

PRUEBA - Valor probatorio. Valoración probatoria / RECORTES DE PRENSA O PERIODICOS - Valor probatorio. Valoración probatoria / RECORTES DE PRENSA O PERIODICOS - Prueba documental / RECORTES DE PRENSA O PERIODICOS - Pueden constituirse en un indicio contingente

La Sala observa que la parte actora allegó entre otras pruebas, varios recortes de prensa en copia simple y de los cuales es necesario pronunciarse respecto al valor probatorio que podía o no tener tales informaciones, ya que el precedente de la Sala se orienta a no reconocer dicho valor. (...) Y si bien no puede considerarse a la información de prensa con la entidad de la prueba testimonial, sino con el valor que puede tener la prueba documental, no puede reputarse su inconducencia, o su inutilidad, (...) la información de prensa puede constituirse en un indicio contingente. En ese sentido, se ha pronunciado la Sala manifestando, "(...) En otras providencias ha señalado que la información periodística solo en el evento de que existan otras pruebas puede tomarse como un indicio simplemente contingente y no necesario (...)" Sin duda, es necesario dilucidar qué valor probatorio le otorga la Sala a la información de prensa allegada al proceso, ya que el principal problema para su valoración es la necesidad de cuestionar la verosimilitud que pueda ofrecer de la ocurrencia de los hechos. Más aún, es necesario considerar racionalmente su valor probatorio como prueba de una realidad de la que el juez no puede ausentarse, ni puede obviar en atención a reglas procesales excesivamente rígidas. De acuerdo con los anteriores argumentos, la Sala tendrá en cuenta la información consignada en los recortes de prensa y allegada al proceso, en calidad de indicio contingente para que obre dentro de la valoración racional, ponderada y conjunta del acervo probatorio.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la valoración de los recortes de prensa, ver sentencias de: 27 de junio de 1996, exp. 9255; 18 de septiembre de 1997, exp. 10230; 10 de noviembre de 2000, exp. 18298; 16 de enero de 2001, exp. ACU-1753; 1 de marzo de 2006, exp. 16587; 15 de junio de 2000, exp.: 13338; de 25 de enero de 2001, exp. 11413; de 10 de noviembre de 2000, exp. 18298; 19 de agosto de 2009, exp. 16363. Sobre indicio contingente sentencia de 30 de mayo de 2002, exp. 1251-00.

PRUEBA - Valor probatorio. Valoración probatoria / PRUEBA TRASLADADA - Valor probatorio. Valoración probatoria / PROCESO PENAL - Pruebas practicadas / PRUEBAS PRACTICADAS EN EL PROCESO PENAL - Traslado y valoración / DECLARACIONES EXTRAPROCESO - Valor probatorio. Valoración probatoria / DECLARACIONES EXTRAPROCESO - No pueden ser valorados por no cumplir con los requisitos de ley

En lo que se refiere a la prueba trasladada, debe reiterarse lo expuesto por la Sala en el sentido de que aquellos medios que no cumplan con los requisitos previstos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, es decir, que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con su audiencia, o que en su defecto no hubieren sido solicitadas en el proceso contencioso administrativo por la parte contra quien se aducen, no podrán ser valoradas en éste. También ha establecido la Sala que en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas rendidas dentro de otro proceso hubiere sido solicitado por ambas partes, dichas pruebas pueden ser tenidas en cuenta en el proceso contencioso administrativo sin limitaciones, aun cuando hayan sido practicadas sin citación o intervención de alguna de ellas en el proceso original y no hayan sido ratificadas en el contencioso administrativo, considerando que, en tales casos, resulta contrario a la lealtad procesal que las partes soliciten que la prueba haga parte del acervo probatorio, pero que en el evento de resultar

desfavorable a sus intereses invoquen las formalidades legales para su inadmisión.” (...) La Sala advierte que no tendrá en cuenta las declaraciones extra proceso efectuadas ante notaría de las señoras Maribel Barroso Suárez y Olga Barroso Jiménez y allegadas con la demanda, puesto que las mismas se surtieron sin el lleno de los requisitos establecidos por artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, en la redacción del Decreto 2282 de 1989.”

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 185 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 298 / DECRETO 2282 DE 1989

OBLIGACION Y FINES DEL ESTADO - Constitución Política de 1991 / POLITICA CRIMINAL - Control social de carácter formal. Cumplimiento de la pena impuesta que debe ser justa y respetuosa de la legalidad existente / AXIOMA DE EFECTIVIDAD - Facticidad. Cumplimiento / AXIOMA DE NORMATIVIDAD - Validez del derecho. Cumplimiento / ESTADO - Función de seguridad. Puntos de vista

El Estado dentro de las obligaciones y fines que la Carta Política le impone, se encuentra aquella consagrada en el artículo 2, esto es, la protección de todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, debiendo asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, para lo cual cuenta con la pena como instrumento que dentro del ius puniendi permite la efectiva protección de los derechos constitucionales y humanos de todos los ciudadanos.(...) Dentro de la política criminal de nuestro ordenamiento jurídico, el Estado está obligado a ejercer un control social de carácter formal y a hacer cumplir la pena impuesta a quien ha cometido un delito, teniendo en cuenta que “(...) la pena no solamente tiene que ser justa sino que debe ser respetuosa de la legalidad existente; se debe soportar en los axiomas de efectividad («facticidad») y normatividad («validez») del derecho, de donde su legitimidad dependerá del respeto a los límites que disponga el orden jurídico en tanto expresión de una razonable determinación y concreción de los derechos fundamentales , que en el proceso penal se predicán con igual énfasis tanto a favor del procesado como de las víctimas y la sociedad (...)” . Sin duda, el Estado al controlar el cumplimiento de la pena, desempeña a su vez el ejercicio de la función de seguridad desde dos puntos de vista: i) respecto de la persona privada de la libertad, por cuanto le asiste la sujeción especial del recluso con respecto al Estado (...) ii) por otra parte, está en cabeza del Estado la obligación de seguridad, la que se irradia hacia la sociedad como garantía de eficacia de la pena como elemento de protección de los derechos de los administrados y de sacrificio socialmente útil.

INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - Obligaciones / INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - Muerte de periodista ocasionada por recluso que se fugó / INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - Incumplimiento de obligaciones legales / ESTADO - Posición de garante / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Falla del servicio / FALLA DEL SERVICIO - Incumplimiento de obligaciones. Incumplimiento de mandatos legales / FALLA DEL SERVICIO - Configuración

Se encuentran consagradas en la ley 65 de 19 de agosto de 1993 (...) Artículo 54. Reclusión en un establecimiento penitenciario y carcelario (...) Artículo 56. Registro (...) Artículo 70. Libertad.(...) Examinada la base normativa, el juicio de imputación debe orientarse hacia la atribución de la responsabilidad por falla del

servicio consistente en el incumplimiento de los deberes normativos (siendo el sustento la imputación normativa) a los que estaba llamado el INPEC, y los funcionarios que intervinieron en permitir la libertad del señor Prado Bayona, ya que con base en el acervo probatorio se puede determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar (...) la entidad demandada incumplió expresos y preceptivos mandatos normativos, de manera inexcusable, flagrante y grosera al haber concedido la libertad al señor Prado Bayona cuando éste estaba condenado con anterioridad a la boleta de libertad impartida por el Juzgado 1 Penal del Circuito de Santa Marta (16 de noviembre de 1995), por el Juzgado 8 Penal del Circuito de Santa Marta (30 de octubre de 1995), incumpliendo así los deberes constitucionales y legales antes referidos que debieron observar los funcionarios del INPEC, como es verificar la hoja de vida, esto es, los antecedentes penales o judiciales del sindicado poniendo en peligro la seguridad de la sociedad en general. Por lo tanto, si bien la producción del daño es causado por un tercero, es la creación o exposición al riesgo lo determinante para imputar al Estado la responsabilidad y, en este caso, se concreta en incumplimiento de los deberes normativos como factor determinante para la producción del daño antijurídico, específicamente en la vida e integridad de la víctima, daño antijurídico que se verifica con lo decidido por el Tribunal del Distrito Judicial de Valledupar en sentencia del 20 de junio de 2002, que revocó la decisión de primera instancia y en su lugar condenó al Libardo Prado Bayona por ser el autor doloso del homicidio agravado de la periodista y delegada de REDEPAZ, Amparo Leonor Jiménez Pallares. La materialización del riesgo en el daño antijurídico causado, conforme a las obligaciones de seguridad y protección en cabeza del Estado, implica que éste, para el caso en concreto, debía asumir una posición de garante (...) En este específico y concreto caso, pese a que el daño antijurídico haya sido causado por un tercero, la atribución jurídica de la responsabilidad al Estado –INPEC- (sin constituirse en una cláusula de aseguramiento universal), consistía y se manifestaba en una “posición de garante institucional”, de la que derivaban deberes jurídicos (normativos y positivos) de protección consistentes en la precaución y prevención del riesgo (social e individualmente concebido) que representaba para la señora Jiménez Pallares la libertad de Prado Bayona, con relación a sus labores como comunicadora social y como miembro de REDEPAZ en una zona del país en donde, como hecho notorio, existían graves problemas de orden público y seguridad para la época de los hechos.

FUENTE FORMAL: LEY 65 DE 1993 - ARTICULO 54 / LEY 65 DE 1993 - ARTICULO 56 / LEY 65 DE 1993 - ARTICULO 70

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - INPEC / INPEC - Muerte de periodista. Muerte de periodista ocasionada por recluso que se fugó / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Estructuras de imputación / ESTADO - Posición de garante / DERECHOS HUMANOS - Violación / FALLA DEL SERVICIO - Configuración

En la doctrina se propone establecer “estructuras de imputación” de la responsabilidad del Estado: “... i) cuando el Estado omite la adopción de medidas razonables para prevenir la violación de los Derechos Humanos; ii) cuando el actor está actuando bajo la dirección, siguiendo instrucciones o con control de un Estado¹³; iii) cuando el actor ejercita elementos de autoridad gubernamental ante la ausencia de autoridades oficiales¹⁴; iv) cuando la conducta del actor es adoptada de manera subsecuente por el Estado¹⁵; v) cuando la conducta del actor es la de un movimiento alzado en armas que tras triunfar militarmente se convierte en el nuevo gobierno de un Estado¹⁶, vi) cuando hay delegación de funciones estatales al actor no estatal, o vii) cuando el Estado crea una situación

objetiva de riesgo y luego no despliega los deberes de salvamento que le son exigibles (pensamiento de la injerencia). De acuerdo con la doctrina y el precedente jurisprudencial interamericano de Derechos Humanos, no puede construirse una cláusula general de responsabilidad en cabeza del Estado cuando se produce todo tipo de violaciones a los derechos humanos en su territorio, por lo tanto, "... tratándose de hechos de terceros que no han actuado en connivencia con la fuerza pública, y, en los cuáles no hay un hecho imputable a un agente estatal, la jurisprudencia internacional estructura la responsabilidad sobre la base de que se reúnan dos elementos: i) que el Estado incumpla con los deberes de diligencia que le son exigibles en la evitación de graves violaciones a los derechos humanos, y ii) que se trate de riesgos inminentes y cognoscibles. Es decir, que en esta estructura el fundamento de la responsabilidad no es objetivo y está basado en la ausencia de una prevención razonable a las graves violaciones a los derechos humanos. Por ende, si se presenta la violación a pesar de que el Estado ha adoptado medidas adecuadas, orientadas a impedir la vulneración, el hecho no le es imputable al Estado". Por lo anterior, es imperativo concluir que la entidad demandada, de acuerdo con los fines establecidos en el artículo 2 de la Carta Política, debía evitar las potenciales amenazas a terceros afectados, máxime cuando se pudo constatar mediante sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, que el homicida efectivamente era el señor Libardo Prado Bayona, decisión fundamentada en las pruebas que obraban en el expediente penal, tales como declaraciones de testigos, inspección judicial al inmueble donde habitaba, las cuentas bancarias, las inspecciones judiciales a los juzgados que verificaron los antecedentes penales del sujeto, entre otras. El actuar de la entidad demanda contribuyó determinadamente al desencadenamiento final de los hechos llevando a generar una exposición del riesgo indebida para la sociedad, y específicamente para la víctima.

LIQUIDACION DE PERJUICIOS - Perjuicio moral / PERJUICIO MORAL - Acreditación de parentesco / ACREDITACION PARENTESCO - Registro civil / PRESUNCION DE DOLOR MORAL - Muerte de periodista ocasionada por recluso que se fugó / PERJUICIO MORAL - Presunción de dolor. Aplicación reglas de la experiencia / DAÑO MORAL - Tasación. Intensidad del daño / TASACION PERJUICIO MORAL - Pauta jurisprudencial. Se fija en salarios mínimos legales mensuales vigentes

Revisadas las pretensiones de la demanda, y tratándose de la muerte de Amparo Leonor Jiménez Pallares, se encuentra acreditado el parentesco con los registros y certificados civiles, lo que lleva a la Sala a tener por demostrado el perjuicio moral en cabeza de los demandantes con ocasión de la muerte de la madre, hija y hermana, lo que aplicando las reglas de la experiencia hace presumir que la muerte en las circunstancias violentas en las que ocurrieron, produjo en los parientes cercanos (que conforman su núcleo familiar) un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad. Ahora bien, la Sala tendrá en cuenta los criterios vertidos en la sentencia de 6 de septiembre de 2001 (Exps. 13.232 y 15.646) fijándose en salarios mínimos legales mensuales vigentes como medida de tasación, con lo que se responda a la reparación integral y equitativa del daño al estimarse en moneda legal colombiana. Si bien, a partir de 2001 la jurisprudencia viene aplicando como criterio de estimación de los perjuicios morales el salario mínimo mensual legal vigente, no deja de seguir siendo un ejercicio discrecional (arbitrio iudicis) del juez de tasar tales perjuicios, sin lograr, aún, la consolidación de elementos objetivos en los que pueda apuntalarse la valoración, estimación y

tasación de los mismos, con lo que se responda a los principios de proporcionalidad y razonabilidad con lo que debe operar el juez y, no simplemente sustentarse en la denominada “cierta discrecionalidad”.

NOTA DE RELATORIA: Para establecer el monto de la indemnización por perjuicios morales se tendrá en cuenta la pauta jurisprudencial que ha venido sosteniendo la Corporación desde la sentencia de 6 de septiembre de 2001, expedientes números 13232 y 15646, Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez, donde se estableció que la tasación de dichos perjuicios se fijará en salario mínimos mensuales legales vigentes por una estimación que responda a la reparación integral y equitativa del daño

PERJUICIOS MORALES - Principio de proporcionalidad. Test de proporcionalidad / TASACION DE PERJUICIOS MORALES - Principio de proporcionalidad. Test de proporcionalidad / TEST DE PROPORCIONALIDAD - Tasación de perjuicios morales. Subprincipio de idoneidad / TEST DE PROPORCIONALIDAD - Tasación de perjuicios morales. Subprincipio de necesidad / TEST DE PROPORCIONALIDAD - Tasación de perjuicios morales. Subprincipio de proporcionalidad stricto sensu

El fundamento, por lo tanto, del test de proporcionalidad no es otro, según los precedentes anteriores, el cual, a su vez, comprende tres sub-principios que son aplicables al mencionado test: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto. En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego. En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes. Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de los criterios propios a la idoneidad, de tal manera que la indemnización se determine atendiendo a la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada). Lo anterior, debe permitir concretar un mayor quantum indemnizatorio cuando se trata del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios que deben obrar en función del principio de idoneidad. Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, y su desdoblamiento, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto. Sala empleará un test de proporcionalidad para la tasación de los perjuicios morales.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el test de proporcionalidad, Corte Constitucional, sentencias C-872 de 2003, C-125 de 2003 y C-858 de 2008.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C (19) diecinueve de octubre de dos mil once (2011).

Radicación número: 68001-23-15-000-1999-00606-01(20861)

Actor: GUSTAVO CUELLO DIAZ Y OTROS

Demandado: NACION - INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, Norte de Santander y Cesar - Sala de descongestión el 30 de enero de 2001, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda y pretensiones

GUSTAVO JOSÉ CUELLO DÍAZ, actuando en representación de su hijo menor GUSTAVO JOSÉ CUELLO JIMÉNEZ, ISOLINA PALLARES DE MOLINA (madre), JESÚS ALFONSO, CARLOS ALBERTO e INGRID DALILA JIMÉNEZ PALLARES (hermanos), mayores de edad y mediante apoderado, presentaron demanda el 8 de julio de 1999 (Fls. 154 a 184 C.1) contra la NACIÓN - INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO "INPEC", por la muerte de la señora AMPARO LEONOR JIMÉNEZ PALLARES en hechos ocurridos el 11 de agosto de 1998 en el Barrio Cerrito en la ciudad de Valledupar - Cesar. Solicitaron las siguientes declaraciones y condenas:

*"(...) PRIMERA: Que se declare a la Nación - **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO "I.N.P.E.C."**, responsable de la*

totalidad de los daños y perjuicios ocasionados a mis poderdantes, como consecuencia de la muerte violenta de la señora **AMPARO JIMENEZ PALLARES**, a manos de **LIBARDO PRADO BAYONA**, el día 11 de agosto de 1.998, y quien debía estar recluido en la cárcel "**RODRIGO DE BASTIDAS**", purgando una condena a 20 años y 10 meses de prisión.

SEGUNDO: En consecuencia de tal declaración, condénese a la Nación - **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO "I.N.P.E.C."**, a pagar por concepto de perjuicios morales las siguientes cantidades en concreto:

2.a.1) Al menor **GUSTAVO JOSÉ CUELLO JIMENEZ**, en condición de hijo de la desaparecida periodista, el equivalente a pesos a Mil gramos oro (1.000).

