

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**



Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

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

Radicación: 52 001 23 31 000 1999 00516 01 (20227)

Actor: Luz Dary Díaz Higuita y otro

Demandado: Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional

Asunto: Acción de reparación directa (sentencia)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 16 de febrero de 2001 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante la cual se dispuso denegar las súplicas de la demanda y condenar en costas a los demandantes (fl.99 cp).

ANTECEDENTES

1. La demanda.

1 Fue presentada el 18 de mayo de 1999, por Luz Dary Díaz Higuita (víctima), Fabio Díaz Martínez (padre), Aleyda Higuita Salazar (madre) y Héctor Fabio Díaz Higuita (hermano), mediante apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., con el objeto de declarar la responsabilidad patrimonial de las entidades públicas demandadas por “**los daños de orden físico, síquico y psiquiátrico (moral y fisiológico)**” causados a Luz Dary Díaz Higuita como consecuencia del atentado terrorista llevado a cabo por el frente 19 de las FARC al cuartel de la Policía Nacional ubicado en el municipio de Belén (Nariño) el día 14 de octubre de 1998.

2 Una vez declara la responsabilidad de las entidades demandadas, la parte actora solicitó la indemnización por concepto de daños morales el equivalente en dinero a mil (1000) gramos de oro para la lesionada y de quinientos (500) gramos de oro para los padres y hermano de la misma. Así mismo, se demandó se



condenara a las entidades demandadas por concepto de perjuicio fisiológico la suma equivalente a dos mil (2000) gramos de oro a favor de la lesionada.

3 En cuanto a la situación fáctica, en la demanda la parte actora advirtió que la entidad demandada “estaba avisado (sic) por informes de Inteligencia (sic) y contrainteligencia de la propia policía (sic) así como por los boletines que en forma reiterada pública y descarada habían regado los guerrilleros de las FARC, quienes además de ello habían adelantado terrorismo telefónico ordenando a los habitantes alrededor del Comando de Policía para que desalojaran sus viviendas por cuanto concretamente el día 14 de octubre realizarían el atentado terrorista” (fl.2 c1).

Así mismo, se señaló que el “Ejercito (sic) Nacional advirtió a través de informes de inteligencia a la Policía Nacional que el atentado se efectuaría entre el día martes a el (sic) día jueves y que deberían tomarse las correspondientes medidas de seguridad indicando que quien cometería el hecho sería (sic) el frente 29 de las FARC, informando además que se tomarían los municipios de Génova, La Cruz, San José de Albán, Belén y San Bernardo” (fl.2 c1).

Pese a lo anterior, se agrega en la demanda, “la Policía Nacional y el Ministerio de Defensa no remitieron refuerzos a esa Unidad no desplazaron helicópteros ni aviones a Pasto con al (sic) finalidad de poder rendir un apoyo pronto y oportuno”, como tampoco “el mando superior destino (sic) oficiales de grado superior ni envió (sic) armas de guerra con las cuales pudiese repeler en forma adecuada el ataque guerrillero” (fl.2 c1).

Según la parte actora, no “se tomaron las medidas necesarias para que los familiares de Oficiales (sic), suboficiales y agentes de la Policía evacuaran sus viviendas y tuviesen seguridad en su vida durante el ataque guerrillero, la única medida que se tomo (sic) fue la de concentrar las esposas e hijos de los policiales en el cuartel de Policía (sic) sometiéndolos al peligro de la confrontación armada” (fl.2 c1).



En cuanto a las lesiones causadas, se señaló que la demandante “sufrió la conmoción sicológica de ver a su esposa (sic) Yomar Armando Santacruz herido y sangrante y en medio del dolor físico sufrido por Luz Dary Díaz Higueta le fue destruido el órgano de la visión por una granada a quien las esquirlas de la misma le perforaron el ojo izquierdo extrayéndole el ojo, perdiendo el iris inferior del mismo desprendiéndole (sic) la retina” (fls.2 y 3 c1).

2. Actuación procesal en primera instancia

4 El Tribunal Administrativo de Nariño mediante providencia del 27 de mayo de 1999 admitió la demanda (fls.35 y 36 c1), la cual fue notificada al Ministerio de Defensa Nacional y a la Policía Nacional por conducto del señor Comandante del Departamento de Policía de Norte de Nariño (fl.39 c1).

5 La Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional contestó la demanda en la oportunidad legal, mediante escrito en el cual se opuso a todas las pretensiones y manifestó **que** los hechos deberían de probarse (fls.41 a 45 c1). En la misma sostuvo la demandada,

“(…) se puede deducir de manera clara y contundente que los únicos responsables de éstas, son los grupos al margen de la ley, que militan en esta región, sumándose además a esta situación, la irresponsabilidad de la víctima en estos hechos, ya que conociendo de que la estación de policía iba a ser tomada en esa fecha, no tenía por que (sic) estar en el interior de la (sic) Instalaciones (sic), exponiéndose y por ende asumiendo su propio riesgo... Además no es cierto, que ella y su familia haya tenido que asumir los gastos médicos, ya que como es bien sabido, ella como esposa de un miembro de las fuerzas militares, es beneficiaria del servicio de salud; quién (sic) no puede escatimar en esta clase de gastos” (fl.43 c1).

6 Agotada la etapa probatoria a la que se dio inicio mediante autos del 20 de octubre de 1999 (fls.57 c1, 1 y 2 c2 y 1 c3), y habiéndose convocado para audiencia de conciliación por auto de 14 de abril de 2000 (fl.55 c1) y celebrada el 7 de junio de 2000 la cual fue fallida según acta de la misma fecha (fls.58 y 59 c1), mediante providencia de 28 de agosto de 2000 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (fl. 71 c1).



7 La parte actora dentro de la oportunidad legal presentó sus alegatos de conclusión, reiterando lo expresado en otras instancias procesales, agregando,

“(…) El generador del hecho es el Estado, él por no combatir la delincuencia y por ser permisivo con ella se convierte en causa eficiente del daño sufrido por mi mandante pues si el Estado hubiese reforzado con Ejército (sic) y con inteligencia la zona el ataque no hubiese ocurrido y mi mandante no hubiese sufrido tan grave daño.

(…)

Aquí la actividad del estado (sic) enviar policías y sus familias a zonas de desorden público se torna en fuente de su responsabilidad administrativa pues invita a que el ataque se produzca, la responsabilidad se cause, los daños se ocasionen a los ciudadanos y por lo tanto la indemnización se dé” (fls.72 y 73 c1).

8 El Ministerio Público mediante el concepto 172 de 20 de septiembre de 2000 solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda, argumentando,

“(…) en el caso en estudio, ninguna actuación se ha probado a la Policía Nacional. Se dice en la demanda que hubo falla en el servicio y de inteligencia, pero no se probó esta aseveración y cabe recordar que en los procesos contencioso administrativos de reparación directa, la justicia es rogada (…)

(…)

... no se ha probado cuál fue la acción u omisión en que incurrió la Policía Nacional para que se le pueda imputar las lesiones de la señora LUZ DARY DIAZ HIGUITA, pues como se dice en la demanda, las lesiones se causaron por la toma guerrillera que efectuó las FARC a las instalaciones del Municipio de Belén Nariño (…).

(…)

... en el caso que nos ocupa, no cabe la menor duda de que las lesiones fueron causadas por un tercero, la guerrilla... la Procuraduría conceptúa que se ha dado una causal de exoneración, cual es el hecho de un tercero: asalto guerrillero al cuartel de Policía de Belén (Nariño) el 14 de octubre de 1998.

... En el caso en estudio no existe prueba que determine la falla en que incurrió la demandada y que hubiera sido la causa inmediata del daño que se pretende sea indemnizado

(…)

Tampoco es atendible la supuesta existencia de falla del servicio por no contar la Policía, en esa ocasión desafortunada, con tecnología suficiente, helicópteros de ayuda. Las fuerzas de Policía estaban dotadas como el municipio de Belén, acorde con el desarrollo del país al que sirve, y se le debe exigir que ejecute tácticas de defensa y ataque adecuadas a su dotación material y a la normal capacidad de inteligencia que haya establecido. Si a pesar de eso, el enemigo lo vence, no existe falla del servicio, pues es relativa, esto es, de acuerdo con o en relación a la dotación y estado económico y técnico del servicio donde ocurre la supuesta falla” (fls.77 y 78 c1).

9 La parte demandada dentro de la oportunidad legal presentó sus alegatos de conclusión, reiterando lo expresado en otras instancias procesales, agregando



“(…) Empero, no existe dentro de la carga probatoria, prueba fehaciente; que pueda determinar responsabilidad de la entidad que represento; esto es, proceso penal o disciplinario en contra de agente, oficial suboficial de la Policía Nacional, de los cuales se pueda determinar con veracidad y certeza que miembros de la Policía Nacional, fueron los que realmente participaron en el hecho.

