



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUB-SECCIÓN C**

Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de julio de dos mil doce (2012)

Radicación número: 52 001 23 31 000 1998 00516 01 (19345)

Actor: José Rufino Martínez Cangrejo y otros

Demandado: Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Asunto: Acción de reparación directa (sentencia)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 27 de septiembre de 2000 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante la que se dispuso **denegar todas las súplicas de la demanda (fl.375 c1)**.

ANTECEDENTES

1. La demanda.

1 Fue presentada el 27 de agosto de 1998 por José Rufino Martínez Cangrejo y Mercedes Gutiérrez, en nombre propio y en representación de sus hijos menores Otoniel Martínez Gutiérrez, John Jairo Martínez Gutiérrez, Gladys Martínez Gutiérrez; y por José Fernando Martínez Gutiérrez y María Engracia Martínez Gutiérrez, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA: Que la NACIÓN COLOMBIANA – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL, son patrimonialmente responsables de todos los daños y perjuicios, tanto morales como materiales, ocasionados a **JOSÉ RUFINO MARTÍNEZ CANGREJO y MERCEDES GUTIÉRREZ**, en su condición de padres, y a sus hijos **OTONIEL MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, JOHN JAIRO MARTÍNEZ GUTIÉRREZ y GLADYS MARTÍNEZ GUTIÉRREZ**, (Representados en esta demanda por sus padres), **JOSÉ FERNANDO MARTÍNEZ GUTIÉRREZ y MARÍA ENGRACIA MARTÍNEZ GUTIÉRREZ**, en su condición de hermanos del difunto **ALONSO MARTÍNEZ GUTIÉRREZ**, en hechos ocurridos el día 30 de agosto de 1996 a eso de las 7:00 P.M. y hasta las 11:30 A.M. del día 31 de agosto del mismo año en la Base Militar de “LAS DELICIAS” en jurisdicción del Municipio de LA TAGUA, Departamento del Putumayo.



SEGUNDA: Condenase a la NACIÓN COLOMBIANA – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL, a pagar a **JOSÉ RUFINO MARTÍNEZ CANGREJO y MERCEDES GUTIÉRREZ**, en su condición de padres, y a sus hijos **OTONIEL MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, JOHN JAIRO MARTÍNEZ GUTIÉRREZ y GLADYS MARTÍNEZ GUTIÉRREZ**, (Representados en esta demanda por sus padres), **JOSÉ FERNANDO MARTÍNEZ GUTIÉRREZ y MARÍA ENGRACIA MARTÍNEZ GUTIÉRREZ**, en su condición de hermanos del difunto **ALONSO MARTÍNEZ GUTIÉRREZ**, todos los perjuicios morales y materiales, estos últimos en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, derivados del daño, así:

a). PERJUICIOS MORALES:

Se pagará a los señores **JOSÉ RUFINO MARTÍNEZ CANGREJO y MERCEDES GUTIÉRREZ**, y a sus hijos **OTONIEL MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, JOHN JAIRO MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, GLADYS MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, JOSÉ FERNANDO MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, y MARÍA ENGRACIA MARTÍNEZ GUTIÉRREZ**, a título de perjuicios de perjuicios morales la suma de dinero equivalente en moneda Nacional Colombiana a 1500 gramos de oro fino para cada uno de los demandantes ya relacionados, y de acuerdo con la certificación que expida el Banco de la República acerca del valor del gramo de oro fino al momento de la sentencia.

b). PERJUICIOS MATERIALES:

Como perjuicios materiales se pagará a los señores **JOSÉ RUFINO MARTÍNEZ CANGREJO y MERCEDES GUTIÉRREZ:**

LUCRO CESANTE:

Para la liquidación de estos perjuicios materiales los ingresos deberán actualizarse y se debe tener en cuenta el momento de la muerte hasta la fecha límite de su esperanza de vida, según las tablas aprobadas la Superintendencia Bancaria, teniendo en cuenta que **ALONSO MARTÍNEZ GUTIÉRREZ**, al momento del fallecimiento tenía 20 años de edad. Estos perjuicios deben ser actualizados en su oportunidad procesal, de acuerdo con los precios al consumidor certificados por el DANE, y deben ser actualizados y desarrollados de acuerdo con la fórmula que ha venido aplicando el Honorable Consejo de Estado:

$$VP = VH \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

Donde:

VP.	: Valor presente
Índice Final	: Índice de precios al consumidor a la fecha de la sentencia.
Índice Inicial	: Índice de precios al consumidor a la fecha de causación del perjuicio.
VH	: Valor histórico o suma que se busca actualizar.

La indemnización comprenderá dos periodos a saber: El vencido o consolidado y el futuro.

Subsidiariamente a falta de bases suficientes para la liquidación matemático actuarial de los perjuicios reclamados, el Honorable Tribunal se servirá fijarlos por razones de equidad, en el equivalente en pesos a la fecha de la ejecutoria de la sentencia de cuatro mil (4.000) gramos de oro fino para cada uno de los padres, de conformidad con lo previsto por los artículos 4 y 8 de la ley 153 de 1887, y artículo 107 del C.P.

Todas las condenas serán actualizadas conforme a la evolución del índice de precios al consumidor.

TERCERA: LA NACIÓN COLOMBIANA – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL, deberá dar cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta (30) días siguientes a su ejecutoria, y reconocer intereses de plazo y moratorios en caso de producirse los eventos previstos en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.” (fls 6-8, c1).



2 Como fundamento de las pretensiones, el actor expuso los hechos que la Sala sintetiza así:

En el año de 1995 Alonso Martínez Gutiérrez fue incorporado al Ejército Nacional, para prestar el servicio militar obligatorio, siendo asignado al Batallón de Selva No. 49 Juan Bautista Solarte Obando, en la Base Militar de “Las Delicias” en el Municipio de la Tagua, Putumayo.

El 30 de agosto de 1996, aproximadamente a las 7.30 P.M. la base militar de “Las Delicias”, en La Tagua, Putumayo, fue atacada y posteriormente tomada al parecer por integrantes de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC, hechos en los cuales fallecieron aproximadamente treinta (30) soldados dentro de los cuales se encontraba el soldado Alonso Martínez Gutiérrez, y fueron secuestrados otros sesenta (60).

2. Actuación procesal en primera instancia.

3 El Tribunal Administrativo de Nariño mediante providencia del 3 de septiembre de 1998 admitió la demanda (fl 30, c1), la cual fue notificada al Ministro de Defensa el 8 de octubre de 1998 por conducto del Comandante del Batallón de Infantería No. 9 Batalla de Boyacá (fl. 37, c1).

4 En escrito de 4 de noviembre de 1998, el apoderado de los actores presentó una aclaración de la demanda, en la que incluye una nueva solicitud probatoria (fls 41-42, c1).

5 La Nación - Ministerio de Defensa contestó la demanda (fls 61-69, c1) en la oportunidad legal en el cual se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, en relación a los hechos manifestó que deben probarse en el proceso y respecto de otros los admitió como ciertos; y en el mismo sentido solicitó el decreto de algunas pruebas. En el mismo escrito sostuvo:

“En este caso, se presenta la causal de exoneración “hecho de un tercero”, el cual esta (sic) constituido por el actuar de la guerrilla que en procura de sus objetivos no les importa a jóvenes soldados que hacen parte de ese pueblo, que dicen defender. Estos ataques guerrilleros reúnen dos características esenciales debido a la situación de guerra generalizada que vive el País: La Imprevisibilidad y la Irresistibilidad.
(...)



Por la conducta homicida de los guerrilleros, no debe adjudicársele responsabilidad a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL ya que ésta, suministró al personal desplazado a la Base Militar de las Delicias, instrucción idónea para hacerle frente a las incursiones guerrilleras y armamento suficiente para poder contrarrestar la acción de los subversivos.

Hay que resaltar, que respecto a los medios con que cuenta la administración y el análisis de la falla del servicio, debe tenerse en cuenta la disponibilidad de recursos, en material y en personal con que cuente, como lo ha sostenido reiteradamente el Honorable Consejo de Estado. Al respecto, así se pronunció la Máxima Corporación: “La falla del servicio no puede predicarse de un Estado Ideal. Para hablar de ella hay que tener en cuenta la realidad misma del país, su desarrollo, la amplitud y cobertura de los servicios públicos”. En otras palabras, la infraestructura de los mismos.

(...)

De otra parte, debe tenerse en cuenta que en el caso del soldado ALONSO MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, la muerte en combate y por acción directa del enemigo, constituye uno de los riesgos propios del servicio, por lo que debe descartarse cualquier responsabilidad de la NACIÓN, más aún cuando ella a través del Ministerio de Defensa Nacional reconoció a sus beneficiarios, las indemnizaciones legales pertinentes, todo ello de conformidad al Decreto 2728 de 1968, Decreto 1414 de 1975, Decreto 1305 de 1975 y ley 131 de 1985, con las prerrogativas que esas mismas normas consagran como un ascenso póstumo al grado inmediatamente superior que en el caso del soldado ALONSO MARTÍNEZ GUTIÉRREZ fue el de Cabo Segundo.” (fls.62-67 c1).

6 Posteriormente, mediante providencia del 24 de noviembre de 1998 el Tribunal Administrativo de Nariño admite la reforma de la demanda formulada por el apoderado de los actores (fls 75-77 c1); consecuentemente ordenó la notificación personal del Ministro de Defensa, la cual se surtió el 10 de marzo de 1999, por conducto del Comandante del Batallón de Infantería No. 9 Batalla de Boyacá (fl.81 c1). Por último, en escrito del 19 de abril de 1999 (fls 86-97, c1) la apoderada del Ministerio de Defensa contestó la demanda reiterando los argumentos expuestos.

7 Agotada la etapa probatoria, a la que se dio inicio, mediante auto del 28 de abril de 1999 (fls.103-105 c1), y habiéndose convocado a audiencia de conciliación, (fl.318 c1) sin lograrse acuerdo conciliatorio (fls.327-328 c1); por auto del 25 de julio de 2000 (fl.333 c1) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

8 En escrito del 14 de agosto de 2000 la apoderada de la entidad demandada reiteró lo expuesto en las anteriores etapas procesales y adicionalmente resaltó:

“La parte actora fundamentó la responsabilidad de la Institución demandada en la circunstancia según su expresión, de que los militares de la Base Militar de las Delicias, fueron abandonados a su suerte, y no contaban con la protección ni con las condiciones mínimas para contrarrestar un ataque guerrillero ni con el apoyo logístico necesario para cumplir con la misión que les había asignado. Sin embargo esa aseveración no fue demostrada dentro del proceso, y antes por el contrario las pruebas recaudadas acreditan el hecho de un tercero en la muerte del soldado



ALONSO MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, configurando una causal de exoneración para la institución demandada.”

9 Por su parte, el Agente del Ministerio Público rindió su concepto en escrito del 13 de septiembre de 2000 (fls.348-353 c1) en el cual reiteró en su integridad un pronunciamiento anterior que se fundaba en idénticos hechos y en donde planteó la ausencia de responsabilidad de la Entidad demandada.

10 El apoderado de los actores guardó silencio.

3. Sentencia de primera instancia.

11 El Tribunal Administrativo de Nariño, en sentencia del 27 de septiembre de 2000 denegó las pretensiones de los actores (fls.356-376 c1), con fundamento, entre otros, en los siguientes argumentos:

“En la demanda con que se inició este proceso se afirma, que hubo falla del servicio por omisión de los cuerpos de inteligencia del Ejército, pero el informativo no acredita prueba alguna al respecto y aunque en acciones de esta naturaleza rige el principio iura novit curia o sea, que al juez se le presentan los hechos debidamente probados para que con base en ellos se defina la responsabilidad de la administración y deduzca consecuentemente las indemnizaciones que corresponde al daño causado, la sola enunciación del Art. 2 de la Carta, no sirve para convalidar la omisión probatoria, siendo además, que el Art. 90 de la misma, también citado, tampoco estatuye la responsabilidad objetiva en forma absoluta como aquí se pretende, o sea, que causado el daño debe repararse por virtud de esta norma. Pero aquí y como se viene sosteniendo, el actor no ha probado cuál fue la acción u omisión en que incurrió el ejército para que se le pueda imputar la muerte al (sic) Soldado ALONSO MARTÍNEZ GUTIÉRREZ. Pues, como se ha establecido, la muerte de este personaje ocurrió en la toma guerrillera de un grupo de insurgentes a la Base Militar donde aquel prestaba su servicio.-

(...)

El informativo formado aquí, no acredita que la acción del grupo guerrillero que se le atribuyó el hecho, hubiera sido perpetrado por falta o falla del servicio de la administración, o lo que es lo mismo de acuerdo a lo señalado en la demanda, porque falló la inteligencia militar y como consecuencia de ellos se indujo en error en la aplicación de la estrategia militar a las fuerzas de contra-ataque encargadas de la represión.-

Es de entender por lo mismo, que los hechos materia de esta demanda fueron el resultado del hecho de un tercero o no del actuar de la administración. En efecto, el ejército colombiano por los momentos en que ocurrieron los hechos se encontraba en su base militar que tenía su custodia permanente. Se ubica por tanto la situación dentro de lo que se conoce como acto terrorista y ello maneja fuerza mayor o caso fortuito. Y no admitirlo así, equivaldría a considerar un motivo de anormalidad social como legítimo, a pesar del estado de indefensión a lo cual se ve avocada la nación en casos como éste. Pues, si bien el Estado responde por omisiones, no lo hace de una manera absoluta o incondicional como se pretende considerar aquí, sino de forma relativa, condicionada como se ha dicho a la solicitud expresa de intervención de la autoridad con capacidad funcional.-”



5. El recurso de apelación.

12 En escrito del 9 de octubre de 2000 (fls.378-381 c1) el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia del 27 de septiembre de 2000, en el que sostuvo que existen medios de prueba que soportan la falla del servicio de la Entidad demandada; en efecto alegó:

“De las pruebas aportadas al proceso se deduce sin lugar a dudas el actuar omisivo, deficiente, impropio e inadecuado de la administración, que de no haberse dado no hubieran terminado con la toma de la Base Militar de las Delicias, actuar deficiente, impropio e inadecuado que hacen responsable a la Administración del daño cuya reparación se pretende, pues bien pudo evitarse el daño producido a los demandantes con la muerte de ALONSO MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, en los hechos ocurridos el día 30 de agosto de 1.996, con ocasión de la toma de la Base Militar de las Delicias.

(...)

... si se hubieran tomado las medidas de seguridad previstas por el Ejército en su manual para la defensa de puestos o bases fijas, el cual obra en el proceso y fue remitido..., no hubiera sido posible a los subversivos copar la Base Militar de las Delicias y, por lo tanto, se hubiera evitado la consecuencia lamentable de dicha toma. A las inexistentes medidas de seguridad se sumó la actitud despreocupada negligente e irresponsable de los comandantes del Comando Unificado del Sur y del Batallón de Selva No. 19 cuyo comportamiento fue suficiente analizado por la Procuraduría General de la Nación para concluir sancionándolos con separación absoluta de las Fuerzas Militares.”

13 Por medio de auto del 20 de octubre de 2000, el Tribunal Administrativo de Nariño concedió, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación presentado oportunamente por la parte demandante (fl.383 c.1).

6. Actuación en segunda instancia.

14 Recibido el expediente en esta Corporación, en auto del 22 de enero de 2001 (fl.387 c1) se admitió el recurso de apelación; acto seguido, en proveído del 23 de abril de 2001 (fl.389 c1) se denegó la práctica de pruebas solicitadas por el recurrente en el recurso de apelación.

15 Mediante auto del 31 de mayo de 2001 se corrió traslado a las partes y al Agente del Ministerio Público a efectos de que presentaran sus alegaciones y concepto, respectivamente, (fl.392 c1) la apoderada de la Entidad demandada presentó alegatos de conclusión (fls.393-394 c1), en los que solicitó se confirme la sentencia objeto de impugnación; por su parte la parte demandante guardó silencio al igual que el Ministerio Público.



16 En tanto que, por providencia del 30 de mayo de 2011 se fijó fecha para realizar audiencia de reconstrucción del expediente como quiera que se encontró “que faltan 7 cuadernos de anexos, contentivos de las investigaciones adelantadas por la Procuraduría General de la Nación y por Tribunal Superior Militar, como consta en los Oficios No. PA-2571 del 31 de mayo de 1999, No. PA-3844 del 9 de agosto de 1999 y No. 502-TSM-S-749 del 4 de agosto de 1999... fundamentales para la adopción de la decisión” (fl.404, c1). Posteriormente en proveído de 22 de agosto de 2011 se “declaran reconstruidos los cuadernos de anexos del presente proceso” (fl.453 c1).

CONSIDERACIONES

1. Competencia

1 La Sala es competente para conocer del presente recurso de apelación en razón a que la mayor pretensión individualmente considerada corresponde a 4000 gramos oro como petición subsidiaria por concepto de lucro cesante petitionado en favor de José Rufino Martínez Cangrejo y Mercedes Gutiérrez, monto que equivalía para el momento de la presentación de la demanda, 27 de agosto de 1998, a la suma de \$49'572.240¹.

2 El análisis de la impugnación se circunscribirá a los argumentos expuestos y desarrollados por la parte demandante en el recurso de apelación, específicamente en lo que tiene que ver con los presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado como consecuencia de la muerte del soldado conscripto Alonso Martínez Gutiérrez por los hechos ocurridos el 30 de agosto de 1996.

2. Aspectos procesales previos

2.1. La prueba trasladada.

¹ Como quiera que la sentencia y el recurso de apelación tuvieron lugar para el año 2000, la norma aplicable es el Decreto 597 de 1988 el cual señalaba que para el año 1998, fecha de presentación de la demanda, la cuantía mínima para que un proceso en acción de reparación directa fuere susceptible del recurso de apelación era de \$18'850.000.



3 Previo a abordar el análisis respecto al objeto del recurso, la Sala advierte que obra prueba trasladada del expediente del proceso disciplinario No. 001-327 de 1997 (cdnos 2-5) adelantado por la Procuraduría General de la Nación, la cual fue peticionada por el apoderado de los demandantes (fl 12, c1), sin ser coadyuvada por la Entidad demandada, y decretada por el a-quo en providencia del 28 de abril de 1999 (103-105, c1).

Dichas piezas procesales fueron incorporadas al proceso mediante oficios remisorios No. PA 2571 de 31 de mayo de 1999 suscrito por el Procurador Auxiliar de la Procuraduría General de la Nación (fl 177, c1) y PA 3844 de 8 de agosto de 1999 signado por la Secretaria General de la Procuraduría Auxiliar (fl 277, c1).

4 La Sala tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 168 del C.C.A: “En los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración”. Así mismo, de acuerdo con el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil: “Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella”.

5 Teniendo en cuenta esto, y en relación con la eficacia probatoria de la prueba trasladada, la jurisprudencia de la Sección Tercera, en un principio, planteó como argumento que cabe valorarla a instancias del proceso contencioso administrativo, siempre que se cumpla lo exigido en el artículo 185 del C.P.C., esto es, que se les puede dotar de valor probatorio y apreciar sin formalidad adicional en la medida en que el (los) proceso (s) del que se trasladan se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o, con su audiencia². Debe, por lo tanto, reiterarse que de acuerdo a lo consagrado en el artículo 185 del C.P.C. el traslado de la prueba practicada en otro proceso (como en el caso penal y disciplinario), sólo procede cuando fue solicitada por la parte contra quien se aduce o con audiencia

² Sentencia de 19 de octubre de 2011. Exp.19969.



de ella, respetando su derecho de defensa y cumpliendo con el principio de contradicción.

6 Sin embargo, la Sala después de estudiar la dilatada jurisprudencia de la Sala extrae ciertos criterios con base en los cuales se ha procedido a valorar y apreciar la prueba trasladada: i) en “punto a la posibilidad de trasladar las pruebas, cualesquiera que sean, practicadas en otro proceso, la misma se encuentra autorizada por el artículo 185 del Estatuto Procesal Civil, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos: - Que hayan sido validamente practicadas. - Que se trasladen en copia auténtica. - Que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella”³; ii) **la prueba trasladada del proceso penal ordinario a petición únicamente de la parte demandante no puede ser valorada**⁴; iii) **la ratificación de la prueba trasladada se suple con la admisión de su valoración**⁵; iv) **se puede valorar como indicio la prueba trasladada del proceso penal. En ese sentido, en la jurisprudencia se sostiene que** las “pruebas trasladadas de los procesos penales y, por consiguiente, practicadas en éstos, con audiencia del funcionario y del agente del Ministerio Público, pero no ratificadas, cuando la ley lo exige, dentro del proceso de responsabilidad, en principio, no pueden valorarse. Se dice que en principio, porque sí pueden tener el valor de indicios que unidos a los que resulten de otras pruebas, ellas sí practicadas dentro del proceso contencioso administrativo lleven al juzgador a la convicción plena de aquello que se pretenda establecer”⁶; v) **en cuanto a las pruebas trasladadas desde los procesos disciplinarios y penal militar se consideran los siguientes criterios: a)** las “pruebas trasladadas y practicadas dentro de las investigaciones disciplinarias seguidas por la misma administración no requieren ratificación o reconocimiento, según sea el caso, dentro del proceso de responsabilidad”⁷; **b)** la prueba trasladada del proceso penal militar y de la investigación disciplinaria puede valorarse ya que se cuenta con la audiencia de la parte contra la que se aduce, por ejemplo la Nación-Ministerio de Defensa- Ejército Nacional-Policía Nacional⁸;

³ Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004. Exp.13607.

⁴ Sección Tercera, sentencia de 29 de enero de 2004. Exp.14951.

⁵ Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2004. Exp.15088.

⁶ Sección Tercera, sentencia de 24 de noviembre de 1989. Exp.5573.

⁷ Sección Tercera, sentencia de 24 de noviembre de 1989. Exp.5573.

⁸ Sección Tercera, sentencia 20 de mayo de 2004. Exp.15650. Las “pruebas que acreditan la responsabilidad de la demandada que provienen de procesos disciplinarios internos tramitados por



vi) en cuanto a los testimonios que obran en proceso o investigaciones disciplinarias se sostiene: **a) que “no necesitan ratificación, pero esto hay que entenderlo, como es obvio, frente a las personas que intervinieron en dicho proceso disciplinario, o sea el funcionario investigado y la administración investigadora (para el caso la Nación). Desde luego, entonces, esas declaraciones, para hacerlas oponibles, debieron ratificarse en la forma prevista en el artículo 229 del C. de P.C.”⁹; b) la prueba testimonial rendida ante la jurisdicción ordinaria y trasladada no puede valorarse ya que no fue ratificada y no fue peticionada de común acuerdo¹⁰; vii) “la Sala, en aplicación del principio de lealtad procesal, ha reiterado que hay casos en los cuales sin ratificación del testimonio, el mismo puede y debe ser válidamente apreciado cuando es allegado a petición de una de las partes y la otra parte estructura su defensa con fundamento en aquél, o cuando las dos partes lo solicitan como prueba, una en la demanda y la otra en el escrito de contestación, siempre que sean allegados en copia auténtica, porque así lo dispone la norma general sobre prueba trasladada (art. 185**

la misma, pueden ser valoradas en la presente causa contencioso administrativa, dado que se practicaron por la parte contra la que se aducen”. Las piezas procesales adelantadas ante la justicia disciplinaria y penal militar se allegaron por el demandante durante el período probatorio, y pueden valorarse. Sección Tercera, sentencia de 13 de noviembre de 2008. Exp.16741.

⁹ Sección Tercera, sentencia de 16 de noviembre de 1993. Exp.8059.

¹⁰ Sección Tercera, sentencias de 14 de abril de 2004. Exp.15630; de 22 de abril de 2004. Exp.14877; de 5 de diciembre de 2005. Exp.15914. “... El artículo 229 del mismo código dispone:

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

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

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

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

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

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

“En relación con la indagatoria de un agente estatal, practicada dentro de un proceso penal, debe tenerse en cuenta, adicionalmente, que no puede ser trasladada a un proceso administrativo, ya que no puede valorarse, en ningún caso, como prueba testimonial ni someterse a ratificación. En efecto, si bien se trata de una declaración rendida por un tercero, que no se identifica con la entidad estatal que tiene la calidad de parte dentro del proceso administrativo, no cumple los requisitos del testimonio, porque no se rinde bajo juramento. Así las cosas, siempre que se quiera hacer valer la declaración del respectivo agente estatal, dentro de este tipo de procesos, debe ordenarse la práctica de su testimonio” (subrayado fuera de texto). Sección Tercera, Sentencia de 13 de abril de 2000. Exp.11898.



C.P.C.)”¹¹; viii) en “relación con el traslado de documentos, públicos o privados autenticados, estos pueden ser valorados en el proceso contencioso administrativo al cual son trasladados, siempre que se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil. Conforme a lo anterior, es claro que sin el cumplimiento de los requisitos precitados las pruebas documentales y testimoniales practicadas en otro proceso no pueden ser valoradas para adoptar la decisión de mérito”¹², **salvo: a) cuando** la prueba documental trasladada puede valorarse “toda vez que ésta estuvo en el expediente a disposición de la parte demandada, quien tuvo la oportunidad de controvertirla”¹³; **b)** la prueba trasladada puede ser valorada cuando fue utilizada por la contraparte, por ejemplo demandada, para estructurar la defensa en los alegatos de conclusión¹⁴; **ix)** el “legislador supeditó la valoración de las pruebas trasladadas al cumplimiento de los requisitos procesales exigidos, más no consagró como obligación de la parte que solicita la prueba el señalmiento expreso de las piezas procesales que pretende trasladar. No obstante, el juez tiene la facultad de rechazar de plano las pruebas legalmente prohibidas o ineficaces, las impertinentes y las manifiestamente superfluas”¹⁵; **x)** las inspecciones judiciales y los dictámenes periciales no pueden trasladarse a procesos distintos de aquéllos en los que fueron practicados, salvo que lo hayan sido con audiencia de la parte contra la que se aducen¹⁶; **xi) cuando se trata de prueba trasladada en copia simple por la demandante, y teniendo especial consideración por las específicas situaciones de vulneración de derechos humanos, cabe aquella documental o informes siempre que haya obrado**

¹¹ Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004. Exp.13607. Si la prueba testimonial trasladada no cumple las condiciones del artículo 185 del CPC está obligada a ser ratificada “salvo que la parte contra la cual se aducen la acepte o acuda a ella para analizar el problema jurídico debatido en las oportunidades de intervención procesal que la ley le otorga (art.229 numeral 1º)”. Sección Tercera, sentencia de 1 de marzo de 2006. Exp.15284.

¹² Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004. Exp.13607. Además “se trata de una prueba documental que fue decretada en la primera instancia, lo cierto es que pudo ser controvertida en los términos del artículo 289 (...) por el cual se reitera, su apreciación es viable”. Sección Tercera, sentencia de 26 de febrero de 2009. Exp.16727. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 30 de mayo de 2002. Exp.13476. “Se exceptúa respecto de los documentos públicos debidamente autenticados en los términos del art.254 CPC y los informes y peritaciones de entidades oficiales (art.243 CPC)”. Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 14 de abril de 2011. Exp.20587.

¹³ Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 27 de abril de 2011. Exp.20374.

¹⁴ Sección Tercera, sentencia de 9 de diciembre de 2004. Exp.14174.

¹⁵ Sección Tercera, sentencia de 24 de enero de 2007. Exp.32216. Puede verse también: Sección Tercera, auto de 7 de febrero de 2002. Exp.21645; sentencia de 19 de noviembre de 1998. Exp.12124.

¹⁶ Sección Tercera, sentencia de 5 de junio de 2008. Exp.16398.



durante todo el proceso y la parte contra la que se aduce la haya utilizado para su defensa (contestación, alegatos o incluso en la sustentación o alegatos del recurso de apelación); xii) puede valorarse la prueba trasladada cuando la parte demandada se allana expresamente e incondicionalmente a la solicitud de pruebas presentada por la parte demandante en la demanda; xiii) puede valorarse como prueba trasladada el documento producido por autoridad pública aportado e invocado por la parte demandante¹⁷.

7 A este respecto es preciso indicar, siguiendo el precedente de la Sala, que no obstante que la parte demandada no coadyuvó la solicitud probatoria elevada por el actor, esta será valorada en razón a que tales documentos han permanecido a disposición de las partes e intervinientes en el proceso, sin que se hubiere controvertido, por parte de alguna de ellas, la veracidad de lo allí contenido, esto es, su autenticidad; por ende serán apreciadas con el valor probatorio que les corresponde¹⁸.