2.a.2) A la madre. **ISOLINA PALLARES DE MOLINA**, el equivalente en pesos a Mil gramos oro (1.000).

2.a.3) A cada uno de los hermanos, **JESÚS, CARLOS E INGRID JIMENEZ PALLARES**, el equivalente en pesos de Mil gramos Oro (1.000).

TERCERO: Condénese a la Nación - **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO "I.N.P.E.C."**, a pagar por concepto de perjuicios materiales en la categoría de lucro cesante, al menor **GUSTAVO JOSÉ CUELLO JIMENEZ**, la suma de (...) **\$335.718.386.oo**.

CUARTO: Condénese a la Nación - **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO "I.N.P.E.C."**, a pagar por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente a la señora, **ISOLINA PALLARES DE MOLINA**, generados por los gastos de crianza del menor **GUSTAVO JOSÉ CUELLO JIMÉNEZ**, desde el momento de la muerte de la señora **AMPARO JIMENEZ PALLARES**, fecha desde la cual tiene al cuidado material del menor, en la suma de (...) **250.000.oo** mensuales y los cuales se prolongaran (sic) hasta que el menor por lo menos cumpla 18 años.

QUINTO: Condénese a la Nación - **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO "I.N.P.E.C."**, a pagar por concepto de daños materiales en la modalidad de daño emergente, la suma de (...) **\$3.000.000,oo** cancelados al Doctor **RICARDO ANTONIO DE LA HOZ FERNÁNDEZ**, por los actores, como parte de sus honorarios profesionales, para que inicie el trámite (sic) del presente juicio de **REPARACIÓN DIRECTA** contra el "**I.N.P.E.C.**".

SEXTO: Conforme al artículo 55 de la Ley 446 de 1.998, condénese a la Nación - **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO "I.N.P.E.C."**, al pago de las costas que se originen en el presente proceso

(...) los daños y perjuicios se actualizarán teniendo en cuenta el incremento del índice de precios al consumidor, y conforme al art. 16 de la ley 446 de 1.998, para la valoración de los mismos se deberá atender a los principios de reparación integral y equidad (...).

SÉPTIMO: Las anteriores sumas se pagaran (sic) conforme a los art. 176 y 177 del C.C.A., sobre ellas correrán intereses comerciales durante los seis

meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia e intereses moratorios después de este (sic) último. (...)

2. Hechos

Los hechos de la demanda se sintetizan de la siguiente manera:

Primero: El 11 de agosto de 1998 a las 6:20 a.m., fue asesinada con arma de fuego la periodista y Delegada Departamental para el programa presidencial para la Reinserción y Coordinadora de REDEPAZ en el Cesar, Amparo Leonor Jiménez Pallares, frente a su residencia ubicada en la urbanización el cerrito de Valledupar, cuando se disponía a bajar del vehículo Chevrolet Sprint y momentos antes había dejado en el Colegio Santa Fe a su hijo menor Gustavo Cuello Jiménez. (Fls. 154 y 155 C.1)

Segundo: Tras intensos operativos entre el comando de la Policía del Cesar y la Fiscalía Novena de la Unidad de Reacción inmediata Seccional Valledupar, fue capturado Libardo Prado Bayona a quien se sindicó como autor material del homicidio. (Fl. 155 C.1)

Tercero: Por este homicidio cursó ante la Unidad Nacional de Derechos Humanos de Bogotá la investigación penal, radicada bajo el número 373 y, bajo órdenes de este despacho se encuentra recluso el señor Prado Bayona en condición de presunto autor material del homicidio de la periodista debido a la resolución de acusación proferida en su contra. (Fl. 155 C.1)

Cuarto: El mencionado homicida en 1995 estaba recluso en la Cárcel "Rodrigo Bastidas" de Santa Marta, sindicado por el homicidio de Yezid Guzman Lezmes, caso que se encontraba radicado en el Juzgado 1 Penal del Circuito de esa ciudad. Igualmente se encontraba sindicado del delito de homicidio por la muerte del señor Esteban Huertas, proceso que se radicó en el extinto Juzgado 8 penal del Circuito de Santa Marta. (Fl. 155 C.1)

Estando recluso en el centro carcelario, el Juzgado 8 Penal lo condenó por el homicidio de Huertas Vargas a la pena de prisión de 20 años y 10 meses, decisión que fue notificada a las autoridades carcelarias y al reo el 1 de noviembre de 1995. (Fl. 155 C.1)

Sin embargo, el 16 de noviembre del mismo año el Juzgado 1 Penal del Circuito absolvió al señor Prado Bayona del homicidio de Yesid Guzmán Lezmes y

mediante boleta No. 006 se concedió la libertad a éste, omitiéndose por parte de los funcionarios de la cárcel revisar la cartilla biográfica del condenado en el que estaba incluida la pena de prisión de 20 años y 10 meses. (Fl. 156 C.1)

Quinto: Producto de la omisión y negligencia de la conducta de los funcionarios carcelarios, se iniciaron las respectivas indagaciones penales y disciplinarias del caso, todo ello con la finalidad de determinar las causas de la protuberante falla en el servicio. Sin embargo, el 10 de noviembre de 1997 la Procuraduría Departamental del Magdalena ordenó el archivo de las preliminares adelantadas contra los funcionarios de la Cárcel Distrital de Santa Marta. (Fl. 156 C.1)

Se hizo un recuento de las actividades laborales que ejerció la señora Jiménez Pallares, incluyendo el contrato de prestación de servicio No. 121 de 1998 mediante el cual se designó como Delegada Departamental para el Programa de Reinserción en el Cesar y Guajira con una vigencia desde el 15 de mayo de 1998 hasta el 31 de diciembre de la misma anualidad por un valor total de \$17.000.000,00, el cual no alcanzó a ejecutar en su totalidad debido a su inesperada muerte el 11 de agosto de 1998. Así mismo trabajó como reportera del Noticiero EN VIVO 9:30 en lo que iba transcurriendo del año 1998 la señora Amparo Leonor devengaba \$500.000 mensuales. (Fl. 159 C.1)

3. Actuación procesal en primera instancia

Mediante auto del 14 de julio de 1999 el Tribunal admitió la demanda (Fls. 185 y 186 C.1), siendo notificado personalmente al Comandante judicial encargado el 29 de julio de 1999. (Fl. 188 C.1)

Teniendo en cuenta que la entidad demandada no contestó el libelo demandatorio, por auto del 11 de octubre de 1999 el Tribunal abrió el proceso a etapa probatoria (Fls. 192 y 193 C.1).

Vencida la anterior etapa, por auto del 29 de marzo de 2000 se corrió traslado a las partes para presentar los alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera el concepto de rigor (Fl. 220 C.1).

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

4. Sentencia del Tribunal

Con sentencia del 30 de enero de 2001 el Tribunal Administrativo de Santander, Norte de Santander y Cesar - Sala de descongestión negó las pretensiones de la demanda. (Fls. 227 a 238 C. ppal)

Para tomar esta decisión el *a quo* tuvo en consideración lo siguiente:

Hizo el estudio de los elementos de la responsabilidad indicando que respecto a la falla en el servicio, del análisis del acervo probatorio se pudo comprobar que por un error inexcusable se concedió la libertad al señor Libardo Prado Bayona, a pesar de estar notificada y ejecutoriada la sentencia que lo condenó a una pena de 20 años y 10 meses de prisión por la muerte del señor Esteban Huertas Vargas, y quien, a su vez, presuntamente asesinara a la periodista Amparo Jiménez en Valledupar el 11 de agosto de 1998. (Fl. 234 C. ppal)

Por lo tanto, la conducta de la administración es anormalmente deficiente, además porque el centro carcelario tiene la obligación de velar por la seguridad de los reclusos y de proteger los derechos de terceros, ya que la comunidad tiene derecho a que el Estado garantice una eficaz, permanente y cuidadosa guarda de los centros penitenciarios. (Fls. 235 y 236 C. ppal)

Respecto del segundo elemento de la responsabilidad, esto es, un daño causado, efectivamente se encuentra acreditado que la señora Amparo Jiménez perdió la vida por arma de fuego el 11 de agosto de 1998 tal como lo establece tanto la copia del levantamiento del cadáver como del registro de defunción. (Fl. 237 C. ppal)

Por último, respecto a la relación de causalidad entre el hecho y el daño, el Tribunal concluyó que tal elemento no se configuraba, debido a que no fue probado que el señor Libardo Prado Bayona hubiese sido sentenciado por el homicidio de la señora Amparo Leonor Jiménez Pallares, por lo tanto, no se podía culpar a la entidad demandada por el daño sufrido a los actores, además porque éste no fue causado por una actividad de la administración. (Fl. 238 C. ppal)

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

Contra lo así decidido se alzó la parte demandante con escrito del 30 de marzo de 2001. (Fl. 242 C. ppal)

Por auto del 6 de abril de 2001 el Tribunal concedió el recurso de apelación. (Fl. 245 C. ppal)

Por auto del 26 de julio de 2001 esta Corporación dio traslado a la parte actora para que sustentara el recurso. (Fl. 249 C. ppal)

Con escrito del 3 de agosto de 2001 el apoderado de la parte actora sustentó el recurso de alzada solicitando revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar se accediera a las pretensiones de la demanda. (Fls. 250 a 255 C. ppal)

En su escrito consideró que

“(...) El Tribunal motivó la decisión que determinó la negativa a las pretensiones de la demanda, en la circunstancia de que no se encontraba acreditada en los autos la falla del servicio de la entidad demandada, por cuanto no aparecía establecida la relación de causalidad entre el hecho generador de la responsabilidad y el daño, porque según aquel supuesto necesario para establecer fehacientemente dicha relación implicaba el que se hubiera declarado responsable y condenado al señor LIBARDO PRADO BAYONA, por la justicia penal del homicidio de la señora AMPARO JIMÉNEZ PALLARES, circunstancia que no encontró acreditada dentro del proceso (...)” (Fl. 252 C. ppal).

(...) pese a que probatoriamente estaba establecido el hecho causante del daño antijurídico y la relación de causalidad correspondiente, consideró en forma incongruente que ello no bastaba y que se requería algo adicional, como es el fallo de la justicia penal que hubiera condenado al señor LIBARDO PRADO BAYONA por el homicidio de la periodista (...)” (Fl. 253 C. ppal)

Consideró que el Tribunal erró al desestimar la responsabilidad de la administración por las siguientes razones:

Si bien es cierto en el presente caso la acción generadora que produjo el daño no proviene de una agente de la administración, aquél se originó como consecuencia de la conducta omisiva del INPEC, esto es, la conducta de la administración fue determinante para la producción del daño y resulta indiferente si éste fue producido a través de un agente suyo o de un tercero. (Fls. 253 y 254 C. ppal)

La determinación de la responsabilidad penal del señor Libardo Prado Bayona no es un asunto que interese para efectos de establecer la responsabilidad administrativa del Estado porque: i) ambos tipos de responsabilidades se rigen por principios y normas totalmente diferentes, ii) en el proceso administrativo solo se debate la responsabilidad de la administración, sin analizar la responsabilidad del agente causante del daño; iii) el Consejo de Estado ha reiterado en su jurisprudencia que la responsabilidad del Estado es autónoma y no puede estar supeditada a los resultados del proceso penal que se siga contra el autor del

hecho dañino, iv) por último, si en el evento de fallar se requiere la sentencia condenatoria del señor Libardo Prado Bayona, lo procedente no es exonerar al Estado de la responsabilidad, sino que debe suspenderse el proceso hasta cuando se cumpla el proceso penal contra aquél. (Fl. 254 C. ppal)

Por auto del 30 de agosto de 2011 esta Corporación admitió el recurso. (Fl. 258 C. ppal)

Mediante auto del 20 de septiembre de 2001 se dio traslado a las partes para alegar en conclusión y al Ministerio Público para que emitiera el concepto de rigor (Fl. 260 C. ppal). Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

El apoderado de la parte actora mediante escrito 24 de octubre de 2003 allegó copia auténtica de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar Sala Penal con fecha del 22 de junio de 2002, por medio de la cual se declaró a Libardo Prado Bayona autor del homicidio de la periodista Amparo Leonor Jiménez Pallares. Expresó dentro del escrito, que la sentencia antes mencionada fue proferida con posterioridad a la sustentación del recurso de apelación y del traslado para alegar en conclusión. (Fls. 263 a 293 C. ppal)

Mediante auto del 5 de octubre de 2011 esta Subsección, de acuerdo con lo establecido en el artículo 169 del C.C.A., tuvo como prueba de oficio la copia autenticada de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar Sala Penal con fecha del 22 de junio de 2002. (Fls. 300 y 301 C. ppal)

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Corporación es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante¹ en proceso de doble instancia, seguido contra la NACIÓN - INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC-, en el cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

2. Problema jurídico

¹ La pretensión mayor en la demanda corresponde a \$335.718.386 por concepto de lucro cesante. A la fecha de la presentación de la demanda, 8 de julio de 1999, este valor supera el exigido para que el proceso sea de dos instancias (Decreto 597 de 1988).

¿Cabe imputar la responsabilidad a la entidad demandada como consecuencia del daño antijurídico ocasionado a la víctima y a sus familiares, consistente en la muerte violenta de la señora Amparo Leonor Jiménez Pallares, a manos del señor Libardo Prado Bayona, quien para la época de los hechos debía encontrarse recluido en un centro carcelario cumpliendo la sentencia de condena que esta notificada y ejecutoriada?

3. Aspectos procesales previos

a. Recortes de prensa: la Sala observa que la parte actora allegó entre otras pruebas, varios recortes de prensa en copia simple (Fls. 182 a 200 C.1) y de los cuales es necesario pronunciarse respecto al valor probatorio que podía o no tener tales informaciones, ya que el precedente de la Sala se orienta a no reconocer dicho valor. En ese sentido,

“(...) Sin embargo, los reportes periodísticos allegados al expediente carecen por completo de valor probatorio, toda vez que se desconoce su autor y su contenido no ha sido ratificado y, adicionalmente, por tratarse de las informaciones publicadas en diarios no pueden ser consideradas dentro de un proceso como una prueba testimonial, como que adolecen de las ritualidades propias de este medio de prueba; no fueron rendidas ante funcionario judicial, ni bajo la solemnidad del juramento, ni se dio la razón de su dicho (art. 227 CP.C).

Estos recortes de prensa tan sólo constituyen evidencia de la existencia de la información, pero no de la veracidad de su contenido, por lo que no ostentan valor probatorio eficaz merced a que se limitan a dar cuenta de la existencia de la afirmación del tercero, pero las afirmaciones allí expresadas deben ser ratificadas ante el juez, con el cumplimiento de los demás requisitos para que puedan ser apreciadas como prueba testimonial. De modo que el relato de los hechos no resulta probado a través de las publicaciones periodísticas a que se alude en la demanda, habida consideración que no configura medio probatorio alguno de lo debatido en el proceso, pues tan sólo constituyen la versión de quien escribe', que a su vez la recibió de otro desconocido para el proceso² (...)”.

Pese a lo anterior, la Sala en su precedente viene considerando que,

“(...) las informaciones publicadas en diarios no pueden ser considerada dentro de un proceso como una prueba testimonial porque carecen de los requisitos esenciales que identifican este medio probatorio, en particular porque no son suministradas ante un funcionario judicial, no son rendidos bajo la solemnidad del juramento, ni el comunicador da cuenta de la razón de la ciencia de su dicho (art. 228 C P.C), pues por el contrario, éste tiene

² Sentencias de 27 de junio de 1996, expediente: 9255; de 18 de septiembre de 1997, expediente: 10230; de 25 de enero de 2001, expediente: 3122; de 16 de enero de 2001, expediente: ACU-1753; de 1 de marzo de 2006, expediente: 16587.

el derecho a reservarse sus fuentes. Los artículos de prensa pueden ser apreciados como prueba documental y por lo tanto, dan certeza de la existencia de las informaciones, pero no de la veracidad de su contenido. Debe recordarse que el documento declarativo difiere de la prueba testimonial documentada. Por lo tanto, si bien el documento puede contener una declaración de tercero, el contenido del mismo no puede ser apreciado como un testimonio, es decir, la prueba documental en este caso da cuenta de la existencia de la afirmación del tercero, pero las afirmaciones allí expresadas deben ser ratificadas ante el juez, con el cumplimiento de los demás requisitos para que puedan ser apreciadas como prueba testimonial (...)"³.

A lo que se agrega,

"(...) En cuanto a los recortes de prensa, la Sala ha manifestado en anteriores oportunidades, que las informaciones publicadas en diarios no pueden ser consideradas pruebas testimoniales porque carecen de los requisitos esenciales que identifican este medio probatorio -artículo 228 del C.P.C.-, por lo que sólo pueden ser apreciadas como prueba documental de la existencia de la información y no de la veracidad de su contenido (...)"⁴.

Y si bien no puede considerarse a la información de prensa con la entidad de la prueba testimonial, sino con el valor que puede tener la prueba documental, no puede reputarse su inconducencia, o su inutilidad, ya que en su precedente la Sala considera que,

"(...) Le asiste razón al actor en argumentar que los ejemplares del diario 'El Tiempo' y de la revista 'Cambio' no resultan inconducentes, ya que por regla general la ley admite la prueba documental, y no la prohíbe respecto de los hechos que se alegan en este caso. Asunto distinto será la eficacia que el juez reconozca o niegue a dichos impresos. Así, se revocará la denegación de la prueba a que alude el actor respecto de los artículos del Diario y Revista indicados, por encuadrar como pruebas conforme al artículo 251 del Código de Procedimiento Civil y en su lugar se decretará la misma para que sea aportada por el solicitante de ella, dada la celeridad de este proceso (...)"⁵.

Para llegarse a concluir, según el mismo precedente, que la información de prensa puede constituirse en un indicio contingente. En ese sentido, se ha pronunciado la Sala manifestando,

"(...) En otras providencias ha señalado que la información periodística solo en el evento de que existan otras pruebas puede tomarse como un indicio simplemente contingente y no necesario (...)"⁶

³ Sentencia de 10 de noviembre de 2000, expediente: 18298.

⁴ Sentencias de 15 de junio de 2000, expediente: 13338; de 25 de enero de 2001, expediente: 11413; de 10 de noviembre de 2000, expediente: 18298; 19 de agosto de 2009, expediente: 16363.

⁵ Auto de 20 de mayo de 2003, expediente: PI-059.

⁶ Sentencia de 30 de mayo de 2002, expediente: 1251-00.

Sin duda, es necesario dilucidar qué valor probatorio le otorga la Sala a la información de prensa allegada al proceso, ya que el principal problema para su valoración es la necesidad de cuestionar la verosimilitud que pueda ofrecer de la ocurrencia de los hechos. Más aún, es necesario considerar racionalmente su valor probatorio como prueba de una realidad de la que el juez no puede ausentarse, ni puede obviar en atención a reglas procesales excesivamente rígidas. De acuerdo con los anteriores argumentos, la Sala tendrá en cuenta la información consignada en los recortes de prensa y allegada al proceso, en calidad de indicio contingente para que obre dentro de la valoración racional, ponderada y conjunta del acervo probatorio⁷.

b. Prueba trasladada: por otra parte, se allegó al presente asunto copia auténtica del expediente del proceso penal No. 373 que inició el Fiscal Noveno de la Unidad Inmediata - Seccional de Valledupar (6 cuadernos). Tal prueba fue decretada por el Tribunal Contencioso Administrativo mediante auto del 11 de octubre de 1999 (Fls. 191 y 192 C.1). Sin embargo, la petición de traslado no fue coadyuvada por la entidad demandada, por cuanto ésta ni siquiera dio contestación a la demanda.

En lo que se refiere a la prueba trasladada, debe reiterarse lo expuesto por la Sala en el sentido de que aquellos medios que no cumplan con los requisitos previstos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, es decir, que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con su audiencia, o que en su defecto no hubieren sido solicitadas en el proceso contencioso administrativo por la parte contra quien se aducen, no podrán ser valoradas en éste. También ha establecido la Sala que en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas rendidas dentro de otro proceso hubiere sido solicitado por ambas partes, dichas pruebas pueden ser tenidas en cuenta en el proceso contencioso administrativo sin limitaciones, aun cuando hayan sido practicadas sin citación o intervención de alguna de ellas en el proceso original y no hayan sido ratificadas en el contencioso administrativo, considerando que, en tales casos, resulta contrario a la lealtad procesal que las partes soliciten que la prueba haga parte del acervo probatorio, pero que en el evento de resultar desfavorable a sus intereses invoquen las formalidades legales para su inadmisión.

Si no se cumple alguno de los mencionados requisitos, la posibilidad de apreciar tales pruebas dependerá si en el proceso al cual se trasladan se atienden las

⁷ Sentencia del 22 de junio de 2011, expediente: 19980, sentencia del 25 de julio de 2011, expediente 19434.

formalidades que la ley ha establecido respecto de cada una de éstas, asunto que precisó la Sala en los siguientes términos:

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

“En cuanto a los documentos, públicos o privados autenticados, podrán ser valorados en el proceso contencioso administrativo al cual son trasladados, siempre que se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil. En efecto, una vez allegado el documento, deberá expedirse un auto que ordene tenerlo como prueba; la parte contra la cual se aduce podrá tacharlo de falso dentro de los cinco días siguientes a su notificación...”^{8,9}

La Sala al revisar los documentos que proceden, como prueba trasladada, del proceso penal, observa que pueden ser valorados en esta oportunidad, porque tales medios de prueba han permanecido a disposición de las partes durante el curso del proceso y ninguna de ellas ha controvertido la autenticidad de los mismos (ejercicio positivo y negativo del derecho de contradicción de la prueba¹⁰), razones por las cuales tales pruebas serán apreciadas en el *sub lite* con el valor legal que les corresponde¹¹.

c. Declaraciones extra proceso:

Con respecto a este punto, la Sala advierte que no tendrá en cuenta las declaraciones extra proceso efectuadas ante notaría de las señoras Maribel Barroso Suárez y Olga Barroso Jiménez y allegadas con la demanda (Fls. 128 a 131 C.1), puesto que las mismas se surtieron sin el lleno de los requisitos

⁸ Ver sentencias proferidas por la Sección Tercera el 18 de septiembre de 1997, expediente: 9666 y sentencia del 8 de febrero de 2001, expediente 13.254.

⁹ Posición reiterada en sentencia del 9 de mayo de 2011, expediente: 17608.

¹⁰ El precedente jurisprudencial constitucional señala: “El derecho de contradicción apunta a dos fenómenos distintos. De una parte, a la posibilidad de oponer pruebas a aquellas presentadas en su contra. Desde esta perspectiva, el derecho de contradicción aparece como un mecanismo directo de defensa, dirigido a que las razones propias sean presentadas y consideradas en el proceso. Su vulneración se presentaría cuando se impide o niega la práctica de pruebas pertinentes, conducentes y oportunas en el proceso. Por otro lado, se refiere a la facultad que tiene la persona para (i) participar efectivamente en la producción de la prueba, por ejemplo interrogando a los testigos presentados por la otra parte o por el funcionario investigador y (ii) exponer sus argumentos en torno a lo que prueban los medios de prueba”. Corte Constitucional, sentencia T-461 de 5 de junio de 2003, expediente: T-696038.

¹¹ Este criterio fue expuesto por la Sala en sentencia del 26 de marzo de 2008, expediente: 34038.

establecidos por artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, en la redacción del Decreto 2282 de 1989¹².

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

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”¹³ de la responsabilidad del Estado¹⁴ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados¹⁵ y de su patrimonio¹⁶, sin distinguir su condición, situación e interés¹⁷. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”¹⁸. Como bien se sostiene en la doctrina,

¹² Artículo 298 Código de Procedimiento Civil. **Testimonio para fines judiciales.** Con el fin de allegarlos a un proceso, podrá pedirse que se reciban testimonios anticipados únicamente a personas que estén gravemente enfermas, con citación de la parte contraria en la forma prevista en el artículo 318 y en los numerales 1, 2 y 3 del 320.

La solicitud deberá formularse ante el juez de la residencia del testigo, y el peticionario expresará bajo juramento, que se considerará prestado por la presentación del escrito, que el testigo se encuentra en la circunstancia mencionada, e informará el lugar donde puede citarse a la persona contra quien pretende hacer valer la prueba.

Cuando el peticionario manifieste también bajo juramento prestado de igual manera, que ignora donde puede citarse a la presunta contraparte, se aplicará el artículo 318.

El juez rechazará de plano la recepción de testimonios extraproceso para fines judiciales, cuando la solicitud no cumpla los requisitos exigidos en los incisos anteriores. Los testimonios que se reciban con violación de este artículo no podrán ser apreciados por el juez. Posición reiterada en sentencia del 28 de abril de 2010, expediente: 17995 y 10 de marzo de 2011, expediente: 19353.

¹³ 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.

¹⁴ La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

¹⁵ 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.

¹⁶ “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.

¹⁷ 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.

¹⁸ RIVERO, Jean. Derecho administrativo. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “Essai sur les fondements de la responsabilité

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad¹⁹; 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”²⁰.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado²¹ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública²² tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo²³.

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

en droit public francais”, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BÉNOIT, F. “Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, en *JurisClasseur Publique*, 1954. T.I, V.178.

¹⁹ “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.

²⁰ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*, ob., cit., pp.120-121.

²¹ “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.

²² Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

²³ “Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado”. MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213.

patrimonial del Estado. Precisamente, en el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene,

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

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad²⁵, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica²⁶. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”²⁷.

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”²⁸. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

²⁵ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”. KANT, I. La metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

²⁶ El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

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

²⁸ “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias 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.

empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”²⁹.

Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”³⁰. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no³¹. 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 daños”³².

Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad³³ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas

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

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

³¹ JAKOBS, G. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sentencia de 24 de febrero de 2005, expediente:14170.

³² MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

³³ “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.

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 ponderación³⁴ que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”³⁵.

En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional indica:

*“... el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar **si el sujeto era competente** para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección³⁶ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible³⁷. 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”³⁸.*

³⁴ “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

³⁵ 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.

³⁶ 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.

³⁷ Cfr. Günther Jakobs. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

³⁸ 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

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 sociedad³⁹, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber:

1) *En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de **deberes de seguridad en el tráfico**, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce - un peatón cae en la zanja- surgen los llamados **deberes de salvamento**, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo - prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por **asunción** de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro.*

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

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

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.

³⁹ “En una sociedad de libertades, y, más aún, en una sociedad que además hace posibles contactos en alto grado anónimos, es decir, en una sociedad que pone a cargo de los ciudadanos la configuración del comportamiento a elegir, con tal de que ese comportamiento no tenga consecuencias lesivas, la libertad descentral de elección debe verse correspondida, en cuanto sinalagma, por la responsabilidad por las consecuencias de la elección”. JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*, ob., cit., p.15.

*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 riesgos⁴⁰⁴¹.*

16. En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante⁴².

Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcar por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal⁴³, 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 en su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales⁴⁴”.

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos⁴⁵, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito

⁴⁰ 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.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

⁴² Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

⁴³ “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.

⁴⁴ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., p.204.

⁴⁵ 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.

negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho.

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 preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

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 al anterior esquema se analizará el caso a resolver.

5. Elementos probatorios

Se tiene como pruebas las siguientes:

1. Copia auténtica del Registro civil de defunción que indicó la fecha de la muerte de la señora Amparo Leonor Jiménez Pallares el 11 de agosto de 1998 a las 6.20 a.m., con arma de fuego. (Fl. 7 C.1).
2. Certificado y copia autenticada del Registro civil de nacimiento de Amparo Leonor Jiménez Pallares. (Fls. 8 y 9 C.1)
3. Certificado y copia autenticada del registro civil de nacimiento de los señores Carlos Alberto Jiménez Pallares (Fls. 10 y 11 C.1) y Jesús Alfonso Jiménez Pallares. (Fls. 12 y 13 C.1)
4. Certificado de Registro civil de nacimiento de Ingrid Dadila Jiménez Pallares. (Fl. 14 C.1)
5. Copia autenticada del Registro civil de nacimiento de José Gustavo Cuello Jiménez. (Fl. 15 C.1)
6. Certificado del colegio Santa Fe de Valledupar en el que indica que el joven José Gustavo Cuello Jiménez cursaba para el 5 de mayo de 1999 octavo grado. (Fl. 16 C.1)

7. Copia autenticada de la cédula de ciudadanía de la señora Isolina Pallares de Molina (Fl. 17 C.1)

8. Certificado del Director de la Cárcel del Distrito Judicial de Santa Marta del 22 de septiembre de 1998 en el que hizo constar lo siguiente: (Fl. 18 C.1)

*“(...) Que el señor **LIBARDO PRADO BAYONA**, estuvo recluso en este establecimiento carcelario desde el 07 de marzo de 1995, hasta el día 16 de noviembre de 1995, que obtuvo su libertad.*

Se encontraba detenido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta.

Fue puesto en libertad el día 16 de noviembre de 1995 por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Marta por medio de boleta No. 006, no se tuvo en cuenta que anteriormente el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Santa Marta lo había condenado a 20 años 10 meses de prisión, desconocemos porque razón no tuvo en cuenta este requerimiento y se está en espera del fallo disciplinario y penal, para determinar las causas (...) (Subrayado por la Sala)

9. Certificado del Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta del 22 de septiembre de 1998 que indicó lo siguiente: (Fl. 19 C. 1)

“(...) revisado minuciosamente los libros radicadores del extinto Juzgado Octavo Penal del Circuito de esta ciudad, se encuentra radicado un proceso contra LIBARDO HUMBERTO PRADO BAYONA, por el delito de Homicidio en la persona de ESTEBAN GUZMAN HUERTAS VARGAS.

*El Juzgado antes mencionado lo condenó a la pena principal de veinte (20) años, diez (10) meses de prisión, por el delito mencionado, mediante providencia de fecha 30 de octubre de 1.995, la cual le fue notificada el 1 de Noviembre de 1.995- en la Cárcel Judicial de esta ciudad (...)*⁴⁶. (Subrayado por la Sala)

10. Copia auténtica de las diligencias preliminares efectuadas por la Procuraduría Departamental de Magdalena conforme al requerimiento elevado por el Director de la Cárcel Distrital de Santa Marta. Dentro del mismo, los documentos más sobresalientes son los siguientes:

i. Radicación No. 08724 del 16 de noviembre de 1995. Asunto *“Facilitar la fuga de un condenado que debía vigilar, custodiar o conducir Código 8-1-84-296-272. Al tramitar sin el debido orden de excarcelación en proceso distinto al que condenó a Libardo Prado Bayona”*. (Fl. 89 C.1)

⁴⁶ Se aclara que el Juzgado 8° Penal del Circuito de Santa Marta se extinguió y asumió lo de su competencia el Juzgado 1° Penal del Circuito de la misma ciudad.

ii. Copia del oficio No. 645 del 20 de noviembre de 1995 dirigido por el Director de la Cárcel del Distrito Judicial de Santa Marta al Procurador Regional del Magdalena indicando que (Fl. 90 C.1)

“(...) Con el fin de establecer responsabilidades de carácter disciplinario, me permito respetuosamente comunicarle que en este centro carcelario se produjo la Fuga de Presos, de la cual se sindicó al interno condenado LIBARDO HUMBERTO PRADO BAYONA, quien cumplía condena de 20 años 10 meses impuesta según sentencia del Juzgado 8 Penal del Circuito de esta ciudad de fecha octubre 30/95 por el delito de homicidio simple en la persona de Esteban Huertas.

El insuceso ocurrió por un error cometido en la Oficina Jurídica de este Centro Carcelario, por haber dado trámite a una orden de excarcelación expedida por el Juzgado 1 Penal del Circuito de esta ciudad en favor del interno Libardo Humberto Prado Bayona con ocasión de otro proceso que cursaba en ese despacho por el delito de homicidio, resultando absuelto.
(Subrayado por la Sala)

La fuga se produjo el día 16 de noviembre del cursante año a las 17.50 horas, pues a pesar de haber sido dejado en libertad por el Juzgado 1 Penal del Circuito, debía seguir detenido por orden del Juzgado 8 Penal del Circuito, donde había quedado ejecutoriada la condena antes mencionada (...).” (Subrayado por la Sala)

iii. Copia del oficio del Juez 8 Penal del Circuito de Santa Marta quien manifestó al Procurador Regional que le resultaba inexplicable la libertad del señor Libardo Humberto Prado Bayona al parecer concedida por el penal, en razón de que dicho sujeto había sido condenado a 20 años y 10 meses de prisión. (Fl. 91 C.1)

iv. Copia de la sentencia proferida por el Juzgado 8 Penal del Circuito de Santa Marta del 30 de octubre de 1995 en el que condenan a Libardo Humberto Prado Bayona a una pena de prisión de 20 años y 10 meses por el delito de homicidio contra la humanidad de Esteban Huertas. (Fls. 92 a 96 C.1)

v. Copia de la boleta de libertad No. 006 del 16 de noviembre de 1995 proferida por el Juzgado 1 Penal del Circuito de Santa Marta, en el que informan al Director de la Cárcel Judicial que ese despacho absolvió a José Antonio Contreras y Libardo Humberto Prado Bayona por el delito de homicidio, en consecuencia ordenan dejar en libertad a las personas mencionadas con la salvedad de que tal boleta de libertad surte efecto por este delito. Aparece dentro del escrito sello de aprobación por parte del Asesor Jurídico de la Cárcel distrital de Santa Marta concediéndole la libertad al señor Prado Bayona. (Fl. 109 C.1)

vi. Copia del Auto del 10 de noviembre de 1997 proferida por la Procuraduría Regional de Magdalena mediante el cual se ordenó el archivo de las diligencias preliminares, toda vez que desde que se profirió la orden de la cita, han transcurrido más de 6 meses sin que se hubiera adoptado una decisión para abrir la investigación formal. (Fls. 116 y 117 C.1)

Así mismo, dentro del auto ordenó adelantar las diligencias que permitieran establecer el record de trabajo de la señora Elena Bustamante Eljaiek, quien era la persona que conforme al oficio del 18 de octubre de 1996 (Fl. 114 C.1) fue designada para llevar las diligencias del proceso disciplinario contra los funcionarios del INPEC.

Ante tal consideración, mediante auto proferido por el Procurador Departamental de Magdalena el 24 de noviembre de 1997 estimó iniciar en contra de la señora Elena Bustamante Eljaiek la investigación disciplinaria, ordenando compulsar copias a las Veeduría de la Procuraduría General de la Nación (Fl. 123 C.1)

11. Proceso penal No. 373, investigación por el delito de Homicidio y porte ilegal de armas contra Libardo Prado Bayona en hechos ocurridos el 11 de agosto de 1998 en el barrio el Cerrito en la Ciudad de Valledupar, quien resultó muerta la señora Amparo Leonor Jiménez Pallares. (Consta de 6 cuadernos). Los documentos más sobresalientes del mismo se describen de la siguiente manera:

a. Copia del acta de levantamiento del cadáver en el que se indicó lo siguiente: (Fl. 2 C. anexo 6)

*(...) OCCISO: Nombre: Amparo Leonor Apellidos: Jiménez Pallares
SEXO: F. Edad 36 Estado civil: soltera Ocupación: Periodista (...)
MUERTE: Lugar Barrio el cerrito Fecha: Agosto 11 de 1998 Hora: 6:20
a.m. (...)*

B. Vehículo X

Descripción del lugar del hecho: Barrio el Cerrito diagonal 16 A bis # 24-07, al frente de dicho inmueble se encuentra estacionado un vehículo sprint placas DWR-840 color verde, dentro de este (ilegible) silla del conductor se haya (sic) el cadáver de Amparo Leonor Jiménez.

ORIENTACIÓN DEL CADÁVER: Cabeza 30 noreste - 7 sureste

POSICIÓN DEL CADÁVER: Sentada sobre la silla del conductor con el torax (sic) y cabeza en la silla aledaña posición cubito dorsal. (...)

DESCRIPCIÓN DE HERIDAS: Dos (2) orificios de borde irregulares en la región occipital izquierda, un (1) orificio de bordes irregulares en el triangular del cuello lado izq, una (1) herida región infexiliar izq, (1) herida de borde regular pómulo izq, una herida de borde irregular temporal derecho.

MUERTE VIOLENTA POR: (...) c) Arma de fuego X (...)"

b. Inspección judicial del automotor en el que se encontró el cuerpo de la señora Amparo Leonor (Fl. 5 anexo 6)

“(...) el fiscal deja a disposición de los técnicos el vehículo objeto de inspección el cual se encuentra en los patios de la Unidad de Reacción Inmediata.- Se trata de un vehículo automotor, marca Chevrolet Sprint, tipo seda, color verde metalizado placa DWR-840 de la Paz, con logotipos de prensa en el panorámico delantero y trasero, clase automóvil, Motor No G10-496632, serie No 9GAEAB43SWB881703, MODELO 1998; la puerta delantera presenta destrucción total del vidrio elevador. Presenta un orificio de entrada en posición super inferior de la puerta interna de la puerta derecha, con salida an (sic) una distancia de 14 Cms del suiche de seguridad de la puerta antes mencionada, el orificio de salida presenta bordes irregulares al igual que el orificio de entrada, la trayectoria es superinferior, tendiendo horizontal, se observa un orificio de entrada de borde irregular, producida por proyectil de arma de fuego ubicada en la parte interna puerta derecha delantera, localizado exactamente en la parte inferior trasera de la manija de seguridad interna sin orificio de salida, se recuperan dos proyectiles (...)”

c. Copia del protocolo de necropsia No. 186-98 (Fls. 28 a 30 anexo 6)

*“(...) CONCLUSIÓN: MUJER ADULTA CON HERIDAS POR PROYECTIL DE ARMA DE FUEGO, QUIEN FALLECE A CONSECUENCIA DE ELLO EN CHOQUE CEUROGENO A CAUSA DE LACERACIONES CEREBRALES SEVERAS.
MECANISMO DE LA MUERTE: HOMICIDIO CON DISPAROS A LARGA DISTANCIA (...)”* (Fl. 30 anexo 6)

d. Informe de actividades desplegadas por la SIJIN del Departamento de Policía del Cesar, con fecha del 18 de agosto de 1998. En él se hace un recuento importante de las declaraciones de varias personas, concluyendo que éstas tienen coincidencias respecto de las características físicas del individuo al igual que de la motocicleta en la que se transportaba. Conforme a ello, consideraron que existían serios indicios que comprometían al señor Libardo Prado Bayona como presunto responsable de la muerte de la periodista. (Fls. 31 a 35 anexo 6)

Es importante destacar un aparte del mencionado escrito:

“(...) El señor LIBARDO HUMBERTO PRADO BAYONA (...) ingresó el 3 de marzo de 1995 a la cárcel de Santa Marta, sindicado del delito de homicidio y de acuerdo a informaciones al parecer fue dejado en libertad por vencimiento de términos, actualmente es requerido por el Juzgado 8 Penal del Circuito de Santa Marta mediante oficio No. 846 del 28 -11-95 por el delito de Homicidio, en el sector del barrio 11 de noviembre de esa Ciudad es ampliamente conocido por su reincidencia en este tipo de conducta punible (homicidio) (...)” (Fl. 34 anexo 6)

- e. Copia de la orden de captura proferida por el Juez Octavo Penal del Circuito el 4 de noviembre de 1995 con oficio 846 del 28-11-95, procesado el señor Libardo Prado Bayona por el delito de homicidio contra Esteban Huertas. (Fl. 44 anexo 6)
- f. Apertura de instrucción del 22 de agosto de 1998 por el delito de homicidio agravado contra Libardo Prado Bayona, por la muerte de la periodista y en el que se ordenó expedir orden de captura en su contra. (Fls. 46 y 47 anexo 6)
- g. Orden de captura a Libardo Prado Bayona el 22 de agosto de 1998 (Fl. 59 anexo 6). Así mismo aparece informe de la Sijin sobre la captura de Libardo Prado Bayona y Cielo Lobo Ascanio, compañera del sospechoso. Se indicó en el mencionado escrito que el señor Libardo es solicitado por el Juez Octavo del Circuito de Santa Marta mediante el oficio 846 del 28 de noviembre de 1995 por el delito de homicidio. (Fls. 59 a 62 anexo 6)
- h. Acta de diligencia de allanamiento al inmueble donde vivía el señor Prado Bayona con fecha del 22 de agosto de 1998, encontrando algunas sustancias presuntamente alucinógenas, cartuchos de armas, un arma de fuego, fotografías las cuales muestran algunas personas vistiendo prendas de uso privativo de la fuerza pública, una motocicleta marca Yamaha 80, color negro con el babero blanco, de placas NVS -22. (Fls. 64 y 65 anexo 6)
- i. El presente proceso fue designado a la Unidad Nacional de Fiscalías de Derechos Humanos la investigación quien la adelantaba la Dirección Regional de Fiscalías de Barranquilla, de acuerdo con la Resolución No. D-H 032 del 24 de agosto de 1998. (Fls. 152 y 153 anexo 6)
- j. Mediante escrito del 31 de agosto de 1998 el Fiscal Regional de la Dirección Nacional de Fiscalías Unidad Nacional de Derechos Humanos ordenó la remisión a la cárcel modelo de la ciudad de Bogotá al señor Libardo Humberto Prado. (Fls. 183 y 184 anexo 6)
- k. Resolución del 3 de septiembre de 1998 mediante el cual se resuelve situación jurídica de los implicados en el proceso llevado a cabo por el homicidio de la periodista, resolviendo decretar la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en contra del señor Libardo Prado Bayona y otro. (Fls. 187 a 205 anexo 6)

l. Boleta de detención del 7 de septiembre de 1998 en el que se ordena mantener en el centro de reclusión de la Modelo al señor Libardo Prado Bayona. (Fl. 206 anexo 6)

m. Copia del oficio No. 640 del 17 de noviembre de 1995 mediante el cual el director de la Cárcel del Distrito Judicial de Santa Marta informó al Juzgado 8 Penal del Circuito de la misma ciudad lo siguiente: (Fl. 270 anexo 6)

*“(...) me permito informarle en forma respetuosa que en confusos hechos que son materia de investigación, se produjo la fuga del interno **LIBARDO PRADO BAYONA**, el día de ayer noviembre 16 a las 17:45 horas.*

La salida del interno ocurrió debido a un error cometido por el Asesor Jurídico WILMER GONZÁLEZ MAIGUEL, quien dió (sic) trámite formal a la orden de excarcelación expedida por el Juzgado 1 Penal del Circuito de esta ciudad a favor del interno Prado Bayona, como consecuencia de haber declarado su absolución en un proceso por homicidio en su contra (...).”
(Subrayado por la Sala)

n. Oficio No. 644 del 23 de noviembre de 1995 mediante el cual el Director de la Cárcel del Distrito Judicial de Santa Marta informó al Juzgado 8 Penal del Circuito de la misma ciudad lo siguiente: (Fl. 271 anexo 6)

“(...) en este Centro Carcelario se produjo la Fuga del interno LIBARDO HUMBERTO PRADO BAYONA, condenado por su despacho a la pena principal de 20 años 10 meses de prisión por el delito de homicidio en la persona de Esteban Huertas según sentencia de octubre del cursante año.

*El insuceso ocurrió por un error cuando en la Oficina Jurídica del Penal se dio trámite definitivo a una orden de excarcelación expedida por el Juzgado por el Juzgado 1 Penal del Circuito en favor del interno Prado Bayona por haberlo declarado absuelto en otro proceso que cursaba en ese Despacho por el delito de homicidio, omitiendo el Asesor Jurídico que el interno continuara detenido por orden del Juez 8 Penal del Circuito en cumplimiento de la condena impuesta. La revisión de las libertades corresponde al Asesor Jurídico, quien la envía a la Dirección con observación de que **NO TIENE MÁS NEGOCIOS PENDIENTES.***

De estos hechos ya tiene conocimiento el Procurador Regional para establecer la correspondiente responsabilidad disciplinaria, el Director Regional del Inpec Zona Norte, además ya se formuló el denuncia penal ante la Unidad de Reacción Inmediata de la Fiscalía (...).”

o. Oficio No. 731 del 20 de noviembre de 1995 mediante el cual el director de la Cárcel del Distrito Judicial de Santa Marta presenta denuncia penal por el delito de fuga de presos contra Libardo Humberto Prado Bayona por hechos ocurridos el 16 de noviembre de 1995 a las 17:45 debido a un error cometido por el Asesor Jurídico del Penal. (Fl. 272 anexo 6)

p. Oficio del Juzgado 1 Penal del Circuito de Santa Marta en el que informó lo siguiente: (Fl. 252 anexo 3)

“(...) en este Juzgado se encuentra el proceso contra LIBARDO ANTONIO PRADO BAYONA, quien fuera condenado por el extinto Juzgado Octavo Penal del Circuito de esta ciudad, a la pena principal de veinte (20) años diez (10) meses de prisión por el delito de Homicidio, en sentencia del 30 de octubre de 1995.- Así mismo le informo que este Juzgado mediante providencia del fecha Noviembre 12 de 1998, también condenó al antes mencionado a la pena principal de dos (2) años de prisión por el delito de FUGA DE PRESO.-

En ninguno de los anteriores procesos se encuentra solicitado por autoridad judicial diferente, ni por juez de Ejecución de Penas. De igual manera, le solicito poner a disposición de este Juzgado al procesado PRADO BAYONA, con el fin de formalizar la medida preventiva de la libertad, en virtud de la Sentencia Condenatoria proferida por este Despacho (...).”

q. Inspección judicial realizada en las instalaciones del Juzgado 1 Penal del Circuito de Santa Marta el 19 de febrero de 1999 para revisar el proceso mediante el cual el señor Libardo Humberto Prado Bayona fue condenado por el delito de fuga de presos. El proceso corresponde al No. 116 radicado en la Fiscalía tercera especializada, obrando como denunciante Carlos Alfonso Escobar Riveros, Director de la Cárcel del Distrito Judicial del Santa Marta. (Fls. 158 y 159 anexo 2)

Dentro de las copias allegadas referentes a este proceso se encuentran los siguientes:

i. Resolución de acusación contra el señor LIBARDO HUMBERTO PRADO BAYONA del 14 de abril de 1997. (Fls. 169 y 170 anexo 2)

ii. Resolución interlocutoria del 22 de septiembre de 1997 el Fiscal Tercero de Delitos varios profirió detención preventiva contra el señor Libardo Humberto Prado Bayona debido a que: (Fls. 163 a 166 anexo 3)

“(...) No hay duda que el Juzgado Octavo Penal del Circuito había condenado a LIBARDO HUMBERTO PRADO BAYONA a la pena de 20 años y 10 meses de prisión como autor del delito de homicidio. A folio 28 aparece fotocopia de la boleta #006 de noviembre 16 de 1995 emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de la ciudad, pero solo respecto del delito que conocía ese Juzgado.

El indagatorio (sic) asesor jurídico de la cárcel para ese entonces WILMER GONZÁLEZ MAIGUEL en sus descargos manifestó que el hecho fue producto de un error suyo, ya que luego de salir ese día de un consejo de disciplina encontró sobre su escritorio 5 o 6 órdenes de libertad que debía darle trámite y en el caso particular procedió a colocarle el visto

buena a la boleta de libertad expedida por el Juzgado 1 Penal del Circuito, en favor de LIBARDO HUMBERTO PRADO BAYONA (...)

(...) El interno LIBARDO HUMBERTO PRADO BAYONA, tenía pleno conocimiento porque le fue debidamente notificada la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Octavo Penal del Circuito pero aprovechando un error involuntario del asesor jurídico recobró su libertad ordenada por el Juzgado Primero Penal del Circuito solo respecto de este delito.

La conducta del condenado por Homicidio LIBARDO HUMBERTO PRADO BAYONA tiene plena adecuación típica en el artículo 178 ya que la sentencia le fue notificada, por lo que considera el Despacho suficientemente acreditados los requisitos exigidos por el artículo 388 del C.P.P.- para proferir la medida de aseguramiento correspondiente que es la de detención preventiva como autor del delito de fuga de presos al tenor de lo normado en el numeral Tercero del artículo 397 del Estatuto Procedimental Penal (...)"

iii. Diligencia de Audiencia pública de juzgamiento del 8 de septiembre de 1998. (Fls. 171 a 172 anexo 2)

iv. Sentencia condenatoria del 12 de noviembre de 1998 (Fls. 173 a 178 anexo 2) contra LIBARDO HUMBERTO PRADO BAYONA por el delito de fuga de presos a la pena principal de 2 años de prisión.

r. Copia de la resolución de acusación proferida por la Unidad Nacional de Derechos humanos el 16 de abril de 1999 respecto del proceso llevado a cabo por el Homicidio contra la señora Amparo Leonor Jiménez Pallares. (Fls. 88 a 121 Anexo 1)

s. El proceso fue remitido al Juzgado Penal del Circuito Especializado para lo de su competencia (Anexo 1).

12. Copia auténtica de la sentencia proferida por el Tribunal del Distrito Judicial de Valledupar de fecha 20 de junio de 2002 mediante la cual se resolvieron los recursos de apelación interpuestos por la Fiscalía y el Ministerio Público. En dicha decisión se condenó a Libardo Humberto Prado Bayona como autor doloso del delito de homicidio agravado en periodista y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal. De acuerdo con la información consignada en la sentencia, el proceso se siguió en el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Valledupar y mediante sentencia del 23 de enero de 2002 se absolvió al procesado en atención al principio *in dubio pro reo* concediéndose la libertad provisional bajo caución prendaria en cuantía de 5 smlm y se tomaron otras decisiones. Se advierte que no obra copia de la decisión de primera instancia de la jurisdicción penal.

6. Daño antijurídico

Se encuentra plenamente demostrada la muerte con arma de fuego ocasionada contra Amparo Leonor Jiménez Pallares el día 11 de agosto de 1998 por manos criminales cuando la señora se encontraba en su vehículo marca sprint placas DWR 840 al frente de su residencia en el Barrio el Cerrito en la Ciudad de Valledupar. Esto se constata con el acta de levantamiento de cadáver (Fl. 6 C.1) y la necropsia No. 186-98 (Fls. 28 a 30 anexo 6).

7. La responsabilidad de la entidad demandada en el caso concreto

La parte actora en su escrito de demanda como en el recurso de apelación en términos generales consideró que se presentaba una falla en el servicio por parte de la entidad demanda, al evidenciarse una irregularidad al interior del penal al concederle la libertad al señor Libardo Prado Bayona en ejecución de la orden proferida por el Juzgado 1 Penal del Circuito de Santa Marta, sin tener la debida diligencia de revisar la cartilla biográfica del interno en donde reposaba una condena de 20 años y 10 meses de prisión por el homicidio de otra persona, sentencia proferida por el Juzgado 8 del Circuito Penal y que fue notificada con anterioridad a la boleta de libertad proferida por el mencionado Juzgado 1. Por lo tanto, el mencionado señor para la época de los hechos debía estar recluido purgando la pena proferida por el Juzgado 8 y no en libertad, representando un serio peligro para la sociedad. (Fl. 168 C.1).

Conforme a lo anterior, se tiene que el Estado dentro de las obligaciones y fines que la Carta Política le impone, se encuentra aquella consagrada en el artículo 2, esto es, la protección de todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, debiendo asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, para lo cual cuenta con la pena como instrumento que dentro del *ius puniendi* permite la efectiva protección de los derechos constitucionales y humanos de todos los ciudadanos.

En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene:

“(...) La pena en el ordenamiento colombiano, es esencialmente temporal, lo mismo que sus efectos jurídicos. Consiste en la aplicación temporal y forzada de un régimen personal, definido por el juez de la causa dentro de los parámetros legales, en el que se limita o suspende el ejercicio de algunos derechos fundamentales (libertad, locomoción, reunión,

participación, etc.), se recorta, por razón de la limitación o suspensión de esos derechos, el ejercicio de otros que los suponen (libre desarrollo de la personalidad, iniciativa privada, intimidad personal, etc.) y, a la vez, se mantienen inalterados algunos (libertad de conciencia, de opinión, derecho de petición, etc.) y se estimula el ejercicio controlado de otros (especialmente, los de la educación y el trabajo)(...)⁴⁷.

Dentro de la política criminal de nuestro ordenamiento jurídico, el Estado está obligado a ejercer un control social de carácter formal y a hacer cumplir la pena impuesta a quien ha cometido un delito, teniendo en cuenta que

“(...) la pena no solamente tiene que ser justa sino que debe ser respetuosa de la legalidad existente; se debe soportar en los axiomas de efectividad⁴⁸ («facticidad») y normatividad («validez») del derecho, de donde su legitimidad dependerá del respeto a los límites que disponga el orden jurídico en tanto expresión de una razonable determinación y concreción de los derechos fundamentales⁴⁹, que en el proceso penal se predicen con igual énfasis tanto a favor del procesado como de las víctimas⁵⁰ y la sociedad⁵¹ (...)”⁵².

Sin duda, el Estado al controlar el cumplimiento de la pena, desempeña a su vez el ejercicio de la función de seguridad desde dos puntos de vista: i) respecto de la persona privada de la libertad, por cuanto le asiste la sujeción especial del recluso con respecto al Estado, ya que estas personas son las que deben soportar tanto la limitación en el ejercicio de sus derechos y libertades como, igualmente, la reducción o eliminación de las posibilidades de ejercer su propia defensa frente a las agresiones de agentes estatales o de terceros al interior del establecimiento

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia T-218 de 3 de mayo de 1994, expediente: T-27842.

⁴⁸ Mientras que para KELSEN la efectividad aparece vinculada a la existencia del Estado y a la capacidad de imposición política, para HART el principio de efectividad se plasma en términos de regla o práctica social.

⁴⁹ JOSEPH AGUILÓ REGLA, *Sobre la Constitución del Estado Constitucional*, Doxa, 24, Alicante, 2001, p. 455.

⁵⁰ Véanse: GERARDO LANDROVE DÍAZ, *La moderna victimología*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1998; M. CARMEN ALASTUEY DOBÓN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2000; ALBERTO ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2002; JULIO JORGE URBINA, *Protección de las víctimas de conflictos armados, Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2000; y, COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS (ED.), *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones*, Bogotá, Opciones Gráficas Editores Ltda., 2007.

⁵¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal 29 de octubre de 2008, proceso: 24582.

⁵² Kant sostenía: “La pena jurídica... no puede nunca aplicarse como un simple medio de procurar otro bien, ni aun en beneficio del culpable o de la sociedad; sino que debe siempre serlo contra el culpable o de la sociedad; sino que debe siempre serlo contra el culpable *por la sola razón de que ha delinquido*; porque jamás un hombre puede ser tomado por instrumento de los designios de otros ni ser contado en el número de las cosas como objeto de derecho real; su personalidad natural innata le garantiza contra tal ultraje, aun cuando puede ser condenado a perder la personalidad civil. El malhechor debe ser juzgado *digno de castigo* antes de que se haya pensado en sacar de su pena alguna utilidad para él o para sus conciudadanos. La ley penal es un imperativo categórico; y desdichado aquel que se arrastra por los caminos del eudemonismo, para encontrar algo que, por la ventaja que puede sacar, descargarse al culpable, en todo o en parte, de las penas que merece...; porque cuando la justicia es desconocida, los hombres no tienen razón de ser en la tierra... Hay más; es que, si la sociedad civil se disolviera por el consentimiento de todos sus miembros... el último asesino detenido en una prisión debería ser muerto antes de esta disolución, a fin de que cada uno sufriese la pena de su crimen, y que el crimen de homicidio no recayese sobre el pueblo que descuidase imponer este castigo; porque entonces podría ser considerado como cómplice de esta violación pública de la justicia”. KANT. I. “Principios metafísicos de la doctrina del derecho”, en NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 1ª ed. Barcelona, Ariel, 1983, p.429.

carcelario, por lo que el Estado debe garantizar por completo la seguridad de los internos y asumir todos los riesgos que lleguen a presentarse.⁵³ Así mismo, la pena tiene su finalidad resocializadora, mediante la aplicación de diversos mecanismos para tener como objetivo que el reo se reincorpore al seno de la sociedad; ii) por otra parte, está en cabeza del Estado la obligación de seguridad, la que se irradia hacia la sociedad como garantía de eficacia de la pena como elemento de protección de los derechos de los administrados y de sacrificio socialmente útil⁵⁴, tal y como lo ha manifestado el precedente constitucional al considerar que

“(...) 58. El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo⁵⁵. (Subrayado por la Sala)

Así mismo, se ha establecido que

*“(...) En la vida en comunidad y de cara a la organización estatal, a la par de los derechos esenciales de vida-libertad-igualdad, cobra especial relieve para hacer real y efectivo el valor de dignidad, el **derecho a la seguridad**, y dentro de este el de **seguridad jurídica**... Así es como el **derecho a la seguridad** viene a cobrar especial relevancia en el orden a la protección de la dignidad, la vida, la libertad y la igualdad. Sin **seguridad material y jurídica** de nada sirve la formulación abstracta de derechos, el establecimiento de un Estado de Derecho se tornaría inane e insignificante, pues la incertidumbre, la inseguridad, la variabilidad de las situaciones y por tanto la injusticia, cundirían, anegándose la vida social y la justicia en un subjetivismo peligroso que propiciaría la inconformidad, la violencia y la guerra civil⁵⁶ (...)”.*

Con base en lo anterior, y respecto al ente demandado, se tiene que al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- se le atribuyeron como funciones las

⁵³ En similar apreciación ver sentencias del 20 de febrero de 2008, expediente: 16996; 26 de mayo de 2010, expediente 18000; 9 de junio de 2010, expediente 19849 y 24 de marzo de 2011 expediente: 22269. En cuanto a todas las obligaciones que tiene el Estado respecto de la vida e integridad de los reclusos así como la observancia de los elementos de la especial sujeción ver sentencias T-422 de 1992, T-596 de 1992, T-065 de 1995, T-705 de 1996, T-590 de 1998, T-966 de 2000, y T 1190 de 2003.

⁵⁴ Carlos Santiago Nino considera que la “imposición a un individuo de una carga o sacrificio socialmente útil está justificada si es consentida por éste... Es razonable decir que una persona consiente lo que sabe que son consecuencias *necesarias* de su conducta voluntaria (quien firma voluntariamente un documento, o asciende a un ómnibus, sabiendo que ello genera necesariamente ciertas obligaciones de su parte consistente en contraer tales obligaciones). Si alguien ejecuta libre y conscientemente un acto sabiendo que éste tiene como consecuencia *normativa* necesaria (las consecuencias fácticas son irrelevantes, como en el caso del contrato) la pérdida de la inmunidad contra la pena de que los ciudadanos normalmente gozan, él consiente en perder tal inmunidad, o sea en contraer responsabilidad penal. Este consentimiento (que es el mismo que se exige en el ámbito contractual) es lo que nos permite justificar la imposición a alguien de una pena que satisface, además, la condición de ser un medio necesario y eficaz de proteger a la sociedad contra males mayores a los involucrados en la misma pena”. NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho.*, ob., cit., pp.431 y 432.

⁵⁵ Sentencia T-635 de 2008.

⁵⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal 29 de octubre de 2008, proceso: 24582.

de ejercer la dirección, administración y control de los centros carcelarios y penitenciarios del orden nacional; vigilar y custodiarlos; proponer y participar en los sistemas y esquemas de seguridad, vigilancia y control al interior y exterior de los establecimientos de reclusión; proveer la asistencia integral de los internos a su cargo, entre otras. (art. 4 Decreto ley 2160 de 1992)⁵⁷

Con respecto a las obligaciones que tiene a su cargo el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO -INPEC- éstas se encuentran consagradas en la Ley 65 de 19 de agosto de 1993. Dentro de ellas se encuentran las siguientes:

ARTÍCULO 54. RECLUSIÓN EN UN ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO. (...)

Toda persona que sea privada de la libertad o liberada por orden de autoridad competente, deberá ser reportada dentro de las veinticuatro horas siguientes, con su respectiva identidad y situación jurídica al INPEC, el cual deberá crear el Registro Nacional de dichas personas, manteniéndolo debidamente actualizado. (Subrayado por la Sala)

(...)

ARTÍCULO 56. REGISTRO. *En los centros de reclusión se llevará un registro de ingreso y egreso con los datos especiales de cada interno, fecha, hora de ingreso, estado físico, fotografía y reseña dactiloscópica. Simultáneamente se abrirá un prontuario para cada sindicado y una cartilla biográfica para cada condenado. (Subrayado por la Sala)*

(...)

ARTÍCULO 70. LIBERTAD. *La libertad del interno solo procede por orden de autoridad judicial competente. No obstante, si transcurren los términos previstos en el Código de Procedimiento Penal y no se ha legalizado la privación de la libertad, y si el interno no estuviere requerido por otra autoridad judicial, el Director del establecimiento de reclusión tiene la obligación de ordenar la excarcelación inmediata, bajo la responsabilidad del funcionario que debió impartirla.*

Igualmente, cuando el director del establecimiento verifique que se ha cumplido físicamente la sentencia ejecutoriada, ordenará la excarcelación previa comprobación de no estar requerido por otra autoridad judicial. Cuando se presente el evento de que trata este inciso, el director del establecimiento pondrá los hechos en conocimiento del juez de ejecución de penas con una antelación no menor de treinta días, con el objeto de que exprese su conformidad. En caso de silencio del juez de ejecución de penas, el director del establecimiento queda autorizado para decretar la excarcelación (...). (Subrayado por la Sala)

Examinada la base normativa, el juicio de imputación debe orientarse hacia la atribución de la responsabilidad por falla del servicio consistente en el incumplimiento de los deberes normativos (siendo el sustento la imputación

⁵⁷ Sentencia del 24 de marzo de 2011, expediente: 22269.

normativa) a los que estaba llamado el INPEC, y los funcionarios que intervinieron en permitir la libertad del señor Prado Bayona, ya que con base en el acervo probatorio se puede determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, a saber:

El Juzgado 1 Penal del Circuito de Santa Marta llevaba un proceso en contra de Libardo Prado Bayona por el delito de homicidio en la humanidad de Yesid Guzmán Lezmes. El mencionado procesado se encontraba recluido en la Cárcel Distrital de Santa Marta desde el 7 de marzo de 1995 hasta el 16 de noviembre del mismo año, según certificado expedida el 22 de septiembre de 1998 por el Director de dicho centro penitenciario. (Fl. 18 C.1). Por su parte, el Juzgado 8 Penal del Circuito de Santa Marta inició la investigación penal contra el mismo señor Prado Bayona por el delito de Homicidio de Esteban Guzmán Huertas.

El Juzgado 8 Penal profirió sentencia el 30 de octubre de 1995, estando el señor Prado Bayona recluido en el centro carcelario, condenándolo a una pena de prisión de 20 años y 10 meses por el homicidio de Esteban Guzmán Huertas. (Fls. 92 a 96 C.1). Tal decisión fue debidamente notificada a las autoridades del centro carcelario como al sindicado. (Fl. 96 C.1)

Sin embargo, el Juzgado 1 Penal del Circuito de Santa Marta emitió boleta de libertad No. 006 del 16 de noviembre de 1995, informando al Director de la Cárcel Judicial que ese despacho absolvió a José Antonio Contreras y a Libardo Humberto Prado Bayona por el delito de homicidio, en consecuencia ordenó dejar en libertad a las personas mencionadas con la salvedad de que tal boleta de libertad surtía efecto por este delito. (Fl. 109 C.1)

Con base en lo anterior, se concedió la libertad al mencionado señor, sin que mediara una constatación y verificación, por parte de los funcionarios del ente demandado, de la hoja biográfica, prontuario o antecedentes penales del señor Prado Bayona, y en el que debió advertirse de la existencia de la sentencia proferida por el Juzgado 8 Penal del Circuito de Santa Marta condenando al señor a una pena de 20 años y 10 meses.

Ante tal error, mediante oficio No. 645 del 20 de noviembre de 1995, el Director de la Cárcel Judicial de Santa Marta informó a la Procuraduría Regional de Magdalena, sobre el hecho de una “fuga de presos”, pero de manera contradictoria afirmó que el evento ocurrió por error del Asesor Jurídico del penal al darle visto bueno a la boleta de libertad, teniendo en cuenta la existencia de la

sentencia proferida por el Juzgado 8 Penal. (Fl. 90 C.1). Así mismo, mediante el oficio No. 731 del 20 de noviembre de 1995 presentó denuncia penal por el delito de fuga de presos. (Fl. 272 anexo 6)

Esta misma información fue suministrada al Juzgado Octavo Penal del Circuito de Santa Marta mediante oficios No. 640 y 644 del 17 y 23 de noviembre de 1995, respectivamente. (Fls. 270 y 271 anexo 6)

De todo lo anterior, como se acredita en el acervo probatorio, se iniciaron las actuaciones disciplinarias preliminares contra los funcionarios de INPEC que fueron archivadas por la Procuraduría Regional de Magdalena, en razón a que pasaron más 6 meses sin que se hubiera adoptado una decisión para abrir la investigación. (Fls. 116 y 117 C.1)

Por su parte, el Juzgado 1 Penal del Circuito de Santa Marta mediante escrito informó que con sentencia del 12 de noviembre de 1998 se condenó al señor Prado Bayona por el delito de fuga de presos con una pena de 2 años. Así mismo, informó de la existencia de la sentencia penal proferida por el Juzgado 8 Penal del Circuito de Santa Marta, solicitó que se pusiera a disposición al señor Prado Bayona para formalizar la medida preventiva de la libertad en virtud de las dos sentencias condenatorias antes mencionadas. (Fl. 252 anexo 3)

Por todo lo anterior, la entidad demandada incumplió expresos y preceptivos mandatos normativos, de manera inexcusable, flagrante y grosera al haber concedido la libertad al señor Prado Bayona cuando éste estaba condenado con anterioridad a la boleta de libertad impartida por el Juzgado 1 Penal del Circuito de Santa Marta (16 de noviembre de 1995), por el Juzgado 8 Penal del Circuito de Santa Marta (30 de octubre de 1995), incumpliendo así los deberes constitucionales y legales antes referidos que debieron observar los funcionarios del INPEC, como es verificar la hoja de vida, esto es, los antecedentes penales o judiciales del sindicado poniendo en peligro la seguridad de la sociedad en general. Por lo tanto, si bien la producción del daño es causado por un tercero, es la creación o exposición al riesgo lo determinante para imputar al Estado la responsabilidad y, en este caso, se concreta en incumplimiento de los deberes normativos como factor determinante para la producción del daño antijurídico, específicamente en la vida e integridad de la víctima, daño antijurídico que se verifica con lo decidido por el Tribunal del Distrito Judicial de Valledupar en sentencia del 20 de junio de 2002, que revocó la decisión de primera instancia y

en su lugar condenó al Libardo Prado Bayona por ser el autor doloso del homicidio agravado de la periodista y delegada de REDEPAZ, Amparo Leonor Jiménez Pallares.

Tampoco es de recibo el argumento del *a quo* en aseverar que en el presente caso no se presentaba una “relación causal” entre el hecho y el daño, debido a que no fue probado que el señor Libardo Prado Bayona hubiese sido sentenciado por el homicidio de la señora Amparo Leonor Jiménez Pallares, puesto que la decisión penal, sin duda alguna, puede ser valorada y considerada como elemento probatorio del daño ocasionado a la víctima por el tercero que, no teniendo relación con el Estado, le hace atribuible jurídicamente la responsabilidad por no haber observado el régimen carcelario y penitenciario, admitir su falla (conforme a los oficios suscritos por el Director del Centro Carcelario Distrital de Santa Marta) y no haber adoptado las medidas adecuadas para precaver y prevenir la salida de un individuo que representaba un riesgo social, y que llevó a que en la instancia de la acción penal se verificara la materialización de dicha amenaza (irreversible e irremediable) en la muerte de la señora Jiménez Pallares.

La materialización del riesgo en el daño antijurídico causado, conforme a las obligaciones de seguridad y protección en cabeza del Estado, implica que éste, para el caso en concreto, debía asumir una posición de garante, entendida, siguiendo el precedente de la Sala, como

“(...) aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanción es que repercuten para el autor material y directo del hecho.

Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley -en sentido material- atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida (...)⁵⁸.

⁵⁸ “La posición de garante trata de dar una explicación y respuesta teórica y coherente a la cuestión de cuáles son las condiciones que deben darse para que el no impedir la entrada de un resultado sea equiparable a la causación positiva del mismo. Según la opinión que aquí será defendida, sólo se puede alcanzar una solución correcta si su búsqueda se encamina directamente en la sociedad, pero ésta entendida como un sistema constituido por normas, y no si la problemática toma como base conceptos enigmáticos basados en el naturalismo de otrora, pues la teoría de la posición de garante, como aquí entendida, busca solucionar solamente un problema normativo-social, que tiene su fundamento en el concepto de deber jurídico.” Cf. PERDOMO Torres, Jorge Fernando “La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión”, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2001, Pág. 17 a 20. Ver igualmente: LÓPEZ Díaz, Claudia “Introducción a la Imputación Objetiva”, Ed. Universidad Externado de Colombia; JAKOBS, Günther “Derecho

Así mismo, se ha establecido que

*“(…) cuando a la Administración Pública se le ha impuesto el deber jurídico de evitar un resultado dañoso, aquella asume la **posición de garante** en relación con la víctima, razón por la cual de llegarse a concretar el daño, éste resultará imputable a la Administración por el incumplimiento de dicho deber”⁵⁹. En el mismo precedente se señaló que la posición de garante ya ha sido acogida en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos, afirmándose,*

“La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones erga omnes contenidas en los artículos (sic) 1.1 y 2 de la Convención.

“La responsabilidad internacional de los Estados Partes es, en este sentido, objetiva o ‘absoluta’, teniendo presentes conjuntamente los dos deberes generales, estipulados en los artículos 1(1) y 2 de la Convención Americana.”⁶⁰

En síntesis

“(…) La comunidad tiene derecho a que el Estado le garantice una eficaz, permanente y cuidadosa guarda de los centros carcelarios y penitenciarios. A cargo de aquél está impedir, además de las fugas de los internos, la comisión de actos ilícitos en el interior de los establecimientos y la ocurrencia de eventos que perturben el orden público. (...)”⁶¹

En este específico y concreto caso, pese a que el daño antijurídico haya sido causado por un tercero, la atribución jurídica de la responsabilidad al Estado – INPEC- (sin constituirse en una cláusula de aseguramiento universal), consistía y se manifestaba en una “posición de garante institucional”, de la que derivaban deberes jurídicos (normativos y positivos) de protección consistentes en la precaución y prevención del riesgo (social e individualmente concebido) que representaba para la señora Jiménez Pallares la libertad de Prado Bayona, con relación a sus labores como comunicadora social y como miembro de REDEPAZ en una zona del país en donde, como hecho notorio, existían graves problemas de orden público y seguridad para la época de los hechos.