(…)

… es bien conocido por los uniformados, esto (sic) no pueden convivir con sus familiar (sic) en las estaciones de Policía y cae de su peso, que expongan de esta manera a sus familiares, ha (sic) sabiendas que frente a una incursión guerrillera, quienes llevan las de perder son las instalaciones de Policía, y para no ir muy lejos, hasta su propia vida” (fls.82 y 83 c1).

3. Sentencia de primera instancia.

10 El Tribunal Administrativo de Nariño en la sentencia de 16 de febrero de 2001 denegó las pretensiones de la demanda, fundándose en los siguientes argumentos,

“(…) En el sub lite no existe prueba alguna que acredite que las lesiones por las que demanda la señora LUZ DARY DIAZ HIGUITA sean imputables a la entidad demandada, puesto que el día de los hechos, 14 de octubre de 1998, lo que ocurrió fue un atentado terrorista por parte de la guerrilla de las FARC en contra de la Estación de Policía de Belén – Nariño, en donde se encontraba la demandante y a causa del cual sufrió un daño en su integridad física.

Del estudio de las pruebas presentadas a consideración de la Sala no se puede concluir que la entidad demandada es la responsable de la acción que se le imputa, pues no basta la sola afirmación de la demandante en el sentido de inculpar a la Nación. (sic) Ministerio de Defensa – Policía Nacional de los perjuicios que estima le fueron causados, sino que además debe existir prueba pertinente y conducente de lo afirmado, puesto que en este caso no se puede aplicar la teoría de la falla presunta de la administración, por no existir prueba alguna que incrimine a la Policía Nacional; por el contrario, de las pruebas que existen en el informativo se puede concluir que se debe exonerar a la entidad demandada de toda responsabilidad, pues en este caso existió el hecho de un tercero como es la guerrilla.

Si bien es cierto en el informativo obra prueba de las lesiones sufridas por LUZ DARY DIAZ HIGUITA, es claro que éstas no pueden ser atribuidas a la acción u omisión de la entidad demandada, por lo tanto no se configura la relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño” (fls.95 y 96 cp).

4. El recurso de apelación

11 El 28 de febrero de 2001 la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 16 de febrero de 2001 del Tribunal Administrativo Nariño (fl.101 cp), el cual fue sustentado mediante escrito presentado el 2 de marzo de 2001 en el que se reiteraron las afirmaciones realizadas en otras instancias procesales y se agregó,



“(…) En el presente caso la H.(sic) Sala desconoció que el daño resulta antijurídico por que (sic) mi mandante no tiene por que (sic) soportar los daños que se le han generado en su humanidad con motivo de la defensa que las fuerzas del orden hicieron frente a las fuerzas de la subversión.

(…)

Así la actuación de la fuerza pública sea lícita (sic) y adecuada esa licitud no la exonera del deber jurídico de indemnizar los daños que se generen en defensa de los contenidos histórico morales de honor, valor, patria y soberanía.

La respuesta de los organismos de defensa del Estado generaron una reacción brutal y sanguinaria de la guerrilla lo que origino (sic) los graves daños físicos y morales en la demandante.

(…)

Es este principio de equidad que genera el principio de responsabilidad por daño especial que ha sido desconocido en la sentencia de 16 de febrero de 2001 a Luz Dary Díaz Higuita y otros por el H. (sic) Tribunal de Nariño.

(…)

El Ejército (sic) Nacional informó por escrito a la Policía Nacional que (sic) frente atacarían con cuantos (sic) hombres y que (sic) día se haría ese ataque identificando plenamente los municipios que realmente fueron objeto del ataque entre ellos Génova, La Cruz, San José de Alban y San Bernardo.

(…)

Los Policías (sic) sabían que la única forma como podían evacuar a sus familias era por vía aérea por que (sic) la población cercada permanentemente por retenes guerrilleros conocía perfectamente la identidad de las esposas de los policiales y estas serían capturadas por los guerrilleros y puestas como escudos humanos para que sus esposos se entregaran a los terroristas.

Existe una clara y demostrada omisión pues las esposas de los Policiales (sic) ante la eminente muerte de sus esposos abandonados por el mando superior decidieron asumir la muerte o las desgracias de sus esposo (sic) como suyas y quedarse para con su presencia darles valor e impedir que se rindieran a la subversión.

(…)

El mando superior descuido (sic) no reforzó no obligó a quien lo tenía (sic) amenazado en este caso la guerrilla a que no llevara a cabo su criminal y brutal acción delincencial, ninguna de las fuerzas del estado realizaron actos disuasivos para que la guerrilla no destruyera la población, el hecho de un tercero el de la guerrilla causó los graves daños en la humanidad de Luz Dary Díaz Higuita pero esos daños le son imputables por que (sic) la autoridad actuó con omisión no utilizó (sic) la fuerza disuasiva de que esta investida la autoridad superior del estado para evitar la toma guerrillera y la triste muerte de policías y ciudadanos como aquí ocurrió” (fls.103, 104 y 105 cp).

12 El *a quo* mediante providencia del 16 de marzo de 2001 concedió el recurso de apelación (fls.107 y 108 cp).

5. Actuación en segunda instancia

13 El despacho, de la época, mediante providencia del 17 de mayo de 2001 admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fls.111 y 112 cp).



14 Mediante auto de 7 de junio de 2001 se corrió traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión y en caso de solicitarse por el Ministerio Público se surtiera el trámite previsto en el inciso segundo del artículo 59 de la ley 446 de 1998 (fl.114 cp).

15 La parte actora por escrito y en la oportunidad legal presentó sus alegatos de conclusión reiterando lo afirmado en otras instancias procesales y agregó

“(…)

Existió una falla en el servicio de seguridad y defensa por el daño causado por terroristas consentidos por el Gobierno a quienes se les dio una porción del territorio nacional que linda con la zona atacada para que en esta zona se armen los asesinatos estos armen a los asesinos entrenen sus hombres ataquen a los miembros de policía y a sus familias y luego se refugien en esos territorios permitidos por el gobierno donde no pueden ser perseguidos.

(…)

Dejar a seis policías en una población de alto riesgo donde estaba confirmado un ataque guerrillero era inminente que se le sometía no solo a ellos si no a sus familias a un daño especial que ellos obligatoriamente no tenían por que (sic) soportar ni sus familias como ocurrió en el caso de Luz Dary Díaz Higueta.

(…)

La relación de causalidad esta (sic) plenamente establecida con la negligencia, omisión y descuido de la fuerza pública (sic) quienes a pesar de estar plenamente advertidos del ataque guerrillero dejaron a seis simples policías sometidos al brutal ataque de mas (sic) de 60 guerrilleros quienes protegidos por un tratado de paz asesinaron a unos de ellos y regresaron a sus campamentos donde la “fuerza pública (sic)” no pudo perseguirlos” (fls.115 a 117 cp).

16 La parte demandada¹ y el Ministerio Público guardaron silencio.

17 Mediante escrito de 28 de febrero de 2008, la parte actora solicitó se concediera la prelación para proferir fallo (fl.141 cp). En respuesta a la anterior solicitud, el despacho, de la época, decidió negar la solicitud de prelación formulada (fl.142 cp).

¹ Si bien la parte demandada presentó alegatos de conclusión, el despacho de la época por auto de 13 de julio de 2001 no reconoció personería a la apoderada que allegó dicho memorial, al no cumplirse los requisitos establecidos en los artículos 64 a 68 del CPC, razón que lleva a la Sala a no considerar el mencionado escrito (fls.133 a 136 y 138 cp).



CONSIDERACIONES

1. Competencia

1 Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 16 de febrero de 2001 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante la que se denegaron las pretensiones de la demanda.

2 La Sala observa que es competente para resolver el asunto *sub judice*, teniendo en cuenta que la pretensión mayor, referida en la demanda a los perjuicios morales excedía la cuantía mínima exigida para que opere la doble instancia, en aplicación del decreto 597 de 1988.

3 La Sala advierte que no tendrá en cuenta y no les dará valor probatorio a la copia simple de la cédula de ciudadanía de María Adelaida Salazar (fl.17 c1), la copia simple de la contraseña de identificación de Héctor Fabio Díaz Higuita (fl.20 c1) y de la historia clínica aportada por la parte actora (fls.25 a 31 c1), sin perjuicio de la que allegó la demandada, por no cumplir las exigencias legales en los términos de los artículos 252 y 254 del CPC².

4 El análisis de la impugnación se circunscribirá a los argumentos expuestos y desarrollados por la parte actora en el recurso de apelación, específicamente a que se produjo un daño antijurídico a Luz Dary Díaz Higuita, que es atribuible a la entidad demandada tanto por falla del servicio, como daño especial.

² Con lo que se da continuidad al precedente de la Sala: sentencias de 11 de mayo de 2006. Exp.15042; de 4 de septiembre de 2008. Exp.16515; de 11 de febrero de 2009. Exp.16337; de 3 de febrero de 2010. Exp.17288.



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

5 Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”³ de la responsabilidad del Estado⁴ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados⁵ y de su patrimonio⁶, sin distinguir su condición, situación e interés⁷. 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”⁸. Como bien se sostiene en la doctrina,

³ 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.