La Sala al revisar los documentos, los informes e inspecciones judiciales que obran en el expediente, observa que pueden ser valoradas en esta oportunidad, porque tales medios de prueba han permanecido a disposición de las partes durante el curso del proceso y ninguna de ellas ha controvertido la autenticidad de los mismos, razones por las cuales tales **elementos** serán **apreciados** en el sub lite con el valor legal que les corresponde, **sin perjuicio de lo cual, se reitera, la** posibilidad de apreciar tales pruebas dependerá de si en el proceso al cual se trasladan se atienden las formalidades que la ley ha establecido respecto de cada una de éstas, asunto precisado por la Sala en los siguientes términos¹⁹:

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

“Sobre los informes técnicos y peritaciones de entidades y dependencias oficiales, el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil establece que deberán ponerse en

¹⁷ **Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012. Exp.19920.**

¹⁸ Este criterio fue recientemente expuesto por la Sala en sentencia del 26 de marzo de 2008, expediente: 34.038. M.P: Myriam Guerrero de Escobar.

¹⁹ Sentencia de 13 de abril de 2000. Exp.11.898.



conocimiento de las partes por el término de tres días, para que puedan pedir su complementación o aclaración, de manera que, una vez trasladados a un proceso administrativo, deberá surtirse este trámite para garantizar el derecho de contradicción de la parte contra la que se pretenden hacer valer.

“Finalmente, las inspecciones judiciales y los dictámenes periciales no pueden trasladarse a procesos distintos de aquéllos en los que fueron practicados, cuando ello no se hizo a petición o con audiencia de la parte contra la cual se aducen. En efecto, para garantizar el derecho de contradicción, estas pruebas deben practicarse, en todo caso, dando oportunidad a las partes de estar presentes, según se desprende de lo dispuesto en los artículos 237 y 246 del Código de Procedimiento Civil, lo que, obviamente, no podrá lograrse con el simple traslado posterior del acta o del informe respectivos. Por lo anterior, la inspección o el peritazgo (sic) deberán practicarse nuevamente en el nuevo proceso” (subrayado fuera de texto).

8 No ocurre lo mismo con la prueba testimonial practicada en los procesos penal y disciplinario, puesto que respecto de ella no se cumplieron los requisitos de traslado, **puesto que** la misma no fue aportada al proceso por solicitud de la demandada, razones por las cuales dicho material no podrá ser imputado en su contra en aras de proteger el derecho de defensa de la Administración y de impedir la violación a su derecho de contradicción de la prueba²⁰.

9 No obstante, la Sala de Sub - sección advierte que para casos como el presente donde está valorándose la ocurrencia de vulneraciones al derecho internacional humanitario y al derecho internacional de los derechos humanos, no puede seguir aplicándose lo establecido en el Código de Procedimiento Civil ajeno al respeto de las garantías que se desprende de dichos ámbitos normativos y procede ejercer un control de convencionalidad que permita la prevalencia de lo sustancial sobre los aspectos adjetivos, procesales, ya que de no hacerlo se estaría vulnerando la Convención Americana de Derechos Humanos²¹ al no garantizarse el acceso a la

²⁰ Sección Tercera, sentencia de 26 de marzo de 2008. Exp.34038. Puede verse también: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 25 de mayo de 2011. Exp.18747.

²¹ “La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Reglamento aprobado en su XXXIV período ordinario de sesiones, celebrado del 9 al 20 de septiembre de 1996, y en vigor desde el 1° de enero de 1997, concentró en el Capítulo IV, todo lo relativo a la prueba: (admisión; iniciativa probatoria de la Corte; gastos de la prueba; citación de testigos y peritos; juramento o declaración solemne de testigos y peritos; objeciones contra testigos; recusación de peritos; protección de testigos y peritos; incomparecencia o falsa deposición), en un intento de sistematizar la materia que en Reglamentos anteriores se resolvía en disposiciones dispersas. Por su parte, el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su sesión 660a, de 8 de abril de 1980, con modificaciones en 1985, 1987, 1995 y 1996, actualmente en vigor, contiene disposiciones sobre presunción, (artículo 42); solicitud de cualquier información pertinente al representante del Estado (artículo 43.2); investigación in loco (artículo 44); fijación de la oportunidad para la recepción y obtención de las pruebas (artículo 45.5); examen de las pruebas que suministren el Gobierno y el peticionario, las que recoja de testigos de los hechos o que obtenga mediante documentos, registros, publicaciones, etc, (artículo 46.1). Además de las disposiciones de su Reglamento, la Corte Interamericana ha establecido, a través de su jurisprudencia, desde los primeros casos contenciosos. -Viviana Gallardo, Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz, Fairén Garbi y Solís



justicia²² en todo su contenido como derecho humano reconocido constitucional y supraconstitucionalmente, tal como se sostuvo en la sentencia del caso “Manuel Cepeda contra Colombia” en la que se sostiene,

“140. En lo que concierne al acceso a la justicia, valga destacar que en este caso los tribunales contencioso administrativos no establecieron responsabilidad institucional por acción de funcionarios estatales en la ejecución del Senador Cepeda Vargas, que considerara la transgresión de sus derechos a la vida y la integridad personal, entre otros, a pesar de que al momento de sus decisiones se contaba ya con los resultados parciales del proceso penal e incluso del disciplinario. En este sentido, no contribuyeron de manera sustancial al cumplimiento del deber de investigar y esclarecer los hechos (*supra* párrs. 116 a 122). Llama la atención que en uno de los procesos el Consejo de Estado no valoró los resultados parciales de las investigaciones penales y disciplinarias en las que constaba la responsabilidad de los dos sargentos del Ejército Nacional, por considerar que la documentación fue remetida en copia simple²³. Si bien no correspondía a esta vía establecer responsabilidades individuales, al determinar la responsabilidad objetiva del Estado las autoridades jurisdiccionales deben tomar en cuenta todas las fuentes de información a su disposición. Por ende, las autoridades encargadas de estos procedimientos estaban llamadas no sólo a verificar las omisiones estatales, sino a determinar los alcances reales de la responsabilidad institucional del Estado”.

10 Cabe agregar, también, que en el derecho internacional público la Corte Internacional de Justicia ha procurado argumentar que el juez debe orientarse por el principio de la sana crítica y de la libertad de apreciación de los medios probatorios que obren en los procesos, y que debe desplegar un papel activo. En ese sentido se sostiene:

“Uno de los principios establecidos por la Corte Internacional de Justicia -destacado por la doctrina jurídica e incorporado en las legislaciones procesales de derecho

Corrales, entre otros-, los criterios rectores del proceso y, especialmente, de la prueba, en fecunda y reconocida creación del Derecho, no solo para suplir vacíos normativos, sino también para afirmar la naturaleza especial de su competencia y desarrollar los principios sustantivos del derecho internacional de los derechos humanos. La jurisprudencia de la Corte Interamericana- al igual que su Estatuto y su Reglamento- ha utilizado como fuente inmediata en materia probatoria, la experiencia de la Corte Internacional de Justicia. Esta, a su vez, tuvo como antecedentes el Proyecto de Disposiciones Sobre Procedimiento para el Arbitraje Internacional, preparado en 1875 por el Instituto de Derecho Internacional; las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 sobre el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales y la práctica reiterada durante muchos años de las Cortes Internacionales de Arbitraje”. ABREU BURELLI, Alirio. “La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en [http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/8.pdf; www.juridicas.unam.mx; p.113; Consultado el 20 de abril de 2012].

²² “Si bien el derecho procesal disciplina las formas, ello no impide que contenga normas de carácter sustancial, al desarrollar principios constitucionales sobre la administración de justicia, la tutela del orden jurídico, la tutela de la libertad y dignidad del hombre y de sus derechos fundamentales. El acceso a la justicia, el derecho a la defensa, el derecho de petición, la igualdad de las partes, derivan de mandatos constitucionales”. ABREU BURELLI, Alirio. “La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en [http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/8.pdf; www.juridicas.unam.mx; p.115; Consultado el 20 de abril de 2012]

²³ Cfr. Sentencia de apelación emitida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el radicado No. 250002326000199612680-01 (20.511) el 20 de noviembre de 2008, *supra* nota 128, folios 4524 a 4525.



interno- se refiere a la afirmación de que, en cuanto al fondo del derecho, la justicia internacional en su desarrollo flexible y empírico rechaza el exclusivo sistema de pruebas legales que impone al juez una conducta restrictiva, particularmente, en la prohibición de determinadas pruebas. El juez debe gozar de una gran libertad en la apreciación de la prueba a fin de que pueda elaborar su convicción sin estar limitado por reglas rígidas.

Asimismo la Corte Internacional de Justicia ha señalado que en materia probatoria ella no tiene un papel pasivo y debe tomar la iniciativa de traer al proceso las pruebas que considere pertinentes si estima que las existentes no son suficientes para cumplir sus finalidades. Así lo dispone el artículo 48 de Estatuto, al ordenar que "la Corte dictará las providencias necesarias para el curso del proceso, decidirá la forma y los términos a que cada parte debe ajustar sus alegatos y adoptará las medidas necesarias para la práctica de la pruebas." En el mismo sentido el artículo 49 *eiusdem* dispone que, "aun antes de empezar una vista, puede pedir a los agentes que produzcan cualquier documento o den cualesquiera explicaciones. Si se negaren a hacerlo, se dejará constancia formal del hecho." Igualmente puede la Corte (artículo 34, párrafo 2) "...solicitar de organizaciones internacionales públicas información relativa a casos que se litiguen en la Corte y recibirá la información que dichas organizaciones envíen por iniciativa propia"²⁴.

11 En tanto que la doctrina del derecho interamericano de derechos humanos sostiene:

"Lo anterior significa que la Corte Interamericana ha utilizado como principio básico la llamada prueba racional o de la "sana crítica", que tiene su fundamento en las reglas de la *lógica* y de la *experiencia*, ya que la libertad del juzgador no se apoya exclusivamente en la íntima convicción, como ocurre con el veredicto del jurado popular, ya que por el contrario, el tribunal está obligado a fundamentar cuidadosamente los criterios en que se apoya para pronunciarse sobre la veracidad de los hechos señalados por una de las partes y que no fueron desvirtuados por la parte contraria"²⁵.

12 Lo anterior, advierte la Sala, no implica desconocer las exigencias legales y principios procesales, lo que lleva a que no sean considerados, valorados y apreciados diferentes testimonios y declaraciones rendidas ante las instancias disciplinaria y penal por no cumplir los expresos mandatos del artículo 229 del Código de Procedimiento Civil, en aplicación sistemática con lo consagrado en el artículo 185 del mismo texto legal y por expresa remisión legal del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, esto es, por haberse producido su ratificación al haberse producido en otros procesos "sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan" en el presente contencioso. No obstante lo anterior, y en aplicación del artículo 230 de la Carta Política que exige la primacía de lo

²⁴ ABREU BURELLI, Alirio. "La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en [<http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/8.pdf>; www.juridicas.unam.mx; pp.114 y 115; Consultado el 20 de abril de 2012].

²⁵ FIX-ZAMUDIO, Héctor. "Orden y valoración de las pruebas en la función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en [<http://www.corteidh.org.cr/tablas/a11690.pdf>; Consultado 20 de abril de 2012].



sustancial por sobre lo procesal o adjetivo, la Sala tendrá en cuenta dentro del contexto de los hechos a probar y de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, la realidad fáctica manifestada en todas aquellas deposiciones, salvo las injuradas, desde la perspectiva de su configuración o no como indicios a ser apreciados, en virtud de los principios de la sana crítica (libre apreciación de la prueba) y comunidad de la prueba, y de la apreciación contrastada con los demás elementos probatorios.

2.2. Valor probatorio de los recortes e informaciones de prensa.

13 Por otra parte, la Sala observa que en el expediente obran unos recortes de prensa allegados en copia simple por la parte demandante (fl. 28, c1) e igualmente ejemplar original del diario 'El Espectador' del 4 de septiembre de 1996 (fl 181, c1); al respecto es necesario pronunciarse respecto del valor probatorio que podría o no tener tales informaciones, ya que el precedente de la Sala se orienta a no reconocer dicho valor. En ese sentido,

"Sin embargo, los reportes periodísticos allegados al expediente carecen por completo de valor probatorio, toda vez que se desconoce su autor y su contenido no ha sido ratificado y, adicionalmente, por tratarse de las informaciones publicadas en diarios no pueden ser consideradas dentro de un proceso como una prueba testimonial, como que adolecen de las ritualidades propias de este medio de prueba⁴: no fueron rendidas ante funcionario judicial, ni bajo la solemnidad del juramento, ni se dio la razón de su dicho (art. 227 CP.C).

Estos recortes de prensa tan sólo constituyen evidencia de la existencia de la información, pero no de la veracidad de su contenido, por lo que no ostentan valor probatorio eficaz merced a que se limitan a dar cuenta de la existencia de la afirmación del tercero, pero las afirmaciones allí expresadas deben ser ratificadas ante el juez, con el cumplimiento de los demás requisitos para que puedan ser apreciadas como prueba testimonial. De modo que el relato de los hechos no resulta probado a través de las publicaciones periodísticas a que se alude en la demanda, habida consideración que no configura medio probatorio alguno de lo debatido en el proceso, pues tan sólo constituyen la versión de quien escribe', que a su vez la recibió de otro desconocido para el proceso"²⁶.

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

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

²⁶ Sentencias de 27 de junio de 1996, Exp. 9255; de 18 de septiembre de 1997, Exp.10230; de 25 de enero de 2001, Exp. 3122; de 16 de enero de 2001, Exp. ACU-1753; de 1 de marzo de 2006, Exp.16587.



prensa pueden ser apreciados como prueba documental y por lo tanto, dan certeza de la existencia de las informaciones, pero no de la veracidad de su contenido. Debe recordarse que el documento declarativo difiere de la prueba testimonial documentada. Por lo tanto, si bien el documento puede contener una declaración de tercero, el contenido del mismo no puede ser apreciado como un testimonio, es decir, la prueba documental en este caso da cuenta de la existencia de la afirmación del tercero, pero las afirmaciones allí expresadas deben ser ratificadas ante el juez, con el cumplimiento de los demás requisitos para que puedan ser apreciadas como prueba testimonial²⁷.

A lo que se agrega,

“En cuanto a los recortes de prensa, la Sala ha manifestado en anteriores oportunidades, que las informaciones publicadas en diarios no pueden ser consideradas pruebas testimoniales porque carecen de los requisitos esenciales que identifican este medio probatorio -artículo 228 del C.P.C.-, por lo que sólo pueden ser apreciadas como prueba documental de la existencia de la información y no de la veracidad de su contenido²⁸”.

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

“Le asiste razón al actor en argumentar que los ejemplares del diario 'El Tiempo' y de la revista 'Cambio' no resultan inconducentes, ya que por regla general la ley admite la prueba documental, y no la prohíbe respecto de los hechos que se alegan en este caso. Asunto distinto será el mérito o eficacia que el juez reconozca o niegue a dichos impresos. Así, se revocara la denegación de la prueba a que alude el actor respecto de los artículos del Diario y Revista indicados, por encuadrar como pruebas conforme al artículo 251 del Código de Procedimiento Civil y en su lugar se decretará la misma para que sea aportada por el solicitante de ella, dada la celeridad de este proceso²⁹”.

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

“En otras providencias ha señalado que la información periodística soto en el evento de que existan otras pruebas puede tomarse como un indicio simplemente contingente y no necesario³⁰”.

Así las cosas, es necesario considerar racionalmente su valor probatorio como prueba de una realidad de la que el juez no puede ausentarse, ni puede obviar en atención a reglas procesales excesivamente rígidas. Tanto es así, que la Sala

²⁷ Sentencia de 10 de noviembre de 2000, Exp. 18298.

²⁸ Sentencias de 15 de junio de 2000, Exp.13338; de 25 de enero de 2001, Exp. 11413; de 10 de noviembre de 2000, Exp. 18298; de 19 de agosto de 2009, Exp. 16363.

²⁹ Auto de 20 de mayo de 2003, Exp. PI-059.

³⁰ Sentencia de 30 de mayo de 2002, Exp. 1251-00.



valorará tales informaciones allegadas en calidad de indicio contingente que, para que así sea valorado racional, ponderada y conjuntamente dentro del acervo probatorio³¹.

14 A continuación, la Sala estudiará el régimen de responsabilidad aplicable al caso, teniendo en cuenta la calidad de los miembros de la fuerza pública que resultaron muertos y lesionados, de manera que se precise el mismo fundado en la condición de “ciudadano-soldado” que ostenta aquella persona que presta el servicio militar obligatorio en nuestro país.

3. La responsabilidad por daños a miembros de la fuerza pública

15 En materia de responsabilidad por daños a miembros de la fuerza pública la premisa de la evolución jurisprudencial es la siguiente: se trata de encuadrar los daños sufridos por quienes prestan el servicio militar obligatorio en las modalidades de soldados regulares o conscriptos, o de quienes voluntariamente ingresan en cualquiera de las carreras militar o policial³². Por lo tanto, es determinante la condición que ostenta el soldado al momento de producirse el daño, lo que exige aproximarse a su delimitación en el precedente jurisprudencial constitucional.

3.1. Aproximación a la obligación de prestar el servicio militar.

16 De acuerdo con el precedente jurisprudencial constitucional la obligación de prestar el servicio militar tiene el siguiente alcance:

“La obligación de prestar el servicio militar es desarrollo del postulado según el cual los intereses colectivos prevalecen sobre los individuales y si, además, el Estado al exigirlo no puede desconocer la igualdad de las personas ante la ley, cuyos dictados deben ser objetivos e imparciales, es evidente que la objeción de conciencia para que pueda invocarse, requiere de su expresa institucionalización dentro del respectivo

³¹ Aclaración de voto del Consejero Jaime Orlando Santofimio a la sentencia de 31 de enero de 2011, expediente 17842, C.P.: Dr. Enrique Gil Botero.

³² De acuerdo con el artículo 13 de la ley 48 de 1993, el servicio militar obligatorio se puede prestar en la siguiente forma: como soldado regular; soldado bachiller; auxiliar de policía bachiller; soldado campesino; auxiliar del INPEC.



ordenamiento jurídico. El servicio militar en sí mismo, es decir como actividad genéricamente considerada, carece de connotaciones que puedan afectar el ámbito de la conciencia individual, por cuanto aquel puede prestarse en diversas funciones de las requeridas para la permanencia y continuidad de las Fuerzas Militares³³.

En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional define que la:

“(...) propia Carta Política impone a los colombianos obligaciones genéricas y específicas, en relación con la fuerza pública. En efecto, de manera general, dentro de las obligaciones de la persona y del ciudadano se encuentran las de "respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituídas (sic) para mantener la independencia y la integridad nacionales" o para "defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica";.... y de "propender al logro y mantenimiento de la paz". Deberes estos genéricos cuya finalidad, resulta coincidente con los fines que son propios de las instituciones conformantes de la fuerza pública; de suerte que no están desprovistos los asociados del cumplimiento de obligaciones expresas que les son impuestas por el orden superior³⁴.

Desde la perspectiva normativa y jurisprudencial el precedente concreta el sistema legal con base en el cual se rige la relación con el servicio militar obligatorio en la siguiente forma:

“22. Conforme lo establece la Constitución Política la fuerza pública esta (sic) integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (Art. 216). En relación con las primeras, debe indicarse que la finalidad primordial es la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional y están integradas por el ejército, la armada y la fuerza aérea (Art. 217). Por su parte, la segunda es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil a cargo de la Nación, cuyo fin esencial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz (Art. 218).

Así mismo, el Ordenamiento Superior (Art. 216) dispone que todos los colombianos tienen la obligación de tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas, previsión normativa que debe ser armonizada con valores y principios constitucionales tales como la prevalencia del interés general como postulado estructurante (sic) de nuestro Estado Social de Derecho (Art. 1°), deberes de los ciudadanos (Art. 95) de respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales, participar en la vida política, cívica y comunitaria del país y propender al logro y mantenimiento de la paz, lo cual indudablemente tiene por finalidad el fortalecimiento de la unidad de la Nación (preámbulo) y el mantenimiento de la integridad territorial para asegurar la convivencia pacífica (Art. 2°).

23. En el plano legislativo, debe resaltarse que el marco normativo regulatorio del servicio militar obligatorio está determinado actualmente por las leyes 48 de 1993, 418 de 1997, 548 de 1999 y 642 de 2001. La primera normativa establece como imperativo que todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar desde el momento en el que cumpla la mayoría de edad, con excepción de los estudiantes de bachillerato quienes deberán definirla cuando obtengan el título de bachiller, obligación que únicamente cesará a los cincuenta (50) años de edad (Art. 10). Igualmente, prevé que la duración del servicio bajo banderas tendrá una duración de doce (12) a veinticuatro (24) meses, tiempos que dependen de la modalidad de

³³ Corte Constitucional, sentencia T-409 de 1992.

³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-511 de 1994. Puede verse también sentencia T-363 de 1995.



servicio prestado, es decir, ya sea como soldado regular, soldado bachiller, auxiliar de policía bachiller o soldado campesino (Arts. 11, 13)³⁵.

Así mismo, en el precedente jurisprudencial constitucional se establece que el servicio militar se representa constitucionalmente como un deber cuyo alcance es:

“Un deber constitucional no puede entenderse como la negación de un derecho, pues sería tanto como suponer en el constituyente trampas a la libertad. Los correspondientes deberes constitucionales se orientan en el sentido de proteger los principios de legalidad, el apoyo de las autoridades, el reconocimiento del derecho ajeno y no abuso del propio, la solidaridad social, la convivencia pacífica, la protección de los recursos ecológicos y del ambiente o la financiación del gasto público, que no pueden entenderse como discriminatorios o limitantes de la libertad, sino que resultan materialmente propiciatorios de la misma, al promover las condiciones necesarias para obtener su eficacia real. Son frecuentes en el ordenamiento jurídico, las normas que buscan sancionar a quienes evadan un deber constitucional, y constituyen un instrumento que asegura el cumplimiento del deber; de donde se desprende que, de manera general, no se puede excusar el cumplimiento de un deber para asegurar un derecho”³⁶.

De todo lo anterior, queda claro que la prestación del servicio militar en cualquiera de sus modalidades es una de aquellas obligaciones genéricas a las que debe responder todo ciudadano con el objetivo de preservar la democracia como ingrediente esencial del Estado y, a la que no puede negarse por tratarse de la forma en la que se ratifica el postulado básico del contrato social rousseauiano.

3.2. La obligación de prestar el servicio militar obligatorio no implica la renuncia a los derechos fundamentales y humanos.

17 Lo anterior, no quiere decir que por estar radicado en todo ciudadano ese “llamado patriótico”, constitutivo de un deber constitucional, este sea ilimitado, o pueda suponer la negación, restricción o deformación de los derechos que también ese o cualquier individuo tiene la posibilidad de ejercer. Se trata simplemente, de establecer una exigencia que se corresponde con el principio de solidaridad y de preservación de la convivencia, ya que con la existencia del servicio militar se permite garantizar el ejercicio y despliegue de los derechos reconocidos constitucionalmente.

Pero como todo ciudadano, aquel que presta el servicio militar en cualquiera de sus modalidades no queda excluido de las mínimas garantías reconocidas

³⁵ Corte Constitucional, sentencia T-699 de 2009. Puede verse también, sentencia T-218 de 2010.

³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-511 de 1994.



constitucionalmente y al respeto de los derechos humanos que no mutan por tratarse de personal militar, ya que no cabe establecer distinción, discriminación o aplicación diferente, como sucede al sostenerse el concepto de “acto de servicio”, que resulta en la circunstancias específicas de la toma de la Base Militar de Las Delicias orientando la decisión del juez contencioso administrativo hacia una suerte de aplicación, que no se correspondería con los mandatos constitucionales y garantistas de los derechos humanos, del concepto de servicio militar obligatorio, que no respeta las garantías y derechos constitucionalmente reconocidos a toda persona, incluso al ciudadano-soldado.

Como se señaló en reciente precedente de la Sala, la protección de la vida “se predica también en relación con los miembros de los cuerpos armados”³⁷. En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional sostiene:

“En este orden de ideas, las autoridades militares deben poner todo el empeño y diligencia posible para proteger la vida de los soldados colombianos, y hacer todo lo que esté a su alcance para que su estadía de éstos en el Ejército Nacional sea lo más humana, dignificante y enriquecedora”³⁸.

Precisamente, la idea de procurar una estancia humana, dignificante y enriquecedora es la manifestación concreta según la cual los soldados que prestan el servicio militar obligatorio no renuncian a sus derechos fundamentales, ya que como se sostiene en el precedente jurisprudencial constitucional:

“Si bien los derechos, y particularmente los considerados como fundamentales, no se pueden desconocer en su esencia bajo ninguna situación, no se vulneran cuando se regulan para su adecuado ejercicio, ni tampoco cuando se limitan por la ley o la misma Carta para viabilizar el cumplimiento de los deberes que la Constitución le impone a las personas en beneficio de la colectividad o al servicio del Estado”³⁹.

Lo que lleva a considerar por el mismo precedente que la:

“(…) prestación del servicio militar, si bien es exigible a todos los nacionales, con las excepciones que la ley consagra, debe someterse a los postulados constitucionales y respetar los derechos fundamentales y las libertades básicas de los llamados a filas”⁴⁰.

³⁷ Sección Tercera, sentencia de 26 de mayo de 2010. Exp.19158.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia T-534 de 1992.

³⁹ Corte Constitucional, sentencia SU-277 de 1993.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia SU-200 de 1997.



Sin lugar a dudas, no puede significar el sacrificio absoluto de los derechos fundamentales y humanos de aquellos que prestan el servicio militar obligatorio⁴¹, especialmente de su derecho a la vida y a la integridad personal. En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional sostiene:

“El militar, por el mismo hecho de su responsabilidad, debe asumir las eventuales consecuencias, claramente riesgosas e impredecibles en muchos casos, que para su integridad, su libertad personal y aun su vida comporta la vinculación a filas. Pero, los deberes exigibles a las personas no pueden hacerse tan rigurosos que comprometan el núcleo esencial de sus derechos fundamentales, pudiendo ser éstos preservados. Si el riesgo para la vida o la integridad no resulta (sic) imperioso o necesario, considerada la situación concreta, no ha de propiciarse su exigencia. El deber de arriesgar la vida no es absoluto. En relación con los deberes, únicamente pueden ser exigibles en su integridad cuando el obligado a ellos está en capacidad efectiva de cumplirlos, pues, al igual que los derechos, también tienen sus límites. Deben existir diferentes niveles en los cuales se puede cumplir con la obligación constitucional de tomar las armas teniendo en cuenta el entrenamiento, disposición y aptitudes de quien va a defender la independencia, soberanía e integridad institucional”⁴².

18 De ahí, pues, que se sostiene que el Ejército puede estar incurso en la violación de los derechos fundamentales de los soldados cuando no cuentan con la preparación suficiente, lo que se expresó en el precedente jurisprudencial constitucional en la siguiente forma:

“El Ejército Nacional sí atenta contra el derecho fundamental a la vida de los soldados bachilleres, o al menos lo amenaza de manera ostensible, cuando envía soldados menores de edad a zonas donde se pueden estar presentando combates o cuando envía a los soldados mayores de edad, sin la preparación militar, técnica y psicológica suficiente, a zonas especialmente conocidas por la presencia de grupos guerrilleros. La transferencia de un soldado a las zonas de combate es algo más que un simple traslado, habida cuenta del mayor riesgo que representa, particularmente en áreas de permanente y nutrida confrontación entre las fuerzas regulares y los escuadrones subversivos. En condiciones de mayor edad y plena preparación y entrenamiento en el campo militar, tal transferencia no es extraña ni ilegítima y, por el

⁴¹ Los derechos intrínsecamente concebidos son “ilimitados”, sin embargo “salvo que se acepte la concepción extrema de los derechos orientados a la voluntad, característica, por ejemplo, del darwinismo social radical a lo Spencer, los límites son posibles e incluso necesarios, aunque sólo como límites extrínsecos y al único objeto de prevenir la colisión destructiva de los propios derechos y de posibilitar su ejercicio a todos, tal como se expresa el artículo 4 de la Declaración de 1789. Desde esta perspectiva, los únicos límites a los derechos son también, y exclusivamente, los derechos (de los demás). La Ley –como ocurre en la filosofía política kantiana- no tiene atribuida otra competencia que la de establecer los confines entre los distintos grupos de derechos de cada sujeto jurídico”. ZAGREBLESKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. 9ª ed. Madrid, Trotta, 2009, p.87.

⁴² Corte Constitucional, sentencia SU-200 de 1997. Puede verse el siguiente precedente: “Los nacionales que presten el servicio militar continúan siendo titulares de los derechos reconocidos en la Carta Política, además de ser beneficiarios de ciertas prerrogativas y exenciones legalmente establecidas en virtud de su especial situación, así como sujetos de limitaciones razonables para el ejercicio de sus derechos y libertades con ocasión de las condiciones propias que impone el servicio militar, bajo lineamientos de obediencia según la línea de mando y de la disciplina propia de las entidades castrenses que enmarcan dicha actividad, siempre y cuando aquellas resulten proporcionales a los fines que las sustentan”. Corte Constitucional, sentencia T-376 de 1997.



contrario, resulta indispensable para que el Ejército cumpla su función, pero no debe darse cuando el soldado afectado por ella es menor o carece del más mínimo entrenamiento”⁴³ (subrayado fuera de texto).

19 Desde esta perspectiva, puede entenderse que los soldados que prestan el servicio militar obligatorio, como lo era Alonso Martínez Gutiérrez como ciudadano-soldado que se encuentran en el cumplimiento de un deber constitucional no renuncia a sus derechos fundamentales, lo que lleva a plantear una suerte de tensión entre dicho deber y los derechos a aquel constitucional e internacionalmente reconocidos (en aplicación del bloque de constitucional, conforme al artículo 93 de la Carta Política). Doctrinalmente se ha dicho que aquel que cumple, ejerce o realiza una misión o deber público se beneficia de los derechos fundamentales pese a que subsistan limitaciones. No debe olvidarse, siguiendo el precedente jurisprudencial constitucional, que el:

“(…) derecho es la única alternativa de vida civilizada. Es el instrumento normativo con que cuenta el Estado para promover la integración social, satisfacer las necesidades colectivas, establecer pautas de comportamiento y decidir los conflictos suscitados; todo ello con miras a realizar los fines que le incumben como organización política y, por esa vía, hacer efectivos los principios constitucionales y los derechos fundamentales. De allí la interferencia que el derecho ejerce sobre el comportamiento humano y las relaciones sociales pues, sin desconocer la intangibilidad de aquellos espacios que sólo a la interioridad de cada quien incumben, se trata de orientar la institucionalidad y el entramado social precisamente a la realización de esos valores, principios y derechos. Desde luego, es una interferencia que está mediada por las profundas convicciones filosóficas, políticas y sociales imperantes en cada época y que hacen que el Estado asuma, en cada caso, una u otra estructura axiológica y tome un lugar en ese amplio espectro que conduce desde el autoritarismo hasta el liberalismo”⁴⁴.

En ese sentido, se sostiene:

“En la segunda mitad de los años sesenta, la Comisión europea de derechos humanos⁴⁵ ha adoptado una doctrina inspirada del derecho alemán, denominada <<limitaciones inherentes>>⁴⁶. Según esta teoría, la relación especial de sujeción en la que se encuentran ciertas personas – los detenidos, los militares, los funcionarios, los estudiantes (...) justifica de plano la limitación, incluso la privación de ciertos derechos fundamentales garantizados por la Convención.

⁴³ Corte Constitucional, sentencia SU-200 de 1997.

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-802 de 2002.

⁴⁵ Comisión Europea de Derechos Humanos, asunto 1860/63 X c. República Federal de Alemania, de 15 de diciembre de 1965; asunto 1760/63, X c. Austria, de 23 de mayo de 1966; asunto 2375/64, X c. República Federal de Alemania, de 7 de febrero de 1967; asunto 2676/65, X c. Austria, de 3 de abril de 1967; asunto 2795/66, X c. República Federal de Alemania, de 22 de mayo de 1969 y asunto 4517/70, Huber c. Austria, del 19 de diciembre de 1970.

⁴⁶ VAN DROOGHENBROECK, S. La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme-Prendre l'idée simple au sérieux. Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.53 a 56.



La doctrina de las limitaciones inherentes actúa así como una excepción tácita a la Convención, que sustraería la situación que concierne a su campo de aplicación. Como lo han mostrado algunas decisiones posteriores de la Comisión⁴⁷
(...)

... la Corte europea de derechos del hombre ha rechazado explícitamente esta doctrina de las limitaciones inherentes, en relación con los detenidos⁴⁸ así como en relación con el trato a los militares⁴⁹... La Corte ha proclamado el principio según el cual toda persona que se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado contratante debe beneficiarse, según los términos del artículo 1º de la Convención, de los derechos garantizados, poco importa la situación particular de sujeción en la que aquella se encuentre. Por tanto, las injerencias en el ejercicio de estos derechos deberán ser objeto de un control en consideración de los criterios de derecho común establecidos por las disposiciones de la Convención⁵⁰.

3.3. Las garantías de los derechos de los ciudadanos-soldados en el marco del conflicto armado interno.

20 La Sala advierte que los hechos ocurridos en la Base Militar de Las Delicias, en el Departamento del Putumayo, son producto o resultado del conflicto armado interno⁵¹ que el país viene sufriendo desde hace décadas, lo que hace exigible al Estado un deber positivo de protección no sólo respecto a los ciudadanos o población civil, sino también en relación con los propios miembros de la fuerza pública, y especialmente con aquellos que cumpliendo el deber constitucional de prestar el servicio militar obligatorio ostentan la calidad de ciudadanos-soldados. Dicho deber positivo (u objetivo) de protección que está en cabeza del Estado se hace exigible imperativamente si se quiere corresponderse con el respeto de las reglas de derecho internacional humanitario, en especial con lo establecido en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, el cual reza:

“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción

⁴⁷ Comisión Europea de Derechos Humanos, asunto 16728/90, Karaduman c. Turquía, de 3 de mayo de 1993.

⁴⁸ Corte Europea de Derechos Humanos, asuntos De Wilde, Ooms y Versyp, de 18 de junio 1971; Golder contra Reino Unido, de 21 de febrero de 1975; Campbell y Fell c. Reino Unido, de 28 de junio de 1984.

⁴⁹ Corte Europea de Derechos Humanos, asunto Grigoriades c. Grecia, de 25 de noviembre de 1997.

⁵⁰ LOMBAERT, Bruno. “Les fonctionnaires renoncent-ils aux droits fondamentaux?”, en DUMONT, Hugues; OST, Francois; VAN DROOGHENBROECK, Sebastien (dir). La responsabilité face cachée des droits de l’homme. Bruxelles, Bruylant, 2005, pp.483 a 500.

⁵¹ Reconocido así en el precedente jurisprudencial constitucional: sentencias C-802 de 2002; C-172 de 2004; C-291 de 2007; T-444 de 2008; T-496 de 2008; T-922^a de 2008.



alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o cualquier otro criterio análogo.

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

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

21 En ese sentido, la invocación del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 no tiene otro objeto que la afirmación del principio de humanidad, que es inherente al respeto de la dignidad. En el precedente jurisprudencial constitucional se indica:

“Según la Corte Internacional de Justicia, el artículo 3 común es uno de los principios generales fundamentales del derecho humanitario⁵², y las reglas que lo componen reflejan lo que se denominó en la sentencia de 1949 sobre el Estrecho de Corfú como “consideraciones elementales de humanidad”⁵³. En la Opinión Consultiva de 1996 sobre las armas nucleares, la Corte Internacional de Justicia enfatizó que la naturaleza humanitaria de las reglas plasmadas en el Artículo 3 común subyace a la totalidad del derecho internacional humanitario y se aplica a todo tipo de conflictos y de armas: “El carácter intrínsecamente humanitario de los principios legales en cuestión (...) permea la totalidad del derecho del conflicto armado, y se aplica a todas las formas de guerra y a todo tipo de armas, las del pasado, las del presente y las del futuro”⁵⁴. El carácter imperativo del principio humanitario subyacente al Artículo 3 Común y a los instrumentos universales y regionales de derechos humanos ha sido resaltado también por el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, al indicar que “las disposiciones del Artículo 3 Común y de los instrumentos universales y regionales de derechos humanos comparten un núcleo común de estándares fundamentales que son aplicables en todo tiempo, en todas las circunstancias y a todas las partes, y de los cuales no se permite ninguna derogación”⁵⁵. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la obligación de cumplir con el artículo 3 común de los convenios de Ginebra es una obligación de carácter absoluto, que no está sujeta a reciprocidad⁵⁶. El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia también ha señalado que la obligación esencial impuesta a las partes de un conflicto armado internacional o interno por el Artículo 3 Común—cuyo carácter consuetudinario es indudable— es la de cumplir ciertos estándares humanitarios fundamentales, mediante “la aplicación de

⁵² Corte Internacional de Justicia, caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, 1986.

⁵³ Traducción informal: “and they are rules which, in the Court’s opinion, reflect what the Court in 1949 called ‘elementary considerations of humanity’”. Corte Internacional de Justicia, caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, 1986.

⁵⁴ Traducción informal: “[T]he intrinsically humanitarian character of the legal principles in question (...) permeates the entire law of armed conflict and applies to all forms of warfare and to all kinds of weapons, those of the past, those of the present and those of the future”. Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la Legalidad o el Uso de Armas Nucleares, 1996.

⁵⁵ Traducción informal: “the provisions of Common Article 3 and the universal and regional human rights instruments share a common ‘core’ of fundamental standards which are applicable at all times, in all circumstances and to all parties, and from which no derogation is permitted.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Sefer Halilovic, sentencia del 16 de noviembre de 2005.

⁵⁶ “la obligación de dar cumplimiento al artículo 3 común es absoluta para ambas partes e independiente de la obligación de la otra parte.” Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997.



las reglas de humanidad reconocidas como esenciales por las naciones civilizadas⁵⁷ y el establecimiento de un nivel mínimo de protección para las personas que no toman parte activa en las hostilidades⁵⁸; todo lo cual contribuye a que el Artículo 3 común sea en sí mismo una fuente autónoma y consuetudinaria de responsabilidad penal individual⁵⁹.

Según ha explicado el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, el propósito mismo del Artículo 3 común es el de reivindicar y proteger la dignidad humana inherente al individuo; por ello, el listado de posibles contravenciones de ese principio de dignidad es una mera enunciación, no taxativa, de formas particularmente graves de maltrato que son fundamentalmente incompatibles con el principio subyacente de trato humano⁶⁰. Según han precisado tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, las garantías mínimas establecidas en el artículo 3 común se aplican, en el contexto de los conflictos armados internos, a quienes no toman parte directa o activa en las hostilidades, incluida la población civil y las personas puestas fuera de combate por rendición, captura u otras causas⁶¹.

Como se mencionó en apartados anteriores, el carácter consuetudinario de las normas básicas de las Convenciones de Ginebra de 1949, concretamente los artículos comunes 1 y 3, ha sido confirmado por distintos tribunales internacionales; entre otras, por la Corte Internacional de Justicia en el caso de las Actividades

⁵⁷ Traducción informal: "Common Article 3 requires the warring parties to abide by certain fundamental humanitarian standards by ensuring 'the application of the rules of humanity which are recognized as essential by civilized nations.'" Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Sefer Halilovic, sentencia del 16 de noviembre de 2005.

⁵⁸ Traducción informal: "Common Article 3 of the Geneva Conventions (...) sets out a minimum level of protection for 'persons taking no active part in the hostilities'". Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Momcilo Krajisnik, sentencia del 27 de septiembre de 2006.

⁵⁹ Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005.

⁶⁰ El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia explicó en este sentido en el caso Aleksovski: "Una lectura del párrafo (1) del artículo 3 común revela que su propósito es el de reivindicar y proteger la dignidad humana inherente al individuo. Prescribe trato humano sin discriminación basada en raza, color, religión o credo, sexo, nacimiento, o riqueza, u otros criterios similares. En lugar de definir el tratamiento humano allí garantizado, los Estados partes eligieron proscribir formas particularmente odiosas de maltrato que son, sin duda, incompatibles con el trato humano." [Traducción informal: "A reading of paragraph (1) of common Article 3 reveals that its purpose is to uphold and protect the inherent human dignity of the individual. It prescribes humane treatment without discrimination based on 'race, colour, religion or faith, sex, birth, or wealth, or any other similar criteria'. Instead of defining the humane treatment which is guaranteed, the States parties chose to proscribe particularly odious forms of mistreatment that are without question incompatible with humane treatment."]

⁶¹ En términos de la Comisión: "El objetivo básico del artículo 3 común es disponer de ciertas normas legales mínimas que se puedan aplicar en el curso de hostilidades para proteger a las personas que no tomaron, o que ya no toman parte directa o activa en las hostilidades. Las personas que tienen derecho a la protección que legalmente les confiere el artículo 3 común, incluyen a los miembros del gobierno y de las fuerzas disidentes que se rinden, son capturados o están fuera de combate (hors de combat). De igual modo, los civiles están protegidos por las garantías del artículo 3 común, cuando son capturados o de alguna otra manera quedan sujetos a la autoridad de un adversario, incluso aunque hayan militado en las filas de la parte opositora". Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso "La Tablada" – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997. En igual sentido, ver el caso Limaj del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia: "dado que el Artículo 3 Común protege a las personas que no toman parte activa en las hostilidades, las víctimas de la violación alegada no deben haber estado tomando parte activa en las hostilidades al momento de la comisión del crimen" [Traducción informal: "as Common Article 3 protects persons taking no active part in the hostilities, the victims of the alleged violation must have taken no active part in the hostilities at the time the crime was committed". Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005.]



Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, en el cual las clasificó como “los principios generales fundamentales del derecho humanitario”⁶².

22 Sin duda, el deber positivo que el Estado tiene para con los soldados que prestan el servicio militar obligatorio se extrema en condiciones específicas de conflicto armado interno y, específicamente, cuando ocurren hechos como los ocurridos en la Base Militar de las Delicias en los que se producen flagrantes violaciones al derecho a la vida y a la integridad personal. Se trata, sin duda alguna, de exigir no sólo el respeto de los derechos consagrados constitucionalmente (reconocido como quedó que el ciudadano-soldado no renuncia a estos), sino que también debe acatarse las reglas del derecho internacional humanitario (como la señalada) como forma de hacer efectivos tales derechos, y como corolario del respeto a las reglas del derecho internacional humanitario, como la señalada, es un:

“(...) imperativo para la efectiva protección de los derechos y garantías consagrados en la Carta, a la vez que constituye un presupuesto para la realización de la dignidad de los individuos que son afectados por el conflicto armado. Estos elementos cobran especial relevancia en la situación actual del país, que exige un reforzamiento de los procedimientos que estén dirigidos a la salvaguarda de la población civil.

El carácter prevalente del derecho internacional humanitario impide que pueda ser desconocido a través de las medidas de estado de excepción. Es evidente que al pertenecer el derecho de los conflictos armados al ámbito del derecho internacional general, su preceptiva adquiere la misma función que los derechos intangibles a los que se hizo referencia al analizar los artículos 4 del Pacto Internacional y 27 de la Convención Americana, lo que a su vez es reforzado por la obligación de cumplir con los compromisos que el Estado colombiano ha suscrito en virtud de la ratificación y aprobación de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales”.

23 Es precisamente la salvaguardia del derecho a la vida y a la integridad personal un mandato positivo (objetivo) del Estado, que tiene su sustento no sólo en nuestra Carta Política, sino que encuentra fundamento (invocando la cláusula del bloque de constitucionalidad del artículo 93 de la Constitución) en el derecho internacional humanitario, donde la premisa indica que “el derecho a no ser arbitrariamente privado de la vida se aplica también durante las hostilidades”⁶³, lo que comprende las situaciones de conflicto armado interno como en el que se encuentra el país.

⁶² Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007.

⁶³ Corte Internacional de Justicia. Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, 1996.



24 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”⁶⁴.

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>>⁶⁵. 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 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

⁶⁴ Citado en TUCKER, Robert W. The Law of War and Neutrality at Sea. Washington, 1957, p.6.

⁶⁵ 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.



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 masacres⁶⁶ (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 sustancialmente las circunstancias de su comisión y, en consecuencia, a generar unas implicaciones que en el anterior marco eran inconcebibles⁶⁷.

3.4. Una vez reconocida la posición del ciudadano-soldado en el marco del derecho internacional humanitario, cabe indagar su encuadramiento en el marco del derecho de los “derechos humanos”.

⁶⁶ WALZER, Michael. Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos. Barcelona, Paidós, 2001, pp.181 y 182.

⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia C-802 de 2002.



25 Siendo esto es así, no cabe duda que al ciudadano-soldado le es aplicable la exigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos según la cual también puede generarse responsabilidad internacional del Estado por atribución a éste de actos violatorios de derechos humanos cometidos por terceros o particulares, en el marco de las obligaciones del Estado de garantizar el respeto de esos derechos entre individuos⁶⁸. En este sentido, la Corte Interamericana ha considerado que:

“Dicha responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. [Las obligaciones erga omnes de respetar y hacer respetar las normas de protección, a cargo de los Estados Partes en la Convención,] proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones erga omnes contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención”⁶⁹.

26 Igualmente en su opinión consultiva sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, la Corte señaló que “[...] se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares⁷⁰.

⁶⁸ No olvidemos lo señalado por Ferrajoli: “Pues el derecho es en todo caso un instrumento de paz, es decir, una técnica para la solución pacífica de las controversias y para la regulación y la limitación del uso de la fuerza. En la cultura jurídica moderna, éste se justifica como remedio al *bellum ómnium*, gracias al cual se produce la superación del estado de naturaleza en el estado civil”. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. 2. Madrid, Trotta, 2011, p.486.

⁶⁹ Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C No. 124, párrafo 211; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C No. 109, párrafo 183; Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C No. 103, párrafo 71; Caso Bulacio Vs. Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100, párrafo 111.

⁷⁰ Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párrafo 140. También hizo lo propio al ordenar medidas provisionales para proteger a miembros de grupos o comunidades de actos y amenazas causados por agentes estatales y por terceros particulares.



27 Ahora bien, merece especial mención que el deber de prevención por parte del Estado, abarca “todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que su eventual vulneración sea efectivamente considerada y tratada como un hecho ilícito susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales”⁷¹, que actuando puedan producir violaciones a los derechos humanos, sin que el Estado se haya correspondido con su ineludible obligación positiva. Dicha obligación comprende el deber de atender el conflicto armado interno aplicando medidas de precaución (anticipación del riesgo) y de prevención, especialmente respecto al despliegue de su propia fuerza militar y de los miembros que la componen, con especial énfasis para el caso de aquellos que prestan el servicio militar obligatorio, de tal manera que los derechos humanos que le son inherentes sean efectiva, eficaz y adecuadamente protegidos. En ese sentido, el precedente de la Subsección indica:

“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 garantía⁷².

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, de protección y de prevención, tal como se advertía en el informe realizado por la propia autoridad policial, donde se indicó la amenaza inminente y seria de un ataque por alguno de los grupos armados insurgentes que operaban en la zona; ii) en este

⁷¹ Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párrafo 166; Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párrafo 149; Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de septiembre de 2009, Serie C No. 202, párrafo 63; Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrafo 252.

⁷² 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.



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 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 jurídica⁷³.

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”⁷⁴.

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>>⁷⁵. 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

⁷³ En sentido similar se encuentra el siguiente precedente: sentencia de 27 de noviembre de 2002. Exp.13774.

⁷⁴ Citado en TUCKER, Robert W. The Law of War and Neutrality at Sea. Washington, 1957, p.6.

⁷⁵ 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.



buscando. Es probable que cualquier acto de fuerza que contribuya de modo 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 masacres⁷⁶ (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 sustancialmente las circunstancias de su comisión y, en consecuencia, a generar unas implicaciones que en el anterior marco eran inconcebibles^{77,78}.

⁷⁶ WALZER, Michael. Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos. Barcelona, Paidós, 2001, pp.181 y 182.

⁷⁷ Corte Constitucional, sentencia C-802 de 2002.



“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 positivas⁷⁹.”

Por el contrario, cabe reforzar su encuadramiento en el título de la falla del servicio, afirmando la posibilidad de que la misma 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, en especial por no haber atendido las solicitudes de refuerzo humano, logístico y de armamento, y de procurar por la terminación de las instalaciones de la Estación de la Policía [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”^{80»81}.

28 De otra parte, debe resaltarse que los derechos a la vida y a la integridad personal revisten un carácter esencial en la Convención Americana de Derechos Humanos y conforme al artículo 27.2 forman parte del núcleo inderogable de derechos que no pueden ser suspendidos en casos de guerra, peligro público u otras amenazas. No basta que los Estados se abstengan de violar estos derechos, sino que deben adoptar medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre⁸². Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones

⁷⁸ Sección Tercera, 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.

⁷⁹ 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.

⁸⁰ Sección Tercera, sentencia de 9 de junio de 2010. Exp.19849.

⁸¹ Sección Tercera, sentencias de 19 de agosto de 2011, Exp.20227; de 31 de agosto de 2011, Exp.19195.

⁸² Caso Baldeón García Vs. Perú. Sentencia de 6 de abril de 2006, Serie C No. 147, párrafo 81; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párrafo 154; y Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párrafo 111.



necesarias para evitar la vulneración del derecho a la vida, lo que no se produjo con ocasión de la toma de la Base Militar de Las Delicias el 30 de agosto de 1996.

La observancia del artículo 4, en conjunción con el artículo 1.1 de la Convención Americana, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente, sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida, conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción⁸³ (incluidos los ciudadanos-soldados).

Las obligaciones asumidas por los Estados Miembros en relación con la protección del derecho a la vida en la implementación de la política pública sobre seguridad ciudadana, pueden incumplirse especialmente en dos tipos de situaciones: (1) cuando el Estado no adopta las medidas de protección eficaces frente a las acciones de particulares que pueden amenazar o vulnerar el derecho a la vida de las personas que habitan en su territorio; y (2) cuando sus fuerzas de seguridad utilizan la fuerza letal fuera de los parámetros internacionalmente reconocidos (en el caso de la toma de la Base Militar de Las Delicias, cabe encuadrar en el primer supuesto).

Para que tenga lugar el incumplimiento de la primera situación es caso necesario que las autoridades hubieran tenido conocimiento, o debían haber sabido, de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo identificado o de algunos individuos respecto de actos criminales de terceros, y que tales autoridades no tomaron las medidas dentro del alcance de sus poderes que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para evitarlo.

4. Régimen aplicable por la responsabilidad patrimonial del estado derivada de los daños sufridos por quienes prestan el servicio militar obligatorio.

29 Dentro de este marco, cabe examinar cómo el precedente de la Sala viene dando tratamiento a la responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por

⁸³ Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párrafo 144; Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Peru. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160, párrafo 237; y Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 155, párrafo 75.



quienes prestan el servicio militar obligatorio, o por aquellos que lo prestan voluntaria o profesionalmente.

30 En cuanto al régimen aplicable por los daños sufridos por quienes prestan el servicio militar obligatorio, se ha venido encuadrando en un título de imputación objetivo, bien sea el daño especial, o el riesgo excepcional. La premisa de la que se parte es que se produce la ruptura del principio de igualdad en la asunción de las cargas públicas, teniendo en cuenta que el ingreso a la fuerza pública ocurre en razón del acatamiento del mandato constitucional previsto en el artículo 216 de la Carta Política.

31 Cuando se trata de personal que voluntaria o profesionalmente ingresa a los cuerpos o fuerzas de seguridad del Estado, el régimen aplicable varía y se encuadra en la falla del servicio debido a que la conducta haya sido negligente o indiferente, de tal manera que se deja al personal expuesto a una situación de indefensión. En este segundo supuesto, el precedente de la Sala emplea como premisa el concepto de “acto propio” o de “riesgo propio del servicio”⁸⁴ (que como se dijo, dadas las especiales circunstancias de la toma de la Base Militar de Las Delicias puede resultar contradictorio con los expresos mandatos constitucionales, que puede derivar en el incumplimiento de las obligaciones de protección de los derechos humanos), que ha llevado a plantear que los:

“(…) derechos a la vida y a la integridad personal del militar profesional constituye un riesgo propio de la actividad que dichos servidores públicos ordinariamente despliegan, riesgo que se concreta, por vía de ejemplo, en eventos en los cuales infortunadamente tiene lugar el deceso o la ocurrencia de lesiones como consecuencia de combates, emboscadas, ataques de grupos subversivos, desarrollo de operaciones de inteligencia”⁸⁵.

32 De acuerdo con el mismo precedente, el común denominador del daño antijurídico reclamado como consecuencia de la muerte o de las lesiones de un miembro de las fuerzas armadas es el de la “exposición a un elevado nivel de riesgo para la integridad personal”. Esto indica, pues, que quien ingresa voluntaria o profesionalmente a las fuerzas armadas está advertido que debe afrontar situaciones de alta peligrosidad, entre las que cabe encuadrar el eventual

⁸⁴ Sección Tercera, sentencia de 4 de febrero de 2010. Exp.18371.

⁸⁵ Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp.17127.



enfrentamiento con la delincuencia⁸⁶. En ese sentido, el precedente de la Sala indica que las fuerzas militares y los cuerpos de seguridad del Estado se

“(...) encuentran expuestos en sus “actividades operativas, de inteligencia o, en general, de restauración y mantenimiento del orden público... conllevan la necesidad de afrontar situaciones de alta peligrosidad, entre ellas el eventual enfrentamiento con la delincuencia de la más diversa índole o la utilización de armas”⁸⁷.

33 Como consecuencia de lo anterior, se establece un régimen prestacional especial, que reconoce la circunstancia del particular riesgo a que se somete a todo aquel que ingresó voluntaria y profesionalmente⁸⁸, a lo que se agrega que dicho régimen se encuentra ligado a la presencia de una vinculación o relación laboral para con la institución armada⁸⁹. Esto llevará a que se active la denominada “indemnización a for-fait”⁹⁰, lo que no excluye la posibilidad que pueda deducirse la responsabilidad y por tanto la obligación de reparar el daño causado⁹¹, si se demuestra que el daño fue causado por falla del servicio o por exposición de la víctima a un riesgo excepcional⁹². En reciente precedente de la Sala se reiteró que debe haberse sometido a los miembros de la fuerza pública “a asumir riesgos superiores a los que normalmente deben afrontar como consecuencia de las acciones u omisiones imputables al Estado”⁹³. Precisamente, y siguiendo el mismo precedente, la

⁸⁶ Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp.17127.

⁸⁷ Cuando una persona ingresa libremente a las fuerzas militares y cuerpos de seguridad del Estado “está aceptando la posibilidad de que sobrevengan tales eventualidades y las asume como una característica propia de las funciones que se apresta cumplir”. Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp.17127.

⁸⁸ Cuando se concreta un riesgo usual “surge el derecho al reconocimiento de las prestaciones y de los beneficios previstos en el régimen laboral especial... sin que en principio resulte posible deducir responsabilidad adicional la Estado por razón de la producción de los consecuentes daños, a menos que se demuestre que los mismos hubieren sido causados... por una falla del servicio o por la exposición de la víctima a un riesgo excepcional en comparación con aquel que debían enfrentar”. Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp.17127.

⁸⁹ En recientes precedentes se dijo que los daños sufridos “por quienes ejercen funciones de alto riesgo” no compromete la responsabilidad del Estado, ya que se producen con ocasión de la relación laboral y se indemnizan a for fait. Sección Tercera, sentencias de 21 de febrero de 2002. Exp.12799; 12 de febrero de 2004. Exp.14636; 14 de julio de 2005. Exp.15544; 26 de mayo de 2010. Exp.19158.

⁹⁰ Sección Tercera, sentencias de 15 de febrero de 1996. Exp. 10033; 20 de febrero de 1997. Exp.11756.

⁹¹ Sección Tercera, sentencias de 1 de marzo de 2006. Exp.14002; de 30 de agosto de 2007. Exp.15724; de 25 de febrero de 2009. Exp.15793.

⁹² Sección Tercera, sentencias de 15 de noviembre de 1995. Exp.10286; 12 de diciembre de 1996. Exp.10437; 3 de abril de 1997. Exp.11187; 3 de mayo de 2001. Exp.12338; 8 de marzo de 2007. Exp.15459; de 17 de marzo de 2010. Exp.17656.

⁹³ Sección Tercera, sentencia de 26 de mayo de 2010. Exp.19158.



“(...) asunción voluntaria de los riesgos propios de esas actividades modifica las condiciones en las cuales el Estado responde por los daños que éstos puedan llegar a sufrir”⁹⁴.

34 Por el contrario, cuando se trata de personas que se encuentran prestando el servicio militar obligatorio se afirma que no quedan sometidos a los riesgos inherentes a la actividad militar voluntariamente, “sino que corresponde al cumplimiento de los deberes que la Constitución impone a las personas, “derivados de los principios fundamentales de solidaridad y reciprocidad social”, para “defender la independencia nacional y las instituciones públicas”⁹⁵.

35 Precisamente, la necesaria distinción que se ofrece entre quien presta el servicio militar obligatorio y no, ha llevado frente al primero a elaborar una premisa que construida como argumento en el precedente de la Sala, “cuando una persona ingresa al servicio militar obligatorio en buenas condiciones de salud debe dejar el servicio en condiciones similares”⁹⁶.

A lo que se agrega, siguiendo el precedente, que se trata de daños“(...) cuya causa esté vinculada con la prestación del servicio y libertades inherentes a la condición de militar”⁹⁷.

Por lo tanto, no:

“(...) puede ser igual el tratamiento que se dispense a quienes ejercen sus funciones profesionalmente, con alto grado de entrenamiento y compromiso, y a quienes, simplemente por estar obligados legalmente a ello, ingresan a las filas en las instituciones armadas; en consecuencia, las labores o misiones que a estos últimos se les encomienden, deben ser proporcionales a ese grado básico de instrucción, además de representar un mínimo riesgo para su vida e integridad personal, salvo que la situación específica de necesidad de defensa del Estado exija algo distinto”⁹⁸.

⁹⁴ Sección Tercera, sentencia de 26 de mayo de 2010. Exp.19158.

⁹⁵ Sección Tercera, sentencia de 26 de mayo de 2010. Exp.19158. El deber del Estado de proteger la vida de todas las personas tiene alcance limitado respecto a los miembros de las fuerzas militares y los cuerpos de seguridad, puesto que estos asumen voluntariamente “los riesgos propios de esas actividades”. Los “riesgos inherentes a la actividad militar no se realizan de manera voluntaria, sino que corresponde al cumplimiento de los deberes que la Constitución impone”. Sentencia de 3 de abril de 1997. Exp.11187.

⁹⁶ Sección Tercera, sentencias de 3 de marzo de 1989. Exp. 5290; de 25 de octubre de 1991. Exp. 6465.

⁹⁷ Sección Tercera, sentencia de 26 de mayo de 2010. Exp.19158.

⁹⁸ Sección Tercera, sentencias de 14 de diciembre de 2004. Exp.14422; de 3 de mayo de 2007. Exp.16200.



En cierto precedente de la Sala se llega a considerar que podría haber falla del servicio cuando no se cumple con la obligación según la cual los:

“(...) soldados reclutados en calidad de conscriptos deben recibir instrucción para realizar actividades de bienestar social en beneficio de la comunidad y tareas para la preservación del medio ambiente y la conservación ecológica, de suerte que a éstas actividades deben ser destinados los jóvenes que prestan el servicio militar obligatorio en cualquiera de sus modalidades”⁹⁹.

36 Se trata de un supuesto en el que la administración pública además de incumplir con una obligación legal, expone a quien presta el servicio militar obligatorio al fuego adversario.

En este supuesto, tampoco cabe afirmar el hecho de un tercero como eximente porque, siguiendo el precedente, carece de “virtualidad suficiente para enervar la relación etiológica entre el hecho imputable jurídicamente” y el daño causado. Se concluye, por lo tanto, que la administración pública debió haberlo evitado, “absteniéndose de exponer al soldado al fuego adversario”¹⁰⁰.

37 En cualquiera de los anteriores eventos, la Sala en su precedente ha sostenido que la invocación de la falla no impide estudiar la responsabilidad bajo el régimen objetivo del riesgo excepcional, aplicando por tanto la máxima o principio *iura novit curia*¹⁰¹.

38 En reciente precedente de la Sala se dijo que cuando la administración pública impone el deber de prestar el servicio militar, se configura que esa persona que presta el servicio militar obligatorio “se encuentra sometida a su custodia y cuidado”, situándose en una posición de riesgo, “lo que en términos de imputabilidad significa que debe responder por los daños que le sean irrogados relacionados con la ejecución de la carga pública”¹⁰². De acuerdo con el reciente precedente de la Sub-Sección:

“El Estado se encontraría frente a la persona que presta el servicio militar obligatorio en una posición de garante, representada por la existencia de una relación de especial sujeción. Lo anterior indica, que en ciertos casos el Estado puede contribuir co-causalmente, pese a que haya intervenido el hecho de un tercero. Este argumento se depura, afirmándose que el Estado pone a quien presta el servicio militar

⁹⁹ Sección Tercera, sentencia de 25 de febrero de 2009. Exp.15793.

¹⁰⁰ Sección Tercera, sentencia de 25 de febrero de 2009. Exp.15793.

¹⁰¹ Sentencias de 27 de noviembre de 2002. Exp.13090; 18 de mayo de 2004. Exp.14338; 15 de octubre de 2008. Exp.18586.

¹⁰² Sentencia de 15 de octubre de 2008. Exp.18586.



obligatorio en una situación de riesgo, lo que lleva a concluir que la simple constatación de la existencia de una causa extraña, como la del hecho de un tercero, no es suficiente para que los daños no sean atribuibles, centrándose la atención en que el resultado perjudicial tiene relación mediata con el servicio. En los anteriores términos, al Estado sólo le queda acreditar que le resultaba absolutamente imprevisible e irresistible asumir los riesgos a los que estuvo expuesto quien presta el servicio militar obligatorio¹⁰³.

5. Los hechos probados.

39 De acuerdo con los medios probatorios allegados al proceso y que son objeto de valoración probatoria, se debe tener en cuenta como hechos probados:

- Copia autenticada del registro civil de defunción de Alonso Martínez Gutiérrez. (fl 21, c1).
- Copia autenticada de registro civil de nacimiento de Otoniel Martínez Gutiérrez. (fl 22, c1).
- Copia autenticada de registro civil de nacimiento de John Jairo Martínez Gutiérrez. (fl 23, c1).
- Copia autenticada de registro civil de nacimiento de Gladys Martínez Gutiérrez. (fl 24, c1).
- Copia autenticada de registro civil de nacimiento de José Fernando Martínez Gutiérrez. (fl 25, c1).
- Copia autenticada de registro civil de nacimiento de María Engracia Martínez Gutiérrez. (fl 26, c1).
- Copia autenticada de registro civil de nacimiento de Alonso Martínez Gutiérrez. (fl 27, c1).
- Oficio No. 317-99 del Director Seccional de Putumayo del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses en donde se informa que en los archivos de dicha seccional “no se encuentran los protocolos de necropsia de FERNELLY AVILES FAJARDO, ni de ALONSO MARTÍNEZ GUTIÉRREZ.”. (fl 131, c1).
- Oficio 4241 del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas en el cual se informa el índice de precios al consumidor “base diciembre 1998=100” (fls 133-135, c1).

¹⁰³ Sección Tercera, sentencia de 15 de octubre de 2008. Exp.18586.



- Oficio No. 152 suscrito por el Registrador Municipal del Estado Civil de Puerto Leguizamo mediante el cual se allega copia autentica del registro civil de defunción de Alonso Gutiérrez Martínez. (fls 137-138, c1).
- Oficio No. 6852/CEDIE-ADM-389 suscrito por el Director de Instrucción y Entretenimiento del Ejército Nacional y mediante el cual allega “copia de las medidas que tiene el Ejército Nacional para la protección y defensa de las bases fijas” (fls 139-156, c1).
- Oficio 10005000 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social mediante el cual se allega fotocopia del salario mínimo legal vigente para 1999. (fls 157-159, c1).
- Oficio 4104 de la Superintendencia Bancaria mediante el cual se envía “fotocopia autenticada de las resoluciones 0996 del 29 de marzo de 1990 por la cual se adoptó la Tabla Colombiana de Mortalidad de los Asegurados 1984/88, la 0585 de abril 11 de 1994 por la cual se adopta la tabla de mortalidad, de invalidez de activos, de mortalidad de inválidos y de rentistas y la Resolución 0497 de mayo 20 de 1997 que modifica la Resolución 0585 de 1994”. (fls 160-176, c1).
- Oficio PA No. 2571 de la Procuraduría General de la Nación mediante el cual se allega “copia autenticada de la investigación disciplinaria adelantada por la Procuraduría General de la Nación y su resultado, con ocasión de la toma de la base Militar de la (sic) “Las Delicias” (Putumayo) el día 30 de agosto de 1996” (fl 177, c1).
- Oficio No. 226 de la Notaría Primera del Círculo de Florencia en el que se allega copia del registro civil de nacimiento de Otoniel Martínez Gutiérrez. (fls 178-179, c1).
- Oficio de 4 de junio de 1999 suscrito por el Director de ‘El Espectador’ en el cual se allega “un ejemplar de este diario, correspondiente al día 4 de septiembre de 1996, que hace alusión a los hechos ocurridos en la base militar de “LAS DELICIAS”, Putumayo”. (fls 180-181, c1).
- Oficio No. 445-DHONAL/JAM-99 del Hospital Naval ARC Leguizamo en el que se indica que “revisados nuestros archivos de Estadística (sic) e Historias Clínicas, Libro de Registro (sic) de Cadáveres, Hospitalización y Atención de Urgencias; no existen datos registrados sobre atención o procedimientos realizados al señor ALFONSO MARTÍNEZ GUTIÉRREZ Q.E.P.D.” (fl 182, c1).
- Oficio No. 738 de la Fiscalía 38 de Puerto Leguizamo en donde se indica que en dicha dependencia “no existe acta de levantamiento de cadáver practicado al occiso ALONSO MARTÍNEZ GUTIÉRREZ.” (fl 183, c1).



- Oficio No. 189 J-132-IPM-775 del Juez 132 de Instrucción Penal Militar en el que se informa que el proceso penal que se adelantó por el delito de cobardía reposa en el Juzgado 37 de Instrucción Penal Militar. (fl 184, c1).
- Oficio 86320 CEDE1-SJU-702 signado por el Jefe de Personal del Ejército en el que se informa la dirección del señor General (r) Harold Bedoya Pizarro. (fl 185, c1).
- Oficio No. 85986 CEDE1-SJU-702 del Jefe del Departamento de Personal del Ejército en el que informa que “el proceso pedido en su escrito fue asumido por el por el señor Procurador General de la Nación, por tanto se recomienda dirija su solicitud a ese Despacho”. (fl 186, c1).
- Telegrama suscrito por la Juez 37 de Instrucción Penal Militar en el que informa que la actuación penal solicitada se encuentra en consulta ante el Tribunal Superior Militar. (fl 187, c1).
- Testimonio rendido por el señor Roberto Capera Benítez en el que afirmó:

“Estabamos (sic) formando en la plaza de armas de la Base militar Las Delicias una plaza pequeña en donde solo caben cuatro pelotones, eran como a las siete de la noche y estaban constatando el armamento los fusiles y las grabadas, cuando sonaron explosiones ahi (sic) en la plaza probablemente fuego de mortero, y comenzó el ataque nosotras (sic) reaccionamos y nos fuimos para la trinchera, ahí comenzamos a darle fuego a esos manes, yo tenia (sic) un MGL, que es un lazagranadas (sic) de 40 mm. Yo tenía un chaleco con 24 granadas y 4 granadas de fragmentación (sic), no recuerdo quienes estaban al lado mio, la noche era oscura con llovizna, se lleno (sic) de barro la trinchera, mi capitán MASSO no recuerdo bien el nombre iba entre las trincheras dando órdenes, él me dijo camine Capera, ya eran casi las seis de la mañana y pasamos al otro lado a defender ese lugar, solo tenia (sic) tres granadas, entonces mi cabo me decia (sic) a donde disparar la granada, cuando se me acabaron enterramos la GML allá en la trinchera para que el enemigo no la cogiera, cerca de nosotros estaba un soldado muerto, mi cabo me dijo que recogiera el fusil y abriera fuego con el (sic), el fusil era un G-3, tenía dos proveedores solamente, allí estuvimos disparando como hasta las doce del día, el cabo y un soldado se metieron debajo de un horno a mí se me termino (sic) la munición y me sentí rodeado de los enemigos y ellos me decían que em (sic) en tregara (sic), al no tener mas munición levanté los brazos y me capturaron, mis superiores eran un capitán el que murió ahí, un teniente que no recuerdo el nombre pero cayó ahí prisionero con nosotros, un Sargento Pérez, que también fue capturado, el cabo Angulo que también lo capturaron. Ellos las medidas que tomaron eran cinco centinelas alrededor de la base, y unas instrucciones verbales en un supuesto ataque, no hubo patrullas de registro para reconocer el terreno, solamente hacía cuatro días que habíamos llegado a esa base.

(...)

Habian fusiles Galiles (sic) solo para los superiores, nosotros teníamos GML cinco únicamente, había un solo mortero que yo lo ubique en un hueco instalado, habían ametralladoras pero no recuerdo la cantidad, habían granadas de mano y de fusil,

(...)

No hubo ejercicios de registro y control del área.

(...)



No hubo núcleo de resistencia verdaderamente dichos, solo fue una indicación verbal el día en que llegamos.

(...)

No tenían ni alarmas ni campos minados, solo tenían (sic) un naylo (sic) con unos tarritos amarrados para que sonaran.” (fls 197-199, c1).

- Testimonio rendido por el señor Aníbal Perdomo Pascuas en el que expresó:

“Pues eso empezó el día (sic) 30 de agosto de 1996, hacia aproximadamente dos días que habíamos llegado el ataque comenzó a eso de las siete y treinta de la noche el capitán el plan de reacción que nos hizo fue el de la base que en un cso (sic) de un asalto nosotros teníamos en donde operar a cada grupo, y el horror (sic) de él fue que nos nos (sic) saco (sic) a pasear así la base hacer un plan de descubierto, entonces unos soldados habían (sic) en el río dentro (sic) un (sic) viveres que habían llegado del Batallón de la Tagua, otros soldados estaban en los puestos de centinela, y otros soldados estaban en la formación para la recogida, estaban constatando el armamento que había (sic) ahí (sic) un soldado que estaba de guardia en el puesto hizo unos disparos con grito alto e hizo una descarga inmediatamente el resto de soldados que estaban en la (sic) base hicieron la reacción a los puestos asignados que nos había (sic) dicho el capitán y cuando los soldados se abrieron de allí de la formación ahí murieron varios soldados con dos granadas que enviaron los enemigos y de ahí se principio todo el combate, ahí no hubo nadie que mandara nada, no hubo un teniente, un capitán (sic) a consecuencia de la sorpresa en que (sic) fuimos asaltados, el ataque duro (sic) aproximadamente 18 horas, hasta que se nos acabó la munición, al ver que no teníamos con que atacar nos cogieron encañonados y nos sacaron, nosotros llamamos al Batallón que nos diera refuerzo y lo único que nos dijo el Coronel que nos atrincheramos (sic) bien que ya nos mandaban los refuerzos, aproximadamente a las once o doce de la noche (sic), llegaron dos aviones a sobrevolar la base y hacían (sic) unas ráfagas de punto 50 y las lanzaban era a la base de ahí (sic) soltaban unas luces de bengala (sic) que fue peor para los militares que estaban ahí, porque más soldados murieron, duraron por ahí cinco minutos y se fueron y no volvieron más, los superiores eran el Capitán (sic) MASSO, el Teniente RODRÍGUEZ, el Sargento LUCAS PÉREZ, el teniente SUAREZ, el cabo NAUCIL, el cabo ANGULO y uno de los que quedaron muertos allí en la base el cabo PINEDA que quedó muerto en la base. (...) No hubo registro de inteligencia en el área.

(...)

Los soldados portaban G-3, los oficiales Galiles (sic) habían (sic) granadas de mano y de fusil, había (sic) 3 GML, M-60 dos, un mortero, había (sic) unos fusiles en mal estado desajustados, había (sic) un MGL malo, los demás si estaban funcionando.

(...)

No hubo ningún control de registro en el área.

(...)

De apoyo no fue ninguno solo fue que aparecieron entre once y media u (sic) doce la noche dos aviones que dispararon ráfagas de punto 50 dentro de la base y soltaron bengala (sic), lo que nos perjudicó por que (sic) nos alumbraron y mataron varios soldados.

(...)

A mi me habían (sic) asignado un fusil G-3, estaba en buen funcionamiento con 4 proveedores dos de ellos estaban dañados, cien cartuchos, lo portaba en ese momento.

(...)

No hubo apoyo de afuera del ejército (sic) ni la aviación y dentro de la base nadie mandaba todo fue un desorden.” (fls 199-201, c1).

- Testimonio rendido por el señor Jesús Antonio Hernández en el que manifestó:



“Ese día estábamos en formación estaban constatando el aramento (sic), cuando escuchamos unos disparos salimos de inmediato a reaccionar, fue entonces cuando cayó (sic) una granada de mortero a donde estábamos y allí murieron dos soldados, empezamos a pelear y los comandantes nos decían que le hiciéramos, peliamos (sic), a consecuencia de la explosión de la granada yo quede mal aturcido y después que volví a reaccionar, la toma fue a eso de las siete de la noche aproximadamente, peliamos toda la noche hasta el otro día cuando senos (sic) acabo (sic) la munición, y sin munición no podíamos enfrentarnos y fue cuando nos cogieron. Mis superiores eran el Capitán Masso, Un teniente que no me acuerdo del nombre, el cabo Sandoval que lo mataron, la seguridad de un Batallón son los centinelas que colocan alrededor (sic) de la base. (...) como estábamos recién llegados no habíamos hecho ningún registro, ni tampoco los superiores lo habían (sic) ordenado.

(...)

Esos que le dicen matapatos (sic) G-3, M.60, Mortero, habían (sic) unos que servían (sic) y otros que no, a unos les hacía (sic) falta pasadores, los proveedores dañados también, a veces se les safa (sic) la tapita de abajo.

(...)

Llegaron unos aviones hicieron unas (sic) disparos y tiraron unas bengalas (sic) y se fueron y no volvieron más.

(...)

Tenían (sic) radios pero no me di cuenta cuántos habían (sic) por que el soldado que operaba no lo dejaba entrar al lugar en donde se encontraban., yo creo que servían (sic) por que de allí llamaban.

(...)

No teníamos ningún apoyo y porque senos (sic) acabó la munición.”. (fls 201-203, c1).

- Oficio No. 1211/CUS-BISEL49-S1-743 (fls 205-236, c1) suscrito por el Comandante del Batallón de Selva No. 49 mediante el cual allega “copia del informe administrativo por muerte del SL. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ ALONSO, copia del acta de armamento de la compañía “C” que se encontraba en la base militar de las Delicias el día 30 de agosto de 1.996, Orden de operaciones No. 020 para el día 23 de Agosto del mismo año y la Orden de Batalla del Bloque Sur de las FARC... Así como la Calidad Militar y copia de la orden del día en la cual fue dado de alta en la Unidad Táctica el Soldado en mención”. Adicionalmente se afirma que “revisados los archivos de la Sección Segunda de la Unidad no se encontraron informes de inteligencia en los que se avisara que el asalto a las instalaciones de la Base Militar de las Delicias era inminente”. Igualmente, indica:

“Así mismo me permito informar que en la jurisdicción no existe asentamientos o campamentos de narcoterroristas; la compañía “C” había cumplido todas las fases de instrucción, con sus correspondientes revistas que la hacía (sic) idónea para desempeñarse en ese lugar y los comandantes en todos los niveles tenían la preparación física, técnica, táctica y administrativa para solucionar la situación y en cuanto al Jugado (sic) Penal Militar que adelanto (sic) la investigación disciplinaria fue el Juzgado Penal Militar con sede en Tres Esquinas – Caqueta (sic).



- Informativo administrativo por muerte del Comandante del Batallón Selva 49 Juan B Solarte Obando, en el que se emitió el siguiente concepto del Comandante de la Unidad Táctica:

“Siendo aproximadamente las 19:30 horas, del 30 de Agosto de 1.996 se reporto (sic) la Compañía CORDOVA (sic), desde la base militar las DELICIAS (Putumayo. (sic) informando que narco-subversivos del bloque sur de las autodenominadas FARC, los estaban atacando con granadas de mortero, granadas de fusil, lanza-cohetes, granadas de mano, fuego nutrido de fusilería y ametrallamiento, se procedió (sic) de inmediato a informar al CUS y al COE, solicitando apoyo aéreo en donde se coordinó (sic) fuego de ametrallamiento dando las coordenadas de la Base Militar las DELICIAS. A las 21:26 horas se reporto (sic) la Compañía Cordova donde se impartieron instrucciones para el control de la Situación (sic), esta fue la última comunicación (sic) se obtuvo con la base militar las Delicias, a las 01:43 horas del día 31 de Agosto de 1.996 se estableció comunicación con los aviones que iniciaron el apoyo a la Base Militar, a las 06:30 Horas se envió apoyo con el personal disponible de la Unidad Táctica 01-20-13 al mando del Señor Mayor VASQUEZ MONTOYA ROMULO ALBERTO, quien alcanzo (sic) el objetivo a las 16:00 horas del 31 de Agosto de 1.996 y tomo (sic) el dispositivo de seguridad de la base Militar donde tomo (sic) contacto con un Oficial y seis Soldados que sobrevivieron al ataque, en estos hechos resultaros (sic) muertos los Soldados anteriormente relacionados” (fls.207-208, c1).

- Certificación del Jefe de personal del Batallón de Selva No. 49 (fl 206, c1) en el que se indica:

“EL SUSCRITO JEFE DE PERSONAL DEL BATALLON DEL SELVA No. 49 “JUAN BAUTISTA SOLARTE OBANDO”

CERTIFICA

1. QUE EL SL. **MARTÍNEZ GUTIÉRREZ ALONSO** CM. 17654066 FUE ORGANICO DEL BATALLÓN DEL SELVA No. 49 “JUAN BAUTISTA SOLARTE OBANDO”, INTEGRANTE DEL SEXTO CONTINGENTE DE 1.995 Y PARA EL DÍA 30 DE AGOSTO DEL AÑO 1.996 ERA ORGANICO DE ESTA UNIDAD TACTICA.
2. ESTADO CIVIL SOLTERO. INGRESO COMO SOLDADO REGULAR EL DÍA 20 DE DICIEMBRE DE 1.995.
3. SE DESEMPEÑABA COMO SOLDADO FUSILERO EN LA BASE DE LAS DELICIAS.”

- Testimonio rendido por el señor Francisco A Claros Tobón en el que sostuvo:

“Estábamos (sic) a las siete de la noche formados para irnos a dormir, de ahí al guardia que hizo tres tiros me parece que fué (sic), de ahí nos movimos y en ese momento cayó una granada de mortero, salí todo asustado, no sabia (sic) que hacer unos salieron corriendo para el rastrojo, uno cayó muerto iniciando el combate (sic), me fui a mirar a la trinchera y no había ninguno todo asustado, de ahí me devolvi (sic) hasta donde estaban los otros compañeros en la zanja de arrastre, ahí nos detuvimos hasta cuando comenzaron a caer granadas de mortero y no podíamos hacer nada nos estábamos quieticos, de ahí comenzaron a caer granadas y como las casas eran de techo de paja comenzaron a quemarse y como ahí teníamos la munición de reserva comenzaron a salir para lado y lado, de ahí escuche (sic) que comenzaron a gritar otros compañeros del dolor seguramente de ahí cerca de una de la mañana, llegó una avioneta no recuerdo si era una o dos y ese fué (sic) el apoyo que nos llegó como a la una de la mañana y (sic) hizo ráfagas sobre la base y estuvo (sic) un rato y después se fué (sic) no lanzó luces de bengala, nosotros (sic) sí lanzamos luces de



bengala y ahí fue que nos hubicaron (sic) a nosotros como estaba lloviendo un poquito, pasaban compañeros heridos, otros lloraban y nos estuvimos en ese punto todos embarrados, otros con el artucho (sic) adentro del fusil y otros que no servían, y otros que no tenían fusil, no tenían pasador donde se sujeta la culata, y cuando ya estaba amaneciendo ya se miraban los muertos y los heridos, también a los guerrilleros (sic), parecían (sic) hormigas por ahí, y no nos llegó apoyo ni nada, como a las diez de la mañana los fusiles estaban todos taponados llenos de barro, no servían la guerrilla estaba por ahí y uno estaba apuntando con el lanzagranadas, como a las once y media nosotros nos entregamos, que si nos mataban nos mataban y que hicieran lo que quicieran (sic) con nosotros, ahí nos dijeron chulos hijueputas (sic) de ahí nosotros salimos con los fusiles en alto y nos gritaron que los tiráramos (sic) a un lado y nosotros los tiramos, algunos todavía estaban combatiendo, de ahí nos tiramos al suelo hasta que se entregaron los otros, eso fue como a las doce del día nos levantaron de ahí y nos llevaron por la orilla de la montaña, todos embarrados nosotros (...) PREGUNTADO: Dirán si al llegar a la Base Militar de "LAS DELICIAS" los Comandantes de la Compañía ordenaron hacer y se hicieron registros de inteligencia en el área? CONTESTO: Que me recuerde yo no se hicieron registro teníamos como tres días de estar en la base no se antes. PREGUNTADO: Quienes eran sus superiores inmediatos a cargo de la Compañía que se encontraba en la Base Militar de "LAS DELICIAS" el día 30 de agosto de 1996? CONTESTO: El comandante de toda la Compañía era el Capitan Mazo, y me parece que murió en el combate, y del pelotón de nosotros era el Teniente Ayala, me parece que era. PREGUNTADO: Que armamento tenía la Compañía, y su estado de funcionamiento antes y durante la toma de la Base Militar de "LAS DELICIAS"? CONTESTO: Era G3, lo mejorcito era el R-15. Y otros que no recuerdo el nombre, este armamento cuando hacíamos polígono unos funcionaban y otros no. (...) PREGUNTADO: Se hicieron ejercicios de registro y control del área una vez llegaron a la base de "LAS DELICIAS" y hasta el día de la toma? CONTESTO: Ahi (sic) no me tocó hacer registro esa base no la conocíamos, la guerrilla si porque llevaban como cinco días vigilándonos vieron hasta el relevo que hicimos nosotros" PREGUNTADO: Si se organizaron por núcleos de resistencia para la defensa de la Base "LAS DELICIAS"? CONTESTO: Si, si nos organizamos, cada uno tenía el puesto de combate, era por pelotones, cada uno le correspondía un lado . PREGUNTADO: Si en la Base de "LAS DELICIAS" tenían alarmas y campos minados? CONTESTO: No, por los lados no. PREGUNTADO: En que fecha llegaron a la base de "LAS DELICIAS" y cuanto tiempo transcurrió antes de la toma? CONTESTO: En total no recuerdo en que fecha fué (sic) pero hacía como tres días que habíamos llegado, cuando fue la toma. PREGUNTADO: Que clase de apoyo recibieron durante la toma de la Base Militar de "LAS DELICIAS", por parte de los comandos del ejército, la fuerza aérea y si el apoyo fué (sic) oportuno? CONTESTO: El apoyo por tierra no alcanzó a llegar, los detuvieron por el rio, el apoyo que nos llegó fueron los aviones que fue la (sic) que hizo las ráfagas a la Base en donde nos encontrábamos nosotros, hizo como tres o cuatro ráfagas" (fls 258-260, c1).

- Testimonio rendido por el señor Wilson Quintero Cuellar en el que consideró:

"La toma empezó a las 7:30 de la noche del viernes, yo me encontraba en el rancho de tropas, estaba con un cabo y un soldado amigos míos, cuando a unos metros cayó una granada de MGL inmediatamente la Compañía reaccionó desde el punto donde había quedado cada escuadra, ahí nos ubicamos a defender la base para que no se la tomaran tal (sic) fácil serían las 11:30 de la noche cuando se oyó dos avionetas del Ejército que eran el refuerzo aproximadamente eran las 2:30 de la mañana cuando se retiraron y no hicieron nada, a las cinco (sic) de la mañana me encontraba con mi capitán (sic) MAZO GAMBOA ORLANDO y otros suboficiales y unos amigos, el Capitán daba instrucciones como continuar aguantando siendo las 5:30 cuando me cayó una granada MGL al rato me ubique con un amigo CUEVAS AQUITE se llamaba el es (sic) muerto, yo me encontraba con él cuando lo mataron, inmediatamente (sic)



yo reacioné (sic) y di de baja al bandido eran las 8:30 de la mañana cuando yo fui (sic) por el radio a comunicaciones lo llevé donde mi Capitán pero desgraciadamente no tenía la antena (sic) de aire, no servía, mi Capitán ordenó dañar el radio ya serían las 11:20 de la mañana le dije a mi Capitán se huyeron de las base y el (sic) me puso a puntiar, cogí una granada de mano y me fui por la zanja de arrastre llegué hasta un palo de mango que había en la entrada de la Base cuando me detuve miré que mis compañeros venía (sic) atrás mío no sabíamos que en el palo habían dos guerrilleros y empezaron a disparar, en esa acción mataron a otro amigo, e hirieron a otro, yo desactivé la granada y se las lancé y en esos momentos de confusión ya estábamos rodeados, y nos tenían apuntando y que nos entregamos, ahí fue cuando ya nos llebaron (sic) a la cancha de fottboll (sic), nos reunieron y nos amarraron y nos llevaron para la montaña.

(...)

El armamento (sic) eran fusiles G3. Dos M60, y una no servía, dos morteros y uno no servía, ocho ML y uno como que no servía, los G3 estaban en bue-nestado (sic), granadas de mano muy poquitas, munición muy poquita, de resto todo estaba bine (sic)

(...)

El apoyo fue por parte de la fuerza aérea y no fué (sic) oportuno.” (fls 265-267, c1).

