



**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: 68001231500019990233001 (34928)

Actor: Martha Cecilia Jaimes Jerez y Otros

Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional –Policía Nacional

Asunto: Acción de reparación directa (Sentencia)

Descriptor: Se declara la responsabilidad del Estado por lesiones a civiles en toma de grupo armado insurgente a Municipio de Guaca por acreditarse en debida forma los daños antijurídicos consistentes en las lesiones sufridas por civiles imputables a la demandada por ocurrir una violación a los deberes normativos de seguridad y protección, esto es, a partir de la falla del servicio como motivación para la imputación. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado; **Restrictor:** Daño antijurídico; La imputación de responsabilidad tratándose de daños causados por las acciones de grupos armados insurgentes; el juicio de imputación en el caso concreto; Reparación de perjuicios.

Procede la Sala de Subsección a decidir el presente asunto, correspondiente al recurso de apelación promovido por la parte demandante contra la sentencia de 29 de junio de 2007 dictada por el Tribunal Administrativo de Santander que desestimó las pretensiones de la demanda.

1.- La demanda.

Fue presentada el 4 de octubre de 1999 (fls 50-57, c1) por Martha Cecilia Jaimes Jerez y Otros, quienes actúan 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 administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional por las lesiones causadas a Martha Cecilia Jaimes Jerez, Misael Jaimes Solano, Benito Delgado Niño y Víctor Julio Chipagra Barajas y, consecuentemente, se les 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:

El 11 de diciembre de 1997 en el Municipio de Guaca, miembros del grupo armado insurgente Farc incursionaron en dicha población presentándose un enfrentamiento



entre los insurgentes y efectivos de la Policía Nacional. Como consecuencia de ello se causaron lesiones a Martha Cecilia Jaimes Jerez, Misael Jaimes Solano, Benito Delgado Niño y Víctor Julio Chipagra Barajas.

2. Actuación procesal en primera instancia

2.1.- El Tribunal Administrativo de Santander mediante proveído de 4 de agosto de 2000 admitió la demanda (fls 62-63, c1), la cual fue notificada personalmente al Ministro de Defensa, por conducto del Comandante del Departamento de Policía de Santander, el 15 de septiembre de 2000 (fl 64, c1).

2.2. Dentro de la oportunidad legal, la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional expuso los, que en su criterio, son los elementos de la responsabilidad del Estado y, seguidamente, alegó que debía acreditarse la veracidad de los hechos plateados en la demanda (fl 74-75, c1).

2.3.- Mediante auto de 22 de junio de 2001 (fls 77-79, c1) se inició el periodo probatorio, seguidamente en proveído de 3 de mayo de 2006 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, oportunidad aprovechada por ambas partes (fls 345-351 y 352-356, c1). El Agente del Ministerio Público guardó silencio.

3.- Sentencia de primera instancia.

3.1.- El 29 de junio de 2007 (fls 357-373, c1) el Tribunal dictó sentencia en la que desestimó las pretensiones de la demanda.

3.2.- Luego de identificar las lesiones sufridas por cada una de las víctimas directas el *a-quo* consideró que el régimen de responsabilidad objetiva por daño especial no resultaba aplicable en este asunto al encontrar que los afectados se encontraban fortuitamente en un local contiguo a las instalaciones atacadas *“diferente a aquellas personas que en forma permanente (...) se hallan en cercanías a las instituciones representativas del Estado y, por ende, sometidas continuamente al peligro de ser afectadas con los actos delictivos intentados contra éste.”*. Apuntó, adicionalmente, que respecto de la víctima directa Martha Cecilia Jaimes no se probó con certeza que ésta laborara en la Alcaldía Municipal. Por otro tanto, aunque dio cuenta de un acta de 9 de diciembre de 1997 de la Estación de Policía de Guaca donde se instaba al estricto cumplimiento de las medidas de seguridad por ser aquellas fechas época



conmemorativa de “*muerte de bandoleros*”, consideró que ésta no es equiparable a la previsibilidad o conocimiento previo cuya omisión constituye falla del servicio.

Así las cosas, concluyó el Tribunal, al ser acto sorpresivo e inesperado, la demandada actuó de manera diligente sin que pueda predicarse la existencia de una falla del servicio imputable al Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

4. Recurso de apelación

Contra lo así resuelto la parte demandante (fl 376, c1) se alzó mediante el recurso de apelación, impugnación que fue concedida por el *a-quo* en auto de 16 de noviembre de 2007 (fl 377, c1).

5. Actuación procesal en segunda instancia

1.5.1.- Recibido el expediente en esta Corporación, en auto de 14 de marzo de 2008 se admitió el recurso (fl 387, c1). En providencia de 22 de mayo del mismo año (fl 389, c1) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, guardando silencio las partes. El Agente del Ministerio Público conceptuó favorablemente a los pedimentos de la demanda, solicitando se revoque el fallo de instancia y se acceda parcialmente a las súplicas (fls 391-399, c1).

CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Corporación es funcionalmente competente para conocer del recurso de apelación formulado contra el fallo de 29 de junio de 2007 proferido por el Tribunal Administrativo de Santander 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.C¹., aplicable en sede contencioso administrativo según se dispone en el artículo 267 del C. C. A., el recurso

¹ 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 decisión².

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 Corporación³, 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 congruencia⁴ de la sentencia como el principio dispositivo⁵, 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*

² Sentencia de 31 de enero de 2011, expediente: 15800.

³ Sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera de 9 de febrero de 2012, expediente: 21060.

⁴ 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”.*

⁵ 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.



derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: *‘tantum devolutum quantum appellatum’*⁶ 7. (Subrayado por la Sala)

2.5.- Dicho lo anterior, el recurrente centró su disenso en la denegatoria de pretensiones de la demanda. Argumentó que el fundamento de la indemnización de perjuicios bajo el régimen de responsabilidad por daño especial no está determinado en que el perjudicado “viva o no permanentemente en el sitio donde recibió el perjuicio”, sino en que éste siendo especial y anormal haya roto la igualdad de todos ante las cargas públicas. Considera que como en este asunto el grupo insurgente atacó un establecimiento policial y algunos ciudadanos fueron heridos con motivo de ello, estos no están obligados a soportar ese daño y, por ende, deben ser indemnizados (fls 382-385, c1).

3.- Problema jurídico

3.1.- De lo anterior se puede plantear como problema jurídico si cabe imputar a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional –Policía Nacional responsabilidad administrativa por las lesiones padecidas por Martha Cecilia Jaimes, Misael Jaimes Solano, Benito Delgado Niño y Víctor Julio Chipagra Barajas, en los hechos ocurridos el 11 de diciembre de 1997 en el Municipio de Guaca.

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 extracontractual⁸ y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance

⁶ Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

⁷ Puede verse sentencia de 9 de junio de 2010, expediente: 17605 y 9 de febrero de 2012, expediente: 21060.

⁸ “(...) 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”. MARTÍN 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,



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”⁹; 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 en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”¹⁰; 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”¹¹, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos¹²; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general¹³, o de la cooperación social¹⁴.

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”¹⁵. Así

Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279.

⁹ 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.

¹⁰ 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.

¹¹ “(...) que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.186.

¹² “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.

¹³ 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.

¹⁴ 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.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las



pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado “que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”^{16, 17}

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”¹⁸.

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”¹⁹. Dicho daño tiene

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

¹⁶ 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.

¹⁷ 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 extracontractual¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.



como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable²⁰, anormal²¹ y que se trate de una situación jurídicamente protegida²².

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 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 padece²³. Se trata de un daño que las víctimas Martha Cecilia Jaimes, Misal Jaimes Solano, Benito Delgado Niño y Víctor Julio Chipagra Barajas no estaban llamadas 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

²⁰ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

²¹ "por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio". Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166.

²² Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

²³ "(...) 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.



Derecho²⁴, desde una perspectiva no sólo formal, sino también material de la antijuridicidad²⁵.

4.6.- La Sala, mediante el análisis de los medios de prueba obrantes en el expediente, considera demostrado que el daño antijurídico se produjo como consecuencia de las lesiones causadas a Martha Cecilia Jaimes Jerez, Misael Jaimes Solano, Benito Delgado Niño y Víctor Julio Chipagra en los siguientes términos.

4.7.- En cuanto a Martha Cecilia Jaimes Jerez, se tiene probado que ingresó al Hospital San José de San Andrés, Santander el 11 de diciembre de 1997 “por herida por arma de fuego en muslo y brazo derecho” (fl 280, c1), siendo remitida al Hospital Santo Domingo de Málaga donde se anotó, en la hoja de epicrisis, como diagnóstico definitivo “*H x AF de carga múltiple en tejidos blandos y piel. Sin lesión vascular o nervioso*” (fl 25, c1) y en el acápite de “ordenamiento” se dejó escrito lo que sigue: “*Paciente de 24 años, quien presenta HxAF en muslo derecho región externa y en brazo derecho región externa. E. físico. FC 100X TA 120/80. Heridas en muslo derecho región externa y en antebrazo derecho. sin déficit neurovascular. Se valora por cirugía **considera** solo lesiones en tejidos blandos y piel. Se da salida con analgésicos recomendaciones*”. También consta allí que la atención inició el 12 de diciembre de 1997 y finalizó ese mismo día.

Finalmente, consta un dictamen de lesiones para definir incapacidad elaborado por Médico de Servicio Social Obligatorio del Hospital Santa Ana de Guaca, Santander, donde se lee lo siguiente:

“Narración de los hechos. Refiere que ese día se encontraba trabajando en el segundo piso del palacio municipal fue víctima de esquirlas del ojo izquierdo, brazo derecho, pierna derecha y abdomen. Posteriormente fue llevada al hospital de San Andrés para la atención de urgencias donde es trasladada (sic) al Hospital Santo Domingo de Málaga

²⁴ “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.

²⁵ 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.



para la lectura de rayos x y valoración por cirugía general ya que presentaba herida por arma de fuego en muslo y brazo derecho. se da salida al día siguiente se le dio diagnóstico de herida por arma de fuego de carga múltiple en tejidos blandos y piel sin compromiso vascular o nervioso. Refiere que actualmente presenta disminución de la agudeza visual (sic) y sensación de cuerpo extraño en ojo izquierdo. Niega limitación funcional de algunas de las extremidades.

Antecedentes: Patológicos. Negativos. Quirúrgicos: Laparotomía por herida por arma de fuego hace 21 años. Apendicetomía hace 18 años. Cesárea hace 12 años. Toxicológicos Negativo.

Examen físico.

Cabeza: Ojo izquierdo y derecho: Párpados normales, conjuntiva sin alteración, cornea sin lesión alguna, pupilas isocóricas reactivas fondo de ojo sin alteración agudeza visual, ojo izquierdo 20/30 y ojo derecho 20/25.

Cuello normal

Torax: En dorso se observa 4 cicatrices de 1 cm de longitud.

Abdomen. Se observan cicatrices quirúrgicas a nivel de flancos se observan 2 cicatrices de 1cm en izquierdo y 2 en derecho.

Extremidades: Brazo Derecho; se observan 4 cicatrices de 0.5 cm no deformidad ósea 2 cicatrices de 2 cm y 1 de 1 cm. No limitación funcional.

Resto de examen sin alteración.” (fl 316, c1)

4.8.- En cuanto a Misael Jaimes Solano se cuenta con una constancia expedida por el Director del Hospital Santa Ana de Guaca donde se lee: *“Que el día 11 de diciembre de 1997, fué (sic) atendido en horas de la noche el Señor Misael Jaimes, de 28 años de edad, identificado con la cédula de ciudadanía (...) con el siguiente diagnóstico: Herida en Pierna derecho pro arma de fuego. Fué (sic) remitido al Hospital San Andrés para valoración.”* (33, c1).

Obra también resumen de historia clínica del Hospital San José del Municipio de San Andrés, en los siguientes términos:

“Paciente de 26 años quien consultó por urgencias el diciembre 11 de 1997 por cuadro de 30 minutos de evolución caracterizado por herida por proyectil de arma de fuego en región dorsal de tercio medio, muslo derecho asociado a sangrado y dolor.

Al examen físico signos vitales estables con herida de aproximadamente 3 cm de diámetro en tercio medio de región dorsal muslo derecho, con múltiples esquirlas metálicas, pulsos periféricos disminuidos, no cianosis ni hemorragias o hematomas pulsátiles. Se dio impresión diagnóstica de herida por arma de fuego en muslo derecho, se estabilizó paciente, se hospitalizó, se brindaron antibióticos necesarios, tetanol, analgésicos, durante la estancia hospitalaria se observó (sic) hematoma no pulsátil con ausencia de pulsos tibial posterior y pedio (sic), pulso poplíteo con disminución de intensidad, por lo cual se sospecho (sic) de lesión vascular y fue remitido al Hospital Santo Domingo de Málaga con el fin de brindar valoración y manejo por Cirugía General. No se tiene conocimiento de la valoración en Málaga, ni procedimientos ni seguimientos realizados.” (fl 282, c1).



Finalmente, consta un dictamen de lesiones para definir incapacidad elaborado por Médico de Servicio Social Obligatorio del Hospital Santa Ana de Guaca, Santander, donde se lee lo siguiente:

“Narraciones de los hechos: Refiere que se encontraba en establecimiento junto a palacio municipal recibió (sic)

Trauma contundente al ser expulsado junto a muro refiere que fue víctima de esquirlas en todo el cuerpo. Fue llevado a Hospital de San Andrés por presentar herida por proyectil de arma de fuego en región dorsal de muslo derecho, durante la hospitalización presento (sic) hematoma no pulsátil con ausencia de pulso tibial posterior y pedio (sic) por lo cual se sospecha de lesión vascular y es remitido a hospital de Málaga de donde no se tiene información o resumen de historia clínica ni procedimientos realizados.

Actualmente refiere que presenta disminución de agudeza auditiva en oído izquierdo asociado a tinnitus como consecuencia del impacto de la explosión de las armas utilizadas.

Antecedentes Negativos.

Examen físico.

Cabeza: Ojos: Normales.

Oídos: Pabellones auriculares normales conducto auditivo externo normal membrana timpánica normal.

Tórax: Se observa cicatriz de 2x1 cm

Abdomen: Normal

Extremidades: Miembro inferior derecho. Se observan múltiples cicatrices en dorso de 2x2 cm y 1x1 cm, no limitación funcional.

Resto de examen sin alteración” (fl 317, c1).

4.9.- En cuanto a Benito Delgado Niño se cuenta con una constancia expedida por el Director del Hospital de San Andrés, donde se lee: *“Que el señor Benito Delgado Niño, identificado (...), fue atendido en esta Institución del día 11 al 13 de diciembre de 1997 por presentar Trauma de tobillo izquierdo y Fractura maleolar.”* (fl 37, c1)

Obra también resumen de historia clínica del Hospital San José del Municipio de San Andrés, en los siguientes términos:

“Paciente que consulto (sic) por el servicio de urgencias en Diciembre de 11 de 1997 por presentar trauma en pierna izquierda, a nivel maleolar asociado a dolor intenso y dificultad para la marcha.

Al examen físico signos vitales estables con dolor intenso en maléolo externo de pierna izquierda, con dificultad para la marcha, no signos de fractura. Se dio impresión diagnóstica de trauma de maléolo izquierdo + fractura maleolar izquierda? (sic). Se hospitalizo (sic), se administraron analgésicos, se solicitó (sic) rayos x de tobillo izquierdo que reportó (sic) sin alteraciones, fue valorado al siguiente día con mejoría de su sintomatología por lo cual se dio salida con tratamiento ambulatorio.” (fl 281, c1).



Finalmente, consta un dictamen de lesiones para definir incapacidad elaborado por Médico de Servicio Social Obligatorio del Hospital Santa Ana de Guaca, Santander, donde se lee lo siguiente:

“Narración de los hechos: Refiere que se encontraba en casa vecina junto al palacio municipal estaba a 4 metros de donde impactaron las bombas recibió trauma contundente a caerle muro en pierna y pie izquierdo. Asocia trauma contundente en dorso. Fue llevado a San Andrés por presentar trauma en tobillo ambulatorio. Actualmente refiere disminución de agudaza (sic) visual y disminución de agudeza auditiva por impacto de la explosión. Refiere también limitación funcional de la marcha por dolor constante en tobillo izquierdo.

Antecedentes: Negativo

Examen físico.

Cabeza. Ojos párpados conjuntivas corneas normal pupilas isocóricas reactivas a la luz fondo de ojo normal, agudeza visual ojo derecho 20/50, ojo izquierdo 20/100.

Oídos: Pabellón auricular, conductos auditivos y membrana timpánica normal.

Tórax: Normal

Abdomen: Normal

Extremidades: Miembro Inferior Derecho cicatriz de 1x1 cm en cara interna.

Pie Izquierdo: Cicatriz en dorso de pie de 2 cm x 1 cm no limitación funcional no deformidad.

Resto de examen físico normal.” (fl 308, c1).

4.10.- En relación a Víctor Julio Chipagra se cuenta con una constancia expedida por el Director del Hospital de San Andrés, donde se lee: *“Que le día 11 de Diciembre de 1997, fué (sic) atendido en horas de la noche el señor Víctor Julio Chipagra, de 68 años de edad, (...) con el siguiente Dx. Herida Penetrante y Perforante de Abdomen. Fué (sic) remitido al segundo nivel de atención (Málaga), para una segunda evaluación y tratamiento respectivo.”* (fl 40, c1).

También consta un dictamen de lesiones para definir incapacidad elaborado por Médico de Servicio Social Obligatorio del Hospital Santa Ana de Guaca, Santander, donde se lee lo siguiente:

“Narración de los hechos: Refiere que se encontraba en casa vecina del palacio municipal dice que aproximadamente (...) A 4 metros siendo víctima de múltiples heridas en cara, cuero cabelludo y en región inguinal. Fue llevado al hospital de San Andrés y de ahí trasladado al Hospital de Málaga donde encuentran herida en región frontal derecha la cual se sutura. Herida en región inguinal izquierda con abdomen agudo posteriormente realizan laparotomía donde encuentran lesión a nivel de vejiga la cual se repara sin ningún tipo de complicación. A la otoscopia encuentra trauma acústico queda pendiente valoración por otorrinolaringología.



Paciente que sale con diagnóstico de herida penetrante en abdomen con compromiso vesical.

Actualmente refiere que presente (sic) disminución de la visión en ojo derecho y disminución de la agudeza auditiva bilateral como consecuencia de impacto de las armas utilizados.

Antecedentes Patológicos: Negativos. Quirúrgicos: prostactectomía hace 6 años laparotomía hace 7 años. Vicios de refracción corregidos con lentes.

Examen físico.

Cabeza: Cuero cabelludo no se observa lesión alguna.

Cara: Cicatriz lineal en sentido a las líneas de Tensión de la piel de 5 cm de longitud en región frontal derecha, sin anormalidad en su cicatrización.

Ojos: Derecho: Se observa cuerpo extraño en conjuntiva a nivel de párpado reactiva a la luz fondo de ojo difícil de valorar. Agudeza visual con lentes, ojo izquierdo no identifica letra, ojo derecho 20/20.

Oídos: pabellón auricular normal conductos auditivos normales.

Tórax: Normal

Abdomen: Se observan cicatrices quirúrgicas

Extremidades: Región inguinal izquierda se observan cicatrices de 2 cm y 3 cm

No hay limitación funcional. Se observan a nivel de pierna izquierda cicatrices de 1x1 cm en número de 4

Genitales normales

Resto de examen sin alteración.” (fl 309, c1)

4.11.- Para concluir, el mismo dictamen de lesiones del que se ha dado cuenta realizó la siguiente síntesis sobre los demandantes: *“Se considera que la examen físico no se encuentran huellas externas de lesión que permita fundamentar la incapacidad y secuelas médico legal por lo cual solicito valoración especializada por otorrinolaringología para determinar funcionalidad del órgano de la audición a Misael Jaimes Solano, Benito Delgado y Víctor Julio Chipagra Barajas y por oftalmología para valorar órgano de la visión a Martha Cecilia Jaimes, Víctor J Chipagra Barajas y Benito Delgado para definir incapacidad y posibles secuelas y poder responder a su solicitud ya que en el resumen de historias clínica (sic) enviadas no se documentan hallazgos sobre compromisos de estos órganos en ese momento. // Se solicita nueva valoración con concepto de especialista para determinar incapacidad y secuelas respectivas.”* (fl 310, c1).

4.12.- 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”²⁶ de la responsabilidad del Estado²⁷ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados²⁸ y de su patrimonio²⁹, sin distinguir su condición, situación e interés³⁰. 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”³¹. 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 potestad³²; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son

²⁶ 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.

²⁷ 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.

²⁸ 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.

²⁹ “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.

³⁰ 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.

³¹ 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.

³² “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.



deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”³³.

5.2.- Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado³⁴ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública³⁵ tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo³⁶, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012³⁷ y de 23 de agosto de 2012³⁸.

5.3.- En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica³⁹, 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.

³³ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., pp.120-121.

³⁴ “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.

³⁵ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

³⁶ “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.

³⁷ Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón.

³⁸ Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente 23492. Pon. Hernán Andrade Rincón.

³⁹ “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”. SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.



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”⁴⁰.

5.4.- Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁴¹, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁴². Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”⁴³.

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”⁴⁴. 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

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

⁴¹ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”. KANT, I. La metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁴² 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.

⁴³ “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.

⁴⁴ “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.



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”⁴⁵.

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”⁴⁶. 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 no⁴⁷. Es más, se sostiene doctrinalmente “que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños”⁴⁸.

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 proporcionalidad⁴⁹ es necesario

⁴⁵ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁴⁶ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁴⁷ JAKOBS, G. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sentencia de 24 de febrero de 2005. Exp.14170.

⁴⁸ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

⁴⁹ “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



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 ponderación⁵⁰ 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”⁵¹.

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 protección⁵² frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁵³. 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

constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.

⁵⁰ “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.

⁵¹ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas- los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

⁵² 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.

⁵³ Cfr. Günther Jakobs. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.



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”⁵⁴.

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”⁵⁵.

⁵⁴ A lo que se agrega por el mismo precedente: “En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber: 1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro. Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás. 2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso. Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos (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.

⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.



5.10.- Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcar por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal⁵⁶, 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”⁵⁷, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho⁵⁸.

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 Estado⁵⁹, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede encuadrar en la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos⁶⁰, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se

⁵⁶ “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.

⁵⁷ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204.

⁵⁸ “(...) el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”, ob., cit., p.308.

⁵⁹ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

⁶⁰ 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



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 determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación”⁶¹.

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 preventivo⁶² que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”, ob., cit., p.311.

⁶¹ “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.

⁶² “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.



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 causalidad⁶³), 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 la experiencia humana y el verbo cavere que marca la atención y la desconfianza*”⁶⁴. 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”⁶⁵. Entendida la precaución como principio⁶⁶, esto es, como herramienta de orientación del sistema jurídico⁶⁷ “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”⁶⁸. Luego, la precaución es un principio que

⁶³ “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.

⁶⁴ BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, París, 2005, p.3

⁶⁵ BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, ob., cit., p.4.

⁶⁶ 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”.

⁶⁷ 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”.

⁶⁸ BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, ob., cit., p.5.



implica que ante la ausencia, o insuficiencia de datos científicos y técnicos⁶⁹, 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 a 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 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

⁶⁹ 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”.



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”⁷⁰.

6.8.- Dentro del catálogo de principios reconocidos por los instrumentos de Derecho Internacional Humanitario está previsto el principio de distinción⁷¹, según el cual “las partes dentro de un conflicto armado deberán distinguir entre población civil y combatientes y entre bienes civiles y objetivos militares”⁷².

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”⁷³.

⁷⁰ “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.

⁷¹ Ramelli Arteaga, Alejandro. “Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia” GIZ, 2011. Pp. 145. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-291 de 2007.

⁷² 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>.

⁷³ 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



6.10.- El Protocolo I Adicional a los IV Convenios de Ginebra⁷⁴ 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.”

6.11.- Si bien el Protocolo II Adicional a los IV Convenios de Ginebra no contiene expresamente la prohibición de atacar a bienes civiles⁷⁵, 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 1996⁷⁶ y 2.1 del Protocolo III sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias⁷⁷ 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 Humanitario⁷⁸.

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".

⁷⁴ 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.

⁷⁵ 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."

⁷⁶ "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."

⁷⁷ "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".

⁷⁸ Puede consultarse: [<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1946.pdf?view=1>].



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”⁷⁹.

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”*⁸⁰.

6.15.- Es preciso resaltar que según la jurisprudencia constitucional tales normas convencionales y consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario integran el denominado bloque de constitucionalidad⁸¹. 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

⁷⁹ 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”.

⁸⁰ 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”.

⁸¹ Corte Constitucional, sentencias C-225 de 1995 y C-291 de 2007.



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.”⁸²

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 contra personas civiles, y la prohibición de llevar a cabo actos dirigidos a aterrorizar a la población civil”⁸³.

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”⁸⁴. En este sentido, los bienes civiles son “aquellos bienes que no pueden ser considerados legítimamente como objetivos militares”⁸⁵; 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”⁸⁶.

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”⁸⁷.

⁸² Corte Constitucional, sentencia C-067 de 2003.

⁸³ 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.”

⁸⁴ 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”].

⁸⁵ Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Sección Tercera, sentencia de 6 de julio de 2005, expediente 13969.



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”*⁸⁸. Dicha protección tiene su base en los derechos constitucionalmente reconocidos a la vida e integridad de las personas, y los derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos -artículos 1⁸⁹, 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”*⁹⁰.

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

⁸⁸ “Aunque la Declaración universal tuvo influencia en los redactores de las convenciones de Ginebra, la normativa internacional sobre derechos humanos y las normas humanitarias afrontan el problema de los conflictos armados internos de diferentes modos. La primera se encuadra en el marco del ius ad bellum según lo previsto en la Carta de las Naciones Unidas, de acuerdo con la cual queda prohibido el recurso a la fuerza y, en consecuencia, está dirigido a la conservación de la paz. La segunda, por su parte, forma parte (sic) del ius in bello: establece las normas que rigen el uso de la fuerza sin examinar las causas del conflicto de acuerdo a los principios de la Cruz Roja y, en especial, los principios humanitarios”. NEWMAN, Frank C; VASAK, Karel. “Derechos civiles y políticos”, en VASAK, Karel (ed) Las dimensiones internacionales de los derechos humanos. V.I. Barcelona, Serbal; UNESCO, 1984, pp.285 y 286.

⁸⁹ “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.

⁹⁰ 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.



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 ninguna protección existe para el particular⁹¹”, lo cual impone al Estado, por razón de justicia distributiva, la reparación de los daños causados⁹². 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 Estado⁹³.

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 fundamentos⁹⁴, “*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*”⁹⁵.

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

⁹¹ FORSTHOFF, Ernst. Tratado de Derecho Administrativo. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1958. Pág. 467.

⁹² Ob cit. Pág. 467.

⁹³ “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”⁹³. Sección Tercera, sentencia de 5 de diciembre de 2006. Radicado: 28459.

⁹⁴ “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)

⁹⁵ Sección Tercera, sentencia del 13 de diciembre de 2005. Expediente: 24671.



administrados⁹⁶ 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 del principio de solidaridad, aquello que representa la ruptura del equilibrio de las cargas públicas en cumplimiento de una actividad legal y legítimamente 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 (...)⁹⁷”

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 1° constitucional⁹⁸- 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*

⁹⁶ 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.

⁹⁷ Sección Tercera. Sentencia de 2 de octubre de 2008. Radicado: 52001-23-31-000-2004-00605-02 (AG).

⁹⁸ Constitución Política. Artículo 1°. 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.



*favor de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.*⁹⁹

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 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 11 de diciembre de 1997 en el municipio de Guaca se presentó una incursión, presuntamente, del grupo armado insurgente FARC aproximadamente a las 4.00 o 5.00 P.M. Como consecuencia de esta acción se presentó un cruce de disparos entre miembros de la Policía Nacional, quienes estaban acantonados en la estación contigua a la Alcaldía Municipal, con el grupo insurgente. Resultado de esta situación de orden público fue la muerte de los Agentes de Policía Nelson Pinto Pedraza y Álvaro Arcila, las lesiones de los también policiales Luis Alfonso Mendoza Velásquez, Luis Francisco Sierra Monsalve, Hernando Orozco Patiño, Luis Antonio Martínez Galvis, Jairo Ardila Merchán, Héctor Orlando Guiral Quintero, Daniel Vargas Caicedo, Leonardo Jaramillo Usma, Wilson Ramírez Pineda, Sergio Moreno Jáuregui. Por otro tanto, se reportaron como civiles muertos a Arturo Tarazona y Octavio Méndez y lesionados Martha Jaimes Jerez, Nidia Méndez, Misael Tarazona, Olga Lizcano, Víctor Julio Chipagra y Roxana Espinosa, todo ello según lo consignado en el Oficio No. 1341/SDMAL-COMAN de 15 de diciembre de 1997 (fls 165-170, c1).

Estos mismos hechos, además, están acreditados con las declaraciones de José Antonio Aguillón Jaimes¹⁰⁰ y Napoleón Jaimes Pabón¹⁰¹, los oficios dirigidos por el

⁹⁹ 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.”

¹⁰⁰ “Yo el día de la toma estaba en el taller donde trabajo y que es de mi propiedad, cuando nos dimos cuenta fué (sic) que llegó la guerrilla en un bus y en un camión y nos dijeron que nos encerráramos (sic) que se iban a tomar a Guaca (S) y se formó la balacera y bombas por lado y lado, eso duró como hasta las 7 de la noche, ese ataque fué (sic) hecho por las FARC porque traían brazaletes, de esa toma hubo varios muertos don Octavio y Arturo Tarazona, la



Personero Municipal al Gobernador del Departamento de Santander, el Director Regional del Inurbe y el Subdirector del Hospital Santo Domingo¹⁰², el Oficio No. 1341/SDMAL-COMAN de 15 de diciembre de 1997 suscrito por el Comandante del Sexto Distrito de Policía de Málaga y dirigido al Subcomandante del Departamento de Policía de Santander¹⁰³ y los hechos narrados en la decisión de 16 de septiembre de 1998 del Comando de Policía del Departamento de Santander dentro de la investigación preliminar No. D-546-98¹⁰⁴.

También está acreditado que Martha Cecilia Jaimes Jerez, Misael Jaimes Solano, Benito Delgado Niño y Víctor Julio Chipagra eran civiles habitantes del Municipio de Guaca que resultaron lesionados en la confrontación armada que tuvo lugar el 11 de diciembre de 1997, situación ésta que se encuentra acreditada por cuenta de las declaraciones testimoniales de José Antonio Aguillón Jaimes y Napoleón Jaimes Pabón,

guerrilla se fué (sic) como a las once de la noche, pero eso hubo varios heridos como Martha Cecilia Jaimes, Benito Delgado, Víctor Chipagra y Misael Jaimes, todo eso ocurrió por la toma, por ejemplo Martha estaba en la Alcaldía por que trabajaba allá, no sé si en el juzgado, pero no recuerdo bien (sic) eso y los demás por que estaban en la cancha de tejo donde estaban jugando los policías y por eso les pasó eso, por estas cerca de la policía”. Declaración testimonial. Folios 103-103vto, c1.

¹⁰¹ “Yo estaba por los lados de la casa de mercado ese día y como a las cuatro de la tarde empezó la toma de la guerrilla, venían entre ellos unos de las Farc y de los del ELN., me tocó meterme a la casa de Cesar Rivera y de ahí salí como a las 8 de la noche y me fuí (sic) como a las 8 de la noche y me fuí (sic) para la casa que queda a la parte de atrás del comando de policía y sufrió daños considerables pero a la familia no le pasó nada por que le tocó salirse para otra casa, en esa toma hubo dos policías muertos y después de las heridas sufridas murieron Don Octavio Méndez y Arturo Rivera”. Preguntado: Sabe Usted si en la mencionada toma hubo civiles heridos? De ser así qué personas fueron? Contesto: “Eso hubo varios entre ellos Víctor Chipagra, Rosana de Méndez que es la esposa de don Octavio, Martha Jaimes, Misael Jaimes, Benito Delgado y policías a los cuales no les sé los nombres”. Preguntado: A causa de qué resultaron heridos las personas que usted menciona anteriormente?. Contesto: “Pues por lo de la toma por granadas que disparaban contra la policía y les pasó eso fué (sic) por estar cerca del puesto de policía porque Martha estaba en la alcaldía, creo que trabajaba ahí y los otros donde José Peña y donde don Octavio, donde José Peña había tienda y cachas de tejo y bolo”. Folios 104vto-105, c1.

¹⁰² Fls 92, 93 y 98, c1.

¹⁰³ “Respetuosamente me dirijo a Mi Coronel, señor Subcomandante DESAN, con el fin de informar la novedad ocurrida el día 111297, siendo las 17:25 horas fué (sic) objeto por parte del Bloque Sur del Magdalena Medio pertenecientes al autodenominado FARC-EP, un grupo aproximadamente de 300 bandoleros, atacaron la estación de Policía de Guaca, destruyendo en su totalidad las Instalaciones Policiales, igualmente las dependencias de la Administración Municipal (Alcaldía Concejo, Juzgado, Tesorería, Planeación, Registraduría, Caja de Crédito Agraria) y parcialmente algunas viviendas aledañas a las instalaciones policiales, los cuales ingresaron al Municipio utilizando diferentes vías de acceso en vehículos furgones ubicándose en el Parque, Iglesia, Telecom, Escuela Ortun Velasco, Hospital Santa Ana y en la parte trasera del Cuartel. La agresión del enemigo a la Estación duró hasta las 22:00 horas aproximadamente, tiempo en el cual el personal que se encontraba en las Instalaciones de la Estación combatieron con los insurgentes, hasta que fueron sometidos por los fascinerosos (sic) debido al intenso ataque y ferocidad del mismo utilizado. Los cuales utilizaron durante el mismo armas como Morteros, Granadas 40mm, Bombas, granadas de fusil y proyectiles de diferentes calibres.” Folios 165-170, c1.

¹⁰⁴ “La reseña histórica nos indica que para el día 111297 fue objeto de toma subversiva la Estación de Policía Guaca por parte de bandoleros de las FARC-EP Bloque Sur del Magdalena Medio conformada por unos 300 sujetos, quienes utilizaron en el ataque morteros, granadas 40 mm, bombas, granadas de fusil y armamento de largo y corto alcance, siendo repelido el ataque por el personal integrante de la Estación que se encontraba al mando del Señor CP, Mendoza Velásquez Luis Alfonso, con los medios que se poseía, logrando contener la arremetida por espacio de unas cuatro (4) horas, logrando su objetivo los fascinerosos (sic) debido a que destruyeron en su totalidad las instalaciones de la Administración Municipal y por ende las instalaciones policiales que funcionaba en este edificio, quedando indefensos ante la ferocidad del ataque, logrando unos evadir el cerco guerrillero y otros debido a las explosiones y heridas fueron copados por estos sujetos, ante lo cual no era posible defensa alguna, presentándose el hecho como fuerza mayor o caso fortuito, ya que es el acontecimiento que se puede prever (sic) pro previsto no es posible resistir, debido a la superioridad numérica y mayor poder bélico, siendo por ello causales de justificación e inculpabilidad.” Fls 271-276, c1.



quienes en sus relatos refirieron a los accionantes como personas que resultaron lesionadas en aquél día, también se cuenta con el Oficio No. 18 de 27 de febrero de 1998 suscrito por el Personero Municipal de Guaca dirigido al Subdirector del Hospital Santo Domingo donde menciona dentro de los mencionados a Martha Jaimes Jeréz y todo ello resulta plenamente concordante con lo descrito en el acápite sobre daño antijurídico, donde se acreditó que todos los accionantes acudieron a los centros hospitalarios de San Andrés y Guaca reportando heridas en su integridad física los días 11 o 12 de diciembre de 1997.

7.6.- 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 las víctimas directas demandantes fueron lesionados violentamente como consecuencia del fuego cruzado que se trabó en la toma a la población de Guaca por parte del grupo armado insurgente FARC. No queda duda que estas lesiones ocurrieron como consecuencia directa de este enfrentamiento armado entre fuerzas policiales e insurgentes, esto es, en el marco de un suceso propio del conflicto armado interno.

7.7.- Fijadas, como quedaron, las premisas fácticas que cuentan con apoyo probatorio en este juicio contencioso se sigue que en este caso se encuentra probada la falla del servicio, esto es, el incumplimiento de deberes normativos de seguridad y protección a cargo del Ministerio de Defensa – Ejército y Policía Nacional, para lo cual la Sala valora las declaraciones que fueron recaudadas ante la Auditoría de Guerra Auxiliar 100 por cuenta del Agente de Policía Everardo Bustos Escárraga quien afirmó:

“es de agregar que ésta posible toma se había informado con posteriormente mediante informe constantes que enviaba el señor sargento viceprimero Martínez Blanco Mario José donde la información que se recogía por informantes de la región que en el área del municipio de Guaca en diferentes sitios estaba llegando grupos armados y donde se quedaban les habían exigido comida, al igual que se habían hurtado o robado o le habían regalado unos novillos en una zona que se llama Quebradas y donde llegaban constantemente tenían que darles alimentos para todos los que llegaban, de igual forma para el día siguiente de elecciones que fue el 29 de octubre si no estoy mal tuvimos una emboscada en la salida del pueblo que se llama La Cadena y el anillo vial donde fuimos objeto de disparos en gran cantidad donde no salimos herido ninguno de la patrulla, estas informaciones ya las conocía aquí el comando del Departamento al igual que el Ejército donde nunca se tuvo en cuenta para haber mandado un personal del Ejército para que revisaran o se dieran cuenta o hubieran (sic) alejado los bandoleros, eso todo el tiempo fue una tensión bastante grande de todo el personal donde esas estaciones mandan al personal es por castigo o por circunstancias de trabajo que cometen un error en un sitio de una vez los mandan a que los maten eso es lo que dicen, creo que eso es todo.” (fls 218-220, c1).



7.8.- Y en similar sentido la declaración del Patrullero Wilson Armando Plata Silva, quien puntualizó sobre este asunto:

“el comando de departamento y de Málaga eran conocedores de la solicitud hecha por el comandante de la estación de alguna patrulla del Ejército para ese sector debido a la experiencia que se vivió y la experiencia que viví el 28 de octubre de 1997 cuando un grupo subversivo nos emboscó en un patrullaje, la información o inteligencia que se buscaba en el pueblo se informaba a los comandos superiores donde ellos posteriormente no la devolvían con una firma diferente con la cual salía o por el comandante operativo, no más.” (fls 221-223, c1).

7.9.- Las declaraciones de estos policiales presentes en la Estación de Policía del Municipio de Guaca para el 11 de diciembre de 1997, que merecen plena credibilidad a la Sala por haber presenciado los hechos personalmente y por su conocimiento profesional, ponen de presente valiosos referentes que sirven a la Sala para edificar el juicio de responsabilidad i) la situación de riesgo preexistente sobre el Municipio de Guaca y la región en la que se ubica, ii) el reporte de información de inteligencia donde se dio cuenta de movimientos de los grupos insurgentes, iii) la solicitud expresa de movilizar al Municipio de Guaca personal militar, iv) la existencia de una emboscada en contra de los policiales ocurrida el 29 de octubre de 1997 y v) la ausencia de medidas de seguridad dispuestas por los superiores funcionales de la Policía Nacional en orden a hacer frente a la situación antijurídica creada por cuenta de la presencia del grupo insurgente.

7.10.- En este orden de ideas, en este caso, la inactividad de la demandada, plasmada en no haber adoptado ninguna medida de seguridad tendiente a prevenir o evitar la realización de los hechos del 11 de diciembre de 1997 en Guaca genera la responsabilidad de la misma; es decir, el incumplimiento de sus deberes normativos, fue constitutivo de una generación de un riesgo jurídicamente desaprobado, siendo este riesgo, y no otro diferente, el que finalmente se materializó en el resultado dañoso padecido por los demandantes; ya que ante una amenaza cierta de la que se tenía conocimiento (por la grave situación de orden público en el lugar y haberse presentado días antes enfrentamientos con el grupo armado insurgente) las autoridades no desplegaron algún tipo de acciones anticipatorias al riesgo y evitar así la causación de otro acto terrorista contra la población civil. Destaca la Sala, para el efecto, la apreciación testimonial directa de los uniformados que presenciaron los hechos y, especialmente, dieron cuenta de la situación antecedente que refleja las circunstancias de riesgo sobre la población de Guaca que esta Sala encuentra corroboradas de manera objetiva y cierta, a partir de esos medios probatorios.



7.11.- Dicho esto, debe decirse que en este asunto no tiene vocación de prosperar el hecho de un tercero como eximente de responsabilidad dado que si bien es cierto, y no se discute en ningún momento, el acto fue ejecutado por terceros ajenos a la administración pública, específicamente por presuntos individuos integrantes de las FARC, tal circunstancia, causalmente acertada, no enerva la imputación jurídica del resultado dañoso a la demandada, pues, como se dijo, en este asunto la responsabilidad se le atribuye a partir de la omisión en su actuar para evitar el resultado dañoso; es decir, la responsabilidad en este caso no se imputa a la Entidad demandada por haber ejecutado ella, materialmente, los actos generatrices del daño antijurídico irrogado a los demandantes, sino que su responsabilidad se perfila a partir de criterios normativos de imputación; ello aunado a la circunstancia de que los sucesos del 11 de diciembre de 1997 no se corresponde con las categorías de imprevisible ni irresistible – constitutivas del hecho de un tercero- dado, como ya se expuso *supra*, el conocimiento que tenían las autoridades de la situación de orden público en el sector, a lo que se suma la exigencia de deberes positivos a cargo de la Entidad demandada que no fueron satisfechos. Cabe, en este sentido, reiterar lo expuesto por esta misma Sala en cuanto al hecho del tercero como eximente de responsabilidad:

“74.2 Se destaca que el hecho del tercero debe estar revestido de cualidades como que sea i) imprevisible, ii) irresistible y iii) ajeno a la entidad demandada. Es acertado que algunas decisiones sostengan que no se requiere que el hecho del tercero sea culposo para que proceda como eximente, y por otra parte, se tiene como exigencia que la causa [la actuación del tercero] sea adecuada. También se indica que corresponde a la entidad demandada probar los elementos constitutivos de este eximente de responsabilidad.

74.3 La problemática que plantea el hecho del tercero radica en su análisis desde la óptica de la causalidad, o bien en el marco de la tendencia moderna de imputación objetiva, o en la construcción de los deberes positivos del Estado. Sin embargo, se ha intentado reducir la discusión a la determinación de las condiciones para que el hecho del tercero opere, y si cabe exigir que se reúnan las mismas condiciones que para la fuerza mayor. Esto resulta equivocado, ya que sería valorar el hecho del tercero desde la perspectiva propia al debate de la causalidad, de la determinación de si causalmente como eximente tiene la entidad para producir la ruptura de la “superada” relación de causalidad, cuyo lugar en el juicio de imputación que se elabora en la actualidad está en el ámbito fáctico de la imputabilidad del Estado.

74.4 Pero, ¿cómo superar el tratamiento causalista del hecho del tercero? En primer lugar, debe decirse que fruto de la constitucionalización de la responsabilidad extracontractual del Estado, la concepción del hecho del tercero como eximente no debe convertirse en elemento que no permita hacer viable el contenido del artículo 90 de la Carta Política, sino que debe advertirse que en la situación en la que se encuentra Colombia, de conflicto armado interno, no puede entronizarse como supuesto eximente el hecho del tercero, ya sea ligado a los presupuestos [equivocados] de la fuerza mayor [imprevisibilidad e irresistibilidad], o a la naturaleza de la actividad, o la relación del sujeto que realiza el hecho dañoso, sino que debe admitirse, o por lo



menos plantearse la discusión, de si cabe imputar, fáctica y jurídicamente, al Estado aquellos hechos en los que contribuyendo el hecho del tercero a la producción del daño antijurídico, se logra establecer que aquel no respondió a los deberes normativos, a los deberes positivos de protección, promoción y procura de los derechos de los administrados, y de precaución y prevención de las acciones de aquellos que encontrándose al margen de la ley buscan desestabilizar el orden democrático y, poner en cuestión la legitimidad de las instituciones.

74.5 Las anteriores premisas derivan en las siguientes cuestiones: a. El Estado no es un asegurador universal, simplemente obedece a unas obligaciones que se desprenden del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho que exige ya no sólo la garantía de los derechos y libertades, sino su protección eficaz, efectiva y la procura de una tutela encaminada a cerrar la brecha de las debilidades del Estado, más cuando se encuentra en una situación singular como la de Colombia de conflicto armado interno, que representan en muchas ocasiones violaciones sistemáticas, o la aceptación de las mismas por parte de actores que no haciendo parte del Estado, no dejan de ser ajenos a la problemática de la responsabilidad extracontractual del Estado. b. De acuerdo con la idea del “tercero” en el marco de un conflicto armado interno, no hay duda que no se requiere que haya un acuerdo o una “connivencia” entre el Estado y los terceros que producen violaciones sistemáticas a los derechos humanos.”¹⁰⁵

7.12.- Las anteriores consideraciones constituyen razón suficiente para que esta Sala encuentre que se configura la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa por el daño antijurídico ocasionado a la sociedad demandante, por los hechos ocurridos el 11 de diciembre de 1997 en el Municipio de Guaca por haber tenido lugar una falla en el servicio por parte de la demandada. Consecuentemente, se pasará a resolver lo pertinente en cuanto al reconocimiento y tasación de los perjuicios causados a los demandantes.

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, consistente en lo que los demandantes “*gastaron en médicos, hospitales, medicinas y demás, para recuperarse de las lesiones personales sufridas*”, y a título de lucro cesante por los salarios y prestaciones dejadas de percibir “*desde cuando fueron heridos hasta cuando pudieron volver a laborar, de acuerdo con la incapacidad que fije el médico a cada uno de ellos*”. Igualmente solicitaron por concepto de perjuicios morales el reconocimiento y pago de quinientos (500) gramos oro para cada uno de los demandantes.

¹⁰⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 12 de febrero de 2014. Exp. 26013.



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 suceso¹⁰⁶.

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 dañino¹⁰⁷, en el valor de reposición del bien o del interés destruido o averiado¹⁰⁸ o en la pérdida del aumento patrimonial originada en el hecho que ocasionó el daño¹⁰⁹, 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.

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”*¹¹⁰

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 haga¹¹¹. Por el contrario,

¹⁰⁶ “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.” Conejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 13168.

¹⁰⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección tercera, sentencia de 24 de octubre de 1985, expediente 3796.

¹⁰⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 27 septiembre 1990, expediente 5835.

¹⁰⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 24 octubre 1985, expediente 3796.

¹¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 4 diciembre 2006, expediente 13168; Sección Tercera, sentencia de 2 mayo 2007, expediente 15989.

¹¹¹ 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.



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 no encuentra elementos de juicio que determinen la existencia de un daño emergente en favor de los demandantes, pues no se acreditaron gastos o expensas con ocasión del daño padecido. Para el efecto, se aportó al expediente certificados de Gerente del Hospital San José de San Andrés donde certifica la tarifa del Traslado Asistencial Básico en Ambulancia desde San Andrés a Málaga y desde San Andrés a Guaca (fls 283-284, c1) sin embargo, este elemento de convicción sólo da cuenta del importe de tal servicio y no de erogación alguna por parte de las víctimas¹¹².

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 frustrada¹¹³. 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 alguna¹¹⁴.”

¹¹² Da cuenta el expediente de un recibo de caja provisional de la ESE Francisco de Paula Santander de 29 de octubre de 2004 donde consta que Martha Cecilia Jaimes pagó por “servicios particulares TAC simple cráneo” la suma de \$82.500, no obstante, no se accederá a este reconocimiento toda vez que se tratan de pruebas que no fueron decretadas y/o aportadas en la oportunidad legal pertinente. Toda vez que fueron allegadas por el apoderado de los demandantes en memorial de 5 de agosto de 2005 (fl 321, c1), sin haber sido ordenadas por el Tribunal al momento de abrir el proceso a pruebas. Igualmente, con posterioridad tampoco se dictó providencia alguna que ordenara tener como prueba esa documentación.

¹¹³ 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”.

¹¹⁴ 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.



Así las cosas, este perjuicio, como cualquier otro, si se prueba, debe indemnizarse en lo causado.¹¹⁵

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 hechos¹¹⁶.

8.2.3.- Puede tratarse también de a pérdida de utilidad que no siendo actual, la simple acreditación de su existencia es suficiente en cuanto a su certeza¹¹⁷, lo que configura el lucro cesante futuro o anticipado, así como debe tenerse en cuenta (1) las circunstancias del caso en concreto y las “aptitudes” de quien resulta perjudicado, esto es, si la ventaja, beneficio, utilidad o provecho económico se habría o no realizado a su favor¹¹⁸, o (2) si la misma depende de una contraprestación de la víctima que no podrá cumplir como consecuencia del hecho dañoso, de manera que se calcula a su favor el valor entre el beneficio, utilidad o provecho económico y el valor por la víctima debido¹¹⁹ [que puede incluir el reconocimiento de labores no remuneradas domésticas con las que apoyaba a su familia]; (3) puede comprender los ingresos que se deja de percibir por las secuelas soportadas por la víctima¹²⁰; (4) debe existir cierta probabilidad objetiva que resulte del curso normal de las cosas y del caso en concreto¹²¹, pero no cabe reconocer cuando se trata de una mera expectativa¹²²; (5) la existencia de la incapacidad no es suficiente para ordenar la indemnización por lucro cesante cuando el lesionado está demostrado que siguió laborando en el mismo oficio que desempeñaba¹²³.

8.2.4.- El contenido del lucro cesante, tanto consolidado o debido, como futuro o anticipado, debe fundarse en la aplicación por el juez administrativo del principio de equidad¹²⁴ [para determinar la proporción y valoración del perjuicio¹²⁵] y del respeto del

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 14 de noviembre de 1967, expediente 718.

¹¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 27 de septiembre de 1990, expediente 5835.

¹¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 27 de septiembre de 1990, expediente 5835.

¹¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 27 de septiembre de 1990, expediente 5835.

¹²⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 19 de agosto de 2011, expediente 1992.

¹²¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 23 de mayo de 2012, expediente 22541; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 8 de agosto de 2012, expediente 23691.

¹²² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 30 de marzo de 2011, expediente 19567.

¹²³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 13 de diciembre de 1995, expediente 10605.

¹²⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 27 de septiembre de 1990, expediente 5835; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 19 de agosto de 2011, expediente 19633; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334.

¹²⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 23 de mayo de 2012, expediente 23135;



derecho a la reparación integral¹²⁶ constitucional y convencionalmente reconocido [artículos 90 y 93 de la Carta Política y 1.1, 2, y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos].

8.2.5.- Para la prueba del lucro cesante [consolidado o debido y futuro o anticipado] todos los medios probatorios son admisibles, especialmente la prueba indiciaria, en cuya valoración deben atenderse a ciertas reglas: (1) que el hecho dañoso del que se desprende el perjuicio comprende su integridad; (2) su cuantía no debe guardar proporción con la gravedad o no de la culpa del hecho dañoso cometido por el responsable; (3) su cuantía no puede superar el hecho dañoso efectivamente producido¹²⁷; (4) cuando se trate de un dictamen pericial debe contar con los soportes suficientes para la determinación y cuantificación¹²⁸.

8.2.6.- En este sentido, cabe precisar que la indemnización por lucro cesante puede provenir bien sea por un daño causado a una persona (bien sea una lesión o la muerte), caso en el cual el rubro indemnizatorio estará determinado por la mengua que sufrió el sujeto y que le limita total o parcialmente para el ejercicio de actividades productivas¹²⁹; como también puede derivarse este perjuicio cuando los daños son sufridos por cosas muebles o inmuebles de las cuales se genera para la víctima un beneficio lucrativo; en este, y para no entrar en confusión con el daño emergente, la indemnización no pretende reparar los daños de los bienes sino verificar la utilidad líquida que dejó de ganar la víctima¹³⁰. En todo caso, siempre se hace énfasis en la capacidad productiva o de explotación económica para determinar la existencia de tal perjuicio material.

8.2.7.- Dicho perjuicios requiere ser probado, tanto su existencia o causación como su magnitud patrimonial; en este sentido, no puede ser objeto de indemnización un

Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012, expediente 19959.

¹²⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 31 de enero de 2011, expediente 17842.

¹²⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 27 de septiembre de 1990, expediente 5835.

¹²⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012, expediente 19920; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 19 de agosto de 2011, expediente 19633.

¹²⁹ Sobre este punto destaca Henao lo siguiente: "Cuando fallece una persona, sus deudos tienen derecho a recibir indemnización por el dinero que deja de aportarles el muerto. (...) Cuando la persona es lesionada, el lucro cesante consistirá en el dinero que habría recibido la persona de no haber ocurrido el daño y cuya pérdida o mengua se origina en su incapacidad laboral.". HENAO PÉREZ, Juan Carlos. El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia. 1° edición, 1998. Págs. 210 y 212.

¹³⁰ HENAO PÉREZ, Juan Carlos. El daño. Ob. Cit. pág. 225. Igualmente Tamayo Jaramillo indica: "La destrucción o deterioro de una cosa puede adicionalmente privar a la víctima de la utilidad o provecho que el bien le producía cuando no había sido inmovilizado. Asimismo, cuando la víctima con su propio dinero repara o reemplaza el bien dañado, este vuelve a producir el rendimiento inicial, pero el damnificado se ve privado de la utilidad o provecho que le habría producido ese capital de no haber tenido que invertirlo en la reparación o reemplazo.". TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. TOMO II. Bogotá, Legis. 2° edición, 2007. Pág. 842.



perjuicio que sea hipotético o meramente eventual, pues para la indemnización del perjuicio es necesario tener certeza, so pena de que este no sea tenido en cuenta; tal consideración aplicable bien para acreditar su existencia como para su tasación¹³¹.

8.2.8.- Respecto de este perjuicio la parte demandante lo hizo consistir en los salarios y prestaciones dejadas de percibir “*desde cuando fueron heridos hasta cuando pudieron volver a laborar, de acuerdo con la incapacidad que fije el médico a cada uno de ellos*”. De ello debe precisarse que lo pedido por los accionantes se contrae exclusivamente al periodo de inactividad económica de las víctimas directas fruto de las lesiones padecidas y según la incapacidad establecida y no a la pérdida porcentual de capacidad laboral de los afectados.

8.2.9.- Delimitado el pedimento indemnizatorio en los anteriores términos, probado está que Martha Cecilia Jaimes Jerez ingresó al Hospital de San José de San Andrés el 11 de diciembre de 1997 por herida con arma de fuego en muslo y brazo derecho y fue remitida ese mismo día al Hospital Santo Domingo donde se le prestó atención médica hasta el 12 del mismo mes y año, cuando se le dio salida. No obra prueba médico legal alguna que determine tiempo de incapacidad para esta demandante.

8.2.10.- En consecuencia, se accederá a este pedimento indemnizatorio tomando como periodo de liquidación el de un (1) día en el que estuvo internada en los dos centros médicos con ocasión de la lesión padecida. Por otro tanto, como no existe probanza que informe sobre la actividad económica ejercida por Jaimes Jerez y su cuantía, ésta se liquidará conforme al salario mínimo mensual legal vigente, según la siguiente fórmula:

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

Donde,

S: es la indemnización a obtener.

¹³¹ Sobre este punto la jurisprudencia ha sostenido: “En cuanto tiene que ver con el *lucro cesante*, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido reiteradamente que el mismo, para que proceda su indemnización, debe ser *cierto*, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a reparación alguna. El perjuicio indemnizable, entonces, puede ser actual o futuro, pero, de ningún modo, eventual o hipotético. Para que el perjuicio se considere existente debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas producido por el daño, por la actividad dañina realizada por la autoridad pública¹³¹.” Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 2 de mayo de 2007. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Radicado: 15989. Igualmente, sentencia de la misma Corporación de 1° de marzo de 2006. C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Rad. 17256.



Ra: renta actualizada que es de \$737.717¹³².

n: número de meses que comprende el período indemnizable: 0,03333 meses.

i: interés puro o técnico que corresponde a 0,0004867

$$S: Ra (\$737.717) \frac{(1+0.004867)^{0,03333} - 1}{0.004867}$$

S: \$24.530,44

8.2.11.- Por consiguiente, se reconocerá por concepto de lucro cesante a favor de Martha Cecilia Jaimes Jerez la suma de veinticuatro mil quinientos treinta pesos con cuarenta y cuatro centavos (\$24.530,44).

8.2.12.- En cuanto hace a Benito Delgado Niño, obra en el expediente certificación del Hospital San José de San Andrés donde informa que fue atendido los días 11 al 13 de diciembre de 1997 “por presentar trauma de tobillo izquierdo y fractura maleolar” (fl 37, c1). No obra prueba médico legal alguna que determine tiempo de incapacidad para este demandante.

8.2.13.- En consecuencia, se accederá a este pedimento indemnizatorio tomando como periodo de liquidación el de dos (2) días en el que estuvo internado en centro médico con ocasión de la lesión padecida. Por otro tanto, como no existe probanza que informe sobre la actividad económica ejercida por Delgado Niño y su cuantía, ésta se liquidará conforme al salario mínimo mensual legal vigente, según la siguiente fórmula:

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

Donde,

S: es la indemnización a obtener.

Ra: renta actualizada que es de \$737.717¹³³.

n: número de meses que comprende el período indemnizable: 0,06666 meses.

i: interés puro o técnico que corresponde a 0,0004867

$$S: Ra (\$737.717) \frac{(1+0.004867)^{0,06666} - 1}{0.004867}$$

S: \$49.064,87

8.2.14.- Por consiguiente, se reconocerá por concepto de lucro cesante a favor de Benito Delgado Niño la suma de cuarenta y nueve mil sesenta y cuatro pesos con

¹³² No se adicionará a este monto un 25% por concepto de prestaciones sociales toda vez que no está acreditado actividad laboral dependiente de esta víctima directa.

¹³³ No se adicionará a este monto un 25% por concepto de prestaciones sociales toda vez que no está acreditado actividad laboral dependiente de esta víctima directa.



noventa y cuatro centavos (\$49.064,87).

8.2.15.- En lo que respecta a Víctor Julio Chipagra, está demostrado que éste ingresó al Hospital de Santa Ana de Guaca el 11 de diciembre de 1997 con diagnóstico de “*herida penetrante y perforante*”, siendo remitido al Hospital San José de San Andrés y de allí al Hospital de Santo Domingo de Málaga, donde, finalmente se le dio salida el 19 del mismo mes y año (fls 40-48, c1). No obra prueba médico legal alguna que determine tiempo de incapacidad para este demandante.

8.2.16.- En consecuencia, se accederá a este pedimento indemnizatorio tomando como periodo de liquidación el de ocho (8) días en el que estuvo internado en centro médico con ocasión de la lesión padecida. Por otro tanto, como no existe probanza que informe sobre la actividad económica ejercida por Víctor Julio Chipagra y su cuantía, ésta se liquidará conforme al salario mínimo mensual legal vigente, según la siguiente fórmula:

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

Donde,

S: es la indemnización a obtener.

Ra: renta actualizada que es de \$737.717¹³⁴.

n: número de meses que comprende el período indemnizable: 0,26666 meses.

i: interés puro o técnico que corresponde a 0,0004867

$$S: Ra (\$737.717) \frac{(1+0.004867)^{0,26666} - 1}{0.004867}$$

S: \$196.369,53

8.2.17.- Por consiguiente, se reconocerá por concepto de lucro cesante a favor de Benito Delgado Niño la suma de ciento noventa y seis mil trescientos sesenta y nueve pesos con cincuenta y tres centavos (\$196.369,53).

8.2.18.- Finalmente, en cuanto hace relación a Misael Jaimes Solano, se tiene acreditado que éste ingresó al Hospital de San Ana de Guaca el 11 de diciembre de 1997 con diagnóstico de “herida en pierna derecha por arma de fuego.”, en la constancia expedida por el Director de ese centro hospitalario se afirma que el paciente fue remitido al Hospital San José de San Andrés para su valoración (fl 33, c1); consta

¹³⁴ No se adicionará a este monto un 25% por concepto de prestaciones sociales toda vez que no está acreditado actividad laboral dependiente de esta víctima directa.



también certificación expedida por este último lugar donde se lee que el paciente consultó por urgencias el 11 de diciembre de 1997 por herida de proyectil por arma de fuego en región dorsal del tercio medio, muslo derecho. Allí se indica que el paciente fue remitido al Hospital Santo Domingo de Málaga para valoración y manejo por cirugía general (fl 282, c1). No obra prueba historia clínica o certificación que dé cuenta del ingreso, tratamiento y permanencia del afectado en este último centro de salud. Tampoco se cuenta con prueba médico legal alguna que determine tiempo de incapacidad para este demandante.

8.2.19.- En consecuencia, se accederá a este pedimento indemnizatorio tomando como periodo de liquidación el de un (1) día en el que estuvo internada en los dos centros médicos con ocasión de la lesión padecida. Por otro tanto, como no existe probanza que informe sobre la actividad económica ejercida por Jaimes Solano y su cuantía, ésta se liquidará conforme al salario mínimo mensual legal vigente, según la siguiente fórmula:

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

Donde,

S: es la indemnización a obtener.

Ra: renta actualizada que es de \$737.717¹³⁵.

n: número de meses que comprende el período indemnizable: 0,03333 meses.

i: interés puro o técnico que corresponde a 0,0004867

$$S: Ra (\$737.717) \frac{(1+0.004867)^{0,03333} - 1}{0.004867}$$

S: \$24.530,44

8.2.20.- Por consiguiente, se reconocerá por concepto de lucro cesante a favor de Misael Jaimes Solano la suma de veinticuatro mil quinientos treinta pesos con cuarenta y cuatro centavos (\$24.530,44).

8.3.- Reconocimiento y tasación de perjuicios morales.

8.3.1.- A efectos de considerar el reconocimiento y tasación de los perjuicios morales, se hace preciso traer a colación los criterios jurisprudenciales fijados de manera

¹³⁵ No se adicionará a este monto un 25% por concepto de prestaciones sociales toda vez que no está acreditado actividad laboral dependiente de esta víctima directa.



unificada por el Pleno de la Sala de Sección Tercera, en la sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 31172, en los siguientes términos:

“La reparación del daño moral en caso de lesiones tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas.

Para el efecto se fija como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos:

GRAFICO No. 2					
REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro.

La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso.

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes). Tendrán derecho al reconocimiento de 100 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 80 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 60 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 40 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 20 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 10 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva, propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). obtendrán el 50% del valor adjudicado al lesionado o víctima directa, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se describe: tendrán derecho al reconocimiento de 50 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 40 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 30 SMLMV



cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 20 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 10 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. Adquirirán el 35% de lo correspondiente a la víctima, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se indica: tendrán derecho al reconocimiento de 35 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 28 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 21 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 14 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 7 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 3,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. Se reconocerá el 25% de la indemnización tasada para el lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se señala: tendrán derecho al reconocimiento de 25 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 20 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 15 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 10 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 5 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 2,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). Se concederá el 15% del valor adjudicado al lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se presenta: tendrán derecho al reconocimiento de 15 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 12 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 9 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 6 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 3 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 1,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 1% e inferior al 10%.”

8.3.2.- Así las cosas, conforme a la sentencia de unificación traída a cuento, y según lo probado en el expediente, la Sala encuentra que Martha Jaimes Jerez sufrió una lesión por arma de fuego en muslo y brazo derecho (fl 24, c1) y en el reconocimiento médico legal que le fuera practicado se describió 4 cicatrices en 0.5 cm sin deformación ósea en el brazo derecho, en la pierna derecha una cicatriz de 1,5 cm y en el dorso del pie izquierdo se observan dos cicatrices de 2 cm y 1 cm “no limitación funcional” (fl 306, c1).

8.3.3.- Misael Jaimes sufrió lesiones por arma de fuego en pierna derecha (fl 33, c1) y en el reconocimiento médico legal que le fuera practicado se describieron múltiples cicatrices en dorso del miembro inferior derecho de 2x2 y 1x1 “no limitación funcional” (fl 307, c1).



8.3.4.- Benito Delgado Niño sufrió un trauma en el tobillo izquierdo y una fractura maleolar (fl 37, c1) y en el reconocimiento médico legal que le fuera practicado se describió en el miembro inferior derecho cicatriz de 1x1 en la cara interna y en el pie izquierdo cicatriz en dorso de pie de 2 cm x 1 cm “no limitación funcional” (fl 307, c1).

8.3.5.- Finalmente Víctor Julio Chipagra sufrió una lesión por herida penetrante y perforante de abdomen (fl 40, c1) y en el reconocimiento médico legal que le fuera practicado se describieron cicatrices quirúrgicas en el abdomen y en la región inguinal izquierda de 2 cm y 3 cm (fl 309, c1).

8.3.6.- Es de resaltar que en el reconocimiento médico legal practicado por la médico del servicio social obligatorio de Guaca se hizo la siguiente anotación general: *“Se considera que al examen físico no se encuentran huellas externas de lesión que permita fundamentar la incapacidad y secuelas médico legal por lo cual solicito valoración especializada por otorrinolaringología para determinar funcionalidad del órgano de la audición a Misael Jaimes Solano, Benito Delgado y Víctor Julio Chipagra Barajas y por oftalmología para valorar órgano de la visión a Martha Cecilia Jaimes, Víctor J Chipagra Barajas y Benito Delgado para definir incapacidad y posibles secuelas y poder responder a su solicitud ya que en el resumen de historia clínica enviadas no se documentan hallazgos sobre compromisos de estos órganos en ese momento”* (fl 310, c1).

8.3.7.- En este orden de ideas, se advierte que está acreditado con suficiencia las lesiones causadas a los demandantes, sin embargo, en cuanto hace a la gravedad o levedad de la lesión causada, se toma en consideración que ninguno de los medios probatorios da cuenta de secuelas que indiquen pérdida o anormalidad de una estructura o función de manera temporal o permanente, una restricción o ausencia de capacidad de realizar actividades dentro del margen de normalidad o situación desventajosa que limita o impide el desempeño; por el contrario, lo que está demostrado son cicatrices en diversas partes del cuerpo de cada uno de los afectados, sin reportarse alguno de los elementos anteriormente señalados. Por consiguiente, como no se acreditaron secuelas para las víctimas la Sala califica estas lesiones con una gravedad menor en consideración a que no implica limitación funcional ni incapacidad parcial definitiva, razón por la cual fijará una liquidación del perjuicio moral en un porcentaje del diez por ciento (10%) para cada uno de los lesionados.



8.3.8.- Por otro tanto se encuentra acreditada en debida forma la inferencia lógica de aflicción, guiada por las máximas de la experiencia, al estar probado, respecto de Martha Cecilia Jaimes Jerez, los vínculos afectivos o de parentesco de Ernesto Villabona Sepulveda [compañero permanente], Margarita Jerez Viuda de Jaimes [madre], Fabián Ernesto Villabona Jaimes [hijo], Danilo Ernesto Villabona Jaimes [hijo], Marlene, Mariela y Dora Inés Jaimes Jerez [hermanas]¹³⁶. Está acreditado, respecto de Misael Jaimes Solano, los vínculos afectivos o de parentesco de Zoraida del Socorro Castellano [esposa], Silvia Xiomara y María Lidia Jaimes Castellanos [hijas], Silvia Antonia Solano Rincón [madre] y Julio Cesar Solano [hermano medio]¹³⁷. También está acreditado respecto de Benito Delgado Niño la calidad de esposa de María del Carmen Peña Delgado ¹³⁸ y, finalmente, en cuanto a Víctor Julio Chipagra Barajas está demostrada la calidad de esposa de Beatriz Estela Rincón de Chipagra¹³⁹.

8.3.9.- En consecuencia, se liquidarán los perjuicios morales en favor de los demandantes en los siguientes términos:

Nombre	Calidad	Monto reconocido
Martha Cecilia Jaimes Jerez	Lesionada	10 SMMLV
Ernesto Villabona Sepulva	Compañero	10 SMMLV
Fabian Ernesto Villabona Jaimes	Hijo	10 SMMLV
Danilo Andrés Villabona Jaimes	Hijo	10 SMMLV
Margarita Jerez Viuda de Jaimes	Madre	10 SMMLV
Marlene Jaimes Jerez	Hermana	5 SMMLV
Mariela Jaimes Jerez	Hermana	5 SMMLV
Dora Inés Jaimes Jerez	Hermana	5 SMMLV
Misael Jaimes Solano	Lesionado	10 SMMLV
Zoraida del Socorro Castellanos	Esposa	10 SMMLV
Silvia Xiomara Jaimes Castellanos	Hija	10 SMMLV
María Lidia Jaimes Castellanos	Hija	10 SMMLV
Silvia Antonia Solano Rincón	Madre	10 SMMLV
Julio Cesar Solano	Hermano medio	5 SMMLV
Benito Delgado Niño	Lesionado	10 SMMLV
María del Carmen Peña Delgado	Esposa	10 SMMLV
Victor Julio Chipagra Barajas	Lesionado	10 SMMLV
Beatriz Estela Rincón de Chipagra	Esposa	10 SMMLV

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 procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

¹³⁶ Fls 15-17, 19, 21-22, c1 donde obran sendos registros civiles y declaraciones testimoniales de José Antonio Aguillón Jaimes, Napoleón Jaimes Pabón y Hernando Jerez Jaimes, con los que se acredita la calidad de compañero permanente de Ernesto Villabona Sepulveda. Fls 103-105, c1.

¹³⁷ Fls 28, 30-32 y 121, c1 donde obran sendos registros civiles.

¹³⁸ FI 35, c1. Registro civil de matrimonio.

¹³⁹ FI 39, c1. Registro civil de matrimonio.



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 29 de junio de 2007 dictada por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual se desestimaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: DECLARAR administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa –Policía Nacional por las lesiones causadas a Martha Cecilia Jaimes Jerez, Misael Jaimes Solano, Benito Delgado Niño y Víctor Julio Chipagra Barajas en los hechos ocurridos el 11 de diciembre de 1997 en el Municipio de Guaca.

TERCERO: CONDENAR, como consecuencia de la anterior declaración, a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional al pago de perjuicios morales a favor de los demandantes, en los siguientes términos:

Nombre	Calidad	Monto reconocido
Martha Cecilia Jaimes Jerez	Lesionada	10 SMMLV
Ernesto Villabona Sepulva	Compañero	10 SMMLV
Fabian Ernesto Villabona Jaimes	Hijo	10 SMMLV
Danilo Andrés Villabona Jaimes	Hijo	10 SMMLV
Margarita Jerez Viuda de Jaimes	Madre	10 SMMLV
Marlene Jaimes Jerez	Hermana	5 SMMLV
Mariela Jaimes Jerez	Hermana	5 SMMLV
Dora Inés Jaimes Jerez	Hermana	5 SMMLV
Misael Jaimes Solano	Lesionado	10 SMMLV
Zoraida del Socorro Castellanos	Esposa	10 SMMLV
Silvia Xiomara Jaimes Castellanos	Hija	10 SMMLV
María Lidia Jaimes Castellanos	Hija	10 SMMLV
Silvia Antonia Solano Rincón	Madre	10 SMMLV
Julio Cesar Solano	Hermano medio	5 SMMLV
Benito Delgado Niño	Lesionado	10 SMMLV
María del Carmen Peña Delgado	Esposa	10 SMMLV
Victor Julio Chipagra Barajas	Lesionado	10 SMMLV
Beatriz Estela Rincón de Chipagra	Esposa	10 SMMLV

CUARTO: CONDENAR a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional al pago de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante en los siguientes términos: i) a favor de **Martha Cecilia Jaimes Jerez** veinticuatro mil quinientos treinta pesos con cuarenta y cuatro centavos (\$24.530,44), ii) a favor de **Misael Jaimes Solano** veinticuatro mil quinientos treinta pesos con cuarenta y cuatro centavos (\$24.530,44), iii) a favor de **Benito Delgado Niño** cuarenta y nueve mil sesenta y cuatro pesos con



ochenta y siete centavos (\$49.064,87) y iv) a favor de **Víctor Julio Chipagra Barajas** ciento noventa y seis mil trescientos sesenta y nueve pesos con cincuenta y tres centavos (\$196.369,53).

QUINTO: NEGAR las demás las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: EXPEDIR copia de la presente sentencia así como la de primer grado con las pertinentes constancias de notificación y ejecutoria. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

SÉPTIMO: DAR cumplimiento a esta sentencia conforme a los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

OCTAVO: ABSTENERSE de condenar en costas.

NOVENO: 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
Aclaración de voto Cfr. Rad. 33870#1/16;
Rad. 34158#1,3/15; Rad. 33494#2/16;
Rad. 33391/15; Rad. 40289/16

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado