

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Condena, accede. Caso muerte de ciudadano en el Municipio de Dolores, a causa de un enfrentamiento contra un grupo armado al margen de la ley

RIESGO EXCEPCIONAL - Condena. Ataque a población civil como parte de objetivo o acción militar contra alcaldesa del municipio / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS OCASIONADOS POR UN TERCERO

Lo procedente es atribuir la responsabilidad al Ministerio de Defensa – Ejército y Policía Nacional con sustento en el criterio de imputación del daño especial, dada la desproporcional ruptura de las cargas públicas, que se manifiesta en tener que soportar, de manera singular, un ataque de tal naturaleza, que no puede catalogarse como una carga “normal” u “ordinaria” de la vida en sociedad, por el contrario resulta claro que el deceso (...) [del señor] permite ser catalogado bajo las notas distintivas de anormalidad y especialidad, y aun cuando desde una perspectiva causal no existe certidumbre si el hecho dañoso tuvo su génesis material en la acción desplegada por el grupo armado insurgente, lo que a la postre llevaría a plantear prima facie la existencia del hecho de un tercero, la Sala rechaza este planteamiento dada la aplicación de la solidaridad como criterio normativo generador de la imputación de la responsabilidad, como se puso de presente anteriormente, máxime si se tiene en cuenta que se trató de una acción armada dirigida contra la población civil y, particularmente, contra la Alcaldesa del Municipio de Dolores. Por consiguiente, encuentra la Sala que hay lugar a declarar la responsabilidad del Estado (en este caso Ministerio de Defensa – Ejército y Policía Nacional) por la muerte violenta de Fabio Ortiz Castro ocurrida el 18 de abril de 2003 en el Municipio Dolores con apoyo en el criterio de motivación de imputación de daño especial, esto es, bajo un criterio de responsabilidad objetiva. **NOTA DE RELATORÍA:** Con aclaración de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque, ver cfr. exp. 34158 numerales 1 y 3.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de julio de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 73001-23-31-000-2003-01469-01(33619)

Actor: JOSE IGNACIO ORTIZ Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO Y POLICIA NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Temario: Responsabilidad del Estado por muerte de civil en toma de grupo armado insurgente a Municipio de Dolores. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado; Daño antijurídico; La imputación de responsabilidad tratándose de daños causados por las acciones de grupos armados insurgentes; el juicio de imputación en el caso concreto; Reparación de perjuicios.

Procede la Sala de Subsección a decidir el presente asunto, correspondiente al recurso de apelación promovido por la parte demandante contra la sentencia de 10 de noviembre de 2006 dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima que desestimó las pretensiones de la demanda.

1.- La demanda.

Fue presentada el 4 de agosto de 2003 (fls 23-26, c1) por José Ignacio Ortiz y otros, quienes actúan mediante apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, con el objeto de que se declare administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército y Policía Nacional por la muerte violenta de Fabio Ortiz Castro y, consecuentemente, se reconocieran perjuicios materiales e inmateriales, estos últimos en la modalidad de inmateriales.

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

El 18 de abril de 2003 en el Municipio de Dolores, mientras se desarrollaban los actos litúrgicos del viacrucis miembros del grupo armado insurgente Farc atentaron contra la alcaldesa del Municipio, presentándose un enfrentamiento entre insurgentes y el Ejército y la Policía Nacional. Como consecuencia de ello se causó la muerte a Fabio Ortiz Castro.

2. Actuación procesal en primera instancia

2.1.- El Tribunal Administrativo del Tolima mediante proveído de 28 de octubre de 2003 admitió la demanda (fls 28, c1), la cual fue notificada personalmente al Ministro de Defensa el 31 de agosto de 2004 (fl 47-48, c1).

En escrito de 6 de mayo de 2004 se adicionó la demanda agregando dos actores, incluyendo la petición de perjuicios por concepto de daño a la vida de relación para algunos demandantes y precisando solicitudes probatorias (fls 43-44). La misma fue admitida en auto de 12 de octubre de 2004 notificada al extremo pasivo el 16 de noviembre de 2004 (fls 73-74, c1).

2.2. Dentro de la oportunidad legal, el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional dijo no constarle la mayoría de los hechos, alegó la inexistencia de una falla del servicio en lo sucedido y propuso la excepción del hecho de un tercero como eximente de responsabilidad (fls 55-63). El Ministerio de Defensa – Policía Nacional en su contestación afirmó que los hechos debían ser probados y mencionó los elementos de la responsabilidad que debían estructurarse (fls 68-71, c1).

2.3.- Mediante auto de 17 de enero de 2005 (fls 76-78, c1) se inició el periodo probatorio, seguidamente en proveído de 27 de junio de 2006 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, oportunidad aprovechada por ambas partes (fls 111-113, 12-133, c1). El Agente del Ministerio Público conceptuó desfavorablemente a las súplicas de la demanda (fls 134-139, c1).

3.- Sentencia de primera instancia.

3.1.- El 10 de noviembre de 2006 (fls 140-148, c1) el Tribunal dictó sentencia en la que desestimó las pretensiones de la demanda.

3.2.- Luego de reconocer que probablemente el deceso de Fabio Ortiz Castro se debió al enfrentamiento entre miembros de la fuerza pública y subversivos, el *a-quo* encontró que el daño no era imputable a las demandadas pues, por una parte, no se demostró que el insuceso ocurriera por causa atribuible a las accionadas y tampoco se probó hechos que advirtieran previamente sobre la presencia del grupo armado o amenazas sobre la población, por lo cual no se trató de un hecho previsible.

4. Recurso de apelación

Contra lo así resuelto la parte demandante (fl 150, c1) se alzó mediante el recurso de apelación, impugnación que fue concedida por el *a-quo* en auto de 29 de noviembre de 2006 (fl 152, c1).

5. Actuación procesal en segunda instancia

1.5.1.- Recibido el expediente en esta Corporación, en auto de 2 de marzo de 2007 se admitió el recurso (fl 161, c1). En providencia de 13 de abril del mismo año (fl 163, c1) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, guardando silencio las partes. El Agente del Ministerio Público conceptuó

solicitando se confirme el fallo de instancia (fls 165-180)

CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Corporación es funcionalmente competente para conocer del recurso de apelación formulado contra el fallo de 10 de noviembre de 2006 proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima en razón al factor cuantía, por cuanto el conocimiento de este asunto se encuentra radicado, en primera instancia, en el respectivo Tribunal Administrativo y en segunda instancia al Consejo de Estado. Ello conforme al numeral 6° del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998.

2. Objeto del recurso de apelación

2.1.- De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 357 del C.P.C¹., aplicable en sede contencioso administrativo según se dispone en el artículo 267 del C. C. A., el recurso de apelación se entiende interpuesto en lo que es desfavorable al apelante y por esta razón el *ad quem* no puede hacer más gravosa su situación si fue el único que se alzó contra la decisión².

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

2.3.- En atención a la posición actual de la Sección Tercera de esta Corporación³, mediante el recurso de apelación, se ejerce el derecho de impugnación contra la decisión judicial y el juez de segunda instancia no puede empeorar, agravar o desmejorar la situación que en relación con el litigio le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

2.4.- Así mismo, se ha establecido que el marco fundamental de competencia para el juez de segunda instancia *“lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia*

¹ La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella (...)."

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

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

superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia⁴ de la sentencia como el principio dispositivo⁵, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”^{6 7}. (Subrayado por la Sala)

2.5.- Dicho lo anterior, el recurrente centró su disenso en la denegatoria de pretensiones de la demanda. Argumentó que respecto de los hechos que motivan el *sub iudice* era de conocimiento público que miembros del grupo armado insurgente el 18 de abril de 2003 atentaron contra la integridad física de la alcaldesa de Dolores, quien se encontraba amenazada de tiempo atrás. Cuestiona que la parte demandada pretenda aparecer el ataque como indiscriminado contra la población, siendo que la verdadera causa de tal proceder fue la motivación contra la funcionaria municipal. Sentado este punto, afirma el actor que resultó reprochable que la fuerza pública reaccionara disparando indiscriminadamente en medio de la población “sin medir el riesgo al que exponían a estas personas, riesgo que se concretó con la muerte de Fabio Ortiz Castro”. Solicitó se revocara el fallo y se accediera a los pedimentos.

3.- Problema jurídico

3.1.- De lo anterior se puede plantear como problema jurídico si cabe imputar a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército y Policía Nacional responsabilidad administrativa por el deceso de Fabio Ortiz Castro ocurrido el 18

⁴ En relación con la aplicabilidad del principio de congruencia en lo que corresponde a la resolución del recurso de apelación puede consultarse el pronunciamiento efectuado recientemente por la Sala, mediante providencia fechada en abril 1 de 2009, dentro del expediente 32.800, con ponencia de la señora Magistrado Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se puntualizó: “De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”.

⁵ Dicho principio ha sido definido por la doctrina como: “La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin”. O como dice COUTURE, es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso”.

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

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

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

de abril de 2003 en el Municipio de Dolores.

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

4. Daño antijurídico

4.1.- El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual⁸ y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”⁹; o la “lesión de un interés o con la alteración “in pejus” del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”¹⁰; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”¹¹, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos¹²; y, iii)

⁸ “(...) el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.185. Martín Rebollo se pregunta: “¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión”. 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.

⁹ LARENZ. “Derecho de obligaciones”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

¹⁰ SCONAMIGLIO, R. “Novissimo digesto italiano”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

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

¹² “Cuál es entonces el justo límite de la soberanía del individuo sobre sí mismo? ¿Dónde empieza la soberanía de la sociedad? ¿Qué tanto de la vida humana debe asignarse a la individualidad y qué tanto a la sociedad? (...) el hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otro; o más bien ciertos intereses, los cuales, por expresa declaración legal o por tácito entendimiento, deben ser considerados como derechos; y, segundo, en tomar cada uno su parte (fijada según un principio de equidad) en los trabajos y sacrificios necesarios para defender a la sociedad o sus miembros de todo daño o vejación”. MILL, John Stuart, Sobre la libertad, 1ª reimp, Alianza, Madrid, 2001, pp.152 y 153.

porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general¹³, o de la cooperación social¹⁴.

4.2.- En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la “antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”¹⁵. Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado “que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”^{16, 17}.

¹³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción”, en BREWER-CARIAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

¹⁴ Este presupuesto puede orientar en lo que puede consistir una carga no soportable, siguiendo a Rawls: “la noción de cooperación social no significa simplemente la de una actividad social coordinada, organizada eficientemente y guiada por las reglas reconocidas públicamente para lograr determinado fin general. La cooperación social es siempre para beneficio mutuo, y esto implica que consta de dos elementos: el primero es una noción compartida de los términos justos de la cooperación que se puede esperar razonablemente que acepte cada participante, siempre y cuando todos y cada uno también acepte esos términos. Los términos justos de la cooperación articulan la idea de reciprocidad y mutualidad; todos los que cooperan deben salir beneficiados y compartir las cargas comunes, de la manera como se juzga según un punto de comparación apropiado (...) El otro elemento corresponde a “lo racional”: se refiere a la ventaja racional que obtendrá cada individuo; lo que, como individuos, los participantes intentan proponer. Mientras que la noción de los términos justos de la cooperación es algo que comparten todos, las concepciones de los participantes de su propia ventaja racional difieren en general. La unidad de la cooperación social se fundamenta en personas que aceptan su noción de términos justos. Ahora bien, la noción apropiada de los términos justos de la cooperación depende de la índole de la actividad cooperativa misma: de su contexto social de trasfondo, de los objetivos y aspiraciones de los participantes, de cómo se consideran a sí mismos y unos respecto de los demás como personas”. RAWLS, John, Liberalismo político, 1ª ed, 1ª reimp, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1996, p.279.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales “debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuricidad (sic)”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.168.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que “no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña,

4.3.- De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”¹⁸.

4.4.- Debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”¹⁹. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable²⁰, anormal²¹ y que se trate de una situación jurídicamente protegida²².

4.5.- En casos, como el que ocupa la atención de la Sala, se precisa advertir que en la sociedad moderna el instituto de la responsabilidad extracontractual está llamada a adaptarse, de tal manera que se comprenda el alcance del riesgo de una manera evolutiva, y no sujeta o anclada al modelo tradicional. Esto implica, para el propósito de definir el daño antijurídico, que la premisa que opera en la sociedad moderna es aquella según la cual a toda actividad le son inherentes o intrínsecos peligros de todo orden, cuyo desencadenamiento no llevará siempre a establecer o demostrar la producción de un daño antijurídico. Si esto es así, sólo aquellos eventos en los que se encuentre una amenaza inminente, irreversible e irremediable permitirían, con la prueba correspondiente, afirmar la producción de

al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiendo por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. 1ª ed. Navarra, Aranzadi, 2011, p.297.

¹⁷ Según lo ratificado por la sala en la sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334: “El daño antijurídico comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual¹⁷ y del Estado impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que “la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos”, definiéndose como “violación de una norma especial o de la más genérica alterum non laedere”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.298.

¹⁹ Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550.

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

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

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

una daño cierto, que afecta, vulnera, aminora, o genera un detrimento en derechos, bienes o interese jurídicos, y que esperar a su concreción material podría implicar la asunción de una situación más gravosa para la persona que la padece²³. Se trata de un daño que la víctima Fabio Ortiz Castro no estaba llamada a soportar como una carga ordinaria, ni siquiera extraordinaria, en atención al respeto de su dignidad humana y de sus derechos constitucionales y convencionales a la vida y a la integridad personal, que es incuestionable en un Estado Social de Derecho²⁴, desde una perspectiva no sólo formal, sino también material de la antijuridicidad²⁵.

4.6.- La Sala, mediante el análisis de los medios de prueba obrantes en el expediente, considera demostrado que el daño antijurídico se produjo como consecuencia del deceso de Fabio Ortiz Castro, de lo que da cuenta el registro de defunción sentado el 30 de abril de 2003 (fl 9, c1). Igualmente se cuenta con certificación de necropsia practicada el 18 de abril de 2003 donde se lee como conclusión: *“la causa de la muerte fue debida a destrucción de masa encefálica y*

²³ "(...) el daño que se presenta a partir de la simple amenaza que permite inferir el agravamiento de la violación del derecho, sin que suponga su destrucción total, no se incluye en los estudios de la doctrina sobre el carácter cierto del perjuicio. Y sin embargo, esta situación también se expresa en el carácter cierto del perjuicio. La única diferencia radica en que la proyección en el futuro se hará a partir de la amenaza y hasta la lesión definitiva y no respecto de las consecuencias temporales de esta última. Por esta razón es necesario tener en cuenta esta nueva situación y hacer una proyección en el futuro partiendo de la amenaza del derecho que implicará un agravamiento de la lesión del mismo (...) Se parte, en acuerdo con C. THIBIERGE cuando expone las carencias actuales de la responsabilidad civil, de tener en cuenta “el desarrollo filosófico del principio de responsabilidad y la idea de una responsabilidad orientada hacia el futuro que le permitiría al derecho liberarse de la necesidad de un perjuicio consumado y de crear una responsabilidad sólo por la simple amenaza del daño, con la condición de que éste último sea suficientemente grave” (...) La alteración del goce pacífico de un derecho es un perjuicio cierto. Aunque se pudiese reprochar que la amenaza de un derecho es por definición contraria a su violación, y por consecuencia, es contraria (sic) a la noción de daño, se reitera que la mera amenaza de violación es de por sí un daño cierto y actual. En efecto, el sentido común indica que el uso alterado de un derecho no es un goce pleno y pacífico de este, precisamente porque supone que se encuentra disminuido (...) La necesidad de estudiar la amenaza de agravación del derecho en la certeza del daño. Los desarrollos de esta primera parte nos permiten concluir que la amenaza de daño pertenece al ámbito del régimen jurídico del daño y por ende de la responsabilidad civil. Excluirla de la materia deja una parte esencial del daño sin estudio, permitiendo que se instauren concepciones en las cuales el derecho procesal limita el derecho sustancial”. HENAO, Juan Carlos, “De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. Escrito a partir del derecho colombiano y del derecho francés”, en VVAA, Daño ambiental, T.II, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp.194, 196 y 203.

²⁴ “La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración [sentencia C-333 de 1996]. Igualmente ha considerado que se ajusta a distintos principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución [sentencia C-832 de 2001]”. Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2006.

²⁵ Cabe fundarse en la aproximación al derecho penal, de manera que “se admite que al lado de una antijuridicidad formal, definida abstractamente por contraposición con el ordenamiento jurídico, existe una antijuridicidad material que está referida a juicios de valor... sólo desde un punto de vista valorativo se puede explicar que en la antijuridicidad tengan que encontrar su fundamento y su asiento las causas de justificación. En sentido material, la antijuridicidad es un juicio valorativo o juicio de desvalor que expresa... el carácter objetivamente indeseable para el ordenamiento jurídico, de una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y puede ser un juicio de desvalor acerca del resultado o un juicio de desvalor acerca de la conducta cuando ésta pueda ser considerada peligrosa ex ante”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.303.

cerebelosa, secundaria a herida por armad de fuego en cráneo. Muerte violenta” (fls 126-133, c2).

4.7.- Sin embargo, no siendo suficiente constatar la existencia del daño antijurídico, es necesario realizar el correspondiente juicio de imputación, que permita determinar si cabe atribuirlo fáctica y jurídicamente a las entidades demandadas, o si opera alguna de las causales exonerativas de responsabilidad, o se produce un evento de concurrencia de acciones u omisiones en la producción del daño.

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

5.1.- Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”²⁶ de la responsabilidad del Estado²⁷ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados²⁸ y de su patrimonio²⁹, sin distinguir su condición, situación e interés³⁰. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin

²⁶ En la jurisprudencia constitucional se indica: “El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

²⁷ La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

²⁸ Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49. La “responsabilidad es, desde luego, en primer lugar una garantía del ciudadano, pero, coincidiendo en esto con otros autores (sobre todo franceses: Prosper Weil, André Demichel), creo que la responsabilidad es también un principio de orden y un instrumento más de control del Poder”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.308.

²⁹ “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

³⁰ La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2006, expediente AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. Essai d une théorie general de la responsabilité civile considerée en sa doublé fonction de garantie et de peine privée. Paris, 1947.

que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”³¹. Como bien se sostiene en la doctrina, la “responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad³²; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”³³.

5.2.- Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado ³⁴ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública³⁵ tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo³⁶, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera

³¹ RIVERO, Jean. Derecho administrativo. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public 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.

³² “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

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

³⁴ “3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado”. Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

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

³⁶ “Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado”. MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213.

acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012³⁷ y de 23 de agosto de 2012³⁸.

5.3.- En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica³⁹, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la “superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”⁴⁰.

5.4.- Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁴¹, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁴². Debe quedar claro, que el derecho no

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

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

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

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

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

⁴² El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”⁴³.

5.5.- En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”⁴⁴. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”⁴⁵.

5.6.- Sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”⁴⁶. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no⁴⁷. Es más, se sostiene doctrinalmente “que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la

⁴³ “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”. MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [<http://criminnet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7.

⁴⁴ “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”. GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, pp.77 ss.

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

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

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

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 daños⁴⁸.

5.7.- Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad⁴⁹ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación⁵⁰ que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”⁵¹.

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

⁴⁹ “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización (...) En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.

⁵⁰ “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

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

5.8.- En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que “el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad o de protección⁵² frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁵³. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”⁵⁴.

⁵² Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”. CASAL H, Jesús María. Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

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

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

5.9.- En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante”⁵⁵.

5.10.- Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcarse por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal⁵⁶, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse (...) que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”⁵⁷, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho⁵⁸.

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

⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

⁵⁶ “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

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

⁵⁸ “(...) el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema

5.11.- Debe plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado⁵⁹, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede encuadrar en la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos⁶⁰, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se 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

resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”., ob., cit., p.308.

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

⁶⁰ Merkl ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la *conditio sine qua non*, sino 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”⁶¹.

5.12.- Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo⁶² que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

5.13.- Además, cabe considerar la influencia que para la imputación de la responsabilidad pueda tener el principio de precaución, al exigir el estudiarla desde tres escenarios: peligro, amenaza y daño. Sin duda, el principio de precaución introduce elementos que pueden afectar en el ámbito fáctico el análisis de la causalidad (finalidad prospectiva de la causalidad⁶³), ateniendo a los criterios de la sociedad moderna donde los riesgos a los que se enfrenta el ser humano, la sociedad y que debe valorar el juez no pueden reducirse a una concepción tradicional superada.

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

⁶¹ “En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado”. Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón; de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

⁶² “En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda: ineficiente”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.174. De acuerdo con Martín Rebollo “(...) es que la responsabilidad pública es un tema ambivalente que, a mi juicio, no debe ser enfocado desde el estricto prisma de la dogmática jurídico-privada. Esto es, no debe ser analizado sólo desde la óptica de lo que pudiéramos llamar la justicia conmutativa, aunque tampoco creo que éste sea un instrumento idóneo de justicia distributiva. La responsabilidad es, desde luego, siempre y en primer lugar, un mecanismo de garantía. Pero es también un medio al servicio de una política jurídica. Así lo señala Ch. Eisenmann: el fundamento de la responsabilidad puede ser la reparación del daño, pero su función «remite a la cuestión de los fines perseguidos por el legislador cuando impone una obligación de reparar. En este sentido –concluye– la responsabilidad es un medio al servicio de una política jurídica o legislativa»”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”, en AFDUAM: no.4, 2000, p.307.

⁶³ “La finalidad prospectiva del nexo de causalidad resulta de naturaleza preventiva de la acción de responsabilidad fundada sobre el principio de precaución. El daño no existe todavía, el nexo de causalidad no se ha podido realizar, el mismo (...) se trata a la vez de prevenir el daño y al mismo tiempo evitar que tal actividad no cause tal daño. La finalidad del nexo causal es por tanto prospectiva ya que se busca que el nexo de causalidad sin permitir reparar el perjuicio si se anticipa a él (...) Opuesto a una responsabilidad reparadora que exigiría un nexo causal a posteriori, la responsabilidad preventiva exige en la actualidad un nexo causal a priori, es decir un riesgo de causalidad”. BOUTONNET, Mathilde, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, LGDJ, París, 2005, p.560.

*atención y la desconfianza*⁶⁴. Su concreción jurídica lleva a comprender a la precaución, tradicionalmente, como aquella que es “utilizada para caracterizar ciertos actos materiales para evitar que se produzca un daño”⁶⁵. Entendida la precaución como principio⁶⁶, esto es, como herramienta de orientación del sistema jurídico⁶⁷ “exige tener en cuenta los riesgos que existen en ámbitos de la salud y del medio ambiente pese a la incertidumbre científica, para prevenir los daños que puedan resultar, para salvaguardar ciertos intereses esenciales ligados más a intereses colectivos que a los individuales, de manera que con este fin se ofrezca una respuesta proporcionada propia a la evitabilidad preocupada de una evaluación de riesgos (...) Si subjetivamente, el principio implica una actitud a tener frente a un riesgo, objetivamente, se dirige directamente a la prevención de ciertos daños en ciertas condiciones determinadas”⁶⁸. Luego, la precaución es un principio que implica que ante la ausencia, o insuficiencia de datos científicos y técnicos⁶⁹, es conveniente, razonable y proporcional adoptar todas aquellas medidas que impida o limiten la realización de una situación de riesgo (expresada como amenaza inminente, irreversible e irremediable) que pueda afectar tanto intereses individuales, como colectivos (con preferencia estos).

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

6.1 Acreditado el daño antijurídico padecido por los actores, la Sala pasa a determinar si este le es imputable a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército y Policía Nacional.

6.2 Al respecto, cabe señalar que en la dilatada jurisprudencia de la Corporación se ha abordado la responsabilidad del Estado con ocasión de actos de grupos armados atendiendo a los diversos criterios de motivación para la imputación

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

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

⁶⁶ DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, p.24: “el principio es una proposición jurídica que no es necesariamente escrita y que da orientaciones generales, a las cuales el derecho positivo debe conformarse. Esto implica que no se aplicará según la modalidad de “all or nothing”, sino que se limitará a dar al juez una razón que milite a favor de un tipo de solución u otro, sin pretender tener la apariencia de una norma vinculante”.

⁶⁷ SADELEER, Nicolás, “Reflexiones sobre el estatuto jurídico del principio de precaución”, en GARCÍA URETA, Agustín (Coord), *Estudios de Derecho Ambiental Europeo*, Lete, Bilbao, 2005, p.270: “entre otras funciones encontramos la función de inspiración del legislador, de orientación del derecho positivo, de relleno de lagunas, de resolución antinomias, así como la función normativa”.

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

⁶⁹ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-57/96 *National Farmers Union* y otros; asunto C-180/96 *Reino Unido c. Comisión*; asunto C-236/01 *Monsanto Agricultura Italia*: “cuando subsistente dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, pueden adoptarse medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos”.

desarrollados, es decir, falla del servicio, riesgo excepcional y daño especial, los cuales deben ser observados, según las particularidades fácticas y probatorias que cada caso enseñe, siguiendo así lo ya establecido por el pleno de la Sección en la providencia de 19 de abril de 2012, cuando sentenció que *“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”*⁷⁰.

6.3 En efecto, la *falla del servicio*, que es el criterio de imputación que debe verificarse, ab initio, para establecer la responsabilidad del Estado tratándose de daños causados por grupos armados insurgentes tiene como presupuesto el reconocimiento de la existencia de mandatos de abstención –deberes negativos- como de acción –deberes positivos- a cargo del Estado, empero, para que se genere responsabilidad con fundamento en ello es menester acreditar, a título enunciativo, **i)** el incumplimiento o deficiente cumplimiento de deberes normativos, **ii)** la omisión en el despliegue de las acciones, medidas o medios razonable y ponderadamente disponibles [no debe olvidarse que por virtud del artículo 2 de la Carta Política y del artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Estado debe realizar o adoptar todas medidas tendientes a la protección de los derechos humanos, en caso de verse afectados bien sea por su acción, o derivados de actos de sujetos privados en lo saque se hace imprescindible y necesaria la acción protectora o positiva del Estado⁷¹]; **iii)** la inactividad de la administración pública, concretada en el ejercicio de las acciones, medidas o medios disponibles de manera limitada, insuficiente, o sin lograr su pleno despliegue para la protección eficaz de lo derechos, bienes e intereses de los ciudadanos; y, o **iv)** el desconocimiento de la posición de garante institucional que pueda asumir la administración. Como en los daños causados por la acción de grupos insurgentes se está en presencia de un hecho de un tercero, desde un plano causal, deberá demostrarse la cognosibilidad real del peligro (la situación de amenaza o riesgo) que corre el bien jurídico que debe ser protegido, al igual que la posibilidad material de actuar en defensa del mismo, o bien por el negligente o inadecuado despliegue de las acciones de defensa ejecutadas por la fuerza

⁷⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Pleno de Sección Tercera. Sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21515. Postura reiterada en el fallo de 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

⁷¹ “[...] La justicia kantiana requiere la intervención del “derecho público” para la realización completa de los derechos y permitir que todos los títulos provisionales en el estado de naturaleza, sean completos bajo el Estado”. FABRA ZAMORA, Jorge, “Estudio introductorio. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”, En: BERNAL PULIDO, Carlos, FABRA ZAMORA, Jorge (eds.). La Filosofía de la Responsabilidad Civil, Universidad Externado de Colombia, 2013, p.86.

pública⁷². Al respecto el precedente jurisprudencial de esta Corporación ha precisado:

“Para determinar si la conducta del Estado fue anómala o irregular, por acción o por omisión, frente al hecho dañoso perpetrado por el tercero debe analizarse si para la Administración y para las autoridades era previsible que se desencadenara el acto terrorista. Este aspecto constituye uno de los puntos más importantes a analizar dentro de este régimen, pues no es la previsión de la generalidad de los hechos (estado de anormalidad del orden público) sino de aquellas situaciones que no dejan casi margen para la duda, es decir, las que sobrepasan la situación de violencia ordinaria vivida (...)”⁷³

6.4.- Frente a lo anterior, se afirma que la modulación de los derechos constitucional y convencionalmente reconocidos y consagrados (tanto en la Constitución Política como en la Convención Americana de Derechos Humanos y en otros instrumentos internacionales vinculantes de protección de los Derechos Humanos) lleva a la construcción teórica según la cual al Estado no solamente le son exigibles deberes de abstención, sino que también, como presupuesto de eficacia de los derechos⁷⁴, es necesario ejecutar acciones positivas; o, en otros términos, que en el modelo de Estado Social de Derecho desarrollado a partir de las disposiciones constitucionales y convencionales se hace imprescindible no sólo el reconocimiento de la existencia de los derechos de los ciudadanos, sino también el despliegue de acciones positivas⁷⁵.

⁷² “Ni hay responsabilidad de un sujeto siempre que el comportamiento de éste se inserta en la cadena causal que lleva a la producción del daño, ni se inserta dicha conducta en tal cadena causal siempre que al sujeto se le imputa responsabilidad por el daño. Lo primero se aprecia siempre que entran en juego aquellos patrones de exclusión de la responsabilidad que los penalistas denominan “reglas de imputación objetiva” y que también en este campo concurren. Dichos patrones no niegan la condición de causa o concausa que reviste la conducta del sujeto, sino que excluyen la relevancia de dicha causalidad a efectos de imputación de la responsabilidad. No se discute tal causación empírica sino que, en el conjunto de las causas, el sistema jurídico realiza una selección y tal selección se lleva a cabo, como no puede ser de otra manera, con patrones propios y específicos del sistema jurídico mismo, con pautas jurídico-normativas.” GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Razones para una teoría normativista de la responsabilidad civil extracontractual. En: BERNAL PULIDO, Carlos, FABRA ZAMORA, Jorge (eds.). La Filosofía de la Responsabilidad Civil, *Ibíd.* pág. 258-259.

⁷³ Sección Tercera. Sentencia de 27 de noviembre de 2002. Radicado: 13774.

⁷⁴ “[...] Sin embargo, más allá de esto, la idea de que los derechos aparecen delimitados desde la Constitución, o de que [sic] entre los derechos y sus límites existen fronteras nítidas, creo que es una idea errada: desde la Constitución, es imposible formular un catálogo exhaustivo de los supuestos de aplicación de los derechos, así como de todas sus excepciones [...] desde la Constitución sabemos cuáles son los derechos y, con mayor dificultad desde luego, cuáles son sus límites, pero ello no nos permite responder de forma exhaustiva y concluyente a la cuestión de qué conductas –que pueden ser objeto de regulación legal- caen del lado de los derechos o del lado de los límites; es más, en el plano de los enunciados constitucionales, o antes de su interpretación, es perfectamente verosímil afirmar que una acción forma parte de ambas esferas, esto es, presenta propiedades adscribibles [sic] tanto al ámbito del derecho como al ámbito de su límite”. PRIETO SANCHIS, Luis, Justicia constitucional y derechos constitucionales, 2ª ed, Trotta, Madrid, 2009, ps.220, 223 y 224.

⁷⁵ Respecto de las acciones positivas fácticas Alexy ha abordado el tema, de manera explicativa, en los siguientes términos: “Se trata de un derecho a una acción positiva fáctica cuando se considera el derecho del propietario de una escuela privada a recibir subvenciones estatales⁷⁵, cuando se fundamenta la existencia de un derecho a un mínimo vital⁷⁵ o se considere una <<pretensión individual del ciudadano a la creación de plazas de estudio>>⁷⁵. Que la satisfacción de este tipo de derechos se lleve a cabo de una forma, que en ciertos aspectos (sic) es jurídica, no altera en nada el carácter del derecho como un derecho a una acción fáctica”. Y en cuanto a la forma como el obligado (el Estado) debe satisfacer dicha obligación se precisa:

6.5.- En ese sentido, como la eficacia y protección de los derechos constitucional y convencionalmente reconocidos exige del Estado contemporáneo el cumplimiento de deberes, acciones u obligaciones positivas, cabe encuadrarlos desde la perspectiva de la posición de garante, en todos los ámbitos de la actividad administrativa, pero estableciendo el alcance razonable y ponderado según se presente cada supuesto de actividad. Lo anterior implica, que el elemento de imputación, al momento de determinar la responsabilidad patrimonial y administrativa del Estado, debe orientarse hacia la demostración del resultado dañoso atribuible para el caso del conflicto armado a la falta de correspondencia de aquel – la amenaza cierta o el riesgo, en cada caso, materializados en un daño - respecto al deber positivo, esto es, a la obligación de dispensar el servicio de vigilancia, seguridad y protección.

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

6.7.- En efecto, es claro que en el desarrollo de las actividades cotidianas del mundo moderno la sociedad se enfrenta a situaciones de riesgo que le son ineludibles, y dentro de tal contexto la administración pública, como lo indica Forsthoff “puede crear estas situaciones excepcionales de peligro a las que nadie puede sustraerse y en las que ninguna protección existe para el particular⁷⁶”, lo cual impone al Estado, por razón de justicia distributiva, la reparación de los daños causados⁷⁷. Sobre este tema esta Corporación ha aplicado este criterio de imputación, en ciertas ocasiones, guiado por un argumento causal, como es que el

“Para la satisfacción del derecho es indiferente la forma como ella se lleve a cabo. Lo decisivo es únicamente que después de la ejecución de la acción, el propietario de la escuela privada disponga de medios suficientes; que el necesitado disponga de las condiciones mínimas de existencia y que le que desea estudiar disponga de una plaza de estudios. La irrelevancia que la forma jurídica de la ejecución de la acción tiene para la satisfacción del derecho⁷⁵ es el criterio para delimitar de los derechos a acciones positivas fácticas y a acciones positivas normativas”. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, 2ª ed, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008. [Traducción de Carlos Bernal Pulido], p.171.

⁷⁶ FORSTHOFF, Ernst. Tratado de Derecho Administrativo. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1958. Pág. 467.

⁷⁷ Ob cit. Pág. 467.

ataque del grupo armado se haya dirigido en contra de un establecimiento del Estado⁷⁸.

6.8.- Y por último, el otro criterio de imputación aplicable en casos en los que se discute la responsabilidad del Estado por acciones de grupos armados insurgentes es el de *daño especial*, que corresponde a un criterio de imputación en donde el desequilibrio de las cargas públicas, la equidad y la solidaridad son sus fundamentos⁷⁹, “*como materialización del reequilibrio ante una ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, fruto del perjuicio especial y anormal que debe soportar el administrado*”⁸⁰.

6.9.- Así, en cada caso, lo que debe examinarse es si por las condiciones que revista el daño antijurídico este se puede considerar como un acentuado y singular desequilibrio anormal de las cargas públicas que deben ser asumidas por los administrados⁸¹ entendiéndose como normal aquella carga que es ordinaria a la vida en sociedad.

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

“Las explicaciones que se dieron en el capítulo anterior sobre el daño especial como título de imputación por ataques terroristas, permiten deducir la

⁷⁸ “También ha determinado la Sala la imputabilidad al Estado por los daños sufridos por quienes son sometidos a la exposición a un riesgo de naturaleza excepcional, creado por la administración en cumplimiento del deber constitucional y legal de proteger a la comunidad en general. Para que el hecho violento del tercero pueda ser imputable al Estado, se requiere que éste haya sido dirigido contra un establecimiento”⁷⁸. Sección Tercera, sentencia de 5 de diciembre de 2006. Radicado: 28459.

⁷⁹ “la teoría del daño especial, contando con el substrato de la equidad que debe inspirar toda decisión judicial, se vale de la igualdad para fundamentar las soluciones que buscan restablecer el equilibrio ante las cargas de la administración en situaciones concretas, objetivo que se alcanza gracias a la asunción del principio de solidaridad como argumento de impulsión de la acción reparadora del Estado, como se observará al momento de considerar el caso concreto”. Sección Tercera. Sentencia de 3 de mayo de 2007. Radicado: (16696)

⁸⁰ Sección Tercera, sentencia del 13 de diciembre de 2005. Expediente: 24671.

⁸¹ Al respecto Michell Paillet, sostiene: “Esta condición es la traducción obligada de la idea según la cual solo hay carga pública cuando el que reclama una compensación ha padecido una suerte más desfavorable que implican los inconvenientes normales de la vida en sociedad. Esta, en efecto, procura ciertas ventajas y sus posibles inconvenientes deben ponerse en la balanza: para que esta especie de balance sea desequilibrado es necesario que el perjuicio causado por la Administración Pública sea verdaderamente anormal y que no constituya “una carga que incumbe normalmente al interesado” (sentencia Couiteas, pret.)” PAILLET, Michell. La Responsabilidad Administrativa. Universidad Externado, Bogotá, 2001. Pág. 220.

responsabilidad del Estado a partir del resultado dañoso, superior al que ordinariamente deben soportar y diferente del que asumen los demás pobladores, y proveniente del enfrentamiento armado entre las fuerzas del orden y el grupo subversivo de quien provino el ataque terrorista. Si bien como consecuencia de dicho enfrentamiento se causaron daños a los inmuebles contiguos al sitio de ubicación de la estación de policía, objeto central del atentado, la actuación de la fuerza pública fue legítima, en cuanto se desarrolló en cumplimiento de su obligación constitucional de defender la vida y los bienes de los administrados (...)⁸²

6.11.- Es la ruptura del equilibrio las cargas públicas, y la solidaridad como trasfondo filosófico que la orienta, el eje de la atribución de responsabilidad en estos casos, pues comprendida dentro del marco del Estado Social de Derecho, -y consagrada normativamente en el artículo 1° constitucional⁸³- resulta razonable imponer al Estado, en representación de la sociedad, la obligación de indemnizar a quienes materialmente se han visto afectados con el despliegue de una acción desplegada por grupos armados insurgentes, pues en virtud de dicho fin constitucional *“al Estado le corresponde garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, y para ello debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de inferioridad, (...) a través de la inversión en el gasto social, [o] adoptando medidas en favor de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.”*⁸⁴

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

⁸² Sección Tercera. Sentencia de 2 de octubre de 2008. Radicado: 52001-23-31-000-2004-00605-02 (AG).

⁸³ Constitución Política. Artículo 1°. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

⁸⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-237/1997. M.P.: Carlos Gaviria Díaz. Y continúa la sentencia indicando: “Es claro que el Estado no tiene el carácter de benefactor, del cual dependan las personas, pues su función no se concreta en la caridad, sino en la promoción de las capacidades de los individuos, con el objeto de que cada quien pueda lograr, por sí mismo, la satisfacción de sus propias aspiraciones.”

6.13.- Sobre los elementos que se deben reunir para la configuración del daño especial la doctrina ha sostenido:

“[...] la idea según la cual solo hay carga pública cuando el que reclama una compensación ha padecido una suerte más desfavorable que implican los inconvenientes normales de la vida social.

[...]

La especialidad es una condición inherente a la responsabilidad por ruptura de la igualdad ante las cargas públicas: esta no puede en efecto considerarse como realizada sino cuando un ciudadano administrado puede prevalerse de un tratamiento especialmente desfavorable que le haya impuesto sacrificios particulares”⁸⁵.

6.14.- En tanto que el daño especial es una doctrina, fundamento o criterio de fundamentación de la imputación de la responsabilidad que fue introducida por la jurisprudencia del Consejo de Estado de 1947. En la sentencia de 17 de noviembre de 1967 la Sección Tercera sostuvo, que lo “de la responsabilidad estatal resulta de la carga especial que se le impone a una persona por desvío, abuso o inacción del Estado”. En tanto que en la sentencia de 28 de octubre de 1976 esta Corporación argumentó,

“Responde el Estado, a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando al obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas, o a la equidad, que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado

[...]

Es que la responsabilidad sin falta, por daño especial, encuentra su respaldo en la equidad que campea como espíritu general en la Constitución y tiene especial repercusión en los artículos 30 y 33 de dicho estatuto, constitutivo de principios generales de derecho público interno, suficiente para configurar la responsabilidad. El Estado ha cumplido, pero la Nación, tributaria de aquél y destinataria de los resultados de su gestión, se ha beneficiado a costa del desmesurado, anormal e imprevisible daño sufrido por uno de los administrados y, por equidad, debe ocurrir a compensar el daño causado”.

6.15.- Se estructura el daño especial como fundamento de atribución de la responsabilidad en,

“[...] la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, aplicación del principio más general de las personas ante la ley.

(...)

La solución de principio exige, para que un daño sea reparado, que presente dos caracteres distintos y acumulativos: el perjuicio debe ser anormal y especial.

(...)

La anormalidad del perjuicio indemnizable corresponde a la idea simple de que la vida social implica inconvenientes y que si sólo estos inconvenientes traspasan cierto ‘umbral’, cierto nivel, dan derecho a reparación

(...)

⁸⁵ PAILLET, Michel. La Responsabilidad Administrativa. [Traducción: Jesús María Carrillo] 1º Edición, 2001, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pág. 219-221.

Esta teoría se aplica de manera excepcional y por equidad, precisamente, porque es subsidiaria, de modo que ha de recurrirse a ella tan sólo en eventos en los que el caso concreto examinado no logre un encasillamiento dentro de los otros regímenes de responsabilidad y se aprecie por el sentenciador que esa ausencia de tipicidad, si así puede decirse, comporta vulneración injustificada del principio de equidad”⁸⁶.

6.16.- Así mismo, se sostiene que se caracteriza porque la, *“tendencia a responsabilizar los entes administrativos, en virtud del comúnmente denominado “daño especial”, presenta, entre otras características las de prescindir de toda noción de culpa o de conducta ilícita del agente, de igual manera, se fundamenta primordialmente en la incidencia del daño que objetivamente ha soportado el particular de manera individual o personal, dado que sus congéneres, o, por lo menos, un grueso número de ellos ha padecido igual deterioro en sus bienes que integran el patrimonio; y, el proceder o conducta de la administración, como ha quedado vislumbrado, es a todas luces lícito y hasta loable”⁸⁷.*

6.17.- A las anteriores características, la jurisprudencia agrega que el *“principio de igualdad de todas las personas ante la ley y frente a las cargas públicas”⁸⁸, se*

⁸⁶ Sección Tercera, sentencia de 1 de agosto de 1991, expediente 6277. En la sentencia de 30 de noviembre de 1989 la Corporación planteó: “El sólo hecho de permitir el tránsito de vehículos automotores y personas por sitios potencialmente peligrosos, no constituye una falla administrativa generadora de responsabilidad, mas (sic) si esta tolerancia se realiza en sitios realmente peligrosos, si existe responsabilidad estatal, porque el Estado no puede en ningún caso permitir que los asociados se sometan con plena seguridad al peligro”. Sección Tercera, sentencia de 30 de noviembre de 1989, expediente 5424. Puede verse también, Sección Tercera, sentencias de 24 de octubre de 1991, expediente 6472; de 31 de mayo de 1990, expediente 5824. El daño especial se caracteriza porque se presenta “en aquellas en las que la administración en desarrollo de una actividad legítima afecta a los derechos de una persona por el rompimiento de la igualdad frente a la ley y a las cargas públicas”. Sección Tercera, sentencia de 30 de julio de 1992, expediente 6828. En la doctrina se sostiene que se “está en presencia de una medida no culposa, pero excepcional que ocasiona a un particular en el interés general, un perjuicio anormal. El fundamento de la responsabilidad reside en el atentado a la igualdad de todos ante las cargas públicas... la ruptura de esta igualdad no es generadora de responsabilidad sino en la medida en que resulte de una falta, o de la realización de un riesgo”. RIVERO, Jean. *Derecho administrativo.*, ob., cit., pp.310 y 311.

⁸⁷ Sección Tercera, sentencia de 19 de julio de 1991, expediente 6334. En la sentencia de 20 de febrero de 1989 se sostuvo: “La acción administrativa tiene por finalidad el servicio público. Si la acción administrativa trae beneficio a muchos asociados, pero perjudica con ello a cualquier persona, el sacrificio de ésta no tiene justificación posible, si es que la colectividad tiene como su elemento constitutivo la igualdad de las personas ante la ley”. Así mismo, en la sentencia de 5 de julio de 1991 se argumentó: “Se ha reconocido por la doctrina y la jurisprudencia que se compromete la responsabilidad patrimonial de la administración pública cuando ésta, en ejercicio de sus competencias y obrando dentro del marco de las disposiciones legales, causa con su actuación un perjuicio de naturaleza especial y anormal aun (sic) administrado, un daño que excede el sacrificio común de los ciudadanos debe normalmente soportar en razón de la peculiar naturaleza de los poderes públicos y de la actuación estatal”.

⁸⁸ El “principio de igualdad ante las cargas públicas, nacido como concreta manifestación del principio de igualdad en el ámbito tributario, incorpora esencialmente la idea de beneficio cuando es manejado en el ámbito de la responsabilidad de la Administración: en su virtud, los daños que el funcionamiento de los servicios públicos, la actividad administrativa, pueda ocasionar, deben ser siempre –tanto cuando haya culpa o antijuridicidad como cuando no- asumidos por la colectividad (a través de la Administración y la institución de la responsabilidad administrativa) porque son producto de una actividad (la desarrollada por la Administración) que a todos (a toda la colectividad) beneficia... La asunción de la indemnización del daño por parte de la colectividad, por parte de la Administración, es vista, así, como mecanismo restablecedor de la igualdad rota y como compensación del sacrificio –en aras de la colectividad- de la víctima... La aplicación y desarrollo de dicho principio en el ámbito de la responsabilidad administrativa se debe en gran medida a DUGUIT, que basó en él y en un conexo principio de solidaridad nacional para con las víctimas de las acción pública su defensa... de la responsabilidad objetiva global de la Administración”. MIR PUIGPELAT, Oriol.

acentúa de manera especial con el art. 13 de nuestra nueva Constitución, cuando prescribe que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica [...] A manera de síntesis, para que pueda hablarse de responsabilidad administrativa por daño especial, es indispensable la concurrencia de los siguientes requisitos tipificadores de la figura, a saber:

- a) Que se desarrolle una actividad legítima de la administración;*
- b) La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una persona;*
- c) El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento de la igualdad frente a la ley y a las cargas públicas;*
- d) El rompimiento de esa igualdad debe causar un daño grave y especial, en cuanto recae sólo sobre alguno o algunos de los Administrados (sic);*
- e) Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado; y*
- f) El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro, de los regímenes de responsabilidad de la administración”⁸⁹.*

6.18.- En la sentencia de 3 de mayo de 2007 la Sección Tercera consideró:

“El daño especial ha sido entendido como un título de imputación de aplicación excepcional, que parte de la imposibilidad de resarcir un daño claramente antijurídico con fundamento en un régimen subjetivo de responsabilidad. Aunque la situación a partir de la Constitución de 1991 ha cambiado radicalmente, el aparte transcrito resulta especialmente esclarecedor de los elementos que soportan la teoría del daño especial, ya que el mismo resalta claramente el papel que dentro del razonamiento jurídico realizado por el juez juega el principio de equidad. Es éste, y no otro elemento, el que conduce al juez a la convicción de que el daño que se causó es por esencia antijurídico; y que, por consiguiente, si no se encuentra fundamento a la reparación del mismo en la falla del servicio, debe buscarse en otro de los posibles regímenes de responsabilidad estatal. Lo dicho no debe entenderse como un reducto de arbitrariedad del juez, fruto exclusivo de su personal idea de justicia. Por el contrario, este tipo de razonamiento es el que se exige de todo y cada uno de los operadores jurídicos, quienes al momento de aplicar la ley deben aplicar la ley deben permear su interpretación con los principios constitucionales vigentes dentro del sistema jurídico, sobre todo a partir de la entrada en rigor de la nueva Constitución, norma que incorpora los valores y principios como un elemento axial dentro de su estructura, algo que debe reflejarse en la concepción del derecho que tengan los operadores jurídicos que funcionan dentro del sistema. Esta es, precisamente, la esencia del daño especial, la injusticia material que se derivaría de seguir otro parámetro de responsabilidad estatal en un caso concreto, situación que impone sobre los hombros del juez el deber de excepcionar la aplicación del régimen general con el objeto de dejar actuar la justicia material que de sentido al Estado Social de Derecho. Esta aproximación sirve para reforzar la idea de que la equidad en ningún momento debe entenderse como consecuencia del arbitrio judicial; por el contrario, se trata del uso de la discrecionalidad que permite –e incluso, en algunos casos exige- el ordenamiento para eventos en que la vía excepcional es la que cumple con el valor de justicia material que se busca”⁹⁰ [subrayado fuera de texto].

La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., pp.190 y 191.

⁸⁹ Sección Tercera, sentencia de 13 de septiembre de 1991, expediente 6453.

⁹⁰ Sección Tercera, sentencia de 3 de mayo de 2007, expediente 16696.

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

7.1.- Acreditado está en el expediente que el 18 de abril de 2003 en el Municipio de Dolores se presentó una incursión del grupo armado insurgente FARC aproximadamente a las 10:25 horas, en momentos en que se desarrollaba el acto litúrgico del viacrucis⁹¹. Como consecuencia de esta acción armada se presentó un cruce de disparos entre miembros del Ejército y la Policía Nacional con el grupo insurgente. Resultado de esta situación de orden público fue la muerte del soldado Francisco Hernández Vivas, el civil Fabio Ortiz Castro y el menor Didier Stiven Gonzales Lozano, además de otros heridos.

7.2.- Se destaca que en uno de los apartes del informe rendido por el comandante del Distrito Cuatro de Policía del Departamento del Tolima se lee: *“Es de anotar que según informaciones, las personas civiles que fueron víctimas del hostigamiento sufrieron daños por causa de balas perdidas en el enfrentamiento, y que los subversivos que se encontraban infiltrados poseían armamento de corto alcance “Pistolas”, ya que los que se encontraban alrededor del pueblo portaban armamento largo (fusiles y M60) efectuando disparos y ráfagas a la localidad”.*

⁹¹ Así se referenció en el Oficio No. 0113/DISPUR de 19 de abril de 2003 suscrito por el Comandante del Distrito Cuarto de Policía Purificación del Departamento de Policía del Tolima. Se lee: “Comendidamente me permito informar a mi Coronel la novedad ocurrida el día 18-04-03 en la jurisdicción del municipio de Dolores en la cual resultaron muertos dos civiles y un militar, así:

Hechos:

Siendo las 10:25 horas del día mencionado momentos en que se realizaba la procesión del viacrucis con la presencia de la señora alcaldesa de Dolores, se presentó un hostigamiento por parte de terroristas de las FARC-EP. Los cuales se encontraban infiltrados dentro de la población civil que se encontraba en dicha ceremonia, y que arremetieron en contra de la población y fuerza pública (Ponal-Ejercol). Donde resultaron muertos: El Soldado Voluntario Hernández Vivas Francisco, quien presenta tres impactos con arma de fuego de corto alcance, a la altura de la cabeza, de la misma forme le fue hurtado fusil Galil calibre 5.56 con un proveedor; y los civiles Fabio Ortiz Castro (...), 40 años, unión libre, 5° de primaria, comerciante, natural y residente en Dolores, quien fue asesinado en el patio de la residencia ubicada en la calle 8 # 5-22, el cual presenta impacto con arma de fuego de corto alcance, a la altura de la cabeza; y el menor Didier Stiven Gonzales Lozano (...) de dolores, 15 años, estudiante, presenta dos impactos con arma de fuego de corto alcance, a la altura del rostro, practicó el levantamiento del os occisos la señora Mercedes Ibarra Vargas alcaldesa de Dolores en compañía del personal policial de la localidad. De la misma forma resultaron heridos: SV Ospina Jesús Alberto (...), quien se encuentra adscrito al batallón Rooke y que presenta herida con arma de fuego en el glúteo izquierdo, y esquirlas en diferentes partes en Dolores, quien presenta herida arma de fuego a la altura de la rodilla derecha, con fractura abierta; y el menor Oscar Ibarra Gonzales, 10 años, natural y residente en Dolores, hijo de Rodrigo y Deyci, el menor presenta herida arma de fuego de corto alcance, en el tobillo derecho, y lesión uretral interna, los que fueron atendidos en el hospital de dicha localidad, y que posteriormente fueron remitidos a la ciudad de Ibagué.

Es de anotar que según informaciones, las personas civiles que fueron víctimas del hostigamiento sufrieron daños por causa de balas perdidas en el enfrentamiento, y que los subversivos que se encontraban infiltrados poseían armamento de corto alcance “pistolas”, ya que los que se encontraban alrededor del pueblo portaban armamento largo (fusiles y M60) efectuando disparos y ráfagas a la localidad.

Lo anterior para conocimiento de mi Coronel y demás fines que estime convenientes.” (fls 7-9, c3)

7.3.- De igual manera, está demostrado que en la zona donde se ubica el Municipio de Dolores operaba para la fecha de los hechos hacía presencia el Frente XXV Armado Ríos de las FARC EP, que desde 1999 había ejecutado acciones delictivas en Municipios cercanos como Icononzo, Prado, Natagaima, Alpujarra y en Dolores (fls 148-176, c2).

7.4.- También se acreditó que Mercedes Ibarra Vargas, quien fungía como Alcaldesa para la época de los hechos, había sido amenazada por el grupo armado insurgente y habían recibido cinco atentados en su contra desde julio de 2002⁹² y en su declaración señaló que el objetivo de la incursión del 18 de abril de 2003 era darle de baja: “El objetivo era asesinarla, estuviera donde estuviera y que no iban a respetar población ni nada, su objetivo también era tomarse el pueblo, porque según ellos esa región es de ellos” (fl 37, c2). Este dicho de la ex funcionaria municipal se corroboran cuando se advierte en el expediente de copias de panfletos distribuidos el 18 de abril de 2003 por el Frente XXV Armando Ríos de las FARC con afirmaciones injuriosas contra la señora Mercedes Ibarra (fl 39, c2).

7.5.- Respecto de Fabio Ortiz Castro los elementos probatorios indican que éste perdió la vida cuando se encontraba en la casa de su hermano Arturo Ortiz. Cenen Bahamón Pacheco declaró: *“Preguntado: Sabe usted, cómo, dónde y cuándo falleció Fabio Ortiz Castro? Contesto: Si. El murió de un disparo que le pegaron el a cabeza, murió en la casa de Arturo Ortiz el hermano de él, no recuerdo si la fecha, pero yo estaba con él, estaba también la hermana de él que le dicen Yina porque se llama Etebina, estaba el hermano de él Arturo Ortiz, estaba Deyanira la esposa de Arturo Ortiz, y estaba la esposa mía Guerly García Pacheco, esas eran*

⁹² En su declaración Ibarra Vargas señaló sobre el particular: “(...) La Policía y el Ejército están atentos para controlar el orden público desde hace mucho tiempo, el Ejército ha estado muy permanentemente (sic) desde el año de 2002, gracias a mi gestión, y la policía, regresa a dolores el 14 de marzo de 2002, después de haber luchado para que se ordenara el regreso de los uniformados al Municipio de Dolores, desde entonces la situación ha sido crítica, donde inmediatamente fui declarada objetivo militar y desde esa fecha llevo cinco amenazas conjuntamente con atentados. El primer atentado es el 17 y 18 de julio de 2002, en la toma guerrillera al Municipio de Dolores, donde queda semidestruido, ellos llegaron dándole directamente al Despacho de la Alcaldía el cual quedó destruido totalmente y la casa mía calleron (sic) dos cilindros los cuales para gloria de Dios no explotaron, que posteriormente los desactivó el Ejército, más granadas que aparecieron en diferentes partes de la casa y es la única casa que no le pasa nada, las demás un domingo contra mi casa, y ahí resultan cuatro soldados heridos; el tercer atentado es el que tiene para el día internacional de la mujer 8 de marzo de 2003, el día 7 por comentarios de la población quienes me dieron a conocer que la guerrilla en una reunión de ese día que me iban a celebrar el día internacional de la mujer, y precisamente tenían tres artefactos para volar toda la manzana, y se encontraron tres cilindros, y abajo al lado del matadero encontraron otro de mayor poder; el cuarto atentado que es donde la gente me sugiere que debo salirme del Despacho donde yo estaba atendiendo, porque había presencia de milicianos que me iban a pistolear, de todas maneras uno de los milicianos entró a la sala de espera, y él salió rápido y se tenía conocimiento que habían varios para pistolearme, y el quinto atentado es el día viernes santo que venían por mí y yo salí porque soy muy devota (...)”. (fls 36-37, c2).

las personas que habían ahí. Ese día estábamos en la puerta de la cocina cuando una bala le pegó a él y él cayó ahí y murió.” (fl 41, c2).

7.6.- Existe, entonces, una clara y ponderada narrativa del caso que surge de la valoración de los elementos de prueba que informan el *sub judice*, tales elementos permiten dar por acreditado con fuerza de verdad judicial que Fabio Ortiz Castro murió violentamente como consecuencia del fuego cruzado que se trabó en la toma a la población de Dolores por parte del grupo armado insurgente FARC. De lo valorado no se encuentra con elemento alguno que informe a esta judicatura sobre la procedencia del proyectil de bala que impactó la humanidad de Ortiz Castro, sin embargo, no queda duda que su muerte ocurrió como consecuencia directa de este enfrentamiento armado entre fuerzas policiales e insurgentes, esto es, en el marco de un suceso propio del conflicto armado interno, máxime cuando se acreditó un escenario previo y reiterado de ataques contra la población y la burgomaestre de esa población.

7.7.- Fijadas, como quedaron, las premisas fácticas que cuentan con apoyo probatorio en este juicio contencioso se sigue que en este caso no se encuentra probada la falla del servicio, esto es, el incumplimiento de deberes normativos a cargo del Ministerio de Defensa – Ejército y Policía Nacional, pues no se evidenció que la Entidad demandada tuviere conocimiento previo de la acción desplegada por el grupo armado insurgente, por el contrario, los elementos de juicio informan sobre la presencia de militares y policiales en el sector y su disposición a repeler el ataque insurgente lanzado contra la población, razón por la cual esta Sala de Subsección no cuenta con elementos de juicio que le permitan afirmar un incumplimiento de deberes normativos a cargo de las demandadas.

7.8.- Así las cosas, se pasa a analizar la responsabilidad a partir del criterio de imputación del riesgo excepcional, respecto del cual la Sala no encuentra fundamento para ser aplicado dado que no se evidencia actuación alguna de la administración que hubiese sido generadora de un riesgo de naturaleza anormal, pues la Estación de Policía se encontraba en ese lugar cumpliendo el deber constitucional de propender por el *“mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.”* (Artículo 218 constitucional), y si bien de los medios de prueba aportados se encuentra que los insurgentes atacaron, entre otras edificaciones, la de la Policía Nacional, no puede señalarse, por ese solo hecho, que se expuso a un riesgo anormal o superior a la víctima fatal.

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

7.10.- Por consiguiente, encuentra la Sala que hay lugar a declarar la responsabilidad del Estado (en este caso Ministerio de Defensa – Ejército y Policía Nacional) por la muerte violenta de Fabio Ortiz Castro ocurrida el 18 de abril de 2003 en el Municipio Dolores con apoyo en el criterio de motivación de imputación de daño especial, esto es, bajo un criterio de responsabilidad objetiva.

Pasa la Sala a verificar los perjuicios decretados por el *a-quo*.

8.- Los perjuicios solicitados en la demanda.

En los escritos de demanda y adición a la misma se solicitó el reconocimiento de los siguientes perjuicios: i) Materiales, consistentes en lucro cesante, a favor de la compañera permanente Ana Milena Peña, su hija Zaira Camila Ortiz e hijastra Yesica Fatzery Carrizosa, ii) Inmateriales, en la modalidad de morales, a favor José Ignacio Ortiz, Oliva Castro (padres), Ana Milena Peña (compañera permanente), Zaira Camila Ortiz, Yesica Fatzery Carrizosa (hija e hijastra), Carlos Arturo, José Antonio, María Lucrecia, Rosalba, Gustavo, Etelvina, Jaime y Marcelino Ortiz Castro (hermanos) e iii) Inmateriales en la modalidad de daño a la vida de relación a favor de los padres, hermanos, compañera permanente, hija e hijastra.

8.1.- Reconocimiento y tasación de perjuicios morales.

8.1.1.- A efectos de considerar el reconocimiento y tasación de los perjuicios morales en caso de muerte, se hace preciso traer a colación los criterios jurisprudenciales fijados de manera unificada por el Pleno de la Sala de Sección Tercera, en la sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 26251, en los siguientes términos:

“[P]ara la reparación del perjuicio moral en caso de muerte se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia calidad de perjudicados o víctimas indirectas, los cuales se distribuyen así:

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio de 100 SMLMV.

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio.

La siguiente tabla recoge lo expuesto:

GRAFICO No. 1					
REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Regla general en el caso de muerte	Relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

Así las cosas, para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva, y finalmente, para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.”

8.1.2.- Dicho lo anterior, se encuentra acreditada en debida forma la inferencia lógica de aflicción, guiada de las máximas de la experiencia, al estar probadas las relaciones de parentesco que frente a la víctima fatal, Fabio Ortiz Castro,

acreditaron José Ignacio Ortiz, Oliva Castro [Padres⁹³], Ana Milena Peña [Compañera Permanente⁹⁴], Zaira Camila Ortiz Peña [hija⁹⁵], Yesica Fatzery Carrizosa [hijastra⁹⁶], Carlos Arturo, José Antonio, María Lucrecia, Rosalba, Gustavo, Jaime, Marcelino y Etelvina Ortiz Castro [hermanos⁹⁷].

8.1.3.- Siendo así cuanto precede, la Sala encuentra sustento para reconocer perjuicios morales a favor de todos los demandantes confirmando el monto reconocido por el *a-quo*, por cuanto éste se ajusta a los parámetros jurisprudenciales unificados por el Pleno de la Sección Tercera de esta Corporación. Por consiguiente la Sala conservará lo dispuesto en este punto por el Tribunal, en los siguientes términos:

Nombre	Calidad	Monto reconocido
José Ignacio Ortiz	Padre	100 SMMLV
Oliva Castro	Madre	100 SMMLV
Ana Milena Peña	Compañera permanente	100 SMMLV
Zaira Camila Ortiz	Hija	100 SMMLV
Yesica Fatzery Carrizosa	Hijastra	100 SMMLV
Carlos Arturo Ortiz Castro	Hermano	50 SMMLV
José Antonio Ortiz Castro	Hermano	50 SMMLV
María Lucrecia Ortiz Castro	Hermana	50 SMMLV
Rosalba Ortiz Castro	Hermana	50 SMMLV
Gustavo Ortiz Castro	Hermano	50 SMMLV
Jaime Ortiz Castro	Hermano	50 SMMLV
Marcelino Ortiz Castro	Hermano	50 SMMLV
Etelvina Ortiz Castro	Hermana	50 SMMLV

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

8.2.1.- Es el artículo 1614 del Código Civil el que establece la disposición normativa respecto de la indemnización de perjuicios materiales a título de lucro cesante, ubicado dentro del Libro IV del Código relativo a las obligaciones y los contratos. En dicho artículo el Código define el lucro cesante como “la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento.”. A

⁹³ Cfr. fl 18, c1

⁹⁴ Cfr. Declaraciones testimoniales de María Belén García Pacheco, Libardo González Galindo y Cenen Bahamón Pacheco (fls 38-40, c2).

⁹⁵ Cfr. fl 17, c1

⁹⁶ Cfr. Declaraciones testimoniales de María Belén García Pacheco, Libardo González Galindo y Cenen Bahamón Pacheco (fls 38-40, c2).

⁹⁷ Cfr. fls 10-15, 40 y 224, c1

partir de allí, queda claro que la indemnización de perjuicios abarca el aumento patrimonial que fundadamente podía esperar una persona de no ser por haber tenido lugar, en el caso de la responsabilidad extracontractual, el hecho dañoso, por lo tanto este perjuicio se corresponde con la idea de ganancia frustrada⁹⁸. Al respecto esta Corporación ha sostenido:

“En cuanto al lucro cesante esta Corporación ha sostenido reiteradamente, que se trata de la ganancia frustrada o el provecho económico que deja de reportarse y que, de no producirse el daño, habría ingresado ya o en el futuro al patrimonio de la víctima. Pero que como todo perjuicio, para que proceda su indemnización, debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a reparación alguna⁹⁹.

Así las cosas, este perjuicio, como cualquier otro, si se prueba, debe indemnizarse en lo causado.”¹⁰⁰

8.2.2.- En cualquier caso, la indemnización por concepto de lucro cesante no constituye sanción alguna, ya que su vocación es el restablecimiento del equilibrio económico derivado del daño antijurídico producido e imputado al responsable, cuya causación se cuantifica desde la fecha de los hechos¹⁰¹.

8.2.3.- Puede tratarse también de a pérdida de utilidad que no siendo actual, la simple acreditación de su existencia es suficiente en cuanto a su certeza¹⁰², lo que configura el lucro cesante futuro o anticipado, así como debe tenerse en cuenta (1) las circunstancias del caso en concreto y las “aptitudes” de quien resulta perjudicado, esto es, si la ventaja, beneficio, utilidad o provecho económico se habría o no realizado a su favor¹⁰³, o (2) si la misma depende de una contraprestación de la víctima que no podrá cumplir como consecuencia del hecho dañoso, de manera que se calcula a su favor el valor entre el beneficio, utilidad o provecho económico y el valor por la víctima debido¹⁰⁴ [que puede incluir el reconocimiento de labores no remuneradas domésticas con las que apoyaba a su familia]; (3) puede comprender los ingresos que se deja de percibir por las secuelas soportadas por la víctima¹⁰⁵; (4) debe existir cierta probabilidad objetiva

⁹⁸ Esta Corporación ha sostenido esta idea de lucro cesante. Puede verse, por ejemplo, la sentencia de 6 de febrero de 1986. C.P.: Julio Cesar Uribe Acosta Rad. 3575, en donde se dijo: “El lucro cesante, [es] entendido como la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia del hecho ilícito”.

⁹⁹ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 de mayo de 2007. Exp. 15989. C.P.: Mauricio Fajardo y de 1 de marzo de 2006. Exp. 17256. M.P.: María Elena Gómez Giraldo.

¹⁰⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 7 de julio de 2011. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa Exp. 18008.

¹⁰¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 14 de noviembre de 1967, expediente 718.

¹⁰² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 27 de septiembre de 1990, expediente 5835.

¹⁰³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 27 de septiembre de 1990, expediente 5835.

¹⁰⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 27 de septiembre de 1990, expediente 5835.

¹⁰⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 19 de agosto de 2011, expediente

que resulte del curso normal de las cosas y del caso en concreto¹⁰⁶, pero no cabe reconocer cuando se trata de una mera expectativa¹⁰⁷; (5) la existencia de la incapacidad no es suficiente para ordenar la indemnización por lucro cesante cuando el lesionado está demostrado que siguió laborando en el mismo oficio que desempeñaba¹⁰⁸.

8.2.4.- El contenido del lucro cesante, tanto consolidado o debido, como futuro o anticipado, debe fundarse en la aplicación por el juez administrativo del principio de equidad¹⁰⁹ [para determinar la proporción y valoración del perjuicio¹¹⁰] y del respeto del derecho a la reparación integral¹¹¹ constitucional y convencionalmente reconocido [artículos 90 y 93 de la Carta Política y 1.1, 2, y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos].

8.2.5.- Para la prueba del lucro cesante [consolidado o debido y futuro o anticipado] todos los medios probatorios son admisibles, especialmente la prueba indiciaria, en cuya valoración deben atenderse a ciertas reglas: (1) que el hecho dañoso del que se desprende el perjuicio comprende su integridad; (2) su cuantía no debe guardar proporción con la gravedad o no de la culpa del hecho dañoso cometido por el responsable; (3) su cuantía no puede superar el hecho dañoso efectivamente producido¹¹²; (4) cuando se trate de un dictamen pericial debe contar con los soportes suficientes para la determinación y cuantificación¹¹³.

8.2.6.- En este sentido, cabe precisar que la indemnización por lucro cesante puede provenir bien sea por un daño causado a una persona (bien sea una lesión o la muerte), caso en el cual el rubro indemnizatorio estará determinado por la mengua que sufrió el sujeto y que le limita total o parcialmente para el ejercicio de actividades productivas¹¹⁴; como también puede derivarse este perjuicio cuando

1992.

¹⁰⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 23 de mayo de 2012, expediente 22541; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 8 de agosto de 2012, expediente 23691.

¹⁰⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 30 de marzo de 2011, expediente 19567.

¹⁰⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 13 de diciembre de 1995, expediente 10605.

¹⁰⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 27 de septiembre de 1990, expediente 5835; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 19 de agosto de 2011, expediente 19633; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334.

¹¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 23 de mayo de 2012, expediente 23135; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012, expediente 19959.

¹¹¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 31 de enero de 2011, expediente 17842.

¹¹² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 27 de septiembre de 1990, expediente 5835.

¹¹³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012, expediente 19920; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 19 de agosto de 2011, expediente 19633.

¹¹⁴ Sobre este punto destaca Henao lo siguiente: “Cuando fallece una persona, sus deudos tienen derecho a recibir indemnización por el dinero que deja de aportarles el muerto. (...) Cuando la persona es lesionada, el

los daños son sufridos por cosas muebles o inmuebles de las cuales se genera para la víctima un beneficio lucrativo; en este, y para no entrar en confusión con el daño emergente, la indemnización no pretende reparar los daños de los bienes sino verificar la utilidad líquida que dejó de ganar la víctima¹¹⁵. En todo caso, siempre se hace énfasis en la capacidad productiva o de explotación económica para determinar la existencia de tal perjuicio material.

8.2.7.- Dicho perjuicio requiere ser probado, tanto su existencia o causación como su magnitud patrimonial; en este sentido, no puede ser objeto de indemnización un perjuicio que sea hipotético o meramente eventual, pues para la indemnización del perjuicio es necesario tener certeza, so pena de que este no sea tenido en cuenta; tal consideración aplicable bien para acreditar su existencia como para su tasación¹¹⁶.

8.2.8.- Respecto de este perjuicio la parte demandante lo hizo consistir en las sumas de dinero que Ana Milena Peña [compañera permanente], Zaira Camila Ortiz [hija] y Yesica Fatzery Carrizosa [hijastra] dejaron de percibir en razón a la ayuda económica que les reportaba Fabio Ortiz Castro quien, según la demanda, devengaba ingresos mensuales por un millón ochocientos mil pesos (\$1.800.000).

8.2.9.- Se acreditó que el causante contaba con la matrícula profesional de técnico electricista No. 008797 expedida por el Consejo Nacional de Técnicos Electricistas desde 1995 (fl 19, c1), también de probó que según constancia de la Secretaría de Planeación y Obras Públicas de Purificación:

“(...) Fabio Ortiz Castro, identificado (a) con Cédula de Ciudadanía No. 85190084, residente en el Barrio Modelo del municipio de Purificación Tolima, fue

lucro cesante consistirá en el dinero que habría recibido la persona de no haber ocurrido el daño y cuya pérdida o mengua se origina en su incapacidad laboral.” HENAO PÉREZ, Juan Carlos. El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia. 1° edición, 1998. Págs. 210 y 212.

¹¹⁵ HENAO PÉREZ, Juan Carlos. El daño. Ob. Cit. pág. 225. Igualmente Tamayo Jaramillo indica: “La destrucción o deterioro de una cosa puede adicionalmente privar a la víctima de la utilidad o provecho que el bien le producía cuando no había sido inmovilizado. Asimismo, cuando la víctima con su propio dinero repara o reemplaza el bien dañado, este vuelve a producir el rendimiento inicial, pero el damnificado se ve privado de la utilidad o provecho que le habría producido ese capital de no haber tenido que invertirlo en la reparación o reemplazo.” TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. TOMO II. Bogotá, Legis. 2° edición, 2007. Pág. 842.

¹¹⁶ Sobre este punto la jurisprudencia ha sostenido: “En cuanto tiene que ver con el *lucro cesante*, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido reiteradamente que el mismo, para que proceda su indemnización, debe ser *cierto*, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a reparación alguna. El perjuicio indemnizable, entonces, puede ser actual o futuro, pero, de ningún modo, eventual o hipotético. Para que el perjuicio se considere existente debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas producido por el daño, por la actividad dañina realizada por la autoridad pública¹¹⁶.” Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 2 de mayo de 2007. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Radicado: 15989. Igualmente, sentencia de la misma Corporación de 1° de marzo de 2006. C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Rad. 17256.

vinculado al Sistema de Identificación de Beneficiarios para Subsidios del Estado Sisben el día 28 de octubre de 1997, quedando clasificado Socioeconómicamente en el nivel de pobreza DOS (2) con Cuarenta y Dos puntos, en la ficha No. 629, junto con su grupo familiar, su esposa Ana Milena Peña Alape, identificada con cédula de ciudadanía No (...) y sus hijas Yesica Carrisoza Peña y Saira Camila Ortiz Peña.” (fl 21, c1).

8.2.10.- Obran certificaciones de trabajos elaborados por Fabio Ortiz Castro para Serving Ingeniería Ltda., por valor de \$1.710.000 en el periodo septiembre y noviembre de 2002 (fls 41-42, c1).

8.2.11.- Se encuentran declaraciones de María Belén García Pacheco, Libardo González Galindo y Cenen Bahamón Pacheco donde informan que el occiso tenía como ocupación la de ser electricista y que colaboraba económicamente con su núcleo familiar, particularmente refieren que también tenía a su cargo, económicamente, a su hijastra Yesica Carrizosa Pena¹¹⁷.

8.2.12.- Revisados los anteriores elementos probatorios, la Sala constata que el señor Fabio Ortiz Castro se encontraba en edad laboralmente activa y ejercía una actividad económica. No obstante, en cuanto hace relación al monto sobre el cual debe establecerse éste, no se encuentra base probatoria de apoyo para la afirmación de la demanda según la cual éste percibía mensualmente ingresos por un millón ochocientos mil pesos (\$1.8000.000); salvo una certificación de servicios prestados en septiembre y noviembre de 2002 la Sala no puede pasar por alto que desde 1995 el fallecido y su núcleo familiar habían sido reconocidos dentro de Sisben, sistema éste que encuentra su base constitucional en los artículos 356 y 357 superiores, a nivel legal en los artículos 30 de la Ley 60 de 1993¹¹⁸ y 94 de la Ley 715 de 2001¹¹⁹ y que ha sido definido por la Corte Constitucional como “(...) *el principal instrumento a disposición de las autoridades de las entidades territoriales para focalizar el gasto social descentralizado. Este instrumento, sirve para seleccionar a los beneficiarios de los programas sociales dirigidos a los sectores más pobres y vulnerables de la población colombiana, financiados, básicamente,*

¹¹⁷ Cfr. fls 38-41, c2.

¹¹⁸ Ley 60 de 1993. Artículo 30º.- *Definición de focalización de los servicios sociales.* Defínase focalización de subsidios al proceso por el cual se garantiza que el gasto social se asigna a los grupos de población más pobres y vulnerables.

Para esto, el CONPES social, definirá cada tres años los criterios para la determinación, identificación y selección de beneficiarios y para la aplicación del gasto social por parte de las entidades territoriales.

¹¹⁹ Ley 715 de 2001. Artículo 94. Definición de focalización de los servicios sociales. Focalización es el proceso mediante el cual se garantiza que el gasto social se asigne a los grupos de población más pobre y vulnerable. El Conpes Social definirá cada tres años los criterios para la determinación, identificación y selección de beneficiarios, así como los criterios para la aplicación del gasto social por parte de las entidades territoriales. En todo caso, las entidades territoriales al realizar inversión social, especialmente mediante la asignación de subsidios, deberán aplicar los criterios de focalización, definidos por el Conpes Social.

con los recursos provenientes de las transferencias intergubernamentales”¹²⁰; de tal recuento normativo refulge que quienes están incluidos en este sistema de focalización de gasto social se ubican dentro de las nociones de población pobre y/o vulnerable, razón esta suficiente como para que esta Sala tase como ingreso base de liquidación el salario mínimo mensual legal vigente para la fecha en que se dicta este fallo, esto es, \$689.455 y comprenderá los periodos consolidado y futuro, en los siguientes términos:

8.2.13.- Liquidación por concepto de lucro cesante consolidado.

Indemnización que corre entre la fecha en que ocurrió el deceso de Fabio Ortiz Castro (18 de abril de 2003) hasta el momento en que se dicta esta sentencia (5 de julio de 2016). Ahora, comoquiera que se trata de tres (3) beneficiarios (cónyuge, hija e hijastra), el rubro indemnizatorio debe dividirse en tres fracciones, una correspondiente al cincuenta por ciento (50%) a favor de Ana Milena Peña (compañera permanente) y lo restante en partes iguales a favor de Yessica Fatzery Carrizosa y Zaira Camila Ortiz Peña (25% c/u).

Liquidación por concepto de lucro cesante consolidado a favor de Ana Milena Peña.

Efectuadas las anteriores previsiones, corresponde liquidar este perjuicio conforme a la siguiente fórmula:

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

Donde,

S: es la indemnización a obtener.

Ra: renta actualizada que es de \$323.182,03 (la cual se obtiene luego de agregar a dicho salario un 25% correspondiente a prestaciones sociales y descontado otro 25% que ha sido entendido por la jurisprudencia de esta Corporación como la parte o monto que el causante hubiera destinado para sus gastos propios o personales, además se tasa sobre el cincuenta por ciento (50%) del resultado obtenido).

n: número de meses que comprende el período indemnizable: 160,9 meses.

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

¹²⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-307 de 1999. En otro aparte de la misma providencia se lee: “El SISBEN es un programa de focalización del gasto social descentralizado, diseñado por el Departamento Nacional de Planeación e implementado y operado por los distritos y los municipios. Consiste, básicamente, en la recolección, a través del mecanismo de la encuesta, de la información que se requiere para completar la denominada ficha de clasificación socioeconómica. Dicha ficha, tras ser procesada y sistematizada por medio de una aplicación especial creada para estos efectos, arroja un puntaje que permite ubicar a la familia o individuo encuestado en alguno de los seis niveles de pobreza preestablecidos.”

$$S: Ra (\$323.182,03) \frac{(1+0.004867)^{160,9} - 1}{0.004867}$$

S: \$78.627.015,22.

En consecuencia, corresponde liquidar por concepto de lucro cesante consolidado la suma de setenta y ocho millones seiscientos veintisiete mil quince pesos con veintidós centavos (\$78.627.015,22) a favor de Ana Milena Peña.

Liquidación común por concepto de lucro cesante consolidado a favor de Zaira Camila Ortiz Peña y Yesica Fatzery Carrizosa Peña.

Efectuadas las anteriores previsiones, corresponde liquidar este perjuicio conforme a la siguiente fórmula:

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

Donde,

S: es la indemnización a obtener.

Ra: renta actualizada que es de \$161.591,01 (la cual se obtiene luego de agregar a dicho salario un 25% correspondiente a prestaciones sociales y descontado otro 25% que ha sido entendido por la jurisprudencia de esta Corporación como la parte o monto que el causante hubiera destinado para sus gastos propios o personales, además se tasa sobre el veinticinco por ciento (25%) del resultado obtenido para cada una de las beneficiarias).

n: número de meses que comprende el período indemnizable: 160,9 meses.

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

$$S: Ra (\$161.591,01) \frac{(1+0.004867)^{160,9} - 1}{0.004867}$$

S: \$39.313.506,39

En consecuencia, corresponde liquidar por concepto de lucro cesante consolidado la suma de treinta y nueve millones trecientos trece mil quinientos seis pesos con treinta y nueve centavos (\$39.313.506,39) para cada una de las beneficiarias, a saber: Zaira Camila Ortiz Peña y Yesica Fatzery Carrizosa Peña.

8.2.14.- Liquidación por concepto de lucro cesante futuro.

Indemnización que corre entre el día siguiente a cuando se dicta este fallo (6 de julio de 2016) y culmina según las circunstancias particulares de cada una de las tres beneficiarias, así: i) Respecto de Ana Milena Peña hasta la fecha de vida probable del fallecido previa deducción del periodo transcurrido hasta el momento del fallo, ii) Respecto de Yesica Fatzery Carrizosa Peña hasta el 25 de junio de 2021 cuando cumple 25 años de edad y iii) Respecto de Zaira Camila Ortiz Peña

hasta el 8 de septiembre de 2025 cuando, igualmente, cumpla la edad de 25 años.

Liquidación por lucro cesante futuro a favor de Ana Milena Peña

Este perjuicio se determina conforme a la siguiente fórmula:

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

Donde,

S: es la indemnización a obtener.

Ra: renta actualizada que es de \$323.182,03

n: corresponde al período futuro indemnizable siendo de 280,34 meses¹²¹.

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

$$S = Ra (\$323.182,03) \frac{(1+0.004867)^{280,34} - 1}{0.004867 (1+0.004867)^{280,34}}$$

S: \$49.378.570,70

Liquidación por lucro cesante futuro a favor de Yesica Fatzery Carrizosa Peña.

Este perjuicio se determina conforme a la siguiente fórmula:

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

Donde,

S: es la indemnización a obtener.

Ra: renta actualizada que es de \$161.591,01

n: corresponde al período futuro indemnizable siendo de 60,5 meses¹²².

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

$$S = Ra (\$161.591,01) \frac{(1+0.004867)^{60,5} - 1}{0.004867 (1+0.004867)^{60,5}}$$

S: \$8.450.713,88

Liquidación por lucro cesante futuro a favor de Zaira Camila Ortiz Peña.

Este perjuicio se determina conforme a la siguiente fórmula:

¹²¹ En atención a que las tablas de mortalidad aprobadas mediante Resolución No. 0497 de 1997 de la Superintendencia Bancaria establecen que para un hombre de 40 años (edad de Fabio Ortiz Castro para abril de 2003) el tiempo de vida probable es de 36,77 años que en meses equivale a 441,24 meses. A esta cifra debe descontarse el tiempo de indemnización reconocido dentro del lucro cesante consolidado (160,9 meses) arrojando un resultado de 280,34 meses, sobre el cual se realizará la liquidación de lucro cesante futuro.

¹²² Tiempo restante entre el 6 de julio de 2016 y el 25 de junio de 2021 (1815 días que equivalen a 60,5 meses)

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

Donde,

S: es la indemnización a obtener.

Ra: renta actualizada que es de \$161.591,01

n: corresponde al período futuro indemnizable siendo de 111,7 meses¹²³.

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

$$S = Ra (\$161.591,01) \frac{(1+0.004867)^{111,7} - 1}{0.004867 (1+0.004867)^{111,7}}$$

S: \$13.898.260,86

8.2.15.- **En conclusión** por concepto de lucro cesante se reconocerá a favor de Ana Milena Peña ciento veintiocho millones cinco mil quinientos ochenta y cinco pesos con noventa y dos centavos (**\$128.005.585,92**), a favor de Yesica Fatzery Carrizosa Peña cuarenta y siete millones setecientos sesenta y cuatro mil doscientos veinte pesos con veintisiete centavos (**\$47.764.220,27**) y a favor de Zaira Camila Ortiz Peña cincuenta y tres millones doscientos once mil setecientos sesenta y siete pesos con veinticinco centavos (**\$53.211.767,25**).

8.3.- Perjuicios inmaterial petitionado como daño a la vida de relación.

8.3.1.- Finalmente, los actores petitionaron el reconocimiento del denominado daño a la vida de relación que hicieron consistir en el hecho de saber que no contarán en adelante con la presencia de su familiar quien los apoyaba en sus diferentes aspectos familiares y personales como hijo, hermano, compañero o padre. Este perjuicio se tasó en un monto de ciento cincuenta Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes (150 SMMLV) para cada uno de los padres, hijas y compañera permanente y en ochenta Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes (80 SMMLV) para cada uno de los hermanos.

8.3.2.- Sobre el particular, esta Sala hace énfasis en que la jurisprudencia del Pleno de la Sección Tercera en providencias de 28 de agosto de 2014¹²⁴ unificó las categorías conceptuales y parámetros indemnizatorios de los perjuicios que caben adscribir dentro de la categoría de inmateriales. Así, además del consabido perjuicio moral fueron objeto de unificación el daño a la salud y el daño inmaterial

¹²³ Tiempo restante entre el 6 de julio de 2016 y el 8 de septiembre de 2025 (3351 días que equivalen a 111,7 meses)

¹²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Pleno de Sección Tercera. Sentencias de 28 de agosto de 2014, Expedientes Nos. 26251, 27709, 32988, 31172, 36149, 28804, 31170 y 28832.

por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. Por consiguiente, esta Sala, en aras de garantizar el acceso material y efectivo a la administración de justicia estudiará estos dos categorías de perjuicios y, luego de ello, resolverá en el caso concreto lo pertinente.

8.3.3.- Daño a la salud. En orden a considerar la procedencia de dicho perjuicio se impone precisar que ésta será valorada a la luz de los recientes criterios jurisprudenciales decantados por el Pleno de la Sección Tercera, de conformidad con los cuales se ha acogido la categoría conceptual del daño a la salud. Al respecto la sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 31170 la Sección precisó los criterios de reconocimiento y tasación de dicho perjuicios en los siguientes términos:

“Para la reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en las sentencias de unificación del 14 de septiembre de 2011, exps. 19031 y 38222, proferidas por esta misma Sala, en el sentido de que la regla en materia indemnizatoria, es de 10 a 100 SMMLV, sin embargo en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 SMMLV, siempre que esté debidamente motivado.

Lo anterior, con empleo del *arbitrio iudice*, para lo cual se tendrá en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida, para lo que se emplearán –a modo de parangón– los siguientes parámetros o baremos:

GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima
Igual o superior al 50%	100 SMMLV
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 SMMLV
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 SMMLV
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 SMMLV
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 SMMLV
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 SMMLV

Sin embargo, en casos excepcionales, cuando, conforme al acervo probatorio se encuentre probado que el daño a la salud se presenta en una mayor intensidad y gravedad, podrá otorgarse una indemnización mayor, la cual debe estar debidamente motivada y no podrá superar la cuantía equivalente a 400 SMLMV.

Así, el operador judicial debe tener en cuenta las siguientes variables conforme a lo que se encuentre probado en cada caso concreto:

- La pérdida o anomalía de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente)
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.
- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.

- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- La edad.
- El sexo.
- Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima.
- Las demás que se acrediten dentro del proceso.”

8.3.4.- Daño inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.

Sobre el particular tiene averiguado la Sala que en los eventos en los que se produce la vulneración de derechos humanos le asiste al juez contencioso el deber de estudiar si procede imponer como condena el cumplimiento de medidas de reparación no pecuniaria, con el objeto del alcanzar la verdad de los hechos con los que se desencadenó la vulneración, la justicia material del caso, y la reparación encaminada al pleno resarcimiento de todos los derechos, y no sólo de los intereses pecuniarios; siguiendo, para el efecto, el amplio precedente jurisprudencial que al respecto existe¹²⁵ y el criterio unificado por la Sala de Sección Tercera en fallo de 28 de agosto de 2014 (exp. 26251), providencia en la que se establecieron los siguientes criterios de procedencia para esta tipología de reparación:

“De acuerdo con la decisión de la Sección de unificar la jurisprudencia en materia de perjuicios inmateriales, se reconocerá de oficio o solicitud de parte, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. La cual procederá siempre y cuando, se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de medidas de reparación no pecuniarias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) permanente y los parientes hasta el 1° de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas “*de crianza*”.

REPARACIÓN NO PECUNIARIA		
AFECTACIÓN O VULNERACIÓN RELEVANTE DE BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS		
Criterio	Tipo de Medida	Modulación

¹²⁵ Entre otras, véase las sentencias de 25 de mayo de 2011 (exp. 15838, 18747), 8 de junio de 2011 (exp. 19772, 19773), 19 de agosto de 2011 (exp. 20227), 31 de agosto de 2011 (exp. 19195), 1° de febrero de 2012 (exp. 21274), 9 de mayo de 2012 (exp. 20334), 7 de junio de 2012 (exp. 23715), 18 de junio de 2012 (exp. 19345), 20 de junio de 2013 (exp. 23603), 12 de agosto de 2013 (exp. 27346), 24 de octubre de 2013 (exp. 25981), 12 de febrero de 2014 (exp. 25813, 26013), 26 de febrero de 2014 (exp. 47437), 8 de abril de 2014 (exp. 28330, 28318), 14 de mayo (exp. 28618), 9 de julio de 2014 (exp. 30823, 29919), entre otras providencias de la Subsección.

En caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados	Medidas de reparación integral no pecuniarias.	De acuerdo con los hechos probados, la oportunidad y pertinencia de los mismos, se ordenarán medidas reparatorias no pecuniarias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano.
--	--	--

En casos excepcionales, cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocido con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño.

INDEMNIZACIÓN EXCEPCIONAL EXCLUSIVA PARA LA VÍCTIMA DIRECTA		
Criterio	Cuantía	Modulación de la cuantía
En caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, cuya reparación integral, a consideración del juez, no sea suficiente, pertinente, oportuna o posible con medidas de reparación no pecuniarias satisfactorias.	Hasta 100 SMLMV	En casos excepcionales se indemnizará hasta el monto señalado en este ítem, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y la naturaleza del bien o derecho afectado.

”

8.3.5.- Revisado el criterio jurisprudencia unificado sobre perjuicios inmateriales y considerando la motivación fáctica del perjuicio invocado por la parte demandante, la Sala encuentra que este no es procedente por cuanto no se pretende la reparación por la pérdida, afectación, anormalidad o defecto en estructura funcional, miembro, órgano, tejido o estructura corporal o mental, como tampoco que fruto de ello se deriven afectación para el desempeño de actividades rutinarias, ordinarias o placenteras de la vida persona, entre otras cuestiones; en suma, en este asunto no se configura el daño a la salud por la potísima razón que la víctima directa – Fabio Ortiz Castro- falleció y sabido es que este rubro reparatorio sólo se concede a favor de la víctima directa. Por otro tanto, en lo que atañe al daño por afectación relevante a bienes constitucionales y convencionalmente amparados, la Sala tampoco encuentra elemento probatorio que le lleve a afirmar que los hechos que motivan el *sub judice* demuestren tal circunstancia y, por el contrario, considera que lo alegado por los actores se comprende dentro de la congoja, tristeza, desasosiego, pesar y dolor que, en términos reparatorios, ha sido comprendido por esta Sala dentro del ámbito del perjuicio moral. En consecuencia,

se desestimará este pedimento.

9. Costas. Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el sub lite, ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 10 de noviembre de 2006 dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se desestimaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: DECLARAR administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército y Policía Nacional por la muerte de Fabio Ortiz Castro ocurrida el 18 de abril de 2003 en el Municipio de Dolores.

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

Nombre	Calidad	Monto reconocido
José Ignacio Ortiz	Padre	100 SMMLV
Oliva Castro	Madre	100 SMMLV
Ana Milena Peña	Compañera permanente	100 SMMLV
Zaira Camila Ortiz	Hija	100 SMMLV
Yesica Fatzery Carrizosa	Hijastra	100 SMMLV
Carlos Arturo Ortiz Castro	Hermano	50 SMMLV
José Antonio Ortiz Castro	Hermano	50 SMMLV
María Lucrecia Ortiz Castro	Hermana	50 SMMLV
Rosalba Ortiz Castro	Hermana	50 SMMLV
Gustavo Ortiz Castro	Hermano	50 SMMLV
Jaime Ortiz Castro	Hermano	50 SMMLV
Marcelino Ortiz Castro	Hermano	50 SMMLV
Etelvina Ortiz Castro	Hermana	50 SMMLV

CUARTO: CONDENAR a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército y Policía Nacional al pago de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante en los siguientes términos: i) a favor de **Ana Milena Peña** ciento veintiocho millones cinco mil quinientos ochenta y cinco pesos con noventa y dos centavos

(\$128.005.585,92), ii) a favor de **Yesica Fatzery Carrizosa Peña** cuarenta y siete millones setecientos sesenta y cuatro mil doscientos veinte pesos con veintisiete centavos (\$47.764.220,27) y iii) a favor de **Zaira Camila Ortiz Peña** cincuenta y tres millones doscientos once mil setecientos sesenta y siete pesos con veinticinco centavos (\$53.211.767,25). I) a favor de **Ana Milena Peña** ciento veintiocho millones cinco mil quinientos ochenta y cinco pesos con noventa y dos centavos (\$128.005.585,92), ii) a favor de **Yesica Fatzery Carrizosa Peña** cuarenta y siete millones setecientos sesenta y cuatro mil doscientos veinte pesos con veintisiete centavos (\$47.764.220,27) y iii) a favor de **Zaira Camila Ortiz Peña** cincuenta y tres millones doscientos once mil setecientos sesenta y siete pesos con veinticinco centavos (\$53.211.767,25).

QUINTO: EXPEDIR copia de la presente sentencia así como la de primer grado con las pertinentes constancias de notificación y ejecutoria. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando. Igualmente expídase copia de esta providencia con destino a las Entidades mencionadas en el numeral sexto de la parte resolutive de esta providencia.

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

SÉPTIMO: ABSTENERSE de condenar en costas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente Sala Subsección C

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Aclaración de voto Cfr. Rad.
34158/15#1 y #3