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶ “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.

⁷ 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.

⁸ RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français”, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BÉNOIT, F. “Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, en *JurisClasseur Publique*, 1954. T.I, V.178.



“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad⁹; 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”¹⁰.

6 Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado¹¹ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública¹² tanto por la acción, como por la omisión.

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

“... antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otra lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear

⁹ “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.

¹⁰ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*., ob., cit., pp.120-121.

¹¹ “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.

¹² 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.



el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública”¹³.

Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado,

“La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”¹⁴.

De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”¹⁵.

Así mismo, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”¹⁶. Dicho daño tiene como características que sea

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

¹⁶ Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la



cierto, presente o futuro, determinado o determinable¹⁷, anormal¹⁸ y que se trate de una situación jurídicamente protegida¹⁹.

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

“La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”²⁰.

9 Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad²¹, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el

fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana". Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550.

¹⁷ Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

¹⁸ “*por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio*”. Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

¹⁹ Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

²¹ 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.



sustento fáctico y la atribución jurídica²². Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”²³.

10 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”²⁴. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”²⁵.

11 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”²⁶. 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

²² 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.

²³ “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.

²⁴ “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.

²⁵ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

²⁶ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.



de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no²⁷. 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”²⁸.

12 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 proporcionalidad²⁹ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un

²⁷ JAKOBS, G. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sentencia de 24 de febrero de 2005. Exp.14170.

²⁸ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., p.171.

²⁹ “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.



ejercicio de la ponderación³⁰ 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”³¹.

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 protección³² frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible³³. 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

³⁰ “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 compete 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.

³¹ 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.

³² 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.

³³ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt.Zugleich eine Untersuchung zum Grufid der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.



y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano³⁴.

A lo que se agrega por el mismo precedente,

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

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

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

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

Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de **deberes positivos**, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos^{35,36}.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

³⁵ 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.

³⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.



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 sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante³⁷.

13 Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcarse por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva, o de la construcción jurídica de la responsabilidad 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 universal, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse... que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”³⁸.

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que el daño antijurídico y la imputación [juicio de atribución] sean los presupuestos para el establecimiento de la responsabilidad extracontractual, agregando que el juicio de imputación debe considerar, en la actualidad, tres escenarios: peligro, amenaza y daño. 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.

14 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, previo abordar lo relativo al uso, disposición y manejo de minas antipersonales por parte del Estado.

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

³⁸ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., p.204.



3. Hechos probados:

15 Al expediente fue allegado oportunamente y cumpliendo las exigencias legales para tener valor probatorio los siguientes elementos:

- Copia auténtica del registro de nacimiento de Luz Dary Higuita Díaz (fl.15 c1).
- Copia auténtica del registro de nacimiento de Fabio Díaz Martínez (fl.16 c1).
- Copia auténtica del registro de nacimiento de María Aleida Higuita Salazar (fl.18 c1).
- Copia auténtica del registro de nacimiento de Héctor Favio (sic) Díaz Higuita³⁹ (fl.19 c1).
- Copia auténtica del carné de la Policía Nacional del señor Yomar Armando Santacruz Patiño (fl.21 c1).
- Copia auténtica del registro del matrimonio entre Yomar Armando Santacruz Patiño y Luz Dary Díaz Higuita (fl.22 c1). Se allegó, también, certificado de matrimonio expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil (fl.24 c1).
- Copia del registro civil de nacimiento de Yomar Armando Santacruz Patiño, expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil (fl.23 c1).
- Certificación, de 8 de febrero de 1999, de la Oftalmóloga C.Oculoplástica, doctora Martha Lucia Medina, del Hospital Central de la Policía Nacional.
- Oficio S.A 290, de 23 de noviembre de 1999, del Subgerente de Prestación de Servicios del Hospital Departamental de Nariño ESE, con el que se allegó copia de

³⁹ Se advierte que en la copia se encuentra enmendadura en el nombre y anotaciones en la parte final de la misma.



la historia clínica de Luz Dary Díaz Higueta, con número 19-89-18 (fl.3 c2⁴⁰). Dicha historia clínica se presentó con los siguientes documentos:

- i) Epicrisis, con fecha de ingreso 15 de agosto de 1998 y de egreso 16 de agosto de 1998.
- ii) Hoja de historia clínica de 15 de agosto de 1998.
- iii) Hoja de evolución y tratamiento, en la que se daba cuenta del estallido del globo ocular izquierdo (fl.6 c2).
- iv) Hoja de descripción operatoria (fl.7 c2).

- Oficio 0086 DINJU DENAR, de 7 de diciembre de 1999, del Departamento de Policía de Nariño con el que se allegó “la correspondiente certificación, expedida por el Grupo de Sanidad DENAR, de la Policía atención médica por parte de esa E.P.S” (fl.10 c2). En ese sentido se aportó el oficio, de 28 de septiembre de 1999, del Jefe del Grupo de Sanidad DENAR del Departamento de Policía de Nariño.

- Oficio 00580/COMAN, de 29 de marzo de 2000, del Comandante del Departamento de Policía de Nariño, con el que se allegó copia “de poligramas, fotocopia del informe de inteligencia y copia (fax) de informe sobre la acción subversiva” (f.14 c2). En ese sentido, se aportó:

- i) Poligrama SB.209 del 15 de octubre de 1998, de las 17:00 horas.
- ii) Poligrama SB.197.
- iii) Poligrama 05122 COMAN, de 15 de octubre de 1998.
- iv) Poligrama SB.180 de 13 de octubre de 1998.
- v) Informe relativo a los resultados de la Comisión para determinar la presencia de miembros de las autodefensas y de subversivos en los municipios de San Bernardo, La Cruz, Tablón de Gómez, San José de Alban y Belén, elaborado por el agente Flavio Tulio Prado, placa 54400, del Departamento de Policía de Nariño.
- vi) Oficio 1408 NDTLU C – 252, que recoge el informe sobre acción subversiva, de 16 de octubre de 1998, del Comandante del Tercer Distrito.

⁴⁰ La parte demandada aportó la historia clínica que aparece en el cuaderno 3 a folios 4 a 18.



- Oficio 0849, de 23 de noviembre de 1999, de la Coordinadora del Grupo de Sanidad DENAR, del Departamento de Policía de Nariño, en el que se informó “que la señora LUZ DARY DIAZ HIGUITA esposa del señor AG. YOMAR ARMANDO SANTACRUZ PATIÑO, C.C. No. 87.471.866, figura como beneficiaria de los servicios de sanidad de la Policía Nacional desde el 14 de Mayo de 1.997.

4. Problema jurídico

16 De lo anterior se puede plantear como problema jurídico: ¿cabe atribuir fáctica y jurídicamente la responsabilidad patrimonial a las entidades demandadas por los daños causados como consecuencia de las lesiones sufridas por Luz Dary Díaz Higuita, en atención a que al resultado dañoso y perjudicial no estaban ni esta, ni sus familiares obligados a soportar?

5. Daño antijurídico.

17 La Sala, mediante el análisis de los medios de prueba obrantes en el expediente, considera demostrado el daño antijurídico causado a Luz Dary Higuita consistente en la “herida perforante de ojo izquierdo”, como consecuencia de las esquirlas de granada que le afectaron cuando se encontraba en la Estación de la Policía Nacional ubicada en el municipio de Belén (Nariño), el 14 de octubre de 1998.

18 De acuerdo con los medios probatorios que obran en el expediente, el daño antijurídico está acreditado con la Certificación, de 8 de febrero de 1999, de la Oftalmóloga C.Oculoplástica, doctora Martha Lucia Medina, del Hospital Central de la Policía Nacional, en la que se consignó,

“Se certifica que la paciente en mención [hace referencia a Luz Dary Díaz] fue valorada en el servicio de urgencias por oftalmología (Clínica de retina) el día 16 Oct. (sic) 1998, con diagnóstico de herida perforante de ojo izquierdo secundaria a esquirlas de granada, se le practicó vitrectomía pars plana, pelaje de membrana, extracción de cuerpo extraño intraocular, dentro de los hallazgos intraoperatorios se encontró hipotonía marcada, pérdida de iris inferior, desinserción del cuerpo ciliar, hemorragia vítrea y desprendimiento de retina con desgarros No. 7, y cuerpo extraño intraocular (vidrio) No. 2. La paciente asiste a controles, evoluciona pobremente, el día 4 de Diciembre (sic) es valorada por la clínica oculoplástica, encontrándose ojo



Con relación a si está recibiendo atención medica (sic) por las lesiones que la mencionada señora sufrió en la toma guerrillera al Municipio de Belén (Nariño) el día 14 de Octubre (sic) de 1.998, me permito informar que dada la gravedad que presentaba a la señora LUZ DARY DIAZ HIGUITA fue remitida desde un principio al Hospital Central de la Policía Nacional en Santafé de Bogotá, en donde reposan todos los antecedentes de los servicios prestados a la beneficiaria” (fl.2 c3).