Penal – Parte General”, Ed. Marcial Pons; ROXIN, Claus “Derecho Penal – Parte General “Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito”, Ed. Civitas. Posición reiterada en sentencias del 4 de octubre de 1997, expediente 15567; 11 de febrero de 2009, expediente 23067.

⁵⁹ Sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente: 18436.

⁶⁰ “(…) Es irrelevante la intención o motivación del agente que materialmente haya violado los derechos reconocidos por la Convención, hasta el punto que la infracción a la misma puede establecerse incluso si dicho agente no está individualmente identificado. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención. (...) En conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Mapiripan, párr 110, Caso de los 19 comerciantes párr 141.

⁶¹ Sentencia T-016 de 1995.

En la doctrina se propone establecer “estructuras de imputación” de la responsabilidad del Estado:

“... i) cuando el Estado omite la adopción de medidas razonables para prevenir la violación de los Derechos Humanos; ii) cuando el actor está actuando bajo la dirección, siguiendo instrucciones o con control de un Estado¹³; iii) cuando el actor ejercita elementos de autoridad gubernamental ante la ausencia de autoridades oficiales¹⁴; iv) cuando la conducta del actor es adoptada de manera subsecuente por el Estado¹⁵; v) cuando la conducta del actor es la de un movimiento alzado en armas que tras triunfar militarmente se convierte en el nuevo gobierno de un Estado¹⁶, vi) cuando hay delegación de funciones estatales al actor no estatal, o vii) cuando el Estado crea una situación objetiva de riesgo y luego no despliega los deberes de salvamento que le son exigibles (pensamiento de la injerencia)”⁶².

De acuerdo con la doctrina y el precedente jurisprudencial interamericano de Derechos Humanos, no puede construirse una cláusula general de responsabilidad en cabeza del Estado cuando se produce todo tipo de violaciones a los derechos humanos en su territorio, por lo tanto,

“... tratándose de hechos de terceros que no han actuado en connivencia con la fuerza pública, y, en los cuáles no hay un hecho imputable a un agente estatal, la jurisprudencia internacional estructura la responsabilidad sobre la base de que se reúnan dos elementos: i) que el Estado incumpla con los deberes de diligencia que le son exigibles en la evitación de graves violaciones a los derechos humanos, y ii) que se trate de riesgos inminentes y cognoscibles. Es decir, que en esta estructura el fundamento de la responsabilidad no es objetivo y está basado en la ausencia de una prevención razonable a las graves violaciones a los derechos humanos. Por ende, si se presenta la violación a pesar de que el Estado ha adoptado medidas adecuadas, orientadas a impedir la vulneración, el hecho no le es imputable al Estado”⁶³.

Por lo anterior, es imperativo concluir que la entidad demandada, de acuerdo con los fines establecidos en el artículo 2 de la Carta Política, debía evitar las potenciales amenazas a terceros afectados, máxime cuando se pudo constatar mediante sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, que el homicida efectivamente era el señor Libardo Prado Bayona, decisión fundamentada en las pruebas que obraban en el expediente penal, tales como declaraciones de testigos, inspección judicial al inmueble donde habitaba, las cuentas bancarias, las inspecciones judiciales a los juzgados que verificaron los antecedentes penales del sujeto, entre otras. El actuar de la entidad demanda contribuyó determinadamente al

⁶² MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. “La responsabilidad del Estado por el hecho de terceros”, trabajo de investigación suministrado por el autor.

⁶³ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. “La responsabilidad del Estado por el hecho de terceros”, trabajo de investigación suministrado por el autor.

desencadenamiento final de los hechos llevando a generar una exposición del riesgo indebida para la sociedad, y específicamente para la víctima.

Por otro lado, es oportuno para la Sala reprochar la inactividad procesal por parte de la entidad demandada, que en el marco del ejercicio del derecho de defensa, consagrado en el artículo 29 de la Carta Política, y conforme al artículo 95 del C.P.C la no contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, serán apreciadas por el juez como indicio grave en contra del demandado, salvo que la ley le atribuya otro efecto⁶⁴. Ahora bien, conforme al artículo 144 del C.C.A, el demandado “podrá” contestar la demanda⁶⁵, sin embargo, en apreciación de esta Sala, la conducta omisiva de la entidad demandada no contribuye a entender que fue diligente en el proceso contencioso administrativo, ni haya contribuido al esclarecimiento de los hechos, lo que consecuentemente deberá tener consecuencias disciplinarias en cabeza de los funcionarios que para la época de los hechos y hasta la fecha no hayan cumplido con dichos mandatos.

8. Indemnización de perjuicios

8.1. Perjuicios morales:

La parte actora en su escrito de demanda solicitó la condena al pago de perjuicios morales a GUSTAVO JOSÉ CUELLO JIMENEZ (hijo); a ISOLINA PALLARES DE MOLINA (madre) y a JESÚS, CARLOS e INGRID JIMENEZ PALLARES (hermanos), el equivalente en pesos de mil (1000) gramos de oro para cada uno.

En el acervo probatorio se aportó como prueba para su reconocimiento certificado y copia autenticada del Registro civil de nacimiento de Amparo Leonor Jiménez Pallares (Fls. 8 y 9 C.1); certificado y copia autenticada del registro civil de

⁶⁴ En sentencia C-102 de 2005 la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 95 del C.P.C., en la medida que “(...) la contestación de la demanda no es obligatoria para el demandado. Esta se constituye en una importante herramienta para el ejercicio del derecho de contradicción y para señalar al juez y al demandante cuál es la posición del demandado en el proceso. Además, el artículo 95 no dice lo que los actores dicen que dice, pues de la lectura textual del artículo no se desprende que el juez queda obligado a tener tal conducta del demandado – la no contestación de la demanda - como indicio grave en su contra. Lo que dice el artículo 95 es que este hecho será apreciado por el juez como indicio grave en contra del demandado, lo que es sustancialmente distinto. Es decir, la no contestación de la demanda será tomada en cuenta por el juez como una de las conductas para deducir indicios (art. 249 del mismo Código), indicios que por mandato de la ley, deberán ser apreciados en conjunto por el juez “teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso” (art. 250 *ibídem*) (...)”

⁶⁵ ARTICULO 144. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. Durante el término de fijación en lista el demandado podrá contestar la demanda mediante escrito que contendrá (...)

nacimiento de los señores Carlos Alberto Jiménez Pallares (Fls. 10 y 11 C.1) y Jesús Alfonso Jiménez Pallares (Fls. 12 y 13 C.1); certificado de Registro civil de nacimiento de Ingrid Dadila Jiménez Pallares (Fl. 14 C.1) y copia autenticada del Registro civil de nacimiento de José Gustavo Cuello Jiménez. (Fl. 15 C.1).

Revisadas las pretensiones de la demanda, y tratándose de la muerte de Amparo Leonor Jiménez Pallares, se encuentra acreditado el parentesco con los registros y certificados civiles, lo que lleva a la Sala a tener por demostrado el perjuicio moral en cabeza de los demandantes con ocasión de la muerte de la madre, hija y hermana, lo que aplicando las reglas de la experiencia hace presumir que la muerte en las circunstancias violentas en las que ocurrieron, produjo en los parientes cercanos (que conforman su núcleo familiar) un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad. En este sentido, el precedente de la Sala indica,

“Las reglas de la experiencia, y la práctica científica⁶⁶ han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo. Razón por la cual la Sala reitera la posición asumida por la Corporación en la sentencia de 17 de julio de 1992⁶⁷ donde sobre el particular, y con fundamento en la Constitución, se analizó el tópico, así:

“En punto tocante con perjuicios morales, hasta ahora se venían aceptando que estos se presumen para los padres, para los hijos y los cónyuges entre sí, mientras que para los hermanos era necesario acreditar la existencia de especiales relaciones de fraternidad, o sea, de afecto, convivencia, colaboración y auxilio mutuo, encaminados a llevar al fallador la convicción de que se les causaron esos perjuicios resarcibles. Ocurre sin embargo, que la Constitución Nacional que rige en el país actualmente, en su artículo 2º., señala que Colombia como Estado Social de derecho que es, tiene como fines esenciales el de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma; también el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecte y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; al igual que defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica (sic) y la vigencia de un orden justo.

“Por su parte el artículo 42 de la Carta Política, establece que el Estado y la sociedad tienen como deber ineludible el de garantizar la protección integral de la familia, núcleo fundamental de la sociedad, que “se constituye

⁶⁶ Fernández Liria, B. Rodríguez Vega. Intervenciones sobre problemas relacionados con el duelo para profesionales de Atención Primaria: El proceso del duelo. Universidad Autónoma de Madrid. [Http://www.medicinadefamiliares.cl/Protocolos/DUELO%201.pdf](http://www.medicinadefamiliares.cl/Protocolos/DUELO%201.pdf) “Aunque es difícil establecer inequívocamente relaciones causa-efecto, numerosos estudios han relacionado las pérdidas de diverso tipo con alteraciones de la salud¹. Hoy se acepta generalmente que en torno a un tercio de los pacientes que acuden a las consultas de Atención Primaria presentan problemas de salud mental que requerirían algún tipo de tratamiento y, aproximadamente una cuarta parte del total presenta problemas que podrían considerarse relacionados con algún tipo de pérdida¹.”

⁶⁷ Radicado 6750, actor: Luis María Calderón Sánchez y otros.

por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.” Y agrega que “Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes”.

“La ley no ha definido taxativamente las personas que integran la familia que goza de la especial protección del estado y de la sociedad en general. Así las cosas, podría adoptarse como criterio interpretativo el concepto amplio de la familia, como aquellos parientes próximos de una persona a los que se refiere el artículo 61 del C.C., que es del siguiente tenor:

“En los casos en que la Ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van a expresarse y en el orden que sigue:

“1º. Los descendientes [legítimos];

“2º. Los ascendientes [legítimos];

“3º. El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o este a falta de descendientes o ascendientes [legítimos];

“4º. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1º., 2º. y 3º;

“5º. Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1º., 2º., y 4º;

“6º. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores;

“7º. Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados.

“Si la persona fuera casada, se oirá también, en cualquiera de los casos de este artículo a su cónyuge; y si alguno o algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad o estuvieren sujetos a la potestad ajena, se oirá en su representación a los respectivos guardadores, o a las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituidos.”

“También resulta procedente tomar como familia lo que los tratadistas definen como familia nuclear, esto es, la integrada por los parientes en primer grado a que alude el artículo 874, ordinal 3º ibídem, que reza:

“La familia comprende (además del habitador cabeza de ella) a la mujer y a los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aún (sic) cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.”

“La familia para fines de las controversias indemnizatorias, está constituida por un grupo de personas naturales, unidas por vínculos de parentesco natural o jurídico, por lazos de consanguinidad, o factores civiles, dentro de los tradicionales segundo y primer grados señalados en varias disposiciones legales en nuestro medio.

“Así las cosas, la Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues ninguna razón para que en un orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestran la solidaridad o afecto hasta hoy requeridos, para indemnizarlos. Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que el daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y

aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales.

“Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se ha tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente. En síntesis, la Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido lo normal y de requerir la prueba de lo anormal. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien.”^{68 69}.

En el proceso la demandada no desvirtuó en ningún momento la presunción de aflicción causada a los demandantes por la pérdida de la madre, hija y hermana, lo que lleva a concretar la existencia de los perjuicios morales en cabeza de todos y cada uno de aquellos.

Así mismo, se recaudó el testimonio de Maribel Berroso Suárez en el que expresó:

“(…) PREGUNTADO: Sírvase decirnos si Ud. sabe cuales (sic) han sido las consecuencias para el menor con motivo de la pérdida de su señora madre. CONTESTO: La verdad han sido muchas porque el niño ha sido bastante consentido, ya que ella le brindaba todos los servicios que necesitaba lo consentía mucho y le daba todo lo que necesitaba y ahora con su abuela no va a ser lo mismo porque económicamente la señora Isolina Payares no está en las mismas condiciones económicas. En cuanto a lo sentimental me consta que ella desempeño (sic) un papel como madre brindándole todo su apoyo respaldo y cariño, lo cual estoy viendo con su abuela cuando a él le dijeron que su madre había muerto fue o es algo deprimente, hay momento en que el (sic) todavía recuerda con bastante tristeza la pérdida (sic) de su madre, pero el (sic) también lo ha sabido sobrellevar, porque en los estudios le ha ido bastante bien a pesar de no estar su mamá (sic) presente (…) PREGUNTADO: Sírvase decirnos si Ud, tiene conocimiento de como (sic) el núcleo familiar en el que se desenvolvía la señora Amparo Jiménez Payares y quien (sic) corría con los gastos de la casa. CONTESTO: Amparo vivía con su hijo y los gastos corrían (sic) por ella. El núcleo (sic) familiar esta (sic) compuesto por la mamá, tres hermanas y dos hermanos y el niño, pero ella corría con los gastos de su familia porque la mamá es viuda y por eso le colaboraba bastante económicamente. La mamá está muy deprimida y un hermano menor que emocionalmente se ha descontrolado bastante, se ha puesto muy nervioso, porque los demás se encuentran en Barranquilla y la otra por acá en Valledupar. Con la que está aquí en Valledupar mantiene

⁶⁸ Posición que ha sido reiterada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 30 de marzo de 2004. S 736 Actor: Nelly Tejada. “Del parentesco cercano con la víctima se infiere el padecimiento moral que su muerte inflige a los suyos. El parentesco es indicio vehemente del daño moral.” Sentencia de 30 de agosto de 2007. Expediente 15.724, actor: Oswaldo Pérez Barrios.

⁶⁹ Sentencia de 15 de octubre de 2008, expediente: 18586. La palabra legítimos fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-105 de 1994.

una estrecha relación y la visita con frecuencia y se lleva al niño Gustavo porque ella no ha descuidado al niño para nada (...)". (Fls. 211 a 213 C.1)

Ahora bien, la Sala tendrá en cuenta los criterios vertidos en la sentencia de 6 de septiembre de 2001 (Exps. 13.232 y 15.646) fijándose en salarios mínimos legales mensuales vigentes como medida de tasación, con lo que se responda a la reparación integral y equitativa del daño al estimarse en moneda legal colombiana. Si bien, a partir de 2001 la jurisprudencia viene aplicando como criterio de estimación de los perjuicios morales el salario mínimo mensual legal vigente, no deja de seguir siendo un ejercicio discrecional (*arbitrio iudicis*) del juez de tasar tales perjuicios, sin lograr, aún, la consolidación de elementos objetivos en los que pueda apuntalarse la valoración, estimación y tasación de los mismos, con lo que se responda a los principios de proporcionalidad y razonabilidad con lo que debe operar el juez y, no simplemente sustentarse en la denominada "cierta discrecionalidad".

En relación con el perjuicio moral, el precedente de la Corte Suprema de Justicia sostiene su carácter inconmensurable, lo que exige que su tasación no obedezca a criterio alguno de compensación. En ese sentido, se señala,

*"En torno al perjuicio moral es de recordar que su indemnización no obedece a un criterio compensatorio, desde luego que la vida humana es inconmensurable, sino a uno satisfactorio, destinado a mitigar en lo posible la enorme pena que en el fondo queda ante la ausencia de un ser amado, razón por la cual en a su apreciación han de considerarse el dolor de quien lo sufre, la intensidad de su congoja, la cercanía con el ser perdido, entre otras cosas, para con cimiento en la equidad arribar al más justo valor, distante por lo general de la matemática exactitud con que se escruta el daño material"*⁷⁰.

De acuerdo con lo anterior, la Sala empleará un test de proporcionalidad para la tasación de los perjuicios morales. En cuanto al fundamento de este test, el precedente jurisprudencial constitucional establece,

"La proporcionalidad en el derecho refiere a una máxima general y parámetro de acción para la totalidad de la actividad estatal, aunque no exclusivamente, ya que el principio de proporcionalidad puede llegar a aplicarse también en el ámbito de las relaciones particulares regidas por el derecho privado. En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución–, busca asegurar que el poder público, actúe

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 2009, expediente:1995-10351.

dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho (artículo 1 C.P.), fuerza normativa de la Constitución (artículo 4 C.P.) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5 C.P.).

En el derecho penal, la proporcionalidad regula las relaciones entre diversas instituciones, como entre la gravedad de la conducta punible y la sanción penal a imponer por su comisión, entre las causales de justificación y la posible eximente de punibilidad, entre las causales de agravación o atenuación y la graduación de la pena, o entre la magnitud del daño antijurídico causado y la sanción pecuniaria correspondiente a fijar por el juez, como se analiza en la presente providencia.

De las funciones que cumple el principio de proporcionalidad en el control constitucional de la legislación y en la tutela de los derechos fundamentales depende en gran parte la efectividad del Estado Social de Derecho, el respeto de la dignidad humana y la inalienabilidad de los derechos de la persona. Es por ello que se hace necesario un manejo adecuado del principio de proporcionalidad, diferenciando su sentido general -como máxima de interpretación que evita el desequilibrio, la desmesura o el exceso en el ejercicio del poder público- de su sentido específico como parte constitutiva del juicio de igualdad⁷¹. Tal distinción entre un sentido genérico y uno específico con que se usa el concepto de proporcionalidad conduce al problema de los métodos para su aplicación. 8.2. Un uso general, no técnico, del concepto de proporcionalidad en el control de constitucionalidad, prescinde de un método para su aplicación. La relación de equilibrio entre dos magnitudes, instituciones, conductas, etc., se establece en forma intuitiva, conectada muchas veces a un juicio de grado. Se afirma, por ejemplo, que un acto es proporcionado, desproporcionado, leve o manifiestamente desproporcionado. La inexistencia de método para establecer el grado a partir del cual dicho acto pierde la proporción hasta el punto de verse afectada su constitucionalidad, conlleva la concentración en el juez de la facultad de decidir discrecionalmente sobre la juridicidad de las actuaciones de otros órganos del poder público. Tal consecuencia no es compatible en un estado democrático de derecho donde los órganos del Estado cumplen funciones separadas. Es por ello que el uso coloquial de la proporcionalidad o desproporcionalidad, en el sentido de exceso o desmesura, requiere ser sustituido por métodos objetivos y controlables que permitan al juez constitucional ejercer su misión de salvaguarda de la Constitución y de los derechos constitucionales, dentro de un marco jurídico respetuoso de las competencias de las demás autoridades públicas, en especial del legislador democrático. La proporcionalidad concebida como principio de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación. Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Los intereses ponderados también se concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las

⁷¹ Sobre la proporcionalidad como elemento del juicio de igualdad únicamente cuando el test es estricto, ver la sentencia C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; aclaración de voto de Jaime Araujo Rentería

medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto.

No existe un solo método de ponderación. Se pueden aplicar diferentes formas de ponderar según la materia de que se trate. Por ejemplo, cuando se analiza si una medida policiva es desproporcionada, la comparación se efectúa, generalmente, entre la gravedad de las circunstancias, de un lado, y la magnitud con la cual la medida afecta intereses constitucionalmente protegidos. En el juicio de razonabilidad, cuando éste incluye un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, la comparación se realiza, usualmente, entre los fines y las medidas estatales, de un lado, y la afectación de intereses protegidos por derechos constitucionales. Los métodos de ponderación se distinguen no solo según qué es lo que se sopesa, sino también por los criterios para decidir cuando la desproporción es de tal grado que procede una declaración de inexequibilidad. No se exige una proporcionalidad perfecta puesto que el legislador no tiene que adecuarse a parámetros ideales de lo que es correcto por no ser excesivo.

Por lo anterior, el análisis de proporcionalidad del límite de mil salarios mínimos legales, se hará de conformidad con el siguiente método: (i) identificar y clarificar cuáles son los intereses enfrentados regulados por la norma; (ii) sopesar el grado de afectación que sufre cada uno de esos intereses por la aplicación del límite fijado en la norma; (iii) comparar dichas afectaciones; (iv) apreciar si la medida grava de manera manifiestamente desproporcionada⁷² uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución⁷³ (subrayado fuera de texto).

Dicho principio de proporcionalidad debe, por lo tanto, convertirse en el sustento adecuado para la determinación y dosificación ponderada del quantum indemnizatorio del perjuicio moral, respecto de lo que el precedente jurisprudencial constitucional señala,

“Frente a los llamados perjuicios morales objetivables, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, ha estimado que en algunos casos pueden ser valorados pecuniariamente⁷⁴, con base en criterios como el dolor infligido a las víctimas⁷⁵, el perjuicio estético causado⁷⁶ o el daño

⁷² Ver entre otras la sentencia C-758 de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis. Allí la Corte justifica que en materia de sanciones el límite entre lo constitucionalmente inadmisibles y lo permitido se traza con el criterio de la desproporción manifiesta

⁷³ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

⁷⁴ Ver entre otras las sentencias del Consejo de Estado, del 13 de abril de 2000, expediente: 11892; 19 de julio de 2001, expediente: 13086; 10 de mayo de 2001, expediente: 13.475 y del 6 de abril de 2000, expediente: 11.874. Ver también, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal del 29 de mayo de 1997, expediente: 9536.

⁷⁵ Consejo de Estado, 6 de agosto de 1982, expediente: 3139, donde se reconoció como perjuicio moral el “malestar psíquico” sufrido a raíz del accidente. Sentencia del Consejo de Estado, 4 de abril de 1997, expediente: 12007, que reconoció como perjuicio moral por el hecho de que la víctima “estuvo sometida al miedo, la desolación, a la zozobra, a la tristeza, mientras se produjo su liberación.”

⁷⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, 31 de julio de 1989, expediente: 2852; sentencia de 6 de mayo de 1993, expediente: 7428.

a la reputación⁷⁷. Si de la aplicación de tales criterios surge que dichos perjuicios superan el límite fijado por el legislador, habría una afectación grave del interés de las víctimas por lograr una indemnización integral de los perjuicios que se le han ocasionado y cuyo quantum ha sido probado. Al igual que con los perjuicios materiales, el límite resultaría manifiestamente desproporcionado frente al derecho de las víctimas a la reparación integral, como quiera que el riesgo de arbitrariedad del juez es menor cuando el valor de los perjuicios ha sido acreditado en el juicio por factores que no dependen de su apreciación subjetiva.

Esta desproporción resulta más evidente si se tiene en cuenta que ni en la jurisdicción civil ni en la jurisdicción contencioso administrativa existe una disposición legal que restrinja la discrecionalidad del juez para decidir la reparación de perjuicios morales. En dichas jurisdicciones se ha fijado una cifra para la valoración de ciertos perjuicios que depende de consideraciones puramente subjetivas y cuyo quantum ha sido reconocido tradicionalmente hasta por 1000 gramos oro, o más recientemente hasta por 2000 y 4000 gramos oro⁷⁸⁷⁹.

El fundamento, por lo tanto, del test de proporcionalidad no es otro, según los precedentes anteriores, el cual, a su vez, comprende tres sub-principios que son aplicables al mencionado test: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto⁸⁰.

En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego.

En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes. Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de los criterios propios a la idoneidad, de tal manera que la indemnización se determine atendiendo a la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada). Lo anterior, debe

⁷⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, expediente: 3510.

⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de 25 de septiembre de 1997, expediente: 10421, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 2.000 gramos oro. Sentencia del 19 de julio de 2000, expediente: 11842, , que fijó una indemnización por perjuicios morales de 4.000 gramos oro.

⁷⁹ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

⁸⁰ La doctrina señala que "la propia estructura del principio de proporcionalidad consiste, en efecto, en la aplicación del conocido test tripartito sobre una medida determinada, adoptada de ordinario por un sujeto distinto a aquel que desarrolla el juicio de control". ARROYO JIMENEZ, Luis. "Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo", en ORTEGA, Luis; SIERRA, Susana de la (Coords). Ponderación y derecho administrativo. Madrid, Marcial Pons, 2009, p.33.

permitir concretar un mayor quantum indemnizatorio cuando se trata del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios que deben obrar en función del principio de idoneidad.

Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, y su desdoblamiento, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto.

De acuerdo con lo anterior, para el reconocimiento y tasación del perjuicio moral en el presente caso se sujetará a los anteriores criterios objetivos, los que ordinariamente están demostrados con base en la prueba testimonial, de la que se deriva la denominada “presunción de aflicción” la que debe aplicarse conjuntamente con los mencionados criterios, de manera que la tasación de este tipo de perjuicios responda a la complejidad de una sociedad articulada, plural y heterogénea que exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada, sin que constituya una tarifa legal o judicial.

Si solamente se encuentra satisfecho el requisito de **idoneidad** se concederá de la siguiente forma:

	Con convivencia	Sin convivencia pero con relación de cercanía	Sin convivencia y sin relación de cercanía (simple presunción de Registro Civil)
Familiares inmediatos y cónyuge	50 SMMLV	10 SMMLV	5 SMMLV
Familiares derivados	20 SMMLV	5 SMMLV	2 SMMLV

Si se encuentran conjugados los principios de **idoneidad** y **necesidad** la liquidación se efectuará en los siguientes términos:

	Con convivencia	Sin convivencia pero con relación de cercanía	Sin convivencia y sin relación de cercanía (simple presunción de Registro Civil)
Familiares inmediatos y cónyuge	60 SMMLV	20 SMMLV	10 SMMLV
Familiares derivados	35 SMMLV	5 SMMLV	2 SMMLV

En el caso en que se encuentren reunidos los requisitos de **idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido**, se trata así:

	Con convivencia	Sin convivencia pero con relación de cercanía	Sin convivencia y sin relación de cercanía (simple presunción de Registro Civil)
Familiares inmediatos y cónyuge	100 SMMLV	50 SMMLV	25 SMMLV
Familiares derivados	50 SMMLV	25 SMMLV	10 SMMLV

En cuanto al lesionado, la tasación se hará conforme a la intensidad, necesidad y proporcionalidad que representa moralmente la angustia, la tristeza y la aflicción de verse con la pérdida de su ojo izquierdo. De acuerdo con lo anterior, los perjuicios morales quedarán tasados para los actores de la siguiente manera:

Gustavo José Cuello Jiménez (hijo)	100 smlmv
Isolina Pallares de Molina (madre)	50 smlmv
Jesús Alfonso Jiménez Pallares (hermano)	25 smlmv
Carlos Alberto Jiménez Pallares (hermano)	25 smlmv
Ingrid Dalila Jiménez Pallares (hermana)	25 smlmv

8.2 Perjuicios materiales

8.2.1 Lucro cesante consolidado

Solicitaron los actores en su demanda el pago de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante en favor de GUSTAVO JOSÉ CUELLO JIMENEZ por un valor de \$335.718.386.00, en atención a que la señora Jiménez Pallares había suscrito un contrato de prestación de servicios profesionales No. 121/98 con la Fiduciaria del Estado S.A, quien era la fiduciaria de los recursos de la Red de

Solidaridad Social - Programa para la Reinserción con una vigencia desde el 15 de mayo de 1998 hasta el 31 de diciembre de la misma anualidad, es decir, por un periodo aproximado de 7 meses y 16 días, representándose en ingresos mensuales de \$2.374.301. Así mismo, la víctima tenía como ingresos mensuales por un valor de \$500.000 en atención a las actividades de periodismo que realizaba en el Noticiero En Vivo 9:30. Por lo anterior, mensualmente la señora Jiménez Pallares devengaba \$2.874.301.

Del anterior valor se deduce el 20% correspondiente a los gastos personales de la víctima, teniendo como resultado el valor de 2.299.441. Teniendo en cuenta que el menor al momento de la muerte de la madre tenía 12 años de edad, se debe reconocer hasta la edad de 18 años, que es el término legal de proporcionar alimentos en su favor, sin embargo, en atención a que el menor se encontraba estudiando, tal obligación se extiende hasta cuando éste cumpla los 25 años de edad. (Fl. 176 C.1)

Con base en las pruebas obrantes dentro del proceso se tiene lo siguiente:

1. El contrato de prestación de servicios No. 121 de 1998 suscrito entre la Fiduciaria del Estado S.A., y la señora Amparo Leonor Jiménez Pallares consistía en ejecutar las actividades como Delegada Departamental del Cesar, con un plazo de duración que iniciaba desde la fecha del perfeccionamiento del contrato hasta el 31 de diciembre de 1998, de conformidad con lo establecido en la cláusula octava del contrato. (Fls. 25 a 29 C.1)

La cláusula cuarta del mencionado contrato contenía el valor total por \$17.000.000,00 y la forma de pago definiéndose bajo los siguientes parámetros: a) Un millón de pesos una vez cumplidos los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato (el perfeccionamiento se entendía desde el momento en que se suscribía el contrato y para el cumplimiento de la ejecución del mismo se exigía la constitución de la garantía única de cumplimiento junto con la aprobación por parte de la Fiduciaria del Estado S.A. b) 6 pagos iguales y sucesivos por la suma de \$2.000.000 previa certificación de cumplimiento del Director Administrativo y Financiero, y autorización del Director Nacional del Programa para la inserción a la Fiduciaria del Estado S.A., para los respectivos desembolsos previa presentación del informe de gestión avalado por la Dirección Nacional del Programa para la Reinserción. c) Un último desembolso de \$4.000.000 previa

informe final de actividades y el visto bueno del Director del Programa para la Reinserción. (Fl. 26 C.1)

Así mismo, aparece copia auténtica de la Garantía Única de Cumplimiento No. 025 982105746 expedida por Cóndor S.A., Compañía de Seguros Generales que amparaba el mencionado contrato de prestación de servicios. El amparo tenía una vigencia de inicio desde el 15 de mayo de 1998. Sin embargo, aparece un sello de aprobación por parte del Subgerente jurídico de la entidad contratante con fecha del 18 de mayo de 1998. (Fl. 29 C.1), lo que indicia que el contrato inició su ejecución a partir de esta última fecha. Ahora bien, si bien no aparece un reporte de pago efectivo por parte de la entidad contratante respecto del tiempo que transcurrió desde la fecha de inicio del contrato, esto es, a partir del 18 de mayo de 1998 hasta el 11 de agosto del mismo año (fecha en la que murió la señora Jiménez Pallares), se puede inferir que a la víctima le cancelaron el valor de un millón de pesos conforme al literal a) de la cláusula cuarta del contrato y, dos meses (18 de mayo a 18 de junio y del 18 de junio al 18 de julio de 1998) correspondientes a \$2.000.000 de pesos por cada mes vencido. En atención a lo anterior, a la víctima le desembolsaron \$5.000.000,00 millones de pesos.

Por lo tanto, faltaba \$12.000.000,00 por ejecutar, que serán actualizados con base en las fórmula matemático - financieras acogidas por la Corporación.

$$V_p = V_h \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

V_p: Valor presente de la renta.

V_h: Capital histórico o suma que se actualiza.

Índice final certificado por el DANE a la fecha de esta sentencia: 108.35

Índice inicial a la fecha de la muerte de la víctima: 51.29

$$V_p: \$ 12.000.000 \frac{108.35}{51.29} = \mathbf{\$25.349.970}$$

Por otro lado, se tiene que la señora Amparo Leonor Pallares ejercía la actividad de periodismo conforme a varios documentos que reposan en el acervo probatorio (Fls. 64 a 78 C.1). Sin embargo, todos ellos revelan el ejercicio de la profesión de la actora en años anteriores e incluso durante el año 1998 sin que existiera prueba del vínculo contractual con el Noticiero QAP y En Vivo 9:30.

Empero conforme a las declaraciones rendidas dentro del proceso contencioso administrativo se tiene lo siguiente:

Declaración de Francisco Rafael Escalona Bolaño (Fls. 203 a 205 C.1)

“(...) PREGUNTADO: Sírvanos decirnos si Ud. conoce o conoció a la señora Amparo Leonor Jiménez Payares, en caso afirmativo desde cuando porqué (sic) y que (sic) relaciones mantuvo con ella. CONTESTO: Sí la conocí aproximadamente hace 11 años, la conocía porque se desarrollaba o se desempeñaba como periodista y mi profesión de Camarógrafo me hacía tener una relación profesional ya que hacemos parte del mismo gremio. PREGUNTADO: Sírvase decirnos si Ud. tiene conocimiento cual era la actividad (sic) desempeñaba por la señora Amparo Jiménez Payares EN CASO afirmativo díganos cuales (sic) eran y si tiene conocimiento de cuales (sic) eran los ingresos mensuales por ella obtenido (sic) con ocasión de su ejercicio profesional. CONTESTO: Su actividad era la de periodista desarrollaba varias actividades entre las que yo puedo decir que conocí que se desempeñaba como corresponsal de Noticieros de Televisión, organización de eventos, separatas en periódicos regionales y locales y programas radiales, también como trabajadora de la Oficina de Redepaz y Reinserción, yo presumo que los ingresos mensuales de ella debían oscilar entre el millón y medio y dos millones de pesos. PREGUNTADO: Sírvase decirnos si Ud nos puede relacionar en cuales (sic) noticieros de Televisión se desempeñaba la señora Amparo Jiménez Payares como Corresponsal. CONTESTO: Actualmente se desempeñaba como corresponsal de noticiero en Vivo Nueve y Treinta y anteriormente por espacio de ocho años aproximadamente en el Noticiero Q.A.P. Teniendo como ingresos mensuales en el Noticiero de Televisión como promedio de millón trescientos mil pesos (...).”

Declaración de Beiro Mendoza González (Fls. 206 a 208 C.1)

“(...) PREGUNTADO: Sírvase decirnos si Ud. tiene conocimiento de que la señora Amparo Jimenez Payares se desempeñó como reportera del Noticiero en Vivo 9 y 30 en el año 1998 en caso afirmativo díganos lo que a Ud, le conste en relación con este hecho y cual (sic) era el ingreso que recibía por esta actividad. CONTESTO: Sí tengo conocimiento que trabajó y tuvo contrato con el Noticiero en _ Vivo a partir del mes de enero de 1998, por el cual recibía ingresos promedio de setecientos mil pesos. A mi me consta todo esto porque trabajamos en la misma oficina y yo tenía acceso a las cuentas de ella, teléfono, pago de transporte, pago de camarógrafo (...).”

Por lo anterior, si bien no se conocía con exactitud el monto que devengaba la víctima por el ejercicio de su profesión, en aras del principio de equidad y atendiendo a las reglas de la experiencia, toda persona laboralmente activa no puede devengar menos del salario mínimo. Por lo tanto, se actualizará el valor del salario mínimo de la época de los hechos (1998) para así comparar éste con el actual salario mínimo y determinar cuál de los dos valores se acoge para efectos de la liquidación.

$$Ra = Rh (\$203.826,00^{81}) \frac{\text{Índice final - septiembre/2011 (108,35)}}{\text{Índice inicial - agosto/1998 (51.29)}} = \$430.581,00$$

Como el valor actualizado es inferior al valor del salario mínimo legal vigente, se tomará éste último (\$535.600,00) al cual se le adiciona un 30% (\$160.680,00) por concepto de prestaciones sociales y se descuenta un 30% (\$280.884,00) correspondiente al rubro que destinaba para su propia subsistencia, obteniéndose como resultado el valor de \$487.396,00.

Teniendo en cuenta lo anterior, se concederá el lucro cesante consolidado a favor del hijo Gustavo José Cuello Jiménez desde la fecha de la ocurrencia de los hechos (11 de agosto de 1998) hasta el día en que cumpliera 25 años de edad teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corporación consistente en determinar que

“De igual forma, se modifica el criterio jurisprudencial que se tenía en relación con la presunción de manutención de los hijos hasta la mayoría de edad si no se acreditaba la escolaridad, desechando esta distinción, y dando por presumido que la condición de dependencia económica de aquellos respecto de los padres se mantiene hasta la edad de 25 años, con fundamento en los artículos 13 y 45 de la Constitución Política y en consideración además, a las reglas de la experiencia, siempre y cuando se acredite tal dependencia por cualquier medio probatorio”⁸².

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

- **El periodo consolidado** inicia desde la fecha de los hechos (11 de agosto de 1998) hasta la fecha en que el hijo de la víctima cumpliera 25 años de edad, esto es, hasta el 4 de diciembre de 2010, es decir, 88 meses.
- Ra: \$487.396,00

148

$$S = \$487.396,00 \cdot \frac{(1 + 0.004867)^{88} - 1}{0.004867} = \$ 105.299.864$$

En total se concederá a favor de Gustavo José Cuello Jiménez la totalidad de \$130.649.834 por concepto de lucro cesante consolidado.

⁸¹ Salario para el año 1998.

⁸² En sentencia del 4 de octubre de 2007, expediente 16058 y 21112. Así mismo ver sentencias del 26 de febrero de 2009, expediente: 13440 y del 25 de julio de 2011, expediente: 19434.

Así mismo, teniendo en cuenta que Gustavo José Cuello Jiménez, hijo de la víctima tiene a la fecha de esta sentencia 25 años y 10 meses de edad, no se concederá lucro cesante futuro, de conformidad con la jurisprudencia anteriormente señalada.

8.2.2 Daño emergente

a. Gastos de manutención: en el escrito de demanda se solicitó daño emergente en favor de la señora ISOLINA PALLARES DE MOLINA, como consecuencia de los gastos generados para la crianza de GUSTAVO JOSÉ CUELLO JIMÉNEZ, desde el momento de la muerte de la señora AMPARO JIMENEZ PALLARES, fecha desde la cual tiene al cuidado material de su nieto, en la suma de \$250.000.00 mensuales y los cuales se prolongarán hasta que el menor por lo menos cumpla 18 años.

Conforme a lo ya establecido en el capítulo de aspectos procesales previos, no se tendrá en cuenta las declaraciones extra proceso allegadas a la demanda, toda vez que no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 298 del C.P.C. Así mismo, se tiene que conforme al artículo 411 del Código Civil se deben alimentos entre otros a los nietos ⁸³, por lo tanto, es un deber de la abuela materna conceder alimentos entendiendo tal acepción desde una concepción amplia tal como lo establece el artículo 413 al indicar que se entiende por alimentos “*los congruos son los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social y necesarios los que le dan lo que basta para sustentar la vida.*”

Así mismo, ha indicado el precedente jurisprudencia de la Corte que

⁸³ ARTICULO 411. <TITULARES DEL DERECHO DE ALIMENTOS>. <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Se deben alimentos:

1o) <Numeral CONDICIONALMENTE exequible> Al cónyuge.

2o) A los descendientes ~~legítimos~~.

3o) A los ascendientes ~~legítimos~~.

4o) <Numeral modificado por el artículo 23 de la Ley 1a. de 1976. El nuevo texto es el siguiente:> A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpo sin su culpa.

5o) <Numeral modificado por el artículo 31 de la Ley 75 de 1968. El nuevo texto es el siguiente:> A los hijos naturales, su posteridad ~~legítima~~ y a los nietos naturales. (Subrayado por las Sala)

6o) <Numeral modificado por el artículo 31 de la Ley 75 de 1968. El nuevo texto es el siguiente:> A los Ascendientes Naturales.

7o) A los hijos adoptivos.

8o) A los padres adoptantes.

9o) A los hermanos ~~legítimos~~.

10) Al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada.

La acción del donante se dirigirá contra el donatario.

No se deben alimentos a las personas aquí designadas en los casos en que una ley se los niegue.

“(...) el concepto de alimentos que se deriva del parentesco, no sólo comprende “el sustento diario, sino también el vestido, la habitación, la educación y la recreación en el caso de los menores de edad.”⁸⁴

“(...) el reconocimiento y concreción de las obligaciones alimentarias y su realización material, se vincula con la necesaria protección que el Estado debe dispensar a la familia como institución básica o núcleo fundamental de la sociedad, y con la efectividad y vigencia de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, en la medida en que el cumplimiento de aquéllas sea necesario para asegurar en ciertos casos la vigencia de los derechos fundamentales de las personas al mínimo vital o los derechos de la misma estirpe en favor de los niños, o de las personas de la tercera edad, o de quienes se encuentren en condiciones de marginación o de debilidad manifiesta (art. 2º, 5, 11, 13, 42, 44 y 46 C.P. (...))”⁸⁵

Conforme a lo anterior, se denegará la solicitud del reconocimiento del daño emergente consistente en los gastos en que ha incurrido la madre de la víctima toda vez que es una obligación el dar alimentos a quien lo necesita, en este caso, al que era en su momento menor de edad.

b. Honorarios: la parte demandante solicitó la condena a la entidad demandada a pagar por concepto de daños materiales en la modalidad de daño emergente, la suma de \$3.000.000,00 cancelados al Doctor RICARDO ANTONIO DE LA HOZ FERNÁNDEZ, como parte de sus honorarios profesionales por el proceso que se lleva en curso.

Los honorarios como parte de pago para instaurar la presente acción de reparación directa hacen parte del concepto agencias en derecho consistentes en la porción de las costas imputables a los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso, el incidente o el trámite especial por él promovido, y de quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, revisión o anulación que haya propuesto, y en los casos previstos en los códigos de procedimiento.⁸⁶

Por costas procesales según el precedente constitucional

“(...) Comúnmente la doctrina entiende por costas procesales los gastos que se deben sufragar en el proceso; la noción incluye las expensas y las agencias en derecho. Las expensas son las erogaciones distintas al pago de los honorarios del abogado, tales como el valor de las notificaciones, los

⁸⁴ Sentencia C-919 de 2001

⁸⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-184 de 1999. Concepto reiterado en la sentencia T-199 de 2009.

⁸⁶ Acuerdo 1887 del 26 de Julio de 2003.

*honorarios de los peritos, los impuestos de timbre, copias, registros, pólizas, etc. (...)*⁸⁷

Debe recordarse que conforme al artículo 177 del C.C.A., en todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, los artículos 392 y siguientes del C.P.C regulan lo referente a las costas. Sin embargo, observando tales disposiciones se puede verificar que el juez contencioso administrativo al momento de proferir la condena en costas, “podrá” hacerlo, “*teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes*”. Esta indicación no está contemplada dentro de las reglas que regulan la liquidación de costas en el proceso civil. Aquí la conducta de las partes no es tenida en cuenta a la hora de la condena en costas, salvo el evento a que se refiere el numeral 2 del artículo 392 esto es, que la condena sólo se impone “*cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal o cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad*”. Lo anterior, debe entenderse que la remisión efectuada por el artículo 171 a las normas del proceso civil no operan, pues ésta última es de carácter especial y que debe aplicarse preferentemente en este aspecto.

Con base en lo anterior, se tiene que los honorarios no son considerados como un daño emergente en que incurrió la parte actora al instaurar la presente demanda, contrario a ello, se tiene que hacen parte de la valoración que haga el juez administrativo al momento de determinar si condena o no en costas conforme lo establece el artículo 171 del C.C.A.

9. De la reparación integral y las medidas de satisfacción.

La Sala en aplicación del principio de reparación integral, y a lo consagrado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, ordenará unas medidas de satisfacción, teniendo en cuenta que debe ceder el fundamento procesal del principio de congruencia ante la primacía del principio sustancial de la “*restitutio in integrum*”, máxime cuando existe la vulneración a un derecho humano. En el precedente de la Sala se sostiene,

⁸⁷ Sentencia Corte Constitucional C-043 de 2004.

“Toda reparación, parte de la necesidad de verificar la materialización de una lesión a un bien jurídico tutelado (daño antijurídico), o una violación a un derecho que, consecuentemente, implica la concreción de un daño que, igualmente, debe ser valorado como antijurídico dado el origen del mismo (una violación a un postulado normativo preponderante). Así las cosas, según lo expuesto, es posible arribar a las siguientes conclusiones lógicas: Toda violación a un derecho humano genera la obligación ineludible de reparar integralmente los daños derivados de dicho quebrantamiento. No todo daño antijurídico reparable (resarcible), tiene fundamento en una violación o desconocimiento a un derecho humano y, por lo tanto, si bien el perjuicio padecido debe ser reparado íntegramente, dicha situación no supone la adopción de medidas de justicia restaurativa. Como se aprecia, en la primera hipótesis, nos enfrentamos a una situación en la cual el operador judicial interno, dentro del marco de sus competencias, debe establecer en qué proporción puede contribuir a la reparación integral del daño sufrido, en tanto, en estos eventos, según los estándares normativos vigentes (ley 446 de 1998 y 975 de 2005), se debe procurar inicialmente por la restitutio in integrum (restablecimiento integral) del perjuicio y de la estructura del derecho trasgredido, para constatada la imposibilidad de efectuar la misma, abordar los medios adicionales de reparación como la indemnización, rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición y, adicionalmente el restablecimiento simbólico, entre otros aspectos. Debe colegirse, por lo tanto, que el principio de reparación integral, entendido éste como aquel precepto que orienta el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo, debe ser interpretado y aplicado de conformidad al tipo de daño producido, es decir, bien que se trate de uno derivado de la violación a un derecho humano, según el reconocimiento positivo del orden nacional e internacional, o que se refiera a la lesión de un bien o interés jurídico que no se relaciona con el sistema de derechos humanos (DDHH). En esa perspectiva, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos supone, no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan, naturalmente, de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual se adoptan una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño (strictu sensu), sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos. Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona, específicamente, con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas, de rehabilitación, o de no repetición, dicha circunstancia, per se, no supone que no se repare íntegramente el perjuicio. Como corolario de lo anterior, para la Sala, la reparación integral propende por el restablecimiento efectivo de un daño a un determinado derecho, bien o interés jurídico y, por lo tanto, en cada caso concreto, el operador judicial de la órbita nacional deberá verificar con qué potestades y facultades cuenta para obtener el resarcimiento del perjuicio, bien a través de medidas netamente indemnizatorias o, si los supuestos fácticos lo permiten (trasgresión de derechos humanos en sus diversas categorías), a través de la adopción de diferentes medidas o disposiciones”⁸⁸.

⁸⁸ Sentencia de 19 de octubre de 2007. Exp.29273^a. Ver de la Corte Permanente de Justicia Internacional, caso Factory of Chorzów, Merits, 1928, Series A, No. 17, Pág. 47. Citada por CRAWFORD, James “Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional del Estado”, Ed.

Así mismo, el precedente de la Sala en su momento consideró,

“En ese orden de ideas, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos implica no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también supone la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual era posible la implementación de una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño (strictu sensu), sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos vulnerados. Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona específicamente con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas de rehabilitación, o de no repetición, ello no implica en manera alguna que no se repare íntegramente el perjuicio”⁸⁹.

Adicionalmente, y acogiendo el precedente de la Sala que incorpora a nuestro concepto de reparación integral las denominadas medidas de reparación no pecuniarias, se ordenará, con el objeto de responder al “principio de indemnidad” y a la “restitutio in integrum”, y bajo el amparo del artículo 16 de la ley 446 de 1998, que se cumpla con las siguientes obligaciones que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión: 1) la realización de un acto público encabezado por el Director del INPEC o quien haga sus veces en el que se ofrezca disculpas a los familiares de Amparo Leonor Jiménez Pallares; 2) se deberá publicar la parte resolutive de esta sentencia en todas los establecimientos carcelarios y penitenciarios del país y, darse difusión en un medio de comunicación departamental de la misma; 3) se ordenará que se compulse copias ante las autoridades competentes para que se determine si hay lugar o no a iniciar las investigaciones disciplinarias en contra de los funcionarios que tenían a su cargo el cumplimiento de las obligaciones de vigilancia y revisión del prontuario o cartilla biográfica de las personas que se encuentran reclusas en el centro penitenciario del Distrito de Santa Marta, conforme a lo establecido en la Ley 65 de 1993; 4) se ordenará que se compulse copias ante las autoridades competentes para que se determine si hay lugar o no a iniciar las investigaciones disciplinarias por la falta de defensa técnica que tuvo el INPEC a lo largo de todo el proceso que finaliza con esta providencia, contra todos aquellos que hasta la

Dykinson, Pág. 245; Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso de la Masacre de Puerto Bello (vs) Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006; de la Corte Constitucional Sentencia T-563 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En igual sentido T- 227 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-1094 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-175 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería. Corte Constitucional, sentencia T-188 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis

⁸⁹ Sentencias de 8 de junio de 2011. Exp.19972; de 8 de junio de 2011, expediente: expediente: 19973.

fecha de la sentencia tenían a su cargo delegar y vigilar que se ofreciera dicha defensa. De todo lo ordenado, la entidad demandada deberá entregar al despacho informes del cumplimiento de lo aquí ordenado como medidas de satisfacción, dentro de los cuarenta y cinco días (45) siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

10. Condena en costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente.

Conforme a la jurisprudencia constitucional

“(…) En la nueva regulación de las costas en el proceso administrativo no basta entonces que la parte sea vencida, toda vez que se requiere una valoración de la conducta observada por ella en el proceso. La dificultad surge al determinar los criterios que debe tener en cuenta el juez para decidir cuando la conducta de la parte justifica la condena en costas (…)”⁹⁰.

Sin embargo, se ha establecido que el juicio que debe realizar el juez implica un reproche respecto de la parte vencida siempre que se valore que si actuación no se acomode a un adecuado ejercicio de acceder a la administración de justicia, siendo una proceso de ponderación y valoración de la conducta de las partes y no de arbitrariedad. El hecho de no contestar la demanda por el INPEC, puede constituirse en una manifestación de una actuación temeraria, ya que la inactividad o silencio procesal puede estar orientado a no querer contribuir o a desviar la posibilidad de lograr la verdad material, y no solo procesal, que el juez contencioso administrativo está llamado a valorar y determinar.

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

FALLA

⁹⁰ Sentencia Corte Constitucional C-043 de 2004.

Revóquese la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, Norte de Santander y Cesar - Sala de descongestión el 30 de enero de 2001, y en su lugar se resuelve:

PRIMERO: Declárese a la NACIÓN - INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO –INPEC - administrativamente responsable por los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión de la muerte de la señora Amparo Leonor Jiménez Pallares ocurrida el 11 de agosto de 1998.

SEGUNDO. Condénese a la NACIÓN - INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO –INPEC - a pagar por perjuicios morales a cada una de las siguientes personas los siguientes valores: Gustavo José Cuello Jiménez (hijo) cien (100) smlmv; a Isolina Pallares de Molina (madre), cincuenta (50) smlmv; Jesús Alfonso Jiménez Pallares (hermano), veinticinco (25) smlmv; Carlos Alberto Jiménez Pallares (hermano) veinticinco (25) smlmv e Ingrid Dalila Jiménez Pallares (hermana), veinticinco (25) smlmv.

TERCERO: Condénese a la NACIÓN - INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO –INPEC - a pagar por concepto de **lucro cesante consolidado** a favor de Gustavo José Cuello Jiménez un valor total de CIENTO TREINTA MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS (\$130.649.834) MONEDA CORRIENTE.

CUARTO: Condenar a la NACIÓN - INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO –INPEC - a cumplir las siguientes medidas de satisfacción: 1) la realización de un acto público encabezado por el Director del INPEC o quien haga sus veces en el que se ofrezca disculpas a los familiares de Amparo Leonor Jiménez Pallares; 2) se deberá publicar la parte resolutive de esta sentencia en todas los establecimientos carcelarios y penitenciarios del país y, darse difusión en un medio de comunicación departamental de la misma; 3) se ordenará que se compulse copias ante las autoridades competentes para que se determine si hay lugar o no a iniciar las investigaciones disciplinarias en contra de los funcionarios que tenían a su cargo el cumplimiento de las obligaciones de vigilancia y revisión del prontuario o cartilla biográfica de las personas que se encuentran reclusas en el centro penitenciario del Distrito de Santa Marta, conforme a lo establecido en la Ley 65 de 1993; 4) se ordenará que se compulse copias ante las autoridades competentes para que se determine si hay lugar o no a iniciar las investigaciones disciplinarias por la falta de defensa técnica que tuvo el INPEC a lo largo de todo el proceso que finaliza con esta providencia, contra todos aquellos que hasta la

fecha de la sentencia tenían a su cargo delegar y vigilar que se ofreciera dicha defensa. De todo lo ordenado, la entidad demandada deberá entregar al despacho informes del cumplimiento de lo aquí ordenado como medidas de satisfacción, dentro de los cuarenta y cinco días (45) siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

QUINTO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda conforme a la parte motiva de esta sentencia.

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

SÉPTIMO: Condénese en costas a la entidad demandada.

OCTAVO: Devuélvase el expediente al Tribunal de origen una vez ejecutoriada la presente sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente de la Sala
Con aclaración de voto

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente