



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

**CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación:** 52001-23-31-000-2001-00960-01 (33976)

**Actor:** Cleofas Tumbajoy Alarcón

**Demandado:** Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional y Otros

**Asunto:** Acción de reparación directa (Sentencia)

**Descriptor:** Se declara la responsabilidad del Estado por destrucción de bien inmueble en toma de grupo armado insurgente a Municipio de Leiva por cuanto se acreditó el daño antijurídico, descartada la imputación con fundamento en el criterio de falla del servicio se atribuyó responsabilidad con apoyo en el régimen objetivo-daño especial en razón a la solidaridad e igualdad material que se activa en los casos de los civiles víctimas de daños en el marco del conflicto armado interno. **Restrictor:** Daño antijurídico; Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado; La imputación de responsabilidad tratándose de daños causados por las acciones de grupos armados insurgentes; El juicio de imputación en el caso concreto.

Procede la Sala de Subsección a decidir el presente asunto, correspondiente al recurso de apelación promovido por la parte demandante contra la sentencia de 2 de febrero de 2007 dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño que desestimó las pretensiones de la demanda.

**1.- La demanda.**

Fue presentada el 6 de agosto de 2001 (fls 2-11, c1) por Cleofas Tumbajoy Alarcón, quien actúa mediante apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, con el objeto de que se declare a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional y Fuerza Aérea Colombiana responsable por la destrucción de casa de habitación y local comercial de su propiedad y, consecuentemente, se reconocieran perjuicios materiales e inmateriales, estos últimos en la modalidad de morales.

Las pretensiones se fundamentan en los hechos presentados por la parte actora y de los cuales la Sala destaca los siguientes:

En la tarde del 25 de marzo de 2000 en el Municipio de Leiva, Nariño se presentó una toma por parte del grupo armado insurgente FARC. Dando respuesta al llamado de los integrantes del puesto de Policía del Municipio hizo presencia sobre las 5.00 pm el



“avión fantasma” en el sector lanzando ataques indiscriminados sobre el grupo insurgente que se encontraba dentro de la población, causando daños en la parte central del poblado, varios heridos y un muerto.

En este escenario el señor Cleofas Tumbajoy Alarcón sufrió la destrucción total de su casa de habitación y también fue afectado por la demolición total de un establecimiento de comercio de su propiedad, donde funcionaban mesas de billar y venta de diferentes bebidas.

## **2. Actuación procesal en primera instancia**

2.1.- El Tribunal Administrativo de Nariño mediante proveído de 17 de agosto de 2001 admitió la demanda (fls 31-32, c1), la cual fue notificada personalmente al Ministro de Defensa el 13 de febrero y 22 de mayo de 2003 (fl 46 y 49, c1).

2.2. Dentro de la oportunidad legal<sup>1</sup>, la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional en memorial de 20 de junio de 2003 (fls 54-58, c1) se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Afirmó que debía probarse la responsabilidad de la Policía Nacional en los hechos narrados. A su turno la Nación – Ministerio de Defensa – Fuerza Aérea Colombiana se opuso al petitorio y alegó que debe demostrarse que el “avión fantasma” estuvo en el lugar de los hechos y que fue su accionar lo que generó la destrucción del inmueble de propiedad del actor.

2.3.- Mediante autos de 29 de marzo de 2004 (fls 77, c1 y fls 1 c2 y c3) se dio inicio al periodo probatorio y, finalmente, en auto de 19 de agosto de 2005 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, oportunidad aprovechada por las partes (fls 118-123, 124-126 y 127-134, c1). El Agente del Ministerio Público conceptuó en la causa en sentido favorable a los pedimentos de la demanda, siendo el riesgo excepcional la motivación jurídica de la responsabilidad.

## **3.- Sentencia de primera instancia.**

3.1.- El 2 de febrero de 2007 (fls 141-155, c1) el Tribunal dictó sentencia en la que desestimó las pretensiones de la demanda.

---

<sup>1</sup> El término de fijación en lista transcurrió entre el 20 de junio y 7 de julio de 2003, de acuerdo con el informe secretarial obrante a folio 53 del cuaderno principal.



3.2.- El *a-quo* discurrió sobre la valoración de los medios probatorios que le llevaron a afirmar que el daño ocurrió como consecuencia de las acciones desplegadas por el grupo armado insurgente, apoyándose en declaraciones testimoniales que dan cuenta que el inmueble del actor fue utilizado para lanzar cilindros y ahí estallo uno de tales artefactos. En consecuencia, consideró que no se probó la responsabilidad de las demandadas.

#### **4. Recurso de apelación**

Contra lo así resuelto la parte demandante (fls 163-165, c1) se alzó mediante el recurso de apelación, impugnación que fue concedida por el *a-quo* en auto de 16 de marzo de 2007 (fl 167, c1).

#### **5. Actuación procesal en segunda instancia**

1.5.1.- Recibido el expediente en esta Corporación, en auto de 18 de mayo de 2007 se admitió el recurso (fl 173, c1). Seguidamente, en providencia de 22 de junio del mismo año (fl 174, c1) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, guardando silencio partes e intervinientes.

### **CONSIDERACIONES**

#### **1. Competencia**

Esta Corporación es funcionalmente competente para conocer del recurso de apelación formulado contra el fallo de 2 de febrero de 2007 proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño en razón al factor cuantía, por cuanto el conocimiento de este asunto se encuentra radicado, en primera instancia, en el respectivo Tribunal Administrativo y en segunda instancia al Consejo de Estado. Ello conforme al numeral 6° del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998.

#### **2. Objeto del recurso de apelación**

2.1.- De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 357 del C.P.C<sup>2</sup>., aplicable en sede contencioso administrativo según se dispone en el artículo 267 del C. C. A., el recurso

---

<sup>2</sup> La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella (...).



de apelación se entiende interpuesto en lo que es desfavorable al apelante y por esta razón el *ad quem* no puede hacer más gravosa su situación si fue el único que se alzó contra la decisión<sup>3</sup>.

2.2.- El principio de la *non reformatio un pejus* es un desarrollo de lo establecido en el artículo 31 constitucional que ordena que *“el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.”*

2.3.- En atención a la posición actual de la Sección Tercera de esta Corporación<sup>4</sup>, mediante el recurso de apelación, se ejerce el derecho de impugnación contra la decisión judicial y el juez de segunda instancia no puede empeorar, agravar o desmejorar la situación que en relación con el litigio le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

2.4.- Así mismo, se ha establecido que el marco fundamental de competencia para el juez de segunda instancia *“lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia<sup>5</sup> de la sentencia como el principio dispositivo<sup>6</sup>, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’<sup>7</sup> 8. (Subrayado por la Sala)*

<sup>3</sup> Sentencia de 31 de enero de 2011, expediente: 15800.

<sup>4</sup> Sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera de 9 de febrero de 2012, expediente: 21060.

<sup>5</sup> En relación con la aplicabilidad del principio de congruencia en lo que corresponde a la resolución del recurso de apelación puede consultarse el pronunciamiento efectuado recientemente por la Sala, mediante providencia fechada en abril 1 de 2009, dentro del expediente 32.800, con ponencia de la señora Magistrado Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se puntualizó: *“De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”.*

<sup>6</sup> Dicho principio ha sido definido por la doctrina como: *“La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin”. O como dice COUTURE, es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso”.*

*“Son características de esta regla las siguientes: “(...) El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado” (negritas adicionales). López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, Pág. 106.*

<sup>7</sup> Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.



2.5.- Dicho lo anterior, el actor centra su disenso en que el *a-quo* no considerara que por la existencia de una estación de policía junto a casas de habitación de población civil, una de ellas del actor, se creó un “riesgo especial” razón por la cual al repelerse el ataque con el bombardeo del “avión fantasma” se presentó la destrucción del inmueble y establecimiento de comercio del actor.

### **3.- Problema jurídico**

3.1.- De lo anterior se puede plantear como problema jurídico si cabe imputar a las demandadas responsabilidad administrativa por los daños causados a la propiedad del señor Cleofas Tumbajoy Alarcón ocurridos el 25 de marzo de 2000 en el Municipio de Leiva.

3.2.- Para abordar dicho problema jurídico, la Sala examinará en primer lugar si el daño ocasionado al demandante reviste las características de ser antijurídico para, luego de ello, proceder a valorar si el mismo es imputable a la demandada.

### **4. Daño antijurídico**

4.1.- El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual<sup>9</sup> y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”<sup>10</sup>; o la “lesión de un interés o con la alteración “in pejus” del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre

---

<sup>8</sup> Puede verse sentencia de 9 de junio de 2010, expediente: 17605 y 9 de febrero de 2012, expediente: 21060.

<sup>9</sup> “(...) el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.185. Martín Rebollo se pregunta: “¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión”. MARTIN REBOLLO, Luis. “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas”, en BADELL MADRID, Rafael (Coord). Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA). Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279.

<sup>10</sup> LARENZ. “Derecho de obligaciones”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.



en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”<sup>11</sup>; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, 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”<sup>12</sup>, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos<sup>13</sup>; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general<sup>14</sup>, o de la cooperación social<sup>15</sup>.

4.2.- En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia 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”<sup>16</sup>. Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado “que esta acepción

<sup>11</sup> SCONAMIGLIO, R. “Novissimo digesto italiano”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

<sup>12</sup> “(...) 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.

<sup>13</sup> “Cuál es entonces el justo límite de la soberanía del individuo sobre sí mismo? ¿Dónde empieza la soberanía de la sociedad? ¿Qué tanto de la vida humana debe asignarse a la individualidad y qué tanto a la sociedad? (...) el hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otro; o más bien ciertos intereses, los cuales, por expresa declaración legal o por tácito entendimiento, deben ser considerados como derechos; y, segundo, en tomar cada uno su parte (fijada según un principio de equidad) en los trabajos y sacrificios necesarios para defender a la sociedad o sus miembros de todo daño o vejación”. MILL, John Stuart, Sobre la libertad, 1ª reimp, Alianza, Madrid, 2001, pp.152 y 153.

<sup>14</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción”, en BREWER-CARIAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

<sup>15</sup> Este presupuesto puede orientar en lo que puede consistir una carga no soportable, siguiendo a Rawls: “la noción de cooperación social no significa simplemente la de una actividad social coordinada, organizada eficientemente y guiada por las reglas reconocidas públicamente para lograr determinado fin general. La cooperación social es siempre para beneficio mutuo, y esto implica que consta de dos elementos: el primero es una noción compartida de los términos justos de la cooperación que se puede esperar razonablemente que acepte cada participante, siempre y cuando todos y cada uno también acepte esos términos. Los términos justos de la cooperación articulan la idea de reciprocidad y mutualidad; todos los que cooperan deben salir beneficiados y compartir las cargas comunes, de la manera como se juzga según un punto de comparación apropiado (...) El otro elemento corresponde a “lo racional”: se refiere a la ventaja racional que obtendrá cada individuo; lo que, como individuos, los participantes intentan proponer. Mientras que la noción de los términos justos de la cooperación es algo que comparten todos, las concepciones de los participantes de su propia ventaja racional difieren en general. La unidad de la cooperación social se fundamenta en personas que aceptan su noción de términos justos. Ahora bien, la noción apropiada de los términos justos de la cooperación depende de la índole de la actividad cooperativa misma: de su contexto social de trasfondo, de los objetivos y aspiraciones de los participantes, de cómo se consideran a sí mismos y unos respecto de los demás como personas”. RAWLS, John, Liberalismo político, 1ª ed, 1ª reimp, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1996, p.279.

<sup>16</sup> Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales “debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuridicidad (sic)”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.168.



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”<sup>17,18</sup>

4.3.- De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”<sup>19</sup>.

4.4.- 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”<sup>20</sup>. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable<sup>21</sup>, anormal<sup>22</sup> y que se trate de una situación jurídicamente protegida<sup>23</sup>.

4.5.- En casos, como el que ocupa la atención de la Sala, se precisa advertir que en la sociedad moderna el instituto de la responsabilidad extracontractual está llamada a adaptarse, de tal manera que se comprenda el alcance del riesgo de una manera

---

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> Según lo ratificado por la sala en la sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334: “El daño antijurídico comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual<sup>18</sup> y del Estado impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos.

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> 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, expediente 9550.

<sup>21</sup> Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

<sup>22</sup> “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166.

<sup>23</sup> Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.



evolutiva, y no sujeta o anclada al modelo tradicional. Esto implica, para el propósito de definir el daño antijurídico, que la premisa que opera en la sociedad moderna es aquella según la cual a toda actividad le son inherentes o intrínsecos peligros de todo orden, cuyo desencadenamiento no llevará siempre a establecer o demostrar la producción de un daño antijurídico. Si esto es así, sólo aquellos eventos en los que se encuentre una amenaza inminente, irreversible e irremediable permitirían, con la prueba correspondiente, afirmar la producción de un daño cierto, que afecta, vulnera, aminora, o genera un detrimento en derechos, bienes o intereses jurídicos, y que esperar a su concreción material podría implicar la asunción de una situación más gravosa para la persona que la padece<sup>24</sup>. Se trata de un daño que la víctima Cleofas Tumbajoy Alarcón no estaba llamada a soportar como una carga ordinaria, ni siquiera extraordinaria, en atención al respeto de su dignidad humana y de sus derechos constitucionales y convencionales a la vida y a la integridad personal, que es incuestionable en un Estado Social de Derecho<sup>25</sup>, desde una perspectiva no sólo formal, sino también material de la antijuridicidad<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> "(...) el daño que se presenta a partir de la simple amenaza que permite inferir el agravamiento de la violación del derecho, sin que suponga su destrucción total, no se incluye en los estudios de la doctrina sobre el carácter cierto del perjuicio. Y sin embargo, esta situación también se expresa en el carácter cierto del perjuicio. La única diferencia radica en que la proyección en el futuro se hará a partir de la amenaza y hasta la lesión definitiva y no respecto de las consecuencias temporales de esta última. Por esta razón es necesario tener en cuenta esta nueva situación y hacer una proyección en el futuro partiendo de la amenaza del derecho que implicará un agravamiento de la lesión del mismo (...) Se parte, en acuerdo con C. THIBIERGE cuando expone las carencias actuales de la responsabilidad civil, de tener en cuenta "el desarrollo filosófico del principio de responsabilidad y la idea de una responsabilidad orientada hacia el futuro que le permitiría al derecho liberarse de la necesidad de un perjuicio consumado y de crear una responsabilidad sólo por la simple amenaza del daño, con la condición de que éste último sea suficientemente grave" (...) La alteración del goce pacífico de un derecho es un perjuicio cierto. Aunque se pudiese reprochar que la amenaza de un derecho es por definición contraria a su violación, y por consecuencia, es contraria (sic) a la noción de daño, se reitera que la mera amenaza de violación es de por sí un daño cierto y actual. En efecto, el sentido común indica que el uso alterado de un derecho no es un goce pleno y pacífico de este, precisamente porque supone que se encuentra disminuido (...) La necesidad de estudiar la amenaza de agravación del derecho en la certeza del daño. Los desarrollos de esta primera parte nos permiten concluir que la amenaza de daño pertenece al ámbito del régimen jurídico del daño y por ende de la responsabilidad civil. Excluirla de la materia deja una parte esencial del daño sin estudio, permitiendo que se instauren concepciones en las cuales el derecho procesal limita el derecho sustancial". HENAO, Juan Carlos, "De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. Escrito a partir del derecho colombiano y del derecho francés", en VVAA, Daño ambiental, T.II, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp.194, 196 y 203.

<sup>25</sup> "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.

<sup>26</sup> Cabe fundarse en la aproximación al derecho penal, de manera que "se admite que al lado de una antijuridicidad formal, definida abstractamente por contraposición con el ordenamiento jurídico, existe una antijuridicidad material que está referida a juicios de valor... sólo desde un punto de vista valorativo se puede explicar que en la antijuridicidad tengan que encontrar su fundamento y su asiento las causas de justificación. En sentido material, la antijuridicidad es un juicio valorativo o juicio de desvalor que expresa... el carácter objetivamente indeseable para el ordenamiento jurídico, de una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y puede ser un juicio de desvalor acerca del resultado o un juicio de desvalor acerca de la conducta cuando ésta pueda ser considerada peligrosa ex ante". DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.303.





4.6.- La Sala, mediante el análisis de los medios de prueba obrantes en el expediente, encuentra demostrado el daño antijurídico de acuerdo a lo siguiente:

Acreditada está la propiedad<sup>27</sup> del señor Cleofas Tumbajoy Alarcón de un predio identificado con la matrícula inmobiliaria 248-0013.526 adquirido por venta que le hiciera el Municipio de Leiva contenida en la Escritura Pública No. 243 corrida el 15 de julio de 1993 en la Notaría Única de Taminango identificado con los siguientes linderos: “por el frente con el Parque Principal; por el costado derecho con Carmen Córdoba, por el costado izquierdo con Leticia Fernández, por el fondo con Celso Grijalba”, con una extensión aproximada de 150 M<sup>2</sup>.

Por otro tanto, obra certificación expedida de 10 de mayo de 2001 por la Personera Municipal de Leiva donde se lee que el demandante *“perdió su vivienda, donde además funcionaba una fuente de Soda y juego de billares a raíz de la toma Guerrillera, ocurrida el día 25 de marzo de 2000, en el Municipio de Leiva Nariño.”* (fl 26, c1). De igual manera, reposan las declaraciones testimoniales de Ricaurte Muñoz Bastidas<sup>28</sup>, Francisco Fandiño Castro<sup>29</sup> y Pedro Bolaños Ortega<sup>30</sup> los cuales atestiguaron que el

<sup>27</sup> Obra en el expediente copia auténtica de la escritura pública No. 243 de 15 de julio de 1993 y certificado de libertad y tradición de 3 de junio de 2004 (fls 11-14, c2).

<sup>28</sup> “Ese día era sábado yo me encontraba jugando chaza en la calle en el parque principal, era aproximadamente las cinco de la tarde cuando llegaron unas camionetas al parque y se bajaron unas personas vestidas de militares eran camuflados y se atrincheraron en los muros que hay en el parque y de una empezaron a disparar, ya me dí cuenta que era un (sic) toma a mi hermana, a mi cuñado y a los niños porque empezaron a disparar al puesto de Policía y yo de ver esto me corrí para mi casa que queda al frente (sic) del parque y ahí (sic) nos metimos bastantes personas a protegernos de las balas, a eso de las doce de la noche llegó un guerrillero que dijo que era Comandante muy altanero y se metió a mi casa por la parte de atrás y me dijo que yo era militar y toda la gente le dijo que no que yo era un civil y me iba a matar y ahí me encontraba con toda mi familia y de ahí se pasó a la casa enseguida que es la de mi cuñado Cleofas Tumbajoy, en la terraza de mi casa habían subido como 10 guerrilleros, habían colocado una escalera y toda la gente le suplicábamos que nos sacaran porque ese guerrillero nos decía (sic) que ahí nos iban acabar a todos y yo le suplicaba que sacar a mi hermana, a mi cuñado y a los niños porque los guerrilleros querían pasar era por los techos de las casas y llegar al puesto de Policía y no nos dejaba salir y luego llegó otro guerrillero joven y le suplicamos que nos dejaran salir y nos dijo que le iba a decir a otro comandante (sic) que se encontraba en el parque y ya llegó y le habían dado la orden y nos dejó salir a los que estábamos ahí y a mi cuñado y su familia y dejaron esas casas de ese lado desocupaditas (sic) a todos nos sacaron, después el bombardeo era duro, a eso de las 7 de la mañana del día domingo regresamos a nuestras casas y ya las encontramos destruidas, la mía había volado todo el techo y la de mi cuñado (sic) totalmente en el suelo, esa la acabaron todito, esa era de terraza y la utilizaron para lanzar cilindros y al parecer ahí se les estalló unos cilindros y parece que ahí mueron (sic) unos guerrilleros porque nos había sangre. Preguntado.- Diga al despacho como era la casa del señor Cleofas Tumbajoy (sic)? Contesto.- La casa estaba construido en ladrillo y tapia, la parte de adelante era de un piso y la de atrás era de dos pisos, habían desniveles, el primer piso era un salón grande en el cual habían cinco billares, dos enfriadores, una nevera, un televisor (sic) y mesas con asientos para la gente, también un equipo de sonido, era un establecimiento público y de ese negocio era que se mantenían toda la familia integrada por Cleofas Tumbajoy, María Inés Muñoz, Richards, Milton y Robin Tumbajoy Muñoz.” (fls 55-56, c2).

<sup>29</sup> “Diga al despacho como se encontraba construida la casa del señor Cleofas Tumbajoy? Contesto. La casa del señor Cleofas Tumbajoy se encontraba ubicada frente al parque principal, conlinda (sic) al norte con el señor Ricaurte Muñoz, al sur con la señora Tulia Alvear, al oriente con propiedad de la señora Isabel Lucema, estaba construida en ladrillo y tapia pero la mayor parte en ladrillo, la parte de adelante era de un solo piso y la parte de atrás de dos pisos, era en desniveles, de frente tiene aproximadamente unos 10 metros y de fondo unos 20 metros, el salón del primer piso ocupaba todo ese espacio, en el primer piso había juegos de billar eran 5 mesas, habían un congelador, una nevera, un equipo, un televisor, mesas y asientos para el público, este negocio era el sustento de esa familia que estaba integrada por cinco personas.” (fls 57-58, c2).

<sup>30</sup> “Preguntado.- Bajo la gravedad del juramento sírvase hacer al Juzgado un relato amplio y detallado de los hechos



predio del señor Tumbajoy se encontraba ubicado sobre la plaza principal del Municipio de Leiva, que antes de lo sucedido consistía en una edificación de dos plantas encontrándose dispuesto en la primera un establecimiento con mesas de billar, congeladores, televisor, equipo de sonido y mesas para el juego de “sapo”, señalaron que en ese inmueble miembros del grupo armado insurgente se ubicaron sobre una terraza para lanzar cilindros desde ese punto y que luego de lo sucedido el inmueble quedó destruido totalmente.

4.7.- 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.

## **5.- Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado.**

5.1.- Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”<sup>31</sup> de la responsabilidad del Estado<sup>32</sup> y se erigió como garantía de los derechos e intereses de

---

en los cuales incursionó la guerrilla de las FARC en la población de Leiva? Contesto.- Ese día yo me encontraba en mi casa ubicada a una cuadra del parque principal, yo miré cuando la guerrilla llegó a la camcha (sic) y entraron al pueblo corriendo y apenas entraron inició la balacera, yo me quedé en mi casa y durante toda la noche hubo combate, se sentía que explotaban cilindros y ya a media noche se sentía el avión fantasma y se sentía que el avión disparaba por la calle y al otro día a eso de las seis y media o siete de la mañana salí al centro del pueblo y ya miré que la mayoría de las casas que están ubicadas al (sic) rededor de la Estación de Policía estaban destruídas, y una de ellas era la casa del señor Cleofas Tumbajoy, el segundo piso estaba en su totalidad caída, el piso de abajo también esta destruido, la gente comentaba que la guerrilla se entró a esa casa y que de la parte de atrás que era plancha de concreto la guerrilla empezó a lanzar los cilindros y como que se les reventó uno o dos cilindros a la gente que vivían ahí no les pasó nada porque la misma guerrilla los había sacado, esa casa y las que quedaban a los alrededores también las destruyeron, el primer piso era un local donde funcionaba unos billares y se encontraba dotado de todo, había equipo de sonido, congeladores neveras, un televisor, en una partesita funcionaba una canchita de sapo, habían muebles, habían cinco mesas de billar y todo lo que la familia del señor Cleofas Tumbajoy tenía se destruyó porque al explotar los cilindros se quemó, se quemó la ropa camas hasta los utensilios (sic) de cocina es decir que ellos quedaron con la ropa que tenía puesta lo mismo que la esposa y sus hijos.” (fls 59-60, c2).

<sup>31</sup> En la jurisprudencia 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.

<sup>32</sup> La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.



los administrados<sup>33</sup> y de su patrimonio<sup>34</sup>, sin distinguir su condición, situación e interés<sup>35</sup>. 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”<sup>36</sup>. 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 potestad<sup>37</sup>; 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”<sup>38</sup>.

5.2.- Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado<sup>39</sup> tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública<sup>40</sup> tanto por la acción, como por la omisión de un deber

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> “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.

<sup>35</sup> 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, expediente AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d une théorie general de la responsabilité civile considerée en sa doublé fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

<sup>36</sup> 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 francais*”, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BÉNOIT, F. “*Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique*”, en *JurisClasseur Publique*, 1954. T.I, V.178.

<sup>37</sup> “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.

<sup>38</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., pp.120-121.

<sup>39</sup> “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.

<sup>40</sup> 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



normativo<sup>41</sup>, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012<sup>42</sup> y de 23 de agosto de 2012<sup>43</sup>.

5.3.- En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica<sup>44</sup>, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la “superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”<sup>45</sup>.

5.4.- Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad<sup>46</sup>, según el cual, la indemnización del

---

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.

<sup>41</sup> “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.

<sup>42</sup> Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón.

<sup>43</sup> Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente 23492. Pon. Hernán Andrade Rincón.

<sup>44</sup> “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”. SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.

<sup>45</sup> Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

<sup>46</sup> 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.



daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica<sup>47</sup>. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”<sup>48</sup>.

5.5.- 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”<sup>49</sup>. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”<sup>50</sup>.

5.6.- 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”<sup>51</sup>. 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 no<sup>52</sup>. Es más, se

---

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.

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> “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.

<sup>49</sup> “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.

<sup>50</sup> MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

<sup>51</sup> LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

<sup>52</sup> 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



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”<sup>53</sup>.

5.7.- 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 proporcionalidad<sup>54</sup> 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 ponderación<sup>55</sup> 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”<sup>56</sup>.

---

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.

<sup>53</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

<sup>54</sup> “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.

<sup>55</sup> “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.

<sup>56</sup> 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



5.8.- En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que “el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad o de protección<sup>57</sup> frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible<sup>58</sup>. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”<sup>59</sup>.

---

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.

<sup>57</sup> 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.

<sup>58</sup> Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

<sup>59</sup> A lo que se agrega por el mismo precedente: “En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber: 1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro. Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás. 2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que



5.9.- 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 garante”<sup>60</sup>.

5.10.- Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcarse 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 universal<sup>61</sup>, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse (...) que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”<sup>62</sup>, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho<sup>63</sup>.

---

proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso. Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos (Cfr. Günther Jakobs. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss). Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. En la doctrina se afirma que la “posición de garantía” debe modularse: “(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas”. JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*. 1ª reimp. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16.

<sup>60</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

<sup>61</sup> “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

<sup>62</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., p.204.

<sup>63</sup> “(...) 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





5.11.- Debe plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado<sup>64</sup>, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede encuadrar en la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos<sup>65</sup>, 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; en caso de no poder hacer su encuadramiento en la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera “(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a

---

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.

<sup>64</sup> Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

<sup>65</sup> 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.



determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación”<sup>66</sup>.

5.12.- Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo<sup>67</sup> que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

5.13.- Además, cabe considerar la influencia que para la imputación de la responsabilidad pueda tener el principio de precaución, al exigir el estudiarla desde tres escenarios: peligro, amenaza y daño. Sin duda, el principio de precaución introduce elementos que pueden afectar en el ámbito fáctico el análisis de la causalidad (finalidad prospectiva de la causalidad<sup>68</sup>), ateniendo a los criterios de la sociedad moderna donde los riesgos a los que se enfrenta el ser humano, la sociedad y que debe valorar el juez no pueden reducirse a una concepción tradicional superada.

5.14.- La precaución es una acepción que viene del latín *precautio* y se compone del *prae* (antes) y la *cautio* (guarda, prudencia). En su definición, se invoca que el “*verbo precavere implica aplicar el prae al futuro –lo que esta por venir-, tratándose de un ámbito desconocido pese a las leyes de la ciencia, incapaces de agotar los recursos de*

---

<sup>66</sup> “En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado”. Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón; de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

<sup>67</sup> “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.

<sup>68</sup> “La finalidad prospectiva del nexo de causalidad resulta de naturaleza preventiva de la acción de responsabilidad fundada sobre el principio de precaución. El daño no existe todavía, el nexo de causalidad no se ha podido realizar, el mismo (...) se trata a la vez de prevenir el daño y al mismo tiempo evitar que tal actividad no cause tal daño. La finalidad del nexo causal es por tanto prospectiva ya que se busca que el nexo de causalidad sin permitir reparar el perjuicio si se anticipa a él (...) Opuesto a una responsabilidad reparadora que exigiría un nexo causal a posteriori, la responsabilidad preventiva exige en la actualidad un nexo causal a priori, es decir un riesgo de causalidad”. BOUTONNET, Mathilde, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, LGDJ, París, 2005, p.560.



*la experiencia humana y el verbo cavere que marca la atención y la desconfianza*<sup>69</sup>. Su concreción jurídica lleva a comprender a la precaución, tradicionalmente, como aquella que es “utilizada para caracterizar ciertos actos materiales para evitar que se produzca un daño”<sup>70</sup>. Entendida la precaución como principio<sup>71</sup>, esto es, como herramienta de orientación del sistema jurídico<sup>72</sup> “exige tener en cuenta los riesgos que existen en ámbitos de la salud y del medio ambiente pese a la incertidumbre científica, para prevenir los daños que puedan resultar, para salvaguardar ciertos intereses esenciales ligados más a intereses colectivos que a los individuales, de manera que con este fin se ofrezca una respuesta proporcionada propia a la evitabilidad preocupada de una evaluación de riesgos (...) Si subjetivamente, el principio implica una actitud a tener frente a un riesgo, objetivamente, se dirige directamente a la prevención de ciertos daños en ciertas condiciones determinadas”<sup>73</sup>. Luego, la precaución es un principio que implica que ante la ausencia, o insuficiencia de datos científicos y técnicos<sup>74</sup>, es conveniente, razonable y proporcional adoptar todas aquellas medidas que impida o limiten la realización de una situación de riesgo (expresada como amenaza inminente, irreversible e irremediable) que pueda afectar tanto intereses individuales, como colectivos (con preferencia estos).

## **6.- La imputación de responsabilidad tratándose de daños causados por las acciones de grupos armados insurgente.**

6.1.- En los eventos de muerte o lesiones a miembros de la población civil o afectación de bienes civiles, se hace necesario valorar la imputación en una doble perspectiva: en primer lugar, desde la producción del daño antijurídico ocurrido durante el operativo militar, el ataque armado o el enfrentamiento entre el Estado y un grupo armado insurgente, bien sea como consecuencia de la acción, omisión o inactividad en los deberes de protección, seguridad y ejercicio de la soberanía en las que haya podido

<sup>69</sup> BOUTONNET, Mathilde, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, LGDJ, Paris, 2005, p.3

<sup>70</sup> BOUTONNET, Mathilde, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, ob., cit., p.4.

<sup>71</sup> DWORKIN, Ronald, Taking rights seriously, Cambridge, Harvard University Press, 1977, p.24: “el principio es una proposición jurídica que no es necesariamente escrita y que da orientaciones generales, a las cuales el derecho positivo debe conformarse. Esto implica que no se aplicará según la modalidad de “all or nothing”, sino que se limitará a dar al juez una razón que milite a favor de un tipo de solución u otro, sin pretender tener la apariencia de una norma vinculante”.

<sup>72</sup> SADELEER, Nicolás, “Reflexiones sobre el estatuto jurídico del principio de precaución”, en GARCÍA URETA, Agustín (Coord), Estudios de Derecho Ambiental Europeo, Lete, Bilbao, 2005, p.270: “entre otras funciones encontramos la función de inspiración del legislador, de orientación del derecho positivo, de relleno de lagunas, de resolución antinomias, así como la función normativa”.

<sup>73</sup> BOUTONNET, Mathilde, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, ob., cit., p.5.

<sup>74</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-57/96 National Farmers Union y otros; asunto C-180/96 Reino Unido c. Comisión; asunto C-236/01 Monsanto Agricultura Italia: “cuando subsistente dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, pueden adoptarse medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos”.



incurrir la fuerza pública, y que represente, también, la vulneración de los derechos reconocidos a la vida e integridad, dentro del marco de la dignidad humana y los derechos humanos que por el mismo bloque merecen ser objeto de protección en cabeza de los miembros de la población civil.

6.2.- De tal manera, cabe observar la atribución jurídica del daño antijurídico, en principio, a la administración pública por falla en el servicio consistente en el incumplimiento e inobservancia de los deberes positivos derivados de exigencias constitucionales, legales, y del bloque ampliado de constitucionalidad (artículo 93), esto es, del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, que pueden ser constitutivos de una falla en el servicio.

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

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

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

“(…) 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades (...) y las personas puestas fuera de combate por (...) detención o por cualquier otra causa, serán en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole



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

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

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

6.6.- Luego, tratándose de situaciones ocurridas en el marco del conflicto armado interno, el Estado debe orientar su accionar no sólo a cumplir los mandatos constitucionales (artículo 2, especialmente, de la Carta Política) y legales, sino también a dar cabal aplicación y respetar lo consagrado en el Protocolo II a los Convenios de Ginebra, en especial los siguientes mandatos positivos: i) es aplicable a los conflictos armados “que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo” (artículo 1); ii) será aplicable “a todas las personas afectadas por un conflicto armado” (artículo 2); iii) la invocación de este Protocolo, en los términos del artículo 3.1, no puede hacerse con el objeto de “menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos” (respeto del principio de soberanía en sus dimensiones positiva y negativa); iv) como garantía fundamental se establece que todas “las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor (...) Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes” (artículo 4.1); y, v) se prohíben los “atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio (...) o toda forma de pena corporal” (artículo 4.2).

6.7.- En este marco, cabe afirmar que “ante la inevitabilidad de los conflictos, se hace perentorio garantizar, por las vías que sean –internacionales o internas- , el respeto de las reglas básicas de humanidad aplicables en cualquiera situaciones de violencia



bélica; situaciones que al día de hoy se presentan en su mayor parte como conflictos armados sin carácter internacional”<sup>75</sup>.

6.8.- Dentro del catálogo de principios reconocidos por los instrumentos de Derecho Internacional Humanitario está previsto el principio de distinción<sup>76</sup>, según el cual “las partes dentro de un conflicto armado deberán distinguir entre población civil y combatientes y entre bienes civiles y objetivos militares”<sup>77</sup>.

6.9.- Dicho principio se justifica en la necesidad de que “las hostilidades se libren entre combatientes y contra objetivos militares para que en ninguna circunstancia afecten a los no combatientes y a los bienes civiles”<sup>78</sup>.

6.10.- El Protocolo I Adicional a los IV Convenios de Ginebra<sup>79</sup> establece el principio de distinción en relación con los bienes militares y civiles en los siguientes términos:

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

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

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

<sup>75</sup> “Y es de resaltar el hecho de que en la mayoría de los conflictos actuales las principales víctimas son las personas civiles, que corren el riesgo de perder la vida o de ser mutiladas en el curso de los combates, y a menudo se ven obligadas a abandonar sus lugares de origen, convirtiéndose en desarraigadas”. PEREZ GONZALEZ, Manuel. “Introducción; El derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto”, en RODRIGUEZ – VILLASANTE, José Luis (Coord) Derecho internacional humanitario., ob., cit., p.41.

<sup>76</sup> Ramelli Arteaga, Alejandro. “Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia” GIZ, 2011. Pp. 145. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-291 de 2007.

<sup>77</sup> Marco Sassoli. “Legitimate targets of attacks under international humanitarian law”. Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research. 2003. Disponible en: <http://www.hpcrresearch.org/sites/default/files/publications/Session1.pdf>.

<sup>78</sup> Valencia Villa, Alejandro. “Derecho Internacional Humanitario. Conceptos básicos, infracciones en el conflicto armado colombiano”. USAID y Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2007. P. 121. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995. “Uno de las reglas esenciales del derecho internacional humanitario es el principio de distinción, según el cual las partes en conflicto deben diferenciar entre combatientes y no combatientes, puesto que estos últimos no pueden ser nunca un objetivo de la acción bélica. Y esto tiene una razón elemental de ser: si la guerra busca debilitar militarmente al enemigo, no tiene por qué afectar a quienes no combaten, ya sea porque nunca han empuñado las armas (población civil), ya sea porque han dejado de combatir (enemigos desarmados), puesto que ellos no constituyen potencial militar. Por ello, el derecho de los conflictos armados considera que los ataques militares contra esas poblaciones son ilegítimos, tal y como lo señala el artículo 48 del protocolo I, aplicable en este aspecto a los conflictos internos, cuando establece que las partes “en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares”.

<sup>79</sup> Cfr. Ley 11 de 21 de julio de 1992, “por medio de la cual se aprueba el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, adoptado en Ginebra el 8 de junio de 1977”. Corte Constitucional, sentencia C-088 de 1993.



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

6.11.- Si bien el Protocolo II Adicional a los IV Convenios de Ginebra no contiene expresamente la prohibición de atacar a bienes civiles<sup>80</sup>, ésta ha sido incorporada en varios instrumentos de Derecho Internacional Humanitario aplicables a conflictos armados internos. En efecto, los artículos 3.7 del Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos enmendado el 3 de mayo de 1996<sup>81</sup> y 2.1 del Protocolo III sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias<sup>82</sup> establecen la prohibición de atacar bienes civiles.

6.12.- Asimismo, la Resolución 1265 de 1999 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas condenó todos los ataques dirigidos en contra de bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario<sup>83</sup>.

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

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

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

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

Regla 10. Los bienes de carácter civil gozan de protección contra los ataques, salvo si son objetivos militares y mientras lo sean”<sup>84</sup>.

<sup>80</sup> Algún sector de la doctrina ha señalado que dicha prohibición podría entenderse incorporada en el artículo 13 del Protocolo II Adicional según el cual “1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares.”

<sup>81</sup> “Artículo 3: Restricciones generales del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos “7. Queda prohibido, en todas las circunstancias, emplear las armas a las que se aplica el presente artículo, sea como medio de ataque, como medio de defensa o a título de represalia, contra la población civil propiamente dicha o contra personas civiles o bienes de carácter civil.”

<sup>82</sup> “Artículo 2. : Protección de las personas civiles y los bienes de carácter civil 1. Queda prohibido en todas las circunstancias atacar con armas incendiarias a la población civil como tal, a personas civiles o a bienes de carácter civil”.

<sup>83</sup> Puede consultarse: [<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1946.pdf?view=1>].

<sup>84</sup> ICRC. Customary International Humanitarian Law. “Rule 7. The parties to the conflict must at all times distinguish between civilian objects and military objectives. Attacks may only be directed against military objectives. Attacks must not be directed against civilian objects. Rule 8. In so far as objects are concerned, military objectives are limited to those objects which by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action and whose partial or total destruction, capture or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage. Rule 9. Civilian objects are all objects that are not military objectives. Rule 10. Civilian objects are protected against attack, unless and for such time as they are military objectives”.



6.14.- De esta manera, y tal como lo ha señalado la Corte Internacional de Justicia, el principio de distinción pretende *“la protección de la población civil y de objetos civiles, y establece la distinción entre combatientes y no combatientes; los Estados nunca pueden hacer a los civiles objeto de ataques, y en consecuencia nunca pueden utilizar armas que sean incapaces de diferenciar entre objetivos civiles y militares”*<sup>85</sup>.

6.15.- Es preciso resaltar que según la jurisprudencia constitucional tales normas convencionales y consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario integran el denominado bloque de constitucionalidad<sup>86</sup>. Al respecto, la propia Corte Constitucional ha señalado que “[e]l hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones. Así como el preámbulo, los principios, valores y reglas constitucionales son obligatorios y de forzoso cumplimiento en el orden interno, las normas del bloque de constitucionalidad son fuente de derecho obligatoria para todos los asociados. (...) El hecho de compartir la jerarquía del texto formal de la Carta convierte a los dispositivos del bloque en “eje y factor de unidad y cohesión de la sociedad”, y la condición de ocupar con ellos el máximo peldaño en la escala normativa obliga a que toda la legislación interna acondicione su contenido y ajuste sus preceptos a los estatutos por aquellas adoptados, pues éstos irradian su potestad sobre todo el ordenamiento normativo.”<sup>87</sup>

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

---

<sup>85</sup> Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, 1996. “[it] is aimed at the protection of the civilian population and civilian objects and establishes the distinction between combatants and non-combatants; States must never make civilians the object of attack and must consequently never use weapons that are incapable of distinguishing between civilian and military targets”.

<sup>86</sup> Corte Constitucional, sentencias C-225 de 1995 y C-291 de 2007.

<sup>87</sup> Corte Constitucional, sentencia C-067 de 2003.





contra personas civiles, y la prohibición de llevar a cabo actos dirigidos a aterrorizar a la población civil”<sup>88</sup>.

6.17.- En relación con el principio de distinción, la Corte Constitucional ha señalado que “es obligación de las partes en un conflicto el esforzarse por distinguir entre objetivos militares y personas o bienes civiles”<sup>89</sup>. En este sentido, los bienes civiles son “aquellos bienes que no pueden ser considerados legítimamente como objetivos militares”<sup>90</sup>; los objetivos militares, por su parte, son “aquellos bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida”<sup>91</sup>.

6.18.- Por último, resulta pertinente resaltar que en pretéritas ocasiones la Sección Tercera ha establecido que las vulneraciones a principios del Derecho 50 Internacional Humanitario constituyen supuesto suficiente para declarar la responsabilidad del Estado con fundamento en el título de imputación “falla del servicio”<sup>92</sup>.

6.19.- De otra parte, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, y considerados singularmente dichos derechos, se tiene que cuando “*un conflicto asume las dimensiones de una confrontación armada, la vida de la nación se considera inmediatamente en peligro, lo que lleva a invocar las cláusulas derogatorias. En tales casos, todas las normas de derechos humanos cuya derogación está prohibida siguen en pleno vigor. Estas normas están confirmadas o complementadas por la normativa específica de los conflictos armados no internacionales, que forman parte de la normativa humanitaria*”<sup>93</sup>. Dicha protección tiene su base en los derechos

---

<sup>88</sup> Corte Constitucional, auto 092 de 2008. Cfr. Sentencia SU 747 de 1998. “Como se señala en la sentencia C-225/95 de esta Corporación, los no combatientes no pueden ser en ningún momento objeto de acciones militares y, además, no pueden ser involucrados dentro del conflicto armado, pues eso los convertiría en actores del mismo y, en consecuencia, en objetivos militares. Es claro entonces que el Estado colombiano no está autorizado para atacar o aterrorizar a la población civil ni para involucrarla en el conflicto armado, en calidad de actor militar.”

<sup>89</sup> Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007. Cfr. TPIY. Caso Fiscal Vs. Tihomir Blaskic. “Las partes en un conflicto están obligadas a esforzarse por distinguir entre objetivos militares y personas o bienes civiles” [Traducción informal: “The parties to the conflict are obliged to attempt to distinguish between military targets and civilian persons or property”].

<sup>90</sup> Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007.

<sup>91</sup> Ibídem.

<sup>92</sup> Sección Tercera, sentencia de 6 de julio de 2005, expediente 13969.

<sup>93</sup> “Aunque la Declaración universal tuvo influencia en los redactores de las convenciones de Ginebra, la normativa internacional sobre derechos humanos y las normas humanitarias afrontan el problema de los conflictos armados internos de diferentes modos. La primera se encuadra en el marco del ius ad bellum según lo previsto en la Carta de las Naciones Unidas, de acuerdo con la cual queda prohibido el recurso a la fuerza y, en consecuencia, está dirigido a la conservación de la paz. La segunda, por su parte, forma parte (sic) del ius in bello: establece las normas que rigen el uso de la fuerza sin examinar las causas del conflicto de acuerdo a los principios de la Cruz Roja y, en especial, los principios humanitarios”. NEWMAN, Frank C; VASAK, Karel. “Derechos civiles y políticos”, en VASAK,



constitucionalmente reconocidos a la vida e integridad de las personas, y los derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos -artículos 1<sup>94</sup>, 4.1.-, (que fue incorporada al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 16 de 1972).

6.20.- La Sala tiene en cuenta, que el *“artículo 1 de la Declaración universal, al resumir los tres grandes principios de la Revolución francesa, establece, entre otras cosas, que “todos los seres humanos (...) deben tratarse unos a otros con un espíritu de hermandad”. El orden social y la comunidad a la que el individuo pertenece son colocados asimismo en la adecuada perspectiva de los derechos humanos en los artículos 28 y 29 de la Declaración universal y en el párrafo quinto del preámbulo de los Convenios internacionales sobre derechos humanos”*<sup>95</sup>.

6.21.- En lo que concierne a la operancia del riesgo excepcional como criterio de imputación en los casos de daños antijurídicos causados por la actividad de grupos armados insurgentes, habrá lugar a encuadrar en el mismo cuando el daño ocurre como consecuencia de la actividad legítima de la administración pública, que comporta un riesgo de naturaleza anormal, o que resulta excesivo bien sea porque incrementó aquel que es inherente o intrínseco a la actividad, o porque en el despliegue de la actividad se crean riesgos que en atención a su exposición e intensidad desbordan o excedan lo razonablemente asumible por el perjudicado.

6.22.- En efecto, es claro que en el desarrollo de las actividades cotidianas del mundo moderno la sociedad se enfrenta a situaciones de riesgo que le son ineludibles, y dentro de tal contexto la administración pública, como lo indica Forsthoff “puede crear estas situaciones excepcionales de peligro a las que nadie puede sustraerse y en las que

---

Karel (ed) Las dimensiones internacionales de los derechos humanos. V.I. Barcelona, Serbal; UNESCO, 1984, pp.285 y 286.

<sup>94</sup> “Como se puede observar, de la lectura de este artículo (artículo 1° de la Convención Americana) se desprenden dos obligaciones para los Estados parte, en relación con los derechos consagrados en el texto de la Convención, a saber: i) la obligación de respeto, que exige del Estado una conducta de abstención, denominada también obligación negativa y, por otro lado, ii) se impone una obligación de garantía, que exige a los Estados parte emprender las acciones necesarias tendientes a asegurar que todas las personas sujetas a su jurisdicción estén en condiciones de ejercerlos y garantizarlos. Sobre el alcance de esta disposición, (artículo 2° de la Convención Americana) la Corte Interamericana, ha precisado que este deber tiene dos implicaciones: “Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”. Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2007, expediente 29273.

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



ninguna protección existe para el particular<sup>96</sup>, lo cual impone al Estado, por razón de justicia distributiva, la reparación de los daños causados<sup>97</sup>. Sobre este tema esta Corporación ha aplicado este criterio de imputación, en ciertas ocasiones, guiado por un argumento causal, como es que el ataque del grupo armado se haya dirigido en contra de un establecimiento del Estado<sup>98</sup>.

6.23.- Y por último, el otro criterio de imputación aplicable en casos en los que se discute la responsabilidad del Estado por acciones de grupos armados insurgentes es el de *daño especial*, que corresponde a un criterio de imputación en donde el desequilibrio de las cargas públicas, la equidad y la solidaridad son sus fundamentos<sup>99</sup>, “*como materialización del reequilibrio ante una ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, fruto del perjuicio especial y anormal que debe soportar el administrado*”<sup>100</sup>.

6.24.- Así, en cada caso, lo que debe examinarse es si por las condiciones que revista el daño antijurídico este se puede considerar como un acentuado y singular desequilibrio anormal de las cargas públicas que deben ser asumidas por los administrados<sup>101</sup> entendiéndose como normal aquella carga que es ordinaria a la vida en sociedad.

6.25.- Por su singular configuración; en este régimen no se lleva a cabo un juicio de reproche, de carácter normativo, a la actividad desplegada por el Estado, pues, presupuesto ineludible de este régimen de responsabilidad es que la Administración ha obrado con sujeción al ordenamiento jurídico; por tanto, el daño antijurídico se atribuye al Estado, en virtud el principio de solidaridad, aquello que representa la ruptura del equilibrio de las cargas públicas en cumplimiento de una actividad legal y legítimamente

<sup>96</sup> FORSTHOFF, Ernst. Tratado de Derecho Administrativo. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1958. Pág. 467.

<sup>97</sup> Ob cit. Pág. 467.

<sup>98</sup> “También ha determinado la Sala la imputabilidad al Estado por los daños sufridos por quienes son sometidos a la exposición a un riesgo de naturaleza excepcional, creado por la administración en cumplimiento del deber constitucional y legal de proteger a la comunidad en general. Para que el hecho violento del tercero pueda ser imputable al Estado, se requiere que éste haya sido dirigido contra un establecimiento”<sup>98</sup>. Sección Tercera, sentencia de 5 de diciembre de 2006. Radicado: 28459.

<sup>99</sup> “la teoría del daño especial, contando con el substrato de la equidad que debe inspirar toda decisión judicial, se vale de la igualdad para fundamentar las soluciones que buscan restablecer el equilibrio ante las cargas de la administración en situaciones concretas, objetivo que se alcanza gracias a la asunción del principio de solidaridad como argumento de impulsión de la acción reparadora del Estado, como se observará al momento de considerar el caso concreto”. Sección Tercera. Sentencia de 3 de mayo de 2007. Radicado: (16696)

<sup>100</sup> Sección Tercera, sentencia del 13 de diciembre de 2005. Expediente: 24671.

<sup>101</sup> Al respecto Michell Paillet, sostiene: “Esta condición es la traducción obligada de la idea según la cual solo hay carga pública cuando el que reclama una compensación ha padecido una suerte más desfavorable que implican los inconvenientes normales de la vida en sociedad. Esta, en efecto, procura ciertas ventajas y sus posibles inconvenientes deben ponerse en la balanza: para que esta especie de balance sea desequilibrado es necesario que el perjuicio causado por la Administración Pública sea verdaderamente anormal y que no constituya “una carga que incumbe normalmente al interesado” (sentencia Couiteas, pret.)” PAILLET, Michell. La Responsabilidad Administrativa. Universidad Externado, Bogotá, 2001. Pág. 220.



amparada. Sobre la aplicación del daño especial en materia de atentados terroristas el precedente de la Sala indica:

“Las explicaciones que se dieron en el capítulo anterior sobre el daño especial como título de imputación por ataques terroristas, permiten deducir la responsabilidad del Estado a partir del resultado dañoso, superior al que ordinariamente deben soportar y diferente del que asumen los demás pobladores, y proveniente del enfrentamiento armado entre las fuerzas del orden y el grupo subversivo de quien provino el ataque terrorista. Si bien como consecuencia de dicho enfrentamiento se causaron daños a los inmuebles contiguos al sitio de ubicación de la estación de policía, objeto central del atentado, la actuación de la fuerza pública fue legítima, en cuanto se desarrolló en cumplimiento de su obligación constitucional de defender la vida y los bienes de los administrados (...)”<sup>102</sup>

6.26.- Es la ruptura del equilibrio las cargas públicas, y la solidaridad como trasfondo filosófico que la orienta, el eje de la atribución de responsabilidad en estos casos, pues comprendida dentro del marco del Estado Social de Derecho, -y consagrada normativamente en el artículo 1º constitucional<sup>103</sup>- resulta razonable imponer al Estado, en representación de la sociedad, la obligación de indemnizar a quienes materialmente se han visto afectados con el despliegue de una acción desplegada por grupos armados insurgentes, pues en virtud de dicho fin constitucional *“al Estado le corresponde garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, y para ello debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de inferioridad, (...) a través de la inversión en el gasto social, [o] adoptando medidas en favor de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.”*<sup>104</sup>

6.27.- El daño especial, como régimen de responsabilidad ha sido elaborado a partir de la concepción de igualdad de las cargas públicas que pesan sobre los administrados; esto implica considerar *i)* que las cargas ordinarias o normales que se aplican sobre todos los ciudadanos o sectores específicos de ellos deben ser asumidas como un sacrificio o carga ordinaria frente al Estado, pero *ii)* los sacrificios particulares a que se vea abocado un ciudadano a consecuencia de un acción lícita del Estado corresponde a

<sup>102</sup> Sección Tercera. Sentencia de 2 de octubre de 2008. Radicado: 52001-23-31-000-2004-00605-02 (AG).

<sup>103</sup> Constitución Política. Artículo 1º. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

<sup>104</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-237/1997. M.P.: Carlos Gaviria Díaz. Y continúa la sentencia indicando: “Es claro que el Estado no tiene el carácter de benefactor, del cual dependan las personas, pues su función no se concreta en la caridad, sino en la promoción de las capacidades de los individuos, con el objeto de que cada quien pueda lograr, por sí mismo, la satisfacción de sus propias aspiraciones.”



una situación anormal que amerita ser compensada; así las cosas, aquí se prescinde por completo de la noción de actividad riesgosa.

## **7.- El juicio de atribución de responsabilidad en el caso concreto.**

7.1.- Acreditado está en el expediente que el 25 de marzo de 2000 en el Municipio de Leiva se presentó una incursión del grupo armado insurgente FARC en horas de la tarde, atacando, entre otros sitios, las instalaciones de la Estación de Policía del Municipio. Como consecuencia del cruce de disparos entre agentes del orden, insurgentes y fuerza aérea se tuvo noticia de la muerte<sup>105</sup> y lesiones de población civil y afectaciones a inmuebles.

7.2.- Tales cuestiones se encuentran acreditadas a partir de las declaraciones testimoniales de Ricaurte Muñoz Bastidas, Francisco Fandiño Castro y Pedro Bolaños Ortega quienes de manera coherente expusieron sobre la llegada de los miembros del grupo armado insurgente FARC, los ataques contra el puesto de policía y las población civil así como la posterior llegada de apoyo aéreo a través del “avión fantasma”.

Así, Ricaurte Muñoz Bastidas manifestó:

“Ese día era sábado yo me encontraba jugando chaza en la calle en el parque principal, era aproximadamente las cinco de la tarde cuando llegaron unas camionetas al parque y se bajaron unas personas vestidas de militares eran camuflados y se atrincheraron en los muros que hay en el parque y de una empezaron a disparar, ya me di cuenta que era un (sic) toma y que era la guerrilla porque empezaron a disparar al puesto de Policía y yo de ver esto me corrí para mi casa que queda al frente (sic) del parque y ahí (sic) nos metimos bastantes personas a protegernos de las balas, a eso de las doce de la noche llegó un guerrillero que dijo que era Comandante muy altanero y se metió a mi casa por la parte de atrás y me dijo que yo era militar y toda la gente le dijo que no que yo era un civil y me iba a matar y ahí me encontraba con toda mi familia y de ahí se pasó a la casa enseguida que es la de mi cuñado Cleofas Tumbajoy, en la terraza de mi casa habían subido como 10 guerrilleros, habían colocado una escalera y toda la gente le suplicábamos que nos sacaran porque ese guerrillero nos decían (sic) que ahí nos iban acabar a todos y yo le suplicaba que sacar a mi hermana, a mi cuñado y a los niños porque los guerrilleros querían pasar era por los techos de las casas y llegar al puesto de Policía y no nos dejaba salir y luego llegó otro guerrillero joven y le suplicamos que nos dejaran salir y nos dijo que le iba a decir a otro comandante (sic) que se encontraba en el parque y ya llegó y le habían dado la orden y nos dejó salir a los que estábamos ahí y a mi cuñado y su familia y dejaron esas casas de ese lado desocupaditas (sic) a todos nos sacaron, después el

---

<sup>105</sup> El Ministerio de Defensa – Policía Nacional allegó al expediente copia de varias piezas procesales del expediente 21408 (Demandante: Eudes Castro Rodríguez y otros contra Nación – Ejército Nacional y otros) que versó sobre la responsabilidad de los demandados por la muerte de Concepción Bolaños Palacios ocurrida en la madrugada del 26 de marzo de 2000 en el Municipio de Leiva. Dentro de esta causa se logró acuerdo conciliatorio entre la parte actora y el Ministerio de Defensa – Policía Nacional el cual fue aprobado mediante auto de 29 de noviembre de 2002 (fls 84-114, c1).



bombardeo era duro, a eso de las 7 de la mañana del día domingo regresamos a nuestras casas y ya las encontramos destruidas, la mía había volado todo el techo y la de mi culado (sic) totalmente en el suelo, esa la acabaron todito, esa era de terraza y la utilizaron para lanzar cilindros y al parecer ahí se les estalló unos cilindros y parece que ahí mueron (sic) unos guerrilleros porque nos había sangre.

De igual manera el testigo Francisco Fandiño Castro declaró:

“(…) ese día se entró la guerrilla de las FARC a esta población, yo me encontraba en mi casa de habitación ubicada al respaldo de la casa del señor Cleofas Tumbajoy, empezó el tiroteo a eso de las 5 y 15 minutos de la tarde, era de día, ya en horas de la noche ya empezaron a tirar cilindros (sic) de gas, porque ya se empezó a escuchar las explosiones y de mi casa se miraba que se levantaba tierra humo y candela, todo era dirigido al puesto de Policía, más o menos al amanecer llegó el avión fantasma y este avión empezó fue a bombardear (sic) el pueblo más que todo a las cuadras que quedan al rededor (sic) del puesto de Policía, cuando ya me salí de mi casa miré muchas casas destruidas, unastotalmente entre ellas la más afectada la del señor Cleofas Tumbajoy, que queda ubicada al frente del parque princila (sic)” (fl 57, c2)

Y Pedro Bolaños Ortega señaló:

“Ese día yo me encontraba en mi casa ubicada una cuadra del parque principal, yo miré cuando la guerrilla llegó a la camcha (sic) y entraron (sic) al pueblo corriendo y apenas entraron inició la balacera, yo me quedé en mi casa y durante toda la noche hubo combate, se sentía que explotaban cilindros y ya a media noche se sentía el avión fantasma y se sentía que el avión disparaba por las calle (sic) y al otro día a eso de las seis y media o siete de la mañana salí al centro del pueblo y ya miré que la mayoría de las casas que están ubicadas al rededor (sic) de la Estación de Policía estaban destruidas, y una de ellas era la casa del señor Cleofas Tumbajoy” (fl 59, c2)

Conjuntamente valora la Sala lo informado por la Fuerza Aérea Colombiana en Oficio No. 0874 JEMFA-IGEFA-FACCDJ-725 de 10 de junio de 2004 donde informa sobre los hechos en los siguientes términos:

“(…) le comunico que la Fuerza Aérea Colombiana en cumplimiento de la misión constitucionalmente asignada (Art. 217 CP) y del deber, teniendo en cuenta la capacidad operativa necesaria para neutralizar la actividad terrorista de la ONT-FARC, en unas coordenadas específicas preestablecidas (sic) del área general de ese Municipio, considerando siempre la protección de la población civil y sus bienes, efectuándose operación de apoyo a la Policía Nacional destacada en la población de Leyva (sic) – Nariño logrando evacuar exitosamente un personal herido, brindar un apoyo efectivo al personal de la Fuerza Pública y protegiendo a la población civil de la acción terrorista del grupo subversivo.

Vale la pena mencionar, que las operaciones realizadas por los aviones AC-47 y todas las demás operaciones aéreas llevadas a cabo por la Fuerza Aérea, obedecen a un planeamiento serio, ordenado y responsable que tiene como objetivo primordial neutralizar a aquellos actores armados ilegales que subvierten el orden público. Ninguna aeronave de la Fuerza Aérea sale a vuelo sin una orden firmada por la autoridad competente. Así mismo, existe contacto radial permanente con el centro de Comando y Control de la Fuerza Aérea desde el cual, si es del caso, se amplía la información de inteligencia y toda aquella información adicional que pueda requerir la tripulación para el cumplimiento de la misión.

(…)” (fl 3, c3).



Adjunto al oficio citado se remitió copia de la solicitud de apoyo aéreo No. 035/AINPO-DIPON del 26 de marzo de 2000 a la 1.17 horas del área de información estratégica policial dirigido al Estado Mayor Conjunto donde se pide apoyo aéreo a la estación de policía de Leiva ubicada en ese Municipio del Departamento de Nariño, anotándose que la clase de requerimiento era para transporte (fl 5, c3).

7.3.- Existe, entonces, una clara y ponderada narrativa del caso que surge de la valoración de los elementos de prueba que informan el *sub judice*, tales elementos permiten dar por acreditado con fuerza de verdad judicial que el bien inmueble de propiedad del demandante Cleofas Tumbajoy Alarcón fue destruido como consecuencia de las hostilidades que se registraron para el 25 de marzo de 2000 en el Municipio de Leiva, Nariño durante la incursión violenta del grupo armado insurgente FARC, sin que se cuente con referente probatorio alguno que arroje luz a esta judicatura sobre quien, concretamente, causó el daño padecido por el accionante.

7.4.- Sin embargo, no queda duda que este ocurrió como consecuencia directa del enfrentamiento armado entre la fuerza pública e insurgentes, esto es, en el marco de un suceso propio del conflicto armado interno.

7.5.- Fijadas, como quedaron, las premisas fácticas que cuentan con apoyo probatorio en este juicio contencioso se sigue que en este caso no se encuentra probada la falla del servicio, esto es, el incumplimiento de deberes normativos a cargo del Ministerio de Defensa –Policía Nacional y Fuerza Aérea de Colombia, pues no se evidenció que las entidades demandadas tuvieron (o debieran tener conocimiento en razón a la situación de orden público) conocimiento previo de la acción desplegada por el grupo armado insurgente y en cuanto hace al alegato de que los daños ocurrieron como consecuencia de la acción desplegada por el “avión fantasma” de la Fuerza Aérea, la Sala, aparte de las declaraciones testimoniales ya citadas, no encuentra referentes que le lleven a decir que ésta desarrolló acción bélica contra miembros y/o bienes de la población civil pues sólo se encuentra en el plenario una solicitud de apoyo aéreo referido a transporte.

7.6.- Ahora, en este último punto, aun cuando esta Subsección en reiteradas ocasiones<sup>106</sup> se ha pronunciado y ha declarado la responsabilidad del Estado por

---

<sup>106</sup> Cfr. entre otras las siguientes sentencias de esta Subsección: 9 de mayo de 2012 (20334), 22 de octubre de 2012 (24070), 7 de noviembre de 2012 (22377), 27 de febrero de 2013 (24734), 12 de febrero de 2014 (26013), 26 de marzo de 2014 (29129), 9 de julio de 2014 (30823), 26 de febrero de 2015 (28666), 13 de abril de 2015 (33000).



violación al principio de distinción, del derecho internacional humanitario, es claro que en este caso no hay lugar a abordar tal punto pues, reitera, no se cuenta con elementos de juicio que den sustento a la alegación planteada en el escrito de demanda dado el pobre acervo probatorio que alimenta esta causa judicial.

7.7.- Así las cosas, se pasa a analizar la responsabilidad a partir del criterio de imputación del riesgo excepcional, respecto del cual la Sala no encuentra fundamento para ser aplicado dado que no se evidencia actuación alguna de la administración que hubiese sido generadora de un riesgo de naturaleza anormal, pues la Estación de Policía se encontraba en ese lugar cumpliendo el deber constitucional de propender por 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.”* (Artículo 218 constitucional), y si bien de los medios de prueba aportados se encuentra

---

Sobre el principio de distinción esta Subsección ha sostenido:

“65.3 La Sub-sección C en la sentencia de 25 de abril de 2012 [expediente 22377] consideró la falla del servicio por vulneración del principio de distinción consagrado en el derecho internacional humanitario. Dentro del catálogo de principios reconocidos por los instrumentos de Derecho Internacional Humanitario está previsto el principio de distinción<sup>106</sup>, según el cual “las partes dentro de un conflicto armado deberán distinguir entre población civil y combatientes y entre bienes civiles y objetivos militares”<sup>106</sup>. Dicho principio se justifica en la necesidad de que “las hostilidades se libren entre combatientes y contra objetivos militares para que en ninguna circunstancia afecten a los no combatientes y a los bienes civiles”<sup>106</sup>.

65.3.1 El Protocolo I Adicional a los IV Convenios de Ginebra<sup>106</sup> establece el principio de distinción en relación con los bienes militares y civiles en los siguientes términos:

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

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

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

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

65.3.2 Si bien el Protocolo II Adicional a los IV Convenios de Ginebra no contienen expresamente la prohibición de atacar a bienes civiles<sup>106</sup>, ésta ha sido incorporada en varios instrumentos de Derecho Internacional Humanitario aplicables a conflictos armados internos. En efecto, los artículos 3.7 del Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos enmendado el 3 de mayo de 1996<sup>106</sup> y 2.1 del Protocolo III sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias<sup>106</sup> establecen la prohibición de atacar bienes civiles.

65.3.3 Así mismo, la Resolución 1265 de 1999 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas condenó todos los ataques dirigidos en contra de bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario<sup>106</sup>.

65.3.4 Así las cosas, tal como lo ha señalado la Corte Internacional de Justicia, el principio de distinción pretende “la protección de la población civil y de objetos civiles, y establece la distinción entre combatientes y no combatientes; los Estados nunca pueden hacer a los civiles objeto de ataques, y en consecuencia nunca pueden utilizar armas que sean incapaces de diferenciar entre objetivos civiles y militares”<sup>106</sup>.

65.3.5 Así, además de estar previsto en normativa de Derecho Internacional Humanitario, el principio de distinción constituye una norma consuetudinaria e integra el *ius cogens*<sup>106</sup>. En relación con el principio de distinción, la Corte Constitucional ha señalado que “es obligación de las partes en un conflicto el esforzarse por distinguir entre objetivos militares y personas o bienes civiles”<sup>106</sup>. En este sentido, Los bienes civiles son “aquellos bienes que no pueden ser considerados legítimamente como objetivos militares”<sup>106</sup>; los objetivos militares, por su parte, son “aquellos bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida”<sup>106</sup>.

65.3.6 Por último, resulta pertinente resaltar que en pretéritas ocasiones la Sección Tercera ha establecido que las vulneraciones a principios del Derecho Internacional Humanitario constituyen supuesto suficiente para declarar la responsabilidad del Estado con fundamento en el título de imputación “falla del servicio”<sup>106</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 9 de julio de 2014, Exp. 30823.





que los insurgentes atacaron, entre otras edificaciones, la de la Policía Nacional, no puede señalarse, por ese solo hecho, que se expuso a un riesgo anormal o superior a la víctima.

7.8.- Por ende, lo procedente es atribuir la responsabilidad al Ministerio de Defensa – Policía Nacional con sustento en el criterio de imputación del daño especial, dada la desproporcional ruptura de las cargas públicas, que se manifiesta en tener que soportar, de manera singular, un ataque de tal naturaleza, que no puede catalogarse como *una carga* “normal” u “ordinaria” de la vida en sociedad, por el contrario resulta claro que la destrucción del inmueble de propiedad de Cleofas Tumbajoy Alarcón permite ser catalogado bajo las notas distintivas de anormalidad y especialidad, y aun cuando desde una perspectiva causal no existe certidumbre si el hecho dañoso tuvo su génesis material en la acción desplegada por el grupo armado insurgente, lo que a la postre llevaría a plantear *prima facie* la existencia del hecho de un tercero, la Sala rechaza este planteamiento dada la aplicación de la solidaridad como criterio normativo generador de la imputación de la responsabilidad, como se puso de presente anteriormente, máxime si se tiene en cuenta que se trató de una acción armada dirigida contra la población civil y, particularmente, contra la Estación de Policía ubicada en el Municipio de Leiva.

7.9.- Y es que no pierde de vista la Sala las particularidades que rodean el sub judice toda vez que se trata de una víctima civil en el marco de las acciones del conflicto armado interno situación que la ubica como sujeto de especial protección convencional y constitucional, por lo cual debe la Sala apelar, de la mano de los principios de solidaridad y de igualdad material, al expediente de la responsabilidad objetiva por daño especial para compensar las injustas pérdidas, en este caso patrimoniales, que padeció el actor civil por cuenta de la confrontación, entre la insurgencia y la fuerza pública estatal, que tuvo lugar en el Municipio de Leiva para la data antes indicada. Téngase en cuenta que esas peculiaridades llevan también a precisar la excepcionalidad con la que opera este reconocimiento objetivo de atribución de responsabilidad, no siendo regla general en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.

7.10.- Así resultaría, cuanto menos, desproporcionado excusar como ‘carga propia’ que deba ser asumida por cada individuo el saberse perjudicado por las acciones propias del conflicto, pues nótese cómo el ciudadano, que se presenta inerme ante los armados,



ve afectados sus legítimos derechos e intereses por una situación que sólo encuentra razón de ser a la luz de la situación histórica de conflicto que se vivenció para esa época en el territorio nacional y ante esa realidad peculiar y propia la jurisprudencia, en reconocimiento claro y expreso a los imperativos que emanan de la cláusula social del Estado<sup>107</sup>, ha adscrito un deber compensatorio o resarcitorio fundado en las razones que proveen la igualdad material y la solidaridad como sustratos argumentativos de este régimen objetivo. Por consiguiente, el deber de asegurar una existencia digna a la persona en el marco de la comunidad organizada impone concluir que ante la situación de aquellos que han visto gravemente comprometida su situación vital por cuenta de las acciones propias del escenario armado el Estado no puede permanecer indiferente, asumiendo a su cargo deberes reparatorios.

7.11.- Quiere todo ello decir que se incurriría en un grave déficit de protección a los bienes jurídicos del actor el que se deniegue la responsabilidad del Estado en un asunto como el que ahora ocupa la atención pues pese a no probarse los elementos que lleven a sustentar la motivación de la atribución del daño en el incumplimiento de deberes normativos y existir un contexto de incertidumbre cognoscitiva sobre la autoría de los daños causados, ello no es razón necesaria ni suficiente habida cuenta del bien formado criterio jurisprudencial prohijado por esta Corporación de tiempo atrás en cuanto hace al daño especial como uno de los fundamentos de motivación que pueden ser adscritos a la interpretación garantística que emana del artículo 90 constitucional, entendido éste en el contexto de un ordenamiento jurídico volcado al reconocimiento central de los derechos de la persona, como derechos primarios, y el deber de reparar, como remedio secundario, en caso de ocurrir afectación antijurídica a aquellos.

7.12.- Por lo expuesto, la Sala afirma la imputación de responsabilidad a la demandada por los daños padecidos por Cleofas Tumbajoy Alarcón en los hechos ocurridos en el

---

<sup>107</sup> Averiguado se tiene que bajo los postulados del “Estado Social” la dignidad humana, el principio de la solidaridad, la consecución del interés general y el compromiso con la efectividad de los principios, derechos y deberes reconocidos por el orden jurídico, cuyo fundamento positivos se ubica en el preámbulo y los artículos 1° y 2° constitucionales, vienen a erigirse en obligado marco normativo de referencia dotado de eficacia jurídica vinculante para toda autoridad estatal e, inclusive, particulares.

No es más que la obligada traducción e incorporación al sistema jurídico, bajo las formas de acción y principios tutelares del Estado de Derecho, de fines teleológicos de orden material como son las preocupaciones por proveer estándares de desarrollo vital digno acorde a un mínimo existencial, la realización de la igualdad en términos sustantivos comprometiendo la acción gubernamental en favor de quienes se ubican en condiciones de desigualdad manifiesta, el deber de intervención a los fines de garantizar un orden económico y social justo y orientado hacia la satisfacción del interés general y el reconocimiento y garantía de derechos sociales como auténticos derechos subjetivos justiciables que ligan al Estado a la ejecución de prestaciones positivas de orden fáctico [hacer positivo] o normativo [institucionalización de procedimientos e instancias].



Municipio de Leiva el 25 de marzo de 2000.

Pasa la Sala a pronunciarse sobre la reparación de perjuicios.

## **8.- Los perjuicios solicitados en la demanda.**

En el escrito de demanda se solicitó el reconocimiento de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, los cuales fueron tasados en una suma de trescientos millones de pesos (\$300.000.000). Por concepto de daño emergente, consistente en el valor del inmueble y los muebles destruidos, se cuantificó un monto de doscientos veinte millones de pesos (\$220.000.000) mientras que por lucro cesante causado o pasado se solicitó el pago de veintiséis millones de pesos (\$26.000.000) y por futuro la suma de cincuenta y cuatro millones de pesos (\$54.000.000).

### **8.1.- Perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente.**

8.1.1.- El daño emergente, en general, consiste en aquella mengua del patrimonio económico de un sujeto de derecho con ocasión de un daño. El Código Civil entiende por daño emergente *“el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación...”* (Art. 1614), noción que resulta perfectamente extrapolable a otros ámbitos diversos a lo contractual. En este caso lo que constituye el objeto de la indemnización son las sumas de dinero que debe asumir el afectado con un daño para resarcir o subsanar la situación desfavorable en que se encuentra con ocasión de dicho suceso<sup>108</sup>.

8.1.2.- Asimismo, se configura en la disminución específica, real y cierta del patrimonio, representada en los gastos que los damnificados tuvieron que hacer con ocasión del evento dañino<sup>109</sup>, en el valor de reposición del bien o del interés destruido o averiado<sup>110</sup> o en la pérdida del aumento patrimonial originada en el hecho que ocasionó el daño<sup>111</sup>, pero en todo caso significa que algo salió del patrimonio del víctima por el hecho dañino y debe retomar a él, bien en especie o bien en su equivalente para que las cosas vuelvan a ser como eran antes de producirse el daño.

---

<sup>108</sup> “El daño emergente supone, por tanto, una pérdida sufrida, con la consiguiente necesidad para el afectado de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se ha perdido. El daño emergente conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima. Cosa distinta es que el daño emergente pueda ser tanto presente como futuro, dependiendo del momento en que se haga su valoración.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 13168.

<sup>109</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección tercera, sentencia de 24 de octubre de 1985, expediente 3796.

<sup>110</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 27 septiembre 1990, expediente 5835.

<sup>111</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 24 octubre 1985, expediente 3796.



8.1.3.- En conclusión “El daño emergente supone, por tanto, una pérdida sufrida, con la consiguiente necesidad —para el afectado— de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se ha perdido. El daño emergente conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima. Cosa distinta es que el daño emergente pueda ser tanto presente como futuro, dependiendo del momento en que se haga su valoración”<sup>112</sup>

8.1.4.- El perjuicio tiene lugar en la modalidad de consolidado o futuro según sea el momento de su causación. Así, cuando el daño emergente se origina dentro del término comprendido entre la ocurrencia del hecho dañino y el pronunciamiento judicial, éste quedará consolidado con la liquidación que en la sentencia se haga<sup>113</sup>. Por el contrario, el daño emergente futuro es la erogación que el juez prevé en la sentencia, para que se concrete con posterioridad. Todo lo anterior debe estar debidamente probado en el plenario.

8.1.5.- Dicho lo anterior y revisado el pedimento de la parte demandante, la Sala constató que el señor Cleofas Tumbajoy Alarcón es propietario de un bien inmueble ubicado en el Municipio de Leiva el mismo que fue destruido durante el ataque ocurrido el 25 de marzo de 2000 por miembros del grupo armado insurgente FARC. Sin embargo, en el expediente no obra prueba alguna que ilustre a la Sala sobre la repercusión económica que tuvo para el demandante este hecho dañoso, es decir, la destrucción de su inmueble y la pérdida de los muebles.

8.1.6.- En este orden de ideas, se encuentra la Sala frente a un evento en el cual tiene certeza sobre el daño no así de la entidad patrimonial del mismo, razón por la cual se dictará condena *in genere*, de que trata el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo<sup>114</sup>, para que, por vía de trámite incidental, se determine con acopio de los elementos de juicio pertinentes la cuantificación del daño irrogado, según las siguientes

<sup>112</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 4 diciembre 2006, expediente 13168; Sección Tercera, sentencia de 2 mayo 2007, expediente 15989.

<sup>113</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 1994, expediente 9009; Sección tercera, sentencia de 27 de noviembre de 1992, expediente 6855.

<sup>114</sup> Código Contencioso Administrativo. Artículo 172. Las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, impuestas en auto o sentencia, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se hará en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental, en los términos previstos en los artículos 178 del Código Contencioso Administrativo y 137 del Código de Procedimiento Civil.

Cuando la condena se haga en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de aquel o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso. Vencido dicho término caducará el derecho y el Juez rechazará de plano la liquidación extemporánea. Dicho auto es susceptible del recurso de apelación.



directrices que serán consideradas conjuntamente con los medios probatorios que obran en este expediente: i) se practicará un dictamen pericial para que determine, con apego a la realidad probatoria, la cuantía de la construcción del bien inmueble de propiedad de los demandantes, suma que debe ser actualizada con base en el índice de precios del consumidor y hasta que se apruebe la liquidación respectiva, con fundamento en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, ii) en el dictamen se deberá expresar los fundamentos técnicos empleados, iii) se tendrá en cuenta que para el 15 de julio de 1993, fecha en que se suscribió la escritura pública No. 243 de la Notaría Única de Taminango mediante la cual el Municipio de Leiva enajenó el inmueble al demandante, el valor del bien inmueble era de un millón quinientos mil pesos (\$1.500.000)<sup>115</sup>, incluyendo lote y las mejoras construidas en el mismo, según avalúo realizado en esa ocasión y iv) No se deberá tener en cuenta el valor económico del lote toda vez que Cleofas Tumbajoy Alarcón sigue siendo titular del mismo y el hecho dañoso no afectó dicha posición jurídica.

8.1.7.- Por otro tanto, en lo que respecta a los bienes muebles, en el expediente la parte demandante allegó originales o copias de facturas o “cartas de propiedad” de bienes de uso doméstico adquiridos por el demandante (fls 15-25, c1). A continuación se relacionan los bienes cuyo precio se conoce por estar expresado en las referidas facturas:

Bien	Valor	Fecha, Número Factura y Almacén
1 Televisor Inel-Son TC 2080	\$78.505	4 de mayo de 1983, Credicentro Carta de Propiedad No. 00436
3 Camas de madera	\$480.000	15 de enero de 1999, “Crédito Brisas del Valle” Factura No. 061.
3 Colchones Sensaflex	\$720.000	15 de enero de 1999, “Crédito Brisas del Valle” Factura No. 061.
2 Armarios Madera	\$800.000	15 de enero de 1999, “Crédito Brisas del Valle” Factura No. 061.
2 Vajillas	\$120.000	15 de enero de 1999, “Crédito Brisas del Valle” Factura No. 061.
1 Mesa de planchar	\$25.000	15 de enero de 1999, “Crédito Brisas del Valle” Factura No. 061.
1 Televisor Sony 21”	\$850.000	11 de mayo de 1999, “Crédito Brisas del Valle” Factura No. 060.
1 Juego de Alcoba	\$1.500.000	15 de mayo de 1999, “Crédito Brisas del Valle” Factura No. 062.
1 Equipo de Sonido Sony de 5 CD digital	\$1.000.000	15 de mayo de 1999, “Crédito Brisas del Valle” Factura No. 062.
1 Grabadora Aiwa con CD	\$500.000	15 de mayo de 1999, “Crédito Brisas del Valle” Factura No. 062.
1 Comedor de ocho puestos	\$600.000	15 de mayo de 1999, “Crédito Brisas del Valle” Factura No. 062.

8.1.8.- Junto al escrito de demanda también se acompañaron “Cartas de Propiedad” donde se referencian bienes muebles adquiridos por Cleofas Tumbajoy sin indicarse su

<sup>115</sup> Este monto se sigue de lo expresado en el punto tres de la escritura pública de marras donde se lee: “Tercero: que el precio de venta previo avalúo pericial, se ha fijado en la suma de ciento cincuenta mil Pesos (\$150.000) moneda legal colombiana... que representa el 10% del avalúo pericial pagado al Municipio, según lo dispone el artículo cuarto (4) de la Ley 37 de 1959, suma de dinero que declara haber recibido el Municipio.” (fl 13vto, c2).



valor (fls 15-22, c1). Por consiguiente la Sala dispondrá, también, haciendo uso de la figura de la condena *in genere* que por vía de dictamen pericial debidamente sustentado se dé cuenta del valor comercial de los bienes que a continuación se refieren considerando la depreciación de los mismos por su uso y paso del tiempo para, así, determinar el valor que, con alto grado de probabilidad, tenían para el 25 de marzo de 2000 (fecha en que ocurrió el hecho dañoso) debidamente actualizado para el momento en que se dicte el auto de liquidación de condena.

8.1.9.- Los citados bienes son los siguientes:

Bien	Fecha de adquisición	Tiempo transcurrido respecto del hecho dañoso
Televisor Challenger No. 0215	15 de enero de 1984	16 años, 2 meses, 1 semana y 3 días
Congelador Industrial No. 9870	22 de febrero de 1985	15 años, 1 mes y 3 días
Ocho mesas 32A Sillas Metálicas	2 de Agosto de 1987	12 años, 7 meses, 3 semanas, 2 días
Equipo Sonido Challenger No. 1010	28 de abril de 1988	11 años, 10 meses, 3 semanas, 5 días
Estufa Haceb No. 0920	15 de mayo de 1986	13 años, 10 meses, 1 semana, 3 días

8.1.10.- En este orden de ideas, como a esta altura procesal no se tiene certidumbre sobre la cuantificación económica de los bienes muebles de propiedad de Tumbajoy Alarcón y que fueron destruidos o perecieron en los hechos de marras, la Sala acudirá de nuevo a una condena en abstracto para que por vía de incidente de liquidación, se tase el monto de este perjuicio. Para el efecto se seguirán las siguientes pautas de liquidación: i) Los bienes muebles objeto de liquidación serán aquellos que están referidos o mencionados en las facturas o cartas de propiedad aportadas por el demandante en este juicio contencioso; con otras palabras, no hay lugar a reclamar en el trámite incidental bienes muebles diferentes a los aquí considerados, ii) la parte demandante debe acreditar la preexistencia de los bienes muebles al 25 de marzo de 2000, de lo contrario no se reconocerá su valor económico; iii) se designará perito encargado de valuar económicamente los bienes tomando en consideración el tiempo transcurrido entre la fecha de adquisición y el 25 de marzo de 2000, su depreciación y el valor de uso; iv) el perito deberá exponer la razón de su dicho, los fundamentos técnicos, científicos o económicos empleados para la emisión de su dictamen y basará su dictamen sobre los hechos probados debidamente en el proceso.

## **8.2.- Perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.**

8.2.1.- Es el artículo 1614 del Código Civil el que establece la disposición normativa respecto de la indemnización de perjuicios materiales a título de lucro cesante, ubicado



dentro del Libro IV del Código relativo a las obligaciones y los contratos. En dicho artículo el Código define el lucro cesante como “la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento.”. A partir de allí, queda claro que la indemnización de perjuicios abarca el aumento patrimonial que fundadamente podía esperar una persona de no ser por haber tenido lugar, en el caso de la responsabilidad extracontractual, el hecho dañoso, por lo tanto este perjuicio se corresponde con la idea de ganancia frustrada<sup>116</sup>. Al respecto esta Corporación ha sostenido:

“En cuanto al lucro cesante esta Corporación ha sostenido reiteradamente, que se trata de la ganancia frustrada o el provecho económico que deja de reportarse y que, de no producirse el daño, habría ingresado ya o en el futuro al patrimonio de la víctima. Pero que como todo perjuicio, para que proceda su indemnización, debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a reparación alguna<sup>117</sup>.

Así las cosas, este perjuicio, como cualquier otro, si se prueba, debe indemnizarse en lo causado.”<sup>118</sup>

8.2.2.- En cualquier caso, la indemnización por concepto de lucro cesante no constituye sanción alguna, ya que su vocación es el restablecimiento del equilibrio económico derivado del daño antijurídico producido e imputado al responsable, cuya causación se cuantifica desde la fecha de los hechos<sup>119</sup>.

8.2.3.- En este asunto el demandante hace consistir el lucro cesante en las pérdidas económicas del establecimiento de comercio que funcionaba en el predio de su propiedad. Sin embargo, echa de menos la Sala libros de contabilidad, declaraciones de renta y/o cualquiera prueba que ilustre referentes objetivos que le permitan determinar las utilidades que le reportaba esta actividad comercial para el señor Cleofas Tumbajoy. Por consiguiente, se denegará la pretensión indemnizatoria que por lucro cesante solicitó el actor.

**9. Costas.** Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el sub lite, ninguna

<sup>116</sup> Esta Corporación ha sostenido esta idea de lucro cesante. Puede verse, por ejemplo, la sentencia de 6 de febrero de 1986. C.P.: Julio Cesar Uribe Acosta Rad. 3575, en donde se dijo: “El lucro cesante, [es] entendido como la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia del hecho ilícito”.

<sup>117</sup> Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 de mayo de 2007. Exp. 15989. C.P.: Mauricio Fajardo y de 1 de marzo de 2006. Exp. 17256. M.P.: María Elena Gómez Giraldo.

<sup>118</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 7 de julio de 2011. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa Exp. 18008.

<sup>119</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 14 de noviembre de 1967, expediente 718.



procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de 2 de febrero de 2007 dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño que desestimó las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO: DECLARAR** administrativa y extracontractualmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional por los daños causados a Cleofas Tumbajoy Alarcón en los hechos sucedidos el 25 de marzo de 2000 en el Municipio de Leiva.

**TERCERO: CONDENAR** a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional en abstracto al pago de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente por la destrucción del bien inmueble y de otros bienes muebles a favor de Cleofas Tumbajoy Alarcón en los términos señalados en los numerales 8.1.6 y 8.1.10 de la parte considerativa de esta providencia.

**CUARTO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**QUINTO: ABSTENERSE** de condenar en costas.

**SEXTO: DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen, una vez en firme esta providencia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**  
Magistrado Ponente

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**  
Magistrado  
Salvamento de Voto Cfr. Rad. 36343#1/16

**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**  
Magistrado