19 Se trata de un daño que la víctima, Díaz Medina, no estaba llamada a soportar como una carga ordinaria, ni siquiera extraordinaria, en atención al respeto de su dignidad humana y de sus derechos constitucionales a la vida y a la integridad personal, que es incuestionable en un Estado Social de Derecho⁴². Sin embargo, no siendo suficiente constatar la existencia del daño antijurídico, es necesario realizar el correspondiente juicio de imputación, que permita determinar si cabe atribuirlo fáctica y jurídicamente a las entidades demandadas, o si opera alguna de las causales exonerativas de responsabilidad, o se produce un evento de concurrencia de acciones u omisiones en la producción del daño.

6. Imputación de la responsabilidad.

20 La Sala al abordar la imputación de la responsabilidad encuentra, en primer lugar, un acervo probatorio que le exige valorar el mismo y acudir al sustento de la prueba indiciaria⁴³ para poder construir jurídicamente el fundamento que permita

⁴² “La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración [sentencia C-333 de 1996]. Igualmente ha considerado que se ajusta a distintos principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución [sentencia C-832 de 2001]”. Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2006.

⁴³ Al respecto el precedente de la sala sostiene: “En ese sentido, el indicio o también llamada prueba circunstancial o indirecta, busca la acreditación a través de un proceso crítico y lógico del juzgador de un hecho del cual, razonadamente, y, según las reglas de la experiencia, se infiere la existencia de otro desconocido que interesa al objeto del proceso; su importancia deviene de la conexión que existe entre éste con otros acontecimientos fácticos, dentro de determinadas circunstancias, que permiten establecer, de modo más o menos probable, la realidad de lo acontecido... Es por eso que, a diferencia de lo que ocurre en los restantes medios de prueba, en el indiciario es el juzgador quien declara la existencia del mismo, pues es éste quien, en presencia de un hecho indicador proveniente de otros debidamente acreditados dentro de la litis o integrantes de la comunidad probatoria, aplica *ex-ante* una o varias reglas de la experiencia e infiere lógicamente otro hecho indicado para llegar al conocimiento de la verdad procesal”. Sentencia de 10 de junio de 2009. Exp.17321.



determinar si se acreditó o no la atribución del daño antijurídico sufrido por Luz Dary Díaz Higuita en cabeza de las entidades demandadas.

21 En ese sentido, las circunstancias de tiempo, modo y lugar se acreditan a partir del Oficio 0086 DINJU DENAR, de 7 de diciembre de 1999, del Departamento de Policía de Nariño con el que se allegó “la correspondiente certificación, expedida por el Grupo de Sanidad DENAR, de la Policía atención médica por parte de esa E.P.S” (fl.10 c2). En ese sentido se aportó el oficio, de 28 de septiembre de 1999, del Jefe del Grupo de Sanidad DENAR del Departamento de Policía de Nariño, en el que se consignó,

“(…) la señora LUZ DARY DIAZ HIGUITA recibió la atención de Sanidad siendo remitida de la Estación Belén ya que fue víctima de atentado guerrillero en esa localidad y atendida en esta ciudad por el doctor JUAN PABLO UNIGARRO quien la intervino quirúrgicamente y posteriormente enviada al Hospital Central en la ciudad de Bogotá, para continuar con los procedimientos necesarios” (fl.11 c2).

Así mismo, con el Oficio 00580/COMAN, de 29 de marzo de 2000, del Comandante del Departamento de Policía de Nariño, con el que se allegó copia “de poligramas, fotocopia del informe de inteligencia y copia (fax) de informe sobre la acción subversiva” (f.14 c2). En ese sentido, se aportó:

i) Poligrama SB.209 del 15 de octubre de 1998, de las 17:00 horas, en el que se consignó,

“NRO.05138/COMAN C/252 EN COMPLEMENTACION MI NUMERO 05115 DE LA FECHA PERMITOME INFORMAR ESTACION SAN JOSE DA CUENTA AYER 19:00 HORAS DOS SUBVERSIVOS SE MOVILIZABAN EN MOTOCICLETA COLOCARON CARGA EXPLOSIVA CAUSANDO DAÑOS INSTALACIONES PAREDES, PUERTAS VENTANAS Y CASAS ALEDAÑAS SIN AVALUAR DAÑOS PUNTO POLICIA REPELIO ATAQUE” (fl.15 c2).

ii) Poligrama SB.197, en el que se consignó,

“NRO. 05115 COMAN C – 252 PERMITOME INFORMAR DIA 141098 A LAS 19:40 HORAS COMA SUBVERSIVOS PERTENECIENTES 29 FRENTE FARC, FORMA SIMULTANEA ATACARON ESTACIONES SAN JOS DE ALBAN – SAN BERNARDO – BELEN – LA CRUZ – Y GENOVA PUNTO RESULTANDO ESTACION BELEN CAURTEL (sic) TOTALMENTE DESTRUIDO COMA UN AGENTE MUERTO ERAZO NOGUERA HUGO COMA UN AGENTE DESAPARECIDO COMO ESTACION LA



CRUZ DOS CIVILES HERIDOS COMA SAN JOS DE ALBAN DOS CIVILES HERIDOS Y UN CIVIL MUERTO COMA SAN BERNARDO CUARTEL TOTALMENTE DESTRUIDO COMO MUERTO CDTE, SI. TABARQUINO BARTOLO GILBERTO COMO DESAPARECIDOS PT. CHIMACHANA GRANDA FRANCISCO JAVIER COMA AG. HOYOS CHAVEZ ALIER UN AGENTE HERIDO MERA ESPAÑA JOSE ANTONIO COMA ESTACIONES GENOVA Y LA CRUZ SIN NOVEDAD REPORTAN PUNTO SE RECIBIO APOYO POR PARTE AVION FANTASMA PUNTO POSTERIORMENTE INFORMARE RESULTADOS AL RESPECTO PUNTO CR. HERRERA BERDUGO” (fl.16 c2).

iii) Poligrama 05122 COMAN, de 15 de octubre de 1998, en el que se consignó,

“COMEDIDAMENTE PERMITOME INFORMAR ANTE ATAQUE PERPETRADO 29 FRENTE FARC A LAS POBLACIONES DE SAN JOSE ALBA COMA SAN BERNARDO COMA BELEN COMA LA CRUZ PERTENECIENTES AL TERCER DISTRITO LA UNION ENCUENTRANSE DESAPARECIDOS PT. BURBANO MADROÑERO JAMES ANDRES... PT. CHIMACHANA GRANDA FRANCISCO JAVIER... AG. HOYOS CHAVEZ ALIER... AG. MERA ESPAÑA JOSE ANTONIO” (fl.16 c2).

iv) Poligrama SB.180 de 13 de octubre de 1998, en el que se consignó,

“NR 05099 COMAN 252 PARA CONOCIMIENTO TRANSCRIBIRLES POLICIRCULAR NR 0404 SUDIR DE LA FECHA DICE ASI – INSTRUYAN PERSONAL QUE SUBVERSIVOS PRETENDEN DESATAR ESCALADA TERRORISTA MES DE OCTUBRE DIRIGIDA POR ALIAS MONO JOJOY COMA PRETENDEN INCREMENTAR NUMERO DE MIEMBROS FUERZA PUBLICA SECUESTRADA COMA ALERTAR PROPIA SEGURIDAD PUNTO MG. LUIS ERNESTO GILIBERT VARGAS SUBDIRECTOR GENERAL POLICIA NACIONAL PUNTO” (fl.17 c2).

v) Informe relativo a los resultados de la Comisión para determinar la presencia de miembros de las autodefensas y de subversivos en los municipios de San Bernardo, La Cruz, Tablón de Gómez, San José de Alban y Belén, elaborado por el agente Flavio Tulio Prado, placa 54400, del Departamento de Policía de Nariño, en el que se consignó,

“Para el día 280798, se desplazó personal propio de la Unidad de Orden Público, perteneciente a la SIPOL DENAR hasta los Municipios antes mencionados y sus corregimientos aledaños, este con el fin de verificar sobre la presencia de presuntos elementos de autodefensas en la parte norte del departamento, de los desplazamientos que estén realizando estos y así mismo de grupos subversivos.

(...)

Se conoció que en el sector rural del Municipio de la Cruz, Vereda la Palma, la Ciénaga, El Salado, Las AAnimas (sic), son sitios estratégicos de permanencia y desplazamiento del Segundo Frente de las FARC, MARISCAL ANTONIO JOSE DE SUCRE, con aproximadamente 200 hombres que lo integran entre mujeres y menores



de edad, portando armamento pesado tienen presencia permanente de personal en traje de civil, realizando inteligencia en el Corregimiento de Tajumbina y Municipio de la Cruz, sobre la recolección de información de los movimientos de la Fuerza Pública, como objetivo primordial de este grupo de insurgentes y ordenes (sic) recibidas por el Comando del Bloque Sur es de realizar tomas a las estaciones de Policía de: La Cruz, Belén, San Bernardo, Tablón de Gómez, San Pablo, saqueo de dinero de entidades crediticias y ataque a la base móvil del Batallón 57 de contraguerrilla (Mártires de Puerres), que se encuentra acantonada en el Municipio de la Cruz.

CONCLUSIONES

(...)

2.- Es eminente la presencia de elementos subversivos, pertenecientes al Segundo Frente de la FARC, MARISCAL ANTONIO JOS DE SUCRE, en los municipios de la Cruz, san (sic) José, Belén, San Bernardo, Tablón de Gómez...

(...)

4.- Versiones recepcionadas (sic) dan cuenta de una próxima incursión guerrillera a los Municipios de la Cruz, San Bernardo, Belén, Tablón de Gómez, San Pablo y el ataque a la base militar del Batallón de guerrilla número 57 Mártires de Puerres, quienes se encuentran acantonados en el Municipio de la Cruz, sustentada en dos hipótesis.

A.- Hurtar material de guerra a unidades policiales, personal de Ejercol (sic) y secuestro de los mismos, fortalecer el estado anémico de los subversivos recién integrados al grupo.

B.- Como represalia a la muerte de los sujetos quienes eran integrantes del grupo de finanzas del Segundo Frente de las FARC”.

RECOMENDACIONES

1.- Incrementar el pie de fuerza y equivalente material logístico a las Estaciones de Policía de la Cruz, Belén, San Bernardo, San Pablo, Tablón de Gómez.

2.- Coordinar el envío de patrullas de avanzada ante cualquier desplazamiento de personal por tierra hasta dichas jurisdicciones.

(...)

4.- Al señor Jefe de Orden Público de la Unidad y a la Jefatura de la SIPOL DENAR, para que se imparta instrucciones a los diferentes comandantes de las estaciones sobre la presencia permanente de subversivos de las FARC y del ELN, en dichas jurisdicciones y de las medidas de seguridad que deben tomar tanto en las instalaciones como en sus desplazamientos dentro de su jurisdicción.

NOTA: El presente informe se rinde únicamente a nivel de inteligencia por lo tanto no posee valor probatorio para ser judicializado. **(ART 248 C.N.C)** (fls.18 a 22 c2).

vi) Oficio 1408 NDTLU C – 252, que recoge el informe sobre acción subversiva, de 16 de octubre de 1998, del Comandante del Tercer Distrito, en el que se consignó,

“Con todo respeto me permito informar esa (sic) comando, que el día 141098 siendo las 19:00 horas, las estaciones San Bernardo, Belén, Génova, San José, La Cruz, fueron objeto de arremetida subversiva simultánea por parte del SEGUNDO FRENTE DE LAS FARC – COMANDO CHE GEVARA (sic), donde se presentaron (sic) siguientes hechos:

(...)

MUNICIPIO BELEN:

Está entre las estaciones de Policía que fue objeto de un ataque indiscriminado y sin ninguna consideración o respeto de los derechos humanos, ya que fue atacado con bombas de fabricación casera, rockets, granadas M-69, granadas de fusil, tarros plásticos con gasolina, los cuales eran lanzados desde las terrazas de las casas vecinas, ametralladora M-60 y fusiles de diferentes calibres, donde los sediciosos



llegaron en cuatro vehículos que se desplazaron por la vereda las mezas a dicho municipio, desde el corregimiento Las mezas, Aponte, Municipios del tablón (sic) de Gómez, descendiendo de estos vehículos y tomando como objetivo las partes más altas y el parque principal que queda frente a las instalaciones policiales y procedieron a lanzar toda clase de artefactos explosivos contra los uniformados que se encontraban dentro del cuartel de Policía, quienes con su fusil procedieron a defenderse por espacio de cuatro horas y en vista que las instalaciones estaban totalmente destruidas, procedieron a efectuar la evacuación del cuartel a fin de evitar que fueran objeto de ser incinerados o masacrados con las bombas que entraban a su interior por el techo el cual cayó sobre ellos, en esta incursión resultó muerto el señor AG. ERAZO NOGUERA HUGO EIVAR...

Una vez que los subversivos se percataron que las instalaciones estaban solas, procedieron a penetrar saqueando las pocas pertenencias del personal que quedaron en buen estado y el armamento que estaba en el armerillo de la unidad.

(...)

Es de anotar posteriormente estos delincuentes se tomaron cada una de las casas donde residían los agentes casados y una vez culminado el asalto a las instalaciones policiales, revisaron estas viviendas con el fin de secuestrar al personal como fue el caso del señor PT. CHIMACHANA GRANDA FRANCISCO, quien fue sacado de la vivienda y secuestrado y según versiones de los vecinos manifestaban que le gritaban que si no se entregaba le matarían en su presencia su familia” (fls.25, 26 y 28 c2).

22 De los anteriores medios probatorios cabe extraer: i) es cierto que se tenía información (por parte de las autoridades policiales) acerca de las potenciales actividades y/o ataques que los grupos insurgentes que operaban la región podían realizar en diferentes circunscripciones municipales, entre las que se contaba el municipio de Belén (Nariño); ii) que en atención a los informes de la fuerza pública, se recomendó el incremento del pie de fuerza, el material logístico y coordinar el envío de patrullas de avanzada; iii) específicamente, se recomendó impartir instrucciones a los Comandantes de Estación de la Policía Nacional, que en atención a la permanente presencia de grupos subversivos en la zona, y en concreto en el municipio de Belén (Nariño), se tomaran las medidas de seguridad en las instalaciones policiales; iv) es cierto que Luz Dary Díaz Higueta se encontraba en el preciso momento del ataque realizado por el grupo armado insurgente, y que sufrió lesiones en su ojo izquierdo como consecuencia de esquirlas de granada que afectaron su cuerpo, por lo que fue objeto de atención médica en el Hospital Central de la Policía Nacional el 16 de octubre de 1998.

Por el contrario, no encuentra la Sala prueba completa y determinante, o indirecta y suficiente respecto a que el esposo o compañero permanente, y miembro de la Policía Nacional adscrito a la Estación de la Policía Nacional del municipio de



Belén (Nariño) de Luz Dary Díaz Higuita haya solicitado, informado o requerido su traslado y el de su familia de la zona, específicamente del mencionado municipio.

23 La Sala llega, sin duda, a la conclusión que los indicios derivados del examen conjunto de los medios probatorios allegados al proceso permiten establecer que el daño antijurídico causado a Luz Dary Díaz Higuita es atribuible [fáctica y jurídicamente] a las entidades demandadas a título de falla del servicio⁴⁴, por el incumplimiento a los mandatos de defensa y seguridad de toda Estación de Policía sujeta a Manuales y Reglamentos internos, que no fueron observados debidamente por el Comandante de la misma y del propio esposo, agente de la fuerza pública, ya que no se acreditó por las entidades demandadas que se haya adoptado algún control respecto a la presencia de la mencionada señora durante el ataque del grupo armado insurgente, ni se investigó disciplinariamente estos hechos, pese a haber incumplido reglas de seguridad, control y vigilancia.

Cuando la imputación de la responsabilidad debe formularse a partir de la ocurrencia de un ataque de un grupo armado insurgente, en el marco del conflicto armado en el que se encuentra inmerso el país, el precedente de la Sala se orienta hacia el título de la falla “cuando el daño se produce como consecuencia de la omisión del Estado en la prestación de los servicios de protección y vigilancia, es decir, cuando la imputación se refiere a la actuación falente o irregular de la Administración por su actuar omisivo, al no utilizar todos los medios que a su alcance tenía con conocimiento previo (previsible) para repeler, evitar o atenuar el hecho dañoso del tercero. Para determinar si la conducta del Estado fue anómala o irregular, por acción o por omisión, frente al hecho dañoso perpetrado por el tercero debe analizarse si para la Administración y para las autoridades era previsible que se desencadenara el acto terrorista. Este aspecto constituye uno de los puntos más importantes a analizar dentro de este régimen, pues no es la previsión de la generalidad de los hechos (estado de anormalidad del orden público) sino de aquellas situaciones que no dejan casi margen para la duda, es decir, las que sobrepasan la situación de violencia ordinaria vivida, a título de

⁴⁴ Pese a que la parte actora en la demanda y en su apelación propuso distintos títulos de imputación, falla del servicio y daño especial, la Sala encuentra procedente encuadrar en el título de imputación de la falla del servicio en aplicación expresa del principio *iura novit curia*.



ejemplo: región en la que se ha declarado turbado el orden público, paro de transportes, revueltas masivas callejeras, población bajo toque de queda, amenaza de toma subversiva anunciada a una población esto en cuanto hace a los conglomerados sociales; amenazas o atentados previos contra la vida en cuanto hace a las personas individualmente consideradas, etc. Queda claro entonces que la sola circunstancia de que el afectado no haya solicitado protección previa especial no siempre será causal que permita exonerar a la administración de su deber de protección y vigilancia sino dependiendo del caso particular pueden existir otras circunstancias indicadoras que permitieran a las autoridades entender que se cometería un acto terrorista⁴⁵.

