

PERSPECTIVA DE GENERO - Reivindicación del papel de la mujer y de los niños y niñas víctimas en el conflicto armado interno / CONFLICTO ARMADO INTERNO - Reivindicación del papel de la mujer y de los niños y niñas / CONFLICTO ARMADO - Impacto diferencia de la violencia experimentada por la mujer. Caso toma guerrillera en Barbacoas Nariño

El impacto diferenciado de la violencia que experimentan las mujeres en razón de su género va ligado directamente a la vulnerabilidad a la que está expuesta la mujer en medio del conflicto y con posterioridad a éste, como quiera que el mismo las obliga a asumir roles que antes no desempeñaban, imponiéndoseles cargas adicionales a las que normalmente asumían. Es importante destacar como la mujer saca adelante sus hogares aun a pesar del rompimiento de sus estructuras funcionales originales, donde muchas veces no solo está ausente la figura del padre sino también de varios miembros de un mismo hogar. El carácter diferencial de la violencia viene dado no en razón del género como tal, sino en razón de las diferencias en la forma de afrontar la violencia para cada cual y en como las cargas que genera el conflicto sobre la mujer es mayor por cuanto en la mayoría de casos es la mujer quien se encarga de regenerar su tejido social. Es necesario reconocer el impacto que la violencia ha causado en la vida de las mujeres dejándolas solas con la ausencia de sus familiares, cargando en ellas la desaparición, la muerte de sus compañeros, esposos. Lo cual ha conllevando a la desarticulación y desarraigo de los hogares por ellas constituidos, obligándolas a (sic) (sic) asumir la posición de madres cabezas de familia proveedoras del hogar sumando a ello la obligación de exigir una reivindicación de sus derechos vulnerados, de reparación, Justicia y verdad ante los actos de violencia de los cuales fueron víctimas directas o indirectas. Es necesario para la sala, reivindicar el poder de la mujer en la historia del país y reconocer que lejos de ser una víctima “victimizada”, la mujer, muy a pesar de las condiciones que le impone la sociedad y el conflicto armado, ha sido ejemplo de valentía y ha resistido con valor las diferentes condiciones a las que el conflicto la ha expuesto y como en muchos casos a través de su cotidianidad ha ayudado a garantizar las mínimas condiciones de vida digna de quienes le rodean sin importar el conflicto. Ejemplo de estas condiciones fueron a las que estuvieron sometidas Liliana esperanza Zambrano y Jessica Liliana Latorre quienes se encontraban viviendo en el Municipio de Barbacoas y presenciaron el combate en donde perdiera la vida su compañero y padre. Así mismo la sala encontró probado en el proceso que la Señora Zambrano contribuyó con la policía proveyendo la alimentación para el personal destacado en el Municipio de Barbacoas sin importar el peligro al cual se veían expuestas ella y su hija. Esta función social no puede ser desconocida por la Policía quien tenía a su cargo esta obligación y quien solo se limitó a enviar enseres de cocina a una estación que carecía incluso de agua potable y en donde los habitantes tenían prohibido proveer de cualquier alimento, bien o servicio a la policía. El papel de la mujer no puede permanecer invisible para el Estado cuando ejerce labores humanitarias en la guerra por considerarse “socialmente” tales labores como propias de la mujer en desarrollo de las funciones de ama de casa. Pues está claro que las mismas constituyen una labor del más alto grado de reconocimiento no solo laboral, sino social. Así mismo quedo probado en el proceso que la labor de la señora Zambrano contribuyó a garantizar la calidad de vida de los agentes con un servicio básico como lo es la alimentación. Por todo lo anteriormente expuesto y en reconocimiento de las mujeres como víctimas del conflicto armado ante el rompimiento de su estructura familiar, del dolor al que se vieron sometidas por la pérdida de su compañero, del desarraigo al que se vieron inmersas al haber tenido que abandonar el Municipio de Barbacoas, tras la toma guerrillera y por el cambio de rol al que se vieron inmersas ante los actos de violencia del conflicto armado, así como por la función social que desempeñó la

señora Liliana Esperanza Zambrano y su hija en el Municipio de Barbacoas; la Sala encuentra necesario reconocer en la dimensión de los perjuicios inmateriales, y como componente de la reparación integral, la condena a favor de las demandantes de la indemnización por vulneración de los bienes constitucionales y convencionales (Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado) a la vida, a la construcción de una familia y a la dignidad de las mujeres.

FUENTE FORMAL: DECLARACION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA PROTECCION DE LA MUJER Y EL NIÑO EN ESTADOS DE EMERGENCIA O DE CONFLICTO ARMADO - RESOLUCION 3318 DE 14 DE DICIEMBRE DE 1974

PERSPECTIVA DE GENERO - Reconocimiento de perjuicios inmateriales a favor de niños y niñas víctimas del conflicto armado por la vulneración de las garantías de las que son titulares / DERECHO A LA INTEGRIDAD FISICA Y A LA VIDA - Niños y niñas en conflicto armado. Vulneración a las garantías de las que son titulares / DERECHO A LA INTERGRIDAD FISICA Y A LA VIDA - Sujetos de especial protección constitucional, niños y niñas. Aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos CADH

El desarrollo del conflicto armado interno en el país ha marcado de manera negativa y reiterada la vida de niñas y niños, convirtiéndolos en víctimas silenciosas de la guerra. Éstos se enfrentan a la vivencia de múltiples escenarios que degeneran en limitantes al desarrollo de su personalidad, en el mejor de los casos, y en otros, en efectos psicológicos difíciles de superar, debido no solo a los hechos que presencian, sino también al rompimiento de las estructuras familiares y de su entorno social. Estas estructuras son de gran importancia para el desarrollo de los menores. Por lo que cualquier afectación de las mismas constituye una vulneración a sus derechos, especialmente se vulnera los derechos reconocidos convencionalmente en la Convención de las Naciones Unidas para la protección de los derechos de los niños de 1989 (artículo 38.1 y 38.4), 39 y el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Es por esta razón que aun cuando en principio los menores sean víctimas indirectas de la violencia, esta condición cambia a la de víctima directa cuando se fractura su estructura familiar por el especial reconocimiento y protección que tienen las niñas y niños por su condición particular de vulnerabilidad. (...) estas repercusiones causadas en los niños y niñas víctimas del conflicto armado les dejan consecuencias a largo plazo en su desarrollo social. Y que este tipo de daños no pueden desconocerse toda vez que los menores son sujetos de especial protección constitucional, más aun cuando se tienen en cuenta las consecuencias nefastas del conflicto. En tal sentido la sala encuentra probada la vulneración a las garantías de las cuales son titulares los niños con ocasión del conflicto. En el caso que nos ocupa de Jessika Liliana es así, por cuanto la menor no solo presenció la toma del municipio de Barbacoas, en donde evidenció la crueldad de la guerra al ver a su padre víctima de múltiples impactos de bala propinados por el grupo insurgente, entre ellos un disparo a corta distancia en la cabeza, el cual le ocasionó la muerte; sino que también ha sido víctima del rompimiento de su estructura familiar, como consecuencia de la cual no solo ha sufrido repercusiones ante la desaparición del padre sino de los daños psicológicos ocasionados en la madre, que tal como lo señala el informe de medicina legal han generado una "relación simbiótica" dañina tanto para la madre como para la hija por la repercusión del dolor y tensión de la primera sobre la menor, llegando a repercutir incluso en su entorno social y escolar.

FUENTE FORMAL: CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS DE 1989 - ARTICULO 38 NUMERAL 1 / CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS DE 1989 - ARTICULO 38 NUMERAL 4 / CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS DE 1989 - ARTICULO 39 / CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 19

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO -
Falla del servicio por incumplimiento de la cláusula general de la buena administración. Muerte de policías en estación de policía de Barbacoas, Nariño / DERECHO DE GUERRA O IUS IN BELLUM - Deber del Estado de planeación, organización, seguimiento y despliegue de fuerza policial / DERECHO DE GUERRA - Principio de humanidad. Deber del Estado de proporcionar elementos para los agentes de las fuerzas armadas y estaciones de policía / PRINCIPIO DE HUMANIDAD - Deber de protección estatal sobre los agentes de las fuerzas armadas / PRINCIPIO DE HUMANIDAD - Quebrantamiento de la cláusula general de la buena administración. Omisión del Estado en la protección y dotación de las Estaciones de Policía

Es determinante para la imputación de la responsabilidad del Estado el incumplimiento en la planeación, organización, seguimiento y despliegue de la fuerza policial, especialmente en zonas donde el conflicto armado tenía las más complejas, serias y graves circunstancias. Y no debe olvidarse que si se aplica el ius in bellum, el fin último al que debió responder el Estado era “atenuar, en la medida de lo posible, el sufrimiento causado a las víctimas de las hostilidades” entre las que cabe tener a los policiales que prestando su servicio están cumpliendo con el principio de solidaridad que exige cumplir con ese deber patriótico constitucional. Y si esto es así, el Estado es responsable del resultado perjudicial ya que no se correspondió con los principios de humanidad, esto es, con aquellos que exigen que el ejercicio de toda actividad, como por ejemplo las misiones de seguridad asignadas a los miembros de las fuerzas armadas, debe estar orientada hacia la preservación de los derechos, y no al sacrificio absoluto de estos por una causa que legal y democrática no está llamado ningún individuo a soportar porque implicaría la supresión de la esencia propia del ser humano como destinatario de la protección, convirtiendo al Estado en prioridad en la búsqueda de la paz. En ese sentido, debe prodigarse la aplicación de la responsabilidad objetiva en este tipo de casos, siempre que se cumplan ciertas condiciones (...): i) debe nacer cuando la administración pública crea una situación de peligro individual y extraordinaria (...); ii) debe tratarse de un riesgo especial, incrementado (...), y; iii) que “el daño... sufrido por la víctima sea consecuencia inmediata de la realización de dicho peligro”. (...) también es imputable el resultado dañoso a las entidades demandadas porque se quebró e incumplió la cláusula general de la “buena administración pública”, que se refuerza especialmente cuando el Estado está a cargo de las estaciones policiales, de salvaguarda de la seguridad y de enfrentar con suficientes y plenas garantías a la delincuencia. Porque en caso de producirse, la omisión del Estado puede desencadenar la producción de actos de genocidio o de violencia que como lo señala la Observación General No. 6 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su artículo 6, los “Estados tienen la suprema obligación de evitar las guerras, los actos de genocidio y demás actos de violencia de masas que causan la pérdida arbitraria de vidas humanas”. Lo que se corresponde, siguiendo la misma Observación, con la exigencia de extender dicha obligación a los propios miembros de las fuerzas militares, de manera que se comprenda que

la “expresión “el derecho a la vida es inherente a la persona humana” no puede entenderse de manera restrictiva y la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas”, que como en la toma de la Estación de Policía de Barbacoas brillaron por su ausencia, lo que lleva a imputar a las entidades demandadas la responsabilidad por la muerte de Héctor Latorre Zambrano, teniendo en cuenta el deficiente funcionamiento que se acreditó de la actividad obligada a desplegar por parte de la administración pública, esto es “teniendo en cuenta si hay o no defectos imputables a la estructura administrativa que sean relevantes en la producción del efecto lesivo”. La Sala llega a la conclusión que la entidad aquí demandada es responsable patrimonialmente de los daños causados a Héctor Latorre Zambrano y a su familia, con fundamento en la indiscutible posición de garante institucional que residía en dichas entidades, y como consecuencia directa de la creación de la situación objetiva de riesgo, ya que como se dijo atrás, estaba llamado el Estado a evitar los riesgos, debilidades y fallas que se cometieron en la Estación de la Policía Nacional de Barbacoas (Nariño), que permitió el ataque guerrillero, con el resultado funesto y desafortunado para la familia del demandante y de todos los que resultaron víctimas del mismo, quienes debieron ser amparados como ciudadanos-policia en sus derechos fundamentales y humanos. Fue, por lo tanto, la omisión protuberante, ostensible, grave e inconcebible del Estado de la que se desprende la responsabilidad por el resultado dañoso de los demandantes, quien estaba en la obligación de ofrecer, por lo menos, una intervención proporcionada y adecuada a las circunstancias riesgosas creadas por el mismo.

MEDIDAS DE REPARACION INTEGRAL - Medida de reparación no pecuniaria. Exhortación al Gobierno para que, si lo considera pertinente, solicite opinión consultiva a la CIDH

Atendiendo a los anteriores antecedentes, la Sala, al verificar que el grupo insurgente durante el desarrollo de los hechos en que se dio muerte al agente Héctor Latorre Zambrano incurrió en violaciones a los derechos humanos, no puede permanecer impasible. Por ello, con el fin de consolidar el concepto de reparación integral, que como es bien sabido está integrado por la Justicia, la Verdad y la Reparación; en la búsqueda de establecer la realidad de los hechos, y ante la imposibilidad que tiene la Jurisdicción Contencioso Administrativa de juzgar la actuación de los entes no estatales; en la parte resolutive del fallo exhortará al Gobierno para que, si lo considera pertinente (sic) (sic), solicite opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la ocurrencia de actos constitutivos de violación de este tipo de derechos, ocasionados en el caso sub iudice por las FARC, de cara a la normatividad supranacional sobre protección de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento a favor de familiares de policía muerto en ataque guerrillero a la Estación de Policía en Barbacoas Nariño

En los eventos en los que la afectación a las personas es por la muerte, como en el caso concreto de la víctima Hector Latorre Zambrano, en los hechos ocurridos el 6 de junio de 1997, no puede reducirse su materialidad a la simple constatación desde la perspectiva ordinaria, sino que cabe comprender su consideración en el marco del respeto al ordenamiento jurídico y a los derechos humanos, intereses y bienes que se vean vulnerados, socavados y lesionados, y se radican en cabeza de los demandantes. (...) Debe, además, como parte de la motivación, examinarse si se acreditó el parentesco debida y legalmente, con los registros civiles, para reconocer los perjuicios morales en cabeza de la víctima y de sus familiares, para lo que procede la aplicación de las reglas de la experiencia, según las cuales se

presume que la muerte, lesión, etc, afecta a la víctima y a sus familiares más cercanos (esto es, los que conforman su núcleo familiar), y se expresa en un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad (el segundo criterio con el que ya cuenta el juez en el momento de reconocer los perjuicios morales tiene que ver con el concepto de familia, que será importante para determinar la tasación y liquidación de los mismos perjuicios, ya que puede apreciarse (de la prueba testimonial):- cómo estaba conformada la familia?; - qué rol desempeñaba la víctima al interior de su familia?; - cómo estaban definidas las relaciones entre la víctima y los demás miembros de la familia?; - se trataba de una familia que convivía o no en un mismo espacio?; - se trataba de una familia que estaba disgregada, o de una familia fruto de diferentes relaciones de los padres –hermanastros, hermanos de crianza, por ejemplo-?), y de reconocer su existencia bien sea como un derecho prestaciones, o fundamental. (...) Ahora bien, respecto de los perjuicios morales en cabeza de los familiares de las víctimas con ocasión de la muerte y lesiones, por ejemplo, el juez contencioso administrativo debe observar que reconocida la existencia de los perjuicios morales teniendo en cuenta que con base en las reglas de la experiencia, se presume que, en las circunstancias en que ocurrió, para sus parientes inmediatos debió implicar un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad. Y se afirma que se trate de parientes cercanos, ya que dicha presunción, al no existir otro medio probatorio en el expediente, reviste sustento jurídico solamente respecto del núcleo familiar vital, esto es, aquel que se comprende dentro del mandato constitucional del artículo 42 de la Carta Política. Revisadas las pretensiones de la demanda, y tratándose de la muerte del agente de la Policía Nacional Héctor Latorre Zambrano, se encuentra acreditado el parentesco de Jessika Liliana Latorre Sánchez con el registro civil en su calidad de hija y el de la Señora Liliana Esperanza Sánchez Rosero con las testimoniales como su compañera permanente, lo que lleva a la Sala a tener por demostrado el perjuicio moral en cabeza de las demandantes con ocasión de la muerte del padre y compañero, lo que aplicando las reglas de la experiencia hace presumir que la muerte en las circunstancias violentas en las que ocurrieron, hacen presumir que los parientes cercanos (que conforman su núcleo familiar) debieron afrontar un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 42

Costas - No condena

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

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 171 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55

NOTA DE RELATORIA: Esta decisión fue proferida por la Sub-Sección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con salvamento parcial de voto y aclaración de voto del consejero Enrique Gil Botero, y, con aclaración de voto de

la consejera Olga Mélida Valle de De La Hoz. A la fecha no se cuenta con el medio magnético del salvamento y de las aclaraciones de voto.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil trece (2013).

Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00577-01(25981)

Actor: LILIANA ESPERANZA SANCHEZ GUERRERO Y OTROS

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, el 5 de septiembre de 2003, mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO.- DECLARAR que la Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional es administrativa y patrimonialmente responsable por la muerte del agente de Policía Nacional Hector (sic) Latorre Zambrano en hecho ocurridos el 6 de junio de 1997 en Barbacoas Departamento de Nariño.

SEGUNDO.- CONDENAR como consecuencia de la declaración anterior a la Nación Colombiana- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional, a pagar a título de indemnización y por concepto de PERJUICIOS MORALES a favor de la señora Liliana Esperanza Sanchez (sic) Guerrero y de la menor Jessika Liliana Latorre Sanchez (sic), en su condición de compañera permanente e hija extramatrimonial, respectivamente, del agente Héctor Jesús Latorre Zambrano, una suma equivalente a un mil (1.000) gramos de oro fino para cada uno.

TERCERO.- CONDENAR a la Nación Colombiana- Ministerio de Defensa- Policía Nacional por concepto de PERJUICIOS MATERIALES en la modalidad

de lucro cesante, a favor de Liliana Esperanza Sánchez Guerrero y Jessika Liliana Latorre Sánchez las siguientes sumas de dinero:

INDEMNIZACIÓN DEBIDA.....\$44.421.618,19

INDEMNIZACION FUTURA.....\$95.421.044,11

TOTAL CONSOLIDADO.....\$139.842.662,30

Para cada una de ellas, les corresponderá la suma \$69.921.331,15

CUARTO.- DENIEGASE las demás súplicas de la demanda.

[...]

ANTECEDENTES

1. La demanda

Fue presentada el 3 de Junio de 1999 por Liliana Esperanza Sánchez Guerrero, quien actúa en nombre propio y en representación de su hija menor de edad, Jessika Liliana Latorre Sánchez, 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 patrimonialmente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional de los daños y perjuicios causados a las demandantes, como consecuencia de la muerte de su compañero permanente y padre HECTOR LATORRE ZAMBRANO, ocurrida el 6 de junio de 1997 en el Municipio de Barbacoas. En el libelo se deprecaron las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA.

LA NACION (MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL) es administrativamente responsable de los daños y perjuicios, morales y materiales ocasionados a las demandantes LILIANA ESPERANZA SANCHEZ GUERRERO Y JESSIKA LILIANA LATORRE SANCHEZ, con la muerte violenta de HECTOR LATORRE ZAMBRANO, compañero permanente de la primera y padre extramatrimonial de la segunda; en hechos sucedidos en el municipio de Barbacoas, por falla del servicio imputable a la Policía Nacional.

SEGUNDA.

Condénese a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL, a pagar a favor de LILIANA ESPERANZA SANCHEZ GUERRERO Y JESSIKA LILIANA LATORRE SANCHEZ, por intermedio de su apoderado; todos los daños y perjuicios tanto morales como materiales, que se les ocasionaron con la muerte violenta de HECTOR LATORRE ZAMBRANO, conforme a las siguientes liquidaciones o las que se demostrase en el proceso, así:

a) *PERJUICIOS MATERIALES, en modalidad de LUCRO CESANTE: la suma de SESENTA Y CINCO MILLONES CINCUENTA Y UN MIL SEISCIENTOS TREINTA Y DOS MIL PESOS M.C. (\$65.051.632.00), para LILIANA ESPERANZA SANCHEZ GUERRERO, en calidad de compañera permanente del difunto y como representante legal de su hija menor de edad JESSIKA LILIANA LATORRE SANCHEZ.*

b) *POR CONCEPTO DE PERJUICIOS MORALES O "PRETIUM DOLORIS": para LILIANA ESPERANZA SANCHEZ GUERRERO, compañera permanente de HECTOR LATORRE ZAMBRANO, la suma de MIL (1.000) GRAMOS DE ORO FINO.*

Para JESSIKA LILIANA LATORRE SANCHEZ, hija de HECTOR LATORRE ZAMBRANO, la suma de MIL (1.000) GRAMOS DE ORO FINO.

Las indemnizaciones se harán según certificación expedida por el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de la sentencia condenatoria".

c) *DAÑO FISIOLÓGICO O "le préjudice d'agrement", la suma de TRES MIL GRAMOS DE ORO FINO (3.000), para cada una de las demandantes.*

Las anteriores pretensiones se fundamentan en los siguientes hechos presentados por la demandante:

"1º. LILIANA ESPERANZA SANCHEZ GUERRERO, fue compañera permanente de HECTOR LATORRE ZAMBRANO, aproximadamente desde el año de 1992. En su calidad de compañeros permanentes, procrearon a su hija extramatrimonial JESSIKA LILIANA LATORRE SANCHEZ.

2º. El 6 de junio de 1997, murió el señor HECTOR LATORRE ZAMBRANO; en un cuartel de policía sin terminar de construir, sin paredes expuestos en forma directa a los proyectiles de la guerrilla, en un edificio desmantelado y sin medida de seguridad alguna; en un ataque subversivo de las FARC; grupo que había anunciado una toma guerrillera al Municipio de Barbacoas.

3º. Dos (2) meses, antes a la toma guerrillera, se hizo un hostigamiento por parte de ese cuerpo armado. Durante el hostigamiento, los Agentes de Policía asignados al comando de Barbacoas, se vieron abocados a resistir el ataque; con ello quedaron con escasas (sic) de municiones y verificaron la deficiencia de armamento adecuado para resistir un ataque de la guerrilla. (...) Tales situaciones eran conocidas por el comandante de la policía en Pasto.

(...) pero, la dotación de material bélico para la defensa de la estación de policía, jamás llegó a Barbacoas, porque se decidió remitirlo primero a Tumaco, ciudad donde se quedó almacenado en forma injustificada y negligente, sin atender el grave e inminente peligro, que corrían las vidas de los agentes de policía de Barbacoas.

4º. Según informe de inteligencia del comando del departamento de policía Nariño, del 16 de abril de 1997, elaborado por el señor comandante FORTUNATO GUAÑARITA LEGARDA, se afirma "... tienen planeado atacar la estación de policía del Municipio de Barbacoas, la cual sería ejecutada por 200 hombres aproximadamente. Este comando reforzó con personal, armamento y recursos logísticos la Estación y alertó a los efectivos policiales para que estén prestos a repeler cualquier accionar de los delincuentes...".

No es cierto, que se hayan enviado algunos hombres de más, con sus fusiles y algunos cartuchos. Tampoco el armamento necesario para una adecuada defensa llegó; los únicos recursos logísticos enviados fueron unas cocinetas y utensilios de cocina.

5º. Los agentes contaban tan solo con fusil y 200 cartuchos; la estación con 10 granadas de mano que no funcionaron al momento del combate, y el cuartel

sin ninguna protección por estar a medio construir y sin paredes en el segundo piso, resultaba absolutamente accesible al ataque (...).

6°. Durante los días que transcurrieron entre el hostigamiento a que se ha hecho referencia y la toma guerrillera, aparecieron panfletos contra los agentes de policía, instigándolos a que abandonarán Barbacoas; anunciando la toma del pueblo y la estación de Policía (...).

7°. HECTOR JESUS LATORRE ZAMBRANO, (...) al momento de su muerte trabajaba al servicio de la Policía Nacional, Departamento de Nariño, Comando de Barbacoas, quien tenía una asignación mensual de (\$559.702.40).

8°. Dependían económicamente del señor Héctor JESUS LATORRE ZAMBRANO, su hija JESSIKA LILIANA LATORRE SANCHEZ y su compañera permanente LILIAA ESPERANZA SANCHEZ GUERRERO, personas que sufrieron mengua en sus condiciones de vida por la muerte de su padre y compañero permanente, pues el les brindaba ayuda en proporción al 50% de sus ingresos, ya que su compañera estaba dedicada de tiempo completo al hogar y al cuidado de su hija; por ello carecían y carecen de ingresos para su subsistencia; pues ningún componente de la familia, ayuda al sostenimiento de la viuda y la niña huérfana”.

2. Actuación procesal en primera instancia.

- El Tribunal Administrativo de Nariño admitió la demanda mediante providencia del Quince (15) de junio de 1999 (fl.23 c1), notificándose al Ministerio de Defensa por conducto del señor Comandante del Departamento de Policía de Nariño (fl.28 c1).
- La demandada mediante apoderado contestó la demanda en la oportunidad legal, en escrito en el que manifestó que se oponía a todas y cada una de las pretensiones, así como que algunos hechos deben probarse y otros son objeto de prueba. En la misma, la demandada afirmó,
“(...) su muerte se debió a un atentado terrorista cuando este laboraba en la estación de policía de Barbacoas, hecho de un tercero, que nada tiene que ver la administración que represento. Ya que es una situación del diario vivir en un país como el nuestro, en donde los grupos al margen de la ley; hostigan y matan a gente vinculada a las fuerzas militares y hasta los mismos particulares que nada tienen que ver en esta guerra interna que se esta viviendo.
Por otra parte, es un riesgo propio del servicio que los mismos uniformados asumen en el mismo momento en que se deciden vincularse a las filas. Sin que se pueda responsabilizar a los entes del Estado de esta situación.”
(fl.31c1).

- Agotado el periodo probatorio, que se inició mediante auto del veintisiete de enero de 2000 (fl.39 c1) y, habiéndose citado a audiencia de conciliación por providencia de 30 de agosto de 2000 (fl.42 c1) la cual fue fallida, mediante auto del seis de febrero del 2001 se corrió traslado a las partes para presentar los alegatos de conclusión (fl.60 c1).
- El Ministerio Público emitió el concepto No.038 del 27 de Febrero de 2001 en el que consideró,

“No existe prueba de que la muerte de HECTOR JESUS LATORRE ZAMBRANO ocurrida el 6 de junio, durante una toma guerrillera de la población de Barbacoas (Nariño), hubiera ocurrido por el incumplimiento de las obligaciones de la demandada y por tanto no puede decirse que aquella tuvo como causas inmediatas estas, estructurándose lo que la doctrina y la jurisprudencia ha llamado falla del servicio probada. Tampoco esta(sic) probado que la muerte del mencionado agente de la policía fue causada con elementos del servicio, para que se estructure falla presunta; ella ocurrió en el enfrentamiento que miembros de la Policía tuvieron que afrontar a la fecha del ataque guerrillero, vale decir que esa muerte se debió a hechos de un tercero. (sic)

Los hechos de la demanda son bastante claros al establecer que la muerte del agente HECTOR JESUS LATORRE ZAMBRANO se debió a la acción criminal de personas indeterminadas, 200 guerrilleros que se tomaron la población de Barbacoas. Se dice en la demanda que hubo, acciones, omisiones, falta de apoyo, deficiente armamento, etc., falla en el servicio, pero no se probó esta aseveración.” (fls.62 a 69 c1).

- Las partes guardaron silencio y se abstuvieron de presentar alegatos de conclusión.

3. Sentencia de primera instancia.

El Tribunal Administrativo de Nariño, en su decisión encontró demostradas las pretensiones de la demanda. En ese sentido, argumentó el a quo,

“(…) Se prueba entonces, que la muerte del agente Latorre Zambrano fue causada por un tercero, lo que, en principio obligaría a concluir que no existe nexo de causalidad entre una acción y omisión de la Nación Ministerio de Defensa – Policía Nacional y el daño causado. No obstante, debe establecerse como deducción del conjunto probatorio que se trajo al informativo. Si se presento (sic). En este caso particular, una falla en la prestación del servicio a cargo de la entidad demandada que permita considerar que el hecho del tercero no le es ajeno como consecuencia que pudiera serle imputable.

(…)

En criterio de la Sala. No cabe duda que en este caso, existió negligencia por parte del Estado en presentar apoyo eficiente, eficaz y oportuno a los agentes

de policía en el ataque subversivo que era previsto y previsible. Si bien es cierto. La actividad desplegada por los agentes de policía implican en si mismo un riesgo por la naturaleza del servicio. El Estado no puede ser exonerado de la obligación de garantizar unas condiciones dignas de trabajo que permitan una realización efectiva de las funciones que se les ha confiado.

(...)

En el sub – lite no puede admitirse que la incursión guerrillera en la estación... constituya fuerza mayor. Pues era de conocimiento publico que en el territorio... operaban diferentes frentes de la coordinadora guerrillera. Los cuales tenían como objetivo militar los cuarteles de la fuerza pública ... que hacia previsible un ataque de la subversión... El accionar de la subversión no reviste la condición de irresistible por el numero (sic) de guerrilleros que perpetraron la actividad delincuencia (mas de 200), pues siendo un hecho previsible la misma autoridad no proporciono (sic) a tiempo el armamento necesario, ni asigno (sic) suficientes uniformados para vigilar la estación.

(...)

si bien a los uniformados por su naturaleza se les exige... una exposición excepcional de su seguridad personal dadas sus funciones constitucionales, tal situación no habilita a los superiores a que impongan a los miembros de la fuerza pública cargas adicionales distintas de los riesgos que normalmente deben afrontar en el control o restablecimiento del orden público. Pues se iría en contravía de tales principios colocando no solo en juego el respeto de los derechos humanos sino de paso la vida e integridad física de los agentes, los cuales por esa mera condición no significa que deban asumir a toda costa los riesgos derivados de la falta o falla del servicio imputable a la administración. Pues la actividad profesional del agente de policía o de militar reviste contornos especiales que tampoco deben sobreponerse a lo imposible". (fls.126, 127, 128, cp).

El fallo de primera instancia, al tasar los perjuicios materiales, los calculó sobre el salario mínimo legal vigente, reducido en un 50%, pues se estimó que este porcentaje sería el que la víctima destinaba para su propio sostenimiento.

4. Recurso de Apelación.

- El 19 de septiembre de 2003 la parte demandada interpuso el recurso de apelación contra el fallo dictado en primera instancia. (fl.136 cp).
- El 19 de septiembre de 2003 la parte actora interpuso el recurso de apelación frente al porcentaje base de liquidación del lucro cesante y la inclusión de la totalidad de los ingresos. (fl.150 cp).
- Mediante auto de 26 de septiembre de 2003 el *a quo* concedió el recurso de apelación interpuesto por las partes (fl.152 cp).

5. Actuación en segunda instancia.

- La parte actora presentó la sustentación del recurso el 19 de septiembre de 2003, por escrito en el que apeló el monto del porcentaje de la base de liquidación del lucro cesante y la inclusión de la totalidad de los ingresos, (fl.150cp).

“(...) como en el presente asunto, el lucro cesante se liquido (sic) con base en el 50% de los ingresos del causante, la decisión se apartó de las reiteradas decisiones del superior jerárquico, razón por la cual solicito (sic) se modifique la sentencia, para que el lucro cesante se liquide con base en el 75% de los ingresos y no con base en el 50%, como lo hizo el Honorable Tribunal Administrativo de Nariño, liquidación en la que habrá de incluirse la totalidad de los ingresos y no únicamente el salario básico mensual.”

- Mediante auto de 15 de enero de 2004 el despacho, de la época, admitió el recurso de apelación (fl.158 cp) y, por providencia del 29 de enero de 2004 se corrió traslado al Ministerio Público y a las partes para emitir el concepto de rigor y presentar los alegatos de conclusión (fl.159 cp).
- La demandada sustentó el recurso de apelación, mediante escrito en el que reiteró lo sostenido en otras instancias procesales (fls. 136 a 149 cp), agregando,

“Considero que en este petitorio se premio (sic) al resolver favorablemente la pretensión de la demanda, al profesional del derecho que presenta(sic) a la parte actora, ya que si se analiza detalladamente el proceso, se tiene que este instauro (sic) la demanda el día 19 de mayo de 1.999, siendo admitida por el Tribunal Administrativo de Nariño el día 15 de junio de 1999 y notificada a la entidad demandada el día 24 de noviembre de 1999, sin que se percatara la misma autoridad, de que el Dr. Garzón Coral, había interpuesto dentro del proceso 1998-0213 la integración del litis consorcio cuasi necesario por la señora LILIANA SANCHEZ GUERRERERO y su hija extramatrimonial Jessika Latorre Zambrano; en el mes de abril del mencionado año, y al cual (sic) el Tribunal Administrativo de Nariño, rechazó por cuanto considero (sic) que no se encontraban frente a relaciones sustanciales como se pretendió afirmar y lo que realmente cabía era un litis consorcio facultativo. Aun así el profesional del derecho, ejerció doble acción, ya que no conforme con la decisión del tribunal interpuso apelación, la cual fue decidida por el Honorable Consejo de Estado el día 9 de septiembre de 1.999, confirmando la sentencia de rechazamiento; pero con la tranquilidad de que ya estaba en curso.”

(...)

“No puede ser de recibo estas pretensiones por cuanto el resultado dañoso, se dio por el actuar de un tercero (guerrilla). Hecho de un tercero que según la Doctrina y la jurisprudencia han establecido que el nexo de causalidad se interrumpe, se rompe, cuando se dan tres fenómenos que se han cobijado bajo los términos “causa ajena”, es decir causa no imputable al

presunto responsable; entre ellos están la culpa exclusiva de la víctima, fuerza mayor o caso fortuito y hecho de un tercero.”

- Con auto del 23 de abril de 2004 se resolvió la solicitud de incorporación de pruebas documentales solicitada por la parte demandada, en el sentido de negar la petición por no adecuarse a los eventos taxativos y excepcionales del decreto de pruebas en segunda instancia. (fls.160 y 161 cp).
- Con auto del 9 de julio de 2004 se corrió traslado a las partes para la presentación de alegatos finales.
- El 4 de agosto de 2004 la parte demandada presentó alegatos de conclusión en el mismo sentido, solicitando revocar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño.
- El 30 de agosto de 2004 el Ministerio Público mediante concepto No.04-127 solicitó la confirmación del fallo impugnado.
- La parte actora guardó silencio.
- Mediante auto del 28 de marzo de 2012 se comunicó a las partes la fecha de audiencia de conciliación dispuesta para el día 11 de octubre de 2012.
- Mediante concepto No.020 del 25 de septiembre de 2012, el Ministerio Público consideró viable la conciliación. (fls.201- 216 cp)
- El 11 de octubre de 2012 mediante escrito, la apoderada del Ministerio de Defensa- Policía Nacional, manifestó que a la parte demandada no le asiste ánimo conciliatorio en el proceso de referencia y anexa poder con soporte en copia auténtica. (fls. 217- 225 cp)
- El apoderado sustituto de la parte actora asiste a la audiencia de conciliación y anexa sustitución conferida del apoderado principal exclusivamente para dicha diligencia. (fls, 226-227 cp)
- Se reconoce personería a la abogada Diana Marcela Rincón Alarcón como apoderada de la Nación – Ministerio de Defensa- Policía Nacional con ocasión del poder otorgado, (fl. 219 cp)

CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño del 5 de septiembre de 2003, mediante la cual se declaró a la Nación – Ministerio de Defensa- Policía Nacional administrativa y patrimonialmente responsable por la muerte del agente de Policía Nacional Héctor Latorre Zambrano.

La Sala observa que es competente para resolver el asunto *sub judice*, teniendo en cuenta que la pretensión mayor, referida en la demanda a los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante¹ excedía la cuantía mínima exigida para que opere la doble instancia², en aplicación del decreto 597 de 1988.

De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 357 del C.P.C³, aplicable en sede contencioso administrativo según se dispone en el artículo 267 del C. C. A., el recurso 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 decisión⁴.

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.*”

En atención a la posición actual de la Sección Tercera de esta Corporación⁵, 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

¹ La pretensión por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante ascendía a la suma de \$65.051.632.00.

² Teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 19 de mayo de 1999, para esa época la cuantía exigida para que un proceso tuviera vocación de segunda instancia era de \$18.850.000.00.

³ 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 (...).”

⁴ Sentencia de 31 de enero de 2011, expediente: 15800.

⁵ Sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera de 9 de febrero de 2012, expediente: 21060.

desmejorar la situación que en relación con el litigio le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

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 congruencia⁶ de la sentencia como el principio dispositivo⁷, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”^{8 9}. (Subrayado por la Sala)*

Por su parte, también se ha resaltado que dicha garantía no tiene un carácter absoluto, por cuanto en su aplicación tiene dos limitantes, a saber:

i) La imposibilidad de reformar el fallo de primer grado en perjuicio del apelante sólo tiene cabida cuando la impugnación respectiva sea formulada por un solo interesado (apelante único), lo cual puede comprender diversas hipótesis fácticas como aquella que corresponde a casos en los cuales, en estricto rigor, se trata de varias apelaciones desde el punto de vista formal, pero interpuestas por personas

⁶ 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”*.

⁷ 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.

⁸ Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

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

que aunque diferentes entre sí, en realidad comparten un mismo interés dentro del proceso o integran una misma parte dentro de la *litis* (demandada o demandante), por lo cual materialmente han de tenerse como impugnaciones únicas.

ii) En aquellos casos relacionados con la apelación de los fallos inhibitorios de primer grado, en los cuales el juez de la segunda instancia encuentre que hay lugar a proferir una decisión de mérito, así deberá hacerlo “... *aun cuando fuere desfavorable al apelante*” (artículo 357, inciso final, C. de P. C.)¹⁰.

Conviene precisar que con fundamento en la posición actual de la Sala Plena de Sección Tercera, en relación con la regla general, según la cual aquellos temas no propuestos en el recurso de alzada estarían llamados a excluirse del conocimiento del juez *ad quem*, la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, *i)* de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; *ii)* de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o *iii)* de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.

A propósito de la excepción derivada de Tratados Internacionales de protección a los derechos humanos, recientemente la Sala Plena de la Sección Tercera dispuso:

“Por consiguiente, en el asunto sub examine, al haberse declarado desierto el recurso de apelación interpuesto por la demandada, la Sala contraerá el análisis de segunda instancia a los argumentos expuestos en el respectivo memorial de apelación, con excepción de las medidas de justicia restaurativa que sean procedentes, en virtud del principio de reparación integral, toda vez que en el caso concreto se demostró la configuración de una violación grave de los derechos humanos de las víctimas¹¹.”

¹⁰ Al respecto consultar, por ejemplo, sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, de 23 de abril del 2009, expediente: 17160 y de 20 de mayo de ese mismo año, expediente: 16.925.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de septiembre de 2013, expedientes acumulados 2001-950 y 2001-3159.

En el caso subjudice apelaron las dos partes, por tanto, de acuerdo con los precedentes anteriormente transcritos, la Sala no está limitada a los argumentos expuestos en los respectivos recursos, máxime si se tiene presente, como se precisará más adelante, que en los hechos que dieron lugar a la muerte de la víctima, se verificaron violaciones a los derechos humanos, cuyo carácter universal impide que el juez se restrinja a lo literalmente pedido; por el contrario, permite que se pueda hacer un reconocimiento de perjuicios inmateriales, más allá de lo pedido en aplicación de la equidad y en la búsqueda de una reparación integral.

A efectos de resolver lo pertinente, la Sala en primer lugar se ocupará de cuatro aspectos procesales, lo atinente a la prueba trasladada, la prueba de quién alega la condición de compañera permanente, la integración del contradictorio en el caso concreto y el valor probatorio de los documentos aportados en copias simples; posteriormente se analizará el objeto de la impugnación; después se reseñaran los medios probatorios; a continuación se enunciará el problema jurídico; enseguida se analizarán los elementos que configuran la responsabilidad del Estado y el régimen de la responsabilidad por daños ocasionados a miembros de la Policía Nacional con ocasión de ataque de un grupo armado insurgente. Finalmente, para resolver el problema jurídico planteado se hará el análisis de la imputación en el caso concreto.

2. Aspectos procesales.

2.1 Prueba trasladada.

Sobre el valor probatorio de la prueba trasladada y en conformidad con el artículo 168 del C.C.A. En los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se aplicarán según con lo contemplado en el Art 185 del Código de Procedimiento Civil:

“Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella”.

El precedente de la Sala ha sostenido, que en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas recaudadas dentro de otro proceso es solicitado por ambas partes, como ocurre en el presente proceso, dichas pruebas pueden ser tenidas en cuenta en el proceso contencioso administrativo, aun cuando hayan sido practicadas sin citación o intervención de alguna de ellas en el proceso original y no hayan sido ratificadas en el contencioso administrativo¹², considerando que en tales casos resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión¹³.

De igual manera, el Artículo 229 del mismo código establece:

“Art. 229. Sólo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos: (...) Se prescindirá de la ratificación cuando las partes lo soliciten de común acuerdo, mediante escrito autenticado como se dispone para la demanda o verbalmente en audiencia, y el juez no la considera necesaria. (...)” .(Negrilla fuera de texto).

Sobre las diversas hipótesis que pueden presentarse en torno a la prueba trasladada, el precedente de la Sala, Concretamente dispuso:

“De la dilatada jurisprudencia de la Sala cabe extraer ciertos criterios con base en los cuales debe valorarse y apreciarse la prueba trasladada: i) En “punto a la posibilidad de trasladar las pruebas, cualesquiera que sean, practicadas en otro proceso, la misma se encuentra autorizada por el artículo 185 del Estatuto Procesal Civil, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos: - Que hayan sido validamente practicadas. - Que se trasladen en copia auténtica. - Que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella”¹⁴; ii) La prueba trasladada del proceso penal ordinario a petición únicamente de la parte demandante no puede ser valorada¹⁵; iii) La ratificación de la prueba trasladada se suple con la admisión de su valoración¹⁶; iv) Se puede valorar como inidicio la prueba trasladada del proceso penal. En ese sentido, en la jurisprudencia se sostiene que las “pruebas trasladadas de los procesos penales y, por consiguiente, practicadas en éstos, con audiencia del funcionario y del agente del Ministerio Público, pero no ratificadas, cuando la ley lo exige, dentro del proceso de responsabilidad, en principio, no pueden valorarse. Se dice que en principio, porque sí pueden tener el valor de indicios que unidos a los que resulten de otras pruebas, ellas sí practicadas dentro del proceso contencioso administrativo lleven al juzgador a la convicción plena de

¹² Sección Tercera, Sentencia de 21 de febrero de 2002. Exp.12789.

¹³ Sección Tercera, Sentencia de 26 de enero de 2011. Exp.18429. La Sala de Sub-sección da continuidad a las sentencias de 9 de mayo de 2012, expediente 20334 y de 22 de octubre de 2012, expediente 24070.

¹⁴ Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004. Exp.13607.

¹⁵ Sección Tercera, sentencia de 29 de enero de 2004. Exp.14951.

¹⁶ Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2004. Exp.15088.

aquello que se pretenda establecer¹⁷; v) En cuanto a las pruebas trasladadas desde los procesos disciplinarios y penal militar se consideran los siguientes criterios: a) Las “pruebas trasladadas y practicadas dentro de las investigaciones disciplinarias seguidas por la misma administración no requieren ratificación o reconocimiento, según sea el caso, dentro del proceso de responsabilidad¹⁸; b) La prueba trasladada del proceso penal militar y de la investigación disciplinaria puede valorarse ya que se cuenta con la audiencia de la parte contra la que se aduce, por ejemplo la Nación-Ministerio de Defensa- Ejército Nacional-Policía Nacional¹⁹; vi) En cuanto a los testimonios que obran en proceso o investigaciones disciplinarias se sostiene: a) Que “no necesitan ratificación, pero esto hay que entenderlo, como es obvio, frente a las personas que intervinieron en dicho proceso disciplinario, o sea el funcionario investigado y la administración investigadora (para el caso la Nación). Desde luego, entonces, esas declaraciones, para hacerlas oponibles, debieron ratificarse en la forma prevista en el artículo 229 del C. de P.C.”²⁰; b) La prueba testimonial rendida ante la jurisdicción ordinaria y trasladada no puede valorarse ya que no fue ratificada y no fue peticionada de común acuerdo²¹; vii) “La Sala, en aplicación del principio de lealtad procesal, ha reiterado que hay casos en los cuales sin ratificación del testimonio, el mismo puede y debe ser válidamente apreciado cuando es allegado a petición de una de las partes y la otra parte estructura su defensa con fundamento en aquél, o cuando las dos partes lo solicitan como prueba, una en la demanda y la otra en el escrito de contestación, siempre que sean allegados en copia auténtica, porque así lo dispone la norma general sobre prueba trasladada (art. 185

¹⁷ Sección Tercera, sentencia de 24 de noviembre de 1989. Exp.5573.

¹⁸ Sección Tercera, sentencia de 24 de noviembre de 1989. Exp.5573.

¹⁹ Sección Tercera, sentencia 20 de mayo de 2004. Exp.15650. Las “pruebas que acreditan la responsabilidad de la demandada que provienen de procesos disciplinarios internos tramitados por la misma, pueden ser valoradas en la presente causa contencioso administrativa, dado que se practicaron por la parte contra la que se aducen”. Las piezas procesales adelantadas ante la justicia disciplinaria y penal militar se allegaron por el demandante durante el período probatorio, y pueden valorarse. Sección Tercera, sentencia de 13 de noviembre de 2008. Exp.16741.

²⁰ Sección Tercera, sentencia de 16 de noviembre de 1993. Exp.8059.

²¹ Sección Tercera, sentencias de 14 de abril de 2004. Exp.15630; de 22 de abril de 2004. Exp.14877; de 5 de diciembre de 2005. Exp.15914. “... El artículo 229 del mismo Código dispone:

“Sólo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos: “Cuando se hayan rendido en otro, sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan en el posterior.

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

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

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

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

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

C.P.C.)²²; viii) En “relación con el traslado de documentos, públicos o privados autenticados, estos pueden ser valorados en el proceso contencioso administrativo al cual son trasladados, siempre que se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil. Conforme a lo anterior, es claro que sin el cumplimiento de los requisitos precitados las pruebas documentales y testimoniales practicadas en otro proceso no pueden ser valoradas para adoptar la decisión de mérito²³, salvo: a) Cuando la prueba documental trasladada puede valorarse “toda vez que ésta estuvo en el expediente a disposición de la parte demandada, quien tuvo la oportunidad de controvertirla²⁴; b) La prueba trasladada puede ser valorada cuando fue utilizada por la contraparte, por ejemplo demandada, para estructurar la defensa en los alegatos de conclusión²⁵; ix) El “legislador supeditó la valoración de las pruebas trasladadas al cumplimiento de los requisitos procesales exigidos, más no consagró como obligación de la parte que solicita la prueba el señalamiento expreso de las piezas procesales que pretende trasladar. No obstante, el juez tiene la facultad de rechazar de plano las pruebas legalmente prohibidas o ineficaces, las impertinentes y las manifiestamente superfluas²⁶; x) Las inspecciones judiciales y los dictámenes periciales no pueden trasladarse a procesos distintos de aquéllos en los que fueron practicados, salvo que lo hayan sido con audiencia de la parte contra la que se aducen²⁷; xi) Cuando se trata de prueba trasladada en copia simple por la demandante, y teniendo especial consideración por las específicas situaciones de vulneración de derechos humanos, cabe aquella documental o informes siempre que haya obrado durante todo el proceso y la parte contra la que se aduce la haya utilizado para su defensa (contestación, alegatos o incluso en la sustentación o alegatos del recurso de apelación); xii) Puede valorarse la prueba trasladada cuando la parte demandada se allana expresamente e incondicionalmente a la solicitud de pruebas presentada por la parte demandante en la demanda; xiii) Puede valorarse como prueba trasladada el documento producido por autoridad pública aportado e invocado por la parte demandante²⁸.

Más recientemente, La Sala Plena de la Sección Tercera, a propósito del régimen de la prueba trasladada en casos donde se presentan violaciones de los derechos humanos estableció:

²² Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004. Exp.13607. Si la prueba testimonial trasladada no cumple las condiciones del artículo 185 del CPC está obligada a ser ratificada “salvo que la parte contra la cual se aducen la acepte o acuda a ella para analizar el problema jurídico debatido en las oportunidades de intervención procesal que la ley le otorga (art.229 numeral 1º)”. Sección Tercera, sentencia de 1 de marzo de 2006. Exp.15284.

²³ Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004. Exp.13607. Además “se trata de una prueba documental que fue decretada en la primera instancia, lo cierto es que pudo ser controvertida en los términos del artículo 289 (...) por el cual se reitera, su apreciación es viable”. Sección Tercera, sentencia de 26 de febrero de 2009. Exp.16727. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 30 de mayo de 2002. Exp.13476. “Se exceptúa respecto de los documentos públicos debidamente autenticados en los términos del art.254 CPC y los informes y peritaciones de entidades oficiales (art.243 CPC)”. Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 14 de abril de 2011. Exp.20587.

²⁴ Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 27 de abril de 2011. Exp.20374.

²⁵ Sección Tercera, sentencia de 9 de diciembre de 2004. Exp.14174.

²⁶ Sección Tercera, sentencia de 24 de enero de 2007. Exp.32216. Puede verse también: Sección Tercera, auto de 7 de febrero de 2002. Exp.21645; sentencia de 19 de noviembre de 1998. Exp.12124.

²⁷ Sección Tercera, sentencia de 5 de junio de 2008. Exp.16398.

²⁸ **Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012. Exp.19920.**

“se destaca que la Subsección “C” de la Sección Tercera ha sostenido la postura según la cual, (vi) cuando se trata de la discusión de casos relacionados con graves violaciones a los derechos humanos, resulta procedente inaplicar los presupuestos procesales consagrados en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil –y normas concordantes-, por excepción de convencionalidad, pues la falta de apreciación de ciertas pruebas testimoniales puede constituir una violación del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, lo cual ha sido reprochado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en distintas providencias²⁹30”.

En este sentido, en el caso sub judice se podrán valorar las pruebas trasladadas del proceso contencioso administrativo 980224 adelantado por Luz Elena Imbacuan contra la Policía Nacional, ante el Tribunal de Nariño, incluido el registro civil de defunción de la víctima; también se valorarán las pruebas trasladadas del proceso disciplinario, comoquiera que cumplen con los requisitos exigidos en ley, pues, de una parte fueron coadyuvadas por la parte demandada, y de otra, así esto no hubiese ocurrido, las pruebas fueron practicadas con la anuencia de la parte aquí demandante, lo que de suyo, hace valorable tales medios probatorios trasladados.

En relación con los informes técnicos de dependencias oficiales estos serán apreciados en este proceso con el valor legal que les corresponde. Es decir como pruebas documentales.

2.2 De quien alega la calidad de compañera permanente³¹.

La Sala considera pertinente hacer algunas precisiones en relación con la figura de la unión marital de hecho, en atención a que la demandante LILIANA ESPERANZA SÁNCHEZ GUERRERO invocó la calidad de “*compañera*

²⁹ Se trata de una tesis en la que ya la Sección venía avanzando: “... *frente a graves violaciones de derechos humanos (v.gr. crímenes de lesa humanidad), el ordenamiento jurídico interno debe ceder frente el internacional, en tanto este último impone la obligación a los estados, a los diferentes órganos que lo integran –incluida la Rama Judicial del Poder Público-, de adoptar todas las medidas tendientes a la protección y reparación de esas garantías del individuo...*”. Sentencia del 20 de septiembre de 2008, C.P. Enrique Gil Botero, radicación n.º 26001-23-25-000-1996-04058-01(16996), actor: María Delfa Castañeda y otros, demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional y otro. En dicho caso, cuando el Consejo de Estado resolvió el recurso de apelación interpuesto por la entidad pública demandada como apelante único, en el que se solicitaba la revocatoria de la condena impuesta en la sentencia de primera instancia, la Sala agravó la condición de la entidad y, además, asumió medidas de restitución que no habían sido solicitadas por los demandantes, retando así los principios de congruencia y no *reformatio in pejus*.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 11 de septiembre de 2013, exp. 20.601

³¹ Se reitera lo dicho en la sentencia del 24 de abril de 2013. Exp: 26127; C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

permanente”, condición que se encuentra en la obligación procesal de acreditar, a fin de legitimar el interés procesal de donde deriva sus pretensiones³².

Como se ha advertido de manera reiterada en la jurisprudencia colombiana, los cambios socioculturales que han sufrido las diversas instituciones que conviven en el marco de la organización social no han sido ajenos a la familia, en tanto núcleo básico y fundamental de aquella³³.

En tal sentido, se ha generado la necesidad de que el ordenamiento normativo reglamente las diversas hipótesis de interacción familiar, entendidas éstas como aquellas en las que median vínculos ya sea de consanguinidad, de naturaleza jurídica o simplemente de solidaridad, afecto y apoyo mutuo, avance conforme a las necesidades del conglomerado social, lo que comporta, indefectiblemente el deber de establecer nuevas categorías o figuras encaminadas a regular los efectos jurídicos derivados de esas nuevas tendencias de integración familiar, o a

³² Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

³³ En este sentido véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de julio de 2013, Exp: 31252, C.P.: Enrique Gil Botero: *“La familia en la Constitución Política de 1991, lejos de ser una institución establecida por lazos consanguíneos está definida a partir de los principios de solidaridad, igualdad y respeto. De manera que, la familia como núcleo esencial de la sociedad debe ser protegida por el Estado en su conformación y en la protección de los derechos de las personas que la integran.*

Por consiguiente, la noción de familia en la modernidad ha sufrido un cambio de paradigma para abandonar su existencia y fundamentación en la relación biológica y genética, para apoyarse en el apoyo mutuo y en el concepto de amor.

(...)

En otros términos, según lo precisa la Carta Política en el artículo 42, la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos (v.gr. el matrimonio), o la unión marital de hecho pero lo cierto es que su fundamentación filosófica reside en la solidaridad que se profesan los miembros y los integrantes de ese núcleo. Por lo tanto, es una estructura social que se constituye a partir de un proceso que genera vínculos de consanguinidad o afinidad entre sus miembros. Por lo tanto, si bien la familia puede surgir como un fenómeno natural producto de la decisión libre de dos personas, lo cierto es que son las manifestaciones de solidaridad, fraternidad, apoyo, cariño y amor, lo que la estructuran y le brindan cohesión a la institución.

Como se aprecia, la familia es el eje central o estructural de la sociedad, la cual debe ser protegida por el Estado; aunado a lo anterior, el matrimonio y la familia son instituciones sociales diferentes que si bien están relacionadas son disímiles. En efecto, el matrimonio es una de las formas jurídicas –por intermedio de la celebración de un negocio jurídico– por medio de las cuales los contratantes conforman de manera libre, voluntaria y consensual una familia, sin que la única forma de constituirla sea el vínculo jurídico referido.

(...)

En conclusión, el matrimonio y, principalmente, la familia han dejado de ser unas instituciones ancestrales estructuradas sobre conceptos eminentemente biológicos y religiosos; a contrario sensu, como lo demuestra la historia, son fenómenos o procesos dinámicos o vivientes que han evolucionado con el paso del tiempo para transformarse o mutar en organismos sociales que pueden presentar diversas manifestaciones, estructuras o integraciones. En esa medida, la familia podrá estar constituida –a modo simplemente ilustrativo– por un padre y una hija, o por una madre soltera con su respectivo primogénito, o por la tradicional decisión libre y voluntaria entre un hombre y una mujer de hacer vida conyugal, o por la decisión libre y voluntaria de dos personas del mismo sexo que se profesan amor y desean realizar vida conyugal.

Por lo tanto, la Constitución de 1991 lejos de establecer o fijar una sola concepción de familia, avaló con apoyo en los principios de igualdad y de libre desarrollo de la personalidad, la posibilidad de configuración de distintos tipos y clases de familia, todas ellas merecedoras de la protección estatal del artículo 42 superior.”

En la misma línea se ha pronunciado la Corte Constitucional, en las Sentencias C-075 de 2007 M.P.: Rodrigo Escobar Gil, y C-577 de 2011 M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

extender los efectos planteados por la ley a otro tipo de situaciones que, por ser análogas, son susceptibles de la misma reglamentación dispuesta para los eventos originalmente previstos por ella.

En este orden de ideas, vale la pena señalar que la figura jurídica de la unión marital de hecho surgió como resultado de la existencia de relaciones familiares no constituidas en torno al rito matrimonial regulado en el Código Civil y que, por tanto, carecían de previsión normativa alguna que permitiera a quienes conformaban este tipo de uniones conocer las obligaciones y derechos derivados de su decisión de formar una familia.

Según lo previsto en artículo 1 de la Ley 54 de 1990, se denominan compañeros permanentes a quienes forman una unión marital de hecho, la cual se constituye a partir de la prueba de la comunidad permanente y singular formada por aquellos que no están casados³⁴.

Ahora bien, la existencia de la unión marital de hecho podrá probarse por cualquiera de los medios de prueba previstos en el Código de Procedimiento Civil y será de conocimiento de los jueces de familia, en primera instancia (Ley 54 de 1990, artículo 4)³⁵. Cosa distinta es que la existencia de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes se presume y que el juez esté llamado a declararla en dos situaciones: i) cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre dos personas sin impedimento legal para contraer matrimonio; ii) cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho (Ley 54 de 1990, artículo 2)³⁶.

³⁴ “Artículo 1o. A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho.”

³⁵ Dicha norma fue modificada por la Ley 979 de 2005 (artículo 2) lo siguiente:

ARTÍCULO 2. La existencia de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes, se declarará por cualquiera de los siguientes mecanismos:

1. Por escritura pública ante Notario por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes.
2. Por Acta de Conciliación suscrita por los compañeros permanentes, en centro legalmente constituido.
3. Por sentencia judicial, mediante los medios ordinarios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil, con conocimiento de los Jueces de Familia de Primera Instancia.

³⁶ Igualmente, el artículo 2 de la Ley 54 de 1990 fue reformado por el artículo 1° de la Ley 979 de 2005, que señaló lo siguiente:

De ese modo, para acreditar la existencia de la unión marital de hecho debe probarse lo siguiente: i) la unión, es decir, la convivencia, ii) que la unión se efectuó entre dos personas, iii) que no contrajeron matrimonio entre sí, iv) que entre quienes la conforman exista una comunidad de vida permanente, y v) que dicha unión sea de carácter singular, es decir monogámica.

Así las cosas, al no existir tarifa legal en relación con la prueba de la unión marital de hecho, y por ende de la condición de compañero o compañera permanente, la Sala considera que los testimonios obrantes en el proceso dan cuenta del cumplimiento de las condiciones antes referidas. En otras palabras, la Sala estima que con los testimonios de FÉLIX ANTONIO CHAMORRO Y ANA LUCIA BURBANO (folios 29 a 31 c2) rendidos dentro del contencioso, se encuentra fehacientemente acreditada la condición de compañera permanente de la demandante y, en consecuencia, establecida la legitimación en la causa por activa en cabeza suya.

2.3 Legitimación en la causa (litisconsorcio – ejercicio de acción)

La condición de compañera permanente de la señora Liliana Esperanza Sánchez Guerrero fue probada en debida forma, como se constata con los testimonios rendidos por Félix Antonio Chamorro y Ana Lucia Burbano. (fl. 29 a 31 c2).

La condición de Jessika Liliana Latorre Sánchez como hija de Héctor Jesús Latorre Zambrano queda acreditada con el registro civil de nacimiento de la misma (fl.18 c1).

ARTÍCULO 1. Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio;

b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.

Los compañeros permanentes que se encuentren en alguno de los casos anteriores podrán declarar la existencia de la sociedad patrimonial acudiendo a los siguientes medios:

1. Por mutuo consentimiento declarado mediante escritura pública ante Notario donde dé fe de la existencia de dicha sociedad y acrediten la unión marital de hecho y los demás presupuestos que se prevén en los literales a) y b) del presente artículo.

2. Por manifestación expresa mediante acta suscrita en un centro de conciliación legalmente reconocido demostrando la existencia de los requisitos previstos en los literales a) y b) de este artículo.

En relación con las afirmaciones hechas³⁷ por la parte demandada en su escrito de apelación, frente a la integración o no del contradictorio, no puede el demandado invocar la temeridad ni violación de sus derechos, por cuanto el ejercicio de la acción de reparación en el presente caso no puede verse excluido, toda vez que a la parte actora se le había negado la posibilidad de intervenir en el otro proceso. Por el contrario, se trata del ejercicio indudable del derecho de acceso a la administración de justicia, ya que de haberse negado el mismo se estaría vulnerando la posibilidad de las demandantes de ser resarcidas o no frente al daño antijurídico que invoca el Estado, poniéndose en cuestión lo consagrado no sólo en el artículo 229 de la Carta Política, sino también lo reconocido convencionalmente en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos³⁸ (incorporada al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 16 de 1972).

2.4 Copias simples

Dándole continuidad a lo expresado por la Sección Tercera³⁹ en anteriores sentencias frente a la valoración de las copias simples aportadas al proceso, pero especialmente teniendo en cuenta la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 28 de agosto de 2013 (expediente 25022), y en el entendido que la

³⁷ Alega temeridad de la parte demandante al presentar la acción sub lite estando pendiente la decisión que resolvía un recurso de apelación interpuesto dentro de otro proceso interpuesto por el padre del Agente Héctor Latorre Zambrano, contra la providencia en que se negaba la integración de Litis consorcio cuasi necesario. Téngase en cuenta además, que mediante Auto del 23 de abril de 2004 dentro del proceso en referencia la Consejera Ponente María Elena Giraldo Gómez negó la incorporación de documentos al proceso a la parte demandada, las que aportó con el memorial de sustentación del recurso de apelación, así: “1. Copia simple de auto proferido por el Tribunal de Nariño el día 7 de abril de 1999, mediante el cual se rechazó la solicitud de la parte demandante en otro proceso de reparación directa por los mismos hechos, referente a la integración del Litis consorcio necesario. 2. Copia simple de la sentencia proferida el día 9 de septiembre de 1999 por el Consejo de Estado, Sección Tercera, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación confirmando la anterior providencia” (fl. 141 a 149 c.ppal). Razón por la cual no se tomarán los argumentos de la apelante sino como meras afirmaciones por no estar probadas dentro del proceso.

³⁸ Artículo 25. Protección Judicial. “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

³⁹ “Si bien la Sección Tercera,³⁹ ha sostenido que las copias simples carecen de valor probatorio por cuanto no cumplen con las exigencias establecidas en los artículos 253 y 254 del C.P.C., según las cuales los documentos públicos y privados aportados en fotocopia simple por personas que no los suscriben no pueden ser tenidos en cuenta, en consideración a que únicamente tienen valor probatorio aquellos aportados en original o en copia autorizada por notario, director de oficina administrativa o de policía, secretario de oficina judicial o autenticada por notario, previa comparación con el original o con la copia autenticada que se le presente³⁹”. Sección Tercera, sentencias de 4 de mayo de 2000, expediente 17566; 27 de noviembre de 2002, expediente 13541; de 31 de agosto de 2006, expediente 28448; de 21 de mayo de 2008, expediente 2675; de 13 de agosto de 2008, expediente: 35062, entre otras.

parte demandada no los desconoció, ni los tachó de falsos, estos se tendrán como prueba. Es dable precisar que la interpretación que hoy se efectúa no puede entenderse como la exoneración de la carga de cumplir con las reglas contenidas en la ley procesal civil frente a la aportación de copias de documentos que siguen vigentes y en pleno rigor. Lo que sucede en esta ocasión, es que ambas partes aceptaron que los documentos fueran apreciables y coincidieron en la valoración de los mismos en forma recíproca, no solo al momento de su aportación, sino durante el transcurso del debate procesal⁴⁰, por lo tanto serán valorados para decidir el fondo del asunto.

En consideración a lo anterior y a pesar de que no se cumplió con el requisito de autenticación de la copia previsto en el artículo 254 de la ley procesal civil, la Sala considera en esta oportunidad, en aras de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y de la garantía del derecho de acceso a la justicia consagrado en los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, no pueden aplicarse las formas procesales con excesivo rigorismo y en forma restrictiva, con el fin de desconocer lo que las mismas partes no han hecho y ni siquiera han discutido durante el proceso, como lo es la autenticidad de los documentos allegados por las partes en copia simple.

3. Objeto de la Impugnación

Alega la parte demandada que el daño causado fue producto de un hecho de un tercero, por lo cual se rompe el nexo causal de responsabilidad. Así mismo que se le reconoció a los demandantes una compensación de cesantías y pensión la cual reemplaza los daños materiales que se causaron.

Por su parte el demandante solicita se reajuste la liquidación del lucro cesante con el 75% del sueldo devengado por el occiso y no con el 50% liquidado por el Tribunal.

4. Los medios probatorios.

⁴⁰ Posición que puede verse en sentencia de la Sub- sección C, de 18 de enero de 2012, expediente: 19920. Sobre la valoración de copia simple también puede verse las sentencias de 18 de septiembre de 1997, expediente: 9666; 21 de febrero 21 de 2002, expediente: 12789; 26 de mayo de 2010, expediente: 18078; 27 de octubre de 2011, expediente: 20450.

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

- Copia del informe de inteligencia presentado por la Policía Nacional el 16 de abril de 1997. (fl.4 c2).
- -Oficio No 242 GRUSAN-DENAR, en el que aporta copia del tratamiento psicológico brindado a la menor JESSIKA LATORRE por parte de la psicóloga del Colegio Nuestra Señora de las Lajas. (fl. 20 a25 c2).
- Oficio No 0038 del cuarto Distrito de Policía de Tumaco, firmado por el comandante del mismo relacionando el personal que conformaba la estación de policía de Barbacoas, entre el 08 de abril de 1997 al 06 de junio de 1997. (fl. 27 a28 c2).
- Diligencia de Audiencia Pública del 29 de marzo de 2000. Recepción de testimonios Feliz Antonio Chamorro y Ana Lucia Burbano. (fl.29 – 31 c2).
- Oficio No.05576 COMAN-COPER del comandante de Departamento Policía Nariño. (fl.127-129 c2)
- Oficio No.2384 REHUM-DENAR. Aporta certificación del sueldo devengado en junio del año 1997 por Héctor Jesús Latorre Zambrano en el que se informó que tenía como suma devengada mensualmente, neta a pagar, la de \$ 486.315.72. (fl. 131-133 c2)
- Copia informe prestacional No.0060/97 del Comandante Departamento Policía Nariño. (fl.135-136. C2)
- Extracto de la hoja de vida del agente Héctor Jesús Latorre Zambrano, en la que consignó que fue dado de alta como agente alumno el 12 de febrero de 1990 y retirado el 6 de junio de 1997, habiendo prestado el servicio durante 7 años cinco meses y un día. (fl.138 c2)
- Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Jessika Liliana Latorre Sánchez. (fl.18 c1)
- Dictamen Psiquiátrico Forense del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses pf-c: p089-01 ptp (fl.76-89 c1).
- Dictamen Psiquiátrico Forense del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses pf-c:p090-01 ptp (fl.90-99c1).

Prueba trasladada:

- Diligencia de Audiencia Pública para recepción de testimonios dentro del proceso contencioso administrativo de reparación directa No.980224 del 17 de

marzo de 1999. Recepción de Testimonios Wilson Armando Rosales, Arcesio Rivera Nates y Carlos Eduardo Ramos Bolaños. (fl.36– 44 c2).

- Copia del informe rendido por el Señor Subteniente Estrada Reina William comandante Estación de Barbacoas, sobre los hechos referidos.(fl. 73 – 92 c2), trasladada del proceso contencioso administrativo de reparación directa No. 0213.
- Oficio No.080 ARMEX- C/411 del almacén de armamento de la Policía de Nariño, donde relaciona el armamento y material de guerra asignado como dotación a la estación de policía de Barbacoas con fecha 6 de junio de 1997. Esta prueba fue trasladada del proceso contencioso administrativo de reparación directa No. 0213. (fl. 93 c2)
- Copia del registro de defunción de Héctor Jesús Latorre Zambrano (fl.99c2). Traladada mediante oficio remitario No. 5657 (dentro del proceso contencioso administrativo de reparación directa No. 0213.
- Copia del protocolo de necropsia No.153- 97 de junio 6 de 1997 de Héctor Jesús Latorre Zambrano. Esta prueba fue trasladada del proceso contencioso administrativo de reparación directa No.0213 (fl. 102- 104 c2)
- Concepto pericial rendido dentro del proceso No.980213, del 5 de marzo de 1999. (fl164-167. c2)
- Testimonio rendido por el agente de la Policía Carlos Eduardo Ramos Bolaños (fl. 154-156 c2).
- Testimonio rendido por el agente de la Policía Wilson Armando Rosales Romero(fl.156-158 c2). Estas declaraciones fueron rendidas igualmente dentro del proceso 0213.

5. Problemas jurídicos

De lo anterior se puede plantear como problemas jurídicos: ¿cabe atribuir fáctica y jurídicamente la responsabilidad patrimonial a las entidades demandadas, por los daños causados como consecuencia de la muerte de Héctor Latorre Zambrano, en atención a que al resultado dañoso y perjudicial no estaban sus familiares obligados a soportar? Y si de encontrarse demostrada la responsabilidad: ¿hay lugar a estimar nuevamente la liquidación de la condena en primera instancia por concepto de lucro cesante?.

6. Daño antijurídico

El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual⁴¹ y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”⁴²; 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”⁴³; 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”⁴⁴, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos⁴⁵; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general⁴⁶, o de la cooperación social⁴⁷.

⁴¹ “(...) el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.185. Martín Rebollo se pregunta: “¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión”. MARTIN REBOLLO, Luis. “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas”, en BADELL MADRID, Rafael (Coord). Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA). Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279.

⁴² 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.

⁴³ 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.

⁴⁴ “(...) 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.

⁴⁵ “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.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ 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

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”⁴⁸. Así 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”^{49 50}.

De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la

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.

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual pueden encontrarse posturas según las cuales “debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuridicidad (sic)”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en *AFDUAM*. No.4, 2000, p.168.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ 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 extracontractual⁵⁰ 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.

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”⁵¹.

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”⁵². Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable⁵³, anormal⁵⁴ y que se trate de una situación jurídicamente protegida⁵⁵.

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 padece⁵⁶. Se trata de un daño que la víctima, Héctor Latorre

⁵¹ 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.

⁵² Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirse 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.

⁵³ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

⁵⁴ “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166.

⁵⁵ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

⁵⁶ “(...) 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

Zambrano, y sus familiares 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 a la vida y a la integridad personal, que es incuestionable en un Estado Social de Derecho⁵⁷, desde una perspectiva no sólo formal, sino también material de la antijuridicidad⁵⁸.

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 la muerte del agente Héctor Latorre Zambrano, como se desprende de la copia auténtica del registro de defunción del mencionado agente, en el que se consignó que murió el 6 de junio de 1997, habiendo sido la causa una laceración cerebral (fl.99 c2); como se desprende del oficio 741 de 20 de octubre de 1998, del Instituto Nacional De Medicina Legal y Ciencias Forenses Seccional Nariño, con el que se remitió copia de la diligencia de necropsia practicada al cadáver de Héctor Latorre Zambrano; de la copia de la necropsia realizada al cuerpo del agente Héctor Latorre Zambrano en la que se concluyó que su fallecimiento se debió por “Heridas por proyectil de arma de fuego en lóbulos frontoparietotemporales derechos” (fls.103 c2).

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 pudiere 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.

⁵⁷ “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.

⁵⁸ 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.

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.

7. Imputación de la responsabilidad.

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

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”⁵⁹ de la responsabilidad del Estado⁶⁰ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados⁶¹ y de su patrimonio⁶², sin distinguir su condición, situación e interés⁶³. 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

⁵⁹ 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.

⁶⁰ 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.

⁶¹ Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. ALEXEY, 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.

⁶² “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.

⁶³ 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 générale de la responsabilité civile* considéré en sa double fonction de garantie et de peine privée. Paris, 1947.

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”⁶⁴. Como bien se sostiene en la doctrina, la “responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad”⁶⁵; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”⁶⁶.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado⁶⁷ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública⁶⁸ tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo⁶⁹, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera

⁶⁴ RIVERO, Jean. Derecho administrativo. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français”, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BÉNOIT, F. “Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, en *JurisClasseur Publique*, 1954. T.I, V.178.

⁶⁵ “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.

⁶⁶ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*, ob., cit., pp.120-121.

⁶⁷ “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.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ “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.

acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012⁷⁰ y de 23 de agosto de 2012⁷¹.

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica⁷², en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial–desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la “superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”⁷³.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁷⁴, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁷⁵. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”⁷⁶.

⁷⁰ Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón.

⁷¹ Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente 23492. Pon. Hernán Andrade Rincón.

⁷² “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”. SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho Administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.

⁷³ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

⁷⁴ 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.

⁷⁵ 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

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”⁷⁷. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”⁷⁸.

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”⁷⁹. 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 no⁸⁰. Es más, se sostiene doctrinalmente “que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la

omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁷⁶ “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://criminnet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7.

⁷⁷ “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.

⁷⁸ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁷⁹ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁸⁰ 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.

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”⁸¹.

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 proporcionalidad⁸² es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación⁸³ 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”⁸⁴. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que “el núcleo de la

⁸¹ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

⁸² “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 sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.

⁸³ “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.

⁸⁴ 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.

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 protección⁸⁵ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁸⁶. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano⁸⁷.

⁸⁵ 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.

⁸⁶ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

⁸⁷ 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

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 garante⁸⁸.

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 universal⁸⁹, 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”⁹⁰, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho⁹¹.

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.

⁸⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

⁸⁹ “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.

⁹⁰ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*, ob., cit., p.204.

⁹¹ “(...) 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”.

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 Estado⁹², sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede encuadrar en la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos⁹³, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder hacer su encuadramiento en la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera “(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que

MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”, ob., cit., p.308.

⁹² Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

⁹³ 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 condijo per quam de la administración”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211. Para Martín Rebollo: “Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”, ob., cit., p.311.

imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación”⁹⁴.

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 preventivo⁹⁵ que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

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 causalidad⁹⁶), 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.

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-*,”

⁹⁴ “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.

⁹⁵ “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.

⁹⁶ “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.

*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*⁹⁷. 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”⁹⁸. Entendida la precaución como principio⁹⁹, esto es, como herramienta de orientación del sistema jurídico¹⁰⁰ “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”¹⁰¹. Luego, la precaución es un principio que implica que ante la ausencia, o insuficiencia de datos científicos y técnicos¹⁰², 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).

En los anteriores términos, cabe estudiar la responsabilidad extracontractual del Estado analizando dos extremos: el régimen de responsabilidad aplicable al Estado cuando se producen daños antijurídicos a miembros de la Policía Nacional con ocasión de ataque de grupo armado insurgente; Las garantías de los derechos de los ciudadanos-policías en el marco del conflicto armado interno; Régimen aplicable por la responsabilidad patrimonial del estado derivada de los

⁹⁷ BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, París, 2005, p.3

⁹⁸ BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, ob., cit., p.4.

⁹⁹ 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”.

¹⁰⁰ 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”.

¹⁰¹ BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, ob., cit., p.5.

¹⁰² 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”.

daños sufridos por quienes prestan servicio en los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado. y, la realización del juicio de imputación para el caso en concreto.

7.2 La responsabilidad por daños a miembro de la Policía Nacional con ocasión de ataque de grupo armado insurgente.

En la sentencia del 31 de agosto de 2011, proferida dentro del expediente 19195 la Sala estudió las reclamaciones patrimoniales que se presentaron como consecuencia de los daños sufridos por otros demandantes con ocasión del ataque a la Estación de Policía de Barbacoas, Nariño, por parte de la guerrilla el día 6 de junio de 1997. De acuerdo con el precedente establecido por la Sala en este mismo evento, y en anteriores precedentes de esta Corporación frente a hechos similares¹⁰³, cuando se trata de un ataque de un grupo armado insurgente en el que muere un agente, debe considerarse cuatro elementos, los cuales permiten establecer si existe o no imputación de responsabilidad extracontractual al Estado por falla en el servicio. Al respecto, y sobre la toma del municipio de barbacoas se manifestó en precedente anterior:

Cuando se trata de un ataque de un grupo armado insurgente a una Estación de la Policía Nacional en la que muere un agente, debe considerarse:

*“Esta circunstancia demuestra cómo, los pocos agentes de la POLICIA NACIONAL que prestaban sus servicios en dicha localidad, tuvieron que enfrentar y resistir solos y durante mucho tiempo a un nutrido y bien armado grupo de guerrilleros, sin contar con el necesario apoyo de su propia institución como tampoco del Ejército, al cual también le cabe responsabilidad por los daños derivados de tal omisión pero que, sin embargo, no fue citado al presente proceso en representación de la Nación, como entidad demandada. Observa la Sala que el caso que se analiza en el **sub-lite**, no es el único de su especie, pues han sido varios los eventos similares en los que se ha concluido la existencia de falla del servicio de la entidad demandada por la misma razón, es decir por abandono de los agentes de la POLICIA NACIONAL, destacados en distintos municipios que fueron objeto de fuertes ataques guerrilleros, sin recibir apoyo alguno por parte de la institución a la que pertenecían, a pesar de que el hecho era previsible y, sin embargo, no se tomaron medidas para brindar una pronta respuesta frente a tales incursiones subversivas, permitiendo con ello la causación de daños antijurídicos que los agentes no estaban en la obligación de soportar, al obligarlos a resistir durante horas, con escaso armamento y municiones, los embates de los grupos guerrilleros que se tomaban los municipios, los cuales quedaban a su entera disposición; al respecto, ha dicho la Sala:*

¹⁰³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias de 21 de febrero de 2002. C.P. Ricardo Hoyos Duque. y del 19 de abril de 2012. C.P. Hernán Andrade Rincón. Exp. 21515, entre otras.

“Considera la Sala que en el caso concreto se incurrió en una falla del servicio porque a pesar de que la presencia de grupos subversivos en la región era ampliamente conocida por las autoridades militares, no se tomaron las medidas que ellos mismos habían diseñado para enfrentarlos. Así, aunque la evaluación citada en las pruebas se había realizado en el mismo mes en que se produjo el ataque, no se movilizaron grupos de antiguerrillera, ni se dotó la estación de Policía del municipio de Pasca de mejor armamento o mayor número de agentes preparados para enfrentar un combate de considerable magnitud.

Pero la mayor omisión atribuible a la entidad demandada, es la de no haberle brindado apoyo a los agentes que se hallaban en el municipio de Pasca, a pesar de que en la estación de Fusagasugá se tuvo conocimiento de la incursión guerrillera desde antes de su inicio y a pesar de que estos dos municipios, así como otras bases militares y de policía del departamento, incluida la capital, quedan muy cerca del sitio del enfrentamiento.

Aunque, como lo ha reiterado la Sala, no es dable al juez evaluar las estrategias militares asumidas para establecer si fueron o no acertadas, lo cierto es que la omisión o retardo injustificado en prestar ayuda a seis hombres que se enfrentaban a más de cien no puede considerarse una estrategia militar sino un abandono. Se destaca que de acuerdo con los mismos informes de la Policía, se tuvo conocimiento de la inminencia del ataque a la población de Pasca desde antes de las 8:00 p.m., pero sólo hasta la 0:0 horas del día siguiente salieron a prestarle refuerzos a los agentes que se encontraban allí.

La aparente ayuda prestada por el Ejército con el sobrevuelo del helicóptero del Ejército resultó inane, pues en nada contribuyó a la defensa de los agentes de la Policía.

En consecuencia, aunque la muerte de los agentes fue causada por terceros, no hay lugar a exonerar a la entidad demandada porque el hecho no era imprevisible ni se ejecutaron acciones tendientes a resistirlo. Por lo tanto, ésta deberá indemnizar los daños causados a los demandantes por haber incurrido en una falla del servicio, que contribuyó a la causación del daño.

Si bien los agentes de la Policía asumen los riesgos inherentes a su actividad y por lo tanto, deben soportar los daños que sufran como consecuencia del desarrollo de dicha actividad, su decisión tiene límites que no pueden llegar hasta el extremo de exigirles que asuman un comportamiento heroico, cuando de manera desproporcionada e irrazonable se los somete sin ninguna ayuda real a confrontar una situación de peligro que conducirá inexorablemente a lesionar su integridad física o la pérdida de su vida, como ocurrió en el caso concreto”¹⁰⁴.

*En otra ocasión, la Sala estudió las reclamaciones patrimoniales que se presentaron como consecuencia de los daños sufridos por los demandantes con ocasión de la toma del municipio de La Calera (Cundinamarca) por parte de la guerrilla, en circunstancias similares a las que se presentaron en el **sub-lite**, en donde la entidad demandada estaba plenamente informada de la posibilidad del ataque subversivo a las poblaciones del Departamento de Cundinamarca y cercanas a la capital, a pesar de lo cual, la toma se produjo sin obtener apoyo oportuno por parte de la misma¹⁰⁵.*

“El Consejo de Estado ha considerado tradicionalmente, con fundamento en algunos de los regímenes de responsabilidad desarrollados con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991, que, en determinados eventos,

¹⁰⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 2003. M.P.: Ricardo Hoyos Duque.

¹⁰⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Sentencia del 9 de abril de 2008. Expediente 18.769 (Acumulados 12.561, 12.581, 12.582). Actor: Alvaro Herrera González y otros.

la Administración Pública puede resultar responsable de los perjuicios antijurídicos que sufran los ciudadanos como consecuencia de atentados terroristas.

En efecto, si bien ha sido reiterada la jurisprudencia extranjera, y fundamentalmente la francesa y la española¹⁰⁶, en el sentido de expresar que el Estado no asume responsabilidad patrimonial alguna por este tipo de actos -incluidos dentro de las denominadas operaciones de guerra-, esta Sala se ha apartado de aquéllas, al considerar, entre otras circunstancias, que, dados los aspectos concretos en que los mismos se producen, podrían resultar imputables a una acción u omisión de la Administración, lo cual bien puede consistir, como se alega en este caso, en una falla del servicio.

(...)

Así pues, cuando un atentado terrorista resulta previsible porque de las circunstancias especiales en que se desarrollen los hechos, las autoridades pueden tener conocimiento sobre un alto grado de probabilidad respecto de la ocurrencia del mismo, el Estado está en la obligación de prestar la protección que se requiere y, por lo tanto, el incumplimiento de este deber configura la falla del servicio.

Dado que la Sala estima que en este caso los hechos que se demandan pueden estar inmersos en el régimen de falla del servicio, es necesario precisar que este régimen de responsabilidad supone, para la prosperidad de las pretensiones de la demanda, la acreditación, por parte de los demandantes, de los elementos constitutivos de la responsabilidad de la Administración, esto es, la existencia de un elemento de imputación que permita atribuir el daño al Estado, por la omisión en el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, elementos que habrán de verificarse en el caso concreto.

(...) se pudo establecer que, efectivamente, las autoridades de la Fuerza Pública tenían amplio conocimiento de los niveles de inseguridad que se estaban presentando tanto en las zonas rurales como urbanas del municipio de La Calera desde el mes de febrero del año 1994 (...), la información anterior fue ratificada por el Departamento de Policía de Cundinamarca mediante el oficio 010 del 24 de marzo de 1997, con el cual se remitieron al proceso 18 poligramas enviados en su momento a las estaciones de policía del Departamento de Cundinamarca durante todo el mes de julio de 1994, informando sobre la posible ocurrencia de atentados terroristas por parte de guerrilleros de las Farc en los municipios cercanos a Bogotá y ordenando, en virtud de la grave situación de orden público, que se reforzaran las medidas de seguridad.

Nótese que de acuerdo con lo manifestado por la entonces Alcaldesa del municipio (...), la estación de policía de La Calera contaba con tres agentes de policía para el 9 de febrero de 1994 y el 19 de julio siguiente se encontraban 6 policías. Así mismo, del informe rendido por el Departamento de Policía el 7 de marzo de 1997, se pudo establecer que esa dependencia tenía amplio conocimiento sobre la eventualidad e inminencia de la toma que para el mes de julio del año 1.994 pretendían llevar a cabo en el municipio de La Calera, razón por la cual se dispuso alertar a las unidades cercanas por medio de polígramas, difusiones y policlaves (...).

De manera que a pesar de ser un hecho previsible no se adoptaron las medidas pertinentes para prevenir o para contrarrestar el ataque.

(...)

¹⁰⁶ Ver, al respecto, TAMAYO JARAMILLO, Javier. La responsabilidad del Estado, edit. Temis, Santafé de Bogotá, 1997, p. 110 a 115.

También se advierte, que a pesar de que se conocía claramente la intención guerrillera de efectuar una toma en el municipio y aún habiéndose reportado la información respecto de su ocurrencia, hacia las 9:00 p.m., en el sentido de que los subversivos estaban atacando esa localidad (...), la Fuerza Pública sólo llegó al municipio dos horas después de que se había iniciado el ataque y cuando ya los subversivos habían abandonado el lugar.

(...)

Se hace referencia a las diferentes formas de acceder al municipio de La Calera por vía terrestre, en cuanto resulta evidente que para repeler el ataque guerrillero, para apoyar a los pocos agentes existentes para ese entonces en dicho municipio y para auxiliar y proteger a la población civil afectada por esa cruenta e ilegal toma, las fuerzas del orden habían podido llegar por muy diversas rutas –como además lo exige la estrategia que debe observarse en relación con confrontaciones o actos de guerra, cuando se trata de hacerle frente a los ataques del enemigo–, máxime si se tiene presente que para esa época la Fuerza Pública había tenido noticia anticipada en relación con los planes que contemplaba la guerrilla para atacar diversos municipios del Departamento de Cundinamarca, lo cual obligaba a aquella a diseñar y a tener listos para activar diversos planes tanto de contención como de contingencia y reacción.

Por lo anterior no resultan de recibo, en modo alguno, que el Ejército haya tardado en llegar al municipio blanco del ataque guerrillero dos horas, para cuyo efecto habría de asumirse que ese es el tiempo que toma el desplazamiento terrestre desde las instalaciones del “Cantón Norte” en la ciudad de Bogotá, puesto que, ante la gravedad de los hechos sucedidos, acerca de cuya planeación y factible ocurrencia la Fuerza Pública tenía suficiente y anticipado conocimiento, lo menos que podía esperarse es que los planes de reacción inmediata que las fuerzas del orden hubieren diseñado y preparado para hacerle frente a cualquier ataque de ese estilo, también contemplaren, como resulta apenas obvio, la posibilidad de arribar a La Calera desde diversos puntos geográficos, contando para ello con las tropas y recursos que estuvieren acantonados en los municipios circunvecinos –como lo son Sopó y Guasca–, así como con aquellos refuerzos y apoyos que igualmente habrían podido disponerse para situaciones de emergencia –como la que aquí se examina–, provenientes de todos aquellos elementos humanos y materiales que, como es ampliamente conocido, permanentemente se destinan a la protección y custodia de la represa del Guavio, dada la condición estratégica que a la misma le corresponde a nivel nacional.

(...)

A lo anterior se adiciona el hecho de que un ataque guerrillero de la gravedad y la magnitud de aquel que dio lugar al ejercicio de la acción que ahora se decide en segunda instancia –acerca de cuyo planeamiento tuvo anticipada noticia la Fuerza Pública y oportuna comunicación recibió acerca de su concreción–, en modo alguno permite aceptar, de manera pacífica, que la vía terrestre sea la única forma que hubieren contemplado las fuerzas del orden para llegar a La Calera, puesto que igualmente conocido es que la República cuenta con múltiples y variados recursos para contrarrestar esa clase de hechos y brindar protección efectiva y oportuna a la población, por manera que en ese propósito debieron conjugarse y ponerse en marcha diversas formas de desplazamiento que aseguraran una presencia oportuna de las tropas en el sitio de los hechos, lo cual de ninguna manera podría limitarse a los elementos propios de infantería sino que, también debió disponerse de los elementos que integran la caballería (montada y mecánica) y aquellos que forman parte de la Fuerza Aérea, de tal suerte que al sitio de los acontecimientos se habría podido llegar en pocos minutos, contados a partir

del recibo de la primera noticia del ataque, si para ello se hubieren puesto en ejecución operaciones militares y de policía a través de fuerzas helicópteras o con la intervención de aviones artillados, cuyo origen, en tales casos, bien habría podido tener lugar, según correspondiere, tanto en las propias instalaciones del mencionado “Cantón Norte”, como en aquellas otras de las cuales dispone el país para el efecto, como por ejemplo, para solo mencionar algunas: la base aérea de CATAM, ubicada en la misma ciudad de Bogotá; la base aérea de Madrid (Cundinamarca); la base aérea de Melgar o incluso la base aérea de Apiay, en el Departamento del Meta.

Así pues, se tiene que el ataque guerrillero que se pretendía ejecutar en los municipios cercanos al Distrito Capital fue un hecho previsible para la Administración y que, por tanto, ésta debió adoptar un plan de reacción inmediata para cuyo efecto debió acudir a todos los elementos tanto instrumentales como personales de la Fuerza Pública, esto es, de la Policía Nacional, del Ejército Nacional y de la Fuerza Aérea, de manera que hubiese sido posible acudir oportunamente al lugar de los hechos, bien por vía terrestre, bien por vía aérea o por ambas.

Así pues, a pesar de que la Fuerza Pública tuvo conocimiento previo de la intención subversiva, que posteriormente se materializó mediante los hechos a que se ha venido haciendo alusión, lo cierto es que sólo llegó a hacerle frente al ataque guerrillero después de dos (2:00) horas de haberse iniciado, para lo cual únicamente contempló y utilizó la vía terrestre, partiendo desde el Distrito Capital de Bogotá y sin que al parecer, para ello, se hubieren diseñado con suficiente anticipación planes efectivos y serios de contingencia o de reacción inmediata, respecto de cuya existencia ninguna mención se hizo, siquiera, dentro del proceso que aquí se falla, de lo cual se infiere que la parte demandada no sólo no adoptó las medidas necesarias e indispensables para evitar, disuadir o prevenir el ataque de manera efectiva –ex ante-, sino que, peor aun, nada realmente efectivo hizo para reducirlo, neutralizarlo o al menos contrarrestarlo –ex post- cuando ya tuvo conocimiento acerca de su realización”.

*Las circunstancias que se presentaron en el caso que es objeto de decisión en el **sub-lite**, son muy similares a las relatadas en las anteriores jurisprudencias, pues se trató de la invasión guerrillera de un municipio del Departamento de Cundinamarca, que había sido prevista por las autoridades, quienes sin embargo no tomaron medidas suficientes para evitar tal ataque ni mucho menos para contrarrestarlo, una vez el mismo se presentó; y la entidad demandada, POLICIA NACIONAL, a pesar de haber sido oportunamente informada de que se estaba produciendo el ataque en el Municipio de Gachalá, dejó abandonados a los pocos agentes de Policía que prestaban sus servicios en el mismo y no acudió a brindarles apoyo para salvaguardar, no sólo el orden público alterado en el municipio, sino la vida misma y la integridad de los 7 miembros de la Policía allí destacados y de toda la población, amenazada por la arremetida guerrillera; en consecuencia, resulta procedente la declaratoria de responsabilidad patrimonial de la entidad demandada, por la muerte violenta de WILMAR ANTONIO CORREA GALLEGU, en la forma como fue descrita en párrafos anteriores”¹⁰⁷.*

Luego del anterior precedente, se pueden extraer unos elementos que permiten examinar las condiciones en las que cabe imputar la responsabilidad extracontractual al Estado en eventos en los que se produce un ataque por un

¹⁰⁷ Sección Tercera, sentencia de 26 de mayo de 2010. Exp.17194.

grupo armado insurgente: i) enfrentar y resistir un ataque sin el apoyo de la institución, o de cualquier otro cuerpo y fuerza militar del Estado; ii) el ataque que lleve a cabo un grupo armado insurgente debe entenderse como un evento previsible, del que se pudo tener noticia o conocimiento de su inminencia, o del que se tenía elementos que advertían de una amenaza seria, sin que pueda dotarse de incidencia, que no de elemento de realidad fáctica, a las condiciones de orden público de la zona o área donde ocurren los hechos; iii) que ante el ataque, los policiales (o militares) deban afrontarlo con escasez de medios, esto es, de armamento, de capacidad de reacción o defensa, e incluso de limitaciones de infraestructura y logística de las instalaciones contra las cuales se dirige el ataque o incursión, por parte de un grupo armado insurgente, y; iv) que no se adopten las medidas precautorias y preventivas, de diferente naturaleza, como puede ser de inteligencia, de refuerzo, de aprovisionamiento o, de adecuación de las instalaciones.

7.3. Las garantías de los derechos de los ciudadanos-policías en el marco del conflicto armado interno.

Así como en su oportunidad la Sub-sección consideró las garantías de los derechos de los ciudadanos-soldados (como se encuentra establecido en las sentencias relacionadas con la toma de la Base Militar de las Delicias por un grupo armado insurgente, sentencias de 25 de mayo de 2011 expedientes 15832, 18075, 25212 acumulados, 18747, de 8 de junio de 2011, expediente 19772 ,19773 y de 18 de julio de 2012, expediente 19345), en esta ocasión cabe dar continuidad al reconocimiento de tales garantías en cabeza de los ciudadanos-policías. De acuerdo con la posición jurisprudencial decantada, la Sala ya reconoció tales garantías en la sentencia de 31 de agosto de 2011 (expediente 19195), por los mismos hechos de la toma de la estación de la Policía Nacional de Barbacoas (Nariño), argumentándose:

“La Sala advierte que los hechos ocurridos en la Estación de Policía de Barbacoas, en el Departamento de Nariño, son producto o resultado del conflicto armado interno¹⁰⁸ que el país viene sufriendo desde hace décadas, lo que hace exigible al Estado un deber positivo de protección no sólo respecto a los ciudadanos o población civil, sino también en relación con los propios miembros de la fuerza pública, y especialmente con aquellos que cumpliendo el deber constitucional de prestar el servicio militar obligatorio ostentan la calidad de ciudadanos-soldados.

¹⁰⁸ Reconocido así en el precedente jurisprudencial constitucional: sentencias C-802 de 2002; C-172 de 2004; C-291 de 2007; T-444 de 2008; T-496 de 2008; T-922^a de 2008.

Dicho deber positivo (u objetivo) de protección que está en cabeza del Estado se hace exigible imperativamente si se quiere corresponderse con el respeto de las reglas de derecho internacional humanitario, en especial con lo establecido en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, el cual reza:

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

Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o cualquier otro criterio análogo.

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

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

El reconocimiento de las garantías y derechos a los miembros de la Policía Nacional, tiene sustento convencionalmente en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, que no tiene otro objeto que la afirmación del **principio de humanidad**, que es inherente al respeto de la dignidad de toda persona. En el precedente jurisprudencial constitucional se indica,

“Según la Corte Internacional de Justicia, el artículo 3 común es uno de los principios generales fundamentales del derecho humanitario¹⁰⁹, y las reglas que lo componen reflejan lo que se denominó en la sentencia de 1949 sobre el Estrecho de Corfú como “consideraciones elementales de humanidad”¹¹⁰. En la Opinión Consultiva de 1996 sobre las armas nucleares, la Corte Internacional de Justicia enfatizó que la naturaleza humanitaria de las reglas plasmadas en el Artículo 3 común subyace a la totalidad del derecho internacional humanitario y se aplica a todo tipo de conflictos y de armas: “El carácter intrínsecamente humanitario de los principios legales en cuestión (...) permea la totalidad del derecho del conflicto armado, y se aplica a todas las formas de guerra y a todo tipo de armas, las del pasado, las del presente y las del futuro”¹¹¹. El carácter imperativo del principio humanitario subyacente al Artículo 3 Común y a los instrumentos universales y regionales de derechos humanos ha sido resaltado también por el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, al indicar que “las disposiciones del Artículo 3 Común y de los instrumentos universales y regionales de derechos humanos comparten un núcleo común de estándares fundamentales que son aplicables en todo

¹⁰⁹ Corte Internacional de Justicia, caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, 1986.

¹¹⁰ Traducción informal: “and they are rules which, in the Court’s opinion, reflect what the Court in 1949 called ‘elementary considerations of humanity’”. Corte Internacional de Justicia, caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, 1986.

¹¹¹ Traducción informal: “[T]he intrinsically humanitarian character of the legal principles in question (...) permeates the entire law of armed conflict and applies to all forms of warfare and to all kinds of weapons, those of the past, those of the present and those of the future”. Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la Legalidad o el Uso de Armas Nucleares, 1996.

tiempo, en todas las circunstancias y a todas las partes, y de los cuales no se permite ninguna derogación”¹¹². La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la obligación de cumplir con el artículo 3 común de los convenios de Ginebra es una obligación de carácter absoluto, que no está sujeta a reciprocidad¹¹³. El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia también ha señalado que la obligación esencial impuesta a las partes de un conflicto armado internacional o interno por el Artículo 3 Común—cuyo carácter consuetudinario es indudable— es la de cumplir ciertos estándares humanitarios fundamentales, mediante “la aplicación de las reglas de humanidad reconocidas como esenciales por las naciones civilizadas”¹¹⁴ y el establecimiento de un nivel mínimo de protección para las personas que no toman parte activa en las hostilidades¹¹⁵; todo lo cual contribuye a que el Artículo 3 común sea en sí mismo una fuente autónoma y consuetudinaria de responsabilidad penal individual¹¹⁶.

Según ha explicado el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, el propósito mismo del Artículo 3 común es el de reivindicar y proteger la dignidad humana inherente al individuo; por ello, el listado de posibles contravenciones de ese principio de dignidad es una mera enunciación, no taxativa, de formas particularmente graves de maltrato que son fundamentalmente incompatibles con el principio subyacente de trato humano¹¹⁷. Según han precisado tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, las garantías mínimas establecidas en el artículo 3 común se aplican, en el contexto de los conflictos armados internos, a quienes no toman parte directa o activa en las hostilidades, incluida la población civil y las personas puestas fuera de combate por rendición, captura u otras causas¹¹⁸.

¹¹² Traducción informal: “the provisions of Common Article 3 and the universal and regional human rights instruments share a common ‘core’ of fundamental standards which are applicable at all times, in all circumstances and to all parties, and from which no derogation is permitted.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Sefer Halilovic**, sentencia del 16 de noviembre de 2005.

¹¹³ “la obligación de dar cumplimiento al artículo 3 común es absoluta para ambas partes e independiente de la obligación de la otra parte.” Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997.

¹¹⁴ Traducción informal: “Common Article 3 requires the warring parties to abide by certain fundamental humanitarian standards by ensuring ‘the application of the rules of humanity which are recognized as essential by civilized nations.’” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Sefer Halilovic**, sentencia del 16 de noviembre de 2005.

¹¹⁵ Traducción informal: “Common Article 3 of the Geneva Conventions (...) sets out a minimum level of protection for ‘persons taking no active part in the hostilities’”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Momcilo Krajisnik**, sentencia del 27 de septiembre de 2006.

¹¹⁶ Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005.

¹¹⁷ El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia explicó en este sentido en el caso *Aleksovski*: “Una lectura del párrafo (1) del artículo 3 común revela que su propósito es el de reivindicar y proteger la dignidad humana inherente al individuo. Prescribe trato humano sin discriminación basada en raza, color, religión o credo, sexo, nacimiento, o riqueza, u otros criterios similares. En lugar de definir el tratamiento humano allí garantizado, los Estados partes eligieron proscribir formas particularmente odiosas de maltrato que son, sin duda, incompatibles con el trato humano.” [Traducción informal: “A reading of paragraph (1) of common Article 3 reveals that its purpose is to uphold and protect the inherent human dignity of the individual. It prescribes humane treatment without discrimination based on ‘race, colour, religion or faith, sex, birth, or wealth, or any other similar criteria’. Instead of defining the humane treatment which is guaranteed, the States parties chose to proscribe particularly odious forms of mistreatment that are without question incompatible with humane treatment.”]

¹¹⁸ En términos de la Comisión: “El objetivo básico del artículo 3 común es disponer de ciertas normas legales mínimas que se puedan aplicar en el curso de hostilidades para proteger a las personas que no tomaron, o que ya no toman parte directa o activa en las hostilidades. Las personas que tienen derecho a la protección que legalmente les confiere el artículo 3 común, incluyen a los miembros del gobierno y de las fuerzas disidentes que se rinden, son capturados o están fuera de combate (*hors de combat*). De igual modo, los civiles están protegidos por las garantías del artículo 3 común, cuando son capturados o de alguna otra manera quedan sujetos a la autoridad de un adversario, incluso aunque hayan militado en las filas de la parte opositora”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan

Como se mencionó en apartados anteriores, el carácter consuetudinario de las normas básicas de las Convenciones de Ginebra de 1949, concretamente los artículos comunes 1 y 3, ha sido confirmado por distintos tribunales internacionales; entre otras, por la Corte Internacional de Justicia en el caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, en el cual las clasificó como “los principios generales fundamentales del derecho humanitario”¹¹⁹.

Sin duda, el deber positivo que el Estado tiene con los ciudadanos-policías, o con los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado se extrema en condiciones específicas de conflicto armado interno y, específicamente, cuando ocurren hechos como los sucedidos en la estación de la Policía Nacional del municipio de Barbacoas (Nariño), en los que se producen flagrantes violaciones al derecho a la vida y a la integridad personal. Se exige no sólo el respeto de los derechos consagrados constitucionalmente (reconocido como quedó que el ciudadano-policía no renuncia a estos), sino que también deben acatarse las reglas del derecho internacional humanitario (como la señalada) como forma de hacer efectivos tales derechos, y como corolario del respeto a las reglas inherentes a tal sistema normativo, tratándose de un

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

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

Es precisamente la salvaguardia del derecho a la vida y a la integridad personal un mandato positivo (objetivo) del Estado, que tiene su sustento no sólo en nuestra Carta Política, sino que encuentra fundamento convencionalmente (invocando la

Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997. En igual sentido, ver el caso Limaj del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia: “dado que el Artículo 3 Común protege a las personas que no toman parte activa en las hostilidades, las víctimas de la violación alegada no deben haber estado tomando parte activa en las hostilidades al momento de la comisión del crimen” [Traducción informal: “as Common Article 3 protects persons taking no active part in the hostilities, the victims of the alleged violation must have taken no active part in the hostilities at the time the crime was committed”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005.]

¹¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007.

cláusula del bloque de constitucionalidad del artículo 93 de la Constitución) en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en el derecho internacional humanitario, donde la premisa indica que “el derecho a no ser arbitrariamente privado de la vida se aplica también durante las hostilidades”¹²⁰, lo que comprende las situaciones de conflicto armado interno como en el que se encuentra el país. En ese sentido, es sustancial reivindicar el principio de integración normativo que se exige cuando se encuentran comprometida la vulneración de los derechos humanos de las personas, bien sea con ocasión de la acción del Estado, o de un sujeto privado, o derivado de conflictos armados (internacionales o no internacionales).

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

*“La muerte de los combatientes es justificable (...) únicamente cuando la propia guerra es legal. Pero cuando la guerra es ilegal (...), no hay nada que justifique las muertes y esos asesinatos no pueden distinguirse de aquellos que cometen el resto de las bandas de salteadores al margen de la ley”*¹²¹.

A lo que cabe agregar,

“Por lo que respecta a la dirección de las hostilidades, no debe considerarse permitido causar <<ningún perjuicio que no tienda materialmente al fin (de la victoria), ni ningún perjuicio cuyo carácter de medio conducente al fin sea leve

¹²⁰ Corte Internacional de Justicia. Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, 1996.

¹²¹ Citado en TUCKER, Robert W. *The Law of War and Neutrality at Sea*. Washington, 1957, p.6.

en comparación con la entidad del perjuicio>>¹²². Lo que aquí se prohíbe es el daño excesivo. Hay dos criterios propuestos para determinar el exceso. El primero es el de la victoria misma o el de lo habitualmente recibe el nombre de necesidad militar. El segundo depende de cierta noción de proporcionalidad: hemos de valorar <<el perjuicio causado>>, lo que, presumiblemente, no sólo se refiere al daño inmediatamente producido a los individuos, sino también a cualquier ofensa infligida a los intereses permanentes de la humanidad, y valorarlo por contraposición que aporta el perjuicio respecto al fin de la victoria.

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

(...)

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

(...)

Si se pusiera efectivamente en práctica, eliminaría buena parte de la crueldad de la guerra, ya que, respecto a la muerte de muchas de las personas que sucumben en el transcurso de una guerra, ya sean civiles o militares, debe decirse que no es una muerte que se haya producido porque <<tienda materialmente al fin (de la victoria)>> y que la contribución que dichas muertes representan respecto a ese fin es en realidad <<leve>>. Esas muertes no son más que la consecuencia inevitable de poner armas mortales en manos de soldados carentes de disciplina, el resultado de confiar hombres armados al criterio de generales fanáticos o estúpidos. Toda historia militar es un relato de violencia y destrucción desprovisto de cualquier relación con las exigencias del combate: por un lado, masacres y, por otro, batallas ruinosas y mal planeadas que sólo son un poco mejores que las masacres¹²³ (subrayado fuera de texto).

Desde nuestra propia realidad, el precedente jurisprudencial constitucional señala,

“Esta reflexión es aquí de especial importancia en cuanto la realidad colombiana ha estado ligada a una reiterada y grave alteración del orden público. A nadie escapan las incidencias del conflicto armado que aqueja al

¹²² *Elements of Politics*, op. cit., pág.254; para un informe de la época desde un punto de vista aproximadamente parecido, véase R. B. Brandt, <<Utilitarianism and the Rules of War>> en *Philosophy and Public Affairs*, vol.1, 1972, págs.145-165.

¹²³ WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*. Barcelona, Paidós, 2001, pp.181 y 182.

país desde hace décadas. Ese conflicto ha implicado un alto costo humano, social, económico y político; ha condicionado la convivencia de los colombianos en ya varias generaciones; ha implicado retos institucionales; para atenderlo se han formulado y reformulado las agendas públicas; se ha diseñado y rediseñado buena parte de la normatividad legal; etc.

(...)

De este modo, en manera alguna se trata de hechos sobrevinientes pues todas ellas son situaciones que de tiempo atrás afectan a la sociedad colombiana. No obstante, no puede perderse de vista que a pesar de tratarse de hechos arraigados en la historia del conflicto armado que afronta el país, las dimensiones que esos comportamientos adquirieron últimamente, fundamentalmente tras la ruptura del proceso de paz, les dan unas implicaciones completamente diferentes. Es cierto, todas esas modalidades delictivas tienen un profundo contenido de lesividad y plantean un palmario desconocimiento de los valores mínimos que posibilitan la pacífica convivencia. Pero, no obstante ese contenido de antijuridicidad, esas conductas pueden redefinirse por sus autores a partir de una nueva dimensión que los lleva a alentarse de unos nuevos propósitos, a modificar sustancialmente las circunstancias de su comisión y, en consecuencia, a generar unas implicaciones que en el anterior marco eran inconcebibles”¹²⁴.

A lo que cabe agregar que al ciudadano-policía le es aplicable la Convención Americana de Derechos Humanos y generarse la responsabilidad del Estado por atribución a éste de actos violatorios de derechos humanos cometidos por terceros o particulares, en el marco de las obligaciones del Estado de garantizar el respeto de esos derechos entre individuos¹²⁵. En este sentido, la Corte Interamericana ha considerado que:

“Dicha responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. [Las obligaciones erga omnes de respetar y hacer respetar las normas de protección, a cargo de los Estados Partes en la Convención,] proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones erga omnes contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención”¹²⁶.

¹²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-802 de 2002.

¹²⁵ No olvidemos lo señalado por Ferrajoli: “Pues el derecho es en todo caso un instrumento de paz, es decir, una técnica para la solución pacífica de las controversias y para la regulación y la limitación del uso de la fuerza. En la cultura jurídica moderna, éste se justifica como remedio al *bellum ómnium*, gracias al cual se produce la superación del estado de naturaleza en el estado civil”. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. 2. Madrid, Trotta, 2011, p.486.

¹²⁶ *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C No. 124, párrafo 211; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C No. 109, párrafo 183; *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C No. 103, párrafo 71; *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100, párrafo 111.

Igualmente en su opinión consultiva sobre *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, la Corte señaló que “[...] se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares”¹²⁷.

Ahora bien, merece especial mención que el deber de prevención por parte del Estado, abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la protección eficaz de los derechos humanos y que aseguren que su eventual vulneración sea efectivamente considerada y tratada como un hecho ilícito susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales¹²⁸, que actuando puedan producir violaciones a los derechos humanos, sin que el Estado se haya correspondido con su ineludible obligación positiva. Dicha obligación comprende el deber de atender el conflicto armado interno aplicando medidas de precaución (anticipación del riesgo) y de prevención, especialmente respecto al despliegue de su propia fuerza militar y de los miembros que la componen, con especial énfasis para el caso de aquellos que prestan el servicio militar obligatorio, de tal manera que los derechos humanos que le son inherentes sean efectiva, eficaz y adecuadamente protegidos.

No se trata de hacer radicar en el Estado una responsabilidad ilimitada frente a cualquier acto o hecho de los particulares (hecho de un tercero), pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo que es achacable

¹²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párrafo 140. También hizo lo propio al ordenar medidas provisionales para proteger a miembros de grupos o comunidades de actos y amenazas causados por agentes estatales y por terceros particulares.

¹²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párrafo 166; *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párrafo 149; *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de septiembre de 2009, Serie C No. 202, párrafo 63; *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrafo 252.

directamente al Estado como garante principal. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía¹²⁹.

Los derechos a la vida y a la integridad personal revisten un carácter esencial en la Convención Americana de Derechos Humanos y conforme al artículo 27.2 forman parte del núcleo inderogable de derechos que no pueden ser suspendidos en casos de guerra, peligro público u otras amenazas. No basta que los Estados se abstengan de violar estos derechos, sino que deben adoptar medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre¹³⁰. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones necesarias para evitar la vulneración del derecho a la vida, lo que no se produjo con ocasión de la toma de la estación de la Policía Nacional en el municipio de Barbacoas (Nariño).

La observancia del artículo 4, en conjunción con el artículo 1.1 de la Convención Americana, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente, sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida, conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción¹³¹ (incluidos los ciudadanos-policías).

Las obligaciones asumidas por los Estados miembros en relación con la protección del derecho a la vida en la implementación de la política pública sobre seguridad ciudadana, pueden incumplirse especialmente en dos tipos de situaciones: (1) cuando el Estado no adopta las medidas de protección eficaces frente a las acciones de particulares que pueden amenazar o vulnerar el derecho a

¹²⁹ *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrafo 280; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párrafo 123; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párrafo 155; y *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192, párrafo 78.

¹³⁰ *Caso Baldeón García Vs. Perú*. Sentencia de 6 de abril de 2006, Serie C No. 147, párrafo 81; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párrafo 154; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párrafo 111.

¹³¹ *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párrafo 144; *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160, párrafo 237; y *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 155, párrafo 75.

la vida de las personas que habitan en su territorio; y (2) cuando sus fuerzas de seguridad utilizan la fuerza letal fuera de los parámetros internacionalmente reconocidos (en el caso de la toma de la estación de la Policía Nacional de Barbacoas –Nariño-, cabe encuadrar en el primer supuesto).

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

Los miembros de la fuerza pública y de policía gozan de pleno reconocimiento como ciudadanos y como tales deben recibir del Estado la efectivización de sus derechos. El asumir un riesgo inherente a la profesión que ejercen no los excluye de su calidad de ciudadanos y mucho menos del respeto por sus derechos fundamentales, por lo cual se espera que el estado garantice en el desempeño de las labores de los miembros de estas instituciones las garantías y medidas necesarias para la no vulneración de los mismos. En el entendido, que si bien el personal que hace parte de las fuerzas armadas y de policía se encuentra en constante exposición de riesgo, el Estado como garante de sus derechos debe proveer las debidas condiciones o requisitos mínimos que permitan el ejercicio de los mismos aun en medio del conflicto armado interno y bajo las limitantes del mismo.

Es decir no se puede pregonar que con fundamento en el deber de soportar un riesgo debido a las calidades propias del servicio se vulnere el derecho a la vida bajo el desamparo total del estado. Al no poner en marcha el mas mínimo interés de protección al ciudadano-policía, aun cuando se tiene conocimiento de su posible vulneración aduciendo que existe de plano un riesgo propio de la actividad. Pues si bien este existe el funcionario no esta condicionado a soportar una extralimitación de ese riesgo generado por la falta de diligencia de las entidades demandadas. Las cuales a su vez desconocen los derechos fundamentales de los miembros de la policía al no salvaguardar diligentemente la vida de sus funcionarios.

7.4 Régimen aplicable por la responsabilidad patrimonial del estado derivada de los daños sufridos por quienes prestan servicio en los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado.

Dentro de este marco, cabe examinar cómo el precedente de la Sala viene dando tratamiento a la responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por quienes prestan el servicio de policía.

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

Cuando se trata de personal que voluntaria o profesionalmente ingresa a los cuerpos o fuerzas de seguridad del Estado, el régimen aplicable varía y se encuadra en la falla del servicio debido a que la conducta haya sido negligente o indiferente, de tal manera que se deja al personal expuesto a una situación de indefensión. En este segundo supuesto, el precedente de la Sala emplea como premisa el concepto de “acto propio” o de “riesgo propio del servicio”¹³² (que como se dijo, dadas las especiales circunstancias del ataque a la Estación de la Policía Nacional de Barbacoas, puede resultar contradictorio con los expresos mandatos constitucionales, que puede derivar en el incumplimiento de las obligaciones de protección de los derechos humanos), que ha llevado a plantear que los

“... derechos a la vida y a la integridad personal del militar profesional constituye un riesgo propio de la actividad que dichos servidores públicos ordinariamente despliegan, riesgo que se concreta, por vía de ejemplo, en eventos en los cuales infortunadamente tiene lugar el deceso o la ocurrencia de lesiones como consecuencia de combates, emboscadas, ataques de grupos subversivos, desarrollo de operaciones de inteligencia”¹³³.

De acuerdo con el mismo precedente, el común denominador del daño antijurídico reclamado como consecuencia de la muerte o de las lesiones de un miembro de las fuerzas armadas es el de la “exposición a un elevado nivel de riesgo para la

¹³² Sección Tercera, Sentencia de 4 de febrero de 2010. Exp.18371.

¹³³ Sección Tercera, Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp.17127.

integridad personal”. Esto indica, pues, que quien ingresa voluntaria o profesionalmente a las fuerzas armadas está advertido que debe afrontar situaciones de alta peligrosidad, entre las que cabe encuadrar el eventual enfrentamiento con la delincuencia¹³⁴. En ese sentido, el precedente de la Sala indica que los miembros de la Policía, fuerzas militares y los cuerpos de seguridad del Estado se

“... encuentran expuestos en sus “actividades operativas, de inteligencia o, en general, de restauración y mantenimiento del orden público... conllevan la necesidad de afrontar situaciones de alta peligrosidad, entre ellas el eventual enfrentamiento con la delincuencia de la más diversa índole o la utilización de armas”¹³⁵.

Como consecuencia de lo anterior, se establece un régimen prestacional especial, que reconoce la circunstancia del particular riesgo a que se somete a todo aquel que ingresó voluntaria y profesionalmente¹³⁶, a lo que se agrega que dicho régimen se encuentra ligado a la presencia de una vinculación o relación laboral para con la institución armada¹³⁷. Esto llevará a que se active la denominada “indemnización a for-fait”¹³⁸, lo que no excluye la posibilidad que pueda deducirse la responsabilidad y por tanto la obligación de reparar el daño causado¹³⁹, si se demuestra que el daño fue causado por falla del servicio o por exposición de la víctima a un riesgo excepcional¹⁴⁰. En reciente precedente de la Sala se reiteró que debe haberse sometido a los miembros de la fuerza pública “a asumir riesgos superiores a los que normalmente deben afrontar como consecuencia de las acciones u omisiones imputables al Estado”¹⁴¹. Precisamente, y siguiendo el mismo precedente, la

¹³⁴ Sección Tercera, Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp.17127.

¹³⁵ Cuando una persona ingresa libremente a las fuerzas militares y cuerpos de seguridad del Estado “está aceptando la posibilidad de que sobrevengan tales eventualidades y las asume como una característica propia de las funciones que se apresta cumplir”. Sección Tercera, Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp.17127.

¹³⁶ Cuando se concreta un riesgo usual “surge el derecho al reconocimiento de las prestaciones y de los beneficios previstos en el régimen laboral especial... sin que en principio resulte posible deducir responsabilidad adicional la Estado por razón de la producción de los consecuentes daños, a menos que se demuestre que los mismos hubieren sido causados... por una falla del servicio o por la exposición de la víctima a un riesgo excepcional en comparación con aquel que debían enfrentar”. Sección Tercera, Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp.17127.

¹³⁷ En recientes precedentes se dijo que los daños sufridos “por quienes ejercen funciones de alto riesgo” no compromete la responsabilidad del Estado, ya que se producen con ocasión de la relación laboral y se indemnizan a for fait. Sección Tercera, Sentencias de 21 de febrero de 2002. Exp.12799; 12 de febrero de 2004. Exp.14636; 14 de julio de 2005. Exp.15544; 26 de mayo de 2010. Exp.19158.

¹³⁸ Sección Tercera, Sentencias de 15 de febrero de 1996. Exp. 10033; 20 de febrero de 1997. Exp.11756.

¹³⁹ Sección Tercera, Sentencias de 1 de marzo de 2006. Exp.14002; de 30 de agosto de 2007. Exp.15724; de 25 de febrero de 2009. Exp.15793.

¹⁴⁰ Sección Tercera, Sentencias de 15 de noviembre de 1995. Exp.10286; 12 de diciembre de 1996. Exp.10437; 3 de abril de 1997. Exp.11187; 3 de mayo de 2001. Exp.12338; 8 de marzo de 2007. Exp.15459; de 17 de marzo de 2010. Exp.17656.

¹⁴¹ Sección Tercera, Sentencia de 26 de mayo de 2010. Exp.19158.

“... asunción voluntaria de los riesgos propios de esas actividades modifica las condiciones en las cuales el Estado responde por los daños que éstos puedan llegar a sufrir”¹⁴².

Por el contrario, cuando se trata de personas que se encuentran prestando el servicio policial se afirma que no quedan sometidos a los riesgos inherentes a la actividad militar voluntariamente, “sino que corresponde al cumplimiento de los deberes que la Constitución impone a las personas, “derivados de los principios fundamentales de solidaridad y reciprocidad social”, para “defender la independencia nacional y las instituciones públicas”¹⁴³.

7.5. La imputación en el caso concreto.

Apreciado el acervo probatorio, se encuentra que es imputable la responsabilidad patrimonial a las entidades demandadas, pese a que en los hechos haya intervenido un tercero (grupo armado insurgente), puesto que el Estado, no sólo está llamado a enfrentar a la delincuencia, a los grupos irregulares, sino que también está obligado, principalmente, a adoptar las medidas de precaución, prevención y contención adecuadas para abordar todas las manifestaciones del delito, ya que de lo contrario estaríamos asistiendo a la escenificación de una tragedia colectiva en la que los muertos y los heridos son compatriotas que en cumplimiento de un deber, o en la realización de una misión deben sacrificarse para mantener las instituciones, el sistema democrático, las libertades y el respeto de los derechos en el marco del Estado Social, Democrático y de Derecho¹⁴⁴.

Debe tenerse en cuenta, también, que el “Estado será responsable de los actos de particulares si los órganos del Estado hubieran podido actuar para prevenir o reprimir el comportamiento de éstos¹⁴⁵, o si existiese una relación de hecho

¹⁴² Sección Tercera, Sentencia de 26 de mayo de 2010. Exp.19158.

¹⁴³ Sección Tercera, Sentencia de 26 de mayo de 2010. Exp.19158. El deber del Estado de proteger la vida de todas las personas tiene alcance limitado respecto a los miembros de las fuerzas militares y los cuerpos de seguridad, puesto que estos asumen voluntariamente “los riesgos propios de esas actividades”. Los “riesgos inherentes a la actividad militar no se realizan de manera voluntaria, sino que corresponde al cumplimiento de los deberes que la Constitución impone”. Sección Tercera, Sentencia de 3 de abril de 1997. Exp.11187.

¹⁴⁴ Se sigue el precedente de la Sub Sección C, sentencias de 25 de mayo de 2011. Exps.15838, 18075, 25212; de 25 de mayo de 2011. Exp.18747; y de 18 de julio de 2012. Exp. 19.345

¹⁴⁵ Un Estado sólo incurre en responsabilidad por un delito político cometido en su territorio contra la persona de extranjeros si no ha adoptado las disposiciones pertinentes para prevenir el delito y para perseguir, detener y juzgar al delincuente. *Caso Tellini*, Sociedad de las Naciones, Noviembre 1923. Las obligaciones de prevención se conciben por lo general como obligaciones de realizar los máximos esfuerzos, es decir, que obligan a los Estados a adoptar todas las medidas razonables o necesarias para evitar que se produzca un acontecimiento determinado, aunque sin garantizar que el acontecimiento no vaya a producirse, la violación de una obligación de prevención puede ser un hecho ilícito de carácter continuo.

específica entre la persona o entidad que observó el comportamiento y el Estado^{146,147}.

En ese sentido, las circunstancias de tiempo, modo y lugar se acreditan a partir del Oficio 1502 ASDIS- DENAR- C. 744 de 21 de octubre de 1998, del Jefe de asuntos disciplinarios, del Departamento de Policía Nariño, con el que se allegó: el “Informe rendido por el subteniente ESTRADA REINA WILLIAM Comandante Estación Barbacoas, sobre los hechos referidos” (fl.72- 92 c2).

El Informativo de la incursión guerrillera del Comandante de la Estación de Barbacoas, consignó,

“Por medio del presente me permito informar a mi Coronel, Comandante del Departamento de Policía Nariño, que el día Viernes 060697 en el Municipio de Barbacoas, donde me desempeño como Comandante de Estación, siendo aproximadamente las 02:50, se presentó una incursión guerrillera y toma subversiva la que se puede resumir así:

La Estación de Policía contaba para ese día con el suscrito Oficial Como (sic) Comandante. Un Suboficial, arranchado (sic) en el Cuartel y doce Agentes que pernoctaban en las instalaciones del Cuartel.

Los insurgentes, según se ha podido establecer, en número aproximado a los doscientos, vestían todos prendas militares y aprovecharon el mal tiempo reinante en la zona, el fuerte invierno y la oscuridad que reinaba en el caserío donde no hay alumbrado público, sino desde las 18:30 horas hasta las 23:30 horas.

BARBACOAS es un Municipio del Departamento de Nariño, aislado totalmente de la Carretera Central que de Pasto lleva a Tumaco, sede del Cuarto Distrito al cual pertenece la Estación Barbacoas. Desde el comienzo de la incursión, 02:50, aproximadamente, quedamos aislados en las comunicaciones y solo a las 03:15, aproximadamente se pudo pasar un reporte a Tumaco avisando que estábamos siendo atacados por guerrilleros.

El Cuartel (sic) de la Policía de Barbacoas estaba ubicado en la misma cuadra donde están las instalaciones de la Caja Agraria, blanco de la incursión guerrillera, según se deduce por los resultados. El Cuartel (sic) quedó totalmente destruido por el ataque de los subversivos quienes utilizaron roquet. El cuartel era de dos plantas aunque estaba en servicio o terminada una planta.

Pasamos a la recogida a las 23:25 horas del día 050697 y a las 02:50 horas aproximadamente del 060697 sentimos explosiones al parecer de roquet las que hicieron tambalear en principio la edificación. Eso nos obligó a reaccionar y a colocarnos en nuestros puestos de defensa. Yo como Comandante tomé mi fusil y la munición completa y me atrincheré o ubiqué en la Guardia (sic),

¹⁴⁶ Generalmente se trata de casos en los que el Estado complementa su propia acción contratando o instigando a personas privadas o a grupos que actúen como auxiliares, pero sin pertenecer a la estructura oficial del Estado. La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en el asunto *Fiscal c. Tadic*, destacó que: “En derecho internacional, la condición para que se atribuyan al Estado actos realizados por particulares es que el Estado ejerza un control sobre esos particulares”. Asunto IT-94-1, *Prosecutor c. Tadic*, (1999), I.L.M., vol.38, párr.117. Otro ejemplo lo constituye la captura de Adolf Eichmann, por un grupo israelíes en Buenos Aires el 1o de mayo de 1960 llevándolo posteriormente en avión a Israel donde fue sometido a juicio.

¹⁴⁷ RODRIGUEZ H, Gabriela. “Normas de responsabilidad internacional de los Estados”, en MARTIN, Claudia; RODRIGUEZ-PINZON, Diego; GUEVARA B., José A. (Comp) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 1ª ed. México, Fontamara; Universidad Iberoamericana, 2004, pp.56.

tras de las trincheras que protegían el frente del Cuartel (sic). Como pude y observando que el ataque procedía de las Instalaciones de la Agraria y que habían volado las trincheras del Cuartel pasé a casa del Señor JOSE BENAVIDES que queda al frente y desde allí seguí defendiéndome.

A las siete horas aproximadamente los subversivos se tomaron la casa donde estaba atrincherado y en número de cuatro me sorprendieron por la espalda, me encañonaron y me dominaron porque la munición se me había agotado ya. Me llevaron a un punto llamado "EL FERRI" sobre el Río Telembí donde nos esperaban de quince a veinte guerrilleros mas (sic) y donde me soltaron después de unas dos horas...

(...)

El desconcierto fue grande y general entre el personal de la Policía Nacional de Barbacoas a todo el cual se le agotó la munición circunstancia que aprovecharon los insurgentes para adueñarse de armamento, de prendas policiales. Cada Unidad (sic) contaba con treientos cartuchos para fusil galil. Varias de las granadas no accionaron.

(...)

Entre las 05:40 a las 06:30 aproximadamente hubo un cese al fuego de los guerrilleros y pensé en la retirada de los mismos, pero se sintió un avión fantasma que abría fuego. Los subversivos reaccionaron nuevamente e incluso en el Helipuerto (sic) de la Caja Agraria ubicaron una M-60 con la cual siguieron el ataque.

(...)

4.- MUNICION GASTADA EN EL ASALTO

Seis mil diez cartuchos para fusil Galil y veinticuatro granadas.

(...)

7.- INSTALACIONES

El Cuartel (sic) o instalaciones de la Estación de Policía de Barbacoas quedaron totalmente destruidas (sic).

A raíz (sic) de la destrucción total hubo saqueo del equipo de radio y pérdida del material logístico.

(...)

No está por demás advertir a mi Coronel que llevo cinco meses como Comandante y desde cuando llegué a ese lugar me preocupé por brindar instrucción especial a los subalternos teniendo en cuenta que es zona roja y **haciendo ver la necesidad de refuerzo sea de la Policía o del Ejército.** También me di (sic) cuenta que esa Estación es como lugar de castigo y así lo resalté en un Informe a mi Coronel. Es importante tener en cuenta esto porque el personal que entiende que está castigado no rinde normalmente y al verse desterrado en esos lugares, lejos de la civilización, es ese personal verdadero problema porque se atormentan por la situación que viven" (subrayado y negrilla fuera de texto) (fls.73 a 77 c2).

Ahora bien, en su testimonio el Subintendente Arcesio Barsenubio Rivera Nates afirmó,

"PREGUNTADO: --cree Ud. Que en la muerte o lesiones de sus compañeros jugó el descuido, la negligencia la omisión de reglamentos etc.(sic)p por parte de ellos o la falta de instrucción dada por ustedes como superiores?
CONTESTO: las instrucciones se dieron como siempre se dan en toda Estación por el comandante Teniente Estrada, uno de los factores que tuvimos en contra era que las instalaciones no nos brindaban ninguna seguridad ya que estaban aún en obra negra y por otra parte la falta de munición, de armamento.(...).PREGUNTADO:--Refiere Ud. Si tiene

conocimiento de un hostigamiento días antes de la toma guerrillera por parte de la subversión CONTESTO: si tuve conocimiento ya que estuve en el momento del hostigamiento y este sucedió dos meses antes, pues ellos habían manifestado en esa ocasión que eso era un aviso, que la fiesta grande era más después. PREGUNTADO.-manifieste si se informó de este hostigamiento al Comando de Policía de Pasto y que medidas tomó el comando de Barbacoas. CONTESTO: si se informó sobre el hostigamiento y como se sabía que el ataque anunciado se solicitó refuerzo tanto de policía como de ejercito y también refuerzo en armamento como granadas, munición, solicitábamos granadas de fusil- granadas de mano, munición 7-62 y que se nos repusiera la munición gastada en el hostigamiento anterior. PREGUNTADO.- sírvase manifestar si se los proveyó de la dotación que Uds. Solicitaron para repeler el ataque guerrillero que estaba anunciado y también de los refuerzos de policía y del ejercito? CONTESTO: nunca llego (sic) la munición ni el armamento ni tampoco los refuerzos de policía y del ejercito (sic). En cuanto a la munición se sabe que de aquí de Pasto fue enviada con el Agente Bolaños si no estoy mal hasta la ciudad de Tumaco ya que el se encontraba pasando revista del armamento a todo el Departamento, pero al llegar el Agente a Barbacoas el manifestó que el Mayor Jiménez Chewing no lo había dejado transportar la munición manifestándole que la semana siguiente el iba a pasar revista y la llevaba personalmente, pero en varias ocasiones se solicitó la munición y nunca fue enviada.(...) PREGUNTADO:---- Las instalaciones del Cuartel ofrecían medidas de seguridad para el personal-- --CONTESTO:----- Esas instalaciones no ofrecían seguridad para el personal, porque estaban sin terminar las construcciones, no había ni agua, ni luz, tampoco ofrecía seguridad para ataques guerrilleros, nosotros hicimos unas trincheras con el personal después de un hostigamiento guerrillero que hubo en el mes de abril aproximadamente, pero el Comando no nos colaboró con nada de materiales para la construcción de trincheras----PREGUNTADO:----- Manifieste al Despacho, si el personal contaba con armamento y munición suficiente para contrarrestar (sic) algún ataque guerrillero.----CONTESTO:---- No teníamos munición suficiente para contrarrestar (sic) el ataque guerrillero, ya que ni siquiera se nos había repuesto la munición gastada en el primer hostigamiento, y que según tengo entendido se encontraba autorizada... Pues que la toma a la estación se había informado al Comando desde hace tiempo a tras (sic), como también solicitamos que se nos reforzara en armamento como en personal, y no se nos hizo caso, ni tampoco se les prestó atención a los comunicados que nosotros enviábamos con relación a una presunta toma guerrillera” (fls.41 a 44 c2.). (Subrayado fuera de texto)

En su testimonio el Subintendente Carlos Eduardo Ramos Bolaños afirmó:

“PREGUNTADO.- sírvase manifestar si es verdad o no que el cuartel estaba medio construido y sin paredes, o explique en que estado estaba. CONTESTO: estaba construido (sic) en el primer piso en obra negra, sin puertas ni ventanas y el segundo piso estaba solo como una terraza. PREGUNTADO.-Ud. tuvo conocimiento de las medidas que se tomaron por parte del Comando de Policía de Pasto y Barbacoas para atrincherar el cuartel de Policía y repeler el ataque? CONTESTO: No porque el día que llegue lo único que sabía (sic) era que se trataba de una zona roja, solamente en la parte de adelante los compañeros habían hecho unas trincheras en tabla. PREGUNTADO.- Ud. Tuvo conocimiento que el comando de Policía solicitó dotación de armamento y munición para repeler el ataque y que este jamás llegó a Barbacoas. CONTESTO: Yo tuve conocimiento de que ese armamento

llegó a Tumaco pero después de la toma, pero a Barbacoas nunca llegó.”(fl.37 a 38)

Finalmente, el agente Wilson Armando Rosales Romero en su testimonio sostuvo,

“PREGUNTADO. Sírvase decir si Ud. Estuvo en la toma guerrillera ocurrida en Barbacoas el día 6 de junio de 1997, haga un relato sustancial y pormenorizado de los hechos. En caso positivo. – CONTESTO: Si estuve el día de esa toma en Barbacoas, y declaro que la toma se inicio (sic) a las tres de la mañana del día 6 de junio, yo me encontraba de centinela en la parte frontal de cuartel, y se inicio (sic) con ráfagas de fusil y ametralladora y también con rockets y cargas explosivas, eso duró hasta las seis de la mañana, hubo un receso el cual nos dio a pensar que los guerrilleros estaban abandonando el pueblo por motivo de que ya había amanecido, pero en realidad era que ellos estaban internando en la casa de un vecino inmediatamente cercano al cuartel para aprovechar esa posición y atacarnos de ahí aprovechando también la falta de paredes del cuartel en su segundo piso. Según el calculo (sic) que yo hago y según versiones de los pobladores que fueron a visitarme posteriormente y cuando yo me encontraba en el hospital de Barbacoas, se puede decir que eran 150 hombres, que nos atacaban. (...) (sic) PREGUNTADO.-Diga si es verdad o no que a raíz de este hostigamiento el Comandante de Barbacoas solicitó provisión de armas o municiones para repeler un ataque de la guerrilla? CONTESTO; hasta donde yo tengo conocimiento se solicitaba refuerzo en municiones y en granadas para fusil y según comentarios estas si fueron enviadas hasta Tumaco pero de ahí hasta el momento de la toma nunca llegaron a la Estación de Barbacoas. PREGUNTADO.---- (sic) sírvase manifestar cual era el estado general del cuartel de policía en cuanto su construcción y que medidas se tomaron para atrincherar el cuartel y detener el ataque posible de la guerrilla. CONTESTO: el cuartel estaba sin terminar de construir desde que yo llegue, en el primer piso estaba a media construcción, no tenía (sic) puertas, tampoco ventanas, en el segundo piso carecía de paredes, solo estaban las vigas. En cuanto a las defensas tenían unas trincheras provisionales las cuales construimos con nuestros propios medios y lo único existente era madera”.

De los anteriores medios probatorios cabe extraer: i) Es cierto que el 6 de junio de 1997 entre las 2:50 y 3:00 de la madrugada se produjo un ataque de un grupo armado insurgente [FARC] contra las instalaciones de la Estación de Policía y de la Caja Agraria del municipio de Barbacoas, Departamento de Nariño, en el que murió el agente HECTOR LATORRE ZAMBRANO; ii) Se tenía información (por parte de las autoridades policiales) acerca de las potenciales actividades y/o ataques que los grupos insurgentes que operaban la región podían realizar en el municipio de Barbacoas (Nariño); iii) Que en atención a los informes de la fuerza pública, se solicitó el incremento del pie de fuerza, el material logístico y coordinar el envío de apoyo; iv) Que las instalaciones de la Estación de Policía de Barbacoas no estaban terminadas, por lo que no garantizaba la seguridad e idoneidad ni para el alojamiento, mucho menos para la defensa frente a un ataque; v) Durante el ataque se informó de tal situación a Tumaco; vi) Que la munición se

agotó, de tal manera que permitió que a la mañana del 6 de junio de 1996 los policiales fueran sometidos por el grupo armado insurgente; vii) El apoyo inicial sólo fue prestado por el avión fantasma hacia las 6:00 de la mañana, aproximadamente, y luego llegó el refuerzo hacia las 3:00 de la tarde, aproximadamente; viii) Que en abril de 1996 la misma Estación ya había sufrido un hostigamiento por un grupo armado insurgente; ix) Que existía un informe previo de inteligencia sobre la inminencia del ataque así como la manifestación del grupo guerrillero sobre la ocurrencia del mismo como un hecho advertido; x) Finalmente, que cada uniformado contaba tan sólo con 300 cartuchos para enfrentar el ataque realizado por un grupo de 150 insurgentes armados, aproximadamente. Fundamentación a la que se da continuidad de acuerdo a la sentencia del 31 de agosto de 2011, expediente 19195.

La Sala sin duda, llega a la conclusión que del examen conjunto de los medios probatorios allegados al proceso permiten establecer que el daño antijurídico causado a Héctor Latorre Zambrano es atribuible [fáctica y jurídicamente] a las entidades demandadas a título de falla del servicio, por cuanto se probó que había 19 agentes de la Policía Nacional, algunos descansando y otros de guardia, los cuales tuvieron que enfrentar el 6 de junio de 1996, aproximadamente a las 2:50 de la mañana, el ataque perpetrado por el grupo armado insurgente FARC, escuchándose y sintiéndose, inicialmente, el impacto de un “rocket” que hizo mover los cimientos de las instalaciones policiales, lo que llevó a que los agentes tomaran sus posiciones de defensa en una infraestructura insuficiente y en obra negra.

De acuerdo con el oficio 077 NDTUM de 20 de febrero de 1998, del Comandante del Cuarto Distrito Tumaco,

“(…) Para el día 06-06-97 cuando fue atacada la estación barbacoas por el Frente XXIX de la FARC con apoyo de otros grupos subversivos, el personal integrante de la Unidad prestaba el servicio de Policía en la localidad con las medidas de seguridad que se requerían debido a la influencia y presencia subversiva en la jurisdicción, atendían los casos que se presentaban y prestaba el apoyo a las Autoridades (sic) legalmente constituidas.

La Estación tenía como dotación 20 fusiles Galil, cuatro revólveres calibre 38 largo, veinticinco granadas de fragmentación, 6-210 cartuchos calibre 7,62 y 236 calibre 38. Contaban con 84 proveedores para fusil galil.

Se encontraba ubicada en unas Instalaciones recién construidas y aún en obra negra, carecían de trincheras y aún faltaba por terminar trabajos en la misma.

En el ataque subversivo fue hurtado todo el material de guerra, material de comunicaciones, elementos personales de los Agentes y destruido totalmente

el Cuartel. Fueron asesinados cuatro Agentes y heridos tres. La Estación contaba con 1-1-19 Unidades". (fl.72 c1).

De la apreciación conjunta de los medios probatorios, y de la rigurosa valoración de la prueba testimonial y documental, se llega a demostrar que existen por lo menos dos declaraciones en las que se advierte que la Estación de la Policía Nacional del municipio de Barbacoas (Nariño), fue objeto de hostigamiento por un grupo armado insurgente en el mes de abril de 1997, lo que aunado a las advertencias realizadas por el Comandante de la misma Estación, lleva a inferir que existía una amenaza inminente, irreversible, previsible e indudable de un ataque por uno de los grupos armados insurgentes que operaban en la jurisdicción. Como lo corrobora el informe de inteligencia realizado por la Policía Nacional remitido mediante oficio SGD/087 por el Secretario de Gobierno Departamental en donde advierte "110497.- información ciudadana, da cuenta que subversivos del 29 frente de las Farc, tienen planeado atacar la Estación de Policía del Municipio de Barbacoas, la cual sería ejecutada por 200 hombres aproximadamente. Este comando reforzó con personal, armamento y recursos logísticos la Estación y alertó a los efectivos policiales para que estén prestos a repeler cualquier accionar de los delincuentes, de la posible toma del Municipio según lo manifestado por informantes (subrayado fuera de texto).(fl.11C2) Como se aprecia la misma entidad tenía conocimiento de la posible ocurrencia del hecho y de las necesidades de los efectivos en ese Comando y a pesar de ello no realizó ni el refuerzo de armamento ni de recursos logísticos ni mucho menos de personal suficiente sabiendo que la proporción del grupo guerrillero oscilaba en 200 hombres. Exponiendo a los uniformados a combatir en una desproporción de 19 contra 200 sumado a los agravantes ya antes mencionados de falta de munición y de armamento idóneo, así como las condiciones de exposición de blanco certero que les ofrecía la estación

La desatención de la información suministrada por el personal de la Estación de la Policía Nacional de Barbacoas, Nariño, es constitutivo de una falla del servicio, la que se agrava por las lamentables condiciones en las que se encontraban las instalaciones de la Estación para el 6 de junio de 1997, ya que no ofrecía, siquiera, condiciones aptas para alojar a los uniformados, menos ofrecía las garantías de seguridad, como se desprende de la apreciación conjunta de la prueba testimonial y de los demás medios probatorios, para afrontar y llevar a cabo defensa idónea alguna ante un ataque por un grupo armado insurgente, como el ocurrido en la fecha de los hechos.

A los anteriores supuestos, configuradores de la falla del servicio, cabe agregar por la Sala la falta de apoyo o refuerzo armado por la Policía Nacional o el Ejército Nacional de manera oportuna, adecuada y suficiente, lo que denotó que los policiales, entre los que se contaba Héctor Latorre Zambrano, fueron dejados a su suerte, abandonados en la práctica cuando se produjo el ataque por el grupo armado insurgente FARC, ya que el primer apoyo sólo vino a presentarse, con carácter ocasional, hacia las 6:00 de la mañana, aproximadamente, y los refuerzos y apoyos llegaron sólo hasta las 3:00 de la tarde, cuando el ataque había iniciado en la madrugada del 6 de junio de 1997.

Dicho abandono se reflejó, y es de remarcar, en el agotamiento de la munición por parte de los policiales de la Estación, cuyo Comandante había solicitado suministro de misma y de elementos logísticos con antelación, ya que sólo portaban su arma de dotación oficial y 300 cartuchos, aproximadamente, lo que por reglas de la experiencia y de sentido común no son suficientes cuando se produce un ataque por un grupo armado insurgente que en un número considerable, aproximadamente 150 insurgentes, y con mayor capacidad de armamento superó la reacción o la defensa que haya podido ser desplegada por los 19 policiales que se encontraban en la Estación de la Policía Nacional de Barbacoas, Nariño.

Luego, hay pruebas suficientes para acreditar la omisión de prevenir o atender adecuadamente la situación de riesgo objetiva creada por el Estado, al permitir que un resultado dañoso como el ocurrido en la toma de la Estación de Barbacoas, lo que no se constituía en un imposible material, policial, ni jurídico, a tenor de lo reflejado en el acervo probatorio, en el informativo administrativo y en lo afirmado por los propios policiales que se encontraban en la misma Estación, por la falta de atención a las amenazas inminentes de ataques por grupos armados insurgentes, insuficiente e inadecuada dotación logística, de material de guerra y equipos de comunicación, retardo injustificado en el apoyo, debilidades en el diseño y establecimiento de la Estación, falta de garantía de defensa táctica debido a la desprotección que brindaba el inmueble el cual en vez de resguardar permitió ser un blanco fácil de los subversivos. Lo que facilitó que en la toma no sólo se haya producido la muerte de Héctor Latorre Zambrano, sino que se haya consumado el secuestro de varios policiales y la muerte de otros tantos más.

Es determinante para la imputación de la responsabilidad del Estado el incumplimiento en la planeación, organización, seguimiento y despliegue de la fuerza policial, especialmente en zonas donde el conflicto armado tenía las más complejas, serias y graves circunstancias. Y no debe olvidarse que si se aplica el *ius in bellum*, el fin último al que debió responder el Estado era “atenuar, en la medida de lo posible, el sufrimiento causado a las víctimas de las hostilidades”¹⁴⁸, entre las que cabe tener a los policiales que prestando su servicio están cumpliendo con el principio de solidaridad que exige cumplir con ese deber patriótico constitucional¹⁴⁹.

Y si esto es así, el Estado es responsable del resultado perjudicial ya que no se correspondió con los principios de humanidad, esto es, con aquellos que exigen que el ejercicio de toda actividad, como por ejemplo las misiones de seguridad asignadas a los miembros de las fuerzas armadas, debe estar orientada hacia la preservación de los derechos, y no al sacrificio absoluto de estos por una causa que legal y democrática no está llamado ningún individuo a soportar porque implicaría la supresión de la esencia propia del ser humano como destinatario de la protección, convirtiendo al Estado en prioridad en la búsqueda de la paz. En ese sentido, debe prodigarse la aplicación de la responsabilidad objetiva en este tipo de casos, siempre que se cumplan ciertas condiciones (siguiendo lo propuesto por Erns Fosrthoff): i) debe nacer cuando la administración pública crea una situación de peligro individual y extraordinaria (eine individuelle un auBergewöhnliche Gefahrenlage); ii) debe tratarse de un riesgo especial, incrementado (Besondere, erhöhte Gefahr), “que supere netamente los riesgos normales a que todos se encuentran expuestos”, y; iii) que “el daño... sufrido por la víctima sea consecuencia inmediata de la realización de dicho peligro”¹⁵⁰.

En ese sentido, también es imputable el resultado dañoso a las entidades demandadas porque se quebró e incumplió la cláusula general de la “buena administración pública”¹⁵¹, que se refuerza especialmente cuando el Estado está a cargo de las estaciones policiales, de salvaguarda de la seguridad y de enfrentar

¹⁴⁸ RAMELLI, Alejandro. *Derecho internacional humanitario y estado de beligerancia*. 1ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p.52. Puede verse el precedente sentencias de 25 de mayo de 2011. Exp.15838, 18075 y 25212; de 25 de mayo de 2011. Exp.18747.

¹⁴⁹ Montesquieu señaló: “Il est clair que, lorsque la conquete este faite, le conquérant n’a plus le droit de tuer; puisqu’il n’est plus dans le cas de la défense naturelle, et de sa propre conservation”.

¹⁵⁰ FORSTHOFF, Ernst. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts Band I. Allgemeiner Teil*. 10a ed. Münche, CH Beck, 1973, pp.359 a 364.

¹⁵¹ MIRPUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.201.

con suficientes y plenas garantías a la delincuencia. Porque en caso de producirse, la omisión del Estado puede desencadenar la producción de actos de genocidio o de violencia que como lo señala la Observación General No. 6 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su artículo 6, los

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

Lo que se corresponde, siguiendo la misma Observación, con la exigencia de extender dicha obligación a los propios miembros de las fuerzas militares, de manera que se comprenda que la “expresión “el derecho a la vida es inherente a la persona humana” no puede entenderse de manera restrictiva y la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas”¹⁵², que como en la toma de la Estación de Policía de Barbacoas brillaron por su ausencia, lo que lleva a imputar a las entidades demandadas la responsabilidad por la muerte de Héctor Latorre Zambrano, teniendo en cuenta el deficiente funcionamiento que se acreditó de la actividad obligada a desplegar por parte de la administración pública, esto es “teniendo en cuenta si hay o no defectos imputables a la estructura administrativa que sean relevantes en la producción del efecto lesivo”¹⁵³.

En la doctrina se ha dicho,

“Los estados existen para defender los derechos de quienes los integran, pero una de las dificultades de la teoría de la guerra estriba en el hecho de que la defensa colectiva de los derechos vuelve individualmente problemáticos. El problema inmediato consiste en que los soldados que participan en la lucha, aunque rara vez pueda decirse que haya escogido luchar, pierden los derechos que supuestamente defienden. Ganan las guerras en tanto que combatientes y prisioneros en potencia, pero pueden ser atacados y muertos a voluntad por sus enemigos. Por el simple hecho de luchar, sean cuales sean sus esperanzas e intenciones privadas, han perdido el derecho que tenían a la vida y a la libertad y lo han perdido incluso en el caso de que, a diferencia de los Estados agresores, no hayan cometido ningún crimen. <<Los soldados han sido hechos para que los maten>>, dijo en una ocasión Napoleón; por eso la guerra es un infierno. Pero incluso en el caso de que decidamos observar las cosas desde la perspectiva del infierno, podemos seguir afirmando que nadie más ha sido hecho para que lo maten. Esta precisión es la base de las reglas de la guerra”¹⁵⁴ (subrayado fuera de texto).

¹⁵² NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General No.6.

¹⁵³ BARCELONA LLOP, Javier. “Responsabilidad patrimonial por daños causados por, o sufridos por, los miembros de las fuerzas o cuerpos de seguridad”, en QUINTANA LÓPEZ, Tomás (dir) *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*. T.II. Valencia, tirant lo Blanch, 2009, p.1493.

¹⁵⁴ WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas. Un razonamiento con ejemplos históricos*. Barcelona, Paidós, 2001, p.192.

La Sala llega a la conclusión que la entidad aquí demandada es responsable patrimonialmente de los daños causados a Héctor Latorre Zambrano y a su familia, con fundamento en la indiscutible posición de garante institucional que residía en dichas entidades, y como consecuencia directa de la creación de la situación objetiva de riesgo¹⁵⁵, ya que como se dijo atrás, estaba llamado el Estado a evitar los riesgos, debilidades y fallas que se cometieron en la Estación de la Policía Nacional de Barbacoas (Nariño), que permitió el ataque guerrillero, con el resultado funesto y desafortunado para la familia del demandante y de todos los que resultaron víctimas del mismo, quienes debieron ser amparados como ciudadanos-policial en sus derechos fundamentales y humanos. Fue, por lo tanto, la omisión protuberante, ostensible, grave e inconcebible del Estado de la que se desprende la responsabilidad por el resultado dañoso de los demandantes, quien estaba en la obligación de ofrecer, por lo menos, una intervención proporcionada y adecuada a las circunstancias riesgosas creadas por el mismo.

Cuando la imputación de la responsabilidad debe formularse a partir de la ocurrencia de un ataque de un grupo armado insurgente, en el marco del conflicto armado en el que se encuentra inmerso el país, el precedente de la Sala se orienta hacia el título de la falla “cuando el daño se produce como consecuencia de la omisión del Estado en la prestación de los servicios de protección y vigilancia, es decir, cuando la imputación se refiere a la actuación falente o irregular de la Administración por su actuar omisivo, al no utilizar todos los medios que a su alcance tenía con conocimiento previo (previsible) para repeler, evitar o atenuar el hecho dañoso del tercero. Para determinar si la conducta del Estado fue anómala o irregular, por acción o por omisión, frente al hecho dañoso perpetrado por el tercero debe analizarse si para la Administración y para las autoridades era previsible que se desencadenara el acto insurgente.

Este aspecto constituye uno de los puntos más importantes a analizar dentro de este régimen, pues no es la previsión de la generalidad de los hechos (estado de anormalidad del orden público) sino de aquellas situaciones que no dejan casi margen para la duda, es decir, las que sobrepasan la situación de violencia ordinaria vivida, a título de ejemplo: región en la que se ha declarado turbado el orden público, paro de transportes, revueltas masivas callejeras, población bajo toque de queda, amenaza de toma subversiva anunciada a una población esto en

¹⁵⁵ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo; PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en filosofía y derecho, 2006, pp. 65 y ss.

cuanto hace a los conglomerados sociales; amenazas o atentados previos contra la vida en cuanto hace a las personas individualmente consideradas, etc. Queda claro entonces que la sola circunstancia de que el afectado no haya solicitado protección previa especial no siempre será causal que permita exonerar a la administración de su deber de protección y vigilancia sino dependiendo del caso particular pueden existir otras circunstancias indicadoras que permitieran a las autoridades entender que se cometería un acto terrorista”¹⁵⁶.

La Sala debe consolidar el precedente de participación del hecho de un tercero en los siguientes aspectos: i) es cierto que en la producción del daño hubo tanto participación de un tercero, un grupo armado insurgente respecto del cual no puede negarse su existencia y su realidad dentro del conflicto armado interno que vive nuestro país; sin embargo, al mismo contribuyó la omisión e incumplimiento de las entidades demandadas al no adoptar las medidas de seguridad, de protección y de prevención, tal como se advertía en el informe realizado por la propia autoridad policial, donde se indicó la amenaza inminente y seria de un ataque por alguno de los grupos armados insurgentes que operaban en la zona; ii) en este tipo de eventos se produce la concurrencia de acciones y omisiones distintas a la propia de la víctima, que deriva en la generación de una obligación solidaria [solidaridad que se expresa en cuanto al grupo armado insurgente en su responsabilidad internacional por la violación de derechos humanos y de las normas del derecho internacional humanitario, artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, al afectar con sus acciones indiscriminadas a la población civil, y al uso de material bélico no convencional y lesivo de los derechos no sólo de la víctima, sino también de los propios uniformados que son objeto de este tipo de ataques], que permite a la víctima del daño exigir la indemnización a cualquiera de los sujetos que contribuyeron a la producción del mismo [en aplicación de los expresos mandatos de los artículos 2344 y 1568 del Código Civil]; iii) luego, el hecho del tercero [grupo armado insurgente] no es única, exclusiva y determinante, sino que contribuye a la producción del daño, por lo que persiste la obligación solidaria de indemnizar el daño [en aplicación del artículo 1571 del CC]; iv) desde el ámbito fáctico, no se produce una ruptura, porque el incumplimiento de las medidas de seguridad, y la omisión de permitir la presencia de la víctima como personal civil durante el ataque del grupo armado insurgente no deja de enervar la

¹⁵⁶ Sección Tercera, sentencia de 27 de noviembre de 2002. Exp.13774.

responsabilidad de las entidades demandadas, y de permitir su atribución jurídica¹⁵⁷.

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

“Precisamente, la situación de conflicto armado interno en la que se encuentra el país desde hace décadas, exige del Estado corresponderse con mayor rigor con su deber positivo de protección de los derechos de todos los ciudadanos, en especial de aquellos que participan en el mismo, ya que no sólo se debe responder a las garantías constitucionales y supraconstitucionales, sino corresponderse con el necesario reconocimiento del valor intrínseco del ser humano, sin importar su condición o posición, ya que en el fondo se procura la tutela efectiva de su dignidad, y no se puede simplemente asumir la pérdida de vidas humanas o las lesiones de los miembros de las fuerzas armadas, en especial de aquellos que prestan el servicio militar obligatorio, como un riesgo asumible por parte de nuestra sociedad para tratar de solucionar la problemática violenta de los grupos armados insurgentes. En cuanto a esto, el fiscal británico en los juicios de Nuremberg señaló, “La muerte de los combatientes es justificable (...) únicamente cuando la propia guerra es legal. Pero cuando la guerra es ilegal (...), no hay nada que justifique las muertes y esos asesinatos no pueden distinguirse de aquellos que cometen el resto de las bandas de salteadores al margen de la ley”¹⁵⁸.

A lo que cabe agregar,

“Por lo que respecta a la dirección de las hostilidades, no debe considerarse permitido causar <<ningún perjuicio que no tienda materialmente al fin (de la victoria), ni ningún perjuicio cuyo carácter de medio conducente al fin sea leve en comparación con la entidad del perjuicio>>¹⁵⁹. Lo que aquí se prohíbe es el daño excesivo. Hay dos criterios propuestos para determinar el exceso. El primero es el de la victoria misma o el de lo habitualmente recibe el nombre de necesidad militar. El segundo depende de cierta noción de proporcionalidad: hemos de valorar <<el perjuicio causado>>, lo que, presumiblemente, no sólo se refiere al daño inmediatamente producido a los individuos, sino también a cualquier ofensa infligida a los intereses permanentes de la humanidad, y valorarlo por contraposición que aporta el perjuicio respecto al fin de la victoria.

Así expuesto, no obstante, el argumento estipula que los intereses de los individuos y los de la humanidad tienen menor valor que la victoria que se está buscando. Es probable que cualquier acto de fuerza que contribuya de modo significativo al objetivo de ganar la guerra sea considerado permisible; también es probable que cualquier mando militar que exponga aquello a lo que <<conduce>> el ataque que está planeando encuentre apoyo para realizarlo. Una vez más, la proporcionalidad se revela como un criterio difícil de aplicar, ya que no existe ninguna forma rápida de establecer un punto de vista

¹⁵⁷ En sentido similar se encuentra el siguiente precedente: Sección Tercera, sentencia de 27 de noviembre de 2002. Exp.13774.

¹⁵⁸ Citado en TUCKER, Robert W. *The Law of War and Neutrality at Sea*. Washington, 1957, p.6.

¹⁵⁹ *Elements of Politics, op. cit.*, pág.254; para un informe de la época desde un punto de vista aproximadamente parecido, véase R. B. Brandt, <<Utilitarianism and the Rules of War>> en *Philosophy and Public Affairs*, vol.1, 1972, págs.145-165.

independiente o estable respecto a los valores que deban actuar como contraste para medir la destrucción la guerra. Nuestros juicios morales (si Sidgwick tiene razón) descansan sobre consideraciones puramente militares y rara vez podrán sostenerse frente a un análisis de las condiciones imperantes en la batalla o de las estrategias de campaña que pueda realizar un profesional cualificado.

(...)

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

(...)

Si se pusiera efectivamente en práctica, eliminaría buena parte de la crueldad de la guerra, ya que, respecto a la muerte de muchas de las personas que sucumben en el transcurso de una guerra, ya sean civiles o militares, debe decirse que no es una muerte que se haya producido porque <<tienda materialmente al fin (de la victoria)>> y que la contribución que dichas muertes representan respecto a ese fin es en realidad <<leve>>. Esas muertes no son más que la consecuencia inevitable de poner armas mortales en manos de soldados carentes de disciplina, el resultado de confiar hombres armados al criterio de generales fanáticos o estúpidos. Toda historia militar es un relato de violencia y destrucción desprovisto de cualquier relación con las exigencias del combate: por un lado, masacres y, por otro, batallas ruinosas y mal planeadas que sólo son un poco mejores que las masacres¹⁶⁰ (subrayado fuera de texto).

Desde nuestra propia realidad, el precedente jurisprudencial constitucional señala,

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

(...)

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

¹⁶⁰ WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*. Barcelona, Paidós, 2001, pp.181 y 182.

generar unas implicaciones que en el anterior marco eran inconcebibles^{161»162}.

No se trata, no obstante, de hacer radicar en el Estado una responsabilidad ilimitada frente a cualquier acto o hecho de los particulares (hecho de un tercero), pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo que es achacable directamente al Estado como garante principal. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones positivas¹⁶³.

Por el contrario, cabe reforzar su encuadramiento en el criterio de motivación de la falla del servicio (sin perjuicio de la posibilidad de encuadramiento en cualquiera de los demás criterios de motivación de la imputación, siguiendo a la Sala Plena de la Sección Tercera, en la sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392), afirmando la posibilidad de que la misma se consolide no sólo por el incumplimiento u omisión de las entidades demandadas, sino que también por no haber observado los deberes positivos a los que debió sujetarse en este caso específico, en especial por no haber atendido las solicitudes de refuerzo humano, logístico y de armamento, y de procurar por la terminación de las instalaciones de la Estación de la Policía [posición de garante de vigilancia], a tenor de lo manifestado por el precedente de la Sala según el cual “el Estado asume un papel de garante que se desprende de la obligación que emana del artículo 2 de la Constitución Política, disposición según la cual ” las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades”¹⁶⁴.

¹⁶¹ Corte Constitucional, sentencia C-802 de 2002.

¹⁶² Sección Tercera, Sentencias de 25 de mayo de 2011. Exps.15838, 18075, 25212; de 25 de mayo de 2011. Exp.18747; de 8 de junio de 2011. Exp.19972; de 8 de junio de 2011. Exp.19973.

¹⁶³ *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrafo 280; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párrafo 123; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párrafo 155; y *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192, párrafo 78.

¹⁶⁴ Sección Tercera, Sentencia de 9 de junio de 2010. Exp.19849.

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

En ese sentido, y en aplicación del bloque ampliado de constitucionalidad para la tutela de los derechos humanos y el respeto del derecho internacional humanitario, se debe tener en cuenta que pudo producirse por parte del grupo armado insurgente FARC violaciones a los Convenios de Ginebra, especialmente el II y III, en sus artículos 43 y siguientes, debiéndose establecer si se produjo la comisión de conductas que vulneraran el trato digno y humano, la desatención de los heridos (artículo 8 y siguientes), la tortura psicológica a la que se sometió a los policiales durante el término en el que se encontraron plenamente sometidos a los insurgentes.

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

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

A este respecto es preciso tener en cuenta que, el artículo 64.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece una de las dos modalidades que existe de solicitud de “Opinión Consultiva” ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dicha modalidad consiste en la consulta acerca de la interpretación de la Convención y de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos (la otra modalidad consiste en la compatibilidad entre cualquiera de las leyes internas y los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos). Dicha modalidad, a su vez, debe surtirse conforme lo establecido en el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (aprobado en su LXXXV periodo de sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009), específicamente a lo consagrado en los artículos 70 y 71.

La modalidad de “Opinión Consultiva” consagrada en el artículo 64.1 también tiene sustento en los artículos 1.1, 2 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la medida en que se pretenda determinar el alcance de la interpretación de la Convención frente a otros tratados internacionales de protección de los derechos humanos, cuando en el marco del conflicto se producen violaciones por sujetos privados considerados insurgentes o beligerantes, y frente a los cuales debe establecerse si cabe afirmar una interpretación integrada de lo contenido en la mencionada Convención, y de los tratados de protección del derecho internacional humanitario, por ejemplo.

Para ilustrar lo anterior, se puede hacer una breve reseña de algunas de las Opiniones Consultivas presentadas por diferentes Estados Miembros del sistema interamericano, destacando que Colombia empleó esta herramienta y de ello resultó la Opinión Consultiva **OC-10/89, de 14 de Julio de 1989, “sobre la interpretación del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”), en relación con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante “la Declaración” o “la Declaración Americana”)”**.

Puede verse además: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opiniones Consultivas, OC-20/09, de 29 de septiembre de 2009, solicitada por la República de Argentina, invocando los artículos 64.1 y 64.2, “referida a la “interpretación del artículo 55 de la Convención”, en relación con “la figura del juez *ad hoc* y la igualdad de armas en el proceso ante la Corte Interamericana en el contexto de un caso originado en una petición individual”, así como respecto de “la nacionalidad de los magistrados [del Tribunal] y el derecho a un juez independiente e imparcial”; OC-19/05, de 28 de noviembre de 2005, solicitada por

la República Bolivariana de Venezuela, “[...] si existe un órgano dentro [del sistema interamericano de protección de derechos humanos] que disponga de las competencias necesarias para ejercer el control de la legalidad de las actuaciones de la Comisión [...], ante el cual puedan recurrir los Estados partes de la Convención [...], en defensa de la legalidad. En caso de que existiere tal órgano, el [Estado] desearía conocer cuál es dicho órgano y cuáles [son] sus atribuciones [...]”; OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, sobre la “[...] privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales [a los trabajadores migrantes,] y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos; así como con la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos, incluidas aquellas oponibles *erga omnes*, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano”. Además, la consulta trata sobre “el carácter que los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley han alcanzado en el contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación”; OC-12/91, de 6 de diciembre de 1991, solicitada por el Gobierno de la República de Costa Rica, acerca de la compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre derechos humanos; OC-1/82, de 24 de septiembre de 1982, solicitada por Perú, “¿Cómo debe ser interpretada la frase: "o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos " ?”.

Atendiendo a los anteriores antecedentes, la Sala, al verificar que el grupo insurgente durante el desarrollo de los hechos en que se dio muerte al agente Héctor Latorre Zambrano incurrió en violaciones a los derechos humanos, no puede permanecer impasible. Por ello, con el fin de consolidar el concepto de reparación integral, que como es bien sabido está integrado por la Justicia, la Verdad y la Reparación; en la búsqueda de establecer la realidad de los hechos, y ante la imposibilidad que tiene la Jurisdicción Contencioso Administrativa de juzgar la actuación de los entes no estatales; en la parte resolutive del fallo exhortará al Gobierno para que, si lo considera pertinente, solicite opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la ocurrencia de actos

constitutivos de violación de este tipo de derechos, ocasionados en el caso sub iudice por las FARC, de cara a la normatividad supranacional sobre protección de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

Con base en los anteriores argumentos, la Sala confirmará la sentencia del *a quo* en cuanto a la pretensión declaratoria de responsabilidad patrimonial y administrativa de las entidades demandadas y procederá a establecer si cabe modificar o revocar la misma respecto al reconocimiento tasación y liquidación de los perjuicios morales, materiales y de daño a la salud reclamados por los actores, así como a pronunciarse acerca de la reparación integral.

8. Perjuicios.

8.1. Perjuicios morales.

La parte actora solicitó el reconocimiento de perjuicios morales a favor de las demandantes. En el acervo probatorio se aportó, como prueba para su reconocimiento, el siguiente registro civil de nacimiento: a) Del nacimiento de Jessika Liliana Latorre Sánchez, donde se indicó que nació el 4 de septiembre de 1993 (fl.18 c1); y; copia auténtica del registro de defunción de Hector Latorre Zambrano (fl 88.c2). b) con relación a la compañera permanente, Liliana Esperanza Sánchez Guerrero, obran dos testimonios los que serán objeto de análisis y valoración conjunta para determinar si ofrecen los suficientes elementos para acreditar la condición alegada en la demanda y citada anteriormente.

8.1.1. Reconocimiento de los perjuicios morales.

La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012¹⁶⁵ señaló que en “cuanto se refiere a la forma de probar los perjuicios morales, debe advertirse que, en principio, su reconocimiento por parte del juez se encuentra condicionado –al igual que (sic) demás perjuicios- a la prueba de su causación, la cual debe obrar dentro del proceso”. En la misma providencia se agrega que “la Sala reitera la necesidad de acreditación probatoria del perjuicio moral que se pretende reclamar, sin perjuicio de que, en ausencia de otro tipo de pruebas, pueda reconocerse con base en las presunciones derivadas del parentesco, las cuales podrán ser desvirtuadas total o parcialmente por las

¹⁶⁵ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

entidades demandadas, demostrando la inexistencia o debilidad de la relación familiar en que se sustentan”.

Sin duda, en los eventos en los que la afectación a las personas es por la muerte, como en el caso concreto de la víctima Hector Latorre Zambrano, en los hechos ocurridos el 6 de junio de 1997, no puede reducirse su materialidad a la simple constatación desde la perspectiva ordinaria, sino que cabe comprender su consideración en el marco del respeto al ordenamiento jurídico y a los derechos humanos, intereses y bienes que se vean vulnerados, socavados y lesionados, y se radican en cabeza de los demandantes.

La premisa inicial para fundamentar esto se radica en la afirmación del principio de la dignidad humana, cuyo despliegue no se agota solamente en la esfera interior, íntima y personal del sujeto, sino que se desdobra a los sentimientos que se producen de aflicción, desesperación, congoja, desasosiego, temor, etc.; que afloran cuando se produce la afectación a su lugar de vivienda o habitación. Se trata, por lo tanto, de reconocer por conexidad la íntima relación que en este tipo de eventos se produce entre la esfera moral de cada individuo.

Sostener esto, sin duda alguna, representa el respeto al derecho a la reparación integral consagrada en el artículo 16 de la ley 446 de 1996, y se aproxima a la regla de la *restitutio in integrum*, que se reconoce en el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁶⁶.

Debe, además, como parte de la motivación, examinarse si se acreditó el parentesco debida y legalmente, con los registros civiles, para reconocer los perjuicios morales en cabeza de la víctima y de sus familiares, para lo que procede la aplicación de las reglas de la experiencia, según las cuales se presume que la muerte, lesión, etc, afecta a la víctima y a sus familiares más cercanos (esto es, los que conforman su núcleo familiar), y se expresa en un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia¹⁶⁷ como espacio básico de toda

¹⁶⁶ PINTO, Mónica. “La réparation dans le système interaméricain des droits de l’homme. A propos de l’arrêt Aloeboetoe”, en *Annuaire Français de Droit International*. T.XLII, 1996, pp.733 a 747.

¹⁶⁷ “Las reglas de la experiencia, y la práctica científica han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo. Razón por la cual la Sala reitera la posición asumida por la Corporación en la sentencia de 17 de julio de 1992 donde sobre el particular, y con fundamento en la Constitución, se analizó el tópico, así: “En punto tocante con perjuicios morales, hasta ahora se venían aceptando que estos se presumen para los padres, para los hijos y los cónyuges

sociedad¹⁶⁸ (el segundo criterio con el que ya cuenta el juez en el momento de reconocer los perjuicios morales tiene que ver con el concepto de familia, que será

entre sí, mientras que para los hermanos era necesario acreditar la existencia de especiales relaciones de fraternidad, o sea, de afecto, convivencia, colaboración y auxilio mutuo, encaminados a llevar al fallador la convicción de que se les causaron esos perjuicios resarcibles. Ocurre sin embargo, que la Constitución Nacional que rige en el país actualmente, en su artículo 2º., señala que Colombia como Estado Social de derecho que es, tiene como fines esenciales el de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma; también el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecte y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; al igual que defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica (sic) y la vigencia de un orden justo. “Por su parte el artículo 42 de la Carta Política, establece que el Estado y la sociedad tienen como deber ineludible el de garantizar la protección integral de la familia, núcleo fundamental de la sociedad, que “se constituye por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.” Y agrega que “Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes”. (Subrayas fuera de texto). “La ley no ha definido taxativamente las personas que integran la familia que goza de la especial protección del estado y de la sociedad en general. Así las cosas, podría adoptarse como criterio interpretativo el concepto amplio de la familia, como aquellos parientes próximos de una persona a los que se refiere el artículo 61 del C.C., que es del siguiente tenor: “En los casos en que la Ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van a expresarse y en el orden que sigue: “1º. Los descendientes legítimos; “2º. Los ascendientes legítimos; “3º. El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o este a falta de descendientes o ascendientes legítimos; “4º. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1º., 2º. y 3º; “5º. Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1º., 2º., y 4º; “6º. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores; “7º. Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados. “Si la persona fuera casada, se oirá también, en cualquiera de los casos de este artículo a su cónyuge; y si alguno o algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad o estuvieren sujetos a la potestad ajena, se oirá en su representación a los respectivos guardadores, o a las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituidos”. “También resulta procedente tomar como familia lo que los tratadistas definen como familia nuclear, esto es, la integrada por los parientes en primer grado a que alude el artículo 874, ordinal 3º ibídem, que reza: “La familia comprende (además del habitador cabeza de ella) a la mujer y a los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aún (sic) cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.” “La familia para fines de las controversias indemnizatorias, está constituida por un grupo de personas naturales, unidas por vínculos de parentesco natural o jurídico, por lazos de consanguinidad, o factores civiles, dentro de los tradicionales segundo y primer grados señalados en varias disposiciones legales en nuestro medio. “Así las cosas, la Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues ninguna razón para que en un orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestran la solidaridad o afecto hasta hoy requeridos, para indemnizarlos. Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que el daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales. “Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se ha tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente. En síntesis, la Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido lo normal y de requerir la prueba de lo anormal. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien.”(Negrillas de la Sala)”. Sección Tercera, sentencia de 15 de octubre de 2008. Exp.18586.

¹⁶⁸ “4.2. Amparada en la doctrina especializada, también la jurisprudencia constitucional ha señalado que el surgimiento de la familia se remonta a la propia existencia de la especie humana, razón por la cual se constituye en “la expresión primera y fundamental de la naturaleza social del hombre”. Bajo esta concepción, la familia es considerada un “presupuesto de existencia y legitimidad de la organización socio-política del Estado, lo que entraña para éste la responsabilidad prioritaria de prestarle su mayor atención y cuidado en aras de preservar la estructura familiar, ya que “[e]s la comunidad entera la que se beneficia de las virtudes que se cultivan y afirman en el interior de la célula familiar y es también la que sufre grave daño a raíz de los vicios

importante para determinar la tasación y liquidación de los mismos perjuicios, ya que puede apreciarse (de la prueba testimonial):- cómo estaba conformada la familia?; - qué rol desempeñaba la víctima al interior de su familia?; - cómo estaban definidas las relaciones entre la víctima y los demás miembros de la familia?; - se trataba de una familia que convivía o no en un mismo espacio?; - se

y desordenes que allí tengan origen”. 4.3. En Colombia, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 no acogió la propuesta formulada por el Gobierno de asignarle a la familia un alcance puramente asistencial y se decidió, en cambio, por reconocerle el carácter de pilar fundamental dentro de la organización estatal, asociándola con la primacía de los derechos inalienables de la persona humana y elevando a canon constitucional aquellos mandatos que propugnan por su preservación, respeto y amparo. De este modo, la actual Carta Política quedó alineada con la concepción universal que define la familia como una institución básica e imprescindible de toda organización social, la cual debe ser objeto de protección especial. 4.4. En efecto, el derecho internacional, en las declaraciones, pactos y convenciones sobre derechos humanos, civiles, sociales y culturales, se refiere a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad” y le asigna a los estados y a la sociedad la responsabilidad de protegerla y asistirle. Tal consideración aparece contenida, entre otros instrumentos internacionales, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16), en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y políticos (art. 23), en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10°) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (art. 17); los cuales se encuentran incorporados a nuestro derecho interno por haber sido suscritos, aprobados y ratificados por el Estado colombiano. 4.5. Bajo ese entendido, en nuestro país el régimen constitucional de la familia quedó definido: (i) en el artículo 5° de la Carta, que eleva a la categoría de principio fundamental del Estado la protección de la familia como institución básica de la sociedad; (ii) en el artículo 13, en cuanto dispone que todas las personas nacen libres e iguales y que el origen familiar no puede ser factor de discriminación; (iii) en el artículo 15, al reconocer el derecho de las personas a su intimidad familiar e imponerle al Estado el deber de respetarlo y hacerlo respetar; (iv) en el artículo 28, que garantiza el derecho de la familia a no ser molestada, salvo que medie mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley; (v) en el artículo 33, en cuanto consagra la garantía fundamental de la no incriminación familiar, al señalar que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (vi) en el artículo 43, al imponerle al Estado la obligación de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia; (vii) en el artículo 44, que eleva a la categoría de derecho fundamental de los niños el tener una familia y no ser separado de ella; y (viii) en el artículo 45, en la medida en que reconoce a los adolescentes el derecho a la protección y a la formación integral. 4.6. En concordancia con ello, el artículo 42 de la Constitución consagró a la familia como el “núcleo fundamental de la sociedad”, precisando que la misma puede constituirse por vínculos naturales o jurídicos, esto es, “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Ello permite advertir que en el orden constitucional vigente, no se reconocen privilegios en favor de un tipo determinado de familia, sino que se legitima la diversidad de vínculos o de formas que puedan darle origen. Así, tanto la familia constituida por vínculos jurídicos, es decir, la que procede del matrimonio, como la familia que se constituye por vínculos naturales, es decir, la que se forma por fuera del matrimonio o en unión libre, se encuentran en el mismo plano de igualdad y son objeto de reconocimiento jurídico y político, de manera que las personas tienen plena libertad para optar por una o otra forma de constitución de la institución familiar. 4.7. Conforme con el alcance reconocido a la familia, el propio artículo 42 le asigna a la sociedad y al Estado el deber de garantizar su protección integral, al tiempo que le asigna a la ley la función de regular, por una parte, las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo; y por la otra, lo referente a los efectos civiles de los matrimonios religiosos y de las sentencias dictadas por las autoridades religiosas que declaren su nulidad, así como también lo relacionado con la cesación de los efectos civiles de todos los matrimonios a través del divorcio. 4.8. La protección integral de que es objeto la institución familiar, cualquiera que sea la forma que ella adopte, es recogida y prodigada por la propia Constitución mediante la implementación de un sistema de garantías, cuyo propósito es reconocer su importancia en el contexto del actual Estado Social de Derecho y hacer realidad los fines esenciales de la institución familiar, entre los que se destacan: la vida en común, la ayuda mutua, la procreación y el sostenimiento y educación de los hijos. Tal como lo ha destacado esta Corporación,[5] ese ámbito de protección especial se manifiesta, entre otros aspectos, (i) en el reconocimiento a la inviolabilidad de la honra, dignidad e intimidad de la familia; (ii) en el imperativo de fundar las relaciones familiares en la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja y en respeto entre todos sus integrantes; (iii) en la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia, sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma; (iv) en el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para los hijos, independientemente de cuál sea su origen familiar; (v) en el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos que desea tener; y (vi) en la asistencia y protección que en el seno familiar se debe a los hijos para garantizar su desarrollo integral y el goce pleno de sus derechos”. Corte Constitucional, C-821 de 9 de agosto de 2005.

trataba de una familia que estaba disgregada, o de una familia fruto de diferentes relaciones de los padres –hermanastros, hermanos de crianza, por ejemplo-?), y de reconocer su existencia bien sea como un derecho prestaciones, o fundamental¹⁶⁹.

Ahora bien, respecto de los perjuicios morales en cabeza de los familiares de las víctimas con ocasión de la muerte y lesiones, por ejemplo, el juez contencioso administrativo debe observar que reconocida la existencia de los perjuicios morales teniendo en cuenta que con base en las reglas de la experiencia, se presume que, en las circunstancias en que ocurrió, para sus parientes inmediatos debió implicar un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad¹⁷⁰. Y se afirma que se trate de parientes cercanos, ya que dicha presunción, al no existir otro medio probatorio en el expediente, reviste sustento jurídico solamente respecto del núcleo familiar vital, esto es, aquel que se comprende dentro del mandato constitucional del artículo 42 de la Carta Política¹⁷¹.

Revisadas las pretensiones de la demanda, y tratándose de la muerte del agente de la Policía Nacional Héctor Latorre Zambrano, se encuentra acreditado el

¹⁶⁹ “Se discute igualmente en relación con el contenido y alcance de las medidas constitucionales de protección de la familia. En efecto, aquéllas se manifiestan en la necesaria adopción de normas legales, de actos administrativos, así como de decisiones judiciales, medidas todas ellas encaminadas a lograr y preservar la unidad familiar existente, al igual que brindar una protección económica, social y jurídica adecuada para el núcleo familiar. Estos son los propósitos, o la razón de ser de las normas jurídicas y demás medidas de protección previstas por el ordenamiento jurídico. Así mismo, se presenta una controversia acerca de si la familia puede ser considerada, en sí misma, un derecho fundamental o uno de carácter prestacional. De tal suerte que las medidas de protección de aquélla pueden ser comprendidas de manera diferente, dependiendo de si se entiende que familia es un derecho fundamental (de primera generación), o si, por el contrario, se ubica como un derecho de contenido prestacional. En efecto, si se entiende que “familia” es un derecho prestacional, entonces el Estado, según las condiciones económicas podrá establecer mayores o menores beneficios que proporcionen las condiciones para que las familias puedan lograr su unidad, encontrándose protegidas económica y socialmente. De igual manera, entraría a aplicarse el principio de no regresión, pudiéndose, en algunos casos, excepcionarse. Por el contrario, si se comprende a la familia en términos de derecho fundamental, entonces las medidas estatales relacionadas con aquélla serán obligatorias, no pudiendo alegarse argumentos de contenido económico para incumplirlas, pudiéndose además instaurar la acción de tutela para su protección. Finalmente, la tesis intermedia apunta a señalar que la familia como institución debe ser protegida por el Estado, en cuanto a la preservación de su unidad y existencia, presentando en estos casos una dimensión de derecho fundamental; al mismo tiempo, otros elementos, de contenido económico y asistencial, se orientan por la lógica de implementación y protección propia de los derechos prestacionales. En suma, de la comprensión que se tenga del término “familia” dependerá el sentido y alcance de los mecanismos constitucionales de protección”. Corte Constitucional, sentencia T-572 de 26 de agosto de 2009.

¹⁷⁰ Sección Tercera, sentencias del 18 de marzo de 2010, expedientes: 32651 y 18569.

¹⁷¹ Con lo que se da continuidad al precedente de la Sala según el cual: “En relación con el perjuicio moral, debe precisarse que la Sala en recientes pronunciamientos ha señalado que éste se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. En tal sentido, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que pone de manifiesto que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con el daño irrogado a uno de sus miembros”. Sección Tercera, sentencia de 26 de febrero de 2009, expediente 16727.

parentesco de Jessika Liliana Latorre Sánchez con el registro civil en su calidad de hija y el de la Señora Liliana Esperanza Sánchez Rosero con las testimoniales como su compañera permanente, lo que lleva a la Sala a tener por demostrado el perjuicio moral en cabeza de las demandantes con ocasión de la muerte del padre y compañero, lo que aplicando las reglas de la experiencia hace presumir que la muerte en las circunstancias violentas en las que ocurrieron, hacen presumir que los parientes cercanos (que conforman su núcleo familiar) debieron afrontar un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad.

Ahora bien, acreditado el reconocimiento de los perjuicios morales, la Sala debe examinar la liquidación de los perjuicios para lo que, en principio, sí cabe exigir una mínima carga probatoria a los demandantes que permitan al juez, dentro de su arbitrio judicial, determinar la cuantía a indemnizar.

8.1.2. Liquidación de los perjuicios morales.

La Sala para el caso concreto, dentro del acápite de los hechos probados, logra establecer (prueba testimonial y dictamen médico forense) para la tasación y liquidación de los perjuicios morales causados a las víctimas, una serie de criterios objetivos, para lo que se analiza, valora y aprecia el dictamen médico legal practicado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses PF-C: 089-01 PTP, que no fue objetado por la entidad demandada en su oportunidad procesal, en el cual se dictaminó en el caso de Liliana Esperanza Sánchez Guerrero lo siguiente:

“De lo anterior se desprende entonces, que la examinada, presenta un trastorno mental a raíz de una experiencia emocionalmente perturbadora (...). Frente al Dictamen PF-C:090-01 PTP practicado a Jessika Liliana Latorre Sánchez en su momento se dictamino:

“se encuentra entonces a una niña quien se vio sometida a una experiencia emocionalmente perturbadora consistente en haber presenciado el asalto al puesto de policía donde trabajaba su padre y luego, al irlo a buscar, encontrarlo muerto. A partir de allí, la niña presenta alteraciones en el dormir, pesadillas frecuentes, escasa actividad social para su edad, regular rendimiento académico, dificultad para adaptarse a la situación general de la vida.

En este caso, si bien la evaluada no presenta alteraciones intelecto cognitivas, se encuentra una disfunción afectiva que data desde la muerte de su padre, la cual se ha mantenido debido a que no ha recibido ayuda psicoterapéutica que le permita elaborar el duelo y encontrar expectativas vitales sanas, amen que se esta presentando una situación simbiótica con su madre quien tampoco se

encuentra en buenas condiciones de salud mental. De allí que es prioritario que tanto la evaluada como su madre se sometan a manejo psicoterapéutico que les permita superar el daño psíquico que poseen.”

Así mismo, la Sala analiza, valora y aprecia el informe de seguimiento escolar de la menor Jessika Liliana Latorre realizado por la Dirección de Bienestar Social de la Policía Nacional, Colegio Nuestra Señora de las Lajas en cabeza de la orientadora escolar de esta institución el cual fue remitido mediante oficio No 242 grusan denar por el jefe Grupo de Sanidad de la policía del Departamento de Nariño. (fl. 20, 23, 24, 25 c2) en donde se diagnostica:

“presenta algunas actitudes verbales y no verbales que no van de acuerdo a su etapa de desarrollo, debido a la sobreprotección por parte de la madre, desde el mismo momento en que falleció su padre, la madre se refugio totalmente en la niña, duplicando el dolor de su madre y el de si misma”.

Lo que lleva a concretar la existencia de los perjuicios morales en cabeza de las dos actoras. Ahora bien, con base en los criterios objetivos y las reglas de la experiencia, la Sala procede a establecer que en las circunstancias en que ocurrieron los hechos, los parientes cercanos debieron afrontar un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad¹⁷². Se recaudaron, además entre otros, el testimonio rendido por Félix Antonio Chamorro Tobar, en el que afirmó,

“(sic) si conozco, a la señora LILIANA SANCHES GUERRERO la conozco hace 9 años desde 1992 aproximadamente, la conocí en el Municipio de Córdoba Nariño, en el momento trabajaba para la Policía, vivía con el señor agente HECTOR LATORRE ZAMBRANO, en Córdoba Nariño la conocí, en ese momento me parece estaba en embarazo de la niña YESSICA LILIANA, luego salió trasladada a la ciudad de Ipiales, ellos Vivian juntos tenían arrendada una casa en Córdoba y luego salió trasladado a la ciudad de Ipiales, ellos Vivian juntos tenían arrendada una casa en Córdoba y luego en Ipiales, después fue trasladado a varios sitios del Departamento entre ellos Barbacoas donde falleció El, la compañera lo acompañaba y andaba con el a todas partes le celebraba su cumpleaños, el día de la madre, el cumpleaños de la niña. La señora estaba a cargo del hogar hasta cuando murió el, ellos dependían económicamente de El” (fls.29 c2).

En su testimonio Ana Lucia Burbano, manifestó que,

“(…)(sic) conozco a la señora LILIANA SANCHES GUERRERO desde hace 8 años, en Ipiales yo en ese tiempo estaba viviendo con el papa de mi hijo JOSE PORTILLA ARGOTY quien era agente de la policía, Liliana era la esposa del agente LATORRE quien era también de la Policía, el me la presento como esposa me dijo que ella era la que lo cuidaba a El a la niña YESICA

¹⁷² Sección Tercera, Sentencias del 18 de marzo de 2010, Expedientes: 32651 y 18569 M.P. Enrique Gil Botero

LATORRE SANCHEZ, según como vió (sic) yo el era bueno con ella, era muy responsable le celebraba el día de la madre, le celebraba los cumpleaños era un buen esposo, no se cuales eran los ingresos, pero el cuando recibía el sueldo la llevaba a hacer sus compras, en Ipiales permanecieron mas o menos dos años, luego lo trasladaron a PUIALES, luego a CORDOBA, luego los trasladaron a PUIALES donde también vivimos juntos, convivían bajo el mismo techo, como esposos, la pareja y la niña YESICA, ellos eran un hogar bien daban ejemplo a la niña, después supe por el mismo agente LATORRE que lo habían trasladado a LINARES donde Vivian con la señora y la niña, luego me conto que lo habían trasladado al PEDREGAL donde llevo también a su esposa y la niña, DONDE IBA LAS LLEVABA CONSIGO, después de un tiempo supe que A LATORRE lo habían trasladado a BARBACOAS, un mes antes de la tragedia me lo encontré aquí en pasto le pregunte por LILIANA y me dijo que ella vivía con el allá, que no la dejaba(...) me entere por la televisión y por mi compañero que mataron al agente LATORRE y me conto que LILIANA también estaba en BARBACOAS y que se encontraba mal psicológicamente, me contó mi marido que la fue a ver a LILIANA que estaba en mal estado, estaba en el Hospital Deptal (sic) donde habían traído el cadáver del agente LATORRE. (...)moralmente y psicológicamente esta trastornada ella llora mucho, se desespera se la pasa hablando de el de lo bueno que fue su esposo...”. (fl.30 c2).

Además de encontrar configurada la presunción de aflicción de los demandantes a partir de los respectivos registros civiles de nacimiento, con los que se prueba el parentesco, la Sala para el caso concreto, dentro del acápite de los hechos probados, logra establecer (prueba testimonial) para la tasación y liquidación de los perjuicios morales causados a las víctimas, que con ocasión de los hechos ocurridos el 6 de junio de 1997, que Hector Latorre Zambrano tenía una familia un hogar familiar integrado por sucompañera permanente e hija. Que las relaciones tanto con su hogar eran de cercanía, afecto mutuo, con su compañera permanente y su hija, con las que tenía un vínculo intenso, incuestionable y expresado en los testimonios, que les produjo falta de tranquilidad, desespero, desasosiego por la pérdida del padre, del compañero, de la cabeza de la familia. Así mismo debe tenerse en cuenta, la singularidad de cada familia, la posición del agente de la Policía Nacional en el núcleo familiar y la depresión, tristeza, o desasosiego que pudo haber producido su muerte.

Con base en la anterior motivación, se liquidará por perjuicios morales de la siguiente manera:

Circunstancias del caso y sujetos a indemnizar	Criterios y cuantificación
Se trata de muerte de Agente de la Policía Nacional con ocasión de ataque perpetrado por grupo armado insurgente en el marco del conflicto armado interno.	a) circunstancias de cada caso; b) “presunción de aflicción” (que no es de “iure”); c) que las relaciones tanto con su hogar eran de cercanía, afecto mutuo, con su compañera permanente

	y su hija, con las que tenía un vínculo intenso, incuestionable y expresado en los testimonios, que les produjo falta de tranquilidad, desespero, desasosiego por la pérdida del padre, del compañero, de la cabeza de la familia. d) se acreditó, mínimamente, el grado de afectación y la estructura de la relación familiar de las víctimas. e) cabe ponderar la intensidad del daño por la vulneración propiamente dicha de los derechos humanos comprometidos y las garantías del derecho internacional humanitario con ocasión del ataque armado (vulneración del derecho a la vida, a la integridad y al principio de la dignidad humana)
Núcleo familiar inmediato (esposo –a-, compañero –a-, hijos, padres)	50 a 100 smlmv cuando opera la presunción de aflicción y se tiene acreditados más de dos criterios
Núcleo familiar inmediato (esposo –a-, compañero –a-, hijos, padres)	20 a 60 smlmv cuando opera la presunción de aflicción y se tiene acreditados por lo menos uno de los criterios (se trata de circunstancias de lesión leve o muy leve)
Otros integrantes de la familia (hermanos, abuelos)	25 a 50 smlmv cuando opera la presunción de aflicción y se tiene acreditados más de dos criterios
Otros integrantes de la familia (hermanos, abuelos)	10 a 40 smlmv cuando opera la presunción de aflicción y se tiene acreditado por lo menos uno de los criterios (se trata de circunstancias de lesión leve o muy leve)
Otros familiares colaterales (primos, sobrinos) y no familiares (cuñados, suegros)	5 a 10 cuando opera la presunción de aflicción y se tiene acreditados más de dos criterios
Otros familiares colaterales (primos, sobrinos) y no familiares (cuñados, suegros)	1 - 5 smlmv cuando opera la presunción de aflicción y se tiene acreditado por lo menos uno de los criterios (se trata de circunstancias de lesión leve o muy leve)

Luego, examinados los medios probatorios, la Sala encuentra que procede la siguiente liquidación de los perjuicios morales a favor de Liliana Esperanza Sánchez Guerrero (compañera permanente), y de Jessika Liliana Latorre Sánchez (hija), la que debe corresponderse con el máximo a indemnizar por concepto de perjuicios morales ya que se encuentra acreditados los siguientes criterios objetivos: a) las circunstancias especiales en que murió violentamente el agente Latorre Zambrano y cómo su compañera permanente e hija presenciaron los hechos y el estado en el que encontraron al agente permiten denotar la profunda

tristeza, desolación y aflicción que debieron padecer; b) opera la “presunción de aflicción” (que no es de “iure”); c) que las relaciones tanto con su hogar eran de cercanía, afecto mutuo, con su compañera permanente y su hija, con las que tenía un vínculo intenso, incuestionable y expresado en los testimonios, que les produjo falta de tranquilidad, desespero, desasosiego por la pérdida del padre, del compañero, de la cabeza de la familia. d) se acreditó, mínimamente, el grado de afectación y la estructura de la relación familiar de las víctimas. e) cabe ponderar la intensidad del daño por la vulneración propiamente dicha de los derechos humanos comprometidos y las garantías del derecho internacional humanitario con ocasión del ataque armado (vulneración del derecho a la vida, a la integridad y al principio de la dignidad humana), ya que la muerte del agente Latorre Zambrano en las condiciones acreditadas, representó para sus familiares la afectación a dignidad, a su derecho a la familia, a su tranquilidad y a su libertad de vida. Por todo lo anterior, la Sala encuentra que confirmando el máximo otorgado por el a quo, pero determinando la misma con base en el valor de un salario mínimo legal mensual vigente para la fecha (\$589.500.00, certificado por el DANE), la liquidación de los perjuicios morales debe quedar de la siguiente manera

Demandante	Salarios mínimos legales mensuales vigentes	Equivalencia en moneda legal colombiana
Liliana Esperanza Sánchez Guerrero	100	\$58.950.000.00
Jessika Liliana Latorre Sánchez	100	\$58.950.000.00

8.2 La reparación por vulneración de bienes constitucionales

Por la singularidad del caso, la Sala encuentra necesario reconocer y determinar las medidas pecuniarias y no pecuniarias para resarcir o restablecer los bienes constitucionales afectados a la esposa e hija de la víctima, desde la perspectiva de su reconocimiento como mujer en el conflicto armado colombiano, y como mujer menor de edad en la misma situación.

8.2.1. Reconocimiento a la mujer en el conflicto armado colombiano.

El conflicto armado en Colombia ha generado múltiples impactos en la sociedad, tanto en hombres como en mujeres, pero es indiscutible que los efectos entre unos y otros tienen ciertas diferencias¹⁷³. Pudiéndose casi afirmar que la violencia armada se vive de manera diferente cuando se es mujer. En efecto la corte constitucional ha manifestado de manera reiterada que *“las mujeres sufren un impacto diferencial de la violencia armada en la medida en que, cuando se materializan los distintos peligros generales y específicos que se ciernen sobre ellas, las sobrevivientes deben afrontar nuevas responsabilidades, serios obstáculos y graves implicaciones psicosociales que por lo general no están en condiciones materiales ni emocionales de afrontar. Así, por ejemplo, las mujeres que han sido víctimas del asesinato de sus familiares no sólo deben experimentar el dolor propio de la pérdida, sino también las incertidumbres por el futuro, habiendo dejado atrás sus pertenencias y su patrimonio, llegando a entornos desconocidos y con responsabilidades nuevas que a su turno les imponen serias cargas emocionales y anímicas”*¹⁷⁴.

De lo anterior se concluye que el impacto diferenciado de la violencia que experimentan las mujeres en razón de su género va ligado directamente a la vulnerabilidad a la que está expuesta la mujer en medio del conflicto y con posterioridad a éste¹⁷⁵, como quiera que el mismo las obliga a asumir roles que antes no desempeñaban, imponiéndoseles cargas adicionales a las que normalmente asumían. Es importante destacar como la mujer saca adelante sus hogares aun a pesar del rompimiento de sus estructuras funcionales originales, donde muchas veces no solo está ausente la figura del padre sino también de varios miembros de un mismo hogar. El carácter diferencial de la violencia viene dado no en razón del género como tal, sino en razón de las diferencias en la forma

¹⁷³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Las Mujeres Frente A La Violencia Y La Discriminación Derivadas Del Conflicto Armado En Colombia, 2006. “La CIDH ha manifestado reiteradamente que tanto los hombres como las mujeres colombianas que hacen parte de la población civil, ven sus derechos menoscabados dentro del conflicto armado colombiano y sufren sus peores consecuencias. Sin embargo, a pesar que los dos sufren violaciones de sus derechos humanos y cargan con las consecuencias del conflicto, los efectos son diferentes para cada uno. La fuente de esta diferencia es que las mujeres colombianas han sufrido situaciones de discriminación y violencia por el hecho de ser mujeres desde su nacimiento y el conflicto armado se suma a esta historia ya vivida. Para las mujeres, el conflicto armado es un elemento que agrava y perpetúa esta historia. La violencia y discriminación contra las mujeres no surge sólo del conflicto armado; es un elemento fijo en la vida de las mujeres durante tiempos de paz que empeora y degenera durante el enfrentamiento interno”.

¹⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-496 de 2008 Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁷⁵ Los actos de violencia, de vulneración y de degradación de los derechos de la mujer, sea en situación de conflicto armado o no, son protegidos por los artículos 1 y 2 de la Convención de Belém do Pará. A su vez, la Convención Americana de Derechos Humanos ha sido invocada por la Corte Interamericana para la protección de los derechos y garantías de las mujeres en los siguientes casos: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso González y otras (“Campo algodonero”); caso Fernández Ortega y otros vs. México, sentencia de 30 de agosto de 2010; caso Rosendo Cantú vs. México.

de afrontar la violencia para cada cual y en como las cargas que genera el conflicto sobre la mujer es mayor por cuanto en la mayoría de casos es la mujer quien se encarga de regenerar su tejido social.¹⁷⁶

Es necesario reconocer el impacto que la violencia ha causado en la vida de las mujeres dejándolas solas con la ausencia de sus familiares, cargando en ellas la desaparición, la muerte de sus compañeros, esposos. Lo cual ha conllevando a la desarticulación y desarraigo de los hogares por ellas constituidos, obligándolas a asumir la posición de madres cabezas de familia proveedoras del hogar sumando a ello la obligación de exigir una reivindicación de sus derechos vulnerados, de reparación, Justicia y verdad ante los actos de violencia de los cuales fueron víctimas directas o indirectas¹⁷⁷.

Es necesario para la sala, reivindicar el poder de la mujer en la historia del país¹⁷⁸ y reconocer que lejos de ser una víctima “victimizada”, la mujer, muy a pesar de las condiciones que le impone la sociedad y el conflicto armado, ha sido ejemplo de valentía y ha resistido con valor las diferentes condiciones a las que el conflicto la ha expuesto y como en muchos casos a través de su cotidianidad ha ayudado a garantizar las mínimas condiciones de vida digna de quienes le rodean sin importar el conflicto¹⁷⁹.

Ejemplo de estas condiciones fueron a las que estuvieron sometidas Liliana esperanza Zambrano y Jessica Liliana Latorre quienes se encontraban viviendo en el Municipio de Barbacoas y presenciaron el combate en donde perdiera la vida su compañero y padre. Así mismo la sala encontró probado en el proceso que la Señora Zambrano contribuyó con la policía proveyendo la alimentación para el personal destacado en el Municipio de Barbacoas sin importar el peligro al cual se veían expuestas ella y su hija. Esta función social no puede ser desconocida por la Policía quien tenía a su cargo esta obligación y quien solo se limitó a enviar

¹⁷⁶ Como es el caso de las *mujeres tejedoras de Mampujan* quienes a través del tejido han logrado una reivindicación de su comunidad frente a los actos de violencia. Convirtiendo las colchas en un tejido de memoria colectiva a través de los cuales exigen la reparación y se mantiene viva la historia de la comunidad.

¹⁷⁷ Aunque la mujer pueda no ser la víctima a causa del asesinato o de desaparición forzada, es una segunda víctima anónima ante la ausencia de sus familiares.

¹⁷⁸ La mujer ha participado en múltiples escenarios donde ha existido conflicto, entre ellos el movimiento de independencia en donde la participación de la mujer cumplió un papel no solo de benefactora, sino cumpliendo diversos roles de asistencia, cabe destacar la función de las “juanas” y de las mujeres del socorro Santander quienes participaron activamente en el movimiento de independencia. De igual manera la mujer estuvo presente en la guerra de los mil días y en la época de violencia bipartidista donde fue testigo del rompimiento de su hogares de la forma mas violenta y victima directa de la crueldad.

¹⁷⁹ La mujer ha sido activista de los derechos, no solo de su propio genero (como lo fue el movimiento de sufragistas a través del cual se exigía el reconocimiento de los derechos civiles de las mujeres) sino también reivindicado derechos sociales como es el caso de María Cano en los años 20 y de la lucha que lidero en busca del reconocimiento de derechos laborales para los trabajadores.

enseres de cocina a una estación que carecía incluso de agua potable y en donde los habitantes tenían prohibido proveer de cualquier alimento, bien o servicio a la policía.

El papel de la mujer no puede permanecer invisible para el Estado cuando ejerce labores humanitarias en la guerra por considerarse “socialmente” tales labores como propias de la mujer en desarrollo de las funciones de ama de casa. Pues está claro que las mismas constituyen una labor del más alto grado de reconocimiento no solo laboral, sino social. Así mismo quedo probado en el proceso que la labor de la señora Zambrano contribuyó a garantizar la calidad de vida de los agentes con un servicio básico como lo es la alimentación.

Por todo lo anteriormente expuesto y en reconocimiento de las mujeres como víctimas del conflicto armado ante el rompimiento de su estructura familiar¹⁸⁰, del dolor al que se vieron sometidas por la pérdida de su compañero, del desarraigo al que se vieron inmersas al haber tenido que abandonar el Municipio de Barbacoas, tras la toma guerrillera y por el cambio de rol al que se vieron inmersas ante los actos de violencia del conflicto armado, así como por la función social que desempeñó la señora Liliana Esperanza Zambrano y su hija en el Municipio de Barbacoas; la Sala encuentra necesario reconocer en la dimensión de los perjuicios inmateriales, y como componente de la reparación integral, la condena a favor de las demandantes de la indemnización por vulneración de los bienes constitucionales y convencionales (Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado) a la vida, a la construcción de una familia y a la dignidad de las mujeres por valor correspondiente a VIENTE (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes para LILIANA ESPERANZA SANCHEZ ROSERO

¹⁸⁰ El derecho a la protección de la estructura familiar, y su relación inescindible con los derechos y garantías de la mujer, no sólo encuentra sustento en el artículo 42 de la Carta Política, sino que su protección está reconocido convencionalmente en el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo alcance (según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos) “conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar (Cfr. Opinión Consultiva OC-17, *supra* nota 131, párr. 66; *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 01 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 141, y *Caso Chitay Nech, supra* nota 63, párr. 157). Por ende, la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho (Cfr. Opinión Consultiva OC-17, *supra* nota 131, párrs. 71 y 72; y 72; *Caso De la Masacre de las Dos Erres, supra* nota 127, párr. 187, y *Caso Chitay Nech y otros, supra* nota 63, párr. 157), pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales (Cfr. Opinión Consultiva OC-17, *supra* nota 131, párr. 7)”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Gelman vs Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011, apartado 125.

8.2.2 El reconocimiento a las niñas y niños víctimas en el conflicto armado colombiano.

El desarrollo del conflicto armado interno en el país ha marcado de manera negativa y reiterada la vida de niñas y niños, convirtiéndolos en víctimas silenciosas de la guerra. Éstos se enfrentan a la vivencia de múltiples escenarios que degeneran en limitantes al desarrollo de su personalidad, en el mejor de los casos, y en otros, en efectos psicológicos difíciles de superar, debido no solo a los hechos que presencian, sino también al rompimiento de las estructuras familiares y de su entorno social.

Estas estructuras son de gran importancia para el desarrollo de los menores. Por lo que cualquier afectación de las mismas constituye una vulneración a sus derechos, especialmente se vulnera los derechos reconocidos convencionalmente en la Convención de las Naciones Unidas para la protección de los derechos de los niños de 1989¹⁸¹ (artículo 38.1 y 38.4¹⁸²), 39¹⁸³ y el artículo 19¹⁸⁴ de la Convención Americana de Derechos Humanos. Es por esta razón que aun cuando en principio los menores sean víctimas indirectas de la violencia, esta condición cambia a la de víctima directa cuando se fractura su estructura familiar por el especial reconocimiento y protección que tienen las niñas y niños por su condición particular de vulnerabilidad¹⁸⁵.

Al respecto ha sostenido la Corte Constitucional que la “Constitución reconoce no sólo la índole fundamental de los derechos de los niños y niñas y su prevalencia

¹⁸¹ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

¹⁸² “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño (...) 4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado”.

¹⁸³ “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño”.

¹⁸⁴ “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

¹⁸⁵ La Corte ha establecido que los niños tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Su condición exige una protección especial debida por este último y que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona¹⁸⁵. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad¹⁸⁵. El Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad¹⁸⁵. Corte Interamericana De Derechos Humanos Caso Masacres De Río Negro Vs. Guatemala, sentencia de 4 de septiembre de 2012. Apartado 120.

sobre los derechos de los demás, sino también la protección de la cual deben ser objeto y el compromiso de la familia, de la sociedad y del Estado de asistir y protegerlos a fin de garantizarles su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. (...) *Ese particular reconocimiento y protección se justifica en cuanto se trata de una población vulnerable, frágil, que se encuentra en proceso de formación y como tal se hace merecedora de una atención especial. Las razones de esa protección, según ha manifestado la Corte, son: “i) el respeto de la dignidad humana que, conforme a lo previsto en el Art. 1º de la Constitución, constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho colombiano; ii) su indefensión o vulnerabilidad, por causa del proceso de desarrollo de sus facultades y atributos personales, en su necesaria relación con el entorno, tanto natural como social, y, iii) el imperativo de asegurar un futuro promisorio para la comunidad, mediante la garantía de la vida, la integridad personal, la salud, la educación y el bienestar de los mismos”.*¹⁸⁶

Considera la sala prudente señalar, que estas repercusiones causadas en los niños y niñas víctimas del conflicto armado les deja consecuencias a largo plazo en su desarrollo social. Y que este tipo de daños no pueden desconocerse toda vez que los menores son sujetos de especial protección constitucional¹⁸⁷, más aun cuando se tienen en cuenta las consecuencias nefastas del conflicto.

En tal sentido la sala encuentra probada la vulneración a las garantías de las cuales son titulares los niños con ocasión del conflicto¹⁸⁸. En el caso que nos ocupa de Jessika Liliana es así, por cuanto la menor no solo presencié la toma del municipio de Barbacoas, en donde evidenció la crueldad de la guerra al ver a su padre víctima de múltiples impactos de bala propinados por el grupo insurgente, entre ellos un disparo a corta distancia en la cabeza, el cual le ocasionó la muerte;

¹⁸⁶ Corte Constitucional, sentencia C-172 del 2 de marzo de 2004. Magistrado ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁸⁷ Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959 y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. Convención sobre los Derechos del Niño, A.G. res. 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 167, ONU Doc. A/44/49 (1989), *entrada en vigor* 2 de septiembre de 1990.

¹⁸⁸ Art 38. Ningún niño que no haya cumplido los 15 años de edad deberá participar directamente en hostilidades o ser reclutado por las fuerzas armadas. *Todos los niños afectados por conflictos armados tiene derecho a recibir protección y cuidados especiales.* Art 39. *Es obligación del Estado tomar las medidas apropiadas para que los niños víctimas de la tortura, de conflictos armados, de abandono, de malos tratos o de explotación reciban un tratamiento apropiado, que asegure su recuperación y reintegración social.* (subrayado fuera de texto). Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño.

sino que también ha sido víctima del rompimiento de su estructura familiar,¹⁸⁹ como consecuencia de la cual no solo ha sufrido repercusiones ante la desaparición del padre sino de los daños psicológicos ocasionados en la madre, que tal como lo señala el informe de medicina legal han generado una “relación simbiótica” dañina tanto para la madre como para la hija por la repercusión del dolor y tensión de la primera sobre la menor, llegando a repercutir incluso en su entorno social y escolar.

8.3 Perjuicios materiales.

8.3.1 Lucro cesante.

En la demanda se solicitó el reconocimiento de lucro cesante por un valor de sesenta y cinco millones cincuenta y un mil seiscientos treinta y dos mil pesos M/C (\$65.051.632) para LILIANA ESPERANZA SANCHEZ GUERRERO, en calidad de compañera permanente del difunto y como representante legal de su hija menor de edad JESSIKA LILIANA LATORRE SANCHEZ, correspondiente a las sumas que dejó de percibir por su muerte prematura e injusta y, por todo el resto de la vida probable que le quedaba, teniendo en cuenta la edad en que murió y la esperanza de vida del mismo.

Respecto de la señora Liliana Esperanza Sánchez Guerrero, se tiene acreditado que convivía con el señor Héctor Latorre Zambrano de acuerdo con los testimonios recepcionados, entre ellos los de Feliz Antonio Chamorro Tobar, Liliana Esperanza Sánchez Guerrero, en los cuales se puede verificar claramente que el dinero que devengaba el señor Latorre Zambrano como agente de policía, era destinado para el hogar, especialmente para la compañera e hijos. Así mismo, se encuentra acreditado que la menor era hija del fallecido, de acuerdo con el registro civil de nacimiento obrante en el proceso y que para la época de los hechos, llevaban varios años de convivencia y dependían económicamente de éste, tal como lo corrobora las declaraciones contenidas en el acervo probatorio.

¹⁸⁹ *Recordando* que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales, *Convencidos* de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, *Reconociendo* que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Preámbulo Convención sobre los Derechos del Niño, A.G. res. 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 167, ONU Doc. A/44/49 (1989), *entrada en vigor* 2 de septiembre de 1990.

Ahora bien, la sentencia del Tribunal de primera instancia al efectuar la liquidación tomó el salario correspondiente a (\$557.622.40), el cual procedió a actualizar y luego a dividir en dos, considerando que el cincuenta por ciento (50%) del mismo era destinado para gastos personales del causante; el otro cincuenta por ciento (50%), lo dividió en dos, la mitad para la compañera permanente y la otra mitad para la hija, teniendo en cuenta que para ésta última su liquidación se efectuó hasta que la menor cumpliera la mayoría de edad. Con base en ello se procedió a liquidar y reconocer perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante consolidado y futuro para la compañera permanente y lucro cesante consolidado en favor de la menor.

Pese a ello, la parte demandante solicitó en el recurso de alzada que el porcentaje de liquidación fuera modificado y se liquidara sobre el 75% de los ingresos, en atención a la posición reiterada del H. Consejo de Estado en efectuar las liquidaciones sobre dicho porcentaje. Así mismo, indicó que en la liquidación debía incluirse la totalidad de los ingresos y no únicamente el salario básico mensual.

La Sala, analizando el escrito de demanda en los fundamentos fácticos, encuentra que el apoderado de la parte actora expresó lo siguiente:

8º. Dependían económicamente del señor HÉCTOR JESUS LATORRE ZAMBRANO, su hija JESSIKA LILIANA LATORRE SANCHEZ y su compañera permanente LILIANA ESPERANZA SANCHEZ GUERRERO, personas que sufrieron mengua en sus condiciones de vida por la muerte de su padre y compañero permanente, pues él les brindaba ayuda en proporción al 50% de sus ingresos, ya que su compañera estaba dedicada de tiempo completo al hogar y al cuidado de su hija; por ello carecían y carecen de ingresos para su subsistencia; pues ningún componente de la familia, ayuda al sostenimiento de la viuda y la niña huérfana". (Fl. 5 C.1)

9º. A reclamar el lucro cesante, por la muerte de HÉCTOR JESUS LATORRE ZAMBRANO, se ha presentado, dentro del proceso No. 213, adelantado por HÉCTOR LATORRE ACOSTA y otros FRENTE A LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, su padre HÉCTOR LATORRE ACOSTA sobre el 50% que el difunto dedicaba a su congrua subsistencia, sin embargo, del 50% que la ley determina como alimentos congruos para los alimentarios, corresponde a la hija menor del difunto JESSIKA LILIANA LATORRE SANCHEZ y su compañera permanente LILIANA ESPERANZA SANCHEZ GUERRERO. (Fl. 6 C.1)

Por su parte, en el acápite de la estimación razonada de la cuantía, sostuvo la parte accionante lo siguiente:

"LUCRO CESANTE: Teniendo en cuenta que el señor HÉCTOR JESUS LATORRE ZAMBRANO, percibía un salario mensual de \$559.702.40, la

base de liquidación de lucro cesante es del 50% de sus ingresos o sea la suma de \$279.851. (Fl. 7 C.1)

Conforme a lo anterior, observa la Sala Plena que en este evento el *a quo* liquidó los perjuicios materiales en la modalidad del lucro cesante con base en la petición hecha por la parte demandante, esto es, teniendo en cuenta que el causante destinaba el 50% de lo que devengaba para su propia subsistencia. Ahora bien, si lo que se pretende es incrementar el porcentaje de valor que le correspondería a las demandantes, se estaría incurrido en una modificación de la causa *petendi* expuesta en el libelo demandatorio. En estos eventos, el estudio de la controversia jurídica y la decisión del juez encuentra límites en las pretensiones y fundamento fácticos de la demanda, sin que sea jurídicamente viable modificar la causa *petendi* al introducir nuevos hechos o argumentos de forma extemporánea, que lo es siempre que se hace en oportunidad diferente a la legalmente prevista para la modificación, adición o corrección de la demanda¹⁹⁰.

Desconocer lo anterior, implica violar el principio de congruencia. Y tampoco es posible tener en cuenta los argumentos diferentes a los plasmados en la demanda y expuestos por el apelante en su recurso, con el fin de fabricar otras pretensiones, pues ello quebrantaría además los derechos fundamentales al debido proceso y al derecho de defensa que tiene el demandado, que fue vinculado para responder por los hechos de la demanda y no por otros¹⁹¹.

Ahora bien, la parte demandante alega que el *a quo* no tuvo en cuenta el total de los ingresos que el causante devengaba, pese a ello, se observa que a folio 133 del cuaderno No. 2 obra como total devengado por el señor LATORRE ZAMBRANO un valor de \$557.622.40, valor que se tomó para efectuar la correspondiente liquidación.

Con fundamento en lo anterior, se concluye que no se accederá a la pretensión contenida en el recurso de apelación consistente en que se proceda a la liquidación sobre el 75% por las razones expuestas. Pese a ello, se procederá verificar IPC para actualizar el valor devengado, así como la aplicación de la

¹⁹⁰ Posición que puede observarse en sentencia de la Subsección C de 19 de octubre de 2011, expediente: 20083.

¹⁹¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias de 18 de marzo de 2004. Exp: 14.733 CP María Elena Giraldo Gómez; 25 de marzo de 2004. Exp: 26.071. CP María Elena Giraldo Gómez; junio de 2005. Exp: 15.537. CP María Elena Giraldo Gómez; y de 28 de julio de 2005. Exp: 15.492. CP María Elena Giraldo Gómez.

presunción establecida en favor de los hijos hasta los 25 años¹⁹², en atención a que el Tribunal de primera condenó hasta que la menor cumpliera los 18 años, es decir, la mayoría de edad.

Por lo tanto, la liquidación se ajustará de la siguiente manera:

Se encuentra acreditado que el señor Héctor Latorre Zambrano, de acuerdo con el certificado de sueldo remitido por la Policía Nacional (fl.133 c2.) para el mes de junio de 1997 devengaba \$557.622.40. Por su parte, según el registro civil de nacimiento del señor Héctor Latorre Zambrano (fl.100 c2), se sentó como fecha de nacimiento el 3 de enero de 1969, para la época de los hechos (6 de junio de 1997) tenía 28 años, 5 meses y 3 días, por lo tanto, la vida probable del mismo según las Tablas de Mortalidad expedidas por la entonces Superintendencia Bancaria (Resolución No. 0497 del 20 de mayo de 1997) era de 48.16 años.

Teniendo en cuenta lo anterior, se concederá a favor de la compañera permanente el lucro cesante desde la fecha de la ocurrencia de los hechos (6 de junio de 1997) hasta el día de la sentencia 17 de octubre de 2013, y para la hija, desde la época de los hechos hasta la edad en que cumpla 25 años.

Actualizado el valor devengado por el causante, se tiene como resultado lo siguiente

$$Ra = Rh. \quad \frac{I. \text{ final}}{I. \text{ Inicial}}$$

Donde: **Ra** = renta actualizada
Rh = renta histórica, 557.622.40 (salario devengado)
I. final = IPC correspondiente al mes de la liquidación. Último conocido, septiembre de 2013 (114,23)
I. inicial = IPC que corresponde al mes en que se causó el daño. Junio de 1997 (42,28)

Índice final - septiembre 2013 (114, 23)

¹⁹² En sentencia de 4 de octubre de 2007, expediente: 16058 se sostuvo que “(...) se modifica el criterio jurisprudencial que se tenía en relación con la presunción de manutención de los hijos hasta la mayoría de edad si no se acreditaba la escolaridad, desechando esta distinción, y dando por presumido que la condición de dependencia económica de aquellos respecto de los padres se mantiene hasta la edad de 25 años, con fundamento en los artículos 13 y 45 de la Constitución Política y en consideración además, a las reglas de la experiencia, siempre y cuando se acredite tal dependencia por cualquier medio probatorio (...)”.

$$Ra = Rh (\$557.622.40) \frac{\text{Índice inicial - junio/1997 (42,28)}}{\text{Índice inicial - junio/1997 (42,28)}} = \$1.506.556$$

El valor de \$1.506.556 se dividirá en dos, por una parte, el cincuenta por ciento (50%) se reconocía para los gastos personales del causante y el otros cincuenta por ciento (50%) se dividirá entre la compañera permanente y la hija. Por lo tanto, $\$1.506.556 / 2 = 753.278$. Este valor a su vez se divide en dos para un total de \$376.639 para cada una.

8.3.1.1. Lucro Cesante Consolidado

i) Lucro cesante consolidado para Liliana Esperanza Sánchez Guerrero (Compañera permanente)

- **El periodo consolidado** inicia desde la fecha de los hechos (6 de junio de 1997) hasta la fecha de esta sentencia (17 de octubre de 2013) es decir 196,36 meses
- **Ra:** \$376.639.

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

$$S = \$376.639 \frac{(1 + 0.004867)^{196,36} - 1}{0.004867} = \$123.386.826$$

ii) Lucro cesante consolidado para Jessika Liliana Latorre Sánchez:

- **El periodo consolidado** inicia desde la fecha de los hechos (6 de junio de 1997) hasta la fecha de esta sentencia (17 de octubre de 2013) Lo anterior por cuanto la menor nació el 4 de septiembre de 1993. Para la época de los hechos tenía 3 años, 9 meses y 2 días. Cumpliría los 25 años el 4 de septiembre de 2018, por tal razón se liquida este periodo.
- **Ra:** \$376.639.

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

$$S = \$376.639 \frac{(1 + 0.004867)^{196,36} - 1}{0.004867} = \$123.386.826$$

8.3.1.2 Lucro Cesante Futuro.

Se liquidará este periodo desde el día siguiente de la fecha de esta sentencia hasta la expectativa total de vida del señor Héctor Latorre Zambrano:

i) Lucro cesante futuro para Liliana Esperanza Sánchez Guerrero.

- El señor Héctor Latorre Zambrano nació el 3 de enero de 1969, para la época de los hechos tenía 28 años de edad, según las tablas de mortalidad proferidas por la entonces Superintendencia Bancaria la expectativa de vida equivale a 48,16 años que en meses son 577.92.
- Periodo futuro (n): 381.56 que se deriva de la resta entre los meses de la expectativa total de vida del señor Héctor Latorre Zambrano (577,92 meses) y el periodo consolidado (196.36 meses)
- Ra: \$376.639.

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

$$S = \$376.639 \frac{(1 + 0,004867)^{381,56} - 1}{0,004867 (1+ 0,004867)} = \$65.249.240.$$

ii) Lucro cesante futuro para Jessika Liliana Latorre Sánchez.

- Jessika Liliana Latorre Zambrano nació el 4 de septiembre de 1993 (tenía al momento de los hechos 3 año, 9 meses y dos días) cumpliría los 25 años de edad el 4 de septiembre de 2018.
- **Periodo futuro (n):** 58.56 meses que corresponden desde la fecha de la sentencia (26 de septiembre de 2013) hasta el 4 de septiembre de 2018, fecha en la cual cumple 25 años de edad.
- **Ra:** \$376.639

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

$$i(1+i)^n$$

$$S = \$376.639 \frac{(1 + 0,004867)^{58.56} - 1}{0,004867 (1 + 0,004867)} = \$19.151.117$$

De acuerdo con las fórmulas y la tasación realizada, a favor de la compañera permanente e hija de Héctor Latorre Zambrano, por concepto de lucro cesante (consolidado y futuro) habrá lugar a pagar una suma total de **\$331.174.009.00**, **distribuida así:**

A Liliana Esperanza Sánchez Guerrero la suma de	\$188.636.066
A Jessika Liliana Latorre Sánchez, la suma de	\$142.537.943

8.4 Daño a la salud

En la demanda se presentaron dos pretensiones indemnizatorias por concepto de perjuicio fisiológico. Este perjuicio, siguiendo la jurisprudencia reciente de la Sala Plena de la Sección Tercera, se encuadra dentro del daño a la salud¹⁹³.

¹⁹³ Ahora bien, en relación con el otrora denominado perjuicio fisiológico, redefinido en la actualidad como daño a la salud, la Sala Plena de la Sección Tercera en recientes providencias unificó su jurisprudencia para precisar, in extenso, lo siguiente: “(...) De modo que, el “daño a la salud” –esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica– ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.) para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos. “Se reconoce de este modo una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral. Es decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional. “Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readoptar la noción de daño a la salud, fisiológico o biológico, como lo hace ahora la Sala, pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona, como quiera que al haberlo subsumido en unas categorías o denominaciones que sirven para identificar perjuicios autónomos y que han sido reconocidos en diferentes latitudes, como por ejemplo la alteración a las condiciones de existencia (v.gr. Francia), se modificó su propósito que era delimitar un daño común (lesión a la integridad corporal) que pudiera ser tasado, en mayor o menor medida, a partir de parámetros objetivos y equitativos, con apego irrestricto a los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad (“El daño subjetivo o daño a la persona es aquél cuyos efectos recaen en el ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, desde la concepción hasta el final de la vida. Por la complejidad del ser humano, los daños pueden efectuar alguna o algunas de sus múltiples manifestaciones o “maneras de ser””. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos “El daño a la persona”, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pág. 71 y s.s). “En otros términos, un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia -antes denominado daño a la vida de relación– precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud. “Es así como la doctrina, sobre el particular señala: “**Hecha esta identificación, entre el daño corporal y el daño a la salud, vemos que también se identifica con el**

perjuicio fisiológico; terminología que impera en la doctrina francesa para referirse al daño en la esfera funcional, como sinónimo del daño a la integridad física y psíquica de la persona; se denomina así porque afecta, como decimos, la esfera funcional con independencia de la pérdida de rentas que pueda ocasionar. “Pero esta terminología es peligrosa porque se desliza hacia una realidad diferente. Como se ha precisado por la doctrina italiana, hay que matizar que, si bien a veces se utiliza como sinónimo del llamado daño biológico, la doctrina italiana más especializada, ha señalado que este último, es un concepto médico – legal, mientras que **el daño a la salud es un concepto jurídico, normativo, que se encuentra consagrado en el artículo 32 de la Constitución...**” (VICENTE Domingo, Elena “Los daños corporales: tipología y valoración”, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, Pág. 139). (Se destaca). “En esa perspectiva, se insiste, la noción de daño a la vida de relación que sirvió al Consejo de Estado para indemnizar los perjuicios inmateriales sufridos por el sujeto, diferentes al moral, no es más que un concepto que ya no es utilizado por la doctrina y jurisprudencia italianas, en la medida en que se ha reconocido independencia entre el perjuicio biológico o fisiológico –relacionado con la órbita psicofísica del individuo– y otros perjuicios que afectan valores, derechos o intereses de la persona que, en la actualidad, en Italia, serían indemnizados bajo la panorámica del daño existencial (v.gr. la tranquilidad del ser humano, la seguridad, las condiciones de existencia, entre otros) (“Allí se define el daño existencial [se refiere a la sentencia de la Sala Plena de la Corte de Casación Italiana No. 6572 del 24 de marzo de 2006] como todo perjuicio causado en el hacer no reditual del sujeto, susceptible de ser constatado de manera objetiva, que altera sus hábitos y su modo de relacionarse, induciéndolo a alternativas de vida distintas, que inciden en el despliegue y realización de su personalidad en el mundo exterior.” KOTEICH Khatib, Milagros “El daño extrapatrimonial”, en “Diritto Romano Comune e America Latina”, Universidad Externado de Colombia, Pág. 259). , sin que esta última categoría se encuentre lo suficientemente decantada en otras latitudes, razón para rechazar en esta instancia su adopción en el derecho colombiano, máxime si de manera reciente fueron proferidas cuatro sentencias de la Sección Unida (Sala Plena) de la Corte de Casación Italiana, en la que se recoge el daño existencial dado, precisamente, de la amplitud y falta de delimitación conceptual que implicaba (imposibilidad de objetivización) (Ver: Corte de Casación Italiana, sentencia del 24 de junio de 2008, publicada el 11 de noviembre de 2008, No. 26972). **“Desde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica** puesto que parten de confrontar, o mejor de un parangón entre la esfera individual y la externa o social; el primero en la carga relacional del sujeto (relaciones sociales) lo que llevó a que fuera considerado en Italia como un daño subjetivo, inequitativo e desigualitario –dado que una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, sin que eso suponga que deba indemnizarse diferente el daño–, y el segundo, por referirse a una alteración grave y significativa del proyecto de vida, es decir, a los planes y objetivos de la persona hacia el futuro. “Entonces, como se aprecia, el daño a la salud gana claridad, exactitud y equidad donde los precisados perjuicios la pierden, puesto que siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no sólo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que las mismas generan, razón por la que, sería comprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables, con lo que se conseguiría una sistematización del daño no patrimonial (Fruto del trabajo jurisprudencial en Italia, se llegó a establecer dentro de este orden que el concepto daño biológico agrupa entre otros: el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a la esfera sexual y el daño a la incapacidad laboral genérica, todo lo cual ha sido recogido y reconocido por la Corte Suprema de Casación de ese país. Ver entre otras, las sentencias: No. 2761 de 1990, 1341 de 1991, 11133 de 1990, 9170 de 1994, y 7262 de 1991). En otros términos, se insiste, en Colombia el sistema indemnizatorio está limitado y no puede dar lugar a que se abra una multiplicidad de categorías resarcitorias que afecten la estructura del derecho de daños y la estabilidad presupuestal que soporta un efectivo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, motivo por el que, se itera, cuando el daño se origine en una lesión psíquica o física de la persona el único perjuicio inmaterial, diferente al moral que será viable reconocer por parte del operador judicial será el denominado “daño a la salud o fisiológico”, sin que sea posible admitir otras categorías de perjuicios en este tipo de supuestos y, mucho menos, la alteración a las condiciones de existencia, categoría que bajo la égida del daño a la salud pierde relevancia, concreción y pertinencia para indemnizar este tipo de afectaciones. “En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica (Este estado de cosas no sólo deja la sensación de desorden, sino que también crea desigualdades entre víctimas, cuyos intereses aparecen, en igual medida, dignos de protección; así pues, el problema de fondo es el de establecer los límites, que deben ser “límites razonables”, determinados sí, en términos jurídicos.” CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 57). Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista. “De allí que no sea procedente indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que se deriva del daño a la salud, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que el daño a la salud se repara con base en dos componentes: i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada

proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada. “Así las cosas, el daño a la salud permite estructurar un criterio de resarcimiento fundamentado en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima “a igual daño, igual indemnización” (“En el histórico fallo 184 de 1986 la Corte Constitucional italiana afirmó que el criterio de liquidación que debe adoptarse para el resarcimiento del daño biológico “debe, de un lado, responder a una uniformidad pecuniaria de base (el mismo tipo de lesión no puede valorarse de manera diferente para cada sujeto) y, de otro, debe ser suficientemente elástico y flexible para adecuar la liquidación del caso concreto a la incidencia efectiva de la lesión sobre las actividades de la vida cotidiana, por medio de las cuales se manifiesta concretamente la eficiencia sicofísica del sujeto perjudicado.” ROZO Sordini, Paolo “El daño biológico”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 209 y 210). “En consecuencia, se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo. **“Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), sólo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios** –siempre que estén acreditados en el proceso –: “i) los materiales de daño emergente y lucro cesante; “ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal (“Se está en presencia de un nuevo sistema clasificatorio del daño que acepta la existencia de tres modalidades del mismo: los patrimoniales, los morales y el biológico. Diferenciándose el biológico en cuanto al moral en la medida en que el primero es la lesión en sí misma considerada, y otra diferente, son los sufrimientos, el dolor y los afectos que de dicha lesión se pueden derivar, lo que constituiría el efecto o daño moral; sin embargo, ambos hacen parte del daño no patrimonial, esto es, no susceptible de contenido económico.” GIL Botero, Enrique “Daño Corporal – Daño Biológico – Daño a la vida de relación”, pág. 10). “Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto. En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación. “Es decir, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, el daño a la salud surge como categoría autónoma y, por lo tanto, desplaza por completo denominaciones o tipos de perjuicios abiertos que han sido empleados en otras latitudes, pero que, al igual que en esta ocasión, han cedido paso al daño corporal como un avance jurídico que permite la reparación efectiva y objetiva del perjuicio proveniente de la lesión al derecho constitucional y fundamental a la salud. “Ahora bien, el hecho de sistematizar el daño a la salud (integridad corporal, psicológica, sexual, estética), mientras se deja abierta la estructura de los demás bienes o derechos jurídicos, garantiza un esquema coherente con los lineamientos conceptuales, teóricos y prácticos del resarcimiento del daño, como quiera que no se presta para generar una tipología paralela al daño a la salud que produzca los mismos efectos perjudiciales que acarrearán las nociones abiertas e indefinidas del daño a la vida de relación y de alteración a las condiciones de existencia. “En consecuencia, el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y aflictiva del ser humano; el daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona; y, por último, será oportuno que se analice la posibilidad por parte de esta Corporación –siempre que los supuestos de cada caso lo permitan– de que se reparen los demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima directa o de los perjudicados que logren acreditar efectivamente que padecieron ese daño autónomo e independiente, sin que quede cobijado por la tipología antes delimitada (v.gr. el derecho al buen nombre). La aplicación de esta tipología del daño garantiza la reparación estática y dinámica del perjuicio, esto es los efectos internos y externos, subjetivos y objetivos, individuales y colectivos que la lesión antijurídica o injusta desencadena en el sujeto y las personas que constituyen su entorno. “No obstante lo anterior, es preciso recalcar que en nuestro país no existe un sistema abierto y asistemático del perjuicio inmaterial, puesto que estos esquemas atentan contra el entendimiento del derecho de la responsabilidad, motivo por el cual, será la jurisprudencia de esta Corporación la encargada de definir la posibilidad de reconocer otras categorías o tipos de daños distintos al daño a la salud, pero siempre que el caso concreto permita la discusión y se afronte la misma a través de la búsqueda de una metodología coherente que contenga el abanico resarcitorio a sus justas proporciones sin que se desdibuje el contenido y alcance de la teoría del daño resarcible. “Esta es, precisamente, la importancia del daño a la salud, ya que como se ha explicado permite reconducir a una misma categoría resarcitoria todas las expresiones del ser humano relacionadas con la integridad psicofísica, como por ejemplo las esferas cognoscitivas, psicológicas, sexuales, hedonísticas, etc., lo que evita o impide que se dispersen estos conceptos en rubros indemnizatorios autónomos. “Así las cosas, el daño a la salud posibilita su reparación

Con relación a este concepto, observa la Sala que el *petitum* introductorio solicitó el reconocimiento e indemnización por concepto de “*DAÑO FISIOLÓGICO O “le préjudice d`agrément”*”, en la suma de 3.000 gramos de oro fino, para cada una de las demandantes.

Al abordar el daño a la salud se exige, sin duda, examinar dos cuestiones: que se trate de atentados o lesiones a la personalidad física, o a la integridad del cuerpo humano. Dicho daño, en su configuración inicial en el derecho comparado (en el derecho francés e italiano), impone, además, que su fundamento se encuentra en principios constitucionales tales como la i) dignidad, ii) igualdad, iii) libertad y, iv) solidaridad, como daño no patrimonial.

En segundo lugar, el daño a la salud se relaciona estrictamente con las manifestaciones de un bien jurídico reconocido constitucionalmente, aunque con alcance colectivo, como el de la “salud” (Artículo 49 C.P.), y tiene en cuenta que el fin último de dicho bien es el respeto por la “correcta expresión de la persona en la comunidad en donde vive y se desarrolla”. En el fondo, es el principio de la dignidad humana la que da el sustento principal en la construcción de este tipo de

considerado en sí mismo, sin concentrarse de manera exclusiva y principal en las manifestaciones externas, relacionales o sociales que desencadene, circunstancia por la cual este daño, se itera, gana concreción y objetividad en donde las categorías abiertas la pierden y, por lo tanto, permite garantizar los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad material.” (negritas del original). Sección Tercera, sentencias del 14 de septiembre de 2011, expedientes 19031 y 38222. De modo que, con las sentencias del 14 de septiembre de 2011, expedientes Nos. 38222 y 19031, se reconoció la relevancia de controlar la dispersión que se presentaba en la tipología del daño inmaterial en Colombia, para establecer un sistema de resarcimiento que atienda a la reparación de los derechos que se ven afectados con el daño antijurídico. En esa perspectiva, el daño a la salud sirve de contenedor para evitar la disgregación de varias nociones abiertas que hacían compleja la aplicación efectiva del principio de igualdad y de reparación integral (v.gr. daño a la vida de relación o la alteración a las condiciones de existencia (“(...) lo que no se puede tolerar es que el tratamiento diferenciado, que se deduce de la interpretación de las normas tradicionales de la responsabilidad, beneficie a aquellos que se encuentran en una situación de privilegio... Es evidente que la salud es uno de los aspectos de la condición humana en los que se revela como auspiciable una igualdad entre los coasociados, y de ahí que el principio se revele como fundamental en la materia; una persona que sufra una lesión debe tener, en lo posible, la oportunidad de seguir desarrollando su vida en igualdad de condiciones que los demás, afirmación de la que se desprende un corolario lógico: todo aquel que sufra una lesión igual a la de otra persona deberá tener, también una reparación igual.” CORTÉS, Édgar Ob. Cit., pág. 15 y 84). Por consiguiente, se acogió en los referidos pronunciamientos una visión de la reparación que no atienda única y exclusivamente a restablecer las expresiones o valoraciones externas al sujeto, ya que esta óptica reflejaría una comprensión netamente capitalista y monetarista del ser humano (“Entre nosotros se ha sugerido que quizá sería más correcto identificar el daño corporal y el daño a la salud. Se trata este último, de un concepto bastante novedoso, cuya creación proviene de la doctrina italiana que por tal entiende, el perjuicio que deriva de la lesión de uno de los derechos de la personalidad –la integridad física– y es susceptible de valoración económica independiente. Lo más positivo de esta nueva creación es el haber superado la anterior práctica jurisprudencial por la que la incapacidad se apreciaba y valoraba, en tanto en cuanto afectara a la capacidad de producir ganancias o riqueza, valoración conocida como el “método tradicional”... De aquí se desprende la autonomía del daño a la salud a nivel constitucional, cuya forma de protección es la tutela aquiliana. Lo que quiere decir que es un daño reparable en sí mismo, con independencia de sus posibles consecuencias pecuniarias... La independencia de la categoría del “daño a la persona en sentido estricto”, es una categoría que se une a las más conocidas de “lesiones de bienes o de derechos primarios, en cuanto son inherentes a la persona humana (el derecho a la vida, a la integridad física, al honor)”.

daño, cuyo tratamiento lleva a que se hayan estudiado soluciones uniformes, independientes de la causa del daño y de los beneficios económicos y/o materiales que pueda alcanzar la persona. Esto lleva a una especie de socialización del daño y de los perjuicios, ya que permite la disminución de las desigualdades sociales.

Así mismo, el daño a la salud pone en crisis la idea de relacionar los perjuicios con las necesidades materiales de la víctima. Por lo tanto, se trata de un daño que se vincula al bien de la salud “en sí mismo”.

Dicho lo anterior, no cabe menos que reiterar que el daño a la salud como “daño integrador y único” se encuentra representado por la lesión en la función vital y relacional del sujeto, lo que permite: i) la expresión de los principios de dignidad, de igualdad¹⁹⁴ y solidaridad (afirmación de la “justicia distributiva”¹⁹⁵), y; ii) afirmar, que a idéntica lesión, idéntico resarcimiento, sin perjuicio de ajuste personalizado.

De acuerdo con lo anterior y apoyados en la doctrina, se entiende el daño a la salud como “cualquier violación a la integridad psicofísica de la persona, susceptible de ser comprobada por parte del médico legal, que empeore el estado de bienestar de la persona lesionada, en cualquiera de las manifestaciones de su vida, y con independencia de su capacidad para producir réditos”¹⁹⁶.

Dicha definición exige considerar el alcance de la tutela del bien jurídico de la salud, que desde comienzos de los años noventa en el derecho comparado, especialmente, en el precedente jurisprudencial constitucional italiano se dijo que “el bien salud es tutelable [n]o sólo como interés de la comunidad, sino también y sobre todo como derecho fundamental del individuo... el menoscabo de la integridad psicofísica del sujeto lesionado constituye entonces un daño integralmente resarcible en sí mismo... La consideración de la salud como un bien y un valor persona, [i]mpone la necesidad de tomar en consideración el daño biológico, para los fines del resarcimiento, en relación con la totalidad de los

¹⁹⁴ Lo que hace que se preserve como tendencia un modelo de derecho de daños que favorece a la víctima, que busca la reparación de los “*sinsabores de la existencia humana*”. KOTEICH, Milagros. “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés”, en *Revista de derecho privado*. No.18, 2010. Como crítica puede verse FABRE-MAGNAN, M. *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi contrats*. París, PUF, 2007, p.123.

¹⁹⁵ KOTEICH, Milagros. “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés”, ob., cit

¹⁹⁶ CORTÉS, Edgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?*, ob., cit., p.132.

reflejos perjudiciales respecto de todas las actividades, las situaciones y las relaciones por medio de las cuales la persona se explica a sí misma dentro de su propia vida”¹⁹⁷ .

Debe la Sala reconocer que dentro del concepto de daño a la salud múltiples rubros indemnizatorios pueden encontrarse, lo que no puede considerarse como la afirmación de una potencial condena que permita la condena autónoma e independiente fundada en cada uno de tales rubros, sino que esta deberá reconocerse, tasarse y liquidarse de tal manera que tenga como límite la consideración como único el daño a la salud, y como condena la que se desprenda de lo que probatoriamente se acredite, sin perjuicio de singularizarlo en cada uno de los sub-perjuicios en los que puede hacerse consistir.

Ahora bien, para la tasación y reconocimiento del daño a la salud, la Sala en proveído reciente, puntualizó que “sí existe la forma de establecer criterios de valoración del daño a la salud, de manera concreta, de la siguiente forma: “1. El ámbito o espectro objetivo o estático del daño a la salud se determinará a través del arbitrio iuris, para lo cual se tendrá en cuenta la edad de la víctima y la gravedad de la lesión, lo cual permitirá emplear la regla de tres¹⁹⁸, al tener en cuenta que a la mayor incapacidad corresponde un valor máximo de cuatrocientos salarios mínimos mensuales vigentes, como lo ha hecho la jurisprudencia de tiempo atrás de manera uniforme¹⁹⁹. “2. En cuanto al contenido dinámico del daño a la salud, esto es, las particularidades o especificidades que ese perjuicio significa para cada víctima en particular (v.gr. no es lo mismo la pérdida de una mano para alguien que tiene como “hobbie” ir a cine, frente a alguien cuyo esparcimiento lo obtiene de tocar el piano o pintar cuadros. En este tipo de eventos, en los que la persona logre acreditar unas consecuencias particulares

¹⁹⁷ ITALIA. Corte Costituzionale, sentenza 18 luglio 1991.

¹⁹⁸ “Por lo anterior, y de conformidad con el acta de la junta médica laboral, en la que consta la amputación del brazo izquierdo a la altura del codo realizada a Sigifredo Salazar Ramírez, se hace evidente el daño a la salud, por el cual se le reconocerá por este concepto el valor de 264 salarios mínimos legales mensuales vigentes, de conformidad con los parámetros jurisprudenciales que han sido trazados sobre la materia, teniendo en cuenta la gravedad de la lesión y, por lo tanto, la magnitud del perjuicio que supone una significativa variación en el estado de salud del demandante principal, valor que resulta proporcional con la lesión sufrida, como quiera que en los casos en que las lesiones revisten mayor gravedad, como una incapacidad del 95 o 100% se ha concedido el equivalente a 400 salarios mínimos mensuales vigentes.” Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 29 de febrero de 2012, M.P. Enrique Gil Botero.

¹⁹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del: 14 de marzo de 2002, exp. 12.054, M.P. Germán Rodríguez Villamizar, 13 de diciembre de 2004, exp. 14722, Germán Rodríguez Villamizar, 5 de junio de 1998, exp. 11545 M.P. Juan de Dios Montes, 6 de mayo de 1993, exp. 7428, M.P. Julio César Uribe Acosta, 19 de octubre de 2007, exp. 30871, M.P. Enrique Gil Botero, 8 de julio de 2009, exp. 17960, M.P. Enrique Gil Botero, 1º de octubre de 2008, exp. 27268, M.P. Enrique Gil Botero, sentencias del 14 de septiembre de 2011, exps. 38222 y 19031, M.P. Enrique Gil Botero.

que harían más gravosa su condición al resultar afectado en su integridad psicofísica, el juez podrá incrementar, con base en el arbitrio iuris, la indemnización correspondiente al factor objetivo del daño a la salud. No obstante, se itera, no se podrá reconocer una suma superior a 400 SMMLV, pues este es el tope –sumado el ámbito estático y dinámico– del daño a la salud²⁰⁰. “Por consiguiente, el daño a la salud reviste una connotación bifronte, una estática u objetiva que garantiza la máxima “a igual afectación a la integridad psicofísica debe corresponder una idéntica o similar compensación del perjuicio”, y una perspectiva dinámica o subjetiva –que permite hacer realidad la igualdad material– debido a que en este componente se permite que el juez eleve en un preciso porcentaje la reparación por cuenta de las condiciones particulares de la víctima. “No se trata de reparar la vida relacional o social de quien sufre el daño (en el espectro dinámico), sino de reconocer un porcentaje adicional debido a situaciones particulares que hacen que para ese sujeto específico la afectación correspondiente sea más grave²⁰¹. “En síntesis, la reparación del daño a la salud exige la concreción de un sistema que respete los principios constitucionales de igualdad y de dignidad humana, sin que sea viable trasladar a la víctima la consideración o la acreditación de que considere el derecho a la salud como un valor en sí mismo, puesto que esta posibilidad riñe con los principios del derecho de daños, ya que serían los propios demandantes quienes tendrían la opción de incrementar –sin justificación alguna o dependiendo la visión capitalista del mundo– el quantum de la indemnización”²⁰².

Así las cosas, en el caso de autos la Sala encuentra plenamente acreditada la ocurrencia del daño a la salud en las demandantes Liliana Esperanza Sánchez

²⁰⁰ Según las recomendaciones del grupo de Tréveris que elaboró la recomendación a la Comisión, al Parlamento y al Consejo Europeo, nacido por iniciativa de la Comisión Jurídica del Parlamento Europeo, “(...) toda persona que haya sufrido un atentado a la salud debe, en virtud de los principios fundamentales de dignidad de la persona humana y de tutela de la salud, recibir una reparación; esa reparación debe ser diferente de la que recibirá la víctima por las pérdidas económicas sufridas por los daños que sólo son susceptibles de una valoración subjetiva; el principio de igualdad, entonces impone un tratamiento igualitario para las víctimas, que se logra con la valoración de carácter objetivo del daño, es decir con las bases que ofrece la ciencia médico legal, que puede crear tablas o baremos con grados de invalidez, a los que cada Estado podrá fijar un valor determinado; de todas formas, dice el documento, se insta a los Estados para dejen al juez un campo de apreciación equitativo para ajustar la reparación a las circunstancias propias del caso.” CORTÉS, Édgar Ob. Cit. Pág. 184.

²⁰¹ “Sin embargo, como sucede también en otras experiencias europeas, jurisprudencia y doctrina buscan identificar un criterio de liquidación que salvaguarde las exigencias de uniformidad de base, adecuación equitativa al caso concreto y previsibilidad. El uso del criterio de cálculo por puntos diferencial brinda una herramienta muy importante en este sentido. Luego, una tabla indicativa de sus valores, elaborada sobre la base de los precedentes liquidaciones judiciales ofrece una base de uniformidad indispensable para satisfacer el principio de paridad de tratamiento.” KOTEICH, Milagros La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés” en: Revista de Derecho Privado No. 10, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pág. 178 y s.s.

²⁰² Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente 22163.

Guerrero y Jessika Liliana Latorre Zambrano, cuyo estado de salud resultó aminorado a causa del daño antijurídico, por cuanto la muerte de Héctor Latorre Zambrano y la experiencia que les produjo su presencia en el lugar de los hechos incidió en su vida familiar, personal y productiva, produciéndoles una perturbación psíquica, todo lo cual queda acreditado en los testimonios y el Dictamen Médico Legal que obran dentro del expediente, según se observa:

- El dictamen practicado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses PF-C: 089-01 PTP en el cual se dictaminó en el caso de Liliana Esperanza Sánchez Guerrero lo siguiente :

“(...) edad: 39 años; reside: en San Juan de Pasto; ocupación: ama de casa; escolaridad: 3º de secundaria. (...) Técnicas empleadas: se estudia el proceso (cuaderno original), se evalúa a la ofendida, mediante examen clínico psiquiátrico convencional y se le aplica la escala de valoración de Hamilton para la depresión. (...) versión de los hechos por la examinada: osea, lo mato (sic) la guerrilla, pues o sea es culpable por el coronel y el señor teniente porque hubo un hostigamiento de que se iban a tomar el puesto y mandaron oficio para que manden refuerzo y mande munición y no hicieron caso y prácticamente combatieron solo ocho y los dejaron solos. Yo vivía allá en Barbacoas y yo fui testigo de todo lo que paso (sic) y yo vi todo y la niña también, desde eso nosotras estamos muy mal... hace un extenso relato de las circunstancias de vida previas al insuceso, señalando que cuando su esposo fue trasladado a Barbacoas, ella y su hija lo acompañaron. Se presento semanas antes de los hechos, un hostigamiento con tiroteo fueron unos quince minutos y se fueron; ese día no pasó nada. A partir de allí se produjo rechazo a su estada (sic) por parte de la población de dicho municipio: porque la gente estaba con la guerrilla y no nos arrendaban una pieza ni nos vendían alimentos, no ayudaban a la Policía. con esfuerzo lograron ubicar su vivienda frente al cuartel de la policía, el comando de la policía les envió una nevera y accesorios de cocina y ella era quien preparaba los alimentos tanto para la tropa como para su familia. El día de los hechos hubo un primer hostigamiento y después ya atacaron de verdad. Informa que después de dicha toma se trasladó a Pasto acompañando al cadáver de su esposo y de otros compañeros: y estoy moralmente mal, no tengo valor como para vivir, le pido a él que nos lleve a mi y a la niña...es difícil la soledad para mi...No se encuentra vinculada laboralmente, vive de la media pensión que me dan de el...me desespero, los sábados cada quince días así, nos reunimos con otras viudas, somos cuatro y hacemos paseos y nos ayudamos. Cada mes se realizan reuniones de las viudas con la psicóloga, somos como sesenta viudas, ella nos orienta, son reuniones con los niños también y nos hablan del duelo y salimos de allí como enfermas, salimos peor, a mi me hace eso mucho daño porque me hace acordar de todo lo que pasó otra vez y peor es eso en mi concepto...la psicóloga me dijo que no me iba atender más, que hable con el padre.(...)EXAMEN MENTAL: se trata de una mujer adulta bien presentada para su medio sociocultural; llega de manera puntual a la cita dada. Ingresa sola y por sus propios medios al consultorio, en donde guarda compostura, se la nota intranquila, con inquietud motora, lábil afectivamente, colabora al examen.7.2 Enfermedad Actual: La examinada refiere: desde que mi esposo murió he Estado muy mal, triste he cogido el vicio de estar llorando y fumando, se me alteran los nervios, se me entiesa el brazo; cuando estoy

sola me dan ganas como de morirme, tengo pensamientos de morirme con la niña, tengo que tomar droga para poder dormir, no soporto vivir sola no tengo valor para vivir, siento que ya no puedo hacer nada como antes y me la paso todo el tiempo con mi hija encerradas en la casa. Presenta alteraciones en el dormir con insomnio de conciliación, en ocasiones se despierta a la media noche, sobresaltada con crisis de nervios y desespero a salir. Presenta a partir de la muerte de su esposo un Estado de ansiedad, que se incrementa en ciertos momentos, labilidad afectiva, con tristeza, disminución del Estado de animo, llanto fácil, ideación prevalente de daño, soledad y desesperanza.(...)

7.5 Exámenes Complementarios. Durante la aplicación de la escala de valoración de Hamilton para la Depresión, se obtuvo una puntuación de 28 puntos, que en la escala de interpretación, se clasifica en un nivel de Depresión Severa. 8. DISCUSION: Nos encontramos así, con una mujer de 39 años quien hacia vida marital con un agente de policía quien fue muerto durante una toma guerrillera en el municipio de Barbaçoas. La evaluada vivía en un Estado de gran tensión emocional, con niveles de estrés altos y de temor permanente de ser atacados por elementos subversivos, quien fue testigo presencial de los hechos, puesto que se encontraba a pocos metros de la escena, a donde acudió acompañada de su hija tan pronto las condiciones de seguridad se lo permitieron, para constatar los destrozos realizados en la estación de Policía y al personal allí destacado, encontrando muerto a su esposo; todo ello le generó un impacto emocional muy severo.

A partir de esta experiencia emocionalmente perturbadora la evaluada presenta tristeza, sentimientos de minusvalía de soledad y abandono, llanto fácil, ideas recurrentes de minusvalía, de muerte, pérdida del interés a diversas actividades, incertidumbre sobre su futuro, insomnio, pesadillas frecuentes, terror nocturno, ansiedad somática, que señalan la presencia de un cuadro de depresión mayor reactivo y que surge de la no elaboración del duelo por la muerte de su esposo y de la adopción de estrategias ineficientes para afrontar esta situación, las cuales además, se están convirtiendo en un modelo inadecuado para su hija. No hay en el proceso constancia alguna sobre tratamiento psicológico recibido por la examinada, quien a su vez señala que ha asistido a reuniones conjuntas de todas las viudas y familiares en donde se les habla sobre el duelo, sugiriéndosele además que reciba ayuda por un sacerdote. Aspectos estos que no corresponden a un manejo terapéutico para la superación de la dificultad emocional que presenta; de allí que la evaluada debe ser sometida a un plan psicoterapéutico claro, estable, continuo, que incluya el apoyo familiar e institucional. De lo anterior se desprende entonces, que la examinada, presenta un trastorno mental a raíz de una experiencia emocionalmente perturbadora (...)". (subrayado fuera de texto).

Frente al Dictamen PF-C:090-01 PTP practicado a Jessica Liliana Latorre Sánchez en su momento se dictamino:

"Edad: 7 años, Reside en : San Juan de Pasto, Escolaridad: 2º de primaria (...)
VERSIÓN DE LOS HECHOS POR LA EXAMINADA: cuando estoy durmiendo sueño pesadillas, que mi papá esta muerto, que lo matan y dejan vuelto pedazos. A mi papa lo mataron cuando tenia tres años, yo vi a mi papa muerto.(...) 7.2 Enfermedad Actual: La menor refiere: cuando estoy durmiendo tengo pesadillas. Sueño todos los días desde que tenia seis años, antes dormía bien y no tenia pesadillas. Después de la muerte de su padre, evento que fue presenciado por la niña, presenta ansiedad, disminución de rendimiento académico, disminución en habilidades sociales, retraimiento,

malestar, trastornos en el dormir y en el soñar.(...)DISCUSIÓN: (...) se encuentra entonces a una niña quien se vio sometida a una experiencia emocionalmente perturbadora consistente en haber presenciado el asalto al puesto de policía donde trabajaba su padre y luego, al irlo a buscar, encontrarlo muerto. A partir de allí, la niña presenta alteraciones en el dormir, pesadillas frecuentes, escasa actividad social para su edad, regular rendimiento académico, dificultad para adaptarse a la situación general de la vida. En este caso, si bien la evaluada no presenta alteraciones intelecto cognitivas, se encuentra una disfunción afectiva que data desde la muerte de su padre, la cual se ha mantenido debido a que no ha recibido ayuda psicoterapéutica que le permita elaborar el duelo y encontrar expectativas vitales sanas, amen que se esta presentando una situación simbiótica con su madre quien tampoco se encuentra en buenas condiciones de salud mental. De allí que es prioritario que tanto la evaluada como su madre se sometan a manejo psicoterapéutico que les permita superar el daño psíquico que poseen.

Así mismo, se aportó como prueba el informe de seguimiento escolar de la menor Jessica Liliana Latorre realizado por la Dirección de Bienestar Social de la Policía Nacional, Colegio Nuestra Señora de las Lajas en cabeza de la orientadora escolar de esta institución el cual fue remitido mediante oficio No 242 Grusan Denar por el jefe Grupo de Sanidad de la policía del Departamento de Nariño. (fl. 20, 23, 24, 25 c2) en donde se diagnostica:

“Presenta algunas actitudes verbales y no verbales que no van de acuerdo a su etapa de desarrollo, debido a la sobreprotección por parte de la madre, desde el mismo momento en que falleció su padre, la madre se refugio totalmente en la niña, duplicando el dolor de su madre y el de si misma”.

En conclusión, la prueba testimonial apreciada y el dictamen médico forense, así como del informe del colegio, son elementos suficientes para establecer la existencia del daño a la salud, por lo cual la Sala procede a reconocer este perjuicio y procede a su tasación y liquidación.

8.4.1 Tasación y liquidación.

Conforme al precedente citado, el daño a la salud se repara con base en dos componentes, uno objetivo y otro subjetivo o dinámico, cuya valoración debe atender a los principios de reparación integral y equidad (artículo 16 de la Ley 446 de 1998) e igualdad, y observar los criterios técnicos actuariales²⁰³, de

²⁰³ Al respecto el artículo 178 del código Contencioso Administrativo (Dec. 01 de 1984) estableció que “la liquidación de las condenas que se resuelvan mediante sentencias de la jurisdicción en lo contencioso administrativo deberá efectuarse en todos los casos, mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia y cualquier ajuste de dichas condenas sólo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor”. En atención a lo cual la jurisprudencia de la Corporación ha fijado las

conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, postulados estos cuya importancia resulta de mayor relevancia cuando se trata de la indemnización de un perjuicio que, por la naturaleza de éste, no puede ser restitutoria ni reparadora, sino simplemente compensatoria, eventos en los cuales la jurisprudencia ha reconocido:

“En efecto, la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia. Se impone al juez, entonces, el ejercicio de una cierta discrecionalidad, que, sin embargo, debe encontrarse suficientemente razonada y fundada en las probanzas que, en el proceso, obren sobre la existencia del perjuicio y su intensidad. No se trata, en efecto, de una facultad arbitraria; por ello, en su desarrollo, debe buscarse también la garantía del principio de igualdad, lo que hace necesaria la comparación de la situación debatida con otras ya decididas, con fundamento en el análisis de los diferentes aspectos que determinan aquélla y éstas, dentro de los cuales deberá tomarse en cuenta, por supuesto, el valor real de la indemnización”²⁰⁴.

Bajo este propósito, la Sala ha determinado el contenido del elemento objetivo con base en la calificación integral de la invalidez, que debe constar en el dictamen emitido por la Junta de Calificación, que a su vez tiene en cuenta componentes funcionales, biológicos, psíquicos y sociales del ser humano, entendidos en términos de las consecuencias de la enfermedad, el accidente o la edad, y definidos por el Decreto 917 de 1999, esto es, bajo los conceptos de deficiencia, discapacidad y minusvalía :

“a) DEFICIENCIA: Se entiende por deficiencia, toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que pueden ser temporales o permanentes, entre las que se incluyen la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura del cuerpo humano, así como también los sistemas propios de la función mental. Representa la exteriorización de un estado patológico y en principio refleja perturbaciones a nivel del órgano.

b) DISCAPACIDAD: Se entiende por Discapacidad toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, producida por una deficiencia, y se caracteriza por excesos o insuficiencias en el desempeño y comportamiento en una actividad normal o rutinaria, los cuales pueden ser temporales o permanentes, reversibles o irreversibles, y progresivos o regresivos. Representa la objetivación de la deficiencia y por tanto, refleja alteraciones al nivel de la persona.

c) MINUSVALÍA: Se entiende por Minusvalía toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad que lo limita o impide para el desempeño de un rol, que es normal en su caso en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Se caracteriza por la diferencia entre el rendimiento y las expectativas del individuo mismo o del grupo al que pertenece. Representa la

indemnizaciones por perjuicios inmateriales en salarios mínimos, por cuanto en Colombia el salario mínimo legal mensual se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor.

²⁰⁴ Consejo de Estado, sentencia de 6 de septiembre de 2001, Exps. 13.232 y 15.646 (acumulados).

socialización de la deficiencia y su discapacidad por cuanto refleja las consecuencias culturales, sociales, económicas, ambientales y ocupacionales, que para el individuo se derivan de la presencia de las mismas y alteran su entorno”.

Definidos los criterios para calificar la invalidez, el dictamen debe otorgar unos porcentajes a cada uno de los componentes antes mencionados, cuya sumatoria equivale al 100% del total de la pérdida de la capacidad laboral, porcentaje al que necesariamente debe responder la indemnización que dentro del componente objetivo del daño a la salud se reconozca, para cuyo efecto se considera que en los casos en que la disminución de la capacidad laboral alcance el 100%, su valor indemnizatorio puede fijarse en la suma equivalente a 300 salarios mínimos legales mensuales.

Ahora bien, considerando que el referente normativo adoptado, es decir, el Decreto 917 de 1999, distribuye el porcentaje de incapacidad en los diferentes criterios de calificación de la invalidez, igualmente se propone distribuir la correspondiente indemnización en la siguiente proporción:

Criterios de calificación de la invalidez	Porcentaje máximo de pérdida de capacidad laboral (Dec. 917/99)	Monto límite sugerido
Deficiencia	50%	150 SMLMV
Discapacidad	20%	60 SMLMV
Minusvalía	30%	90 SMLMV
Total pérdida de la capacidad laboral	100%	300 SMLMV

Y por último, el segundo componente, esto es, el elemento subjetivo del daño a la salud, permitirá incrementar, con fundamento en el material probatorio, la sana crítica y las reglas de la experiencia, el quantum determinado en el aspecto objetivo, de manera que se atiendan las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada²⁰⁵, en cuyo efecto se sugiere como límite para los casos de mayor intensidad el equivalente a 100 SMLMV.

En conclusión, se estima oportuno destacar que la indemnización por concepto del daño a la salud, está compuesta de dos elementos, el primero de ellos (objetivo) con una valoración del 75%, esto es, hasta 300 salarios mínimos legales, de

²⁰⁵ Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031

conformidad con lo señalado en párrafos precedentes, y el segundo (subjetivo o dinámico), correspondiente al 25% de la esta indemnización, el cual se reconocerá cuando las pruebas den lugar a ello, ascendiendo al monto de 100 salarios mínimos.

En síntesis, la Sala ha dispuesto que para la tasación y liquidación del daño a la salud se estudien las vertientes objetiva y subjetiva, la primera con fundamento en el dictamen de la Junta de Calificación y la segunda con apoyo en el restante material probatorio.

Al respecto, la Sala encuentra que los elementos antes señalados no se hayan acreditados en el caso de autos, consecuencia de lo cual resulta imperativo aplicar el procedimiento liquidatorio contenido en el artículo 172 del C.C.A., según el cual, cuando en el proceso no se haya establecido la cuantía del perjuicio, la condena se fijará en abstracto, en forma genérica y señalando las bases con arreglo a las cuales se realizará el incidente de liquidación²⁰⁶.

En este orden de ideas, la Sala realizará en abstracto la condena por concepto de daño a la Salud, para que mediante incidente de liquidación se fije su valor final, conforme lo dispone el artículo 178 del C.C.A.

Para el efecto, deberá practicarse la consulta por la Junta de Calificación a fin de que se rinda el respectivo dictamen, donde se determinen los porcentajes de deficiencia, discapacidad y minusvalía, de manera que la condena por concepto de daño a la salud – factor objetivo se fije conforme a los porcentajes que allí se determinen y según su equivalencia:

Criterios de calificación de la invalidez	Porcentaje máximo de pérdida de capacidad laboral (Dec. 917/99)	Monto límite sugerido
Deficiencia	50%	150 SMLMV
Discapacidad	20%	60 SMLMV
Minusvalía	30%	90 SMLMV

²⁰⁶ En aplicación del inciso segundo del artículo 172 del C.C.A. “Cuando la condena se haga en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de aquel o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso. Vencido dicho término caducará el derecho y el Juez rechazará de plano la liquidación extemporánea. Dicho auto es susceptible del recurso de apelación”.

Total pérdida de la capacidad laboral	100%	300 SMLMV
---------------------------------------	------	-----------

Posteriormente, se deberá en el incidente valorar los elementos que permitan establecer la ocurrencia de específicas situaciones particulares que conlleven a establecer la cuantía de la vertiente subjetiva del perjuicio, sobre el límite sugerido, actualmente fijado en 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Entonces, será con arreglo a estas bases que mediante incidente de liquidación se fijará el valor total de la indemnización que por concepto de daño a la salud corresponde a Liliana Esperanza Sánchez Guerrero y Jessika Liliana Latorre Zambrano.

9. De la reparación integral.

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

“Toda reparación, parte de la necesidad de verificar la materialización de una lesión a un bien jurídico tutelado (daño antijurídico), o una violación a un derecho que, consecuentemente, implica la concreción de un daño que, igualmente, debe ser valorado como antijurídico dado el origen del mismo (una violación a un postulado normativo preponderante). Así las cosas, según lo expuesto, es posible arribar a las siguientes conclusiones lógicas: Toda violación a un derecho humano genera la obligación ineludible de reparar integralmente los daños derivados de dicho quebrantamiento. No todo daño antijurídico reparable (resarcible), tiene fundamento en una violación o desconocimiento a un derecho humano y, por lo tanto, si bien el perjuicio padecido deber ser reparado íntegramente, dicha situación no supone la adopción de medidas de justicia restaurativa. Como se aprecia, en la primera hipótesis, nos enfrentamos a una situación en la cual el operador judicial interno, dentro del marco de sus competencias, debe establecer en qué proporción puede contribuir a la reparación integral del daño sufrido, en tanto, en estos eventos, según los estándares normativos vigentes (ley 446 de 1998 y 975 de 2005), se debe procurar inicialmente por la restitutio in integrum (restablecimiento integral) del perjuicio y de la estructura del derecho trasgredido, para constatada la imposibilidad de efectuar la misma, abordar los medios adicionales de reparación como la indemnización, rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición y, adicionalmente el restablecimiento simbólico, entre otros aspectos. Debe colegirse, por lo tanto, que el principio de reparación integral, entendido éste como aquel precepto que orienta el

resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo, debe ser interpretado y aplicado de conformidad al tipo de daño producido, es decir, bien que se trate de uno derivado de la violación a un derecho humano, según el reconocimiento positivo del orden nacional e internacional, o que se refiera a la lesión de un bien o interés jurídico que no se relaciona con el sistema de derechos humanos (DDHH). En esa perspectiva, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos supone, no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan, naturalmente, de una violación a las garantías de la (sic) persona (sic) reconocidas internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual se adoptan una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño (*strictu sensu*), sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos. Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona, específicamente, con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas, de rehabilitación, o de no repetición, dicha circunstancia, per se, no supone que no se repare íntegramente el perjuicio. Como corolario de lo anterior, para la Sala, la reparación integral propende por el restablecimiento efectivo de un daño a un determinado derecho, bien o interés jurídico y, por lo tanto, en cada caso concreto, el operador judicial de la órbita nacional deberá verificar con qué potestades y facultades cuenta para obtener el resarcimiento del perjuicio, bien a través de medidas netamente indemnizatorias o, si los supuestos fácticos lo permiten (trasgresión de derechos humanos en sus diversas categorías), a través de la adopción de diferentes medidas o disposiciones”²⁰⁷ (subrayado fuera de texto).

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

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

²⁰⁷ Sentencia de 19 de octubre de 2007. Exp.29273A. Ver de la Corte Permanente de Justicia Internacional, caso *Factory of Chorzów*, Merits, 1928, Series A, No. 17, Pág. 47. Citada por CRAWFORD, James “Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional del Estado”, Ed. Dykinson, Pág. 245; Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso de la Masacre de Puerto Bello (vs) Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006; de la Corte Constitucional Sentencia T-563 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En igual sentido T- 227 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-1094 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-175 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería. Corte Constitucional, sentencia T-188 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis

medidas simbólicas, conmemorativas de rehabilitación, o de no repetición, ello no implica en manera alguna que no se repare íntegramente el perjuicio”²⁰⁸.

De acuerdo con el precedente de la Sala, es necesario examinar varios elementos para que en virtud de la reparación integral sea posible ordenar medidas complementarias, para procurar que se deje indemne, o lo más cercano a las víctimas o demandantes.

En primer lugar, se sostiene por la Sala que no sólo se produjo un daño antijurídico del que son víctimas Héctor Latorre Zambrano y sus familiares, sino también este se produjo como consecuencia necesaria de la violación de su derecho humano a la vida, lo que plantea que se afirme la existencia de la obligación de repararse integralmente el daño ocasionado.

En segundo lugar, si se vulneró el derecho humano a la vida cabe exigir al Estado (en cabeza de la Fiscalía General de la Nación y de los jueces competentes de la República) que en cumplimiento de los expresos mandatos constitucionales (artículos 1 y 2 de la Carta Política), como reparación integral del daño, procure que se establezca si terceros, para el caso concreto el grupo armado insurgente que perpetró el ataque, cometieron violaciones a derecho humano alguno de la víctima, por todos los medios a su alcance, incluyendo que se solicite a instancias internacionales la evaluación o valoración de las mismas, así como se adelante por las autoridades judiciales penales nacionales e internacionales, en virtud de las potestades constitucionales y convencionales (artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos), todas las investigaciones judiciales en contra de los miembros que del grupo armado insurgente participaron en los hechos.

En tercer lugar, dicha exigencia contribuye al restablecimiento del derecho humano vulnerado y al respeto de la dignidad humana como meta-principio constitucional, radicado no sólo en cabeza de la víctima, sino también de sus familiares, a quienes debe ofrecerse la verdad de las circunstancias en las que perdió la vida el agente, desde la perspectiva de la acción desplegada por el tercero, esto es, del grupo armado insurgente.

La Sala, además, encuentra que la acción perpetrada por el grupo armado insurgente FARC pudo implicar el incumplimiento de mandatos de protección de

²⁰⁸ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencias de 8 de junio de 2011. Exp.19972; de 8 de junio de 2011. Exp.19973.

los derechos humanos toda vez que el dictamen de necropsia²⁰⁹ de la muerte del agente Latorre Zambrano señala que fue a causa de “laceraciones cerebrales por herida por proyectil de arma de fuego en lobulos temporo- fronto- parietal derechos(sic)” en donde se encontro “ estallido de hemicraneo derecho con laceraciones de lobulos parieto- fronto- temporales derechos que exponen el resto de la masa encefalica”. Dictamen que aunado a la declaración rendida por el agente Wilson Armando Rosales Romero, en el cual manifesto que : “ entonces entraron y el compañero Latorre se encontraba vivo aún a pesar de haber sido impactado varias veces y al quejarse un guerrillero de ellos manifesto este hijueputa todavia esta vivo y sin mediar palabra le dispararon para rematarlo.²¹⁰” Hace necesario que se investigue si el agente Latorre al encontrarse en un grado de indefension debido a los multiples impactos en su cuerpo fue victima de tiro de gracia propinado por el grupo armado insurgente.

Estos hechos exigen del Estado la obligación de medio de informar a los familiares y al país la situación de investigaciones penales que se adelantaron, o adelanten, contra los miembros del mencionado grupo armado insurgente, y en dado caso compulsar copias a las autoridades nacionales o internacionales competentes, para que sea investigada la comision de acciones delictivas violatorias de los derechos humanos, o de lesa humanidad que se configuraron²¹¹ con ocasión de la muerte del Agente Latorre Zambrano, exigiéndose no sólo el establecimiento de su responsabilidad penal, sino que en caso de requerirse ordenarse la afectación del patrimonio de los autores directos, de los autores intelectuales (como puede ser empleándose como por ejemplo el procedimiento de extinción de dominio), para que con él se pueda resarcir a las víctimas, ya que ello es elemento intrínseco del derecho a la reparación integral.

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

²⁰⁹ Fls. 102 a 104 c2.

²¹⁰ Fl. 157 c2.

²¹¹ Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, exp. 20334.

Como consecuencia del reconocimiento de la mujer y de la menor mujer en el conflicto armado, y para efectos de proteger el derecho a la reparación integral, la Sala ordenará a la POLÍCIA NACIONAL realizar un acto solemne de presentación de excusas públicas a la esposa e hija de la víctima, LILIANA ESPERANZA SANCHEZ ROSERO y JESSIKA LILIANA LATORRE SÁNCHEZ, donde se reconozca la condición de mujeres víctimas del conflicto armado, así como la labor desempeñada de manera altruista en el Municipio de Barbacoas por la esposa de la víctima.

La ceremonia pública se deberá realizar dentro de los 6 meses siguientes a la fecha de ejecutoria de esta providencia en la sede de la Policía del Departamento de Nariño y precedida por el Director General de la Policía Nacional, una vez llevada a cabo se enviará constancia de su realización al Tribunal Administrativo de Nariño, para que se anexe el correspondiente oficio o certificado al proceso.

Adicionalmente, debe publicarse este aparte de la sentencia por todos los medios de comunicación existentes (página web y redes sociales) por un período de un (1) año.

11. Costas

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

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

FALLA

MODIFIQUESE la sentencia apelada del 5 de septiembre de 2003 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, la cual quedará de la siguiente manera:

PRIMERO. DECLARAR que la Nación-Ministerio de la Defensa-Policía Nacional es administrativa y patrimonialmente responsable por la muerte del agente de Policía Nacional **HECTOR LATORRE ZAMBRANO**, en hechos ocurridos el 6 de junio de 1997 en Barbacoas, Departamento de Nariño.

SEGUNDO. CONDENAR como consecuencia de la declaración anterior a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, a pagar por concepto de perjuicios morales a favor de **LILIANA ESPERANZA SANCHEZ GUERRERO** la suma equivalente a CIEN (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes; y de la menor **JESSIKA LILIANA LATORRE SANCHEZ** la suma equivalente a CIEN (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

TERCERO. CONDENAR a la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL** a pagar por concepto de perjuicios materiales a favor de **LILIANA ESPERANZA SANCHEZ GUERRERO** la suma equivalente a **CIENTO OCHENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL SESENTA Y SEIS PESOS M/CTE** (\$188.636.066,00); y, a favor de **JESSIKA LILIANA LATORRE SANCHEZ**, la suma equivalente a **CIENTO CUARENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS M/CTE** (\$142.537.943,00).

CUARTO. CONDENAR en abstracto a la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL** a pagar por concepto de daño a la salud a favor de **LILIANA ESPERANZA SANCHEZ GUERRERO** y de **JESSIKA LILIANA LATORRE SANCHEZ** la suma que se determine mediante el incidente de liquidación que adelantará el Tribunal de Nariño, en donde se fije su valor final, conforme lo dispone el artículo 178 del C.C.A. y a lo establecido en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO. CONDENAR a la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL** a pagar por concepto de violación de los bienes constitucionales a la vida, a la familia y a la dignidad a favor de **LILIANA ESPERANZA SANCHEZ GUERRERO** y de **JESSIKA LILIANA LATORRE SANCHEZ**, la suma equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales vigentes para cada una.

SEXTO. ORDENAR a la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL** realizar un acto solemne de presentación de excusas públicas a la

compañera permanente e hija de la víctima, LILIANA ESPERANZA SANCHEZ ROSERO y JESSIKA LILIANA LATORRE SÁNCHEZ, donde se reconozca la condición de mujeres víctimas del conflicto armado, así como la labor desempeñada de manera altruista en el Municipio de Barbacoas por la compañera permanente de la víctima.

La ceremonia pública se deberá realizar dentro de los 6 meses siguientes a la fecha de ejecutoria de esta providencia en la sede de la Policía del Departamento de Nariño y precedida por el Director General de la Policía Nacional, una vez llevada a cabo se enviará constancia de su realización al Tribunal Administrativo de Nariño, para que se anexe el correspondiente oficio o certificado al proceso.

Adicionalmente, debe publicarse este aparte de la sentencia por todos los medios de comunicación existentes (página web y redes sociales) por un período de un (1) año.

SÉPTIMO. EXHORTAR al GOBIERNO NACIONAL, para que por los canales adecuados solicite, si lo considera pertinente, la opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de la(s) violación(es) a los derechos humanos que se hayan producido en el caso en concreto por parte del grupo armado insurgente FARC, y que una vez rendida sea puesta en conocimiento de la opinión pública por los medios de comunicación de circulación nacional.

OCTAVO. ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación establecer si terceros, para el caso concreto el grupo armado insurgente que perpetró el ataque, cometieron violaciones a derecho humano alguno de la víctima, por todos los medios a su alcance, incluyendo que se solicite a instancias internacionales la evaluación o valoración de las mismas, así como se adelante por las autoridades judiciales penales nacionales e internacionales, en virtud de las potestades constitucionales y convencionales (artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos), todas las investigaciones judiciales en contra de los miembros que del grupo armado insurgente participaron en los hechos.

NOVENO. ABSTENERSE de condenar en costas a las partes.

DÉCIMO. DÉSE CUMPLIMIENTO a lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán

entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala

ENRIQUE GIL BOTERO
Salvó parcialmente el voto
Aclaró voto

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Aclaró voto