- Testimonio rendido por el señor Alejandro Muñoz Ríos en el que afirmó:

“Siendo las siete y treinta de la noche estábamos formando y ahí fue el ataque, después comenzó la pelea y duró como hasta las once y treinta de la mañana del otro día, como a la una de la mañana llegó un apoyo aéreo, pero duro poco tiempo, como a las once y treinta minutos fue cuando nos cogieron y nos secuestraro (sic) y nos llevaron para la selva diez meses, ... Los cuadros el de nosotros si nos había dado instrucción como debíamos reaccionar, es decir la escuadra mía, él como un día antes nos hizo reforzar las trincheras. ... eso fue lo que faltó por que (sic) nosotros le dijimos al Capitán que por qué no había mandado a hacer un registro y nos contestó que ahí no era necesario, por cuanto ahí no pasaba nada” (fls 268-269, c1).

6. Problema jurídico.

40 De lo anterior se puede plantear como problema jurídico: ¿cabe imputar fáctica y jurídicamente la responsabilidad patrimonial a las entidades demandadas por los daños antijurídicos ocasionados como consecuencia de la muerte del soldado Alonso Martínez Gutiérrez, en los hechos ocurridos el 30 de agosto de 1996 en la Base Militar de las “Delicias”?

7. Daño antijurídico.

41 El daño antijurídico comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual¹⁰⁴ y del Estado impone considerar aquello

¹⁰⁴ “(...) el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la



que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”¹⁰⁵, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos.

42 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”¹⁰⁶.

Así pues, la jurisprudencia constitucional ha señalado:

“(…) que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”¹⁰⁷.

responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.185.

¹⁰⁵ “(…) que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.186.

¹⁰⁶ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales “debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuricidad (sic)”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.168.

¹⁰⁷ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que “no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiendo por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales”. DíEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. 1ª ed. Navarra, Aranzadi, 2011, p.297.



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”¹⁰⁸.

43 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” ¹⁰⁹. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable¹¹⁰, anormal¹¹¹ y que se trate de una situación jurídicamente protegida¹¹².

44 La Sala, mediante el análisis de los medios de prueba obrantes en el expediente, considera demostrado el daño en cuanto a que el soldado Alonso Martínez Gutiérrez falleció el 30 de agosto de 1996, como se consignó en el registro civil de defunción (fl.21 c1), y en el Oficio No. 152 suscrito por el Registrador Municipal del Estado Civil de Puerto Leguízamo mediante el cual se allega copia autentica del registro civil de defunción de Alonso Gutiérrez Martínez (fls 137-138, c1).

Igualmente está acreditado que la muerte de Alonso Gutiérrez Martínez causó daños a los demandantes, quienes acreditaron el parentesco que tenían con la víctima, de la que puede inferir la afectación moral que su muerte les produjo a José Rufino Martínez Cangrejo, Mercedes Gutiérrez, Otoniel Martínez Gutiérrez,

¹⁰⁸ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que “la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos”, definiéndose como “violación de una norma especial o de la más genérica alterum non laedere”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.298.

¹⁰⁹ Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550.

¹¹⁰ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

¹¹¹ “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

¹¹² Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.



John Jairo Martínez Gutiérrez, Gladys Martínez Gutiérrez, José Fernando Martínez Gutiérrez y María Engracia Martínez Gutiérrez.

45 Se trata de un daño que la víctima, Alonso Martínez Gutiérrez, ni sus familiares estaban llamados 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 Derecho¹¹³.

46 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.

8. La imputación de la responsabilidad. La imputación objetiva o la responsabilidad por el resultado en casos de vulneración de derechos humanos, como lo ocurrido el 30 de agosto de 1996 en la Base Militar de Las Delicias.

47 Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”¹¹⁴ de la responsabilidad del Estado¹¹⁵ y se erigió como garantía de los derechos e

¹¹³ “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.

¹¹⁴ 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.

¹¹⁵ 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



intereses de los administrados¹¹⁶ y de su patrimonio¹¹⁷, sin distinguir su condición, situación e interés¹¹⁸. 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”¹¹⁹. Como bien se sostiene en la doctrina,

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad¹²⁰; 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”¹²¹.

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.

¹¹⁶ 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. La “responsabilidad es, desde luego, en primer lugar una garantía del ciudadano, pero, coincidiendo en esto con otros autores (sobre todo franceses: Prosper Weil, André Demichel), creo que la responsabilidad es también un principio de orden y un instrumento más de control del Poder”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.308.

¹¹⁷ “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.

¹¹⁸ 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”. Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

¹¹⁹ 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.

¹²⁰ “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.

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



48 Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado¹²² tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública¹²³ tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo¹²⁴.

49 En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica¹²⁵, 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

¹²² “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.

¹²³ 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.

¹²⁴ “Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213.

¹²⁵ “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”. SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.



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 exigen¹²⁶.

50 Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad¹²⁷, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica¹²⁸. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”¹²⁹.

51 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”¹³⁰. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que

¹²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

¹²⁷ 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.

¹²⁸ 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.

¹²⁹ “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.

¹³⁰ “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.



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”¹³¹.

52 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”¹³². Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no¹³³. 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”¹³⁴.

¹³¹ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

¹³² LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

¹³³ 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.

¹³⁴ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.



53 Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad¹³⁵ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación¹³⁶ 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”¹³⁷.

En ese sentido, la jurisprudencia 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**

¹³⁵ “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.

¹³⁶ “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

¹³⁷ 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.



para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección¹³⁸ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible¹³⁹. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano¹⁴⁰.

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 sociedad¹⁴¹, 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

¹³⁸ 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.

¹³⁹ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

¹⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. En la doctrina se afirma que la “posición de garantía” debe modularse: “(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas”. JAKOBS, Günther. Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal. 1ª reimp. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16.

¹⁴¹ “En una sociedad de libertades, y, más aún, en una sociedad que además hace posibles contactos en alto grado anónimos, es decir, en una sociedad que pone a cargo de los ciudadanos la configuración del comportamiento a elegir, con tal de que ese comportamiento no tenga consecuencias lesivas, la libertad descentral de elección debe verse correspondida, en cuanto sinalagma, por la responsabilidad por las consecuencias de la elección”. JAKOBS, Günther. Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal., ob., cit., p.15.



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^{142,143}.

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 garante¹⁴⁴.

54 Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcar por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal¹⁴⁵, teniendo en cuenta que el

¹⁴² 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.

¹⁴³ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

¹⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

¹⁴⁵ “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un



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”¹⁴⁶, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho¹⁴⁷.

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos¹⁴⁸, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho.

seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

¹⁴⁶ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204.

¹⁴⁷ “(...) el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”., ob., cit., p.308.

¹⁴⁸ Merkl ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la conditio sine qua non, sino conditio per quam de la administración”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211. Para Martín Rebollo: “ Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”., ob., cit., p.311.



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 preventivo¹⁴⁹ que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

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

8.1. La imputación en el caso concreto.

56 De acuerdo con el acervo probatorio allegado en el proceso se encuentra acreditado que Alonso Martínez Gutiérrez, para el momento de los hechos, estaba vinculado con las Fuerzas Armadas, específicamente con el Ejército Nacional (Batallón de Selva No.49), prestando el servicio militar obligatorio, lo que le daba la condición de soldados regulares.

Teniendo en cuenta lo anterior, cabría encuadrar la atribución de los daños causados a los demandantes en los títulos de imputación en los que ordinariamente el precedente de la Sala ha venido realizando, esto es, daño especial, riesgo excepcional y falla del servicio, pero hay que advertir en el presente caso la gravedad que representó la toma de la Base Militar de Las Delicias exige que aplicando el principio *iura novit curia*, como garantía mínima

¹⁴⁹ “En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda: ineficiente”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.174. De acuerdo con Martín Rebollo “(...) es que la responsabilidad pública es un tema ambivalente que, a mi juicio, no debe ser enfocado desde el estricto prisma de la dogmática jurídico-privada. Esto es, no debe ser analizado sólo desde la óptica de lo que pudiéramos llamar la justicia conmutativa, aunque tampoco creo que éste sea un instrumento idóneo de justicia distributiva. La responsabilidad es, desde luego, siempre y en primer lugar, un mecanismo de garantía. Pero es también un medio al servicio de una política jurídica. Así lo señala Ch. Eisenmann: el fundamento de la responsabilidad puede ser la reparación del daño, pero su función «remite a la cuestión de los fines perseguidos por el legislador cuando impone una obligación de reparar. En este sentido –concluye– la responsabilidad es un medio al servicio de una política jurídica o legislativa». MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”, en AFDUAM: no.4, 2000, p.307.



para la determinación de la imputación de la responsabilidad, sea la falla en el servicio por incumplimiento de los deberes normativos como título de imputación idóneo.

De acuerdo con el precedente de la Sala:

“Atendiendo a las condiciones concretas en las que se produjo el hecho, la Sala ha aplicado en la solución de los casos, los distintos regímenes de responsabilidad. Así, ha decidido la responsabilidad del Estado bajo el régimen de daño especial cuando el daño se produjo como consecuencia del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas¹⁵⁰; el de falla probada cuando la irregularidad administrativa produjo el daño y, el de riesgo cuando éste proviene o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos¹⁵¹; pero, en todo caso, ha considerado que el daño no será imputable al Estado cuando se haya producido por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero, por rompimiento del nexo causal. En providencia de 2 de marzo de 2000, dijo la Sala:

“(…) demostrada la existencia de un daño antijurídico causado a quien presta el servicio militar, durante el mismo y en desarrollo de actividades propias de él, puede concluirse que aquél es imputable al Estado. En efecto, dado el carácter especial de esta situación, por las circunstancias antes anotadas, es claro que corresponde al Estado la protección de los obligados a prestar el servicio militar y la asunción de todos los riesgos que se creen como consecuencia de la realización de las diferentes tareas que a ellos se asignen. No será imputable al Estado el daño causado cuando éste haya ocurrido por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, eventos cuya demostración corresponderá a la parte demandada”¹⁵².

¹⁵⁰ En sentencia de 10 de agosto de 2005, exp: 16.205, la Sala al resolver la demanda instaurada con el fin de obtener la indemnización de los perjuicios causados por las lesiones sufridos por un soldado, quien en cumplimiento de la orden proferida por su superior jerárquico, de realizar un registro de área en horas de la noche, al saltar un caño se cayó y golpeó contra una piedra, consideró: “...la causación de los daños material, moral y a la vida de relación tienen sustento, en este proceso, en el actuar de la Administración de sometimiento del soldado conscripto a una carga mayor a la que estaba obligado a soportar, cuando en el cumplimiento de la misión conferida a él por el Comandante del Escuadrón B de Contraguerrillas de registro del área general del Municipio de Paz de Ariporo dentro del servicio y con ocasión de él, se tropezó cayendo contra la maleza, lesionándose el ojo derecho”.

¹⁵¹ En sentencia de 28 de abril de 2005, exp. 15.445, dijo la Sala: “En el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado la jurisprudencia ha aplicado varios títulos jurídicos de imputación en relación a los conscriptos. Generalmente se acude al de daño especial cuando el “daño” tiene su causa en el rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas. Sin embargo cuando la causa de los daños se origina en otro tipo de hechos, según estos debe aplicarse el de falla probada cuando la irregularidad administrativa produjo el daño y el de riesgo cuando los conscriptos sufren daños con causa y por razón del servicio que provienen o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos...Ha partido de la regulación legal especial contemplada para la Fuerza Pública y en especial para los conscriptos, y ha concluido que cuando las pruebas son indicadoras de que los hechos ocurrieron por el riesgo a que fueron expuestos los conscriptos no se requiere realizar valoración subjetiva de conducta del demandado; que sólo es necesario demostrar: el ejercicio por parte del Estado de una actividad de riesgo en desarrollo del servicio militar prestado -o por su destinación o por su estructura-; el daño antijurídico; y el nexo de causalidad eficiente y determinante entre ese riesgo y el daño causado al conscripto; y que el demandado sólo se exonera por causa extraña, es decir por el hecho exclusivo del tercero o de la víctima y fuerza mayor”.

¹⁵² Sección Tercera, sentencia de 30 de julio de 2008, exp. 18.725. Puede verse también el Expediente 11.401.



57 Luego, cuando se trata de los daños y perjuicios causados a soldados regulares (conscriptos), se encuentra que el Estado es quien los somete a la prestación de un servicio militar como una carga o deber constitucional, frente al que responderá bien porque i) se produjo la ruptura del equilibrio de las cargas públicas que jurídicamente estaba llamado a soportar cada soldado; ii) se produjo un riesgo excepcional, que excede del que normalmente estaría sometido, o del que deriva o se desprende del carácter riesgoso inherente a la actividad; iii) se produjo una falla del servicio. De acuerdo con el precedente de la Sala,

“Como se aprecia, en relación con los conscriptos, el principio *iura novit curia*, reviste una característica especial, toda vez que al juez debe verificar si el daño antijurídico resulta imputable o atribuible al Estado, con fundamento en cualquiera de los títulos de imputación antes mencionados. Además, no debe perderse de vista que, en tanto la administración pública imponga el deber de prestar el servicio militar, deber garantizar la integridad psicofísica del soldado en la medida en que es una persona que se encuentra sometida a su custodia y cuidado, además que, por regla general, lo sitúa en una posición de riesgo, lo que, en términos de imputabilidad significa que debe responder por los daños que le sean irrogados relacionados con la ejecución de la carga pública.

Además de lo anterior, se reitera, que el Estado frente a los conscriptos y reclusos, adquiere no sólo una posición de garante al doblegar, en ambos casos, su voluntad y disponer de su libertad individual para un fin determinado, sino que, de igual manera, el Estado entra en una relación de especial sujeción que lo hace sujeto responsable de los posibles daños que puedan padecer aquéllos.

En conclusión, en cada caso concreto en los cuales se invoque la existencia de una causa extraña por parte de la entidad demandada, es necesario analizar los detalles de tiempo, modo y lugar en que se produjo el daño, por cuanto es posible que el Estado haya contribuido co-causalmente a la generación del mismo, específicamente, al situar al conscripto en la situación de riesgo, o bien por una ruptura de la igualdad ante las cargas públicas o por una falla del servicio”¹⁵³.

58 Es el presente un caso en el que la Sala encuentra que pudo haber un encuadramiento en los diferentes títulos de imputación, pero conviene afirmar que debería consolidarse la imputación por medio de la imputación del resultado perjudicial causado a la víctima. En realidad, por lo acreditado en el expediente la Sala encuentra que al Estado le es imputable, atribuible directamente el resultado perjudicial, sin perjuicio que la causa directa haya sido producida por el hecho de un tercero¹⁵⁴, existe plena certeza que la responsabilidad es atribuible al Estado

¹⁵³ Sección Tercera, sentencia de 15 de octubre de 2008. Exp.18586.

¹⁵⁴ En el precedente de la Sala se señala, “No se puede, por consiguiente, afirmar de manera simple y llana, que la sola constatación de la existencia de una aparente causa extraña como origen o fuente material o fenomenológica, en relación con los daños ocasionados a conscriptos o reclusos, es suficiente para que estos sean considerados como no atribuibles -por acción u omisión- a la administración pública. Se requiere, además, en estos eventos, que la entidad demandada acredite que su actuación no contribuyó en la producción del daño, motivo por el cual



por el resultado dañoso causado a Alonso Martínez Gutiérrez (muerte). Y es atribuible el resultado dañoso, porque lo determinante en su producción está constituido en i) la omisión del Estado de haber adoptado todas las medidas razonables para prevenir la violación de los Derechos Humanos de las que fueron objeto los ciudadanos-soldados, y; ii) porque fue el Estado el que creó la situación

no le es imputable fáctica o jurídicamente. Lo puntualizado, en la medida en que es posible que la causa directa, inmediata y material del daño sea la actuación de un tercero o de la propia víctima, pero tal resultado perjudicial tenga una relación mediata con el servicio que estaba desplegando el soldado conscripto, motivo por el cual la entidad no puede desprenderse de su responsabilidad, por cuanto también puede serle endilgable jurídicamente el daño. No quiere significar lo precisado que, en este tipo de situaciones, no opere la causa extraña en sus diversas modalidades como causal exonerativa de responsabilidad, sólo que, como se ha venido señalando, la acreditación de la eximente debe hacerse a través de la demostración de que, en estos precisos eventos, le resultaba a la entidad demandada absolutamente imprevisible e irresistible. Sin embargo, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero, por regla general, tal y como lo ha aceptado la doctrina autorizada sobre la materia, no requieren para su configuración que se pruebe su imprevisibilidad e irresistibilidad. Al respecto, vale la pena transcribir algunos apartes de la providencia reciente de la Sala, oportunidad en la cual se precisó: "Sobre el particular, debe advertirse que los propios hermanos Mazeaud rectificaron la doctrina que sobre el particular habían trazado en su obra "Lecciones de Derecho Civil" (1960), cuando en su tratado de "Responsabilidad Civil" (1963), en relación con la materia objeto de análisis manifestaron: "1462. ¿Debe ser imprevisible e irresistible el hecho de la víctima? - La irresistibilidad y la imprevisibilidad son, por lo general, consideradas como necesarias para que haya fuerza mayor; pero no para que el hecho de la víctima sea una causa liberatoria. Desde el momento en que el hecho no es imputable al demandado, eso basta. No cabría obligar al demandado, según se dice, a precaverse contra los hechos de la víctima, como no cabe obligarse a que se prevenga en contra de los acontecimientos naturales. (...) "(Negrillas de la Sala). "Lo anterior no quiere significar en modo alguno, que el hecho de la víctima en ocasiones pueda ser total o parcial, en cuanto se refiere a la materialización del resultado dañoso, motivo por el cual será el juez quien en cada caso concreto el que valorará el curso o cursos causales existentes, para determinar la imputación fáctica del daño antijurídico, lo que permitirá establecer si operó una causa única o si existió una concausa, situación ésta en la que habrá que fijar proporcionalmente, según el grado de participación de cada sujeto, el monto del perjuicio padecido. "Ahora bien, no significa lo anterior que toda conducta de la víctima tenga la suficiente dimensión o entidad para excluir o enervar la imputación frente al presunto responsable; el comportamiento de aquella para poder operar como causal exonerativa de responsabilidad debe ostentar una magnitud, de tal forma que sea evidente que su comportamiento fue el que influyó, de manera decisiva, en la generación del daño. "El principio de confianza conlleva implícito la tranquilidad que tienen las personas que integran la sociedad, de que el Estado prestará adecuadamente sus servicios públicos, por lo que, no cualquier tipo de participación de la víctima, en una actividad riesgosa, reviste la estatus necesario para excluir la responsabilidad de la administración. "En síntesis, no se requiere para configurar la culpa exclusiva de la víctima que el presunto responsable acredite que la conducta de aquélla fue imprevisible e irresistible, sino que lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño; incluso, una participación parcial de la víctima en los hechos en modo alguno determina la producción del daño, sino que podría de manera eventual conducir a estructurar una concausa y, por lo tanto, a reconocer una proporcionalidad en la materialización del mismo y en su reparación. "Así las cosas, si la culpa de la víctima es causa parcial (concausa) en la producción del daño, esta circunstancia puede constituir un factor de graduación del perjuicio, todo lo cual dependerá del grado de participación de la propia persona afectada en la concreción de los hechos que son objeto de análisis." MAZEAUD, Henri y León, y TUNC, André "Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil", Tomo Segundo, Volumen II, Ed. Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1963, Pág. 40.

"Pero la doctrina y la jurisprudencia discuten sobre la necesidad de que ese hecho exclusivo de la víctima sea imprevisible e irresistible. Los Mazeaud sostienen que la "imprevisibilidad y la irresistibilidad no son necesarias al hecho exclusivo de la víctima, para que este exonere de responsabilidad." TAMAYO Jaramillo, Javier "Tratado de Responsabilidad Civil", Ed. Legis, Tomo II, Pág. 61. sentencia de 13 de agosto de 2008, exp. 17.042.



objetiva de riesgo¹⁵⁵ (comprendida por la existencia de la Base Militar de Las Delicias en un ámbito espacial, de orden público y de posibilidades defensa y protección limitada, como se aceptó), sin que hubiera desplegado los deberes de salvamento, apoyo y protección suficiente al que estaba obligado por expresos mandatos constitucionales, como se señala en el deber de proteger el territorio y los ciudadanos frente a todo tipo de agresión interna o externa. Concretamente, el estado creó la situación objetiva de riesgo en atención a los siguientes factores: i) la falta de preparación y de entrenamiento en los días anteriores al ataque guerrillero, lo que no fue supervisado, ni tuvo la vigilancia debida por parte de los mandos oficiales de la fuerzas armadas; ii) la existencia misma de la Base Militar de Las Delicias en una posición que no fue estudiada estratégicamente, ni se valoró adecuadamente las vías de escape y de penetración, lo que llevó a que en la mañana del 31 de agosto de 1996 se produjera la incursión completa de las fuerzas irregulares al interior de la Base; iii) el retardo injustificado e insuficiente del apoyo militar, pese a que en las proximidades se contaba con la Base de Tres esquinas, los apoyos fluviales desde Puerto Leguízamo, el apoyo aéreo desde Apiay; iv) los fallos en el armamento y en la planeación de la infraestructura de la base necesaria para poder repeler y afrontar con garantías un ataque de los grupos subversivos; v) teniendo en cuenta que en la zona operaban los grupos subversivos, constituía un hecho notorio la posibilidad de una ataque de los mismo, lo que representa una amenaza inminente, cierta e inevitable.

59 Se reitera por la Sala, la responsabilidad que se imputa al Estado es por el resultado en atención a que i) no hubo o no se emplearon suficientes instrumentos de prevención (frente a lo que los altos mandos militares reflejan su omisión y desatención); ii) la calidad de la respuesta que se tuvo para defender a los miembros de la fuerza militar, entre ellos a Alonso Martínez Gutiérrez fue limitada, tardía, insuficiente y propia de la falta absoluta de planeación y coordinación que exige la estrategia y desarrollo militar (pese a que nuestra fuerza militar tiene instituciones y forma a sus cuadros en escuelas militares de las mejores en el mundo), y; iii) a que el apoyo o reacción del Estado fue tardío, insuficiente y drásticamente limitado, lo que llevo a dejar sin alternativa alguna a los ciudadanos soldados, que

¹⁵⁵ Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, G.A. Res. 56/83, art. 2, U.N. GAOR, 56th Sess., Supp. n.º 10, U.N. Doc. A/RES/56/83 (enero 28, 2002).



produjo la muerte de uno de ellos y las lesiones de los otros dos¹⁵⁶. Por lo tanto, se sustenta dicha atribución, en su conjunto, en la falta absoluta de la “debida diligencia”¹⁵⁷ (objetivamente considerada) que debía aplicar el Estado en el caso concreto de la toma de la Base Militar de Las Delicias por parte de un grupo armado insurgente.

60 Y no se puede validar el argumento según el cual para la época de los hechos las Fuerzas Militares (Ejército Nacional) debió atender múltiples acciones insurgentes en distintos lugares del territorio nacional, porque no puede apoyarse la idea según la cual dichas Fuerzas sólo concentren su tropa e infraestructura militar en un ámbito reducido del territorio donde entiendan que hay amenazas de perturbación del orden público, pues tal decisión resulta ausente de toda ponderación y proporcionalidad¹⁵⁸, incluso sin razonabilidad¹⁵⁹, en la medida en que se habría dejado de considerar el derecho a la seguridad e integridad de sus propios hombres, de los ciudadanos-soldados que se encuentran en territorios inhóspitos y tan alejados, que se pueda constituir en un simple y llano desamparo, como fue lo que se concretó el 30 de agosto de 1996.

61 Precisamente, está llamado el Estado a ponderar los derechos, intereses, prioridades y decisiones estratégicas, que conduzcan, sin lugar a dudas, a la adopción de decisiones en el marco de sus atribuciones legalmente establecidas, de las capacidades y posibilidades que fácticamente se ofrecían y de las alternativas que debía haber considerado (que como en el presente caso lleva a concluir, posteriormente, que no era necesaria la existencia de la propia Base de Las Delicias).

62 El Ministerio Público investigó la actuación de los oficiales del Ejército que tenían a su cargo las actividades y acciones en la fecha de los hechos, arrojando,

¹⁵⁶ Comité de Derechos Humanos, Comentario General 31: Nature of the General Legal Obligations Imposed on States Parties to the Covenant, P 11, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/ Add.13 (May 26, 2004).

¹⁵⁷ DINAH L. SHELTON. Private Violence, Public Wrongs, and the Responsibility of States, 13 Fordham. Int'l L.J. 1, 25-26 (1989/1990)

¹⁵⁸ ROBERT ALEXANDER. Theorie der Grundrechte, Surkamp (taschenbuch wissenschaft). Erste Auflage, 1994, pp. 71 y ss.

¹⁵⁹ BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, 3.ª ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 575 y ss



en primer lugar, un “Informe Evaluativo de la Comisión “Las Delicias” (fls 196-218, c2) en el que claramente se indicó:

i) “Por la Información (sic) recibida de los distintos Comandantes, especialmente por el Comandante del **BATALLON DE SELVA No. 49**, el material de guerra es insuficiente (sic) para la defensa de la Soberanía (sic) Nacional (sic) en la Zona (sic) afectada por la guerrilla” (subrayado fuera de texto).

ii) “La Base Militar de “**LAS DELICIAS**” viene operando desde el año **1989**, ésta se construyó en época en que la estructura y como estrategia para combatir el enemigo eran funcionales y permitían su operatividad, hoy ha crecido la narcoguerrilla y su infraestructura y armamento la (sic) permiten ventajas, a lo cual se suma el hecho de que la población civil de la Inspección de **LAS DELICIAS** los días de la toma guerrillera abandonaron previamente la Inspección, lo hace suponer que conocían el objetivo de los insurrectos”.

iii) De acuerdo con la versión del Coronel José Claudio Bastidas Javela, atribuyó los hechos “a que la Base Militar había sido amenazada meses atrás, porque la misma Compañía que se encontraba en **LAS DELICIAS** en Operaciones del Caguán habían desmantelado Laboratorios de Coca y habían destruido pistas clandestinas del Narcotráfico”.

iv) En sus conclusiones y recomendaciones se dijo:

“El día de la toma guerrillera a la Base Militar de “**LAS DELICIAS**”, no se habían tomado efectivamente las medidas de seguridad ordenadas por los Comandos Superiores Inmediatos...

(...)

No existe en toda el área del sur perteneciente al **COMANDO UNIFICADO** medios de **REACCION INMEDIATA** para combatir al enemigo trátese de extranjeros y de subversivos (**guerrilla y narcoguerrilla**) que operan en la región, no hay Aviones (sic) ni helicópteros con autonomía de vuelo aptos para apoyar a las Bases ni a las mismas Unidades Militares en acción o Reacción (sic) de Combate (sic)”.

v) El área donde se construyó la base permitió el ataque guerrillero.

vi) No se hizo el control y vigilancia sobre la base militar fuera del área de permanencia.



vi) Se observó “una posible **OMISION DE APOYO** por parte del **COMANDO GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES**, hecho que debe ser investigado”.

55 Lo que llevó a que por providencia de 31 de agosto de 1998, proferida por el Despacho del Procurador General de la Nación dentro del expediente 001-327, en se sancionara por los hechos ocurridos en Las Delicias al Brigadier General de Infantería de Marina Jesús María Castañeda Chacón y al Teniente Coronel del Ejército José Claudio Bastidas Javela, con la separación absoluta de las fuerzas militares (fl 139-159, c5), en cuyos fundamentos se destaca,

i) “Así como el General **CASTAÑEDA**, hizo que durante el ejercicio del mando, se desplazara hacia la base el Mayor **CARLOS GUSTAVO LEYVA RODRIGUEZ**, para cerciorarse de sus necesidades, bien pudo haber llevado a cabo dicha labor por sí mismo, como era su deber, si se tiene en cuenta que las dificultades por superar para hacer el recorrido de observación, no podían ser distintas en uno y otro caso.

Solo mediante su presencia física en la Base, el Comandante del CUS podía haber cumplido efectivamente con el deber que le impone el artículo 27 del ya citado Decreto 085 de 1989, referente a “conocer los esfuerzos de sus subalternos”, en orden a estimular el espíritu de permanente vocación al sacrificio militar.

Pero, además, específicamente en el caso del Comandante del Comando Unificado, entres sus responsabilidades primarias figura de manera destacada, la de “mantener la seguridad de la organización y la del área geográfica asignada”, según está dispuesto en el denominado, “Manual de Acción Unificado de Operaciones Conjuntas para las Fuerzas Militares” (fls.314 y 315).

ii) “Con motivo de la visita practicada en el mes de junio de 1996, dos meses antes del ataque subversivo, el Mayor **CARLOS GUSTAVO LEYVA RODRIGUEZ**, había prevenido a su superior del CUS, mediante la siguiente conclusión: “Las medidas de seguridad perimétricas son deficientes a pesar de los esfuerzos hechos por el Comandante de la Base en razón a que no cuenta con los medios o elementos



necesarios como concertinas, piquetes, alambradas, etc. Así mismo las posiciones defensivas se deterioran rápidamente por acción del clima” (fls.315 y 316)

iii) “Justamente, porque no se tomó el cuidado de visitar e inspeccionar la Base, el entonces Comandante del CUS, no tenía la menor idea en relación con esas diversas y numerosas falencias detectadas por sus superiores, y mucho menos pudo comprender que... se imponía demontar (sic) la Base de tiempo atrás, porque ni su ubicación, ni sus labores de tipo operacional, justificaban su mantenimiento” (fl.317).

iv) “Los catastróficos resultados del ataque enemigo ocurrido el 30 de agosto de 1996, son de por sí indicativos de posibles deficiencias de carácter operacional y de recursos defensivos” (fl.317).

v) “Todas las unidades y particularmente las ubicadas a considerable distancia de los Comandos operacionales, prácticamente habían sido declarados objetivos militares primordiales por parte de la guerrilla, lo cual imponía un mayor deber de prevención y adecuada preparación” (fl.318).

vi) “La información imprecisa sobre las verdaderas dimensiones del ataque que en su momento soportaba la Base, indudablemente confundió al alto mando de Bogotá y ello explica que se hubiera concedido prioridad de apoyo a la zona de Guayabal de Síquima, en Cudinamarca, sometida al asedio de la subversión al mismo tiempo” (proceso 15838, fls.314 a 318 y 321; proceso 18075, fls.123 a 145 c1).

63 Conforme al anterior acervo probatorio, se reitera, que tiene respaldo en la prueba recaudada por el propio Ministerio Público durante el proceso disciplinario cursado, se encuentra que es imputable la responsabilidad patrimonial a las entidades demandadas, pese a que en los hechos haya intervenido un tercero (grupo **armado insurgente**) ya que no fue esta la causa determinante o capaz de enervar la sustancia fenomenológica y fáctica, que sigue residiendo en **los deberes positivos incumplidos (tanto por inactividad, como por omisión)** Estado, que no sólo está llamado a enfrentar a la delincuencia, a los grupos irregulares, sino que también está obligado, principalmente, a adoptar las medidas



de precaución, prevención y contención adecuadas para enfrentar todas las manifestaciones del delito, ya que de lo contrario estaríamos asistiendo a la escenificación de una tragedia colectiva en la que los muertos y los heridos son compatriotas, que en cumplimiento de un deber, o en la realización de una misión deben sacrificarse para mantener las instituciones, el sistema democrático, las libertades y el respeto de los derechos en el marco del Estado Social, Democrático y de Derecho.

64 Luego, hay pruebas suficientes para acreditar la omisión de prevenir o atender adecuadamente la situación de riesgo objetiva creada por el Estado, al permitir que un resultado dañoso como el ocurrido en la toma de la Base Militar de las Delicias, **que no** constituía un imposible material, militar ni jurídico, a tenor de lo reflejado en los propios informes del Estado, por la falta de planeación, insuficiente e inadecuada dotación logística, de material de guerra y equipos de comunicación, retardo injustificado en el apoyo, debilidades en el diseño y establecimiento de la Base, sin tener en cuenta las condiciones climáticas, las circunstancias sociales y las dificultades tácticas y de desplazamiento para el apoyo militar fluvial y por vía terrestre, lo que facilitó que en la toma no sólo se haya producido la muerte de Alonso Martínez Gutiérrez, sino que se haya consumado el secuestro masivo de decenas de militares y la muerte de otros tantos más.

65 A lo anterior se agrega (conforme al acervo probatorio, valorado conjuntamente), que se demostró que durante el enfrentamiento **la falla en el servicio se concretó: a)** errores tácticos, derivados de la falta de entrenamiento que la Compañía C tuvo los días previos a la toma o ataque, lo que no fue supervisado, vigilado, ni controlado por los oficiales y estado mayor de las fuerzas **militares; b) se impidió** que se hiciera la labor de inteligencia que es ordinaria en este tipo de bases para detectar movimientos o actividades **riesgosas; c) preparar** a los militares acantonados en la Base para cumplir adecuadamente con el Plan de Reacción, ya que como se puede ver de las pruebas documentales y testimoniales allegadas al proceso, hubo desorden y confusión al momento de tomar posiciones y de resguardar las diferentes áreas de la Base, lo que permitió que se fuera minando la resistencia de hasta llegar a superarla y despojar de cualquier medida a los pocos militares que permanecían vivos.



66 Frente a esto, como se revela en los informes del Ejército y del Ministerio de Defensa, los oficiales al mando de la Base y quienes coordinaban operaciones en la zona, como los sancionados por el Ministerio Público, no se correspondieron con las medidas que debían adoptarse para prever y evitar el ataque guerrillero, o por lo menos para enfrentar el mismo con garantías, como la falta de entrenamiento previo del plan de reacción, la falta de inteligencia, el relevo de los oficiales, y la existencia de una Base en una zona tan apartada y con tantas complicaciones y dificultades de acceso.

67 Es determinante para la imputación de la responsabilidad del Estado el incumplimiento **concretos deberes positivos**: de planeación, organización, seguimiento y despliegue de la fuerza armada, especialmente en zonas donde el conflicto armado tenía las más complejas, serias y graves circunstancias. Y no debe olvidarse que si se aplica el *ius in bellum*, el fin último al que debió responder el Estado era “atenuar, en la medida de lo posible, el sufrimiento causado a las víctimas de las hostilidades”¹⁶⁰, entre las que cabe tener a los militares que prestando su servicio están cumpliendo con el principio de solidaridad que exige cumplir con ese deber patriótico constitucional¹⁶¹.

68 Y si esto es así, el Estado es responsable del **incumplimiento de tales deberes positivos que permitieron el desencadenamiento del** resultado perjudicial, ya que no se correspondió con los principios de humanidad, esto es, con aquellos que exigen que el ejercicio de toda actividad, como por ejemplo las misiones de seguridad asignadas a los miembros de las fuerzas armadas, debe estar orientada hacia la preservación de los derechos, y no al sacrificio absoluto de estos por una causa que legal y democráticamente no está llamado ningún individuo a soportar porque implicaría la supresión de la esencia propia del ser humano como destinatario de la protección, convirtiendo al Estado en prioridad en la búsqueda de la paz. En ese sentido, debe prodigarse la aplicación de la responsabilidad objetiva en este tipo de casos, siempre que se cumplan ciertas condiciones (siguiendo lo propuesto por Erns Fosrthoff): i) debe nacer cuando la administración pública crea una situación de peligro individual y extraordinaria

¹⁶⁰ RAMELLI, Alejandro. Derecho internacional humanitario y estado de beligerancia. 1ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p.52.

¹⁶¹ Montesquieu señaló: “Il est clair que, lorsque la conquete este faite, le conquérant n’a plus le droit de tuer; puisqu’il n’est plus dans le cas de la défense naturelle, et de sa propre conservation”.



(eine individuelle un auBergewöhnliche Gefharenlage); ii) debe tratarse de un riesgo especial, incrementado (Besondere, erhöhte Gefahr), “que supere netamente los riesgos normales a que todos se encuentran expuestos”, y; iii) que “el daño... sufrido por la víctima sea consecuencia inmediata de la realización de dicho peligro”¹⁶².

69 En ese sentido, también es imputable el resultado dañoso a las entidades demandadas porque se quebró e incumplió la cláusula general de la “buena administración pública”¹⁶³, que se refuerza especialmente cuando el Estado está a cargo de las misiones militares, de salvaguarda de la seguridad y de enfrentar con suficientes y plenas garantías a la delincuencia. Porque en caso de producirse, la omisión del Estado puede desencadenar la producción de actos de genocidio o de violencia que como lo señala la Observación General No. 6 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su artículo 6, los

“Estados tienen la suprema obligación de evitar las guerras, los actos de genocidio y demás actos de violencia de masas que causan la pérdida arbitraria de vidas humanas”.

70 Lo que se corresponde, siguiendo la misma Observación, con la exigencia de extender dicha obligación a los propios miembros de las fuerzas militares, que participan al prestar el servicio militar obligatorio, de manera que se comprenda que la “expresión “el derecho a la vida es inherente a la persona humana” no puede entenderse de manera restrictiva y la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas”¹⁶⁴, que como en la toma de la Base Militar de Las Delicias brillaron por su ausencia, lo que lleva a imputar a las entidades demandadas la responsabilidad por la muerte de Alonso Martínez Gutiérrez, teniendo en cuenta el deficiente funcionamiento que se acreditó de la actividad obligada a desplegar por parte de la administración pública, esto es “teniendo en cuenta si hay o no defectos imputables a la estructura administrativa que sean relevantes en la producción del efecto lesivo”¹⁶⁵.

¹⁶² FORSTHOFF, Erns. Lehrbuch des Verwaltungsrechts Band I. Allgemeiner Teil. 10a ed. Münche, CH Beck, 1973, pp.359 a 364.

¹⁶³ MIRPUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.201.

¹⁶⁴ NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General No.6.

¹⁶⁵ BARCELONA LLOP, Javier. “Responsabilidad patrimonial por daños causados por, o sufridos por, los miembros de las fuerzas o cuerpos de seguridad”, en QUINTANA LÓPEZ, Tomás (dir) La responsabilidad patrimonial de la administración pública. T.II. Valencia, tirant lo Blanch, 2009, p.1493.



71 En la doctrina se ha dicho:

“Los estados existen para defender los derechos de quienes los integran, pero una de las dificultades de la teoría de la guerra estriba en el hecho de que la defensa colectiva de los derechos vuelve individualmente problemáticos. El problema inmediato consiste en que los soldados que participan en la lucha, aunque rara vez pueda decirse que haya escogido luchar, pierden los derechos que supuestamente defienden. Ganan las guerras en tanto que combatientes y prisioneros en potencia, pero pueden ser atacados y muertos a voluntad por sus enemigos. Por el simple hecho de luchar, sean cuales sean sus esperanzas e intenciones privadas, han perdido el derecho que tenían a la vida y a la libertad y lo han perdido incluso en el caso de que, a diferencia de los Estados agresores, no hayan cometido ningún crimen. <<Los soldados han sido hechos para que los maten>>, dijo en una ocasión Napoleón; por eso la guerra es un infierno. Pero incluso en el caso de que decidamos observar las cosas desde la perspectiva del infierno, podemos seguir afirmando que nadie más ha sido hecho para que lo maten. Esta precisión es la base de las reglas de la guerra”¹⁶⁶ (subrayado fuera de texto).

72 Cabe agregar, para la Sala, que la responsabilidad es imputable, (fáctica y jurídicamente) a las entidades demandadas, también, por el daño antijurídico ocasionado a Alonso Martínez Gutiérrez y sus familiares, porque el incumplimiento de los deberes positivos se produce asumiendo que el Estado en situaciones concretas, como la presente, asume una posición de garante institucional. Así mismo, al Estado por la naturaleza del ataque perpetrado por el grupo armado, por las condiciones del conflicto armado, por las características y situación de orden público de la zona donde ocurrieron los hechos, le es imputable la creación de la situación objetiva de riesgo¹⁶⁷, ya que como se dijo atrás, estaba llamado el estado a evitar los riesgos, debilidades y fallas que se cometieron en la Base Militar de Las Delicias, que permitió el ataque guerrillero, con el resultado funesto y desafortunado para las familias de los demandantes y de todos los que resultaron víctimas del mismo, quienes debieron ser amparados como ciudadanos-soldados en sus derechos fundamentales y humanos. Luego, la Sala está llamada, en este caso concreto, no sólo a constatar la falla en el servicio el incumplimiento de los deberes positivos, sino también de la posición de garante que ostentaba, y adicionalmente a verificar que dicha falla (en el contexto del control de convencionalidad al que está llamado el juez contencioso administrativo)

¹⁶⁶ WALZER, Michael. Guerras justas e injustas. Un razonamiento con ejemplos históricos. Barcelona, Paidós, 2001, p.192.

¹⁶⁷ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo; PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en filosofía y derecho, 2006, pp. 65 y ss.



pudo concretarse, también, en la violación no sólo de los mandatos constitucionales y legales, sino también de aquellos en virtud de los cuales se protege en el derecho internacional los derechos humanos, y los que derivan del derecho internacional humanitario.

Fue, por lo tanto, **la conjugación de la inactividad y la omisión protuberante, ostensible, grave e inconcebible del Estado** de la que se desprende la responsabilidad por el resultado dañoso de los demandantes, quien estaba en la obligación de ofrecer, por lo menos, una intervención proporcionada y adecuada a las circunstancias riesgosas creadas por el mismo, como se constató al afirmarse la inconveniencia de la existencia en ese lugar de la Base Militar.

73 Finalmente, del análisis del acervo probatorio y del caso, la Sala encuentra que el ataque, perpetrado por el grupo armado insurgente FARC, pudo implicar el incumplimiento de mandatos de protección de los derechos humanos, que no pueden quedar desprovistos de mención, y que exigirán que el Estado solicite, por los canales y en ejercicio de las competencias del Ejecutivo, la elaboración de una Opinión Consultiva por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme a lo exigido por el reglamento de dicha instancia internacional, y con el objetivo de determinar si se produjeron violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos, asociadas al accionar del mencionado grupo armado insurgente, y relacionadas con el incumplimiento, a su vez, del Derecho Internacional Humanitario, especialmente lo relacionado al uso de armamento, al trato al combatiente y al secuestro que pudo materializarse, cuando los miembros del grupo armado insurgente FARC ingresaron a las instalaciones de la Base Militar de las Delicias¹⁶⁸.

En ese sentido, y en aplicación del bloque ampliado de constitucionalidad para la tutela de los derechos humanos y el respeto del derecho internacional humanitario, se debe tener en cuenta que pudo producirse por parte del grupo armado insurgente FARC violaciones a los Convenios de Ginebra, especialmente el II y III, en sus artículos 43 y siguientes, debiéndose establecer si se produjo la comisión de conductas que vulneraran el trato digno y humano, la desatención de

¹⁶⁸ Puede verse este análisis en el precedente de la Sub-Sección sentencia de 31 de agosto de 2011, Exp.19195.



los heridos (artículo 8 y siguientes), la tortura psicológica a la que se sometió a los militares durante el término en el que se encontraron plenamente sometidos a los insurgentes.

En cuanto al armamento empleado, el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1977, establece en su artículo 35, claramente que en “todo conflicto armado, el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado”. A lo que se agrega dos postulados en el mismo Protocolo:

“Queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios
Queda prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente”.

74 Con fundamento en los anteriores argumentos, la Sala revocará la sentencia recurrida, y declarara la responsabilidad de la entidad demanda, ordenando la indemnización de los perjuicios a que haya lugar con base en lo pretendido en la demanda y en la garantía del principio de reparación integral, teniendo en cuenta los derechos humanos comprometidos y vulnerados.

9. Perjuicios

9.1. Perjuicios morales

9.1.1. Reconocimiento de los perjuicios morales.

75 Revisadas las pretensiones de la demanda, y tratándose de la muerte del soldado Alonso Martínez Gutiérrez, se encuentra acreditado el parentesco con los registros civiles, lo que lleva a la Sala a tener por demostrado el perjuicio moral en cabeza de los demandantes con ocasión de la muerte del hijo y hermano, lo que aplicando las reglas de la experiencia hace presumir que la muerte en las circunstancias violentas en las que ocurrieron, hacen presumir que los parientes cercanos (que conforman su núcleo familiar) debieron afrontar un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la



personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad. En este sentido, el precedente de la Sala indica,

“Las reglas de la experiencia, y la práctica científica¹⁶⁹ han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo. Razón por la cual la Sala reitera la posición asumida por la Corporación en la sentencia de 17 de julio de 1992¹⁷⁰ donde sobre el particular, y con fundamento en la Constitución, se analizó el tópico, así:

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

“Por su parte el artículo 42 de la Carta Política, establece que el Estado y la sociedad tienen como deber ineludible el de garantizar la protección integral de la familia, núcleo fundamental de la sociedad, que “se constituye por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.” Y agrega que “Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes”. (Subrayas fuera de texto).

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

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

“1º. Los descendientes legítimos;

“2º. Los ascendientes legítimos;

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

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

¹⁶⁹ Fernández Liria, B. Rodríguez Vega. Intervenciones sobre problemas relacionados con el duelo para profesionales de Atención Primaria: El proceso del duelo. Universidad Autónoma de Madrid. [Http://www.medicinadefamiliares.cl/Protocolos/DUELO%201.pdf](http://www.medicinadefamiliares.cl/Protocolos/DUELO%201.pdf) “Aunque es difícil establecer inequívocamente relaciones causa-efecto, numerosos estudios han relacionado las pérdidas de diverso tipo con alteraciones de la salud¹. Hoy se acepta generalmente que en torno a un tercio de los pacientes que acuden a las consultas de Atención Primaria presentan problemas de salud mental que requerirían algún tipo de tratamiento y, aproximadamente una cuarta parte del total presenta problemas que podrían considerarse relacionados con algún tipo de pérdida¹.”

¹⁷⁰ Radicado 6750, actor: Luis María Calderón Sánchez y otros. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.



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

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

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

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

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

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

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

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

“Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se ha tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente. En síntesis, la Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido lo normal y de requerir la prueba de lo anormal. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así lo evidencien.”¹⁷¹ (Negrillas de la Sala)¹⁷².

¹⁷¹ Posición que ha sido reiterada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 30 de marzo de 2004. S 736 Actor: Nelly Tejada. Consejero Ponente Camilo Arciniegas Andrade. “Del parentesco cercano con la víctima se infiere el padecimiento moral que su muerte inflige a los suyos. El parentesco es indicio vehemente del daño moral.” Y recientemente por la Sección Tercera, en sentencia de 30 de agosto de 2007. Expediente 15.724, actor: Oswaldo Pérez Barrios. Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁷² Sección Tercera, sentencia de 15 de octubre de 2008. Exp.18586.



76 En la demandada no desvirtuó en ningún momento la presunción de aflicción causada a los demandantes por la pérdida del hijo y hermano, lo que lleva a concretar la existencia de los perjuicios morales en cabeza de todos y cada uno de aquellos.

9.1.2. Tasación y liquidación de los perjuicios morales para el caso en concreto.

77 Ahora bien, respecto de los perjuicios morales en cabeza de los demandantes con ocasión de la muerte de Alonso Martínez Gutiérrez, y con base en las reglas de la experiencia, se presume que, en las circunstancias en que ocurrió, para sus parientes inmediatos debió implicar un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad¹⁷³. 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 Política¹⁷⁴.

78 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”.

¹⁷³ Sección Tercera, sentencias del 18 de marzo de 2010, Expedientes: 32651 y 18569.

¹⁷⁴ Con lo que se da continuidad al precedente de la Sala según el cual: “En relación con el perjuicio moral, debe precisarse que la Sala en recientes pronunciamientos ha señalado que éste se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. En tal sentido, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que pone de manifiesto que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con el daño irrogado a uno de sus miembros”. Sección Tercera, sentencia de 26 de febrero de 2009. Exp.16727.



79 En reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional, sentencia T-212 de 15 de marzo de 2012 (Exp.T-3199440), se fija la posición que debe orientar al juez contencioso administrativo para la tasación y liquidación de los perjuicios morales en los siguientes términos, que merece ser comentados por la Sala.

En primer lugar, sostiene la Corte Constitucional que dar “la libertad a un juez para que tome una decisión bajo su arbitrio judicial, no es un permiso para no dar razones que sustenten lo decidido, no es una autorización para tomar decisiones con base en razonamientos secretos ni tampoco para tomar decisiones basado en emociones o pálpitos. Como se indicó, por el contrario, demanda un mayor cuidado en el juez al momento de hacer públicas las razones de su decisión”.

En segundo lugar, se parte del argumento según el cual la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se viola el debido proceso constitucional, al establecer condenas en contra de una persona sin tener bases probatorias suficientes sobre la existencia del daño moral por el cual se condenó. No se trata de una forma de controvertir criterios de valoración del acervo probatorio, propios del proceso ordinario. La protección evita mantener decisiones judiciales que no tienen un sustento razonable en las pruebas aportadas y consideradas. Así, por ejemplo, recientemente la Corte Constitucional protegió los derechos de una persona jurídica, por haber sido condenada a pagar una suma, a título de perjuicios morales, sin tener sustento probatorio alguno.¹⁷⁵

¹⁷⁵ “En la sentencia T-874 de 2009 (MP Mauricio González Cuervo) se decidió lo siguiente: “[...] la Sala encuentra, tal y como lo hizo el Tribunal al resolver la segunda instancia del trámite de la tutela, que al decidir sobre el incidente de perjuicios, el juzgado accionado incurrió en evidentes errores fácticos de valoración probatoria, pues extrajo la certeza de ocurrencia de perjuicios, en cuantías precisas, sin que en el expediente existiera fundamento probatorio alguno para llegar a esos montos, por demás exorbitantes. En los términos que ha usado la Corte, el auto que resolvió el incidente de regulación de perjuicios, en la valoración del elemento probatorio, “se sale de los cauces racionales”: la determinación de la cuantía de los perjuicios morales, en suma cercana a los cien millones de pesos, no encuentra fundamento alguno en las pruebas obrantes en el expediente; la inclusión del valor adeudado por el ejecutado a otra entidad crediticia en la cuantificación de los perjuicios no responde a ningún criterio racional, especialmente teniendo en cuenta que no hay prueba alguna del nexo existente entre el otorgamiento de dicho crédito, y el embargo supuestamente generador de los perjuicios; y, finalmente, tampoco se encuentra fundamento, en las pruebas obrantes en el expediente, de la decisión tomada por el despacho accionado en el sentido de considerar como parte de la cantidad a ser resarcida, el valor comercial del inmueble embargado, con base en una supuesta venta frustrada del mismo, cuya existencia, aunque fuera cierta-lo cual es debatible-, no conduce, por ningún camino racional, al monto definido por el juez. || Además de estos errores ‘ostensibles, flagrantes y manifiestos’ en el juicio valorativo de la prueba, la Sala constata que ellos tuvieron incidencia directa en la decisión, pues el auto del 27 de noviembre de 2008 condenó a la entidad demandante, con base en esa defectuosa



Es necesario, por lo tanto, contar con bases probatorias suficientes para determinar la existencia del daño moral, a lo que cabe agregar, y para determinar la tasación y liquidación de los perjuicios morales.

En tercer lugar, y teniendo en cuenta la sentencia de la Corte Constitucional T-351 de 2011, la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de daño y perjuicios morales sí establece parámetros vinculantes para los jueces administrativos. En efecto, estos deben seguir *la libertad probatoria* y utilizar su *prudente arbitrio* en el marco de la equidad y la reparación integral para tasar los perjuicios morales. Además, al establecer un tope –al menos indicativo- de 100 smlmv, el Consejo de Estado hizo referencia al principio de igualdad, lo que significa que ese tope, unido a análisis de equidad, debe permitir que cada juez no falle de forma caprichosa sino a partir de criterios de *razonabilidad*, a partir del análisis de casos previos, y de sus similitudes y diferencias con el evento estudiado. El límite, sin embargo, es *indicativo* porque si, a partir de los criterios y parámetros indicados, el juez encuentra razones que justifiquen separarse de ese tope y las hacen explícitas en la sentencia de manera transparente y suficiente, su decisión no se apartaría de la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni sería ajena a la obligación constitucional de motivar los pronunciamientos judiciales”.

En cuarto lugar, y es de singular relevancia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional advierte que “un juez incurre en una violación del derecho constitucional al debido proceso, cuando condena a una persona a pagar un monto por concepto de daños morales, que carece evidentemente de sustento en el acervo probatorio del proceso”. Con otras palabras, obrar con base en la comprensión del arbitrio iudicis como una cláusula que exime al juez de motivar por qué concede un determinado quantum puede constituirse, como lo señala la Corte Constitucional, en una VIOLACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AL DEBIDO PROCESO.

En quinto lugar, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la que se apoya la Sala, sentencia T-212 de 2012, argumenta que los “criterios adicionales que se

valoración probatoria, a pagar una suma cercana a las cuatrocientos setenta millones de pesos mcte.”



advierten en la sentencia del Consejo de Estado para determinar la discrecionalidad judicial en materia de perjuicios morales son dos, a saber: (a) tener en cuenta “las condiciones particulares de la víctima” y (b) tener en cuenta “la gravedad objetiva de la lesión”. Da pues la jurisprudencia parámetros y factores de análisis mínimos a considerar por los jueces administrativos para identificar los perjuicios morales y el monto de los mismos”, los cuales obedecen a la existencia de “un parámetro constitucional mínimo para ejercicio de la discrecionalidad judicial”. Sin duda, la Corte Constitucional está orientando su posición hacia la exigencia de una motivación suficiente, y del reconocimiento de criterios objetivos, que como los que se procuran emplear en el “test de proporcionalidad” deben constituirse en el sustento de la decisión judicial de tasar y liquidar el “quantum” del perjuicio moral para cada caso en concreto.

En sexto lugar, la Corte Constitucional considera que “la jurisprudencia contencioso administrativa ha encontrado tres principios básicos que han de orientar el cumplimiento de las funciones judiciales fundadas en la discreción judicial, a saber: *equidad, razonabilidad y reparación integral*. Estos principios, en especial la equidad, demandan al juez algún grado de comparación entre la situación evaluada y otras reconocidas previamente. De lo contrario puede llegarse a decisiones inequitativas, desproporcionadas o discriminatorias”. No cabe duda que a la razonabilidad cabe asociar el principio de proporcionalidad, y especialmente el sub-principio de ponderación, con los que la decisión del juez contencioso responda al principio fundamental de la justicia distributiva.

Finalmente, cabe afirmar que la sentencia T-212 de 2012 permite no sólo considerar como necesaria la motivación que debe dar el juez contencioso al momento de tasar y liquidar los perjuicios morales, sino también admite que metodologías, como la del “test de proporcionalidad”, están llamadas a operar ya que exigen no sólo una mínima prueba de la intensidad del perjuicio padecido, sino también que establecen criterios objetivos en los que el juez contencioso administrativo pueda apoyarse para que su decisión no exceda o quiebre el principio de la autonomía judicial, al invocar un excesivo “abritrio iudicis”. Precisamente, en la mencionada sentencia se interroga “¿cuáles fueron los criterios concretos y específicos de razonabilidad, equidad y reparación integral de las víctimas que se tuvieron en cuenta? ¿Los criterios en cuestión cómo fueron



aplicados? ¿por qué se llega a las consecuencias derivadas en la sentencia y no otras? Todo ello se mantiene en secreto. ¿Por qué si no existieron pruebas de los perjuicios morales y, por tanto, ni siquiera se sabe la real magnitud del daño material, es posible establecer con la precariedad de elementos con que se cuenta en el proceso que el monto del daño, razonable y equitativamente es el fijado y no otro? La respuesta a esta pregunta es competencia del juez ordinario; por supuesto. Pero está obligado a darla, no puede mantenerse oculta y ajena al texto de la decisión judicial que está fundando”

80 Ahora bien, examinado la fundamentación jurídica en la que cabe sustentar el “test de proporcionalidad” como metodología para la tasación y liquidación de los perjuicios morales, la Sala procede a motivar y delimitar los criterios de dicha tasación y liquidación.

81 Debe partirse de concebir el perjuicio moral con un carácter inconmensurable, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, lo que exige que su tasación no obedezca a criterio alguno de compensación. En ese sentido, se señala,

“En torno al perjuicio moral es de recordar que su indemnización no obedece a un criterio compensatorio, desde luego que la vida humana es inconmensurable, sino a uno satisfactorio, destinado a mitigar en lo posible la enorme pena que en el fondo queda ante la ausencia de un ser amado, razón por la cual en a su apreciación han de considerarse el dolor de quien lo sufre, la intensidad de su congoja, la cercanía con el ser perdido, entre otras cosas, para con cimiento en la equidad arribar al más justo valor, distante por lo general de la matemática exactitud con que se escruta el daño material”¹⁷⁶.

82 Con base en las anteriores premisas, el juez contencioso administrativo está llamado a considerar, dentro de su discrecionalidad judicial, en su apreciación criterios como i) el dolor sufrido, ii) la intensidad de la congoja; iii) la cercanía con el ser perdido, iv) derecho (s) vulnerado (s) –considerar, especialmente, la vulneración de derechos humanos, o del derecho internacional humanitario-, v) la conformación del núcleo familiar, vi) las diversas relaciones y vii) la valoración ponderada de lo que representa moralmente la angustia, la tristeza y la aflicción de verse con el fallecimiento de sus familiares. Se trata de criterios objetivos, si cabe, fundados en los principios de equidad, razonabilidad, reparación integral y

¹⁷⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 2009. Exp. 1995-10351.



proporcionalidad, que deben permitir al juez determinar con justicia (distributiva) el “quantum” indemnizatorio de los perjuicios morales reclamados en cada caso en concreto.

Lo anterior, además, significa que la discrecionalidad que el legislador le otorgó al juez, en el marco del artículo 16 de la ley 446 de 1998, en materia de tasación y liquidación de los perjuicios morales no está sujeto a imposiciones jurisprudenciales, ni a limitaciones conceptuales, menos a aquellas con las que pueda socavarse no sólo su libre ejercicio por el juez, sino que se condicione de tal manera que se convierta una construcción jurisprudencial en precedente cuando no tiene dicho alcance, implicando, además, en el fondo la generación de desigualdades e, incluso, de discriminaciones.

83 De ahí, pues, que como manifestación de la discrecionalidad, de la que está dotado el juez por el legislador, se emplea (sin convertirse en regla normativa) la metodología del test de proporcionalidad, que busca como objetivos: i) que haya una acreditación o prueba mínima del perjuicio moral en cabeza de los demandantes, sin que sea suplida por la simple presunción jurisprudencial de aflicción o, por las reglas de la experiencia del juzgador (suficientes para el reconocimiento del perjuicio, pero no para la tasación y liquidación), sino que debe reunir la mayor cantidad de elementos posibles a valorar, advirtiéndose las limitaciones que tiene el juez para tasar en cabeza de qué personas cabe afirmar una mayor intensidad del dolor moral o aflicción, que en otras; así mismo, ii) se busca la aplicación, en sede del contencioso administrativo, del principio de proporcionalidad¹⁷⁷, el cual no está vedado o prohibido de aplicación, ni se puede

¹⁷⁷ “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”.



considerar solamente como una herramienta para resolver las tensiones constitucionales entre derechos, intereses y principios, sino que cabe afirmarlo, a partir del sub-principio de ponderación y del principio de la razonabilidad, en sede de la tasación y liquidación de los perjuicios morales, de tal manera que el juez oriente su raciocinio desde una perspectiva jurídica, con mínimos criterios objetivos (una “crítica frecuente a la ponderación es que la Corte (americana) no cuenta con un criterio objetivo para valorar o comparar los intereses en juego (...) Por tanto, la ponderación demanda el desarrollo de una balanza de valores externos a las preferencias personales de los jueces”¹⁷⁸) que permitan resolver la tensión que se produce entre el ejercicio del derecho a la reparación integral y los intereses generales representados en el patrimonio público del cual debe sufragarse las indemnizaciones¹⁷⁹, como por ejemplo: i) núcleo familiar; ii) relaciones afectivas; iii) relaciones de cercanía (no sólo material, sino desde la perspectiva de las relaciones que se logre establecer existía entre los miembros de la familia de la víctima o lesionado), y otras inherentes al concepto de familia, si que tenga la necesidad de acudir a discursos sociológicos, psicológicos o de otro orden¹⁸⁰ que sólo contribuyen a distorsionar el papel del juez al momento de la tasación y liquidación de los perjuicios morales, y a crear desigualdades propias de la visión subjetiva que desde la posición del juez intenta establecer “in abstracto” un valor genérico del perjuicio moral que cabe indemnizar en los diferentes eventos en los que queda acreditado el daño antijurídico y la imputación.

84 La aplicación del “test de proporcionalidad”, como metodología en el ejercicio discrecional del juez (reconocido por el legislador), tiene sustento constitucional y

¹⁷⁸ ALEINIKOFF, T. Alexander. El derecho constitucional en la era de la ponderación. Lima, Palestra, 2010, pp.74 y 75.

¹⁷⁹ Lo que ha sido reconocido en el derecho constitucional anglosajón de la siguiente manera: “La protección igualitaria ha sido testigo del desarrollo de un nivel intermedio de escrutinio que exige que una ley esté “sustancialmente relacionada” con “intereses gubernamentales importantes”. Este examen se ha aplicado a demandas de discriminación por género y legitimidad, y, por cuatro jueces, a casos de clasificaciones sociales con el propósito de ayudar a los afroamericanos”. ALEINIKOFF, T. Alexander. El derecho constitucional en la era de la ponderación., ob., cit., pp.66 y 67.

¹⁸⁰ Lo anterior, lleva a concluir desde cierta perspectiva a que se piense que el “estilo del discurso jurídico se acercó al de los lugares comunes de la argumentación política o económica cuando el razonamiento jurídico intencionado y las preocupaciones y las preocupaciones por la justicia sustantiva empezaron a prevalecer. Surgen serias dudas sobre la legitimidad de esa manera de tomar las decisiones judiciales. Ofende la libertad política que los jueces no elegidos tengan que tomar decisiones cuya índole no difiere de las que toman las legislaturas”. TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría. Bogotá, Universidad Externado, 2011, p.177.



permite afrontar la crítica según la cual en el “Estado de Bienestar (estadio en el que se encuentra implicado el Estado Social de Derecho como modelo en el cual se encuentra nuestra Nación) había provocado dos cambios esenciales. Primero, se pidió progresivamente a los jueces que aplicaran estándares abiertos como equidad, buena fe, razonabilidad y negación del enriquecimiento injusto”¹⁸¹. Sin duda, esto se aparta de la función judicial tradicional de la “aplicación formal de las normas y se apartaban del idea de un conjunto de normas poseedor de las cualidades de generalidad, igualdad y certeza:

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

El razonamiento intencionado y la justicia no formal también causan problemas al ideal de generalidad. El abogado orientado a la política sostiene que parte de la interpretación de una norma es elegir los medios más eficientes para lograr los fines que se le asignan a ella. Pero como las circunstancias a las que se refieren las decisiones cambian y como la interpretación de quien toma la decisión de los que dispone varía, así también debe suceder con la forma en que él interpreta las normas (...) Por tanto, la noción de áreas estables de derechos y obligaciones individuales, una noción inseparable del ideal del Estado de derecho, se erosionará.

La búsqueda de la justicia sustantiva corrompe la generalidad jurídica en un grado aún mayor. Cuando la gama de desigualdades inadmisibles entre situaciones sociales se amplía, la necesidad de tratamiento individualizado aumenta correspondientemente. Sin importar cómo se defina la justicia sustantiva, ésta solo se puede lograr tratando de manera diferente las diferentes situaciones”¹⁸².

85 Lo anterior, no implica apartarse de la construcción jurisprudencial que a partir de 2001 la Sección Tercera aplica de manera uniforme, al tener como factor para la tasación y liquidación de los perjuicios morales al salario mínimo mensual legal vigente, pero no puede comprenderse agotada en el mismo, sino que para responder al reto de no crear desigualdades entre los diferentes actores sociales que acuden a reclamar la indemnización por concepto de perjuicios morales, se emplea el “test de proporcionalidad” como la metodología con base en la cual cabe tasar y liquidar dichos perjuicios. Se reitera, por lo tanto, que con la determinación del factor de tasación y liquidación simplemente no se logra, aún, la consolidación de criterios objetivos con los que pueda apuntalarse la valoración, tasación y liquidación de los mismos, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad y, a su vez, la ponderación y la razonabilidad con la que debe operar el juez y, no simplemente sustentarse en la denominada “*cierta discrecionalidad*”.

¹⁸¹ TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría., ob., cit., p.175.

¹⁸² TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría., ob., cit., p.176.



86 Así mismo, para la tasación y liquidación 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 las relaciones familiares, afectivas, de cercanía, conocimiento o amistad deponen en la causa, restando objetividad a la determinación de dicha variable, cuya complejidad en una sociedad articulada, plural y heterogénea exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada de los perjuicios morales, sin que se constituya en tarifa judicial o, se pretenda el establecimiento de una tarifa legal. De acuerdo con lo anterior, la Sala empleará como metodología para la tasación y liquidación de los perjuicios morales reconocidos a los hermanos el test de proporcionalidad.

87 En cuanto al fundamento de este test, se encuentra en la aplicación de la proporcionalidad¹⁸³ desde la perspectiva del juicio de igualdad¹⁸⁴, y de la

¹⁸³ “De las funciones que cumple el principio de proporcionalidad en el control constitucional de la legislación y en la tutela de los derechos fundamentales depende en gran parte la efectividad del Estado Social de Derecho, el respeto de la dignidad humana y la inalienabilidad de los derechos de la persona. Es por ello que se hace necesario un manejo adecuado del principio de proporcionalidad, diferenciando su sentido general -como máxima de interpretación que evita el desequilibrio, la desmesura o el exceso en el ejercicio del poder público- de su sentido específico como parte constitutiva del juicio de igualdad. Tal distinción entre un sentido genérico y uno específico con que se usa el concepto de proporcionalidad conduce al problema de los métodos para su aplicación.8.2. Un uso general, no técnico, del concepto de proporcionalidad en el control de constitucionalidad, prescinde de un método para su aplicación. La relación de equilibrio entre dos magnitudes, instituciones, conductas, etc., se establece en forma intuitiva, conectada muchas veces a un juicio de grado. Se afirma, por ejemplo, que un acto es proporcionado, desproporcionado, leve o manifiestamente desproporcionado. La inexistencia de método para establecer el grado a partir del cual dicho acto pierde la proporción hasta el punto de verse afectada su constitucionalidad, conlleva la concentración en el juez de la facultad de decidir discrecionalmente sobre la juridicidad de las actuaciones de otros órganos del poder público. Tal consecuencia no es compatible en un estado democrático de derecho donde los órganos del Estado cumplen funciones separadas. Es por ello que el uso coloquial de la proporcionalidad o desproporcionalidad, en el sentido de exceso o desmesura, requiere ser sustituido por métodos objetivos y controlables que permitan al juez constitucional ejercer su misión de salvaguarda de la Constitución y de los derechos constitucionales, dentro de un marco jurídico respetuoso de las competencias de las demás autoridades públicas, en especial del legislador democrático. La proporcionalidad concebida como principio de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación. Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Los intereses ponderados también se concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante



necesidad ponderar ante la indeterminación, vaguedad y necesidad de una resolver la tensión que pueda representar la tasación y liquidación de los perjuicios morales cuando se pone en juego la tutela de derechos como a la vida, al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad personal (enmarcado dentro del concepto global de dignidad humana), y el respeto del derecho a la reparación, que no puede resolverse, como se pretende en muchas ocasiones, por medio de la lógica de la subsunción¹⁸⁵, sino que debe trascenderse, como se busca con el test de proporcionalidad, que el juez contencioso administrativo valore, determine si cabe el sacrificio de principios, con otras palabras que se oriente hacia la ponderación¹⁸⁶ de valores o derechos reconocidos desde la individualidad de cada sujeto, y su dimensionamiento y expresión en el derecho a la reparación, que no es unívoco en su individualidad, sino que exige responder al principio de igualdad.

la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto.

No existe un solo método de ponderación. Se pueden aplicar diferentes formas de ponderar según la materia de que se trate. Por ejemplo, cuando se analiza si una medida policiva es desproporcionada, la comparación se efectúa, generalmente, entre la gravedad de las circunstancias, de un lado, y la magnitud con la cual la medida afecta intereses constitucionalmente protegidos. En el juicio de razonabilidad, cuando éste incluye un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, la comparación se realiza, usualmente, entre los fines y las medidas estatales, de un lado, y la afectación de intereses protegidos por derechos constitucionales. Los métodos de ponderación se distinguen no solo según qué es lo que se sopesa, sino también por los criterios para decidir cuando la desproporción es de tal grado que procede una declaración de inexecutable. No se exige una proporcionalidad perfecta puesto que el legislador no tiene que adecuarse a parámetros ideales de lo que es correcto por no ser excesivo (subrayado fuera de texto). Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

¹⁸⁴ 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

¹⁸⁵ Alexy tiene como principal postulado al darle tratamiento a las decisiones judiciales “es que una resolución o sentencia emitida por un juez no se refiere únicamente a simples operaciones mecánicas lógicas de subsunción, sino que en los casos difíciles implican valoraciones, sacrificios de principios, una necesidad de ponderación de los valores en conflicto”. SOBREVILLA, David: “La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy” en La filosofía del derecho alemana actual de orientación racionalista (Estudios sobre R. Alexy, K. Günther, J. Habermas y O. Höffe), México, Fontamara, 2008, p. 28. LÓPEZ SANCHEZ, Rogelio. “El principio de proporcionalidad como derecho hermenéutico en la justicia constitucional”, en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. N.23, 2011, p.327.

¹⁸⁶ “La ponderación es necesaria debido a cuatro razones fundamentales: a) la vaguedad del lenguaje jurídico; b) la posibilidad de conflictos de normas; c) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe ya una norma vigente, y d) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales”. ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica (La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica), (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 23.



88 Luego, ante la potencial colisión de los derechos señalados que pueda representarse en la tasación y liquidación de los perjuicios morales atendiendo sólo al salario mínimo legal mensual vigente, desprovisto de argumentación jurídica y propiciando una mayor colisión de los mismos, que derive en el quebrantamiento de la igualdad y la justicia¹⁸⁷ es que procede, dentro del arbitrio judicial, el “test de proporcionalidad” para que obre la decisión judicial con la suficiente ponderación. De ahí que en la jurisprudencia constitucional se sostiene:

“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 desproporcionada¹⁸⁸ uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución”¹⁸⁹.

Dicho principio de proporcionalidad debe, por lo tanto, convertirse en el sustento adecuado para la tasación y liquidación ponderada del quantum indemnizatorio del perjuicio moral, respecto de lo que la jurisprudencia constitucional señala:

“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 pecuniariamente¹⁹⁰, con base en criterios como el dolor infligido a las víctimas¹⁹¹, el perjuicio estético causado¹⁹² o el daño a la reputación¹⁹³. 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

¹⁸⁷ LARENZ, Karl. Metodología de la ciencia del derecho, (trad. y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero), Barcelona, Ariel, 1994, p. 400

¹⁸⁸ 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

¹⁸⁹ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

¹⁹⁰ 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

¹⁹¹ 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.”

¹⁹² 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

¹⁹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 3510.



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^{194,195}.

89 El test de proporcionalidad, a su vez, comprende tres sub-principios que son aplicables: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto¹⁹⁶. 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

¹⁹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de 25 de septiembre de 1997, Sección Tercera, Expediente 10.421, CP: Ricardo Hoyos Duque, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 2.000 gramos oro. Sentencia del 19 de julio de 2000, Expediente 11.842, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 4.000 gramos oro

¹⁹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

¹⁹⁶ 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.



convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios que deben obrar en función del principio de idoneidad. Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, y su desdoblamiento, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto.

90 En cuanto a los daños ocasionados como consecuencia de la muerte del soldado Alonso Martínez Gutiérrez en los hechos ocurridos el 30 de agosto de 1996 en la Base Militar de las “Delicias”, tendrá en cuenta la motivación anterior, así como la metodología que ofrece la aplicación del “test de proporcionalidad”.

91 De acuerdo con lo anterior, la tasación y liquidación del perjuicio moral en el presente caso se sujetará a lo que ordinariamente esté demostrado con base en las pruebas allegadas en cada proceso (testimonial, pericial, informes técnicos, etc), a la “presunción de aflicción” (que no es de “iure”) y a los criterios para ponderar la tasación de los perjuicios morales: a) en cuanto a idoneidad cabe observar: el dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad, valoración a la relaciones propias al núcleo familiar (que comprende la convivencia, la cercanía sentimental y el apego), violación de derechos humanos, o de garantías propias al derecho internacional humanitario; b) en cuanto a necesidad cabe observar: el grado de afectación y la estructura de la relación familiar de las víctimas; y, c) en cuanto a la proporcionalidad en estricto sentido, o la ponderación cabe observar: la intensidad del daño (que cabe examinarlo desde la cercanía y la mínima certeza de conocimiento), la aflicción por la vulneración, propiamente dicha, de los derechos humanos comprometidos y las garantías del derecho internacional humanitario

92 En este sentido, se establece la siguiente metodología para determinar el quantum indemnizatorio por concepto de perjuicios morales a favor de los actores:



<p>Supuesto: muerte de miembro de la fuerza pública como consecuencia de ataque armado de grupo insurgente.</p>	<p>a) en cuanto a idoneidad cabe observar: el dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad, valoración a la relaciones propias al núcleo familiar (que comprende la convivencia, la cercanía sentimental y el apego), violación de derechos humanos, o de garantías propias al derecho internacional humanitario; b) en cuanto a necesidad cabe observar: el grado de afectación y la estructura de la relación familiar de las víctimas; y, c) en cuanto a la proporcionalidad en estricto sentido, o la ponderación cabe observar: la intensidad del daño (que cabe examinarlo desde la cercanía y la mínima certeza de conocimiento), la aflicción por la vulneración, propiamente dicha, de los derechos humanos comprometidos y las garantías del derecho internacional humanitario</p>
<p>Núcleo familiar inmediato</p>	<p>10 a 100 SMMLV</p>
<p>Otros familiares</p>	<p>5 a 40 SMMLV</p>

93 En el caso que se encuentren reunidos los anteriores criterios, ya que se admite no sólo por la jurisprudencia de la Sala, sino también por la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que “en el caso de los padres, se admite la presunción de que los padres han sufrido moralmente la muerte cruel de sus hijos, pues <es propio de la naturaleza human que toda persona experimente dolor ante el suplicio de su hijo>”¹⁹⁷. Lo anterior cambia respecto de otros familiares que no haciendo parte del núcleo familiar reclaman haber sufrido perjuicios morales, frente a los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que deben acreditar los mismos, en los siguientes términos:

“Cuando es a la víctima directa o a sus sucesores a los que se les debe resarcir el daño moral no existe duda de que la prueba del daño es evidente. El asunto toma otro cariz cuando no es a los sucesores de la víctima a los que se les debe indemnizar, sino a dependientes no declarados sucesores. En este último caso sí debe demostrarse el daño moral”¹⁹⁸.

94 En cuanto a la muerte de Alonso Martínez Gutiérrez, la tasación se hará conforme a la intensidad, necesidad y proporcionalidad que representa moralmente la angustia, la tristeza y la aflicción **la muerte violenta del soldado para sus familiares (padres y hermanos)**. De acuerdo con lo anterior, los perjuicios morales quedarán tasados para los actores de la siguiente manera:

¹⁹⁷ RODRIGUEZ RESCIA, Víctor M. “Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de derechos humanos”, en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. V.23, enero-junio, 1996, p.147.

¹⁹⁸ RODRIGUEZ RESCIA, Víctor M. “Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de derechos humanos”, en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos., ob., cit., p.147.



Indemnizado	Equivalente en salarios mínimos legales mensuales vigente	Equivalente en moneda de curso legal colombiana
José Rufino Martínez Cangrejo (padre)	100 smlmv	\$56.667.000.00
Mercedes Gutiérrez (madre)	100 smlmv	\$56.667.000.00
Otoniel Martínez Gutiérrez	10 smlmv	\$5.667.000.00
John Jairo Martínez Gutiérrez	10 smlmv	\$5.667.000.00
Gladys Martínez Gutiérrez	10 smlmv	\$5.667.000.00
José Fernando Martínez Gutiérrez	10 smlmv	\$5.667.000.00
María Engracia Martínez Gutiérrez	10 smlmv	\$5.667.000.00

9.2. Perjuicios materiales

95 En primer lugar, en la demanda se solicitó la indemnización por concepto de lucro cesante, y como se trata de un soldado conscripto, la Sala decretará la indemnización a título de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, las sumas de dinero que Alonso Martínez Gutiérrez dejó de percibir durante el período comprendido entre la fecha en que terminaba la prestación del servicio militar obligatorio y la fecha de la sentencia¹⁹⁹. En ese sentido el precedente de la Sala señala:

“Se reconocerán perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, a favor de los padres de la víctima porque está demostrado que residía con éstos y contribuía a los gastos del hogar. Aunque la jurisprudencia de la Corporación ha entendido que el hijo soltero contribuye al sostenimiento de su casa materna hasta la edad de 25 años, pues se presume que a partir de la misma forma su propio hogar, “realidad que normalmente impide atender las necesidades económicas de otros frentes familiares”, esa presunción puede ser desvirtuada cuando ha existido certeza de que el hijo prestaba auxilio económico a sus padres y se han encontrado reunidos otros elementos indiciarios como la vida modesta de la familia o “la voluntad reiterada, por actos sucesivos, de asumir el auxilio económico” y particularmente, cuando el hijo no había formado su propia familia y continuaba en la casa paterna. La liquidación se realizará por el tiempo de vida probable de los padres, sin que exceda el tiempo reconocido en la sentencia para no hacer más gravosa la situación de la entidad”²⁰⁰.

96 La parte actora solicitó en el escrito de demanda el pago de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante consolidado y futuro a favor de JOSÉ RUFINO MARTÍNEZ CANGREJO y MERCEDES GUTIÉRREZ, padres del causante.

¹⁹⁹ Puede verse el precedente de la Sala, sentencia de 26 de marzo de 2008. Exp.16530.

²⁰⁰ Sección Tercera, sentencia de 20 febrero de 2003. Exp.14515.



Toda vez que en el proceso no se demostraron los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, la Sala se ocupará exclusivamente de analizar, de acuerdo con los elementos allegados al proceso el reconocimiento de la indemnización de perjuicios correspondientes al rubro de lucro cesante.

Para tal efecto, se liquidará a favor de cada uno de los padres del causante el perjuicio de lucro cesante consolidado por el ingreso que dejó de percibir desde la fecha en que ocurrió la muerte del mismo hasta la edad en que hubiera cumplido los 25 años, ya que

“(…) Aunque la jurisprudencia de la Corporación ha entendido que el hijo soltero contribuye al sostenimiento de su casa materna hasta la edad de 25 años, pues se presume que a partir de la misma forma su propio hogar, “realidad que normalmente impide atender las necesidades económicas de otros frentes familiares”, esa presunción puede ser desvirtuada cuando ha existido certeza de que el hijo prestaba auxilio económico a sus padres y se han encontrado reunidos otros elementos indiciarios como la vida modesta de la familia o “la voluntad reiterada, por actos sucesivos, de asumir el auxilio económico” y particularmente, cuando el hijo no había formado su propia familia y continuaba en la casa paterna.”²⁰¹

Teniendo en cuenta que existe prueba que demuestra que el señor ALONSO MARTÍNEZ GUTIÉRREZ era soldado orgánico del Batallón del Selva No. 49 “JUAN BAUTISTA SOLARTE OBANDO”, integrante del sexto contingente de 1.995 y que para el día 30 de agosto del año 1996 era orgánico de dicha unidad como fusilero en la base Militar de las Delicias, cuya fecha de ingreso al Ejército fue el día 20 de diciembre de 1.995, (fl. 206 c.1), pero no se conoce lo que devengaba en el momento de su muerte, en aras del principio de equidad y atendiendo a las reglas de la experiencia, toda persona laboralmente activa no puede devengar menos del salario mensual legal vigente. Por lo tanto, se actualizará el valor del salario mínimo de la época de los hechos (1996) para así comparar éste con el actual y determinar cuál de los dos valores se acoge para efectos de la liquidación²⁰².

Como el valor actualizado es inferior al valor del salario mínimo legal vigente, se tomará éste último (\$566.700,00)²⁰³ al cual se le adiciona un 25% (\$141.675,00) por concepto de prestaciones sociales y se descontará un 25% (\$177.093,00)

²⁰¹ Sección Tercera, sentencia de 20 febrero de 2003, expediente 14515.

²⁰² El valor del salario mínimo legal mensual del año 1996 equivalía a \$142.145, que actualizándolo: IPC final (julio/2011 (108,05) / IPC inicial (agosto1996 (36.56) = \$420.038. Esta posición fue reiterada en sentencias del 25 de mayo de 2011, expediente: 15838 y 8 de julio de 2011, expediente 19772.

²⁰³ Modificado por el Decreto 033 de 2011



correspondiente al rubro que destinaba el joven Martínez Gutiérrez para su propia subsistencia, obteniéndose como resultado el valor de \$531.282,00. Adicionalmente, esa suma se dividirá entre dos con el fin de establecer el salario base de liquidación para cada uno de los padres beneficiarios, entendiéndose que el 100% se debe distribuir en un 50% para cada uno de ellos. Luego, la renta actualizada con base en la cual se establecerá la indemnización para cada uno de los padres será de \$265.641.

- **El periodo consolidado** inicia desde la fecha de los hechos (30 de agosto de 1996) hasta la fecha en que el señor Alonso Martínez Gutiérrez cumplía 25 años. El causante había nacido el 22 de enero de 1976 (fl. 27 c.1), por lo que para la época de los hechos tenía 20 años y 7 meses. Con base en lo anterior, el joven Martínez Gutiérrez habría cumplido 25 años el día 22 de enero de 2001. El período indemnizable por lo tanto es de 52.76 meses. (ajustar)
- Ra: \$265.641.
- I. final = IPC correspondiente al mes de la liquidación, último conocido, junio de 2012 (111,35)
- I. inicial = IPC que corresponde al mes en que se causó el daño. Agosto de 1996 (36.56)

i) Lucro cesante consolidado a favor de José Rufino Martínez Cangrejo

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

$$S = \$251.062.50 \frac{(1 + 0.004867)^{52.76} - 1}{0.004867} = \$ 15.060.629,18$$

ii) Lucro cesante consolidado a favor de Mercedes Gutiérrez

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

$$S = \$265.641 \frac{(1 + 0.004867)^{52.76} - 1}{0.004867} = \$15.060.629,18$$



TOTAL DE LUCRO CESANTE: \$30.121.258.36 (ajustar)

De acuerdo a lo anterior, la indemnización total por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante equivale a \$30.121.258.00.

9.3. De la reparación integral y las medidas no pecuniarias.

97 La Sala en aplicación del principio de reparación integral, y a lo consagrado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, ordenará medidas no pecuniarias, 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 **al derecho internacional humanitario y a los derechos humanos**, como se desprende de la muerte **violenta del soldado Alonso Martínez Gutiérrez ocurrida el 30 de agosto de 1996 en la cuenta toma de la Base Militar de “Las Delicia” por un grupo armado insurgente (FARC)**. En el precedente de la Sala se sostiene:

“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, consecuencialmente, 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 disposiciones²⁰⁴.

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 perjuicio²⁰⁵.”

98 En reciente precedente de la Sala²⁰⁶, con ocasión de una condena impuesta al Ejército Nacional por la muerte de dos personas perpetrada por personal adscrito

²⁰⁴ Sección Tercera, 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

²⁰⁵ Sección Tercera, sentencias de 8 de junio de 2011. Exp.19972; de 8 de junio de 2011. Exp.19973.

²⁰⁶ Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2007, expediente 29.273, M.P. Enrique Gil Botero. Pueden consultarse, asimismo, las siguientes providencias: sentencia de 20 de febrero de 2008, expediente 16.996; sentencia de 28 de enero de 2009, expediente 30.340; sentencia de 11 de noviembre de 2009, expediente 35.529, todas con ponencia del doctor Enrique Gil Botero.



a dicha Institución, en hechos ocurridos el 22 de octubre de 1997, en el Municipio de Ituango, Departamento de Antioquia, se pronunció sobre la responsabilidad e indemnización de los Estados en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, su complementariedad con la indemnización en la Jurisdicción Contencioso Administrativa a nivel interno, así como el contenido y alcance del principio de “reparación integral” en el derecho interno colombiano:

“El Estado colombiano adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos mediante Ley 16 de 1972, y aceptó la competencia de la Corte a partir del 21 de julio de 1985; por tal razón, al ratificar este instrumento internacional y al aceptar la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado colombiano se obligó de forma voluntaria a acatar las decisiones de dicho tribunal, en los casos que resulte comprometida su responsabilidad (...) Por ser ésta una jurisdicción eminentemente subsidiaria, la responsabilidad estatal, bajo el sistema interamericano, sólo puede ser exigida, a nivel internacional, luego de que el Estado haya tenido la oportunidad de investigar, sancionar y reparar una presunta violación de derechos humanos con los recursos de su jurisdicción interna (...) Para que la Corte Interamericana pueda conocer de un caso de violación a los derechos humanos, necesariamente se tiene que haber tramitado de manera previa, el procedimiento ante la Comisión Interamericana, y se debe haber agotado una serie de requisitos, entre los que se encuentran: La materia o el asunto, debe versar sobre hechos que constituyan una trasgresión de los derechos humanos consagrados en alguno de los instrumentos que hacen parte del sistema interamericano, y que le atribuyan esa competencia a la Comisión Interamericana. Deben haber sido agotados los recursos contemplados en la jurisdicción interna, salvo las excepciones contempladas en la Convención Americana. La petición deberá ser presentada dentro de los seis meses siguientes al agotamiento de los recursos internos.

En cuanto a la imputación de responsabilidad internacional de un Estado dentro del sistema interamericano, la Corte señala que las infracciones a la Convención no pueden ser juzgadas con aplicación de reglas que tengan en cuenta elementos de naturaleza psicológica, orientados a calificar la culpabilidad individual de sus autores. A efectos de este análisis, señala la Corte que, “la tesis de responsabilidad objetiva es la que más contribuye a asegurar la efectividad de un tratado de derechos humanos y la realización de su objeto y propósito.” En ese contexto, la Corte Interamericana al atribuir la responsabilidad internacional a un Estado en particular, examina si ha existido alguna conducta que se constituya como violatoria de alguna obligación internacional, bien sea por acción u omisión, siempre que, en términos de la Convención Americana se haya faltado a los deberes de respeto y garantía, o cuando aquel Estado no ha adoptado la supresión de normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a lo previsto en la Convención Americana o también como consecuencia de la no expedición de normas y el no desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Así las cosas, se podría inferir que, en materia de responsabilidad en el sistema interamericano de derechos humanos, la Corte Interamericana, si bien manifiesta aplicar el régimen objetivo de responsabilidad, lo cierto es que a la luz de nuestra tradición jurídica, este tipo de imputación encuadraría en el régimen subjetivo, denominado por la jurisprudencia Colombiana como la falla o falta en el servicio, la cual consiste en el incumplimiento de una obligación a cargo del Estado.

En cuanto a las similitudes, diferencias y limitaciones en los regímenes de responsabilidad por violación a los Derechos Humanos que se establecen en la



jurisdicción contencioso administrativa colombiana a través de la acción de reparación directa, y a las que se realizan en el sistema interamericano, las mismas, han sido objeto de estudio por parte de la Corte Interamericana en el caso de la masacre de Ituango contra el Estado Colombiano. Sin perjuicio de lo anterior, en el sistema interamericano de derechos humanos, se busca determinar principalmente, si en los casos sometidos a su conocimiento existió o no responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana sobre las personas sujetas a su jurisdicción, y que como consecuencia de ello, se ordene una reparación integral y adecuada en el marco de la Convención, que contenga las medidas tendientes a garantizar la rehabilitación, la satisfacción, y las garantías de no repetición. Por su parte, en el ordenamiento jurídico colombiano, una de las finalidades principales de la jurisdicción contencioso administrativa, a través de la acción de reparación directa es, precisamente, la de otorgar la correspondiente indemnización de perjuicios, producidos como consecuencia de un daño antijurídico imputable al Estado, que sin duda se puede referir a un derecho consagrado en la Convención.

En cuanto a las modalidades de reparación en el sistema interamericano, como se mencionó antes, las mismas pueden ser pecuniarias y no pecuniarias e incluyen: La restitución o restitutio in integrum, es el restablecimiento de las cosas a su estado normal o anterior a la violación, producto del ilícito internacional, es la forma perfecta de reparación, y que sólo en la medida en que dicha restitución no resulte accesible procede acordar otras medidas reparatorias. La indemnización por los perjuicios materiales sufridos por las víctimas de un caso en particular, comprende el daño material (daño emergente, lucro cesante) y el daño inmaterial. Rehabilitación, comprende la financiación de la atención médica y psicológica o siquiátrica o de los servicios sociales, jurídicos o de otra índole. Satisfacción, son medidas morales de carácter simbólico y colectivo, que comprende los perjuicios no materiales, como por ejemplo, el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, actos conmemorativos, bautizos de vías públicas, monumentos, etc. Garantías de no repetición, son aquellas medidas idóneas, de carácter administrativo legislativo o judicial, tendientes a que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones a su dignidad, entre las cuales cabe mencionar aquellas encaminadas a disolver los grupos armados al margen de la ley, y la derogación de leyes, entre otras”.

99 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 **vulneradora** ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta



medidas simbólicas, conmemorativas de rehabilitación, o de no repetición, ello no implica en manera alguna que no se repare íntegramente el perjuicio.

En el precedente jurisprudencial constitucional la reparación integral se entiende como un derecho cuya comprensión en clave de derecho internacional implica:

“El derecho de reparación, conforme al derecho internacional contemporáneo también presenta una dimensión individual y otra colectiva. Desde su dimensión individual abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, y comprende la adopción de medidas individuales relativas al derecho de (i) restitución, (ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv) satisfacción y (v) garantía de no repetición”²⁰⁷.

En el precedente de la Sala se ha precisado que el principio de la reparación integral representa que el:

“(…) Estado colombiano reconoce claramente el derecho que le asiste a toda persona a deprecar, de parte de la organización pública, o de cualquier particular que haya ocasionado una determinada lesión a la persona o a cosas, la correspondiente reparación integral del perjuicio, la cual deberá garantizarse en términos de equidad. En esa perspectiva, el Estado a nivel interno, se ve claramente comprometido a verificar la reparación integral de los daños que padezcan los asociados, principio del derecho resarcitorio que se ve igualmente reflejado en el ámbito internacional. Por lo tanto, la coexistencia del principio general del derecho referido a la “reparación integral del daño”, debe ser objeto de estudio, con el fin de determinar cuál es el alcance de este postulado normativo en el marco internacional, específicamente, en el relativo al Sistema Interamericano de Derechos Humanos -de ahora en adelante “SIDH”-, y cómo se proyecta en el contexto del derecho interno colombiano. Corresponderá, por consiguiente, definir a partir de este paralelo, ¿cuál debe ser el papel del Juez de lo Contencioso Administrativo en la aplicación de dichos axiomas?; ¿cómo debe armonizar el principio de “reparación integral” en el ámbito interno?, y ¿qué tanta influencia y fuerza vinculante proyecta en el derecho nacional este canon reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos? Es necesario, por lo tanto, abordar el estudio de la aplicación concreta del principio de reparación integral en el ordenamiento jurídico interno, así como la forma en la cual el mismo se relaciona y desarrolla a partir del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, específicamente a partir del concepto de resarcimiento del daño. Toda reparación parte de la necesidad de verificar la materialización de una lesión a un bien jurídico tutelado, o de una violación a un derecho o a un interés legítimo que, consecuentemente, implica la concreción de un daño que, igualmente, debe ser valorado como antijurídico, en la medida en que quien lo sufre no está obligado a soportarlo, como quiera que el ordenamiento jurídico no se lo impone”²⁰⁸.

Dicho principio, desde la perspectiva de los derechos humanos exige, siguiendo el precedente de la Sala:

“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

²⁰⁷ Corte Constitucional, sentencia C-454 de 2006.

²⁰⁸ Sentencia de 20 de febrero de 2008. Exp.16996.



deber ser reparado íntegramente, dicha situación no supone la adopción de medidas de justicia restaurativa. Como se aprecia, en la primera hipótesis, se enfrenta a una situación en la cual el operador judicial interno, dentro del marco de sus competencias, debe establecer a cabalidad 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 del perjuicio y de la estructura del derecho trasgredido, para que constatada la imposibilidad de efectuar en toda su dimensión la misma, pueda abordar entonces medios adicionales de reparación como la rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición y, adicionalmente el restablecimiento simbólico, entre otros aspectos. En otros términos, cuando se habla del análisis de hechos relacionados con la violación de derechos humanos, según los parámetros normativos y descriptivos contenidos en los preceptos de la Carta Política y en las normas internacionales que regulan la materia, el juez de lo contencioso administrativo no debe estar limitado por su función principal, es decir, la de establecer y decretar el resarcimiento económico de un perjuicio cuya valoración económica y técnica es posible en términos actuariales, sino que debe ir mucho más allá, con el fin de que el principio de reparación integral se vea claramente materializado, para lo cual debe aplicar el conjunto de normas que le brindan suficientes instrumentos dirigidos a que se pueda materializar un efectivo restablecimiento integral del daño. Debe colegirse, por lo tanto, que el principio de reparación integral, entendido éste como aquel precepto que orienta el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo, debe ser interpretado y aplicado de conformidad con el tipo de daño producido, es decir, bien que se trate de uno derivado de la violación a un derecho humano, según el reconocimiento positivo del orden nacional e internacional o que se refiera a la lesión de un bien o interés jurídico que no se relaciona con el sistema de derechos humanos (DDHH). 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 nacional e internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del statu quo, motivo por el cual se adoptan una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que propenden por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos, máxime si se tiene en cuenta que tales vulneraciones, tienen origen en delitos o crímenes que son tipificados como de lesa humanidad. La anterior conclusión se impone, a todas luces, como quiera que, en estos eventos, el reconocimiento de una indemnización económica con miras al cubrimiento de un determinado perjuicio o detrimento, en modo alguno puede catalogarse como suficiente, toda vez que la persona o conglomerado social ven afectado un derecho que, en la mayoría de los casos, es de aquellos que pertenecen a la primera generación de derechos humanos y, por lo tanto, por regla general, se ven cercenadas garantías de naturaleza fundamental, sin las cuales la existencia del ser humano no es plena. En esa dirección, el juez de lo contencioso administrativo debe asumir una posición dinámica frente a las nuevas exigencias que le traza el ordenamiento jurídico interno, así como el internacional, toda vez que, la protección de los derechos humanos se ha convertido en un aspecto de regulación positiva que ha desbordado las barreras que, tradicionalmente habían sido fijadas por los Estados en su defensa acérrima del principio de soberanía nacional. Este nuevo cambio de paradigma, en el cual el sujeto y la sociedad son el eje fundamental del Estado (social y democrático de derecho), hacen que todo el ordenamiento jurídico internacional, tenga directo interés en la materialización real y efectiva de los derechos y garantías de los cuales es titular el ser humano. 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. Lo anterior, por cuanto en estos eventos el daño antijurídico, no supone la afectación personal de un derecho o una garantía relacionada con el núcleo esencial del ser humano y con su posibilidad de vivir e interrelacionarse en términos de respeto absoluto a la dignidad del individuo, sino que tiene su fundamento en el aminoramiento patrimonial padecido”²⁰⁹.

100 Con el objeto de corresponderse con el principio de reparación integral, la Sala conforme a los fundamentos del precedente jurisprudencial interamericano de Derechos Humanos, fijará una serie de medidas, **que** serán sólo aplicables para especiales casos que como la toma de Las Delicias, representan un evento de grave e indiscutible violación del **derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, en calidad de ciudadano-soldado, que se produjo en cabeza de Alonso Martínez Gutiérrez** (fallecido), sufrió por el incumplimiento del deber positivo (objetivo) del Estado en atender protección de la vida e integridad personal de sus propios uniformados²¹⁰.

101 En ese sentido, la Sala considera procedente ordenar 1) la publicación de la presente sentencia, por un término de seis (6) meses, contados a partir de la notificación de la misma, de la parte resolutive de la misma en todos los Comandos, Batallones, Bases Militares de la República de Colombia, en el Diario Oficial, en un diario de circulación nacional, en el canal institucional de televisión y se difundirá en el medio radial del Ejército; 2) la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad en la que participe el Ministro de Defensa, El Comandante de las Fuerzas Militares y el Comandante del Ejército Nacional; 3) el Ministro de la Defensa deberá formular una política dirigida a corregir los fallos cometidos en esta Base Militar de las “Delicias” (que debe realizarse de manera conjunta y en sólo acto conforme a las decisiones judiciales que en este mismo sentido han sido proferidas); 4) proveer a la familia del causante de un tratamiento

²⁰⁹ Sentencia de 20 de febrero de 2008. Exp.16996.

²¹⁰ Como se señaló en el precedente de la Sala (providencia proferida por este despacho) sentencia de 25 de mayo de 2011. Expedientes: 15838, 18075 y 25212 acumulados. No debe olvidarse, como señala el precedente constitucional: “En este orden de ideas, las fuerzas militares, así como la Policía Nacional, tienen una posición de garante derivada de su obligación de cumplir deberes irrenunciables en un Estado social de derecho. El artículo 217 de la Constitución dispone que es función de las fuerzas militares garantizar el orden constitucional. Dicho orden no se limita a preservar la estructura democrática del país, sino que comprende el deber de participar activa y eficazmente (C.P. art. 209) en la defensa de los derechos constitucionales de los asociados. Tales derechos constituyen los bienes respecto de los cuales el Estado tiene el deber –irrenunciable- de proteger”. Corte Constitucional. Sentencia SU-1184 de 2001.



psicológico, que permita su reinserción social y la superación de las huellas de la guerra; 5) por la Secretaría de la Sección Tercera se remitirá copia de esta sentencia a la Dirección de Archivo de los Derechos Humanos, del Centro de Memoria Histórica, para repose como manifestación de las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario por parte del grupo armado insurgente FARC; 6) con el fin de dar cumplimiento al artículo 7.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se ordenará que la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación y a la Justicia Penal Militar informe al país, en un término improrrogable de 30 días calendario, acerca de los resultados de las investigaciones acerca de los actos u omisiones de las personas que para la época de los hechos hubieran participado activa o pasivamente en las decisiones y mando relativas a la Base Militar de las “Delicias”, en atención a la vulneración de los derechos humanos de la víctima²¹¹; 7) en atención a las violaciones al derecho internacional humanitario y al derecho internacional de los derechos humanos se solicitará, si lo considera pertinente, que **la Defensoría del Pueblo, con acompañamiento de organismos internacionales, elabore un informe especial** acerca las violaciones cometidas al derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario por parte del grupo armado insurgente FARC, en los hechos ocurridos el 30 de agosto de 1996, y una vez sea rendido ponerlo a disposición de la opinión pública sus resultados, por todos los canales institucionales y medios comunicación nacionales; y, 8) para honrar la memoria del soldado Martínez Gutiérrez y los compañeros fallecidos en la toma de la Base Militar de las “Delicias”, el Ministerio de Defensa deberá levantar un monumento en honor a los caídos en dicha toma que estará en la ciudad de Bogotá D.C. De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar al despacho informes del cumplimiento de lo aquí ordenado como medidas de reparación no pecuniarias, dentro de los cuarenta y cinco días (45) siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

Estas medidas de satisfacción se establecen en el marco del respeto y límites jurisdiccionales y competenciales, con lo que se respeta el precedente jurisprudencial constitucional en materia de juez natural según el cual:

²¹¹ Como se señaló en el precedente de la Sala (providencia proferida por este despacho) sentencia de 25 de mayo de 2011. Expedientes: 15838, 18075 y 25212 acumulados.



“El derecho al juez natural constituye una de las garantías básicas que, junto al complejo del derecho de defensa y el principio de legalidad, definen el debido proceso. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional²¹², el derecho en cuestión se encuentra consagrado en la Carta en el artículo 29, al disponer que “nadie podrá ser juzgado sino... ante juez o tribunal competente”. Dicho texto normativo, si bien enuncia la idea básica que subyace en el derecho al juez natural, no contiene en su integridad el contenido normativo del derecho, ni mucho menos define su núcleo esencial.

Según la jurisprudencia de esta Corporación, el juez natural es aquel a quien la Constitución y la ley le han asignado competencia para conocer cierto asunto²¹³. Con ello, la Corte no ha hecho más que reiterar lo dispuesto en el texto normativo anterior. La exigencia de que se haya asignado normativamente competencia no es suficiente para definir el concepto de juez natural, pues como lo subrayó esta Corporación en la sentencia C-208 de 1993²¹⁴, el derecho en cuestión exige además que no se altere “la naturaleza de funcionario judicial” y que no se establezcan jueces o tribunales ad-hoc. Ello implica que es consustancial al juez natural que previamente se definan quienes son los jueces competentes, que estos tengan carácter institucional y que una vez asignada –debidamente- competencia para conocer un caso específico, no les sea revocable el conocimiento del caso, salvo que se trate de modificaciones de competencias al interior de una institución.

Por otra parte, en sentencia C-392 de 2000²¹⁵, al pronunciarse sobre la creación de jueces especializados del circuito para conocer de delitos que anteriormente eran competencia de los jueces regionales, se indicó:

“No es posible en consecuencia la existencia de una jurisdicción especial para que a través de ella se ejerza la función punitiva del Estado, pues ello pugna con la concepción del Estado Social Democrático de Derecho que sólo admite que el juzgamiento de las conductas tipificadas como delitos por el juzgador han de ser juzgadas de manera permanente por los funcionarios y órganos que integran la jurisdicción ordinaria, con el fin de asegurar plenamente, el derecho fundamental al debido proceso, el cual comprende la garantía del juzgamiento por el juez natural; es decir, la existencia de órganos judiciales permanentes preestablecidos por la ley a los cuales deben tener acceso todas las personas, en los términos de los arts. 29 y 229 de la Constitución, y así mismo la aplicación concreta del principio de igualdad. En virtud de este principio se garantiza a todos los justiciables el acceso a unos mismos jueces, eliminando toda suerte de privilegios o discriminaciones, y se excluye naturalmente el juzgamiento de algunas personas por jueces pertenecientes a una jurisdicción especial.”

De esta providencia se desprende que, además de los caracteres anotados, se exige un tratamiento igualitario de los procesos de competencia de tales jueces, de manera que “se excluye naturalmente el juzgamiento de algunas personas por jueces pertenecientes a una jurisdicción especial”. Ello, claramente, implica la introducción de consideraciones igualitarias –como principio-, dentro de la definición del derecho al juez natural.

Este análisis, empero, no permite distinguir los ámbitos claramente constitucionales de aquellos que corresponde definir al legislador. Distinción que resulta necesaria por el hecho de que aún en esta materia y a pesar de la amplia libertad de configuración normativa por parte del legislador, las normas legales deben estar sujetas a control constitucional.

9. La Corte había abordado esta problemática en la sentencia C-111 de 2000²¹⁶, en la que estudió la exequibilidad del artículo 1 de la Ley 362 de 1997, que le asignaba a los jueces laborales la competencia para conocer de todo conflicto jurídico relativo a

²¹² Sentencia C-111 de 2000 M.P. Alvaro Tafur Gálvis

²¹³ Sentencias C-444 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-111 de 2000.

²¹⁴ M.P. Hernando Herrera Vergara

²¹⁵ M.P. Antonio Barrera Carbonell

²¹⁶ M.P. Alvaro Tafur Gálvis.



asuntos de seguridad social, con independencia de que una de las partes fuese una entidad pública. En aquella oportunidad sostuvo que la configuración constitucional de la jurisdicción contenciosa administrativa se restringe a asignarle ciertas competencias reducidas, de suerte que queda en manos del legislador distribuir competencias entre los distintos jueces.

Lo anterior, sin embargo, no resuelve el punto, pues no habría criterio alguno para determinar si la asignación resulta constitucionalmente admisible y, además, hace imposible definir el núcleo esencial del derecho en cuestión. En la sentencia C-392 de 2000 se resolvió en buena medida este punto. En aquella ocasión la Corte señaló que “la Constitución sólo admite la existencia de la jurisdicción ordinaria y de jurisdicciones especiales como la contenciosa administrativa, la constitucional, la disciplinaria, la de paz, y la de las comunidades indígenas, como se deduce del Título VIII de la Constitución.”

Para apreciar el alcance de esta afirmación ha de tenerse presente la sentencia C-728 de 2000²¹⁷. Al estudiar la constitucionalidad del numeral 13 del artículo 41 de la Ley 200 de 1995, en que se establecía que era falta disciplinaria el incumplimiento de ciertas obligaciones jurídicas, se encontró exequible la disposición bajo el entendido de que la declaración de que se habían incumplido las obligaciones emanase de una decisión judicial. El siguiente fue el razonamiento de la Corte:

“esta Corporación sí considera que debe hacerse una claridad acerca de la misma [se refiere a la norma demandada]. En el precepto se prohíbe el reiterado e injustificado incumplimiento de las obligaciones legales y la violación de esa prohibición puede dar lugar a una sanción. Pues bien, le asiste razón al demandante cuando se pregunta acerca de quién debe ser el que califique si el servidor público ha incurrido en incumplimiento. La Corte considera que mal puede ser la autoridad disciplinaria la que se encargue de determinar esta situación. Ello sí constituiría una vulneración de los principios del juez natural y del debido proceso. Solamente los jueces pueden determinar si una persona ha irrespetado sus compromisos legales, y para llegar a esa conclusión deben adelantar un proceso legal, en el cual se brinde al demandado el derecho de ejercer su defensa y presentar los recursos que considere pertinentes.” (Negrillas fuera del texto)

De esta decisión se desprende claramente que el derecho al juez natural comprende, además, el derecho a que únicamente (en realidad, es preferentemente) sean los jueces quienes dicten²¹⁸ el derecho. Dicha restricción, responde a la división de las ramas del poder público, y tiene traducción positiva en el derecho constitucional a acceder a la justicia. Sobre el particular resulta excepcionalmente ilustrativa la sentencia T-268 de 1996²¹⁹, en la que la Corte señaló que constituye violación del derecho a acceder a la justicia el hecho de que una organización sancione o prohíba la iniciación de acciones judiciales en su contra²²⁰.

De las consideraciones expuestas se desprende que el derecho al juez natural comprende entre otros, el derecho a acceder a la jurisdicción ordinaria y, en los casos autorizados por la Constitución, a las jurisdicciones especiales. Es decir, la jurisdicción ordinaria constituye la jurisdicción común para todos los asociados y, salvo que norma expresa indique lo contrario, todo asunto será de su competencia.

Tratándose, por lo tanto, de una jurisdicción común (el fuero común de todos los colombianos), la competencia de las otras jurisdicciones debe interpretarse de manera restringida, por tratarse de una excepción a la regla general de competencia. No sobra mencionar, antes de ahondar en este punto, que dicha interpretación restringida tiene varios matices, pues los eventuales conflictos entre las jurisdicciones

²¹⁷ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

²¹⁸ Ver sentencia C-111 de 2000

²¹⁹ M.P. Antonio Barrera Carbonell. Se trata de la tutela interpuesta por una persona afiliada a una Cooperativa contra la cooperativa, por cuanto le fue iniciado proceso disciplinario como consecuencia de haber iniciado acciones judiciales en contra de la entidad, desconociendo los estatutos internos que exigían un trámite interno o conciliatorio previo.

²²⁰ En igual sentido T-544 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.



especiales –definidos constitucionalmente- no pueden resolverse siempre remitiendo los asuntos a la jurisdicción ordinaria. Así mismo, ha de tenerse en cuenta que si bien la Corte, como se verá más adelante, ha entendido de manera restrictiva su competencia, debe observarse que la competencia de la Corte Constitucional, sea en ejercicio de sus facultades de revisión o del ejercicio del control abstracto de las leyes, se vincula directamente con la “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución” (C.P. art. 241), lo que implica que se trata de una “meta-jurisdicción” y verdadero órgano de cierre del sistema, cuya competencia, aunque está mediada normativamente (C.P. art. 241), no puede interpretarse en el sentido de hacer nugatoria su función de guarda de la Carta Magna.

En cuanto al carácter restringido de la competencia de las jurisdicciones especiales pueden tenerse en cuenta la sentencia C-111 de 2000, antes mencionada, que no otorga una competencia natural a la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer de los litigios entre particulares y entidades públicas, sino que define como único ámbito natural (constitucional) la declaración de nulidad (reservada, además, al Consejo de Estado) y la facultad de suspender los efectos de los actos administrativos. Nótese que, en lo que a la justicia ordinaria respecta, la Carta no define contenido alguno.

De otra parte, en la sentencia C-179 de 1994²²¹, relativa a la ley estatutaria de estados de excepción, la Corporación subrayó que la Constitución no autorizó a la Corte para decretar la suspensión provisional de las medidas dictadas bajo los estados de excepción, sino que debía limitarse a adoptar decisiones definitivas. Finalmente, cabe observar que la acción de tutela (C.P. art. 86) tiene carácter subsidiario, lo que implica que la solución ordinaria de los asuntos, aún los de protección de los derechos fundamentales, está en manos de otras jurisdicciones.

Así las cosas, puede entenderse que el derecho al juez natural comprende el derecho a acudir a la jurisdicción ordinaria para que resuelva los conflictos jurídicos dentro de la sociedad. En este sentido pues, la competencia de las jurisdicciones especiales será restringida a aquellos casos en los cuales la Constitución lo autoriza. Se trata, entonces, de unas competencias restringidas. De ahí que deba existir el mayor grado de certeza posible sobre la debida solución de un conflicto de competencias.

De lo expuesto se puede concluir que existirá violación del juez natural cuando (i) se desconoce la regla general de competencia para la investigación de delitos fijada en la Constitución, como ocurre con la Fiscalía General de la Nación; las excepciones a este principio están expresamente señaladas en la Carta; (ii), cuando se violan prohibiciones constitucionales, como aquella que proscribía el juzgamiento de civiles por militares o el juzgamiento de hechos punibles por parte de autoridades administrativas; (iii) cuando no se investiga por jurisdicciones especiales definidas en la Carta, como sería el caso de indígenas o menores; (iv) cuando se desconoce el fuero constitucional (y el legal); (v) cuando se realizan juicios ex-post con tribunales ad-hoc; y, (vi) cuando se desconoce el derecho a ser juzgado por una autoridad judicial ordinaria²²².

10. Costas.

102 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

²²¹ M.P. Carlos Gaviria Díaz

²²² Corte Constitucional. Sentencia SU-1184 de 2001.



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.

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

REVOCASE la sentencia recurrida, esto es, la dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño de 27 de septiembre de 2000, la cual quedará así,

PRIMERO. DECLÁRESE patrimonialmente responsable al Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, como consecuencia de la muerte del soldado Alonso Martínez Gutiérrez, derivada del incumplimiento del deber positivo de protección de los derechos de los soldados con ocasión de la toma guerrillera de las Delicias, en el Departamento del Putumayo, el día 30 de agosto de 1996.

SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDÉNASE** al Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional a pagar, por concepto de perjuicios morales a favor de:

José Rufino Martínez Cangrejo (padre)	100 smlmv
Mercedes Gutiérrez (madre)	100 smlmv
Otoniel Martínez Gutiérrez (hermano)	10 smlmv
John Jairo Martínez Gutiérrez (hermano)	10 smlmv
Gladys Martínez Gutiérrez (hermana)	10 smlmv
José Fernando Martínez Gutiérrez (hermano)	10 smlmv
María Engracia Martínez Gutiérrez (hermana)	10 smlmv

TERCERO. CONDÉNASE al Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional a pagar, por concepto de lucro cesante a favor de José Rufino Martínez Cangrejo y Mercedes Gutiérrez la suma de TREINTA MILLONES CIENTO VEINTIÚN MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS MCTE (\$30.121.258.36).



CUARTO. ORDENAR al Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional por concepto de medidas de satisfacción: 1) la publicación de la presente sentencia, por un término de seis (6) meses, contados a partir de la notificación de la misma, de la parte resolutive de la misma en todos los Comandos, Batallones, Bases Militares de la República de Colombia, en el Diario Oficial, en un diario de circulación nacional, en el canal institucional de televisión y se difundirá en el medio radial del Ejército; 2) la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad en la que participe el Ministro de Defensa, El Comandante de las Fuerzas Militares y el Comandante del Ejército Nacional; 3) el Ministro de la Defensa deberá formular una política dirigida a corregir los fallos cometidos en esta Base Militar de las “Delicias” (que debe realizarse de manera conjunta y en sólo acto conforme a las decisiones judiciales que en este mismo sentido han sido proferidas); 4) proveer a la familia del causante de un tratamiento psicológico, que permita su reinserción social y la superación de las huellas de la guerra; 5) por la Secretaría de la Sección Tercera se remitirá copia de esta sentencia a la Dirección de Archivo de los Derechos Humanos, del Centro de Memoria Histórica, para repose como manifestación de las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario por parte del grupo armado insurgente FARC; 6) con el fin de dar cumplimiento al artículo 7.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se ordenará que la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación y a la Justicia Penal Militar informe al país, en un término improrrogable de 30 días calendario, acerca de los resultados de las investigaciones acerca de los actos u omisiones de las personas que para la época de los hechos hubieran participado activa o pasivamente en las decisiones y mando relativas a la Base Militar de las “Delicias”, en atención a la vulneración de los derechos humanos de la víctima²²³; 7) en atención a las violaciones al derecho internacional humanitario y al derecho internacional de los derechos humanos se solicitará, si **se** considera pertinente, que **la Defensoría del Pueblo, con acompañamiento de organismos** internacionales, **elabore un** informe especial acerca las violaciones cometidas al derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario por parte del grupo armado insurgente FARC, en los hechos ocurridos el 30 de agosto de 1996, y una vez sea rendido ponerlo a disposición de la opinión pública sus resultados, por todos los

²²³ Como se señaló en el precedente de la Sala (providencia proferida por este despacho) sentencia de 25 de mayo de 2011. Expedientes: 15838, 18075 y 25212 acumulados.



canales institucionales y medios comunicación nacionales; y, 8) para honrar la memoria del soldado Martínez Gutiérrez y los compañeros fallecidos en la toma de la Base Militar de las “Delicias”, el Ministerio de Defensa deberá levantar un monumento en honor a los caídos en dicha toma que estará en la ciudad de Bogotá D.C. De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar al despacho informes del cumplimiento de lo aquí ordenado como medidas de reparación no pecuniarias, dentro de los cuarenta y cinco días (45) siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

QUINTO. 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.

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

SÉPTIMO. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE inmediatamente el expediente al Tribunal de origen”

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidente

ENRIQUE GIL BOTERO
Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado