC, lo que les facilitó la ejecución de los uniformados con disparos de gracia a la altura de la cabeza y cuerpo, para luego

⁹¹ Fls.51-55 C.1 y 6-10 C.2

⁹² Fls.59-67 C.1. “(...) Fotografía Nro.0194.01. Tomada en el lugar de los hechos, donde emboscada la patrulla policial, a un kilómetro del casco urbano vía que Coyaima comunica con Castilla, se observan los vehículos y cuatro de los seis cuerpos sobre la vía y la forma como se hallaron cubiertos con sabanas. Fotografía Nro. 0194.16. De detalle tomada a otra granada de fusil (color verde) la cual fue hallada en el potrero margen derecha, vía Coyaima- Castilla a 57.00 metros diagonal con respecto a la otra granada fotografía Nro. 12 y 13. Fotografía Nro. 0194.17. Fotografía de conjunto tomada al vehículo policial de siglas 26.415 el cual presenta varios impactos en su vidrio parabrisas y otros costados. Fotografía No. 0194.14. De detalle tomada a la granada de fusil (color verde) descrita en la fotografía Nro. 12 y 13 con letra A. (...) Fotografía Nro. 0194.02. Tomada en el instante en que personal técnico de explosivos de la Policía Nacional revisa uno a uno los cuerpos con el fin de verificar posibles explosivos que los delincuentes de las FARC hayan dejado adherido a los cuerpos. En este lugar se hallaron gran cantidad de vainillas calibre 7.62. (...)”.

⁹³ Fls.14-15 C.2

proceder a despojarlos de su material de guerra. Es de anotar que en dicha emboscada fue asesinado por los subversivos el señor José Ricaurte Herrera Dueñas”.

Vistos los hechos que anteceden, esto es, la ocurrencia de una emboscada por parte de miembros de grupos subversivos al margen de la ley contra 6 unidades de la Policía Nacional, que arrojó como resultado 6 policías muertos, así como dos civiles muertos, dentro de los cuales se encuentra el señor José Ricaurte Herrera, cabe señalar que en la dilatada jurisprudencia de la Corporación se ha abordado la responsabilidad del Estado con ocasión de actos de grupos armados a partir de diferentes criterios de imputación, a saber: falla en el servicio, riesgo excepcional y el daño especial, según la determinación fáctica de cada caso y la atribución jurídica que proceda.

Por ejemplo, observa la Sala que según la copia de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 29 de julio de 2004, obrante dentro del plenario, en la cual se debatieron los mismos hechos que aquí se discuten, dicho Tribunal resolvió declarar a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional administrativamente responsable por la muerte del señor José Ricaurte Herrera y de las heridas sufridas por el señor Giovanni Guarnizo Aragón, por cuanto consideró⁹⁴:

“(…)Teniendo en cuenta la forma como se desarrollaron los hechos, en el presente caso, se observa de manera palpable que la emboscada estaba dirigida en contra de los Agentes de la Policía, ese era el objetivo perseguido por los guerrilleros, ellos pretendían tomarlos por sorpresa para después robarles el armamento y otras pertenencias. En estas condiciones, se configura en el caso concreto una responsabilidad del Estado por riesgo excepcional, que tal como se ha considerado en repetidas ocasiones, se genera en los eventos en los cuales el daño se produce como consecuencia de la realización de un riesgo creado de manera lícita por el Estado.

Conforme a lo anterior, la Sala no exonerará al Estado de responsabilidad por lo que no prosperará la causal de exculpación culpa de un tercero, debido a que dicha emboscada no tenía como objetivo la población en general, sino que se encontraba dirigida en contra de la Policía, y así se demostró a lo largo de estas consideraciones, toda vez que fue a partir de una llamada de un mismo guerrillero que la Policía iniciara el despliegue hace (sic) el lugar de los hechos, pensando que la ciudadanía está siendo víctima de un robo.

Es de anotar, en este caso, el ataque sorpresivo de la subversión produjo que los agentes de la Policía una reacción de defensa de sus propias vidas, imponiéndole a las víctimas una carga excepcional que vulneró el principio de igualdad de las personas ante la ley”.

Sin embargo, la Sala considera pertinente resaltar que, en casos similares, esta Corporación ha declarado la responsabilidad de la Administración con fundamento en el título de imputación “*daño especial*”⁹⁵ tratándose de actos terroristas dirigidos a socavar

⁹⁴ Fls.91-117 C.P

⁹⁵ Consejo de Estado – Subsección C, sentencia de 25 abril de 2012, Exp. 22.387, MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

las instituciones del Estado, *“lo que se explica por la selección del personaje contra el cual se ejecutó. El fenómeno violento se dirigió, pues, contra la organización estatal con el fin de destruirla, o a la búsqueda de concesiones importantes”*⁹⁶.

Y, asimismo, en tratándose de daños antijurídicos causados por grupos armados insurgentes, esta Corporación ha juzgado tales hechos a la luz de los criterios que informan la falla en el servicio, bien sea bajo la existencia de mandatos de abstención – deberes negativos- como de acción –deberes positivos- a cargo del Estado, por el incumplimiento o deficiente cumplimiento de deberes normativos, la omisión o inactividad de la administración pública o el desconocimiento de la posición de garante institucional que pueda asumir la administración.

Ahora bien, con relación a los deberes normativos a cargo del Estado, nuestra Constitución Política – artículo 2º, define dentro de los fines esenciales del Estado el asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, para lo cual se instituyeron las autoridades públicas, con el propósito fundamental de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, postulado que, en relación con la Policía Nacional fue desarrollado mediante el artículo 218 superior, al contemplarla como

“un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”

En este sentido, tenemos que el servicio de policía, es un servicio público a cargo del Estado encaminado a mantener y garantizar el orden público interno de la Nación y la convivencia pacífica, entre otros. Este servicio lo presta el Estado en forma permanente, exclusiva, obligatoria, directa, indelegable, inmediata e indeclinable, con el propósito esencial de procurar el desarrollo de la vida en comunidad, cuyo ejercicio se encuentra limitado en la observancia de la primacía de los derechos inalienables de las personas y los principios contenidos en la Constitución Política, las leyes y en la finalidad específica que su prestación persigue⁹⁷.

⁹⁶ Apartes transcritos en Consejo de Estado, Sección Tercera, Rad. No. 8577, septiembre 23 de 1994, C.p. Julio Cesar Uribe Acosta del aparte “Los actos terroristas y el derecho privado” en El seguro en la propiedad horizontal y ante los actos terroristas, Medellín, 1986, p. 76 y 77. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 3 de mayo de 2007. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 16696.

⁹⁷ Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección C, Sentencia 15 de febrero 2012, Exp. 21244, MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Así las cosas, en relación con el juicio de imputación a la luz de la falla del servicio, éste consiste, fundamentalmente, en revisar la actuación de la autoridad pública demandada, representada en el desempeño de los agentes de policía que ejecutaron el operativo, actuación que debe encontrarse plenamente ajustada a los contenidos normativos e imperativos que regulan la prestación del servicio de policía, contenidos en la Constitución, las leyes y los reglamentos que para el efecto hayan expedido los miembros del Gobierno Nacional, en concordancia con el principio de legalidad que rige la actuación de los servidores públicos, contenido en el artículo 6° constitucional, que los responsabilizó por infringir la Constitución o las leyes, ya sea mediante una acción, omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Específicamente, encontramos dentro de la normatividad aplicable en el sub lite, la Resolución 9969 del 13 de noviembre de 1992, por medio de la cual el Director General de la Policía Nacional aprobó el Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural, previendo la necesidad de actualizar y ajustar la prestación del servicio policial a los nuevos principios establecidos en la Constitución Política de 1991, con la función primordial de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos, libertades públicas y la convivencia pacífica.

Allí se Denominó servicio de policía a la vigilancia permanente que el Estado presta por intermedio de la Policía Nacional, para conservar el orden público, proteger las libertades y prevenir y controlar la comisión de delitos, y se dijo que este servicio lo integran la vigilancia urbana y rural que son la base fundamental de las actividades preventivas y operativas de la Policía Nacional⁹⁸, clasificándolo según su objeto en de vigilancia y Judicial⁹⁹.

En dicho reglamento, se establecieron las normas de carácter general que regulan la prestación del servicio policial, se fijaron los criterios, pautas y procedimientos para asegurar el cabal cumplimiento de la misión constitucional asignada a la Policía Nacional y se estableció una guía permanente de consulta para unificar procedimientos en la prestación del servicio de vigilancia¹⁰⁰, a los cuales deben ceñirse las actuaciones del personal oficial, suboficial y agentes de la Institución¹⁰¹, que son funcionarios profesionales, preparados y estructurados en el ejercicio de su función, quienes deben

⁹⁸ Artículo 34 Resolución 9969/1992 – Policía Nacional.

⁹⁹ Artículo 35 ibídem.

¹⁰⁰ Artículo 1° ibídem.

¹⁰¹ Artículo 2° ibídem.

cumplir en todo momento los deberes que impone la ley, sirviendo a la comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión, para lo cual, en el desempeño de sus tareas, se encuentran obligados a respetar y proteger la dignidad humana y mantener y defender los derechos humanos de todas las personas, y sólo están habilitados para usar la fuerza cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas¹⁰², es decir dentro de los límites de razonabilidad y proporcionalidad que la situación fáctica demande.

Ahora bien, en relación con el servicio de vigilancia se estableció que la Policía, en el ejercicio de sus funciones de vigilancia, debe desarrollar un espíritu de observación, sagacidad e iniciativa, con el propósito de vigilar preferentemente a personas sospechosas que deambulen por su lugar de facción, concertar su atención en aquellas personas cuyas actitudes le merezcan duda en su proceder y velar por la seguridad en el sector a su cargo, especialmente en los turnos de noche¹⁰³, entre otras, y en todo caso con la obligación de intervenir, cualquiera sea la circunstancia en que se encuentre¹⁰⁴ y de desplegar toda su iniciativa para procurar la prevención de delitos, desordenes, o cualquier otro acto que tienda a perturbar la seguridad y el bienestar de la comunidad¹⁰⁵, de lo cual se resalta que el servicio de vigilancia policial es eminentemente preventivo.

Dicho lo anterior, la Sala considera que en el caso de autos no se encuentra probado que la Policía Nacional haya faltado a sus deberes normativos, de manera que no se tiene probada la configuración de una falla en el servicio policial.

No obstante, y como antes se dijo, en casos similares, esta Corporación ha declarado la responsabilidad de la Administración con fundamento en el título de imputación “daño especial”, teniendo en cuenta la ruptura del equilibrio de las cargas públicas de los miembros de la población civil afectados con el ataque armado y enfrentamiento entre el Estado y un grupo armado insurgente.

Al respecto, la más reciente jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera¹⁰⁶ considera que tratándose de daños antijurídicos derivados de un ataque armado o del

¹⁰² Artículo 23 ibidem.

¹⁰³ Artículo 38 ibidem.

¹⁰⁴ Artículo 39 ibidem.

¹⁰⁵ Artículo 47 ibidem.

¹⁰⁶ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

enfrentamiento del Estado y un grupo armado insurgente, cabe afirmar varios argumentos: 1) debe tenerse en cuenta *“la especial naturaleza de este tipo de ataques que son de suyo sorpresivos y pocas veces predecibles”*; 2) así mismo, es necesario observar si se desplegaron *“actividades de control y vigilancia permanentes sobre los distintos sectores de la población”*, reconociendo el *“alto grado de presencia subversiva”* en un área concreta; 3) determinar si los *“ataques llegaban a producirse por efecto mismo de la naturaleza y dimensión del conflicto armado”*; 4) afirmar que *“es al Estado a quien corresponde la búsqueda de soluciones que conlleven a la terminación de la guerra, de ahí que debe convenirse en que se aparta de los más elementales criterios de justicia y equidad que al producirse estos ataques subversivos, el Estado no acuda a socorrer a sus víctimas”*; 5) considerar que no pueda atribuirse el daño antijurídico a alguna falla en el servicio, ya que se *“actuó dentro del marco de sus posibilidades”*; 6) que tampoco se pueda *“reprochar la conducta”* de los actores como miembros de la población civil; y, 7) que se trate de un ataque *“dirigido contra el Estado, cuyo radio de acción no se limitó a objetivos estrictamente militares, sino que comprendió también a la población civil”*.

Luego, con base en los anteriores criterios, el juez puede indagar si para un caso en concreto, siguiendo la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera, el daño antijurídico es atribuible (fáctica y jurídicamente) al Estado al demostrarse la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas, por tanto a encajar la imputación en el criterio de imputación del daño especial¹⁰⁷, y fundamentarse en *“el deber de acompañamiento a las víctimas del conflicto”*¹⁰⁸, concretada en la muerte o lesiones de miembros de la población civil, o en la pérdida, destrucción o deterioro de los bienes civiles.

En el caso concreto, la Sala considera que se encuentra configurada la teoría del daño especial, en atención a que se trató de un ataque sorpresivo; sí se desplegaron las actividades de control y vigilancia correspondientes; se trata de un ataque propio del conflicto armado que vive el país, dentro del cual le corresponde al Estado la búsqueda de soluciones que conlleven la finalización de tal conflicto; los hechos no pudieron

¹⁰⁷ “(...) En conclusión, la Sección considera que en este caso resulta aplicable la teoría del daño especial, habida cuenta que el daño, pese a que se causó por un tercero, lo cierto es que ocurrió dentro de la ya larga confrontación que el Estado ha venido sosteniendo con grupos subversivos, óptica bajo la cual, no resulta constitucionalmente aceptable que el Estado deje abandonadas a las víctimas y, que explica que la imputación de responsabilidad no obedezca a la existencia de conducta alguna que configure falla en el servicio, sino que se concreta como una forma de materializar los postulados que precisamente justifican esa lucha contra la subversión y representan y hacen visible y palpable, la legitimidad del Estado”. Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492. Pon. Hernán Andrade Rincón.

¹⁰⁸ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

atribuirse a una falla del servicio; no se probó ninguna circunstancia que fuera reprochable o atribuible a los miembros de la población civil afectada y se trató de un ataque indiscriminado contra la población civil y las Fuerzas Policiales, prueba de lo cual es el hecho de que los insurgentes hayan hurtado bienes, no sólo de los policiales, sino también de los civiles.

Adicionalmente debe advertirse que la teoría del daño especial tiene cabida en atención a los criterios de solidaridad y equidad que rigen la función del Estado y de las autoridades públicas, en atención a lo cual se encuentra fáctica y jurídicamente imputable la muerte de José Ricaurte Herrera a la entidad demandada.

Finalmente, por cuanto se trata de la imputación de responsabilidad en tratándose de daños causados por las acciones de grupos armados insurgentes – HECHO DEL TERCERO, se destaca que la concepción del hecho del tercero debe superar como hipótesis la necesidad de determinar un vínculo material u orgánico para que pueda atribuirse la responsabilidad, ya que lo sustancial es el rol que juega la administración pública, su *“posición de garante de vigilancia”*, de la que derivan todos los deberes del actor llamado a ofrecer la protección debida y corresponderse con los deberes positivos que implican actuar frente a situaciones que amenacen o puedan desencadenar un daño como consecuencia de las acciones de terceros, porque es el Estado el llamado a ejercer una intervención mucho más profunda ante fenómenos de violencia, o de insurgencia que tiene plenamente definidos.

Debe tenerse en cuenta, también, que el *“Estado será responsable de los actos de particulares si los órganos del Estado hubieran podido actuar para prevenir o reprimir el comportamiento de éstos, o si existiese una relación de hecho específica entre la persona o entidad que observó el comportamiento y el Estado”*¹⁰⁹.

El hecho del tercero no es una causal que permita al juez crear una regla general como máxima, sino que, por el contrario, lo invita a analizar, teniendo en cuenta las especiales condiciones del Estado colombiano, cuándo, en qué medida, y bajo qué proporcionalidad el Estado estaría llamado a responder, o con otras palabras, le sería atribuible (fáctica y jurídicamente) un daño antijurídico producido por un tercero, sin acudir a verificar los vínculos o relaciones de éste con la administración pública, sino a

¹⁰⁹ RODRIGUEZ H, Gabriela. “Normas de responsabilidad internacional de los Estados”, en MARTIN, Claudia; RODRIGUEZ-PINZON, Diego; GUEVARA B., José A. (Comp) Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 1ª ed. México, Fontamara; Universidad Iberoamericana, 2004, pp.56.

partir de la exigencia máxima de la tutela de la víctima como premisa de la responsabilidad extracontractual del Estado en la visión moderna y humanista.

Sin duda, el tratamiento que se pueda dar la hecho del tercero en la visión propia a los tiempos que corren, no permite que sigamos anclados en el modelo clásico causalista, y nos centremos en la vocación que el instituto de la responsabilidad debe atender: herramienta complementaria para tutela de los derechos de los administrados, especialmente de los derechos humanos; factor de convivencia y del logro de la paz, e; instrumento que permita la aplicación de una justicia redistributiva donde sea el principio de solidaridad el que opere, no la visión individualista propia a los orígenes del mismo instituto.

El hecho del tercero debe convertirse en una excepción a la regla general de la primacía de la víctima en la determinación de la responsabilidad extracontractual del Estado, como criterio garantístico, finalístico y principal para dotar al Estado de una herramienta con vocación preventiva, no simplemente como verificación de hechos que sistemáticamente se producen y no tienen eco en la actividad del Estado para procurar tratarlos, superarlos y, así alcanzar la reconciliación nacional.

En síntesis, la Sala considera que en el caso de autos el hecho del tercero no tiene la entidad para exonerar de responsabilidad a la administración en tanto que se está en presencia de un criterio de imputación cuyo fundamento se haya en la posición de garante, la solidaridad y la equidad frente a la población civil afectada por el conflicto armado interno.

3. Perjuicios

En el caso de autos la parte demandantes solicitó a título de perjuicios el reconocimiento de 1000 salarios mínimos legales vigentes para cada uno de ellos, por concepto de perjuicios morales, y la suma de \$300.000.000.00 por concepto de lucro cesante a favor de Esperanza Rodríguez Ortiz, en su calidad de cónyuge de la víctima.

3.1 Perjuicios Morales

La Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, mediante sentencias de 28 de agosto de 2014¹¹⁰, sintetizó el concepto de daño moral en aquel que se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.

Ahora bien, para la reparación del daño moral en caso de muerte, también la Sala Plena de la Sección Tercera ha diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas, a saber los siguientes:

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales, o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables), dentro de los cuales se encuentran las relaciones de crianza. A este nivel corresponde el tope indemnizatorio (100 smlmv).

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos), dentro de los cuales se encuentran las relaciones de crianza. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio.

¹¹⁰ Consejo de Estado sentencia de 28 de agosto de 2014, No. 26.251, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; No. 27.709 M.P. Carlos Alberto Zambrano.

Para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva. Para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.

Ahora bien, en el caso concreto la Sala encuentra acreditado que los demandantes se ubican en los niveles 1 y 2 de cercanía afectiva, según se observa en el siguiente material probatorio:

- Copia auténtica del registro civil de matrimonio, en el que consta que el día 23 de junio de 1984, en el municipio de Buga-Valle, contrajeron matrimonio José Ricaurte Herrera y Esperanza Rodríguez¹¹¹.

- Copia auténtica del registro civil de nacimiento, en el que consta que el día 20 de agosto de 1982, en el municipio de Buga- Valle, nació Esperanza Herrera Rodríguez, hija de José Ricaurte Herrera (víctima) y Esperanza Rodríguez Ortiz¹¹².

- Copia auténtica del registro civil de nacimiento, en el que consta que el día 26 de enero de 1985, en el municipio de Buga- Valle, nació James Herrera Rodríguez, hijo de José Ricaurte Herrera (víctima) y Esperanza Rodríguez Ortiz¹¹³.

- Certificado proferido por el Notario Segundo de Buga- Valle en el que consta que el 29 de agosto de 2001 nació Kerlin Santiago Salazar Herrera (nieta), hijo de Fernando Salazar Arbeláez y Esperanza Herrera Rodríguez¹¹⁴.

- Certificado proferido por el Notario Segundo de Buga- Valle en el que consta que el 27 de mayo de 1998 nació Diana Carolina Salazar Herrera, hija de Fernando Salazar Arbeláez y Esperanza Herrera Rodríguez¹¹⁵.

Adicionalmente, y aunque en los niveles 1 y 2 el precedente jurisprudencial sólo exige la prueba del estado civil de los demandantes respecto de la víctima, la Sala encuentra acredita la congoja y sufrimiento propios del perjuicio moral, con los siguientes medios testimoniales:

¹¹¹ Fls.5 C.1

¹¹² Fls.8 C.1

¹¹³ Fls.9 C.1

¹¹⁴ Fls.11 C.1

¹¹⁵ Fls.12 C.1

- Testimonio rendido por Paola Andrea Cardona Muñoz el 28 de noviembre de 2005 ante el Tribunal Administrativo del Tolima, en el que manifestó haber conocido al señor José Ricaurte Herrera desde hace unos 7 años y en cuanto a los perjuicios morales adujo¹¹⁶:

“(...) Él no vivía bajo el mismo techo con su esposa y sus hijos pero él estaba muy pendiente de ellos, la razón era porque a él lo trasladaban mucho y ella no podía estar al lado de él. Ellos no estaban separados eso era sólo por el trabajo de él. La relación de José Ricaurte Herrera Dueñas para con su familia y sus nietos era bien, eran muy unidos y él estaba pendiente de ellos, él era amoroso con ellos, yo frecuento la casa de ellos, (...) ellos sufrieron mucho con el fallecimiento de él, tuvieron mucha tristeza, (...) Ellos eran muy unidos y él mantenía muy pendiente de ellos (...)”.

- Testimonio rendido por María Eugenia Miranda el 28 de noviembre de 2005 ante el Tribunal Administrativo del Tolima, en el que manifestó haber conocido al señor José Ricaurte Herrera desde hace 25 años porque eran vecinos y en cuanto a los perjuicios morales adujo¹¹⁷:

“(...) ellos convivían (sic) bajo el mismo techo con su esposa, hijos y nietos, así él había sido trasladado, él seguía viviendo con ellos, (...) la relación afectiva de José Ricaurte Herrera con su familia era bien como en todo matrimonio, o sea una relación que nunca faltaba un pequeño problema pero todo era bien, yo soy muy de la casa de ella, como amiga hemos tenido una amistad desde muy jóvenes, el fallecimiento de José Ricaurte Herrera causó trauma en la familia porque a Esperanza cuando le dieron la noticia ellos dependían de él y el cariño de él para sus nietos y sus hijos y Esperanza se puso muy mal con la muerte de él. (...) la familia siempre han sido muy unidos, (...) El comportamiento de él para con ellos era muy cariñoso, amoroso, pero como en toda pareja hay algún percance pequeño pero siempre lo solucionaban, nunca con intento para la separación y de ellos para con él era muy buena, la respetaban bien lo mismo que los nietos lo respetaban mucho (sic). El fallecimiento de éste causó mucha tristeza, yo a ellos los vi muy tristes y se afligieron mucho, lloraban, decían del buen trato de él para con su esposa y para con ellos sus hijos y de estos para con él y el amor, el cariño y respeto que Esperanza le tenía a él y de este para con ella y el cariño de los nietos también para con él y de este para los nietos (...)”.

- Testimonio rendido por Alix Ruiz de Mejía el 28 de noviembre de 2005 ante el Tribunal Administrativo del Tolima, en el que manifestó haber conocido al señor José Ricaurte Herrera Dueñas hace 3 años y en cuanto a los perjuicios morales adujo¹¹⁸:

“(...) él era muy amoroso con sus hijos y con sus nietos y cuando nacieron los niños, él vino y le traía detalles, cuando nació el segundo niño, Santiago, el fallecimiento de este causó trauma, James y Esperanza se enfermaron terriblemente y ella Esperanza, también se enfermó, porque ellos lo querían mucho, él era muy cariñoso con ellos, esto lo digo, porque uno veía la forma especial de él para con ellos (sic) (...)”.

Así las cosas la Sala reconoce a título de perjuicio moral los siguientes valores indemnizatorios:

¹¹⁶ Fls.63-64 C.2

¹¹⁷ Fls.64 C.2

¹¹⁸ Fls.64 (reverso)-65 C.2

	Nivel	Demandante	Monto Indemnizatorio
3.2	No. 1	Esperanza Rodríguez (cónyuge)	100 SMLMV
	No. 1	James Herrera Rodríguez (hijo)	100 SMLMV
	No. 1	Esperanza Herrera Rodríguez (hija)	100 SMLMV
	No. 2	Diana Carolina Salazar Herrera (nieta)	50 SMLMV
	No. 2	Kerlin Santiago Salazar (nieto)	50 SMLMV

Perjuicio Material a título de lucro cesante

Entiéndase por lucro cesante, la ganancia o provecho que dejó de reportarse a consecuencia de la concreción del daño antijurídico. Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha sostenido que el lucro cesante, puede presentar las variantes de consolidado y futuro, y este ha sido definido como *“el reflejo futuro de un acto ilícito sobre el patrimonio de la víctima, que justamente por ser un daño futuro exige mayor cuidado en caracterización o cuantificación”*¹¹⁹

Ahora bien, sobre el lucro cesante futuro, debe aclararse que él no puede construirse sobre conceptos hipotéticos, pretensiones fantasiosas o especulativas que se fundan en posibilidades inciertas de ganancias ficticias sino que, por el contrario, debe existir una cierta probabilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso en concreto,¹²⁰ de manera que el mecanismo para cuantificar el lucro cesante consiste en un cálculo sobre lo que hubiera ocurrido de no existir el evento dañoso¹²¹.

En el caso de autos, como antes se dijo, la petición de lucro cesante se efectuó a favor de Esperanza Rodríguez Ortiz, en su calidad de cónyuge de la víctima, por la suma de \$300.000.000.oo.

Con relación a la pretensión así planteada, la Sala encuentra que la dependencia económica de Esperanza Rodríguez Ortiz respecto de su cónyuge, se encuentra acreditada con el siguiente material probatorio:

¹¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio, Programa de responsabilidad civil, 6ª edic., Malheiros editores, Sao Paulo, 2005, pág. 97.

¹²⁰ TRIGO REPRESAS, Felix A., LOPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil – Cuantificación del daño, Edic. FEDYE, edición 2008, pág. 82, con fundamento en la Decisión del Tribunal supremo de España, Sala 1ª, 30/11/93.

¹²¹ Obra ibídem, pág. 83.

- Testimonio rendido por Paola Andrea Cardona Muñoz el 28 de noviembre de 2005 ante el Tribunal Administrativo del Tolima, quien manifestó haber conocido al señor José Ricaurte Herrera desde hace unos 7 años y en cuanto al lucro cesante adujo¹²²:

“(...) Él no vivía bajo el mismo techo con su esposa y sus hijos pero él estaba muy pendiente de ellos, la razón era porque a él lo trasladaban mucho y ella no podía estar al lado de él. Ellos no estaban separados eso era sólo por el trabajo de él. (...) por el sustento de ellos él velaba por ellos porque él les mandaba, eso lo sé porque el hijo de él y la esposa Esperanza Rodríguez me lo comentaban, (...) ellos dependían del señor José Ricaurte Herrera, como este señor era el que les aportaba todo, ellos sufrieron mucho con el fallecimiento de él, tuvieron mucha tristeza, la señora Esperanza Rodríguez Ortiz, ella se rebusca la plata como sea, ella hace oficio, cosas así, cuando el señor vivía ella no trabajaba, ahora vela por ellos es Esperanza Rodríguez, ya que a ella es la que le toca trabajar, (...)”.

- Testimonio rendido por María Eugenia Miranda el 28 de noviembre de 2005 ante el Tribunal Administrativo del Tolima, quien manifestó haber conocido al señor José Ricaurte Herrera desde hace 25 años porque eran vecinos y en cuanto al lucro cesante adujo¹²³:

“(...) ellos convivían (sic) bajo el mismo techo con su esposa, hijos y nietos, así él había sido trasladado, él seguía viviendo con ellos, él velaba por ellos y sus nietos o sea también por su esposa e hijos, Esperanza Rodríguez Ortiz no trabajaba, en este momento tampoco, ella es ama de casa y está pendiente de la mamá, las hermanas la ayudan por la salud de la mamá que está enferma, ella antes de enfermarse la mamá trabajaba esporádicamente en un almacén por temporadas, (...) cuando José Ricaurte vivía con ellos no trabajaban, (...) Esperanza cuando le dieron la noticia ellos dependían de él (...) Esperanza vive con el hijo pero la hija vive aparte pero ella le ayuda a cuidar a los niños. (...)”

- Testimonio rendido por Alix Ruiz de Mejía el 28 de noviembre de 2005 ante el Tribunal Administrativo del Tolima, en el que manifestó haber conocido al señor José Ricaurte Herrera Dueñas hace 3 años y en cuanto al lucro cesante adujo¹²⁴:

“(...) cuando José Ricaurte vivía Esperanza no trabajaba, él les daba de todo ella no tenía necesidad de trabajar, James estudiaba en el ITA y Esperanza, cuando lo mataron a él la niña ya se había casado, en la actualidad Esperanza no tiene trabajo fijo, (...) entonces él venía muy seguido y cuando venía le mandaba plata, ella me decía que la acompañara a reclamar la plata que le mandaba José, los hijos no pasaban necesidades porque él era muy pendiente de ellos, él era muy amoroso con sus hijos y con sus nietos (...), actualmente el sustento es que ella trabaja y la hija también ayuda, en estos momentos no tienen la comodidad que tenían antes ya todo no es igual (...)”.

¹²² Fls.63-64 C.2

¹²³ Fls.64 C.2

¹²⁴ Fls.64 (reverso)-65 C.2

Visto el material testimonial que antecede, la Sala encuentra acreditado que Esperanza Rodríguez tenía en relación con la víctima y una suerte de dependencia económica de la que derivaba su sustento y el de su familia.

Pese a lo anterior, la Sala no quiere pasar por alto que según la copia de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 29 de julio de 2004, obrante dentro del plenario¹²⁵, en la cual se debatieron los mismos hechos que aquí se discuten, dicho Tribunal encontró acreditado que las allí demandantes, esto es, Rosa Esmeralda Monroy Poloche y su hija menor de edad Lizeth Esmeralda Herrera Monroy, actuaban en calidad de compañera permanente - *“estable por cuanto convivían en unión libre desde hace 10 años”* e hija (respectivamente) de José Ricaurte Herrera, en razón a lo cual les reconoció el pago de la suma de 100 SMLMV, para cada una, por concepto de perjuicio moral.

Sin embargo, no ocurrió así frente al reconocimiento de los perjuicios materiales a título de lucro cesante, pues al respecto se dijo:

“En cuanto a los perjuicios materiales, estima la Sala no habrá lugar a dicha condena por cuanto en el expediente no existe prueba de la actividad económica del occiso, de cómo era la manutención en su hogar”

Situación ésta, bien distinta de la que en el *sub judice* se vislumbra, en primer lugar, porque como antes se vio los testigos son unísonos en afirmar que José Ricaurte Herrera aportaba para el sustento de Esperanza Rodríguez (cónyuge) y del núcleo familiar con ella conformado, en razón a lo cual hay lugar al reconocimiento de los perjuicios materiales aquí reconocidos.

Del mismo modo, en el plenario se encuentra acreditado que José Ricaurte Herrera recibía una pensión de \$934.874.19¹²⁶, como consta en la copia del oficio proferido por el Centro de Atención al Retirado de la Policía Nacional – Sección Nomina¹²⁷, ingreso sobre el cual la Sala efectuará la liquidación del lucro cesante, previa actualización.

No obstante, para la liquidación del lucro cesante la Sala tendrá en cuenta que José Ricaurte Herrera, tenía conformado un vínculo familiar adicional a aquel establecido con los aquí demandantes, esto es, con Esperanza Rodríguez y los hijos que hubieron en razón de su matrimonio, situación ésta que obliga a pensar en una distribución

¹²⁵ Fls.91-117 C.P

¹²⁶ Al aplicar la fórmula de actualización (IPC FINAL (120.28/69.64), éste valor histórico arroja un valor actualizado de 1.624.013,10, el cual es mayor al valor del salario mínimo establecido para el año 2015.

¹²⁷ Fls.10 C.1

especial de los ingresos de la víctima, frente a lo cual la Sala considera, en aplicación de la línea jurisprudencial, de disminuir el ingreso de la víctima en un 25% (\$934.874.19 – 25%) correspondiente a lo que aquél dedicaba para su propia subsistencia, y el 75% restante (\$701.155,64) lo dividirá en 2 partes iguales (\$350.577,82) correspondientes a lo que la víctima destinaba para la manutención de cada uno de los hogares antes mencionados, en razón a lo cual, el reconocimiento del lucro cesante a favor de Esperanza Rodríguez se efectuará teniendo como base de liquidación la suma de \$350.577,82.

Lo anterior, en consideración a que la responsabilidad civil no puede tenerse como un mecanismo de enriquecimiento o empobrecimiento de los perjudicados, sino que la indemnización debe corresponderse con la medida del daño a reparar, en este evento, con la medida del lucro que cesó en razón de la muerte, lucro que provenía de la mesada pensional recibida por José Ricaurte Herrera, pues así se corresponde, en la mayor medida posible con la realidad fáctica demostrada en el plenario.

Así las cosas, la Sala liquidará el lucro cesante correspondiente a Esperanza Rodríguez Ortiz sobre la suma de \$350.577,82, cuantía que será actualizada con aplicación de las fórmulas reconocidas por la jurisprudencia, así:

$$Ra = Rh \times \frac{\text{IPC FINAL (febrero de 2015)}}{\text{IPC INICIAL (julio de 2002)}}$$

$$Ra = \$350.577,82 \times \frac{120,28}{69,24}$$

$$Ra = \$609.004,91$$

Ahora bien, de acuerdo con la línea jurisprudencia de la Sala de Sección, el lucro cesante se debe reconocer hasta la edad de vida probable del mayor de los cónyuges, en razón de lo cual obra el siguiente material probatorio:

- Copia auténtica del registro civil de nacimiento, en el que consta que el día 25 de febrero de 1995, en el municipio de Ibagué- Tolima, nació José Ricaurte Herrera (víctima), hijo de José Vicente Herrera y Adela Dueñas¹²⁸.

¹²⁸ Fls.6 C.1

- Copia auténtica del registro civil de nacimiento, en el que consta que el día 5 de diciembre de 1964, en el municipio de Buga- Valle, nació Esperanza Rodríguez (cónyuge), hija de José Rodríguez y Alicia Ortiz¹²⁹.

De manera que Esperanza Rodríguez Ortiz era mayor que su cónyuge José Ricaurte Herrera, y para la fecha de los hechos contaba con la edad de 37 años, lo que en aplicación de las tablas de mortalidad de rentistas establecidas por la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera) mediante Resolución 497 de 1997, arroja una esperanza de vida de 41.10 años más, que constituyen el periodo indemnizable.

Entonces, la Sala reconocerá a Esperanza Rodríguez Ortiz en lucro cesante en la modalidad de consolidado y futuro, así:

3.2.1 Lucro Cesante Consolidado

El lucro cesante consolidado corresponde al periodo indemnizable comprendido entre la fecha de los hechos y la fecha de esta sentencia, es decir, entre el 4 de julio de 2002 y el 9 de abril de 2015, para un total de 153,016 meses a indemnizar, sobre un ingreso base de liquidación de \$609.004,91 y con aplicación de la siguiente fórmula:

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

S = suma a calcular

Ra = renta actualizada, \$609.004,91

n = número de meses del período indemnizable, 153,016 meses

i = tasa de interés constante 0,004867

(que corresponde a la tasa mensual del interés puro o legal para fórmulas compuesta, que se obtiene así: $(1 + i)^{1/12} - 1$, donde i es la tasa anual de interés legal (6% o 0,06).

Entonces,

$$S = \frac{\$609.004,91 (1 + 0.004867)^{153,016} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$137.901.348,17$$

¹²⁹ Fls.7 C.1

En consecuencia, el valor reconocido a Esperanza Rodríguez Ortiz, por concepto de lucro cesante consolidado asciende a la suma de \$137.901.348,17

3.2.2 Lucro Cesante Futuro

El lucro cesante futuro corresponde al periodo indemnizable, esto es, 41.10 años (493,2 meses), menos el periodo consolidado, lo que arroja un total de 340,18 meses a indemnizar, sobre un ingreso base de liquidación de \$541.337,70 y con aplicación de la siguiente fórmula:

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

S = suma calculada

Ra = renta actualizada, \$609.004,91

n= número de meses del período indemnizable, 340,18 meses

i = tasa de interés constante, 0,004867

$$S = \$609.004,91 \frac{(1 + 0.004867)^{340,18} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{340,18}}$$

$$S = \$101.137.709,92$$

En consecuencia, el valor reconocido a Esperanza Rodríguez Ortiz, por concepto de lucro cesante futuro asciende a la suma de \$101.137.709,92.

4. Costas

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

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

RESUELVE

REVOCAR la sentencia del 8 de mayo de 2006¹³⁰, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, por los motivos expuestos en esta providencia. Y en su lugar dispone:

PRIMERO: DECLARESE administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional de los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes como consecuencia de la muerte de José Ricaurte Herrera Dueñas, ocurrida el 4 de julio de 2002, dentro del enfrentamiento suscitado entre miembros de la entidad demandada y miembros de grupos armados al margen de la ley.

SEGUNDO: CONDENESE a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, a pagar a los demandantes por concepto de perjuicios morales las siguientes sumas:

Nivel	Demandante	Monto Indemnizatorio
No. 1	Esperanza Rodríguez (cónyuge)	100 SMLMV
No. 1	James Herrera Rodríguez (hijo)	100 SMLMV
No. 1	Esperanza Herrera Rodríguez (hija)	100 SMLMV
No. 2	Diana Carolina Salazar Herrera (nieta)	50 SMLMV
No. 2	Kerlin Santiago Salazar (nieto)	50 SMLMV

TERCERO: CONDENESE a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, a pagar a Esperanza Rodríguez Ortiz, por concepto de perjuicios materiales a título de lucro cesante, las siguientes sumas:

Concepto	Valor
Lucro Cesante consolidado	\$137.901.348,17
Lucro Cesante futuro	\$101.137.709,92
Total Lucro Cesante	\$239.039.058,09

CUARTO: Sin condena en costas.

¹³⁰ Fls.77-86 C.P

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

SEXTO: NIEGUESE las demás pretensiones de la demanda.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidente de la Subsección

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado ponente