Y si bien, el *a quo* entendió que operó la causal exonerativa del hecho de un tercero, la Sala debe consolidar el precedente en los siguientes aspectos: i) es cierto que en la producción del daño hubo tanto participación de un tercero, un grupo armado insurgente respecto del cual no puede negarse su existencia y su realidad dentro del conflicto armado interno que vive nuestro país, como al mismo contribuyó la omisión e incumplimiento de las entidades demandadas al no adoptar las medidas de seguridad, que como se señala en el Informe realizado por la propia autoridad policial indicaba la amenaza inminente de un ataque por alguno de los grupos armados insurgentes que operaban en la zona; ii) en este tipo de eventos se produce la concurrencia de acciones y omisiones distintas a la propia de la víctima, que deriva en la generación de una obligación solidaria [solidaridad que se expresa en cuanto al grupo armado insurgente en su responsabilidad internacional por la violación de derechos humanos y de las normas del derecho internacional humanitario, artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, al afectar con sus acciones indiscriminadas a la población civil, y al uso de material bélico no convencional y lesivo de los derechos no sólo de la víctima, sino también de los propios uniformados que son objeto de este tipo de ataques], que permite a la víctima del daño exigir la indemnización a cualquiera de los sujetos que contribuyeron a la producción del mismo [en aplicación de los expresos mandatos de los artículos 2344 y 1568 del Código Civil]; iii) luego, el hecho del tercero [grupo armado insurgente] no es única, exclusiva y determinante, sino que contribuye a la producción del daño, por lo que persiste la obligación solidaria de indemnizar el

⁴⁵ Sentencia de 27 de noviembre de 2002. Exp.13774.



daño [en aplicación del artículo 1571 del CC]; iv) desde el ámbito fáctico, no se produce una ruptura, porque el incumplimiento de las medidas de seguridad, y la omisión de permitir la presencia de la víctima como personal civil durante el ataque del grupo armado insurgente no deja de enervar la responsabilidad de las entidades demandadas, y de permitir su atribución jurídica⁴⁶.

Y no cabe duda que en este tipo de eventos debe seguirse el precedente de la Sala según el cual,

Precisamente, la situación de conflicto armado interno en la que se encuentra el país desde hace décadas, exige del Estado corresponderse con mayor rigor con su deber positivo de protección de los derechos de todos los ciudadanos, en especial de aquellos que participan en el mismo, ya que no sólo se debe responder a las garantías constitucionales y supraconstitucionales, sino corresponderse con el necesario reconocimiento del valor intrínseco del ser humano, sin importar su condición o posición, ya que en el fondo se procura la tutela efectiva de su dignidad, y no se puede simplemente asumir la pérdida de vidas humanas o las lesiones de los miembros de las fuerzas armadas, en especial de aquellos que prestan el servicio militar obligatorio, como un riesgo asumible por parte de nuestra sociedad para tratar de solucionar la problemática violenta de los grupos armados insurgentes. En cuanto a esto, el fiscal británico en los juicios de Nuremberg señaló,

*“La muerte de los combatientes es justificable (...) únicamente cuando la propia guerra es legal. Pero cuando la guerra es ilegal (...), no hay nada que justifique las muertes y esos asesinatos no pueden distinguirse de aquellos que cometen el resto de las bandas de salteadores al margen de la ley”*⁴⁷.

A lo que cabe agregar,

*“Por lo que respecta a la dirección de las hostilidades, no debe considerarse permitido causar <<ningún perjuicio que no tienda materialmente al fin (de la victoria), ni ningún perjuicio cuyo carácter de medio conducente al fin sea leve en comparación con la entidad del perjuicio>>”*⁴⁸. Lo que aquí se prohíbe es el daño excesivo. Hay dos criterios propuestos para determinar el exceso. El primero es el de la victoria misma o el de lo habitualmente recibe el nombre de necesidad militar. El segundo depende de cierta noción de proporcionalidad: hemos de valorar <<el perjuicio causado>>, lo que, presumiblemente, no sólo se refiere al daño inmediatamente producido a los individuos, sino también a cualquier ofensa infligida a los intereses permanentes de la humanidad, y valorarlo por contraposición que aporta el perjuicio respecto al fin de la victoria. Así expuesto, no obstante, el argumento estipula que los intereses de los individuos y los de la humanidad tienen menor valor que la victoria que se está buscando. Es probable que cualquier acto de fuerza que contribuya de modo

⁴⁶ En sentido similar se encuentra el siguiente precedente: sentencia de 27 de noviembre de 2002. Exp.13774.

⁴⁷ Citado en TUCKER, Robert W. *The Law of War and Neutrality at Sea*. Washington, 1957, p.6.

⁴⁸ *Elements of Politics, op. cit.*, pág.254; para un informe de la época desde un punto de vista aproximadamente parecido, véase R. B. Brandt, <<Utilitarianism and the Rules of War>> en *Philosophy and Public Affairs*, vol.1, 1972, págs..145-165.



significativo al objetivo de ganar la guerra sea considerado permisible; también es probable que cualquier mando militar que exponga aquello a lo que <<conduce>> el ataque que está planeando encuentre apoyo para realizarlo. Una vez más, la proporcionalidad se revela como un criterio difícil de aplicar, ya que no existe ninguna forma rápida de establecer un punto de vista independiente o estable respecto a los valores que deban actuar como contraste para medir la destrucción la guerra. Nuestros juicios morales (si Sidgwick tiene razón) descansan sobre consideraciones puramente militares y rara vez podrán sostenerse frente a un análisis de las condiciones imperantes en la batalla o de las estrategias de campaña que pueda realizar un profesional cualificado.

(...)

Aparentemente, Sidgwick creía que, tan pronto como aceptamos no emitir ningún juicio sobre la utilidad relativa de los diferentes resultados, esta conclusión resulta inevitable porque en ese caso debemos conceder que los soldados están autorizados a intentar ganar las guerras en las que tienen derecho a combatir.

(...)

Si se pusiera efectivamente en práctica, eliminaría buena parte de la crueldad de la guerra, ya que, respecto a la muerte de muchas de las personas que sucumben en el transcurso de una guerra, ya sean civiles o militares, debe decirse que no es una muerte que se haya producido porque <<tienda materialmente al fin (de la victoria)>> y que la contribución que dichas muertes representan respecto a ese fin es en realidad <<leve>>. Esas muertes no son más que la consecuencia inevitable de poner armas mortales en manos de soldados carentes de disciplina, el resultado de confiar hombres armados al criterio de generales fanáticos o estúpidos. Toda historia militar es un relato de violencia y destrucción desprovisto de cualquier relación con las exigencias del combate: por un lado, masacres y, por otro, batallas ruinosas y mal planeadas que sólo son un poco mejores que las masacres⁴⁹ (subrayado fuera de texto).

Desde nuestra propia realidad, el precedente jurisprudencial constitucional señala,

“Esta reflexión es aquí de especial importancia en cuanto la realidad colombiana ha estado ligada a una reiterada y grave alteración del orden público. A nadie escapan las incidencias del conflicto armado que aqueja al país desde hace décadas. Ese conflicto ha implicado un alto costo humano, social, económico y político; ha condicionado la convivencia de los colombianos en ya varias generaciones; ha implicado retos institucionales; para atenderlo se han formulado y reformulado las agendas públicas; se ha diseñado y rediseñado buena parte de la normatividad legal; etc.

(...)

De este modo, en manera alguna se trata de hechos sobrevinientes pues todas ellas son situaciones que de tiempo atrás afectan a la sociedad colombiana. No obstante, no puede perderse de vista que a pesar de tratarse de hechos arraigados en la historia del conflicto armado que afronta el país, las dimensiones que esos comportamientos adquirieron últimamente, fundamentalmente tras la ruptura del proceso de paz, les dan unas implicaciones completamente diferentes. Es cierto, todas esas modalidades delictivas tienen un profundo contenido de lesividad y plantean un palmario desconocimiento de los valores mínimos que posibilitan la pacífica convivencia. Pero, no obstante ese contenido de antijuridicidad, esas conductas pueden redefinirse por sus autores a partir de una nueva dimensión que los lleva a alentarse de unos nuevos propósitos, a modificar

⁴⁹ WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*. Barcelona, Paidós, 2001, pp.181 y 182.



sustancialmente las circunstancias de su comisión y, en consecuencia, a generar unas implicaciones que en el anterior marco eran inconcebibles^{50»51}.

No se trata, no obstante, de hacer radicar en el Estado una responsabilidad ilimitada frente a cualquier acto o hecho de los particulares (hecho de un tercero), pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo que es achacable directamente al Estado como garante principal. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía⁵².

24 De acuerdo a los anteriores argumentos, la falla en el servicio consiste en haber permitido el ingreso de civiles sin la adopción de las más elementales medidas de seguridad, especialmente aquellas destinadas a adoptar la protección de personas ajenas a la institución que se encontraban al interior de las instalaciones de la Estación en el preciso momento del ataque del grupo armado insurgente, teniendo en cuenta el conocimiento por las entidades demandadas, especialmente por la Policía Nacional de la amenaza seria, real e inminente de un ataque por uno de los grupos que operaban en la zona (se advirtió del ataque a la Estación de Policía del municipio de Belén por la propia institución policial). Era, por lo tanto, exigible un deber de cuidado cualificado en cabeza de las entidades demandadas, y específicamente del Comandante, oficial o suboficial respecto a la presencia de personas civiles al interior de las instalaciones policiales durante el ataque del grupo armado insurgente, lo que debe ser reprochado y observado en el futuro para evitar la posible afectación de personas ajenas al conflicto y cuya protección

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia C-802 de 2002.

⁵¹ Sentencias de 25 de mayo de 2011. Exps.15838, 18075, 25212; de 25 de mayo de 2011. Exp.18747; de 8 de junio de 2011. Exp.19972; de 8 de junio de 2011. Exp.19973.

⁵² *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrafo 280; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párrafo 123; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párrafo 155; y *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192, párrafo 78.



obedece a la posición de garante que tiene el estado en el evento en el que no se observe medida alguna precautoria que impida el acceso y permanencia de civiles a las instalaciones policiales durante un ataque de las características del caso en concreto.

25 Es propicio, para la Sala en este evento, considerar que cabe reforzar su encuadramiento en el título de la falla del servicio, afirmando la posibilidad de que la falla se consolide no sólo por el incumplimiento u omisión de las entidades demandadas, sino que también por no haber observado los deberes positivos a los que debió sujetarse en este caso específico, al momento de permitir el acceso de personal civil ya que el Estado se convierte en garante [posición de garante de vigilancia], a tenor de lo manifestado por el precedente de la Sala según el cual “el Estado asume un papel de garante que se desprende de la obligación que emana del artículo 2 de la Constitución Política, disposición según la cual ” las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades”⁵³.

26 Así mismo, la Sala encuentra que ante la concurrencia del hecho de un tercero, como el grupo armado insurgente FARC, se haga exigible por el Estado el pronunciamiento de las instituciones e instancias internacionales de protección de los derechos humanos, y de respeto al derecho internacional humanitario, no sólo en razón de la afectación a la población civil [materializada en nuestro caso con las lesiones causadas por la acción bélica desplegada contra la Estación de Policía], sino también teniendo en cuenta el uso de medios bélicos no convencionales que producen serias y graves afectaciones en los ciudadanos, globalmente considerados, y que ameritan que el Estado exija un enérgico y concreto pronunciamiento de la comunidad internacional, de rechazo a este tipo de acciones bélicas, o por lo menos que se motive la elaboración de una opinión consultiva por la instancia judicial de protección de los derechos humanos en el sistema interamericano, para que se valore la sistemática violación de los derechos tutelados por la Convención Americana de Derechos Humanos por parte de los grupos armados insurgentes.

⁵³ Sentencia de 9 de junio de 2010. Exp.19849.



27 Con base en los anteriores argumentos, la Sala revocara la sentencia del *a quo* que denegó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a los demandantes, y declarara administrativamente responsables a las entidades demandadas y procederá a establecer si cabe reconocer y tasar los perjuicios morales y fisiológicos reclamados por los actores.

9. Perjuicios

28 La parte actora solicitó que el reconocimiento de perjuicios morales a favor de todos los actores y, fisiológicos a favor de Luz Dary Díaz Higuita. En el acervo probatorio se aportó, como prueba para su reconocimiento, copia auténtica del registro de nacimiento de Luz Dary Higuita Díaz (fl.15 c1); copia auténtica del registro de nacimiento de Fabio Díaz Martínez (fl.16 c1); copia auténtica del registro de nacimiento de María Aleyda Higuita Salazar (fl.18 c1); copia auténtica del registro de nacimiento de Héctor Favio (sic) Díaz Higuita⁵⁴ (fl.19 c1); copia auténtica del carné de la Policía Nacional del señor Yomar Armando Santacruz Patiño (fl.21 c1); copia auténtica del registro del matrimonio entre Yomar Armando Santacruz Patiño y Luz Dary Díaz Higuita (fl.22 c1). Se allegó, también, certificado de matrimonio expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil (fl.24 c1); copia del registro civil de nacimiento de Yomar Armando Santacruz Patiño, expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil (fl.23 c1).

29 Ahora bien, respecto de los perjuicios morales en cabeza de los demandantes con ocasión de la lesión sufrida por Luz Dary Díaz Higuita, y con base en las reglas de la experiencia, se presume que para él su lesión⁵⁵, en las circunstancias en que ocurrió, y para sus parientes inmediatos debió implicar un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio

⁵⁴ Se advierte que en la copia se encuentra enmendadura en el nombre y anotaciones en la parte final de la misma.

⁵⁵ Con lo que se da continuidad al precedente de la Sala según el cual: "Si bien en el plenario no obran pruebas concretas que acrediten directamente la existencia y entidad de tales sentimientos de tristeza y dolor, la Sala entiende que, con base en las reglas de la experiencia ampliamente reconocidas por la jurisprudencia, ese dolor puede válidamente inferirse en la persona de la víctima del daño antijurídico causado por el Estado, señor Forigua Panche, así como en las de sus padres, hija menor de edad y cónyuge o compañera permanente, razón por la cual, sin que se haga necesario ahondar en mayores argumentaciones, se reconocerá y dispondrá el pago de este rubro del perjuicio a los demandantes". Sentencia de 4 de diciembre de 2006. Exp.13168.



básico de toda sociedad⁵⁶. Y se afirma que se trate de parientes cercanos, ya que dicha presunción, al no existir otro medio probatorio en el expediente, reviste sustento jurídico solamente respecto del núcleo familiar vital, esto es, aquel que se comprende dentro del mandato constitucional del artículo 42 de la Carta Política⁵⁷.

Si bien a partir de 2001 la jurisprudencia viene aplicando como criterio de tasación de los perjuicios morales el salario mínimo mensual legal vigente (en una suerte de equivalencia con los gramos oro reconocidos en la primera instancia), no deja de seguir siendo un ejercicio discrecional (*arbitrio iudicis*) del juez, sin lograr, aún, la consolidación de criterios objetivos en los que pueda apuntalarse la valoración y tasación de los mismos, con lo que se responda a los principios de proporcionalidad y razonabilidad con base en los cuales debe decidir el juez y, no simplemente sustentarse en una “cierta discrecionalidad”.

Así mismo, para el reconocimiento y tasación el juez se sujeta al criterio determinante de la intensidad del daño, que usualmente se demuestra con base en las pruebas testimoniales las cuales arrojan una descripción subjetiva de quienes, por la cercanía, conocimiento o amistad deponen en la causa, restando objetividad a la determinación de dicha variable, cuya complejidad en una sociedad articulada, plural y heterogénea exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada de los perjuicios morales, sin que se constituya en tarifa judicial o, se pretenda el establecimiento de una tarifa legal.

En 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,

⁵⁶ Sentencias del 18 de marzo de 2010, Expedientes: 32651 y 18569.

⁵⁷ Con lo que se da continuidad al precedente de la Sala según el cual: “En relación con el perjuicio moral, debe precisarse que la Sala en recientes pronunciamientos ha señalado que éste se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. En tal sentido, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que pone de manifiesto que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con el daño irrogado a uno de sus miembros”. Sentencia de 26 de febrero de 2009. Exp.16727.



“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”⁵⁸.

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 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 igualdad⁵⁹. 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,

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 2009. Exp. 1995-10351.

⁵⁹ 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



desproporcionado, leve o manifiestamente desproporcionado. La inexistencia de método para establecer el grado a partir del cual dicho acto pierde la proporción hasta el punto de verse afectada su constitucionalidad, conlleva la concentración en el juez de la facultad de decidir discrecionalmente sobre la juridicidad de las actuaciones de otros órganos del poder público. Tal consecuencia no es compatible en un estado democrático de derecho donde los órganos del Estado cumplen funciones separadas. Es por ello que el uso coloquial de la proporcionalidad o desproporcionalidad, en el sentido de exceso o desmesura, requiere ser sustituido por métodos objetivos y controlables que permitan al juez constitucional ejercer su misión de salvaguarda de la Constitución y de los derechos constitucionales, dentro de un marco jurídico respetuoso de las competencias de las demás autoridades públicas, en especial del legislador democrático. La proporcionalidad concebida como principio de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación. Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Los intereses ponderados también se concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto.

No existe un solo método de ponderación. Se pueden aplicar diferentes formas de ponderar según la materia de que se trate. Por ejemplo, cuando se analiza si una medida policiva es desproporcionada, la comparación se efectúa, generalmente, entre la gravedad de las circunstancias, de un lado, y la magnitud con la cual la medida afecta intereses constitucionalmente protegidos. En el juicio de razonabilidad, cuando éste incluye un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, la comparación se realiza, usualmente, entre los fines y las medidas estatales, de un lado, y la afectación de intereses protegidos por derechos constitucionales. Los métodos de ponderación se distinguen no solo según qué es lo que se sopesa, sino también por los criterios para decidir cuando la desproporción es de tal grado que procede una declaración de 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 desproporcionada⁶⁰ uno de los intereses sopesados

⁶⁰ 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



protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución”⁶¹ (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 pecuniariamente⁶², con base en criterios como el dolor infligido a las víctimas⁶³, el perjuicio estético causado⁶⁴ o el daño a la reputación⁶⁵. 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 oro^{66,67}.

⁶¹ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

⁶² Ver entre otras las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 13 de abril de 2000, CP: Ricardo Hoyos Duque, Radicación No. 11892; 19 de julio de 2001, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación No. 13086; 10 de mayo de 2001, CP: Ricardo Hoyos Duque, Radicación No.13.475 y del 6 de abril de 2000, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación No. 11.874. Ver también, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal del 29 de mayo de 1997, MP: Juan Manuel Torres Fresneda, Radicación 9536

⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de agosto de 1982, CP: Carlos Betancur Jaramillo, Expediente 3139, donde se reconoció como perjuicio moral el “malestar psíquico” sufrido a raíz del accidente. Consejo de Estado, Sección Tercera, 4 de abril de 1997, CP: Jesús María Carrillo Ballesteros, Expediente 12007, que reconoció como perjuicio moral por el hecho de que la víctima “estuvo sometida al miedo, la desolación, a la zozobra, a la tristeza, mientras se produjo su liberación.”

⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, 31 de julio de 1989, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 2852. Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de mayo de 1993, CP: Julio César Uribe Acosta, Expediente 7428

⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 3510.

⁶⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de 25 de septiembre de 1997, Sección Tercera, Expediente 10.421, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 2.000 gramos oro. Sentencia del 19 de julio de 2000, Expediente 11.842, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 4.000 gramos oro.

⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.



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 estricto⁶⁸.

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

⁶⁸ 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.



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 sujetara 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.

En este sentido, se establece lo siguiente en cuanto al quantum indemnizatorio por concepto de perjuicios morales:

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

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:

Luz Dary Díaz Higuita (lesionada)	50 smlmv
Fabio Díaz Martínez (padre)	30 smlmv
Aleyda Higuita Salazar (madre)	30 smlmv
Héctor Fabio Díaz Higuita (hermano)	10 smlmv

30 Finalmente, la parte actora reclamó el pago de la indemnización a título de perjuicio fisiológico, teniendo en cuenta la afectación que produjo la lesión en el ojo izquierdo de Luz Dary Díaz Higuita. En cuanto a este tipo de perjuicio, el precedente de la Sala señala,

“... con la filosofía que enseña que toda interpretación que tienda a ampliar el ámbito de la responsabilidad es preferible a lo que restrinja, con el manejo del principio general del derecho que predica que la indemnización debe dejar ‘indemne’ a la víctima del daño injusto... esto es debe procurar una reparación integral que dicho daño ha causado en el patrimonio material y espiritual de la víctima, y con conciencia plena del valor que tiene la persona humana, no dentro del marco materialista ... ni tampoco dentro de una perspectiva simplemente humanista, que predica que el hombre es la forma más alta de ser que haya evolucionado en el universo material, pero sí con una visión cristiana del hombre... el perjuicio fisiológico... exige que se repare la pérdida de la posibilidad de realizar ‘otras actividades, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia’”⁶⁹.

Posteriormente, el precedente de la Sala delimita el perjuicio fisiológico de la siguiente manera,

“(1) ellos son de inspiración eminentemente jurisprudencial porque no hay una norma que los reconozca; (2) pertenecen a una categoría intermedia de daño y se conforman ya de perjuicios morales ya de perjuicios materiales, pero se diferencian puesto que están acompañados de una frustración de hacer una actividad de la cual el lesionado obtenía placer físico o espiritual; (3) se deben reparar en concreto y en consecuencia el juez debe tener en cuenta las circunstancias particulares, personales y sociales de la víctima; (4) para su cuantificación se debe considerar que los perjuicios fisiológicos pueden ser genéricos, aquellos que se produzcan a todas las personas (pérdida de un órgano), o también específicos, es decir la incidencia de la lesión en las actividades que antes de la lesión daban placer a la víctima y que no puede realizar más”⁷⁰.

⁶⁹ Sentencia de 6 de mayo de 1993. Exp.7428.

⁷⁰ CORTÉS, Edgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana ¿un modelo para América Latina?*. 1ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp.255-256. Sentencia de 13 de junio de 1997. Exp. 12499.



Recientemente, el precedente de la Sala consolida el alcance de este perjuicio expresando,

“Los perjuicios fisiológicos, comprendidos dentro de lo que se ha denominado como grave alteración a las condiciones de existencia derivadas de la afección que un perjuicio físico causa en el desarrollo social, personal del afectado cuando la lesión es de carácter permanente, se hayan acreditados en caso, puesto que si bien no se aportó una prueba idónea para el establecer que la afección hubiere producido en el paciente una disminución de su capacidad laboral, sí se acreditó que el hecho imputable a la Administración le produjo “deformidad física, perturbación funcional de miembro inferior derecho, perturbación funcional del órgano de la locomoción y perturbación funcional del sistema nervioso periférico. Todas las anteriores de carácter permanente”, según datos consignados en el dictamen practicado por el Instituto de Medicina Legal. Además, las declaraciones de Lindelia Peralta Paula y Carlos Astorquiza Aguierra relatan que el menor quedó cojo de una pierna, lo cual le produce serios problemas de locomoción, razón por la cual permanece constantemente acostado, puesto que no puede movilizarse por sí solo, ahora no ha vuelto a jugar, además sufre de constantes dolores, todo lo cual ha hecho que el desarrollo normal de su vida se vea afectado en un cien por ciento. Con fundamento en lo anterior, la Sala encuentra acreditado que con la actuación de la entidad demandada se causó un perjuicio a Luis Eduardo Toro Murillo que afecta en buena medida su desarrollo personal, social y sentimental, razón por la cual confirmará la sentencia en cuanto impuso una condena de 50 S.M.L.M.V., precisando que la misma deviene no sólo del perjuicio fisiológico sino de la grave alteración a las condiciones de existencia que sufre el lesionado”⁷¹.

Siguiendo este último precedente, se encuentra que en el caso en concreto no existe prueba idónea y suficiente para establecer la afección y su alcance en relación con Luz Dary Díaz Higueta, y no hubo un reconocimiento o dictamen médico legal que permitiera establecer las secuelas y la incapacidad que pudo sufrir la paciente, como tampoco se cuenta con declaraciones, lo que lleva a negar el reconocimiento del perjuicio fisiológico o a las alteraciones graves a las condiciones de existencia reclamadas por la parte actora.

31 La Sala en aplicación del principio de reparación integral, y a lo consagrado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, ordenará una medida de satisfacción singular, 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,

⁷¹ Sentencia de 11 de febrero de 2009. Exp.17050.



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 deber 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 disposiciones⁷².

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 perjuicio⁷³.”

La Sala dando continuidad al precedente, ordenará que el Estado, por los canales adecuados, solicite una opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de la (s) violación (es) a los derechos humanos que se hayan producido en el caso en concreto por parte del grupo armado insurgente FARC, y que una vez rendida sea puesta en conocimiento de la opinión pública por los medios de comunicación de circulación nacional.

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

⁷² 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. 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

⁷³ Sentencias de 8 de junio de 2011. Exp.19972; de 8 de junio de 2011. Exp.19973.



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

FALLA

REVOQUESE la sentencia apelada de 16 de febrero de 2001 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, la que quedará así:

PRIMERO. DECLARAR que la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL** es administrativa y patrimonialmente responsable de los daños y perjuicios sufridos por **LUZ DARY DÍAZ HIGUITA**, como consecuencia de los hechos ocurridos el 14 de octubre de 1998.

SEGUNDO. CONDENAR a la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL** a pagar por concepto de perjuicios morales a favor de **LUZ DARY DÍAZ HIGUITA** la suma equivalente a CINCUENTA (50) smlmv; a favor de **FABIO DÍAZ MARTÍNEZ** y de **ALEYDA HIGUITA SALAZAR**, la suma equivalente a TREINTA (30) smlmv para cada uno, y; a favor de **HÉCTOR FABIO DÍAZ HIGUITA**, la suma equivalente a DIEZ (10) smlmv.

TERCERO. ORDENAR que el Estado, por los canales adecuados, solicite la opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de la (s) violación (es) a los derechos humanos que se hayan producido en el caso en concreto por parte del grupo armado insurgente FARC, y que una vez rendida sea puesta en conocimiento de la opinión pública por los medios de comunicación de circulación nacional

CUARTO. DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. ABSTENERSE de condenar en costas a las partes.

SEXTO. Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de



1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

SÉPTIMO. Cúmplase lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

OCTAVO. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** inmediatamente el expediente al tribunal de origen”

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

OLGA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado