



SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

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

Radicación. 52 001 23 31 000 2003 00565 02 (33861)

Actor. Luis Adalberto Gómez Pérez

Demandado. Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional y otros

Asunto. Acción de reparación directa (sentencia)

Descriptor. Se declara la responsabilidad del Estado por la afectación y saqueo de establecimiento de comercio ubicado en el corregimiento de Llorente, Tumaco, en hecho ocurridos el 25 de enero de 2003, cuando miembros del grupo armado insurgente FARC atacaron la población. **Restrictor.** Valor probatorio de los documentos aportados en copia simple. Valor probatorio que puede o no reconocerse a las fotografías. Reglas de valoración de la prueba trasladada desde los procesos penal ordinario y disciplinario militar. Determinación de la legitimación en la causa por activa cuando se trata de establecimiento de comercio. Daño antijurídico con ocasión de la afectación de establecimiento de comercio. Imputación de la responsabilidad cuando se afecta a bienes de la población civil con base la falla en el servicio por inactividad de la administración pública. Liquidación en abstracto bajo criterios fijados por el juez del daño emergente y el lucro cesante respecto de bienes y actividades de establecimiento de comercio.

Decide la Sala de Sub-sección el recurso de apelación presentado por la parte actora [fls.433 a 435, 439 a 460 cuaderno principal], contra la sentencia de 26 de enero de 2007, proferida por la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Nariño que negó la totalidad de las pretensiones de la demanda [fl.417 cuaderno principal].

ANTECEDENTES

1. La demanda.

La demanda fue presentada el 9 de mayo de 2003 por **LUIS ADALBERTO GÓMEZ PÉREZ**, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo [Decreto 01 de 1984], contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL**, para que se declarara administrativamente responsable a las entidades públicas demandadas por el daño antijurídico derivado del ataque y saqueo de sus bienes por parte de grupos al margen de la ley, en hechos ocurridos el 25 de enero de 2003 en el corregimiento de Llorente, municipio de Tumaco [Nariño]. Así mismo, se reclamaron los perjuicios morales¹ y materiales [en las modalidades de daño emergente² y lucro cesante³] ocasionados.

Las anteriores pretensiones se sustentan en el caso fáctico que se presenta de la siguiente manera: (1) el demandante *“ha dedicado su vida laboral a las actividades comerciales, ubicando varios almacenes y compra-ventas en los municipios de Barbacoas, La Hormiga y Tumaco del departamento de Nariño”*; (2) desde mediados del año 2000 la víctima y su familia se radicó en el corregimiento de Llorente en jurisdicción del municipio de Tumaco [Nariño], *“donde igualmente continuó con sus diligencias comerciales, ubicando en su misma residencia un local al cual denominó Los Tres Diamantes”*⁴; (3) en el mencionado establecimiento de comercio facturaba un promedio mensual de dos millones de pesos [\$2.000.000.00], que la víctima destinaba para el sustento de su grupo familiar; (4) el 25 de enero de 2003 quince [15] integrantes del grupo armado insurgente FARC ingresaron al corregimiento de Llorente, llegaron al lugar de habitación del demandante le dispararon en repetidas ocasiones, obligándole a saltar la tapia a su familia y a éste para ocultarse en un inmueble vecino. En esos instantes, los miembros del grupo armado insurgente requisaron todo el inmueble de la víctima. El demandante le pidió a su vecino Víctor Orlando Ortiz Rodríguez *“que*

¹ “[...] se deberá reconocer por este concepto la suma de **cien (100) salarios mínimos mensuales**, por todo el sufrimiento que la [sic] ha ocasionado la destrucción y asalto de establecimiento y vivienda” [fl.4 cuaderno 1].

² “[...] Con motivo de los acontecimientos el señor Gómez Pérez le fueron hurtados aproximadamente mercancía y bienes por una [sic] valor aproximado de **ciento noventa y cuatro millones novecientos veintiún mil cuatrocientos diecisiete pesos (\$194.921.417.00) m.cte.**, de conformidad con el Balance General realizado por el Contador Público Rubén Mariano Preciado” [fl.4 cuaderno 1].

³ “[...] por la destrucción de su inmueble y local comercial, no ha podido dar inicio a sus actividades comerciales ha dejado de percibir hasta el momento la suma de **seis millones de pesos (\$6.000.000.00) m.cte.**, a razón de ser la utilidad mensual de tal establecimiento” [fl.4 cuaderno 1].

⁴ “[...] abastece sus establecimientos con las compras que realiza a varios comerciantes de diferentes zonas del país, entre otros Gustavo Enrique García Salazar, José Octaviano Jurado Cortés en la ciudad de Santiago de Cali, Sandro y Olger Becerra Rodríguez de Tumaco, la señora Elizabeth Suárez en su calidad de representante legal de la sociedad Oro S Factory Ltda ubicada en la ciudad de Bogotá, a quien le había adquirido varios objetos precisos en los últimos meses” [fl.6 cuaderno 1].

*informara inmediatamente al grupo militar de los acontecimientos para que se acercaran y lograran evitar el saqueo de su propiedad*⁵. Incluso hubo un segundo requerimiento cursado por medio de María Teresa Pereira Rodríguez. Los miembros del grupo armado insurgente saquearon de su establecimiento “*el material para comerciar, entre otras oro, joyas, relojes, muebles, enseres, equipos de oficina y hasta una motocicleta Kawasaki KMX. Además se llevaron en efectivo la suma de treinta y cuatro millones de pesos ochocientos cincuenta mil pesos (\$38.850.000.00) m.cte*”. Al día siguiente el grupo familiar Pérez Monsalve se dirigió al municipio de Tumaco donde denunciaron los hechos ante la Unidad Investigativa del Cuerpo Técnico de la Fiscalía General de la Nación, mientras que el demandante fue trasladado a Cali para ser intervenido quirúrgicamente su tobillo afectado por el proyectil de arma de fuego; y, (5) después de los hechos, la familia de la víctima no pudo volver al corregimiento de Llorente, teniendo que residenciarse temporalmente en Tumaco.

2. Actuación en primera instancia.

La demanda fue inadmitida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 16 de mayo de 2003 por no haber formulado adecuadamente la estimación razonada en la demanda [fls.58 a 60 cuaderno 1]. Dentro del término concedido para corregir la parte actora presentó escrito en dicho sentido [fls.62 y 63 cuaderno 1]. Con ocasión de lo anterior, el mismo Tribunal admitió la demanda el 9 de junio de 2003 [fl.65 cuaderno 1]. Dicho auto admisorio y la demanda fueron notificados el 30 de octubre de 2003 al **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL** por conducto del Comandante del Batallón Batalla de Boyacá [fl.71 cuaderno 1].

La **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL** contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda y que se configuró el hecho del tercero⁶. En cuanto a los hechos solicitó que se debían probar, y como razones de la defensa planteó: (1) debía probarse que hubo omisión de las autoridades militares respecto al establecimiento comercial de propiedad de la víctima; (2) no puede operar el

⁵ “[...] *Efectivamente el señor Ortíz informó al Comandante de la patrulla, a la que nos referimos, la cual según versión del mismo estaba integrada por más de cincuenta hombres; sin embargo el comandante del destacamento castrense se negó a ingresar al lugar preciso del insuceso, sin argumentar su negativa*” [fl.7 cuaderno 1].

⁶ “[...] *La Nación Ministerio de Defensa Nacional no es responsable, de los daños y perjuicios ocasionados con el atentado terrorista al actor, circunstancia no imputable a la Nación Ministerio de Defensa Nacional, ni por acción u omisión [...] La demandada no esta obligada en ningún momento al reconocimiento de unos presuntos perjuicios no ocasionados por parte de ningún miembro del Ministerio de Defensa Nacional, presentándose por el contrario la eximente de responsabilidad como el hecho de un tercero ajeno a la entidad y la Fuerza Mayor*” [fl.75 cuaderno 1].

fundamento del daño especial “*por no existir el elemento de imputación*”; (3) la pérdida de bienes material “*no amerita el reconocimiento de perjuicios morales*”; (4) la denuncia penal se presentó sólo hasta el 26 de febrero de 2003, pese a que los hechos ocurrieron el 25 de enero del mismo año; (5) se opuso al oficio presentado por la víctima el 28 de enero de 2003 ante el Comandante del Grupo Mecanizado #3 Cabal de Ipiales.

El período probatorio se abrió el 6 de febrero de 2004 [fls.91 a 93 cuaderno 1]. Luego el Tribunal corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para emitir el concepto, en caso de solicitar el traslado especial [fl.346 cuaderno 1].

El apoderado de la parte actora luego de analizar la prueba recaudada y practicada, en los alegatos de conclusión⁷ sostuvo similares argumentos a los expuestos en la demanda, agregando: (1) que la “*realidad procesal entonces concuerda con la verdad real, para determinar en primer lugar la presencia de los maleantes en cercanía del establecimiento del demandante Gómez Pérez, así mismo de la irrupción violenta sobre sus bienes, tal como lo expuso en su denuncia penal ante la Fiscalía Delegada – Tumaco_*”; (2) se demostró “*la actuación irregular de una tropa de la Fuerza Pública adscrita al Batallón Grupo Mecanizado No. 3 CABAL de Ipiales*”⁸; (3) así mismos se constató con las declaraciones vertidas al proceso que “*existió por la ciudadanía la oportuna reclamación de protección, que pudo haberse prestado, pero que fue negada de manera injustificada y hasta despectivamente*”; (4) demostrado el daño y la imputación, se estableció que el demandante ejercía “*desde hace varios años la actividad de comerciante, entre otras propietario del establecimiento La Esmeralda destinado a la compra y venta de electrodomésticos y oro*”. Así como se comprobó la propiedad “*sobre el establecimiento de comercio asaltado “Los Tres Diamantes”,*

⁷ A los que se adjuntó solicitud presentada por Luis Adalberto Gómez Pérez ante el Procurador General de la Nación para que se instara “*a la Procuraduría Provincial de Ipiales como a la dependencia de asuntos disciplinarios del Grupo de Caballería Mecanizado No. 3 CABAL de Ipiales, para el adelantamiento normal de la queja disciplinaria que fuera instaurada por el suscrito en el año 2003*” [fls.,369 a 376 cuaderno 1].

⁸ “[...] *La omisión en el presente asunto es cosa evidente y fue un hecho notorio que los acontecimientos delictivos no se constituyeron en hechos fugaces y clandestinas que hubiesen imposibilitado la actuación y protección por parte de las autoridades militares, por el contrario las unísonas declaraciones que permiten reconstruir con altísima certeza el escenario de los insucesos describen el inmediato conocimiento que tuvo el cuerpo militar del evento, como de lo largo y continuado del hecho ilícito, pues se perpetró casi durante más de siete horas; que hubiese facilitado sin escepticismo alguno la actuación represora contra los delincuentes o supuestos insurgentes [...] Lastimosamente se denotó desde el comienzo desidia de las autoridades disciplinarias para asumir la investigación según la queja expuesta por Gómez Pérez días después del incidente. Luego que la Procuraduría Regional se deshiciere de la misma y fuera asignada al Grupo de Caballería Mecanizado No. 3 CABAL de Ipiales, institución a la que pertenecían los miembros acusados; ésta sin recepcionar pruebas testimoniales trascendentales para el esclarecimiento de los hechos denunciados, fulminó con el archivo de la denuncia*” [fl.353 cuaderno 1].

ubicado en el corregimiento de Llorente – Municipio de Tumaco”; y, (5) con base en lo anterior y en el dictamen pericial practicado se logró establecer que los perjuicios ascendía a la suma de CIENTO NOVENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS VEINTIUN MIL CUATROCIENTOS DIECISIETE PESOS [\\$194.921.417.00].

La **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL** luego de analizar la prueba recaudada y practicada, en los alegatos de conclusión sostuvo similares argumentos a los expuestos en la contestación de la demanda, agregando: (1) en la denuncia que formuló Norelia Monsalve ante la Fiscalía general de la Nación el 27 de enero de 2005 “*no hace ninguna manifestación acerca de haber solicitado ayuda a miembros del Ejército Nacional en procura que les brindaran protección con motivo de los hechos ocurridos el día 25 de enero de 2003*”; (2) de acuerdo con el Informe de Situación de Tropa [INSITOP] para el 25 de enero de 2003 “*el día de los hechos no permanecieron tropas del Ejército Nacional en el Corregimiento de Llorente y que por el contrario las tropas que se encontraban en la vía Tumaco, se encontraban distantes 10 ó 15 kms al sitio de los hechos*”; (3) obra una solicitud de protección formulada por Luis Adalberto Gómez Pérez el 28 de enero de 2003 ante el Ejército Nacional, lo que se hizo con posterioridad a la fecha de los hechos, y sin constancia de recibido; (4) si bien en los testimonios se afirmó que los miembros del Ejército Nacional sólo llegaron el 30 de enero de 2003, esto quedó desvirtuado con la diligencia de allanamiento y registro realizada por la Fiscalía General al establecimiento de comercio “Los Tres Diamantes” el 29 de enero de 2003; (5) no hubo, por lo tanto, omisión de las autoridades militares, sino que operó la eximente de responsabilidad del hecho del tercero⁹; (6) en cuanto a los perjuicios morales no debían reconocerse ya que “*la pérdida de bienes materiales no amerita reconocimiento*” de este tipo de perjuicios; y, (7) tampoco debían reconocerse los perjuicios materiales porque no fueron acreditados “*ya que el experticio rendido dentro del proceso, el cual fue objetado oportunamente por la Institución demandada, se fundamentó en pruebas no allegadas oportunamente al proceso y en testimonios recepcionados a solicitud de la parte actora, que si bien aseveran tener conocimiento sobre los ingresos cuantiosos del demandante, no explican la razón de su dicho*”. Así como opera una falta de legitimación en la causa por activa porque el demandante no acreditó la propiedad sobre el establecimiento de comercio del que se afirmó el saqueo.

⁹ “[...] Por lo anterior, la entidad no puede ser declarada responsable patrimonialmente por los daños causados por un tercero ya que la Institución había dispuesto todos [sic] las medidas de seguridad que se tenían al alcance para evitar esta clase de actos terroristas y brindarle seguridad a todos los residentes, en su vida y bienes, en la jurisdicción asignada y con el personal que disponía” [fl.381 cuaderno 1]-

La PROCURADURÍA 36 JUDICIAL II ADMINISTRATIVA DE PASTO, NARIÑO emitió su concepto número 017 de 3 de febrero de 2006 [fls.384 a 392 cuaderno 1] solicitando denegar las pretensiones de la demanda con base en los argumentos siguientes: (1) se estableció que *“aquella mañana del 25 de enero de 2003, realmente fue asaltada la compraventa de propiedad de Luis Adalberto Gómez Pérez, por personas armadas; oportunidad en la que el precitado resultó herido”*; (2) en su denuncia Norelia Monsalve Ceballos afirmó que hasta la fecha no había padecido amenazas, y que la protección solicitada era para sacar los bienes que estaban aún al interior del establecimiento de comercio; y, por lo tanto, (3) el Estado *“no faltó a un deber de protección especial”*¹⁰.

3. Sentencia de primera instancia.

La Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Nariño el 26 de enero de 2007 profirió sentencia de primera instancia¹¹, negando la totalidad de las pretensiones

¹⁰ “[...] En gracia de discusión, si la autoridad realmente fue enterada del suceso, por lo establecido obviamente no tenía conocimiento de la situación de peligro como para que actuara eficazmente, así hubiese sido en forma espontánea, para evitar que se causara el daño. En consecuencia, dada la manera en que los hechos se presentaron, la administración no está obligada a responder. No está probado que, para el 25 de enero de 2003, existieran circunstancias que ameritaran que la autoridad, en este caso concreto el Ejército, tomara especiales medidas para la vigilancia y protección de la compraventa “Los Tres Diamantes”, y la de su dueño, y la de su familia, en el sitio donde ocurrieron los hechos. En tal virtud, no puede concluirse que la autoridad incurrió en falla de servicio por omisión” [fl.391 cuaderno 1].

¹¹ Respecto de la que se plantearon un salvamento de voto y una aclaración de voto. En cuanto al primero se manifestó que debió accederse parcialmente a las pretensiones de la demanda con base en los argumentos siguientes: “[...] a) Analizada la prueba aportada al proceso, en mi concepto considero que los testimonios de VICTOR ORLANDO ORTIZ RODRIGUEZ especialmente y los de MARIA TERESA PEREIRA y GUSTAVO ORTIZ, se demuestra que sí se solicitó ayuda al ejército, al primero le contestaron que en asuntos de mafia no se inmiscuían y a los segundos, el militar soldado que recibió el aviso solicitó autorización a un teniente por radio, pero le dijeron que no se movieran de allí que podía ser una trampa. B) Si bien es cierto que no se identificó al comandante del grupo al que se le informó, ello sería fundamental para adelantar una investigación disciplinaria por incumplimiento de deberes y omisión de auxilio, pero no para establecer la responsabilidad de la institución en si misma, ya que en este caso de no identificarse al comandante que negó el auxilio, se trataría de una falla anónima, por la que debe responder la institución si se demuestran los restantes elementos para declarar la responsabilidad. [...] d) Por otra parte, mírese que si bien es cierto en ocasiones por estrategia no se acude en forma inmediata a una llamada de auxilio o informe de actividades de los grupos subversivos por considerarse la posibilidad de que sea una trampa, los militares estaban en la obligación de investigar la certeza de los hechos, máxime si como se establece en los testimonios, no fue un hecho instatáneo, sino que hicieron varios viajes para llevarse el contenido de la compraventa y es más, se dice que permanecieron varios días, puede hablarse de un servicio eficiente que a pocos kilómetros de donde se hallan acantonados varios grupos de soldados, como se da cuenta en el informe militar, una población pueda permanecer bajo el dominio de un grupo subversivo o delincuencia por varios días, sin que las autoridades encargadas por la Constitución para proteger la vida y honra de los ciudadanos realicen ninguna actividad para evitarlo? E) Si todos estos aspectos aparecen probados en el proceso, y por esa clase de inactividad y omisión de auxilio se ocasionaron daños al patrimonio de la parte actora, así el daño haya sido producido por tercero, debía declararse que existió falla en el servicio en concurrencia con hecho de tercero” [fls.418 y 419 cuaderno principal]. En tanto que en la aclaración de voto se sustentó: “[...] se concluye que en el corregimiento de Llorente no está asentado ningún personal de la Policía Nacional. Siendo que los hechos se relacionan con un atraco a mano armada dentro del casco urbano del corregimiento, lo normal era que dicha institución actuara para impedir el saqueo del local [...] De tal suerte que si en el corregimiento no había efectivos de la Policía lo conducente era acudir al comando de la Policía acantonada en la cabecera municipal, esto es, Tumaco, para evitar, precisamente la consumación total del asalto, el cual según algunos testigos se prolongó durante el día (aunque otros de manera

sustentada en los argumentos siguientes: (1) los “testimonios rendidos por los señores Maria [sic] Teresa Pereira Rodríguez y Víctor Orlando Ortiz Rodríguez a partir de los cuales se pretende construir la responsabilidad del Ejército [sic] Nacional por omisión en la prestación del servicio en los hechos ocurridos en el corregimiento de Llorente el 25 de enero de 2003; no merecen credibilidad por ser contradictorios, confusos e imprecisos en sí mismos e inconsistentes y contradictorios si se analizan en el contexto del acervo probatorio [...] La versión de los testigos en mención no es suficiente, en criterio de la Sala, para afirmar con certeza que se aproxime a la verdad que los miembros del Ejército [sic] Nacional adscritos al Grupo Mecanizado Cabal No 3; ubicados en la base militar “Guatal” para garantizar el libre tránsito en la carretera que conduce a Tumaco hayan sido informados de los hechos que ocurrían en el corregimiento de Llorente y como consecuencia no se demuestra en el proceso la falla en el servicio de la cual se derive responsabilidad patrimonial del Estado”; y, (2) tampoco existía “claridad y precisión en la determinación del daño causado a partir de la preexistencia de los bienes hurtados al establecimiento comercial denominado “Los Tres Diamantes” situado en el corregimiento de Llorente del municipio de Tumaco; pues se desconoce el objeto de su actividad comercial dado que al proceso no se allegó el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Tumaco”¹².

4. Recurso de apelación.

Contra la sentencia de primera instancia la parte actora presentó recurso de apelación [fls.429 a 431, 433 a 435 cuaderno principal]. El recurso fue concedido por el Tribunal el 23 de febrero de 2007 [fl.436 cuaderno principal].

La parte actora en la sustentación del recurso de apelación [fls.438 a 460, 469 a 484 cuaderno principal], solicitó revocar la sentencia de primera instancia declarando la responsabilidad y condenando por los rubros indemnizatorios reclamados, teniendo como objeto los argumentos siguientes: (1) se demostró que “maleantes” en la fecha de

inexplicable aseguraron que se extendió por cuatro días!). Ningún reporte existe de que ello se hubiese cumplido por algún mecanismo (directo, vía telefónica, petición escrita o similares) [...] no se había determinado que al Ejército, para ese entonces, se le hubiera asignado la misión de preservar la convivencia pacífica y los derechos y libertades [sic] de los coasociados en Llorente, a la manera como lo haría la Policía Nacional” [fls.421 a 425 cuaderno principal].

¹² “[...] La prueba de la existencia del daño, su determinación y cuantificación para efectos indemnizatorios es confusa y contradictoria; la versión rendida por el demandante ante la Fiscalía 29 Seccional con sede en Tumaco el 26 de febrero de 2003 y la afirmación que se contiene en la queja disciplinaria presentada ante la Procuraduría General de la Nación no son concordantes entre sí, ni con [sic] en la versión rendida por la señora Norelia Monsalve Cevallos [sic] compañera del demandante”

los hechos irrumpieron en el establecimiento de comercio del demandante de manera violenta; (2) ante lo cual hubo una actuación irregular de la fuerza pública “*quienes no atendieron los múltiples requerimientos de presencia en el lugar del insuceso y la efectiva protección de los bienes vulnerados a Luis Adalberto Gómez*”; (3) con relación a lo anterior el *a quo* no explicó las razones para descalificar los testimonios en los que se sustentó la demostración de la irregularidad de la fuerza pública; (4) a lo que se agrega que no se adelantó debidamente el proceso disciplinario ante la queja presentada por el funcionario instructor del Grupo de Caballería Mecanizado No. 3 CABAL; y, (5) la omisión fue evidente “*y fue un hecho notorio que los acontecimientos delictivos no se constituyeron en hechos fugaces y clandestinas que hubiesen imposibilitado la actuación y protección por parte de las autoridades militares*”¹³.

5. Actuación en segunda instancia.

El recurso de apelación presentado por la parte actora fue admitido por el Consejero Ponente de la Sección Tercera el 27 de abril de 2007 [fl.486 cuaderno principal]. Luego, por auto de 25 de mayo de 2007 se corrió traslado a las partes para las alegaciones finales, y se determinó el trámite del traslado especial al Ministerio de Público, en caso de solicitarse, para que emitiera su concepto [fl.488 cuaderno principal].

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio en esta instancia procesal.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala de Sub-sección decidir el recurso de apelación presentado por la parte actora contra la sentencia de primera instancia proferida el 26 de enero de 2007 por la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Nariño, que negó la totalidad de las pretensiones de la demanda

1. Competencia.

¹³ “[...] Así entonces pudiendo haber actuado la fuerza pública y no lo hizo a pesar de los varios requerimientos y disponer de toda la logística para proteger al ciudadano hace responsable a la institución del daño material sufrido por el reclamante” [fl.428 cuaderno principal].

1.- La Corporación es competente para conocer del asunto¹⁴, en razón al recurso de apelación presentado por la parte actora, en proceso de doble instancia¹⁵.

2.- La Sala considera que al ser la parte actora el único apelante, al decidirlo se centrará en los argumentos expuestos en el recurso presentado, en desarrollo de lo previsto por el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, que establece que el juez superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, así como en el alcance dado por la Sala Plena de la Sección Tercera en las sentencia de 9 de febrero de 2012 [expediente 21060 y 20104], y por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de 7 de octubre de 2014¹⁶. Con base en los fundamentos anteriores, la Sala abordará el estudio y decisión del recurso de apelación presentado por la parte actora contra la sentencia de primera instancia.

3.- Ahora bien, para un orden lógico de la decisión, la Sala realizará la exposición de sus argumentos en el orden siguiente: (1) determinar el objeto y alcance del recurso de apelación presentado por la parte actora; (2) dilucidar ciertos aspectos procesales; (3) formular el problema jurídico; (4) abordar el estudio de la demostración o no del daño antijurídico; (5) realizar el juicio de imputación, teniendo en cuenta los fundamentos teóricos, el régimen aplicable, y el juicio en el caso en concreto, partiendo por despejar si operó o no alguna de las causales eximentes de responsabilidad; (6) examinar el reconocimiento, tasación de los perjuicios reclamados; y, (7) definir si procede la condena en costas.

4.- La primera cuestión, pues, es determinar el objeto y alcance del recurso de apelación formulado por la parte actora.

2. Determinación del objeto y alcance del recurso de apelación presentado por la parte actora.

¹⁴ De conformidad con el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo [Decreto 01 de 1984], subrogado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 y el Acuerdo 55 de 2003 del Consejo de Estado.

¹⁵ La mayor pretensión de la demanda ascendía a la suma de ciento noventa y cuatro millones novecientos veintiún mil cuatrocientos diecisiete pesos [\$194.921.417.00], por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, lo que implica que superaba la cuantía exigida para el 9 de mayo de 2003, fecha de presentación de la demanda, que correspondía, según el Decreto 587 de 1997, al valor de treinta y seis millones novecientos cincuenta mil pesos [\$36.950.000.00].

¹⁶ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 7 de octubre de 2014, expediente 11001-03-15-000-2010-01284 (REV).

5.- La apelación presentada por la parte actora contra la sentencia de primera instancia que le negó las pretensiones se centra en las siguientes cuestiones: (1) que hubo una actuación irregular por parte de la fuerza pública al no haber atendido los múltiples requerimientos de presencia en el lugar de los hechos; (2) como consecuencia de lo anterior no se adelantó el proceso disciplinario contra los miembros del Grupo de Caballería Mecanizado No. 3 CABAL pese a haber presentado queja; (3) los hechos ocurridos eran notorios e imponían la acción del Estado; y, (4) el *a quo* no justificó razonadamente por qué descalificó los testimonios rendidos en el proceso.

6.- Si bien en la sentencia de primera instancia el *a quo* no se pronunció acerca de dotar valor probatorio a los documentos aportados en copia simple, a las fotografías y a la prueba trasladada, la Sala procede a hacer su análisis, encontrándose facultada convencional, constitucional y legalmente para ello como expresión prístina de la garantía judicial efectiva [artículos 229 de la Constitución Nacional y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos –norma incorporada nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 16 de 1972-].

3. Aspectos procesales previos.

7.- La Sala previo a abordar el estudio y análisis de fondo debe pronunciarse acerca del valor probatorio de los documentos aportados en copia simple; el valor probatorio que puede o no reconocerse a las fotografías; las reglas de valoración de la prueba trasladada desde los procesos penal ordinario y disciplinario militar; y, la determinación de la legitimación en la causa por activa del demandante quien afirmó ser propietario del establecimiento de comercio “Los Tres Diamantes”, objeto de la litis y ubicado en el corregimiento de Llorente, municipio de Tumaco. En cuanto al primer aspecto, procede la Sala a examinar con base en los argumentos siguientes.

3.1. Valor probatorio de los documentos aportados en copia simple.

8.- Al proceso fueron aportados los siguientes documentos en copia simple: (i) cédula de ciudadanía de Norelia Monsalve Ceballos [fl.33 cuaderno 1]; (ii) cédula de ciudadanía de Luis Adalberto Gómez Pérez [fl.32 cuaderno 1]; (iii) denuncia 005, de 27 de enero de 2003, recepcionada por el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, presentada por Norelia Monsalve Ceballos por los delitos de hurto y otros, por valor de ciento y ochenta y seis millones de pesos [\$186.000.000.oo], habiendo sido la víctima Luis Adalberto Gómez Pérez [fls.34 a 36 cuaderno 1]; (iv)

declaración rendida por Luis Adalberto Gómez Pérez [fls.37 y 38 cuaderno 1]; y, (v) certificación expedida el 8 de febrero de 2003 por el Jefe de la Unidad Investigativa del CTI de la Unidad Local de San Andrés Tumaco [fl.40 cuaderno 1].

9.- Si bien la Sección Tercera¹⁷ ha sostenido que las copias simples carece de valor probatorio por cuanto no cumplen con las exigencias establecidas en los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil¹⁸, para el presente caso la Sala debe tener en cuenta la regulación vigente a tenor de lo consagrado en el Código General del Proceso [Ley 1564 de 2012] en su inciso 2º del artículo 244¹⁹, así como lo establecido en el inciso 1º del artículo 246²⁰ de la misma norma.

10.- Se trata de preceptos normativos cuya aplicación opera por remisión del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [Ley 1437 de 2011], y en los que el legislador consolida como tendencia la *presunción de autenticidad* tanto de los documentos aportados en original, como en copias²¹ incluso simple.

11.- Es una tendencia que cuenta con el refuerzo dado tanto por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que admite la valoración de los documentos presentados por las partes *“que no fueron controvertidos ni objetados, ni cuya autenticidad fue puesta en duda, en la medida en que sean pertinentes y útiles para la determinación de los hechos y sus eventuales consecuencias jurídicas”* ²². A lo que

¹⁷ Sección Tercera, sentencias de 4 de mayo de 2000, expediente 17566; 27 de noviembre de 2002, expediente 13541; de 31 de agosto de 2006, expediente 28448; de 21 de mayo de 2008, expediente 2675; de 13 de agosto de 2008, expediente: 35062, entre otras.

¹⁸ Según las cuales los documentos públicos y privados aportados en fotocopia simple por personas que no los suscriben no pueden ser tenidos en cuenta, en consideración a que únicamente tienen valor probatorio aquellos aportados en original o en copia autorizada por notario, director de oficina administrativa o de policía, secretario de oficina judicial o autenticada por notario, previa comparación con el original o con la copia autenticada que se le presente.

¹⁹ Según el cual los *“documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso”*. según el cual los *“documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso”*.

²⁰ Que establece que las *“copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia”*.

²¹ Corte Constitucional, sentencia SU-774 de 2014. “[...] La distinción entre el valor probatorio de los documentos originales y las copias se ha ido disolviendo en el desarrollo legislativo. El citado artículo 11 de la ley 1395 de 2010 señaló que con independencia de si el documento es allegado en original o en copia éstos se presumen auténticos, hecho que como se explicó, permite que sean valorados”.

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Argüelles y otros vs. Argentina, sentencia de 20 de noviembre de 2014, párrafo 60. Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, párrafo 140; caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela, sentencia de 27 de agosto de 2014, párrafo 34; caso Norín Catrimán y otros

se agrega lo sostenido por la jurisprudencia constitucional en la sentencia de unificación [que representó un cambio en la línea jurisprudencial sostenida en la sentencia SU-226 de 2013] SU-774 de 2014, en la que se argumenta que en el caso de aportarse documentos públicos en copia simple [v.gr., registros civiles], el juez contencioso administrativo “*debe decretar las pruebas de oficio con el fin de llegar a la certeza de los hechos y la búsqueda de la verdad procesal*”²³.

12.- La mencionada tendencia de la “*presunción de autenticidad tanto de los documentos en original como en copia*” fijada por el legislador y apoyada por la jurisprudencia constitucional y convencional, como se señaló en el anterior apartado, encuentra total respaldo en la jurisprudencia contencioso administrativa de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera, que en la sentencia de 28 de agosto de 2013 [expediente 25022]²⁴, consolida que “[...] *el criterio jurisprudencial que se prohíja en*

(Dirigentes miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, sentencia de 29 de mayo de 2014, párrafo 54.

²³ Corte Constitucional, sentencia SU-774 de 2014. “[...] *Exigir esta actuación en nada afecta la autonomía judicial para la valoración probatoria toda vez que el hecho de que solicite pruebas de oficio, en particular originales de documentos públicos, no implica necesariamente que se le otorgue pleno valor probatorio a estos. Lo que se pretende es que el juez cuente con los mayores elementos posibles para que dentro de las reglas de la sana crítica valore en su conjunto la totalidad de las pruebas y pueda llegar a un fallo de fondo con la máxima sustentación jurídica y fáctica posible. Evitar el exceso de ritualismo y garantizar la efectividad del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, fueron dos objetivos reafirmados por el legislador al expedir el Código General del Proceso y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. El artículo 11 del CGP expresamente señaló que “al interpretar la ley procesal el juez procesal deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial (...) El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidad innecesarias”. Así mismo ambas normas señaladas al igual que los antiguos Código de Procedimiento Civil y Código de lo Contencioso Administrativo, reconocen el deber del juez de acudir a sus potestades oficiosas para verificar las alegaciones de las partes y el esclarecimiento de la verdad*”.

²⁴ La cual, para estos efectos, y por la importancia las consideraciones y razonamientos efectuados en ella, se cita *in extenso*: “Como se aprecia, las disposiciones contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., resultan aplicables a los procesos de naturaleza contencioso administrativa en curso, de conformidad con la regla de integración normativa contenida en el artículo 267 del C.C.A. De otro lado, es necesario destacar la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, que cambió el inciso cuarto del artículo 252 del C.P.C., para señalar que los documentos privados elaborados o suscritos por las partes, incorporados al proceso en original o copia se presumen auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación, salvo los que provienen de terceros que revisten la condición de dispositivos. No obstante, con la promulgación de la ley 1437 de 2011 –nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo– se profirió una disposición especial aplicable a los asuntos de conocimiento de esta jurisdicción, precepto cuyo contenido y alcance era el siguiente: “ARTÍCULO 215. VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que las copias tendrán el mismo valor del original cuando no hayan sido tachadas de falsas, para cuyo efecto se seguirá el trámite dispuesto en el Código de Procedimiento Civil. “La regla prevista en el inciso anterior no se aplicará cuando se trate de títulos ejecutivos, caso en el cual los documentos que los contengan deberán cumplir los requisitos exigidos en la ley.” De allí que la citada disposición resultaba aplicable a los procesos contencioso administrativos que estuvieran amparados por la regla de transición contenida en el artículo 308 de la misma ley 1437 de 2011. Lo relevante del artículo 215 de la ley 1437 de 2011 –C.P.A.C.A. – era que incorporaba o concentraba la regulación legal del valor probatorio de las copias en una sola disposición, que no se prestaba para interpretaciones o hermenéuticas en relación bien con la clase o naturaleza del documento –público o privado– así como tampoco con su autor, signatario o suscriptor –las partes o terceros–. En esa lógica, la normativa mencionada constituía un régimen de avanzada en el que el principio de buena fe contenido en el texto constitucional (artículo 83) y

esta providencia está relacionado específicamente con los procesos ordinarios contencioso administrativos (objetivos o subjetivos) en los cuales las partes a lo largo de la actuación han aportado documentos en copia simple, sin que en ningún momento se haya llegado a su objeción en virtud de la tacha de falsedad (v.gr. contractuales, reparación directa, nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho), salvo, se

desarrollado ampliamente en el Código Civil –en sus vertientes objetiva y subjetiva– se garantizaba plenamente, toda vez que correspondía a las partes o sujetos procesales tachar de falsas las copias que, en su criterio, no correspondían con el original y, por lo tanto, dar paso al incidente de tacha de falsedad del respectivo documento. Es así como, con el artículo 215 de la ley 1437 de 2011, se permitía que las partes aportaran los documentos que tenían en su poder en copia, sin importar que los mismos fueran elaborados por aquéllas, por terceros o inclusive que provinieran de una autoridad administrativa o judicial. Era el reconocimiento pleno del principio de confianza que debe imperar en toda sociedad moderna, siempre y cuando se otorguen las herramientas para surtir de manera efectiva el derecho de contradicción. En esa línea de pensamiento, las regulaciones contenidas en las leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011 eran el reflejo de una concepción del proceso más moderna, alejada de los ritualismos y formalismos que tanto daño le han hecho a la administración de justicia, puesto que atentan contra los principios de celeridad y eficacia [...] No obstante, con la expedición de la ley 1564 de 2012 –nuevo código general del proceso– corregido mediante el Decreto 1736 de 2012, se derogó expresamente el inciso primero del artículo 215 de la ley 1437 de 2011, C.P.A.C.A [...] Así las cosas, al haber derogado el Código General del Proceso C.G.P., la disposición contenida en la ley 1437 de 2011, resulta incuestionable que las normas para la valoración de las copias son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., preceptos que mantienen vigencia, ya que sólo la perderán a partir del 1º de enero de 2014, según lo dispuesto en el artículo 627 de la codificación general citada [...] Así las cosas, cuando entre en vigencia el acápite correspondiente a la prueba documental, contenida en el C.G.P., se avanzará de manera significativa en la presunción de autenticidad de los documentos, lo que es reflejo del principio de buena fe constitucional; lo anterior, toda vez que de los artículos 243 a 245 del C.G.P., se pueden extraer algunas conclusiones: i) los documentos públicos o privados, emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, se presumen auténticos, ii) es posible que las partes los tachen de falsos o los desconozcan, lo que originará que se surta el respectivo trámite de la tacha, iii) los documentos se pueden aportar al proceso en original o en copia, iv) las copias, por regla general, tendrán el mismo valor probatorio que el documento original, salvo disposición especial en contrario, v) cuando se aporta un documento en copia, corresponde a la parte que lo allega indicar –si lo conoce– el lugar donde reposa el original para efectos de realizar el respectivo cotejo, de ser necesario, y vi) las partes pueden solicitar el cotejo de los documentos aportados en copias. Por consiguiente, el legislador ha efectuado un constructo que busca superar la rigidez y la inflexibilidad de un sistema procesal basado en los formalismos, que distancia a las partes en el proceso, crea costos para los sujetos procesales y, en términos de la teoría económica del derecho, desencadena unas externalidades que inciden de manera negativa en la eficiencia, eficacia y la celeridad de los trámites judiciales. Ahora bien, una vez efectuado el recorrido normativo sobre la validez de las copias en el proceso, la Sala insiste en que –a la fecha– las disposiciones que regulan la materia son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., con la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, razón por la cual deviene inexorable que se analice el contenido y alcance de esos preceptos a la luz del artículo 83 de la Constitución Política y los principios contenidos en la ley 270 de 1996 –estatutaria de la administración de justicia– [...] Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas [...] En otros términos, a la luz de la Constitución Política negar las pretensiones en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar –de modo significativo e injustificado– el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.) [...] Lo anterior, no quiere significar en modo alguno, que la Sala desconozca la existencia de procesos en los cuales, para su admisión y trámite, es totalmente pertinente el original o la copia auténtica del documento respectivo público o privado. En efecto, existirán escenarios –como los procesos ejecutivos– en los cuales será indispensable que el demandante aporte el título ejecutivo con los requisitos establecidos en la ley (v.gr. el original de la factura comercial, el original o la copia auténtica del acta de liquidación bilateral, el título valor, etc.) [...].”

itera, que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas como por ejemplo el artículo 141 del C.C.A., norma reproducida en el artículo 167 de la ley 1437 de 2011 –nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo–²⁵.

13.- Luego la Sala con fundamento en una comprensión, convencional, constitucional, sistemática, garantística y contencioso administrativa, en la que se inspira la aplicación de los artículos 244 y 246 del Código General del Proceso, aplicable por expresa remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo [Decreto 01 de 1984], y como afirmación a tutela judicial efectiva consagrada en los artículos 1.1, 2, y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 29 y 229 de la Carta Política y 11 del Código General del Proceso, y en aras de garantizar la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, como premisa básica debe proceder a valorar [lo que no implica su constatación que será sometida al contraste bajo las reglas de la sana crítica con los demás medios probatorios que obran en el expediente para determinar la certeza, verosimilitud y credibilidad del contenido de cada documento] los documentos aportados en copia simple en este proceso.

14.- Con base en los anteriores fundamentos convencionales, constitucionales y legales, la Sala tiene en cuenta como criterios para examinar el caso en concreto [que ha empleado de manera continuada la jurisprudencia de esta Sala y en correspondencia con la sentencia de unificación de la Sección Tercera] para determinar la procedencia de la valoración de los documentos aportados en copia simple al proceso, citado en el primer apartado de este título, los siguientes: (1) que las entidades demandadas en la contestación de la demanda y en sus alegaciones en primera instancia no se opusieron a tener como prueba el documento aportado por la parte actora; (2) las partes de manera conjunta en ninguna de las oportunidades procesales desconocieron tal documento, ni lo tacharon de falso, sino que conscientemente aceptaron su intención de que el mismo fuese valorados dentro del proceso; (3) las partes no ha discutido durante el proceso la autenticidad de este documento; y, (4) ambas partes aceptaron que el documento fuese apreciable y coincidieron en la valoración del mismo en forma recíproca, no sólo al momento de su aportación, sino

²⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-774 de 2014. “[...] *La jurisprudencia debe estar a tono con los cambios normativos y decisiones legislativas que se han planteado. No resulta acorde mantener una tesis jurisprudencial en la cual se pueda interpretar una ponderación mayor hacia las formas procesales en relación con el valor probatorio de las pruebas documentales. Así mismo es indispensable tener en cuenta la reciente jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso administrativo en tanto es el órgano encargado de establecer las reglas jurisprudenciales que se deben seguir en dicha jurisdicción*”.

durante el trascurso del debate procesal, por lo tanto será valorado por la Subsección para decidir el fondo del asunto²⁶.

15.- Luego, la Sala como juez de convencionalidad y contencioso administrativo procederá a valorar aquellos documentos considerados por el *a quo*, recaudados y aportados por las partes, enunciados al comienzo de este título, de manera conjunta, contrastada, y en aplicación de las reglas de la sana crítica con los demás medios probatorios que obran en el expediente en debida forma.

16.- Después de examinar la cuestión procesal anterior, la Sala determina si puede o no darse valor probatorio de las fotografías allegadas al proceso.

3.2. Valor probatorio de las fotografías aportadas.

17.- La parte actora con la demanda aportó dos [2] fotografías [fl.39 cuaderno 1], con el objeto de acreditar el lugar y las condiciones en las que el inmueble y bienes al interior del mismo resultaron afectados con ocasión de los hechos ocurridos el 25 de enero de 2003.

18.- En relación con el valor probatorio que ha de otorgarse a las fotografías, se torna necesario precisar, en primer lugar, que las mismas ostenta la calidad de documentos representativos²⁷, pues no contienen declaración alguna, sino que a través de las mismas se representa *“una escena de la vida en particular, en un momento determinado”*²⁸.

19.- De otra parte, se tiene que para valorar su autenticidad la Sala lo hace con base en lo previsto en el artículo 25 del decreto ley 2651 de 1991 [norma aplicable para la época

²⁶ Posición reiterada en: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012, expediente 19920.

²⁷ Corte Constitucional, sentencia T-930A de 6 de diciembre de 2013. “[...] 4.3 La fotografía es un medio probatorio documental de carácter representativo, que muestra un hecho distinto a él mismo, el cual emerge del documento sin que tenga que hacerse un ejercicio de interpretación exhaustiva de su contenido. Esto significa que *“la representación debe ser inmediata, pues si a simple vista la fotografía muestra una variedad de hechos posibles, ella formará parte de la prueba indiciaria, ya que está contenida en la mente de aquél (el intérprete), y no en el objeto que la documenta”*, advirtiéndose en esta misma sentencia T-269 de 2012 que *“el Juez debe valerse de otros medios probatorios, apreciando razonablemente el conjunto, tal como lo dispone la preceptiva procesal penal. 4.3.1. Al igual que otro documento y que el dictamen pericial, la fotografía es un medio que el juez está en la obligación de valorar dentro del conjunto probatorio, siguiendo las reglas de la sana crítica. Por ser un documento, se determinará si es privado o tiene las connotaciones para ser asumido como público y se verificará su autenticidad y genuinidad conforme a la preceptiva correspondiente”*.

²⁸ Sección Tercera, sentencias del 8 de noviembre de 2007, expediente 32966; de 3 de febrero de 2010, expediente 18034; Sub-sección C, sentencias de 26 de febrero de 2014, expediente 37049; de 22 de enero de 2014; de 20 de octubre de 2014, expediente 30462.

de presentación de la demanda], regulación conforme a la cual los “*documentos presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial, tuvieran o no como destino servir de prueba, se reputarán auténticos sin necesidad de presentación personal ni autenticación*”²⁹.

20.- Sin embargo, la presunción de autenticidad de las fotografías no ofrece el convencimiento suficiente al no definirse mediante las mismas las situaciones de tiempo, modo y lugar de lo representado en ellas, por lo cual se hace necesario que afectos de otorgarles mérito probatorio, su contenido sea ratificado, verificado o cotejado con otros medios de prueba allegados al proceso³⁰.

21.- Adicional a lo anterior, para determinar su fecha cierta se debe atender a su consideración como documento privado y a lo consagrado en el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil, de manera que con relación a terceros dicha fecha será aquella de la presentación de la demanda [9 de mayo de 2003], sin perjuicio de los criterios fijados por la norma mencionada³¹.

22.- Así las cosas, la valoración de las fotografías se sujetará a su calidad de documentos, que en el marco del acervo probatorio serán apreciadas como medios auxiliares, y en virtud de la libre y sana crítica del juez contencioso administrativo³².

23.- En el presente asunto se encuentra que el contenido de las fotografías aportadas por la parte actora logra su ratificación con otros medios de prueba como la denuncia, los testimonios y declaraciones, providencias judiciales y diligencias judiciales e informes policiales, conclusión a la que se llega mediante el análisis y valoración del acervo probatorio que obra en el plenario, siguiendo las exigencias constitucionales³³.

²⁹ Se da continuidad a la siguiente línea jurisprudencial: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencias de 26 de febrero de 2014, expediente 37049; de 22 de enero de 2014; de 20 de octubre de 2014, expediente 30462.

³⁰ Se da continuidad a la siguiente línea jurisprudencial: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencias de 26 de febrero de 2014, expediente 37049; de 22 de enero de 2014; de 20 de octubre de 2014, expediente 30462.

³¹ Se da continuidad a la siguiente línea jurisprudencial: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencias de 26 de febrero de 2014, expediente 37049; de 22 de enero de 2014; de 20 de octubre de 2014, expediente 30462.

³² Se da continuidad a la siguiente línea jurisprudencial: Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2004, expediente 14688; Sub-sección C, sentencias de 26 de febrero de 2014, expediente 37049; de 22 de enero de 2014; de 20 de octubre de 2014, expediente 30462.

³³ Corte Constitucional, sentencia T-930A de 6 de diciembre de 2013. “[...] Las fotografías por sí solas no acreditan que la imagen capturada corresponda a los hechos que pretenden probarse a través de ellas y que debe tenerse certeza de la fecha y lugar en que se tomó la imagen, correspondiéndole al juez efectuar su cotejo con testimonios, documentos u otros medios probatorios”.

24.- De esta manera, conforme a los argumentos anteriores, la Sala al examinar el objeto de análisis de la impugnación de la parte actora en el presente asunto, le otorgará el mérito probatorio a las fotografías aportadas por la parte actora en las condiciones previamente señaladas, y teniendo en cuenta las limitaciones que se desprenden de lo ratificado con otros medios probatorios que se relacione con su contenido, en especial lo relacionado con la certeza o realidad de los hechos que se pretenda deducir o atribuir “*posiblemente variados por el tiempo, el lugar o el cambio de posición*”³⁴, y que imponen a la Sala valerse de otros medios probatorios para apreciar razonadamente, en conjunto y bajo la sana crítica los hechos que se logre contrastar debidamente.

25.- Determinado la anterior cuestión procesal, la Sala cierra con la definición del valor probatorio de la prueba trasladada que obra en el proceso.

3.3. Valor probatorio de la prueba trasladada al proceso contencioso administrativo desde el proceso penal ordinario.

26.- Del estudio del expediente la Sala cuenta con Oficio número 231, de 1 de junio de 2005, del Asistente del Fiscal Veintinueve [29] Seccional de Tumaco, Nariño [fl.292 cuaderno 1], con el que se remitieron las copias auténticas “*tomadas del proceso Nro. 2003-S29-P930, que se adelanta en este Despacho*”, por los mismos hechos, y que deben ser sometidas al encuadramiento de las reglas normativas y jurisprudenciales para su valoración.

27.- Así mismo, se cuenta con el Oficio PPI No.045, de 19 de enero de 2004, de la Secretaría de la Procuraduría Provincial de Ipiales con el que se remitió el asunto relacionado con la queja presentada por Luis Adalberto Gómez Pérez al Comando del Grupo Mecanizado No. 3 CABAL, según lo decidido por el auto de 13 de enero de 2004 [fls.1 a 4 cuaderno 2].

28.- Para determinar la procedencia de la valoración de la prueba trasladada desde los mencionados proceso penal y disciplinario militar, surtida con ocasión de la investigación adelantada por los hechos ocurridos el 25 de enero de 2003 en el corregimiento de Llorente, del municipio de Tumaco [Nariño], la primera de las cuales se suspendió por auto de 9 de septiembre del Fiscal Veintinueve [29] Seccional de Tumaco, y la segunda se archivó mediante decisión de 17 de agosto de 2004 del

³⁴ Corte Constitucional, sentencia T-930A de 6 de diciembre de 2013.

fallador de instancia del Grupo de Caballería Mecanizado No. 3 CABAL del Ejército Nacional, respecto de las cuales la Sala debe fijar los fundamentos para su valoración.

3.3.1. Fundamentos para la valoración de la prueba trasladada.

29.- La jurisprudencia de los últimos años del Consejo de Estado, con relación a la eficacia probatoria de la prueba trasladada, sostiene que cabe valorarla a instancias del proceso contencioso administrativo, siempre que se cumpla con los presupuestos generales siguientes³⁵: (i) los normativos del artículo 185³⁶ del C.P.C., esto es, que se les puede dotar de valor probatorio y apreciar sin formalidad adicional en la medida en que el [los] proceso [s] del que se trasladan se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o, con su audiencia de ella³⁷, respetando su derecho de defensa y cumpliendo con el principio de contradicción. Así como con lo consagrado por el artículo 168 del C.C.A³⁸ [vigente para la época de entrada para fallo del proceso]; (ii) las “pruebas trasladadas y practicadas dentro de las investigaciones disciplinarias seguidas por la misma administración no requieren ratificación o reconocimiento, según sea del caso, dentro del proceso de responsabilidad”³⁹; (iii) la ratificación de la prueba trasladada se suple con la admisión de su valoración⁴⁰; y, (iv) la prueba trasladada de la investigación disciplinaria puede valorarse ya que se cuenta con la audiencia de la parte contra la que se aduce, por ejemplo la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional⁴¹.

³⁵ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 26737. En su modulación puede verse las siguientes sentencias: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334.

³⁶ “Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella”.

³⁷ Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2011, expediente 19969.

³⁸ Artículo 168 del Código Contencioso Administrativo: “En los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración”. El artículo 211 de la ley 1437 de 2011 reza lo siguiente: “En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil”. En tanto que el artículo 214 de la ley 1437 de 2011 establece: “Toda prueba obtenida con violación al debido proceso será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia necesaria de las pruebas excluidas o las que solo puedan explicarse en razón de la existencia de aquellas. La prueba practicada dentro de una actuación declarada nula, conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de contradecirla”. Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004, expediente 13607.

³⁹ Sección Tercera, sentencia de 24 de noviembre de 1989, expediente 5573.

⁴⁰ Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2004, expediente 15088.

⁴¹ Sección Tercera, sentencia de 20 de mayo de 2004, expediente 15650. Las “pruebas que acreditan la responsabilidad de la demandada que provienen de procesos disciplinarios internos tramitados por la misma, pueden ser valoradas en la presente causa contencioso administrativa, dado que se practicaron por la parte contra la que se aducen”. Las piezas procesales adelantadas ante la justicia disciplinaria y penal militar se allegaron por el demandante durante el período probatorio, y pueden valorarse. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 13 de noviembre de 2008, expediente 16741.

30.- A su vez, como presupuestos para la valoración de la prueba testimonial que se traslada desde un proceso administrativo disciplinario, penal ordinario o penal militar se tiene en cuenta las siguientes reglas especiales [debiéndose tener en cuenta tanto las generales como estas]: (i) no necesitan de ratificación cuando se trata de personas “que intervinieron en dicho proceso disciplinario, o sea el funcionario investigado y la administración investigadora (para el caso la Nación)”⁴²; (ii) las “pruebas trasladadas de los procesos penales y, por consiguiente, practicadas en éstos, con audiencia del funcionario y del agente del Ministerio Público, pero no ratificadas, cuando la ley lo exige, dentro del proceso de responsabilidad, en principio, no pueden valorarse. Se dice que en principio, porque sí pueden tener el valor de indicios que unidos a los que resulten de otras pruebas, ellas sí practicadas dentro del proceso contencioso administrativo lleven al juzgador a la convicción plena de aquello que se pretenda establecer”⁴³; (iii) puede valorarse los testimonios siempre que solicitados o allegados por una de las partes del proceso, la contraparte fundamenta su defensa en los mismos⁴⁴, siempre que se cuente con ella en copia auténtica; (iv) cuando las partes en el proceso conjuntamente solicitan o aportan los testimonios practicados en la instancia disciplinaria⁴⁵; y, (v) cuando la parte demandada “se allana expresamente e incondicionalmente a la solicitud de pruebas presentada por los actores o demandantes dentro del proceso contencioso administrativo.

31.- En cuanto a las declaraciones rendidas ante las autoridades judiciales penales ordinarias [Fiscalía, Jueces Penales, Jueces de Instrucción Penal Militar], la Sala Plena de la Sección Tercera en la sentencia de 11 de septiembre de 2013 [expediente 20601] considera que *“es viable apreciar una declaración rendida por fuera del proceso contencioso administrativo, sin audiencia de la parte demandada o sin su citación, cuando se cumpla con el trámite de ratificación, o cuando por acuerdo común entre las partes –avalado por el juez- se quiso prescindir del aludido trámite. Este último puede manifestarse como lo dispone el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil – verbalmente en audiencia o presentando un escrito autenticado en el que ambas partes manifiesten expresamente que quieren prescindir de la ratificación-, o extraerse del comportamiento positivo de las partes, cuando los mismos indiquen de manera inequívoca que el querer de éstas era prescindir de la repetición del interrogatorio*

⁴² Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 26737, Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 16 de noviembre de 1993, expediente 8059.

⁴³ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334, Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 24 de noviembre de 1989, expediente 5573.

⁴⁴ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 26737. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 1 de marzo de 2006, expediente 15284.

⁴⁵ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 26737. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004, expediente 13607.

respecto de los testimonios trasladados, lo que ocurre cuando ambos extremos del litigio solicitan que el testimonio sea valorado, cuando la demandada está de acuerdo con la petición así hecha por la demandante, o cuando una parte lo solicita y la otra utiliza los medios de prueba en cuestión para sustentar sus alegaciones dentro del proceso [...] Ahora bien, en los casos en donde las partes guardan silencio frente a la validez y admisibilidad de dichos medios de convicción trasladados, y además se trata de un proceso que se sigue en contra de una entidad del orden nacional, en el que se pretenden hacer valer los testimonios que, con el pleno cumplimiento de las formalidades del debido proceso, han sido recaudados en otro trámite por otra entidad del mismo orden, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de afirmar que la persona jurídica demandada –La Nación– es la misma que recaudó las pruebas en una sede procesal diferente, lo que implica que, por tratarse de testimonios recopilados con la audiencia de la parte contra la que se pretenden hacer valer en el proceso posterior, son plenamente admisibles y susceptibles de valoración [...] La anterior regla cobra aún mayor fuerza si se tiene en cuenta que, en razón del deber de colaboración que les asiste a las diferentes entidades del Estado, a éstas les es exigible que las actuaciones que adelanten sean conocidas por aquellas otras que puedan tener un interés directo o indirecto en su resultado, máxime si se trata de organismos estatales que pertenecen al mismo orden, de tal manera que las consecuencias de una eventual descoordinación en las actividades que los estamentos del Estado, no puede hacerse recaer sobre los administrados, quienes en muchas ocasiones encuentran serias dificultades para lograr repetir nuevamente dentro del proceso judicial contencioso administrativo, aquellas declaraciones juramentadas que ya reposan en los trámites administrativos que han sido adelantados por las entidades correspondientes”⁴⁶.

32.- Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia de la Sub-sección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado de Colombia avanza y considera que cuando no se cumple con alguna de las anteriores reglas o criterios, se podrán valorar las declaraciones rendidas en procesos diferentes al contencioso administrativo, especialmente del proceso penal ordinario, como indicios cuando “establecen las circunstancias de tiempo, modo y lugar [...] ya que pueden ser útiles, pertinentes y conducentes para determinar la violación o vulneración de derechos humanos y del derecho internacional humanitario”⁴⁷. Con similares argumentos la jurisprudencia de la misma Sub-sección considera que las indagatorias deben ser contrastadas con los

⁴⁶ Sección Tercera, sentencia de 11 de septiembre de 2013, expediente 20601; de la Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 45433.

⁴⁷ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 45433.

demás medios probatorios “para determinar si se consolidan como necesarios los indicios que en ella se comprendan”⁴⁸ con fundamento en los artículos 1.1, 2, y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

33.- De otra parte, para el caso de la prueba documental, la regla general que aplica la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia es aquella según la cual en “relación con el traslado de documentos, públicos o privados autenticados, estos pueden ser valorados en el proceso contencioso al cual son trasladados, siempre que se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 289⁴⁹ del Código de Procedimiento Civil. Conforme a lo anterior, es claro que sin el cumplimiento de los requisitos precitados las pruebas documentales y testimoniales practicadas en otro proceso no pueden ser valoradas para adoptar la decisión de mérito”⁵⁰. No obstante, a dicha regla se le reconocieron las siguientes excepciones: (i) puede valorarse los documentos que son trasladados desde otro proceso [judicial o administrativo disciplinario] siempre que haya estado en el expediente a disposición de la parte demandada, la que pudo realizar y agotar el ejercicio de su oportunidad de contradicción de la misma⁵¹; (ii) cuando con base en los documentos trasladados desde otro proceso la contraparte la utiliza para estructurar su defensa jurídica⁵²; (iii) cuando los documentos se trasladan en copia simple operan las reglas examinadas para este tipo de eventos para su valoración directa o indirecta; (iv) puede valorarse la prueba documental cuando la parte contra la que se aduce se allana expresa e incondicionalmente a la misma; y, (v) puede valorarse

⁴⁸ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 45433.

⁴⁹ “Artículo 289. Procedencia de la tacha de falsedad. La parte contra quien se presente un documento público o privado, podrá tacharlo de falso en la contestación de la demanda, si se acompañó a ésta, y en los demás casos, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que ordene tenerlo como prueba, o al día siguiente al en que haya sido aportado en audiencia o diligencia. Los herederos a quienes no les conste que la firma o manuscrito no firmado proviene de su causante, podrán expresarlo así en las mismas oportunidades. No se admitirá tacha de falsedad cuando el documento impugnado carezca de influencia en la decisión o se trate de un documento privado no firmado ni manuscrito por la parte a quien perjudica”.

⁵⁰ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004, expediente 13607. Además, en otra jurisprudencia se sostiene que “se trata de una prueba documental que fue decretada en la primera instancia, lo cierto es que pudo ser controvertida en los términos del artículo 289 [...] por el cual se reitera, su apreciación es viable”. Sección Tercera, sentencia de 26 de febrero de 2009, expediente 16727. Cfr. también Sección Tercera, sentencia de 30 de mayo de 2002, expediente 13476. “Se exceptúa respecto de los documentos públicos debidamente autenticados en los términos del art. 254 CPC y los informes y peritaciones de entidades oficiales (art. 243 CPC)”. Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 14 de abril de 2011, expediente 20587.

⁵¹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 27 de abril de 2011, expediente 20374.

⁵² Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, sentencia de 9 de diciembre de 2004, expediente 14174.

como prueba trasladada el documento producido por una autoridad pública aportando e invocado por el extremo activo de la litis⁵³.

34.- Finalmente, si se trata de inspecciones judiciales, dictámenes periciales e informes técnicos trasladados desde procesos penales ordinarios o militares, o administrativos disciplinarios pueden valorarse siempre que hayan contado con la audiencia de la parte contra la que se aducen⁵⁴, o servirán como elementos indiciarios que deben ser contrastados con otros medios probatorios dentro del proceso contencioso administrativo.

35.- Debe tenerse en cuenta que el Código General del Proceso en su artículo 174, aplicable por remisión expresa del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, consagra que las *“pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. En caso contrario, deberá surtirse la contradicción en el proceso al que están destinadas [...] La valoración de las pruebas trasladadas o extraprocesales y la definición de sus consecuencias jurídicas corresponderán al juez ante quien se aduzcan”*. A dicha norma se integran los criterios anteriormente fijados, por lo que se puede afirmar una completa correspondencia del análisis realizado por la Sala con todo el universo normativo convencional, constitucional y legal de los medios probatorios que fueron trasladados.

36.- De acuerdo con los fundamentos anteriores, la Sala valora cada tipología de medios probatorios que fueron objeto de traslado desde el proceso penal radicado bajo el número 2003-S29-P30 que por el punible de daño en bien ajeno y hurto se adelantó ante la Fiscalía Veintinueve [29] Seccional de Tumaco, Nariño, por los mismos hechos.

3.3.2. Criterios para la valoración de la prueba trasladada desde el proceso penal ordinario adelantado por la Fiscalía Veintinueve [29] Seccional de Tumaco, Nariño, bajo radicación 2003-S29-P30.

37.- En cuanto a la prueba documental trasladada al proceso, la Sala encuentra que fue solicitada por la parte actora, coadyuvada por el **MINISTERIO DE DEFENSA-**

⁵³ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012, expediente 19920.

⁵⁴ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, sentencia de 5 de junio de 2008, expediente 16398.

EJÉRCITO NACIONAL. Sin perjuicio de lo anterior, dicha prueba cumple con dos de los supuestos para que proceda su valoración por parte de la Sala: (1) la prueba documental estuvo a disposición de las partes una vez allegada durante el período probatorio, con lo que hubo lugar a la contradicción de la misma, sin que hubiere sido objeto de tacha alguna por parte de las entidades demandadas, garantizándose con ello el derecho de contradicción y publicidad de la prueba [cumpliendo con ello los mandatos constitucionales y convencionales]. De igual forma, el precedente de la Sala sostiene que las pruebas recaudadas podrán ser valoradas ya que se puede considerar contrario a la lealtad procesal “que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio, bien sea por petición expresa o coadyuvancia pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión”⁵⁵; y, (2) se trata de medios probatorios que puede ser conducentes, pertinentes y útiles para establecer la vulneración de derechos humanos y violaciones al derecho internacional humanitario, en las condiciones en las que acaecieron los hechos.

38.- En tanto que, las declaraciones trasladadas desde el proceso penal si bien fueron aportadas al proceso en copia autenticada, son varios los criterios a tener en cuenta para su valoración: (1) inicialmente, no cumple con ninguno de los presupuestos adicionales que se fijan en las reglas que legal y jurisprudencialmente se han establecido: de una parte, no se practicaron con audiencia de la parte contra la cual se aducen [de acuerdo con los elementos de prueba que obran en el expediente el **MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL** en ningún momento fueron convocados, o se tuvo su audiencia para la práctica de las declaraciones ante la Fiscalía competente]; (2) por otra parte, no se cumplió con el procedimiento de ratificación al interior del proceso contencioso administrativo de ninguna de las declaraciones objeto de traslado, con lo que no se cumple con lo exigido en el artículo 222 del Código General del Proceso [Ley 1564 de 2012]; (3) sin perjuicio de lo anterior, y de acuerdo con la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 11 de septiembre de 2013 [expediente 20601], es “*es viable apreciar una declaración rendida por fuera del proceso contencioso administrativo, sin audiencia de la parte demandada o sin su citación, cuando se cumpla con el trámite de ratificación, o cuando por acuerdo común entre las partes –avalado por el juez- se quiso prescindir del aludido trámite. Esto último puede manifestarse como lo dispone el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil –verbalmente en audiencia o presentando un escrito autenticado en*

⁵⁵ Sección Tercera, sentencia de 21 de febrero de 2002, expediente 12789; sentencia de 9 de junio de 2010, expediente 18078.

el que ambas partes manifiesten expresamente que quieren prescindir de la ratificación, o extraerse del comportamiento positivo de las partes, cuando los mismos indiquen de manera inequívoca que el querer de éstas era prescindir de la repetición del interrogatorio respecto de los testimonios trasladados, lo que ocurre cuando ambos extremos del litigio solicitan que el testimonio sea valorado, cuando la demandada está de acuerdo con la petición así hecha por la demandante, o cuando una parte lo solicita y la otra utiliza los medios de prueba en cuestión para sustentar sus alegaciones dentro del proceso”; y, (4) siguiendo la misma sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 11 de septiembre de 2013 [expediente 20601], se agrega como criterio que en “los casos en donde las partes guardan silencio frente a la validez y admisibilidad de dichos medios de convicción trasladados, y además se trata de un proceso que se sigue en contra de una entidad del orden nacional, en el que se pretenden hacer valer los testimonios que, con el pleno cumplimiento de las formalidades del debido proceso, han sido recaudados en otro trámite por otra entidad del mismo orden, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de afirmar que la persona jurídica demandada –la Nación– es la misma que recaudó las pruebas en una sede procesal diferente, lo que implica que, por tratarse de testimonios recopilados con la audiencia de la parte contra la que se pretenden hacer valer en el proceso posterior, son plenamente admisibles y susceptibles de valoración, según la interpretación más estricta que pueda hacerse de las formalidades establecidas en el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil, según las cuales la ratificación de las declaraciones juramentadas trasladadas sólo es necesaria “... cuando se hayan rendido en otro [proceso], sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan en el posterior...”. La “anterior regla cobra aún mayor fuerza si se tiene en cuenta que, en razón del deber de colaboración que les asiste a las diferentes entidades del Estado⁵⁶, a éstas les es exigible que las actuaciones que adelanten sean conocidas por aquellas otras que puedan tener un interés directo o indirecto en su resultado, máxime si se trata de organismos estatales que pertenecen al mismo orden, de tal manera que las consecuencias de una eventual descoordinación en las actividades de los estamentos del Estado, no puede hacerse recaer sobre los administrados, quienes en muchas ocasiones encuentran serias dificultades para lograr repetir nuevamente dentro del proceso judicial contencioso administrativo, aquellas declaraciones juramentadas que ya reposan en los trámites administrativos que han sido adelantados por las entidades correspondientes”.

⁵⁶ Tal como lo ordena el artículo 113 de la Constitución Política al decir que “Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.

39.- La Sala considera que para la valoración de las declaraciones trasladadas desde el proceso penal se encuadran en lo considerado por la jurisprudencia, por lo que serán objeto de valoración con las limitaciones indicadas, y bajo el principio de la sana crítica, en conjunto y contraste con los demás medios probatorios que obran en el expediente.

40.- Con fundamento en lo anterior, la Sala como juez de convencionalidad y contencioso administrativo tendrá, valorará y apreciará los medios probatorios [documentos, testimonios, versiones libres, indagatorias y fotografías] trasladados desde el proceso penal ordinario adelantadas por el punible de daño en bien ajeno y hurto en hechos ocurridos el 25 de enero de 2003, que son los mismos que dan origen a la acción de reparación que está en curso en esta instancia.

41.- Analizados los criterios para valorar la prueba trasladada desde el proceso penal ordinario, la Sala examina aquellos que operan para valorar la trasladada desde el proceso disciplinario militar.

3.3.3. Criterios para la valoración de la prueba trasladada desde el proceso disciplinario militar adelantado ante el Grupo de Caballería Mecanizado No.3 "CABAL".

42.- Como se trata de pruebas documentales, declaraciones e informes rendidos en el curso del procedimiento disciplinario, deben operar los criterios según los cuales dichos medios probatorios la haber sido practicados dentro de la investigación disciplinaria iniciada, cursada y finalizada por decisión de 17 de agosto de 2004 del fallador de instancia del Grupo de Caballería Mecanizado No. 3 CABAL del Ejército Nacional, con la que se resolvió archivar la investigación disciplinaria [fls.39 a 42 cuaderno 2]. Al haber sido realizado el procedimiento por la misma entidad pública demandada, no requieren ratificación o reconocimiento dentro de este procedimiento contencioso administrativo, ya que se ha contado con la audiencia de la parte contra la que se pueda aducir para dilucidar si procede la responsabilidad patrimonial de la misma o no.

43.- En cuanto a la prueba testimonial que se traslada desde el proceso disciplinario se cuenta que las declaraciones y versiones rendidas por el Teniente Eliomar Erazo Arteaga, y del Sargento Vice-Segundo Bayardo Malte Alquedan no necesitan ratificación al haber sido funcionarios o agentes de la entidad pública demandada **EJÉRCITO NACIONAL** sobre los que recayó la investigación disciplinaria. En gracia de discusión, se tiene que fueron solicitados por las partes en el proceso, y fueron

utilizados por las mismas en sus argumentos de demanda, como en los de defensa en la contestación.

44.- Finaliza la Sala el estudio de las cuestiones procesales, determinando si el demandante **LUIS ADALBERTO GÓMEZ PÉREZ** está legitimado en la causa por activa como propietario del establecimiento de comercio objeto de la litis.

3.4. La legitimación en la causa por activa del demandante LUIS ADALBERTO GÓMEZ PÉREZ.

45.- La parte actora en la demanda afirmó que **LUIS ADALBERTO GÓMEZ PÉREZ** para el 25 de enero de 2003, fecha de los hechos, era titular y propietario del local o establecimiento de comercio “Los Tres Diamantes” ubicado en un inmueble dentro del corregimiento de Llorente, municipio de Tumaco, Nariño.

46.- Si bien la falta de legitimación en la causa por activa no hace parte del objeto de la apelación presentada por la parte actora, como único apelante, se trata de un aspecto procesal que oficiosamente el juez contencioso administrativo puede examinar sin que haya lugar a vulnerar lo establecido en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, ni el principio de la no reformatio in pejus, y menos las sentencias de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera, esto es, de 9 de febrero de 2012 [expedientes 21060 y 20104].

47.- Cabe examinar los presupuestos conceptuales de la falta de legitimación.

3.4.1. La legitimación en la causa conceptualmente.

48.- En la verificación de los presupuestos procesales materiales o de fondo, dentro de los cuales se encuentra la legitimación en la causa, compete antes de considerar las pretensiones planteadas en el libelo introductorio, analizar la legitimidad para obrar dentro del proceso de la parte actora o de quien acude como demandado y su interés jurídico en la pretensión procesal, pues la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o a las demandadas⁵⁷.

⁵⁷ Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 2001, expediente No. 13356. Constituye postura sólidamente decantada por la jurisprudencia de esta Sala aquella consistente en excluir la figura de la falta de legitimación en la causa de las excepciones de fondo que puedan formularse dentro del proceso, comoquiera que éstas, a diferencia de aquella, enervan la pretensión procesal en su contenido, pues

49.- En primer lugar, en relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, en sentido amplio, la jurisprudencia constitucional se ha referido a la legitimación en la causa, como la “calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso”,⁵⁸ de forma tal que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas⁵⁹.

50.- Dentro del concepto de legitimación en la causa, se vislumbra la legitimación de hecho, originada en la simple alegación de esa calidad en la demanda, como lo prevé el artículo 86 del C. C. A., al señalar “*la persona interesada podrá*”, siendo entonces ese interés mínimo, suficiente para accionar y para proponerlo en la instancia procesal de inicio del juicio⁶⁰. La legitimación material se concreta en el evento en que se pruebe realmente la calidad de damnificado para así obtener una sentencia favorable a las pretensiones de la demanda.⁶¹

51.- De acuerdo con lo expuesto anteriormente, la legitimación en la causa, en su sentido más general, se entiende como el interés que presenta una persona frente a una situación jurídica específica, que le permite asistir a un proceso en la calidad de parte con el fin de defender sus intereses respecto de la creación, modificación o extinción de obligaciones que surja como efecto de la decisión tomada en el mismo⁶².

tienen la potencialidad de extinguir, parcial o totalmente, la súplica elevada por el actor, en tanto que la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado.

⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia C- 965 de 2003.

⁵⁹ Sección Tercera, sentencia de 25 de julio de 2011, expediente 20146.

⁶⁰ Sección Tercera, sentencia de 19 de agosto de 2011, expediente 19237.

⁶¹ Sección Tercera, sentencia de 10 de agosto de 2005, expediente 13444.

⁶² Sección Tercera, sentencia de 31 de octubre de 2007, expediente, 13503. En este sentido, la Sección se ha pronunciado en los siguientes términos: "En relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, que ésta, en los procesos ordinarios y según lo ha señalado la Sala, no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable ora a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado. Adicionalmente, se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa. La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda. Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas. De ahí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como si lo hace una excepción de fondo. Lo anterior lleva a concluir que en un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa, no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta

52.- En contraposición a lo anterior, la ausencia de legitimación en la causa se presenta cuando el sujeto no presenta ni siquiera un interés mediato respecto de lo debatido en el proceso, por lo cual su asistencia a éste se hace innecesaria e impertinente⁶³.

53.- Cabe examinar la situación del demandante **LUIS ADALBERTO GÓMEZ PÉREZ** respecto a su legitimación en la causa como titular o propietario del establecimiento de comercio “Los Tres Diamantes”.

3.4.2. Legitimación en la causa por activa del demandante LUIS ADALBERTO GÓMEZ PÉREZ. La calidad de titular o propietario del establecimiento de comercio “Los Tres Diamantes” por el demandante no está acreditado⁶⁴.

54.- En cuanto a la pretensión indemnizatoria deprecada en la demanda con relación al daño antijurídico ocasionado al establecimiento de comercio “Los Tres Diamantes”, entra la Sala a examinar si la existencia del mismo y la propiedad del demandante sobre éste fueron debidamente probados.

55.- Según el artículo 25 del Código de Comercio *“se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio”*.

56.- Por su parte el artículo 515 de la misma codificación señala que *“se entiende por*

solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda. En consecuencia, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta formula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra”. En auto del 8 de marzo de 2001 la Corte Constitucional reiteró: “Acorde con los principios básicos del derecho procesal, especialmente con el denominado **“legitimidad en la causa por pasiva”, las obligaciones jurídicas son exigibles respecto de quien se encuentra expresamente llamado por la ley o el contrato a responder por ellas. Así las cosas, para que la acción judicial se abra camino en términos de favorabilidad, es necesario que -además de que se cumplan otros requisitos- exista una coincidencia de derecho entre el titular de la obligación pretendida y el sujeto frente a quien dicha conducta se reclama. La incongruencia o falta de identidad entre dichos sujetos, conduce usualmente al proferimiento (sic) de sentencias desestimatorias, las cuales, como es obvio, resultan altamente perjudiciales para el demandante”**. De todo lo anterior se concluye, de un lado, que **la legitimación en la causa no es una excepción de fondo en los procesos ordinarios (...)** [subrayado y negrillas fuera de texto].

⁶³ Por ejemplo, cuando el interés al que se ha hecho referencia no se radica en la persona o personas que han sido vinculadas al proceso en calidad de demandados, se presenta el fenómeno conocido como ausencia de legitimación en la causa por pasiva [artículo 2343 del Código Civil], que impide que válidamente se puedan derivar efectos del proceso respecto de aquellas personas, por cuanto no existe identidad entre la persona demandada y aquella que por ley está llamada a responder por el daño causado.

⁶⁴ Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 12 de agosto de 2013, expediente 27063.

establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio, y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales”.

57.- De otro lado, el artículo 516 del C. Co. expresa que “*salvo estipulación en contrario, se entiende que forman parte de un establecimiento de comercio:*

- 1) La enseña o nombre comercial y las marcas de productos y de servicios;*
- 2) Los derechos del empresario sobre las invenciones o creaciones industriales o artísticas que se utilicen en las actividades del establecimiento;*
- 3) Las mercancías en almacén o en proceso de elaboración, los créditos y los demás valores similares;*
- 4) El mobiliario y las instalaciones;*
- 5) Los contratos de arrendamiento y, en caso de enajenación, el derecho al arrendamiento de los locales en que funciona si son de propiedad del empresario, y las indemnizaciones que, conforme a la ley, tenga el arrendatario;*
- 6) El derecho a impedir la desviación de la clientela y a la protección de la fama comercial, y*
- 7) Los derechos y obligaciones mercantiles derivados de las actividades propias del establecimiento, siempre que no provengan de contratos celebrados exclusivamente en consideración al titular de dicho establecimiento.”*

58.- Sobre la prueba de la propiedad sobre un establecimiento de Comercio esta Corporación ha dispuesto que:

“En atención a que el Tribunal Administrativo en primera instancia consideró que el actor alegó la calidad de dueño del establecimiento de comercio del cual fue objeto del incendio, pero no demostró tal calidad, con fundamento en las obligaciones establecidas en el artículo 19 y siguientes del Código de Comercio, esto es, con el certificado de la cámara de comercio, la Sala procede a analizar el presupuesto procesal previo para determinar si le asistía o no la razón al a quo.

El establecimiento de comercio al tenor de lo dispuesto en el artículo 515 del Código de Comercio, es un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. De acuerdo con lo anterior, una de las manifestaciones del ejercicio del comercio por parte de quien ostenta la calidad de comerciante es el tener un establecimiento abierto al público.

El deber contenido en el artículo 28 del Código de Comercio, esto es, lo que debe inscribirse en el registro mercantil, entre otras actividades, la apertura de establecimientos de comercio y de sucursales, y los actos que modifiquen o afecten la propiedad de los mismos o su administración (numeral 6), no implica que el registro sea la prueba idónea que le atribuye la calidad de propietario del establecimiento de comercio al comerciante. La obligación de inscribir en el registro mercantil constituye una obligación derivada del carácter de comerciante que tiene toda persona que ejerce profesionalmente una actividad

comercial y, además se considera que tal registro cumple una función de publicidad o si se quiere, de oponibilidad frente a terceros.

Por lo tanto, la calidad de propietario de un establecimiento de comercio puede demostrarse por cualquier medio probatorio⁶⁵, no existe una tarifa legal como lo pretendió considerar el a quo, esto es, que con el certificado de la cámara de comercio se obtiene la calidad y por ende, se prueba la propiedad de un establecimiento de comercio.”⁶⁶

59.- La Sala verifica las pruebas que obran en el expediente tendientes a demostrar la propiedad del supuesto establecimiento de comercio “Los Tres Diamantes” por parte del demandante: (i) obra el Certificado de la Cámara de Comercio de Tumaco, expedido el 12 de marzo de 2003 [fls.29 y 30 cuaderno 1], según el cual: (i) Luis Adalberto Gómez Pérez se matriculó en el registro mercantil bajo el número 11560-01 desde el 13 de enero de 2003; (2) que era propietario del establecimiento de comercio “ALMACEN Y COMPRAVENTA DE ELECTRODOMESTICOS LA UNION” ubicado en la calle Cauca salida al túnel Barbacoas, cuya actividad era la compraventa de electrodomésticos; (ii) así mismo, se encuentra el Certificado de la Cámara de Comercio del Putumayo, expedido el 28 de febrero de 2003 [fl.31 cuaderno 1], según el cual Luis Adalberto Gómez Pérez se encontraba inscrito con matrícula mercantil 14706-01 desde el 21 de enero de 2000, como propietario del establecimiento de comercio “ALMACEN Y COMPRA VENTA GISELA”, ubicado en la calle 7 barrio El Jardín, siendo su actividad comercial la compra y venta de electrodomésticos, y que se renovó la matrícula el 2 de julio de 2002; (iii) se afirma de la existencia del establecimiento de comercio en la solicitud de protección presentada por Luis Adalberto Gómez Pérez al Comandante del Grupo Cabal Mecanizado de Ipiales el 28 de enero de 2003⁶⁷ [fls.41 y 42 cuaderno 1]; (iv) de la existencia titularidad da cuenta la constancia expedida por Gustavo Enrique García Salazar el 10 de febrero de 2003⁶⁸ [fl.43 cuaderno 1]; (v) se encuentran, también, los Estados financieros de los años 2002 y 2003 correspondientes al “Almacén y compra venta Los Tres Diamantes de propiedad de Luis Adalberto Gómez Pérez [fls.51 a 56 cuaderno 1]; (vi) de acuerdo con los testimonios rendidos por Víctor Orlando Ortiz Rodríguez⁶⁹ [fls.228 a 230 cuaderno 1]; por María Teresa Pereira Rodríguez⁷⁰

⁶⁵ Bajo la misma línea puede verse sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 9 de junio de 2010, expediente: 18536 y sentencia de 11 de agosto de 2010, expediente: 18826.

⁶⁶ Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de septiembre de 2012, expediente 23340

⁶⁷ “[...] irrumpieron en la Compra-Venta los Tres [sic] (3) Diamantes, la cual es de mi propiedad”.

⁶⁸ “[...] Conozco al señor GOMEZ PEREZ, hace aproximadamente Cinco [sic] (5) años, como comerciante del corregimiento de Llorente, quien tiene una Compra Venta, llamada “Los Tres Diamantes”.

⁶⁹ “El señor LUIS ALBERTO GOMEZ PEREZ, tenía una compraventa de nombre los TRES DIAMANTES”.

⁷⁰ “[...] El [sic] vendía Oro [sic] y electrodoméstico, también empeñaba era una compraventa, se llamaba PRENDERIA Y COMPRAVENTA LOS TRES DIAMANTES [...]”.

[fls.230 a 232 cuaderno 1]; por Sandro Becerra Rodríguez⁷¹ [fls.233 y 234 cuaderno 1]; por Franklin Eduardo Jurado Rosero⁷² [fls.247 y 248 cuaderno 1]; por Gustavo Enrique García Salazar⁷³ [fls.269 a 271 cuaderno 1]; por José Octavio Jurado Cortés⁷⁴ [fls.272 a 275 cuaderno 1]; por la declaración juramentada rendida por Byron Hernán David Benavides⁷⁵ [fl.296 cuaderno 1], el demandante tenía una compraventa denominada “Los Tres Diamantes”; por Olger Becerra Rodríguez⁷⁶ [fls.326 a 329 cuaderno 1]; y, (vii) de igual forma la existencia y propiedad del establecimiento de comercio se afirma en el Auto de 29 de enero de 2003 proferido por la Fiscalía Cuarenta [40] Local de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Juzgados Penales y Promiscuos Municipales de Tumaco, Nariño [fl.302 cuaderno 1], en el Acta de la diligencia de allanamiento y registro realizada al inmueble ubicado en Llorente vía principal, el 29 de enero de 2003 por la Fiscalía Diecisiete Local de Tumaco, Nariño [fls.306 y 307 cuaderno 1], y en el queja presentada por Luis Adalberto Gómez Pérez en mayo de 2003 ante la Procuraduría General de la Nación [fls.5 a 7 cuaderno 2].

60.- Así las cosas, la Sala tiene por probada la propiedad del demandante **LUIS ADALBERTO GÓMEZ PÉREZ**, por lo que se entiende legitimado en la causa por activa para reclamar el daño antijurídico y los perjuicios ocasionados al establecimiento de comercio “Los Tres Diamantes” ubicado en el corregimiento de Llorente, municipio de Tumaco, durante los hechos acaecidos el 25 de enero de 2003.

61.- Definidas por la Sala las anteriores cuestiones procesales, la Sala procede a presentar los medios probatorios con base en los cuales hará el análisis de las apelaciones presentadas por las partes.

⁷¹ “[...] El señor LUIS ALBERTO [sic] GOMEZ PEREZ., tenia [sic] una compraventa de Oro [sic] y electrodomésticos de nombre los TRES DIAMANTES”.

⁷² “[...] Yo conocí al señor LUIS ADALBERTO GOMEZ PEREZ como propietario de una compraventa que la tenía ubicada en Llorente [...] Don Luis tenía un negocio de compraventa y se llamaba LOS TRES DIAMANTES”.

⁷³ “[...] Yo conozco al señor Luis Adalberto Gómez Pérez, hace unos cinco años porque he tenido nexos comerciales con el [sic], o sea yo le vendía oro, yo lo conocí en una Joyería en Llorente, ya que yo les surto a tres negocios en Llorente y yo le surto a Enrique Rosero, el [sic] tiene una Compraventa [sic] que se llama “ONIS” es allí donde conocí a don Alberto cuando el [sic] llegó a Llorente [...] El [sic] tenía una compraventa de Oro [sic] esa compraventa [sic] se llamaba “Los Tres Diamantes” [...]”.

⁷⁴ “[...] Yo conozco al señor Luis Adalberto Gómez Pérez y entramos en el negocio desde el año 2.000, yo lo conocí en el municipio de Tumaco, a través de un negocio que tenía en Llorente era una Compraventa [sic] de Oro [sic], Joyas [sic] y Electrodomésticos [sic], llamada “Los Tres Diamantes”.

⁷⁵ “[...] saquear una compraventa denominada Los Tres Diamantes, propiedad de los señores LUIS ADALBERTO GOMEZ PEREZ y NORELIA MONSALVE CEBALLOS”.

⁷⁶ “[...] Yo conozco al señor LUIS ADALBERTO GOMEZ desde hace mas [sic] o menos cinco años por cuanto vivíamos en el mismo Corregimiento Llorente del municipio de Tumaco (N), yo tenía un negocio de comidas y bebidas enfrente [sic] el señor LUIS ADALBERTO tenía una compraventa que se llamaba “Los Tres Diamantes”.

4. Los medios probatorios aportados, recaudados y practicados dentro del proceso.

62.- Al proceso se aportaron con la demanda y la contestación, se recaudaron y practicaron durante el período probatorio, los medios que a continuación se reseñan.

(1) Certificado de la Cámara de Comercio de Tumaco, expedido el 12 de marzo de 2003 [fls.29 y 30 cuaderno 1], según el cual: (i) Luis Adalberto Gómez Pérez se matriculó en el registro mercantil bajo el número 11560-01 desde el 13 de enero de 2003; (2) que era propietario del establecimiento de comercio “ALMACEN Y COMPRAVENTA DE ELECTRODOMESTICOS LA UNION” ubicado en la calle Cauca salida al túnel Barbacoas, cuya actividad era la compraventa de electrodomésticos.

(2) Copia simple de la cédula de ciudadanía de Norelia Monsalve Ceballos [fl.33 cuaderno 1]

(3) Copia simple de la cédula de ciudadanía de Luis Adalberto Gómez Pérez [fl.32 cuaderno 1]

(4) Certificado de la Cámara de Comercio del Putumayo, expedido el 28 de febrero de 2003 [fl.31 cuaderno 1].

(5) Copia simple de la denuncia 005, de 27 de enero de 2003, recepcionada por el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, presentada por Norelia Monsalve Ceballos por los delitos de hurto y otros, por valor de ciento y ochenta y seis millones de pesos [\$186.000.000.00], habiendo sido la víctima Luis Adalberto Gómez Pérez [fls.34 a 36 cuaderno 1].

(6) Copia simple de la declaración rendida por Luis Adalberto Gómez Pérez [fls.37 y 38 cuaderno 1].

(7) Dos [2] fotografías [fl.39 cuaderno 1].

(8) Solicitud de protección presentada por Luis Adalberto Gómez Pérez al Comandante del Grupo Cabal Mecanizado de Ipiales el 28 de enero de 2003 [fls.41 y 42 cuaderno 1].

(9) Copia simple de la certificación expedida el 8 de febrero de 2003 por el Jefe de la Unidad Investigativa del CTI de la Unidad Local de San Andrés Tumaco [fl.40 cuaderno 1].

(10) Constancia expedida por Gustavo Enrique García Salazar el 10 de febrero de 2003 [fl.43 cuaderno 1].

(11) Nueve [9] facturas de venta expedidas por la Joyería Oro's, con NIT 830.010.2037 por compras realizadas a Luis Gómez [fls.44 a 48 cuaderno 1].

- (12) Certificado de existencia y representación legal o inscripción de documentos expedido el 28 de junio de 2002 por la Cámara de Comercio de Bogotá [fls.49 y 50 cuaderno 1].
- (13) Estados financieros de los años 2002 y 2003 correspondientes al “Almacén y compra venta Los Tres Diamantes de propiedad de Luis Adalberto Gómez Pérez [fls.51 a 56 cuaderno 1].
- (14) Oficio DP-2644 de 20 de octubre de 2004 de la Procuraduría Provincial de Tumaco, Nariño [fl.138 cuaderno 1].
- (15) Oficio DP-1249, de 12 de agosto de 2003 del Secretario de la Procuraduría [fl.139 cuaderno 1].
- (16) Auto de 12 de agosto de 2003 de la Procuraduría Provincial de Tumaco, Nariño [fl.140 cuaderno 1].
- (17) Oficio 8214218-165, de 23 de noviembre de 2004, del Jefe del Grupo Jurídico de la Administración Local de Impuestos Nacionales de Pasto [fl.144 cuaderno 1].
- (18) Oficio 002978 DIV3-CO3-GMCAB-DDHH-725, de 25 de noviembre de 2004, del Jefe de Derechos Humanos del Grupo de Caballería Mecanizado No. 3 “CABAL” [fl.159 cuaderno 1].
- (19) INSITOP 25 [fls.160 y 161 cuaderno 1].
- (20) Oficio número 0763/DIV3-BR3-GMCAB-DH-725, de 3 de abril de 2004, del Comandante del Grupo de Caballería Mecanizado No.3 “Cabal” [fl.163 cuaderno 1],
- 21) Oficio de 25 de noviembre de 2004, de la Asesora Jurídica de la Cámara de Comercio de Tumaco con el que se envió el certificado de cancelación y copia de los formularios de matrícula y renovación de Luis Adalberto Gómez Pérez [fl.166 cuaderno 1].
- (22) Certificación del secretario de la Cámara de Comercio de Tumaco de 23 de noviembre de 2004 [fl.167 cuaderno 1].
- (23) Formulario del registro único empresarial [fls.168 y 169 cuaderno 1].
- (24) Formulario del registro único empresarial [fls.170 y 171 cuaderno 1].
- (25) Oficio 002659/DIV3-BR3-GMCAB-DDHH-725, de 27 de octubre de 2004, con el que se envió copia de la indagación preliminar disciplinaria número 82 adelantada con base en la queja presentada por Luis Adalberto Gómez Pérez [fl.179 cuaderno 1].
- (26) Oficio 8214061-J0033, de 18 de enero de 2005, de la División de Recaudación de la Administración Local de Impuestos Nacionales de Pasto [fl.180 cuaderno 1].
- (27) Acta de la diligencia de audiencia pública para el reconocimiento de firma en documento por Luis Adalberto Gómez Pérez [fls.226 y 227 cuaderno 1].
- (28) Testimonio rendido por Víctor Orlando Ortiz Rodríguez [fls.228 a 230 cuaderno 1].
- (29) Testimonio rendido por María Teresa Pereira Rodríguez [fls.230 a 232 cuaderno 1].

- (30) Testimonio rendido por Sandro Becerra Rodríguez [fls.233 y 234 cuaderno 1].
- (31) Testimonio rendido por Ligia Rodríguez Ortiz [fls.235 y 236 cuaderno 1].
- (32) Testimonio rendido por Javid Zabas Zambrano [fls.237 y 239 cuaderno 1].
- (33) Testimonio rendido por Marlen Magola Zambrano Casanova [fls.238 y 240 cuaderno 1].
- (34) Testimonio rendido por César Rodrigo Ortiz Araujo [fls.241 y 242 cuaderno 1].
- (35) Testimonio rendido por John Ortiz Hervas [fls.243 y 244 cuaderno 1].
- (36) Testimonio rendido por Fernando Alberto Paireti Reynel [fls.245 y 246 cuaderno 1].
- (37) Testimonio rendido por Franklin Eduardo Jurado Rosero [fls.247 y 248 cuaderno 1].
- (38) Informe pericial rendido por el perito designado [fls.249 y 250 cuaderno 1].
- (39) Testimonio rendido por Gustavo Enrique García Salazar [fls.269 a 271 cuaderno 1].
- (40) Testimonio rendido por José Octavio Jurado Cortés [fls.272 a 275 cuaderno 1].
- (41) Oficio número 231, de 1 de junio de 2005, del Asistente del Fiscal Veintinueve [29] Seccional de Tumaco, Nariño [fl.292 cuaderno 1].
- (i) Declaración juramentada rendida por Byron Hernán David Benavides [fl.296 cuaderno 1].
- (ii) Denuncia 005, de 27 de enero de 2003, recepcionada por el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, presentada por Norelia Monsalve Ceballos [fls.297 a 299 cuaderno 1].
- (iii) Declaración rendida por Norelia Monsalve Ceballos ante la Fiscalía Cuarenta [40] Local Delegada ante los Juzgados Penales Municipales de Tumaco el 29 de enero de 2003 [fls.300 y 301 cuaderno 1].
- (iv) Auto de 29 de enero de 2003 proferido por la Fiscalía Cuarenta [40] Local de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Juzgados Penales y Promiscuos Municipales de Tumaco, Nariño [fl.302 cuaderno 1].
- (v) Acta de la diligencia de allanamiento y registro realizada al inmueble ubicado en Llorente vía principal, el 29 de enero de 2003 por la Fiscalía Diecisiete Local de Tumaco, Nariño [fls.306 y 307 cuaderno 1].
- (vi) Auto de 3 de febrero de 2003 proferido por el Fiscal Veintinueve [29] Seccional de Tumaco, Nariño con el que se dio apertura a la investigación previa [fl.311 cuaderno 1].
- (vii) Acta de entrega de dos libros de contabilidad de contabilidad del Almacén y Compraventa “Los Tres Diamantes” de Llorente, municipio de Tumaco, Nariño, a Norelia Monsalve Ceballos [fl.312 cuaderno 1].
- viii) Declaración rendida por Luis Adalberto Gómez Pérez [fls.313 y 314 cuaderno 1].
- (ix) Informe 110.SNAR252.PTUM25263.GOPE.GPJ, del Detective con carné 0768 del Puesto Operativo de Tumaco del Departamento Administrativo de Seguridad –DAS-, de 7 de marzo de 2003 [fl.315 cuaderno 1].

(x) Auto de 9 de septiembre de 2003 del Fiscal Veintinueve [29] Seccional de Tumaco con el que se resolvió suspender la investigación previa [fl.317 cuaderno 1].

(42) Testimonio rendido por Olger Becerra Rodríguez [fls.326 a 329 cuaderno 1]

(43) Aclaración y complementación del dictamen pericial [fls.331 y 332 cuaderno 1].

Prueba trasladada desde el proceso disciplinario cursado ante el Grupo de Caballería Mecanizado No.3 “CABAL”.

(44) Oficio PPI No.045, de 19 de enero de 2004, de la Secretaría de la Procuraduría Provincial de Ipiales con el que se remitió el asunto relacionado con la queja presentada por Luis Adalberto Gómez Pérez al Comando del Grupo Mecanizado No. 3 CABAL, según lo decidido por el auto de 13 de enero de 2004 [fls.1 a 4 cuaderno 2].

(45) Queja presentada por Luis Adalberto Gómez Pérez en mayo de 2003 ante la Procuraduría General de la Nación [fls.5 a 7 cuaderno 2].

46) Denuncia 005, de 27 de enero de 2003, recepcionada por el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, presentada por Norelia Monsalve Ceballos [fls.8 y 11 cuaderno 2].

(47) Declaración rendida por Luis Adalberto Gómez Pérez [fls.9 y 10 cuaderno 2].

(48) Auto de apertura de indagación preliminar de 20 de enero de 2004, proferida por el funcionario de instrucción [fl.16 cuaderno 2].

(49) Oficio de 28 de enero de 2003, del Sub-oficial S-3 del Grupo Mecanizado No.3 “CABAL” del Ejército Nacional con el que se envió la “*MISION TACTICA No. 002 ‘DEPREDADOR DEL PACIFICO’*” [fl.19 cuaderno 2].

(50) Orden de operaciones No.002 “*DEPREDADOR DEL PACIFICO*” [fls.20 a 31 cuaderno 2].

51) Oficio de 28 de enero de 2003, del Sub-oficial S-3 del Grupo Mecanizado No.3 “CABAL” del Ejército Nacional con el que se envió la copia del INSITOP del 25 de enero de 2003 [fl.32 cuaderno 2].

(52) INSITOP No.025 del Grupo Mecanizado No.3 CABAL del Ejército Nacional que para el día 25 de enero de 2003 se encontraban en diferentes momentos las tres misiones al mando del SV. MALTE, del ST.ERAZO y del SS. ROSERO en el kilómetro 53 en jurisdicción del municipio de Tumaco [fl.33 cuaderno 2].

(53) Declaración rendida por el SV. Segundo Bayardo Malte Alquedan [fls.35 y 36 cuaderno 2].

(54) Declaración rendida por el Teniente Eliomar Erazo Arteaga [fls.37 y 38 cuaderno 2].

(55) Decisión de 17 de agosto de 2004 del fallador de instancia del Grupo de Caballería Mecanizado No. 3 CABAL del Ejército Nacional, con la que se resolvió archivar la investigación disciplinaria [fls.39 a 42 cuaderno 2].

63.- Precisados los medios probatorios que obran en el proceso, y fijados los criterios para su valoración, la Sala debe establecer el objeto de la impugnación presentada por la parte actora.

5. Objeto del recurso de apelación presentado por la parte actora.

64.- Para poder abordar el estudio de fondo del asunto, la Sala se circunscribirá a los argumentos expuestos por la parte actora en su escrito de apelación, cuyo objeto se centró en que hubo una actuación irregular de la fuerza pública ante las acciones de los miembros del grupo armado insurgente que incursionó el 25 de enero de 2003 en el corregimiento de Llorente, municipio de Tumaco, violentando el establecimiento de comercio de propiedad de la víctima **LUIS ADALBERTO GÓMEZ PÉREZ**, ante un hechos delictivos que eran notorios para las autoridades militares, sin que ello se haya concretado en una acción disciplinaria debida.

65.- Con base en la anterior delimitación del objeto de la impugnación , la Sala formula los problemas jurídicos siguientes.

6. Problemas jurídicos.

66.- Del análisis material y sustancial de las pruebas presentadas se puede formular como problemas jurídicos: (1) con ocasión de los hechos acaecidos el 25 de enero de 2003 ¿se produjo un daño antijurídico consistente en la afectación del establecimiento de comercio del que afirmó su titularidad **LUIS ADALBERTO GÓMEZ PÉREZ**?; (2) determinada la producción del anterior daño antijurídico, ¿puede imputarse fáctica y jurídicamente a las entidades públicas demandadas?; e, (3) imputada la responsabilidad ¿procede el reconocimiento, tasación y liquidación de los perjuicios inmateriales en la modalidad de perjuicios morales, y materiales en las modalidades de daño emergente y lucro cesante, reclamados en la demanda.

67.- Antes de abordar el estudio de los fundamentos de la responsabilidad y su acreditación para el caso en concreto, debe tenerse en cuenta que en esta providencia la Sala ejerce un control de convencionalidad en los siguientes términos.

7.- Control oficioso de convencionalidad⁷⁷.

⁷⁷ Puede verse: Sección Tercera, Sala de Sub-sección C en la sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 35413.

68.- El control de convencionalidad⁷⁸ es una manifestación de lo que se ha dado en denominar la constitucionalización del derecho internacional, también llamado con mayor precisión como el “*control difuso de convencionalidad*,” e implica el deber de todo juez nacional de “*realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”⁷⁹.

69.- Si bien, como construcción jurídica, el control de convencionalidad parece tener su origen en la sentencia proferida en el “*caso Almonacid Arellano y otros vs Chile*”⁸⁰ lo cierto es que desde antes del 2002,⁸¹ e incluso en la jurisprudencia de los años noventa de la Corte Interamericana de Derechos, ya se vislumbraban ciertos elementos de este control de convencionalidad.

70.- Se trata, además, de un control que está dirigido a todos los poderes públicos del Estado,⁸² aunque en su formulación inicial se señalaba que eran los jueces los llamados a ejercerlo.

71.- Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar cómo en el “*caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*” la Corte Interamericana de Derechos Humanos proyecta el control de convencionalidad, pues allí se afirma que constituye una obligación en cabeza del

⁷⁸ Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: Estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”, en BREWER CARÍAS, Allan R., SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (Autores). Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, 1 ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013. Págs. 175-181

⁷⁹ “*Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”. FERRER MACGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>; consultado 9 de febrero de 2014].

⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

⁸¹ “[...] *El control de convencionalidad que deben realizar en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica los jueces nacionales, parte de una serie de votos singulares del juez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez, v.gr., en los casos Myrna Mack Chang (25 de noviembre de 2003, considerando 27) y Tibi (7 de septiembre de 2004, considerando 3 y 4)*”. SAGÚÉS, Néstor Pedro, “*El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales, concordancias y diferencias con el sistema europeo*”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014].

⁸² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123: “*El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionales consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana*”.

poder judicial ya que “cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma⁸³ y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”⁸⁴.

72.- Lo anterior indica claramente que el juez nacional no sólo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que también debe realizar una “interpretación convencional” para determinar si aquellas normas son “compatibles” con los mínimos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en los demás tratados y preceptos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario⁸⁵ [sin que la convencionalidad sea absoluta, ya que puede limitarse precisamente a la tutela interna de los derechos fundamentales, esenciales y a los principios democráticos básicos, tal como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional Alemán en las sentencias Solange I, Solange II, Maastricht, Lisboa, entre otras].

73.- Ese control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así:

“[...] La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”⁸⁶.

⁸³ “[...] El control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente”. CARBONELL, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014].

⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123.

⁸⁵ “[...] Se trata de un estándar “mínimo” creado por dicho tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; estándar que, como veremos más adelante, las propias Constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también forme parte del “bloque de constitucionalidad/convencionalidad” otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales”. FERRER MACGREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014].

⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. En opinión de Ferrer MacGregor: “Si observamos los alcances del “control difuso de convencionalidad”, podemos advertir que en realidad no es algo nuevo. Se trata de una especie de “bloque de constitucionalidad” derivado de una constitucionalización del derecho internacional, sea por las reformas que las propias Constituciones nacionales han venido realizando o a

74.- En suma, dada la imperiosa observancia de la convencionalidad basada en los Derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia decantada por la Corte Interamericana, como criterio interpretativo vinculante, es que se encuentra suficiente fundamento para estructurar el deber jurídico oficioso de las autoridades estatales –y en particular de los jueces- de aplicar la excepción de in-convencionalidad para favorecer las prescripciones normativas que emanan de la Convención por sobre los actos jurídicos del derecho interno.

75.- Esta afirmación se fundamenta no sólo en la prohibición que tiene todo Estado parte de un tratado de no oponer su derecho interno para incumplir los acuerdos internacionales⁸⁷, sino también en la pretensión de justicia que intrínsecamente encierran las disposiciones convencionales, comoquiera que el *telos* de ésta y de su interprete último es el de privilegiar la vigencia de los Derechos Humanos y del principio democrático en cada uno de los países firmantes de la Convención.

76.- El control de convencionalidad como construcción jurídica no se agota en el ámbito del derecho interamericano de los derechos humanos, sino que ha tenido cabida cuestionada en el derecho comunitario europeo, en el que se planteó la denominada doctrina “Simmenthal”. Se trata del caso “Administration des finances italiennes c. Simmenthal”, sentencia del 9 de marzo de 1978 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el que consideró:

“[...] El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicarlas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”⁸⁸

través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado. La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como un “deber” de todos los jueces nacionales; de tal manera que ese imperativo representa un “bloque de convencionalidad” para establecer “estándares” en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la jurisdicción de dicho tribunal internacional”. FERRER MACGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>; consultado 9 de febrero de 2014].

⁸⁷ Se trata del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, que establece: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”

⁸⁸ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso “administration des finances italiennes c. Simmenthal”, sentencia de 9 de marzo de 1978, en FERNANDEZ SEGADO, Francisco, La justicia constitucional. Una visión de derecho comparado, Madrid, Dykinson, 2009, p.1207.

77.- En tanto que en el derecho europeo de los derechos humanos, se encuentra que la Corte Europea de Derechos Humanos ha venido aplicando el control de convencionalidad, operándolo tanto frente Constituciones, como respecto de leyes de los Estados miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos. En ese sentido se puede citar los siguientes casos: a) *Partie communiste unifié de Turquie*, sentencia de 20 de noviembre de 1998; b) caso *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres*, sentencia de 28 de octubre de 1999⁸⁹; c) caso *Open Door y Dublin Well Woman*⁹⁰.

78.- Como puede observarse, el control de convencionalidad no es una construcción jurídica aislada, marginal o reducida a sólo el ámbito del derecho interamericano de los derechos humanos. Por el contrario, en otros sistemas de derechos humanos, como el europeo, o en un sistema de derecho comunitario también ha operado desde hace más de tres décadas, lo que implica que su maduración está llamada a producirse en el marco del juez nacional colombiano.

79.- Y justamente esta Corporación ya ha hecho eco de la aplicabilidad oficiosa e imperativa del control de convencionalidad conforme a la cual ha sostenido el deber de los funcionarios en general, y en particular de los jueces, de proyectar sobre el orden interno y dar aplicación directa a las normas de la Convención y los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; tales cuestiones han sido abordadas en aspectos tales como los derechos de los niños, la no caducidad en hechos relacionados con actos de lesa humanidad, los derechos a la libertad de expresión y opinión, los derechos de las víctimas, el derecho a la reparación integral, el derecho a un recurso judicial efectivo, el derecho a la protección judicial, entre otros asuntos⁹¹.

⁸⁹ Puede verse en: SUDRE, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8eme ed, Paris, PUF, 2006, p.191-2.

⁹⁰ Puede verse: RUIZ MIGUEL, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1997, p.42.

⁹¹ Véase, entre otras, las siguientes providencias: sentencia de 25 de mayo de 2011 (expediente 15838), sentencia de 25 de mayo de 2011 (expediente 18747), sentencia de 8 de junio de 2011 (expediente 19772), sentencia de 31 de agosto de 2011 (expediente 19195), sentencia de 1° de febrero de 2012 (expediente 21274), sentencia de 18 de julio de 2012 (expediente 19345), sentencia de 22 de octubre de 2012 (expediente 24070), sentencia de 19 de noviembre de 2012 (expediente 25506), sentencia de 27 de febrero de 2013 (expediente 24734), sentencia de 20 de junio de 2013 (expediente 23603), sentencia de 24 de octubre de 2013 (expediente 25981), sentencia de 12 de febrero de 2014 (expediente 40802), sentencia de 12 de febrero de 2014 (expediente 26013), sentencia de 12 de febrero de 2014 (expediente 25813), sentencia de 3 de marzo de 2014 (expediente 47868), sentencia de 26 de marzo de 2014 (expediente 29129), sentencia de 8 de abril de 2014 (expediente 28330), sentencia de 8 de abril de 2014 (expediente 28318), sentencia de 14 de mayo de 2014 (28618), sentencia de 9 de julio de 2014 (expediente 30823), sentencia de 9 de julio de 2014 (expediente 28318), sentencia de 12 de julio de 2014

80.- Así mismo, a la Sala le cabe examinar si las circunstancias en las que se produjo el ataque del grupo armado insurgente FARC el 25 de enero de 2003 en el corregimiento de Llorente, municipio de Tumaco [Nariño], donde se encontraba ubicado el inmueble que se afirma destruido de propiedad de **ARTURO MORENO**, y de acuerdo con las condiciones en las que este tipo de eventos se viene produciendo en el Estado colombiano en el marco del conflicto armado interno, puede apoyarse en fundamentos y encuadrarse como un caso constitutivo de una grave vulneración de los derechos humanos y violación del derecho internacional humanitario, por afectación a un bien de un miembro de la población civil, y por virtud del principio normativo, imperativo y de “*ius cogens*” de distinción.

81.- En ese contexto conceptual y de justificación razonada del análisis, la Sala aborda el estudio de los fundamentos y delimitación probatoria para establecer si se encuentra demostrado el daño antijurídico, como primer e indiscutible elemento del juicio de responsabilidad, en el presente caso, como cuestión que fue negada por el *a quo*, y constituye el objeto de la apelación presentada por la parte actora.

8. Presupuestos del daño antijurídico.

8.1. La noción de daño en su sentido general.

82.- Daño ha de entenderse como la lesión definitiva a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona. Sin embargo, el daño objeto de la reparación sólo es aquel que reviste la característica de ser *antijurídico*. En este sentido, el daño sólo adquirirá el carácter de *antijurídico* y en consecuencia será indemnizable, si cumple una serie de requisitos como lo son, el de ser personal, cierto y directo, tal y como lo explica Mazeaud:

“Es un principio fundamental del derecho francés, aun cuando no esté formulado en ningún texto legal, que, para proceder judicialmente, hay que tener un interés: «Donde no hay interés, no hay acción». Una vez establecido el principio, ha surgido el esfuerzo para calificar ese interés que es necesario para dirigirse a los tribunales: debe ser cierto, debe ser personal. Pero se agrega: debe ser «legítimo y jurídicamente protegido» [...]”⁹².

(expediente 28433), sentencia de 28 de agosto de 2014 (expediente 26251), sentencia de 20 de octubre de 2014 (expediente 31250), sentencia de 12 de noviembre de 2014 (expediente 28505). Auto de 24 de septiembre de 2012 (expediente 44050), Auto de Sala Plena de Sección Tercera de 6 de diciembre de 2012 (expediente 45679), Auto de 17 de septiembre de 2013 (expediente 45092), Auto de Sala Plena de Sección de 17 de octubre de 2013 (expediente 45679), Auto de 26 de septiembre de 2013 (expediente 42402), entre otras providencias.

⁹² MAZEAUD. *Lecciones de derecho civil*. Parte primera. Volumen I. Introducción al estudio del derecho privado, derecho objetivo y derechos subjetivos. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, p.510.

83.- Ahora bien, los elementos constitutivos del daño son: (1) la certeza del daño; (2) el carácter personal, y (3) directo. El carácter cierto, como elemento constitutivo del daño se ha planteado por la doctrina tanto colombiana como francesa, como aquel perjuicio actual o futuro, a diferencia del eventual⁹³. En efecto, el Consejo de Estado, ha manifestado que para que el daño pueda ser reparado debe ser cierto⁹⁴⁻⁹⁵, esto es, no un daño genérico o hipotético sino específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio:

“[...] tanto doctrinal como hipotéticamente ha sido suficientemente precisado que dentro de los requisitos necesarios para que proceda la reparación económica de los perjuicios materiales, es indispensable que el daño sea cierto; es decir, que no puede ser eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas; aunque no se opone a dicha certeza la circunstancia de que el daño sea futuro. Lo que se exige es que no exista duda alguna sobre su ocurrencia⁹⁶”.

84.- La existencia es entonces la característica que distingue al daño cierto, pero, si la existencia del daño es la singularidad de su certeza no se debe sin embargo confundir las diferencias entre la existencia del perjuicio y la determinación en su indemnización⁹⁷. De igual forma, para que el daño se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente se produjo, bien sea probando que, el perjuicio aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual⁹⁸.

85.- La existencia es entonces la característica que distingue al daño cierto, pero, si la existencia del daño es la singularidad de su certeza no se debe sin embargo confundir las diferencias entre la existencia del perjuicio y la determinación en su indemnización⁹⁹. De igual forma, para que el daño se considere existente es indiferente que sea pasado

⁹³ CHAPUS. “Responsabilité Publique et responsabilité privée”, ob., cit., p.507.

⁹⁴ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 1994, expediente 8998.

⁹⁵ Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 1990, expediente 4333.

⁹⁶ Salvamento de voto del Consejero de Estado Joaquín Barreto al fallo del 27 de marzo de 1990 de la Plenaria del Consejo de Estado, expediente S-021.

⁹⁷ CHAPUS. “Responsabilité Publique et responsabilité privée”, ob., cit., p.403. En el mismo sentido el profesor CHAPUS ha manifestado “*lo que el juez no puede hacer, en ausencia de la determinación del perjuicio, es otorgar una indemnización que repare, y ello por la fuerza misma de las cosas, porque la realidad y dimensión del perjuicio son la medida de la indemnización. Pero bien puede reconocer que la responsabilidad se compromete cuando la existencia del perjuicio se establece, sin importar las dudas que se tengan acerca de su extensión exacta*”.

⁹⁸ HENAO, Juan Carlos, *El Daño- Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.131

⁹⁹ CHAPUS. “Responsabilité Publique et responsabilité privée”, ob., cit., p.403. En el mismo sentido el profesor CHAPUS ha manifestado “*lo que el juez no puede hacer, en ausencia de la determinación del perjuicio, es otorgar una indemnización que repare, y ello por la fuerza misma de las cosas, porque la realidad y dimensión del perjuicio son la medida de la indemnización. Pero bien puede reconocer que la responsabilidad se compromete cuando la existencia del perjuicio se establece, sin importar las dudas que se tengan acerca de su extensión exacta*”.

o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente se produjo, bien sea probando que, el perjuicio aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual¹⁰⁰.

8.2. La noción de daño antijurídico.

86.- Se considera como tal, la afectación, menoscabo, lesión o perturbación a la esfera personal [carga anormal para el ejercicio de un derecho o de alguna de las libertades cuando se trata de persona natural], a la esfera de actividad de una persona jurídica [carga anormal para el ejercicio de ciertas libertades], o a la esfera patrimonial [bienes e intereses], que no es soportable por quien lo padece bien porque es irrazonable, o porque no se compadece con la afirmación de interés general alguno.

87.- Así pues, daño antijurídico es aquél que la persona no está llamada a soportar puesto que no tiene fundamento en una norma jurídica, o lo que es lo mismo, es aquel que se irroga a pesar de que no exista una ley que justifique o imponga la obligación de soportarlo.

88.- El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual¹⁰¹ 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”*¹⁰²; 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*

¹⁰⁰ HENAO, Juan Carlos, *El Daño- Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.131

¹⁰¹ PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en *Anuario de Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No.4, 2000, p.185. “[...] 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”. 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. 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”.

¹⁰² LARENZ. “Derecho de obligaciones”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”¹⁰³; 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”¹⁰⁴, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos¹⁰⁵; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general¹⁰⁶, o de la cooperación social¹⁰⁷.

89.- 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”¹⁰⁸.

¹⁰³ 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.

¹⁰⁴ PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.186. “[...] 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”.

¹⁰⁵ MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, 1ª reimp, Alianza, Madrid, 2001, pp.152 y 153. “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”.

¹⁰⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

¹⁰⁷ RAWLS, John, *Liberalismo político*, 1ª ed, 1ª reimp, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1996, p.279. 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”.

¹⁰⁸ 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. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la

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*”¹⁰⁹.

90.- 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*”¹¹⁰.

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

responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.168. 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)”.

¹⁰⁹ 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. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, ob., cit., p.297. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que “no puede confundirse la antijuricidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiendo por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales”.

¹¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que “la antijuricidad 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.

o interese jurídicos, y que esperar a su concreción material podría implicar la asunción de una situación más gravosa para la persona que la padece¹¹¹.

92.- 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*”¹¹². Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable¹¹³, anormal¹¹⁴ y que se trate de una situación jurídicamente protegida¹¹⁵.

93.- Con base en la motivación y justificación anterior, y atendiéndose estrictamente a las pruebas obrantes en el proceso, la Sala de Sub-sección analizará en el caso concreto si está demostrado el daño antijurídico que se hace derivar de los hechos del 25 de enero de 2003, en el corregimiento de Llorente, municipio de Tumaco.

8.3. El daño antijurídico en el caso concreto.

¹¹¹ 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. “[...] 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”.

¹¹² Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550. 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”.

¹¹³ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

¹¹⁴ Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166. “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”.

¹¹⁵ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

94.- De acuerdo con la demanda el daño antijurídico se hizo consistir en la vulneración del derecho de propiedad y la libre actividad económica que desarrollaba **LUIS ADALBERTO GÓMEZ PÉREZ** como titular y propietario del establecimiento de comercio “Los Tres Diamantes”, ubicado en el corregimiento de Llorente, municipio de Tumaco, el cual fue saqueado el 25 de enero de 2003 por miembros del grupo armado insurgente FARC quienes incursionaron en el mencionado corregimiento ese día.

95.- En el material probatorio se tiene para la demostración del daño antijurídico la titularidad del bien jurídico sobre el que recae el mismo, que estaba en cabeza de **LUIS ADALBERTO GÓMEZ PÉREZ**, lo que se demuestra con los siguientes medios probatorios: (i) la solicitud de protección presentada por Luis Adalberto Gómez Pérez al Comandante del Grupo Cabal Mecanizado de Ipiales el 28 de enero de 2003 [fls.41 y 42 cuaderno 1]; (ii) la constancia expedida por Gustavo Enrique García Salazar el 10 de febrero de 2003 [fl.43 cuaderno 1]; (iii) los Estados financieros de los años 2002 y 2003 correspondientes al “Almacén y compra venta Los Tres Diamantes de propiedad de Luis Adalberto Gómez Pérez [fls.51 a 56 cuaderno 1]; (iv) los testimonios rendidos por Víctor Orlando Ortiz Rodríguez [fls.228 a 230 cuaderno 1]; por María Teresa Pereira Rodríguez [fls.230 a 232 cuaderno 1]; por Sandro Becerra Rodríguez [fls.233 y 234 cuaderno 1]; por Franklin Eduardo Jurado Rosero [fls.247 y 248 cuaderno 1]; por Gustavo Enrique García Salazar [fls.269 a 271 cuaderno 1]; por José Octavio Jurado Cortés [fls.272 a 275 cuaderno 1]; por la declaración juramentada rendida por Byron Hernán David Benavides [fl.296 cuaderno 1], el demandante tenía una compraventa denominada “Los Tres Diamantes”; por Olger Becerra Rodríguez [fls.326 a 329 cuaderno 1]; (v) el Auto de 29 de enero de 2003 proferido por la Fiscalía Cuarenta [40] Local de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Juzgados Penales y Promiscuos Municipales de Tumaco, Nariño [fl.302 cuaderno 1]; (vi) el Acta de la diligencia de allanamiento y registro realizada al inmueble ubicado en Llorente vía principal, el 29 de enero de 2003 por la Fiscalía Diecisiete Local de Tumaco, Nariño [fls.306 y 307 cuaderno 1]; y, (vii) la queja presentada por Luis Adalberto Gómez Pérez en mayo de 2003 ante la Procuraduría General de la Nación [fls.5 a 7 cuaderno 2].

96.- En cuanto a la existencia al los hechos ocurridos el 25 de enero de 2003 en el corregimiento de Llorente, municipio de Tumaco, se cuenta con: (i) la denuncia 005, de 27 de enero de 2003, recepcionada por el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, presentada por Norelia Monsalve Ceballos por los delitos de hurto y otros, por valor de ciento y ochenta y seis millones de pesos [\$186.000.000.00], habiendo sido la víctima Luis Adalberto Gómez Pérez [fls.34 a 36

cuaderno 1]; (ii) la declaración rendida por Luis Adalberto Gómez Pérez [fls.37 y 38 cuaderno 1]; (iii) el Auto de 12 de agosto de 2003 de la Procuraduría Provincial de Tumaco, Nariño [fl.140 cuaderno 1]; y, (iv) los testimonios de Víctor Orlando Ortiz Rodríguez [fls.228 a 230 cuaderno 1], de María Teresa Pereira Rodríguez [fls.230 a 232 cuaderno 1], de Sandro Becerra Rodríguez [fls.233 y 234 cuaderno 1], de Javid Zabas Zambrano [fls.237 y 239 cuaderno 1], de Marlen Magola Zambrano Casanova [fls.238 y 240 cuaderno 1], de César Rodrigo Ortiz Araujo [fls.241 y 242 cuaderno 1]; de John Ortiz Hervas [fls.243 y 244 cuaderno 1], de Fernando Alberto Paireti Reynel [fls.245 y 246 cuaderno 1], de Franklin Eduardo Jurado Rosero [fls.247 y 248 cuaderno 1].

97.- Ahora bien, con relación a la existencia e identificación de los bienes objeto del hurto o saqueo en los hechos ocurridos el 25 de enero de 2003, y que se afirman como la consumación de la afectación al derecho de propiedad y a la libertad económica del demandante se cuenta con: (i) la denuncia 005, de 27 de enero de 2003, recepcionada por el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, presentada por Norelia Monsalve Ceballos por los delitos de hurto y otros, según la cual fueron saqueados anillos y objetos de joyería, electrodomésticos como televisores, equipos de sonido y máquinas de coser, entre otros¹¹⁶ [fls.34 a 36 cuaderno 1]; (ii) la declaración rendida por Luis Adalberto Gómez Pérez [fls.37 y 38 cuaderno 1], en la que afirmó que perdió alhajas de familia por valor de doscientos sesenta millones de pesos [\$260.000.000.oo], treinta y cinco millones de pesos [\$35.000.000.oo] en efectivo, una motocicleta KMX 125 kawasaki, una guadaña, una motosierra y electrodomésticos como televisores, lo que se ratificó en la solicitud de protección presentada por Luis Adalberto Gómez Pérez al Comandante del Grupo Cabal Mecanizado de Ipiales el 28 de enero de 2003 [fls.41 y 42 cuaderno 1], agregando que destruyeron el almacén¹¹⁷; (iii) de los testimonios rendidos por María Teresa Pereira Rodríguez [fls.230 a 232 cuaderno 1], Sandro Becerra Rodríguez [fls.233 y 234 cuaderno 1], Ligia Rodríguez Ortiz [fls.235 y 236 cuaderno 1]¹¹⁸, Marlen Magola Zambrano Casanova [fls.238 y 240 cuaderno 1]¹¹⁹, César Rodrigo Ortiz Araujo [fls.241 y 242 cuaderno 1]¹²⁰, John Ortiz

¹¹⁶ “[...] PREGUNTADO Manifieste al despacho si puede describir los elementos hurtados CONTESTO Oro, cadenas dijes, anillos todo lo de joyería [sic], electrodomésticos televisores, equipos de sonido, VES, maquinas [sic] de coser, gurallas [sic] y otros elementos [...]”.

¹¹⁷ “[...] hurtaron todos los bienes y joyas existentes en el almacén, llevándose consigo un valor aproximado a los \$260.000.000 de pesos, destruyendo todo el almacén”.

¹¹⁸ “[...]Se le llevaron todo lo que tenía en su prendería, joyas, motores, motosierra, televisores, equipos de sonidos, una motocicleta plata en efectivo, la Caja [sic] fuerte y se lo llevaron en una camioneta amarilla, ellos hicieron varios viajes varios días”.

¹¹⁹ “[...] Se le llevaron todo lo que tenía en su prendería, joyas, motores, motosierra, televisores, equipos de sonidos, una motocicleta plata en efectivo, Caja [sic] fuerte y se la [sic] llevaron en una camioneta amarilla, ellos hicieron varios viajes varios días”.

¹²⁰ “[...] se llevaron todas las alhajas, una moto y todo se lo llevaron en una camioneta [...]”.

Hervas [fls.243 y 244 cuaderno 1]¹²¹, Fernando Alberto Paireti Reynel [fls.245 y 246 cuaderno 1]¹²², Franklin Eduardo Jurado Rosero¹²³ [fls.247 y 248 cuaderno 1], Gustavo Enrique García Salazar¹²⁴ [fls.269 a 271 cuaderno 1], y de José Octavio Jurado Cortés¹²⁵ [fls.272 a 275 cuaderno 1], se logra establecer de forma coincidente y concordante que se llevaron prendería, joyas, motores, una motosierra, televisores, equipos de sonidos, una motocicleta, dinero en efectivo y la caja fuerte que se llevaron en una camioneta amarilla; (iv) el Acta de la diligencia de allanamiento y registro realizada al inmueble ubicado en Llorente vía principal, el 29 de enero de 2003 por la Fiscalía Diecisiete Local de Tumaco, Nariño [fls.306 y 307 cuaderno 1], se encontró “[...] un local de dos pisos, construcción [sic] de ladrillo con una long [sic] de 4 m frontales y 8 m de fondo, en cuyo primer piso funciona un local comercial denominado Joyería 3 Diamantes, parte frontal división en reja, la cual aparece violentada, parte intermedia estantería de aluminio q’ [sic] presenta impactos de bala parte interior habitación con cama doble y tocador, hay un baño al lado derecho, se encuentra una puerta metálica bloqueada. Segundo piso, parte frontal sala con mueblería y parte posterior cocina con los respectivos elementos [...] Al revisar el inmueble este se encuentra en desorden y se aprecian múltiples orificios al parecer de arma de fuego así como vainillas de proyectil 9 mm y calibre 16. Se deja constancia q’ [sic] en la parte donde funciona el local se encuentran dos libros de columnas, uno marcados [sic] como Libro de Control, de empeños de Almacén y Compraventa Los Tres Diamantes de Llorente – Julio 5 de 2000 y Libro de venta de oro compra venta los Tres diamantes Julio-03-2002 (se incautan).- Se toman fotografías. Se deja constancia q’ [sic] como se encuentra presente la sra [sic] Norelia Monsalve Ceballos, CC 43’798.385 de Bello (Antioquia –sic-), denunciante y ofendida, a quien se procede a autorizar los distintos muebles q’ [sic] hay en la casa, dos vitrinas de aluminio, escritorio de madera amarillo, 2 estantes metálicos, un tocador de madera cama doble con colchón, nochero, nevera Haceb No frost, estufa de gas tres bocas, una bicicleta, una arrocera, otra bicicleta (color rosado), una sanduchera, un cilindro de gas, licuadora utensilios de cocina varios,

¹²¹ “[...] se llevaron todas las alhajas, televisores, máquinas de coser, motosierras, y todas las alhajas, una moto y una caja fuerte, todo se lo llevaron en una camioneta”.

¹²² “[...] Se llevaron todo lo que era alhajas en oro, televisores, máquinas de coser, motosierras, y todas las alhajas, una moto y una caja fuerte, todo se lo llevaron en una camioneta”.

¹²³ “[...] Se llevaron todo lo que era alhajas en oro, televisores, máquinas de coser, motosierras, equipos de sonido, neveras, una moto y una caja fuerte, todo se lo llevaron en una camioneta”.

¹²⁴ “[...] En mercancías debe haberse pasado de unos doscientos millones de pesos, ya que en su caja fuerte mantenía mucho oro guardado, además de ese oro había mucho electrodoméstico”.

¹²⁵ “[...] Don Luis debió manejar allí entre 200 y 300 millones incluyendo existencia en joyas, existencia en todo lo que tenía empeñado en prenda, electrodomésticos, que me conste así en particular yo conocí un diamante que manejaba en la caja fuerte de más de un Kilate [sic], ese diamante podría valer 15 millones de pesos, tuvimos en negociación ese diamante, también le conocí dos armas que también las perdió”.

ropa, juego de sal (3 poltronas pequeñas y un sofá), ciento setenta y dos mil pesos en efectivo guardados en una cartera” [fls.306 y 307 cuaderno 1]; y, (v) la queja presentada por Luis Adalberto Gómez Pérez en mayo de 2003 ante la Procuraduría General de la Nación [fls.5 a 7 cuaderno 2].

98.- Llama la atención a la Sala cómo en los testimonios, la denuncia presentada por la esposa o compañera del demandante, Norelia Monsalve Ceballos y en las declaraciones y queja instaurada ante el Ministerio Público por el demandante hay unas coincidencias muy uniformes en sus expresiones, las que no ha sido posible corroborar con otros medios probatorios para poder afirmar o desvirtuar que los bienes señalados como hurtados o saqueados por los miembros del grupo armado insurgente FARC en los hechos acaecidos el 25 de enero de 2003. Sin perjuicio de lo anterior, no puede desecharse de plano la valoración y análisis de la prueba testimonial, ya que conforme con el acta de la diligencia de allanamiento e inspección realizada se pudo constatar que el lugar en el que se encontraba el establecimiento de comercio “Los Tres Diamantes” si fue objeto de un ataque, ya que se encontraron impactos de armas de fuego, estaba desordenado y había algunas afectaciones en el mismo, encontrándose solamente unos electrodomésticos y otros bienes de carácter familiar, lo que puede consolidar la consumación como daño antijurídico el hurto o saqueo de bienes y la afectación material del lugar en donde se encontraba el establecimiento de comercio, contrario a lo razonado por el *a quo* en primera instancia.

99.- Luego, se trata de un daño cuya antijuridicidad se demuestra con los anteriores medios probatorios, ya que el establecimiento de comercio “Los Tres Diamantes” del que era titular el demandante **LUIS ADALBERTO GÓMEZ PÉREZ**, se encontraba en buen estado, en ejercicio de actividad comercial y en ordinarias condiciones de disfrute de este y de los bienes que en este se encontraban con antelación a los hechos ocurridos el 25 de enero de 2003, para luego encontrarse saqueados bienes al interior del mismo, especialmente joyas, electrodomésticos y dinero en efectivo, de los cuales se privó de manera definitiva al demandante, así como se afectó el libre ejercicio de la actividad comercial en el establecimiento de comercio, una carga que no estaba llamado a soportar ni como una carga ordinaria, ni siquiera extraordinaria, en atención al pleno respeto de sus derecho a la propiedad [consagrado en la Declaración de Derechos de 1789 en su artículo XVII, en el artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 58 de la Constitución Política de Colombia], y que se agrava ya que al tratarse de un bien de un miembro de la población civil ajeno y no

involucrado en el conflicto armado, le impone graves y serias restricciones para el ejercicio eficaz de sus derechos de libre residencia [consagrado en el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el artículo 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 24 de la Constitución Política de Colombia] y libre desarrollo personal, lo que esta amparado y garantizado en un Estado Social de Derecho¹²⁶, desde una perspectiva no sólo formal, sino también material de la antijuridicidad¹²⁷, y garantizado por los mandatos convencionales del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

100.- Luego, la Sala tiene por demostrado el daño antijurídico producido al demandante **LUIS ADALBERTO GÓMEZ PÉREZ** con ocasión de los hechos del 25 de enero de 2003, revocándose la sentencia de primera instancia en este sentido.

101.- 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 públicas 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 antijurídico.

9. La imputación de la responsabilidad.

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

102.- La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado que consagra en la Carta Política colombiana de 1991 viene a reflejar, sin duda alguna, la consolidación del modelo de Estado Social de Derecho, y la superación de la idea de la irresponsabilidad

¹²⁶ “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.

¹²⁷ 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.

de la administración pública. Se trata de afirmar los presupuestos en los que se sustenta el Estado moderno, donde la primacía no se agota al respeto de los derechos, bienes e intereses consagrados en las cartas constitucionales, sino que se desdobra de tal manera que implica, también, su reconocimiento, medidas y objeto de protección por parte de las normas de derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, con lo que el ámbito de indagación de la responsabilidad se ha venido ampliando de tal manera que permita lograr un verdadero “garantismo constitucional”¹²⁸.

103.- Lo anterior no debe extrañar a nadie, ya que la responsabilidad como instituto viene a aflorar, frente al ejercicio del poder de la administración pública, “*durante la denominada etapa del Estado-policía (Polizeistaat) cuando aparece el reconocimiento de ciertas especies de indemnización debidas a los particulares como consecuencia del ejercicio del poder*”¹²⁹. Por el contrario, cuando se llega al modelo del Estado Social de Derecho, la premisa nos lleva a la construcción de los clásicos alemanes administrativistas según la cual la administración pública ya no está llamada a “no” reprimir o limitar las libertades, sino a procurar su eficaz, efectiva y proporcional protección, de tal manera que el Estado debe obedecer al cumplimiento de obligaciones positivas con las que se logre dicha procura, de lo contrario sólo habría lugar a la existencia de los derechos, pero no a su protección.

104.- La premisa inicial para abordar el tratamiento del régimen de responsabilidad del Estado parte de la lectura razonada del artículo 90 de la Carta Política, según la cual a la administración pública le es imputable el daño antijurídico que ocasiona. En la visión humanista del constitucionalismo contemporáneo, no hay duda que en la construcción del régimen de responsabilidad, la posición de la víctima adquirió una renovada relevancia, sin que pueda afirmarse que con ello se llegue a concluir que desde la nueva carta constitucional el régimen se orienta hacia una responsabilidad objetiva¹³⁰.

105.- En el moderno derecho administrativo, y en la construcción de la responsabilidad extracontractual del Estado lo relevante es la “víctima” y no la actividad del Estado, ya

¹²⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “Régimen de víctimas y responsabilidad del Estado. Una aproximación al derecho de daños desde la convencionalidad y la constitucionalidad”, Ponencia presentada en el Foro Interamericano De Derecho Administrativo, Ciudad de México, 2014.

¹²⁹ GARRIDO FALLA, Fernando. “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, en *Revista de Administración Pública*. No.119, mayo-agosto, 1989, p.8. “En la base de la teoría estaba la consideración de que muchas actuaciones del poder no se diferenciaban en absoluto de las que hubiese podido realizar un particular”.

¹³⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “Régimen de víctimas y responsabilidad del Estado. Una aproximación al derecho de daños desde la convencionalidad y la constitucionalidad”, Ponencia presentada en el Foro Interamericano De Derecho Administrativo, Ciudad de México, 2014.

que prima la tutela de la dignidad humana, el respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos, y de los derechos humanos. Su fundamento se encuentra en la interpretación sistemática del preámbulo, de los artículos 1, 2, 4, 13 a 29, 90, 93 y 229 de la Carta Política, y en el ejercicio de un control de convencionalidad de las normas, que por virtud del bloque ampliado de constitucionalidad, exige del juez contencioso observar y sustentar el juicio de responsabilidad en los instrumentos jurídicos internacionales [Tratados, Convenios, Acuerdos, etc.] de protección de los derechos humanos¹³¹ y del derecho internacional humanitario, bien sea que se encuentren incorporados por ley al ordenamiento jurídico nacional, o que su aplicación proceda con efecto directo atendiendo a su carácter de “*ius cogens*”.

¹³¹ Al analizar el caso Cabrera García y Montiel contra México de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ferrer Mac-Gregor consideró: “*La actuación de los órganos nacionales (incluidos los jueces), además de aplicar la normatividad que los rige en sede doméstica, tienen la obligación de seguir los lineamientos y pautas de aquellos pactos internacionales que el Estado, en uso de su soberanía, reconoció expresamente y cuyo compromiso internacional asumió. A su vez, la jurisdicción internacional debe valorar la legalidad de la detención a la luz de la normatividad interna, debido a que la propia Convención Americana remite a la legislación nacional para poder examinar la convencionalidad de los actos de las autoridades nacionales, ya que el artículo 7.2 del Pacto de San José remite a las “Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas” para poder resolver sobre la legalidad de la detención como parámetro de convencionalidad. Los jueces nacionales, por otra parte, deben cumplir con los demás supuestos previstos en el propio artículo 7 para no violentar el derecho convencional a la libertad personal, debiendo atender de igual forma a la interpretación que la Corte IDH ha realizado de los supuestos previstos en dicho numeral*”. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad a la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado. No.131, 2011, p.920. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano contra Chile argumentó: “124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párrs. 123 a 125. En tanto que en el caso Cabrera García y Montiel contra México la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró: “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrs. 12 a 22.

106.- Esta visión, en la que el ordenamiento jurídico colombiano [y su jurisprudencia contencioso administrativa] está en el camino de consolidarse, responde al respeto de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho y al principio “*pro homine*”¹³², que tanto se promueve en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos¹³³. Cabe, por lo tanto, examinar cada uno de los elementos con base en los cuales se construye el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, fundado en el artículo 90 de la Carta Política: el daño antijurídico, y la imputación¹³⁴.

107.- Con la Carta Política de 1991 se produjo la “*constitucionalización*”¹³⁵ de la responsabilidad del Estado¹³⁶ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados¹³⁷ y de su patrimonio¹³⁸, sin distinguir su condición, situación e

¹³² En la jurisprudencia constitucional colombiana dicho principio se entiende como aquel que “impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional. Este principio se deriva de los artículos 1º y 2º Superiores, en cuanto en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado social de Derecho, y como fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como la finalidad de las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades”. Corte Constitucional, sentencia T-191 de 2009. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencias C-177 de 2001; C-148 de 2005; C-376 de 2010.

¹³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85 “La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana de Derechos Humanos”, del 13 de noviembre de 1985. Serie A. No.5, párrafo 46. Principio que “impone que siempre habrá de preferirse la hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos”.

¹³⁴ Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

¹³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001. 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*”.

¹³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. 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*”. 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.

¹³⁷ 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. Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. 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. 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”.

interés¹³⁹. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”¹⁴⁰. Como bien se sostiene en la doctrina, la “*responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad*”¹⁴¹; 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”¹⁴².

108.- De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”¹⁴³. La constitucionalización de la responsabilidad del Estado no puede comprenderse equivocadamente como la consagración de un régimen objetivo, ni permite al juez contencioso administrativo deformar el alcance de la misma.

¹³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001. “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”.

¹³⁹ Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2006, expediente AG-2001-213. 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”. 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.

¹⁴⁰ RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public francais”, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BÉNOIT, F. “Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, en *JurisClasseur Publique*, 1954. T.I, V.178.

¹⁴¹ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120. “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”.

¹⁴² MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*., ob., cit., pp.120-121.

¹⁴³ RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public francais”, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BENOIT, Francis-Paul. “Le regime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, en *JurisClasseur Administratif*. Fasc. 700, 715, 716, 720, No.1178, 1954, p.1.

109.- Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado¹⁴⁴ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública¹⁴⁵ tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo¹⁴⁶, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012¹⁴⁷ y de 23 de agosto de 2012¹⁴⁸.

110.- En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica¹⁴⁹, 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*

¹⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. “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*”. Puede verse también Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

¹⁴⁵ Sección Tercera, sentencia de 21 de octubre de 1999, expedientes 10948-11643. 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*”. Sección Tercera, sentencia de 13 de julio de 1993. 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’*”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002. 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*”. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002.

¹⁴⁶ MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213. “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”.

¹⁴⁷ Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente 21515.

¹⁴⁸ Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

¹⁴⁹ SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927. “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”.

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 Estado¹⁵⁰ según la cláusula social así lo exigen¹⁵¹.

111.- Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad¹⁵², según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica¹⁵³. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “*estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas*”¹⁵⁴.

¹⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi, Derechos y garantías. La ley del más débil, 7ª ed, Trotta, Madrid, 2010, p.22. “[...] El paradigma del Estado constitucional de derecho –o sea, el modelo garantista- no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la <<racionalidad formal>> y la <<racionalidad material>> weberianas. Gracias a la disociación y a la sujeción de ambas dimensiones a dos tipos de reglas diferentes, ha dejado de ser cierto que la validez del derecho dependa, como lo entendía Kelsen, únicamente de requisitos formales, y que la razón jurídica moderna sea, como creía Weber, sólo una <<racionalidad formal>>; y también que la misma esté amenazada, como temen muchos teóricos actuales de la crisis, por la inserción en ella de una <<racionalidad material>> orientada a fines, como lo sería la propia del moderno Estado social. Todos los derechos fundamentales –no sólo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones –equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los fines a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho” [subrayado fuera de texto].

¹⁵¹ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

¹⁵² KANT, I. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Alianza, 1989, p.35. 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)”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. 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*”.

¹⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. 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*”.

¹⁵⁴ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05-05-2003 [http://criminet.urg.es/recpc], pp.6 y 7. “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”.

112.- 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”¹⁵⁵. 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”¹⁵⁶.

113.- Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”¹⁵⁷. 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 causalidad¹⁵⁸, donde será determinante la magnitud del riesgo¹⁵⁹ y su carácter permisible o no¹⁶⁰. Es más, se sostiene doctrinalmente “que la responsabilidad objetiva

¹⁵⁵ GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, pp.77 ss. “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”.

¹⁵⁶ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

¹⁵⁷ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

¹⁵⁸ 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. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp.25 y 26. “[...] Varios factores, como el acelerado desarrollo industrial y la intervención del Estado en la economía, pusieron en jaque a diferentes nociones y conceptos de la sociedad liberal clásica, sin mencionar los cambios en el paradigma filosófico, con la consolidación de la filosofía analítica como la escuela dominante de pensamiento. El problema de la causalidad jugó un papel muy importante en espolear este tipo de visión filosófica. En particular, la obra de H.L.A. HART y ANTHONY HONORÉ sobre la causalidad desde la perspectiva de la filosofía analítica demostró que la “dogmática tradicional (principalmente ocupada de la coherencia y la explicación de la doctrina de la responsabilidad extracontractual) se había agotado así misma” [subrayado fuera de texto].

¹⁵⁹ 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. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, ob., cit., p.103. “[...] Para una teoría adecuada, entonces, propone conceptualizar el estándar de debido cuidado (en su concepto, el fundamento de la compensación), en términos de una imposición razonable de riesgos, en vez de una imposición racional de riesgos, de una forma que determine estándares de conducta y sea compatible con el contrato social”.

¹⁶⁰ 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

puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad [no afecte a la calidad de la actividad], sí incide en el nivel de la actividad [incide en la cantidad de actividad] del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad [el nivel óptimo] y, con ello, la causación de un número menor de daños”¹⁶¹.

114.- 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 proporcionalidad¹⁶² 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 ponderación¹⁶³ 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”*¹⁶⁴.

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”. Sección Tercera, sentencia de 24 de febrero de 2005, expediente 14170.

¹⁶¹ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

¹⁶² ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.62. “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”.

¹⁶³ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.64. “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 compete 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”.

¹⁶⁴ 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

115.- 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 en el tráfico o de protección¹⁶⁵ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible¹⁶⁶. 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”¹⁶⁷.

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.

¹⁶⁵ 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. 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”.

¹⁶⁶ Cfr. Günther Jakobs. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

¹⁶⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. 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*

116.- 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”¹⁶⁸.

117.- Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcar por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal¹⁶⁹, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede

*por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro. Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás. 2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso. Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos (Cfr. Günther Jakobs. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe)*. 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss)”. 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. 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”.*

¹⁶⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

¹⁶⁹ 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. “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”.

considerarse [...] que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales¹⁷⁰, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho¹⁷¹.

118.- Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo criterio de motivación de la imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado¹⁷², sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede encuadrar, en primer lugar, en la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos¹⁷³, 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*

¹⁷⁰ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., p.204.

¹⁷¹ MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”., ob., cit., p.308. “[...] el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”.

¹⁷² Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

¹⁷³ MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. México, Edinal, 1975, p.211. Merkl ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la conditio sine qua non, sino conditio per quam de la administración”. 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.

responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación”¹⁷⁴.

119.- 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 preventivo¹⁷⁵ que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

120.- En los anteriores términos, cabe estudiar la responsabilidad extracontractual del Estado analizando dos extremos: el régimen de responsabilidad aplicable cuando se produce el daño antijurídico con ocasión del ataque o incursión de un grupo armado insurgente, bien sea como consecuencia de la acción, omisión o inactividad en los deberes de protección, seguridad y ejercicio de la soberanía, o bien de la ruptura del equilibrio de las cargas públicas de los miembros de la población civil afectados, y derivados de la misma operación militar; la consideración de la responsabilidad por la realización de actos de tortura por miembros de la fuerza pública; y, la realización del juicio de imputación para el caso en concreto.

¹⁷⁴ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. “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”.

¹⁷⁵ PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.174. “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”. 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 *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, no.4, 2000, p.307.

9.2. La jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, cuando se trata de daños con ocasión de ataque o atentado realizado por grupo armado insurgente contra instalaciones policiales y la población civil.

121.- La Sala Plena de Sección Tercera en su jurisprudencia más reciente, y relacionada fácticamente con un ataque o un enfrentamiento entre miembros de la fuerza pública y un grupo armado insurgente acaecido en una población del territorio de la República de Colombia, plantea la declaratoria de responsabilidad patrimonial y administrativa del Estado fundado en los siguientes argumentos que la Sala valorara.

122.- En la sentencia de 19 de abril de 2012¹⁷⁶ (expediente 21515) la Sección Tercera argumentó:

“[...] esta Sección, de manera casi general, ha propendido por declarar la responsabilidad estatal para los eventos de los ataques subversivos desarrollados dentro del conflicto armado interno, recurriendo a diferentes conceptos tales como el de daño especial, el de riesgo excepcional o incluso a regímenes que combinan elementos de los dos anteriores, pero que conservan el común denominador de la búsqueda de justicia y la reparación de los daños sufridos por las víctimas, dado el carácter antijurídico de los mismos.

[...]

*no aparecen como razonables, ni histórica, ni jurídicamente, las voces que pretenden entender el artículo 90 constitucional como una norma basada únicamente en el criterio de la causalidad fáctica, dirigida a la acción u omisión de los agentes estatales, toda vez que dicha hermenéutica desconoce el verdadero alcance y sentido del precepto superior que consulta la totalidad de valores y principios asentados en la Carta Política, debiéndose recalcar que su consagración como norma de rango superior fue la conclusión de un proceso histórico que venía encontrando la obligación del Estado de responder no solo en caso de falla o culpa de sus agentes, sino también en otros eventos en los que el daño ocurría por efecto de circunstancias fácticas desligadas **físicamente** del actuar de la entidad estatal, pero que comprometían su responsabilidad toda vez que obedecían a causas que **jurídicamente** le eran imputables y porque, además, ocasionaban el rompimiento de las cargas públicas de los individuos.*

[...]

En la actualidad, las decisiones judiciales que se consideran admisibles son únicamente aquellas que tienen como sustento, criterios o parámetros distinguibles que puedan ser revisados y analizados desde una órbita externa a la decisión misma. Bajo esa perspectiva, cada providencia judicial conlleva una elección entre diferentes opciones de solución, que, según el criterio del fallador, se escoge por mostrarse como la más adecuada al caso concreto.

En ese orden de ideas, la razón por la cual se exige al juez dicha motivación tiene que ver con la necesidad de observar el itinerario recorrido para la construcción y toma de la decisión adoptada, de manera que se disminuya el grado de discrecionalidad del fallador quien deberá siempre buscar la respuesta más acertada, garantizando así una sentencia argumentada, susceptible de ser controvertida en tal motivación por vía de impugnación por las partes que se vean perjudicadas.

¹⁷⁶ “Como fundamento de hecho de sus pedimentos narró la demanda que el día 19 de mayo de 1999 se presentó un enfrentamiento armado entre grupos guerrilleros y la fuerza policial acantonada en la estación del Municipio de Silvia, ataque en el que se produjeron graves daños a los bienes muebles e inmuebles ubicados en los alrededores del cuartel policial dentro de los cuales se encontraba la vivienda de la actora que resultó destruida en su totalidad”.

En el caso colombiano, la obligatoriedad de motivación de las sentencias judiciales, encuentra su antecedente más cercano en el artículo 163 de la Constitución de 1886¹⁷⁷ regla ésta que fue excluida de la Carta Política de 1991 y que vino a ser incorporada de nuevo con la expedición de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia¹⁷⁸. Así mismo, el Código Contencioso Administrativo contempla los elementos esenciales que deben contener las sentencias judiciales, entre los cuales aparece de manera expresa la necesidad de motivación¹⁷⁹.

En lo que refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.

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”.

123.- En tanto que en la sentencia de la Sala Plena de Sección Tercera de 23 de agosto de 2012¹⁸⁰ [expediente 24392], se argumentó:

“[...] Sobre el tema de los atentados perpetrados contra las instalaciones del Estado, la Sección Tercera de esta Corporación en sentencia del 19 de abril de 2012¹⁸¹, unificó su posición al respecto al sostener que, en los casos en los cuales no se acredite falla en el servicio, el Estado compromete su responsabilidad de manera objetiva, de manera [sic] tal que se privilegie la posición de la víctima frente a los daños sufridos injustamente por ésta, de manera que se privilegie [sic] y se dé cumplimiento a los mandatos constitucionales de solidaridad y equidad que inspiran a la Carta Política de 1991”.

¹⁷⁷ Inicialmente correspondía al Artículo 161 que disponía: “Toda sentencia deberá ser motivada”.

¹⁷⁸ Artículo 55: “Las sentencias judiciales deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales. La parte resolutive de las sentencias estará precedida de las siguientes palabras: “Administando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley”. La pulcritud del lenguaje, la claridad, la precisión y la concreción de los hechos materia de los debates y de las pruebas que los respaldan, que los Magistrados y jueces hagan en las providencias judiciales, se tendrán en cuenta como factores esenciales en la evaluación del factor cualitativo de la calificación de sus servicios”.

¹⁷⁹ Artículo 170. La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones. Para restablecer el derecho particular, los organismos de lo contencioso administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas.

¹⁸⁰ “[...] – El día 29 de marzo de 1.998, aproximadamente a las 8:00 p.m., después de haber terminado su trabajo y en momentos en que se encontraba [Hugo Alexander Giraldo Buendía] en la esquina de la carrera 5ª con calle 5ª de la citada población, hicieron impacto, con breves intervalos de tiempo una de la otra, dos cargas de material explosivo, colocadas por el grupo irregular de las FARC, las cuales iban dirigidas contra las instalaciones de los despachos judiciales y la Estación de Policía, ubicadas respectivamente en la calle 4ª con carrera 5ª y calle 4ª con carrera 6ª esquina, siendo alcanzado por las esquirlas producto de las explosiones, causándole la muerte”.

¹⁸¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 19 de abril de 2012. Cons. Ponente. Dr. Hernán Andrade Rincón. Exp.21515.

124.- De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de Sección Tercera, la imputación del daño antijurídico producido como consecuencia de ataques o atentados perpetrados contra instalaciones policiales y contra la población civil no puede reducirse a uno sólo de los fundamentos, sino que debe tener en cuenta el análisis integral de cada caso para establecer en cuál de ellos puede encuadrarse la responsabilidad con base en el acervo probatorio que obra en el expediente. Y si bien en la segunda sentencia se afirma que cabe encuadrar la responsabilidad en un fundamento objetivo cuando no se logre acreditar la falla en el servicio, considera la Sala de Sub-sección que esto no implica que sea una premisa restrictiva para que las Sub-secciones puedan resolver los asuntos con base en el fundamento que se ajuste con mayor rigor a la probado, después de analizado por cada juzgador, como procederá a hacer la Sub-sección C, de manera que se aborde el objeto de análisis de la impugnación no sólo para afirmar o desvirtuar la procedencia del daño especial como fundamento de imputación en el que el a quo podía haber encuadrado la responsabilidad de la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional.

125.- Después de lo anterior, cabe analizar las obligaciones que están en cabeza del Estado cuando se trata de proteger y atender a la población civil en el marco del conflicto armado interno

9.3. Obligaciones de protección y atención a la población civil en cabeza del Estado en el marco del conflicto armado interno.

9.3.1. Desde la perspectiva constitucional y legal.

126.- Los antecedentes que muestran la realidad colombiana, y específicamente en el caso concreto aquella según el cual los hechos acaecidos el 25 de enero de 2003 en el corregimiento de Llorente, municipio de Tumaco [Nariño], donde ocurrieron los hechos, se encontraba en una zona de constante actividad insurgente, lleva a que cobre especial relevancia el deber de anticipación por parte del Estado, que como lo ha explicado la Sala¹⁸² en otras oportunidades, comprende todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren el cumplimiento de los mandatos de protección derivados del derecho internacional humanitario aplicables al conflicto armado interno,

¹⁸² Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C. Sentencias del 19 de agosto de 2011. Exp: 20.227. CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 31 de agosto de 2011. Exp: 19.195. CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

especialmente cuando se trata de resguardar a la población civil en el respeto de sus bienes e intereses, esencialmente la debida garantía del derecho de propiedad.

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

128.- Desde la perspectiva constitucional y convencional es claro que la obligación positiva que asume el Estado de asegurar a todas las personas residentes en Colombia la preservación de sus derechos a la vida, a la integridad física, a la propiedad no se encuentra dentro de la clasificación moderna de las obligaciones como de resultado sino de medio, llevando a concebir que las autoridades públicas están llamadas a establecer las medidas de salvaguarda que dentro de los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad resulten pertinentes, a fin de evitar la lesión o amenaza de los citados derechos constitucional y convencionalmente reconocidos.

129.- Al precisar el fundamento de responsabilidad bajo el cual debe examinarse el asunto en estudio, observa la Sala que los mandatos constitucionales que rigen la actividad de la fuerza pública [Policía Nacional], fueron inspirados por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 con el fin primordial de asegurar la vida y la paz de los integrantes de la Nación [preámbulo constitucional], lo cual conllevó, dentro del diseño de la fuerza pública, la institucionalización de las autoridades de la República con el supremo propósito de proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida¹⁸³ [artículo 2º constitucional, y artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos], precepto que a su vez, justifica la exclusividad de la fuerza pública, prevista en el artículo 216 Superior, en las Fuerzas Militares, permanentemente constituidas por el Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea [artículo 217 Constitucional], y la Policía Nacional, organizada como un cuerpo armado permanente de naturaleza civil [artículo 218 Constitucional].

130.- De manera que se encuentra en cabeza de la fuerza pública, para este caso, de la Policía Nacional, el deber normativo constitucional de proteger a los habitantes del

¹⁸³ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C 013 de 1997, MP Hernández Galindo y C 239 de 1997, MP Gaviria. El derecho a la vida tienen una dimensión bifronte de derecho fundamental y principio superior.

territorio nacional en su vida, manteniendo a su vez, primordialmente, la convivencia pacífica [artículo 218 Constitucional], y en consecuencia será la violación a esta normativa constitucional la que conlleve la falla en el servicio, siempre en atención a las particularidades de cada caso en concreto, evento en el cual, para exonerarse de responsabilidad, la entidad demandada deberá probar alguna causal eximente, como la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, o la fuerza mayor.

109.- Cabe destacar, además, los deberes normativos que provienen de la Resolución 9960 del 13 de noviembre de 1992, expedida por el Director General de la Policía Nacional, mediante la cual expidió el Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural para la Policía Nacional con el objeto de establecer normas de carácter general para regular la prestación del servicio policial, fijar los criterios, pautas y reglas de procedimientos para el personal uniformado, con el fin de asegurar el cabal cumplimiento de la misión constitucional asignada a la Policía Nacional y de establecer una guía permanente de consulta para unificar procedimientos en la prestación del servicio, cuyo alcance cubija todas las actuaciones del personal de oficiales, suboficiales y agentes de la Policía en todo el territorio nacional.

131.- La citada reglamentación en su artículo 34 definió el servicio de policía como la vigilancia permanente que el Estado presta por intermedio de la Policía Nacional, para conservar el orden público, proteger las libertades, prevenir y controlar la comisión de delitos, de acuerdo con las necesidades y características de cada jurisdicción policial. El servicio de policía lo integra la vigilancia urbana y rural que son la base fundamental de las actividades preventivas y operativas de la Policía Nacional y según su objeto se clasifica en policía judicial, cuyas funciones se desempeñan bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía General de la Nación, y la policía de vigilancia, correspondiente al servicio que presta el personal uniformado en forma permanente e ininterrumpida en las ciudades, poblados y campos, que se ejerce en las modalidades de urbana, rural y especial, y que necesariamente deben desarrollarse dando plena observancia a las disposiciones contenidas en la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos; por lo tanto, el personal uniformado está en la obligación de conocer, aplicar y respetar dichas normas en los procedimientos policiales¹⁸⁴.

132.- Para el ejercicio de las funciones que ejercen las unidades policiales en las diferentes poblaciones del territorio colombiano, según el multicitado reglamento, deben observarse las necesidades, características, idiosincrasia, actividades de los habitantes

¹⁸⁴ Inciso 2° del Artículo 52 del Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural.

y tipo de delincuencia imperante en cada una de ellas, de donde deducirán los controles a aplicar, teniendo en cuenta que la función de policía es esencial y exclusivamente preventiva¹⁸⁵.

133.- En atención a lo anterior, el servicio de policía debe prestarse con estricta aplicación del principio de planeación bajo el cual los comandantes de las unidades policiales y de las correspondientes escuadras, se encuentran obligados a planear y distribuir los servicios, teniendo en cuenta las características del grupo a su mando y las conclusiones del análisis de las estadísticas delincuenciales y contravencionales en la población, de manera que de acuerdo con las tendencias delincuenciales de la región existen unos medios de control y actuación de la fuerza policial que implica mayores esfuerzos en los lugares más afectados, para prevenir y contrarrestar las diversas situaciones que atentan contra la seguridad y bienestar de la comunidad, mantener y defender el orden público, garantizando, a su vez, la vida, integridad y seguridad de los miembros de la fuerza pública, con ocasión de la prestación del servicio¹⁸⁶.

134.- Esta planeación es previa y de carácter precautorio, y se estructura teniendo en cuenta, además de los factores antes mencionados, la memoria local y topográfica de la jurisdicción, consistente en la información amplia y detallada de la población, extensión del territorio, puntos críticos, topografía, vías de comunicación, situación de orden público y otros datos que sirven como base en la planeación y organización del servicio, tales como las actuaciones policiales vividas que contengan los aciertos y los desaciertos desarrollados en operaciones anteriores, el análisis objetivo de los aspectos positivos y negativos en la aplicación de planes y actividades policiales, la densidad de la población, la jurisdicción¹⁸⁷ de cada unidad policial, las funciones del grupo o escuadra, las zonas de vigilancia¹⁸⁸ y la disponibilidad de recursos humanos y materiales para el servicio¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Artículo 15 Reglamento ibídem.

¹⁸⁶ Al respecto, es dable destacar el artículo 54 del reglamento, según el cual: "La elaboración y ejecución de los planes para el control de las modalidades delictivas y contravencionales, requieren atención y especial cuidado, con el fin de determinar en ellos los criterios e instrucciones de procedimiento, para que el personal uniformado tenga unidad de pensamiento y acción poniendo en práctica las políticas institucionales. Con lo anterior se evita que las unidades policiales actúen improvisadamente, incurriendo muchas veces en acciones que causan desprestigio de la Institución, proyectando en la opinión pública la sensación de ineficiencia y falta de profesionalismo".

¹⁸⁷ De conformidad con el artículo 76 del Reglamento ibídem la jurisdicción es la delimitación geográfica asignada a una unidad de policía para efectos de responsabilidad y control policial.

¹⁸⁸ De conformidad con el artículo 77 del Reglamento ibídem las zonas de vigilancia son el conjunto de varios sectores en los cuales se distribuye el servicio.

¹⁸⁹ Ahora bien, en relación con las zonas de alto riesgo, es decir, de aquellas en donde el índice de delincuencia es elevado, las unidades de policía deben maximizar el cumplimiento de los deberes normativos anteriormente referidos. En este sentido, el artículo 100 del reglamento lleva a concretar los postulados del principio de planeación mediante la unificación de tales deberes en los siguientes

9.3.2. La protección de la población civil y de sus derechos [en especial del derecho de propiedad] desde la perspectiva convencional: derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos.

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

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

[...] 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades [...] y las personas puestas fuera de combate por [...] detención o por cualquier otra causa, serán en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

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

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

137.- Luego, tratándose de situaciones ocurridos en el marco del conflicto armado interno, el Estado debe orientar su accionar no sólo a cumplir los mandatos constitucionales [artículo 2, especialmente, de la Carta Política] y legales, sino también a dar cabal aplicación y respetar lo consagrado en el Protocolo II a los Convenios de Ginebra, en especial los siguientes mandatos positivos: i) es aplicable a los conflictos armados “*que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y*

comportamientos: “1. Conocer con exactitud la topografía del terreno y otras características de estos barrios, sus vías de acceso y lugares peligrosos. 2. Incrementar las requisas sin descuidar la preservación de su integridad. 3. Vigilar atentamente los lugares donde acostumbran a reunirse personas sospechosas, procediendo a identificarlas cuando sea posible. 4. Actuar con cautela y prevención para atender casos de policía, previendo atentados contra su integridad física. 5. Al proceder contra delincuentes armados estará presto para repeler cualquier ataque, respondiendo proporcionalmente ante la agresión del sujeto que trate de atentar contra su vida. 6. Obrar con serenidad y rapidez, recurriendo a algún compañero u otra persona para efectuar las aprehensiones, si le fuere posible. 7. Abstenerse de aceptar invitaciones o atenciones que impliquen afectación al servicio o comprometimiento personal en contra del mismo”.

aplicar el presente Protocolo” (artículo 1); ii) será aplicable “a todas las personas afectadas por un conflicto armado” (artículo 2); iii) la invocación de este Protocolo, en los términos del artículo 3.1, no puede hacerse con el objeto de “*menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos*” (respeto del principio de soberanía en sus dimensiones positiva y negativa); iv) como garantía fundamental se establece que todas “*las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor (...) Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes*” (artículo 4.1); y, v) se prohíben los “*atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio (...) o toda forma de pena corporal*” [artículo 4.2].

138.- De otra parte, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, y considerados singularmente dichos derechos, se tiene que cuando “un conflicto asume las dimensiones de una confrontación armada, la vida de la nación se considera inmediatamente en peligro, lo que lleva a invocar las cláusulas derogatorias.

139.- La Sala tiene en cuenta, que el “artículo 1 de la Declaración universal, al resumir los tres grandes principios de la Revolución francesa, establece, entre otras cosas, que “*todos los seres humanos (...) deben tratarse unos a otros con un espíritu de hermandad*”. El orden social y la comunidad a la que el individuo pertenece son colocados asimismo en la adecuada perspectiva de los derechos humanos en los artículos 28 y 29 de la Declaración universal y en el párrafo quinto del preámbulo de los Convenios internacionales sobre derechos humanos”¹⁹⁰.

140.- En tales casos, todas las normas de derechos humanos cuya derogación está prohibida siguen en pleno vigor. Estas normas están confirmadas o complementadas por la normativa específica de los conflictos armados no internacionales, que forman parte de la normativa humanitaria¹⁹¹. Dicha protección tiene su base en los derechos

¹⁹⁰ La “*vida humana en sus múltiples relaciones sociales halla reconocimiento y expresión bajo la tutela de la promoción y protección de los derechos humanos*”. BOVEN, Theodoor C. Van. “Criterios distintivos de los derechos humanos”, en VASAK, Karel (ed) Las dimensiones internacionales de los derechos humanos. V.I. 1A ed. Barcelona, Serbal; UNESCO, 1984, p.95.

¹⁹¹ “*Aunque la Declaración universal tuvo influencia en los redactores de las convenciones de Ginebra, la normativa internacional sobre derechos humanos y las normas humanitarias afrontan el problema de los conflictos armados internos de diferentes modos. La primera se encuadra en el marco del ius ad bellum según lo previsto en la Carta de las Naciones Unidas, de acuerdo con la cual queda prohibido el recurso*

humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos -artículos 1.1¹⁹² [*Obligación de respetar los derechos*], 2 [*Deber de adoptar disposiciones de derecho interno*], y 21¹⁹³ [*Derecho a la propiedad privada*].

141.- Con relación a lo anterior, la Sala de Sub-sección C encuentra que la protección de la población civil, no está reducido a los contornos de nuestra Carta Política, sino que se extiende a las cláusulas que en el derecho internacional público se consagran tanto en el ámbito internacional humanitario, como en el de la protección de los derechos humanos¹⁹⁴ [como se indicó al comienzo del juicio de imputación].

142.- La Sala respecto de la protección de la población civil, y singularmente de los derechos humanos de las ciudadanos con ocasión ataques o incursiones armadas a poblaciones en las que se produce el enfrentamiento entre la fuerza pública [Policía

a la fuerza y, en consecuencia, está dirigido a la conservación de la paz. La segunda, por su parte, forma parte (sic) del ius in bello: establece las normas que rigen el uso de la fuerza sin examinar las causas del conflicto de acuerdo a los principios de la Cruz Roja y, en especial, los principios humanitarios". NEWMAN, Frank C; VASAK, Karel. "Derechos civiles y políticos", en VASAK, Karel (ed) Las dimensiones internacionales de los derechos humanos. V.I. Barcelona, Serbal; UNESCO, 1984, pp.285 y 286.

¹⁹² "Como se puede observar, de la lectura de este artículo (artículo 1° de la Convención Americana) se desprenden dos obligaciones para los Estados parte, en relación con los derechos consagrados en el texto de la Convención, a saber: i) la obligación de respeto, que exige del Estado una conducta de abstención, denominada también obligación negativa y, por otro lado, ii) se impone una obligación de garantía, que exige a los Estados parte emprender las acciones necesarias tendientes a asegurar que todas las personas sujetas a su jurisdicción estén en condiciones de ejercerlos y garantizarlos. Sobre el alcance de esta disposición, (artículo 2° de la Convención Americana) la Corte Interamericana, ha precisado que este deber tiene dos implicaciones: "Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías". Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2007, expediente 29273.

¹⁹³ Derecho cuyo alcance ha sido establecido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 28 de noviembre de 2007, caso Chaparro Álvarez y Lopo Íñiguez vs. Ecuador: "[...] 174. La jurisprudencia del Tribunal ha desarrollado un concepto amplio de propiedad que abarca, entre otros, el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor. Asimismo, la Corte ha protegido a través del artículo 21 convencional los derechos adquiridos, entendidos como derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas. La Corte observa, sin embargo, que el derecho a la propiedad no es un derecho absoluto, pues en el artículo 21.2 de la Convención se establece que para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización, limitarse a los casos, practicarse según las formas establecidas por la ley y efectuarse de conformidad con la Convención". Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 6 de mayo de 2008, caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador: "60. El derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional". Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 25 de octubre de 2012, caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador.

¹⁹⁴ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Pon. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Nacional] y un grupo armado insurgente, encuentra que las obligaciones convencionales tienen en cuenta en su base normativa la protección de la población civil¹⁹⁵, obligaciones y mandatos positivos pueden exigirse de la aplicación sistemática de los artículos 1, 2, 93, 94 y 214 de la Carta Política¹⁹⁶.

143.- En ese sentido, se considera necesario “asegurar, en el plano internacional y en el plano interno, su efectiva aplicación. Sobre todo si se considera la naturaleza del Derecho internacional imperativo (*ius cogens*) que poseen en su mayor parte dichas normas, lo que se expresa, entre otras cosas, en el hecho de quedar sustraída su aplicación a la lógica de la reciprocidad –el respeto de ciertas normas humanitarias básicas no queda supeditado a que el adversario las respete por su parte- y en el hecho de generar obligaciones *erga omnes*, esto es, frente a todos, que en cuanto tales excluyen la posibilidad de prescindir de su acatamiento incluso si las personas protegidas manifestaran la intención de renunciar a los derechos correlativos a esas obligaciones”¹⁹⁷.

144.- El Estado debe propiciar que el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, genéricamente, o en sus especiales condiciones, no se considere riesgoso, de manera que tanto su actividad, su desplazamiento, como la defensa de los derechos de los grupos vulnerables se desarrollen en un estado de riesgo permanente. Deber que tiene que interpretarse en aplicación del principio de proporcionalidad, de lo contrario podría suponer la exigencia ilimitada al Estado de salvaguardar la seguridad a toda costa, a cualquier coste y en todo momento, lo que excede la realidad material y la capacidad de

¹⁹⁵ “En su <Informe del Milenio> (*‘Nosotros los pueblos’*. La función de las Naciones Unidas en el siglo XXI), el Secretario General de las Naciones Unidas KOFI A ANNAN advierte cómo las principales amenazas para la paz y la seguridad internacionales provienen hoy, más que de las agresiones externas, de los conflictos intraestatales, produciéndose numerosas víctimas en guerras civiles, campañas de depuración étnica y actos de genocidio en que se usan armas que se pueden adquirir fácilmente en el bazar mundial de los armamentos”. PEREZ GONZALEZ, Manuel. “Introducción; El derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto”, en RODRIGUEZ – VILLASANTE, José Luis (Coord) Derecho internacional humanitario. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp.42 y 43.

¹⁹⁶ “(...) el Derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados se concibe en la actualidad como un vasto conjunto normativo que persigue controlar jurídicamente el fenómeno bélico – reglamentando los métodos y medios de combate, distinguiendo entre personas y bienes civiles y objetivos militares, protegiendo a las víctimas y a quienes las asistan-, con vistas a limitar en la mayor medida posible los ingentes males que el mismo causa a los seres humanos”. PEREZ GONZALEZ, Manuel. “Introducción; El derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto”, en RODRIGUEZ – VILLASANTE, José Luis (Coord) Derecho internacional humanitario., ob., cit., p.45.

¹⁹⁷ PEREZ GONZALEZ, Manuel. “Introducción; El derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto”, en RODRIGUEZ – VILLASANTE, José Luis (Coord) Derecho internacional humanitario., ob., cit., p.46. Puede verse Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Pon. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

los aparatos estatales¹⁹⁸.

9.3.3. Encuadramiento de la imputación de la responsabilidad cuando se producen daños en bienes de miembros de la población derivados de ataques, incursiones o tomas perpetradas por grupos armados insurgentes.

145.- Los hechos ocurridos el 25 de enero de 2003 en el corregimiento de Llorente, municipio de Tumaco [Nariño], han sido objeto de tratamiento jurisprudencia contencioso administrativa, procediéndose a su encuadramiento bien sea por la concreción de una falla en el servicio consistente en una acción, la omisión o la inactividad del Estado en cuanto al cumplimiento de los deberes de protección y seguridad, y en el ejercicio pleno de la soberanía, o bien se encuadra en el acaecimiento de la ruptura del equilibrio de las cargas públicas que tienen que soportar los miembros de la población civil, con ocasión del conflicto armado.

146.- De tal manera, cabe observar la atribución jurídica del daño antijurídico, en principio, a las entidades demandadas por falla en el servicio consistente en el incumplimiento e inobservancia de los deberes positivos derivados de exigencias constitucionales, legales, y las propias al control de convencionalidad –objetivo y subjetivo- [artículo 93], esto es, del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, que pueden ser constitutivos de una falla en el servicio.

147.- En clave constitucional y convencional [de acuerdo con lo consagrado en la Carta Política y en los artículos 1.1, 2, 4 y 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos] es claro que la obligación positiva que asume el Estado de asegurar a todas las personas residentes en Colombia la preservación de sus derechos a la vida y a la integridad física, así como la seguridad personal, no se encuentra dentro de la clasificación moderna de las obligaciones con carácter de resultado sino de medio, de manera que las distintas autoridades públicas están llamadas a establecer las medidas de salvaguarda que dentro de los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad resulten pertinentes, a fin de evitar la lesión o amenaza de los citados derechos fundamentales, especialmente cuando dicha protección debe surtirse en el marco del conflicto armado interno.

¹⁹⁸ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Pon. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Sub-sección C, sentencia de 22 de octubre de 2012, expediente 24070. Pon. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Sub-sección C, sentencia de 20 de noviembre de 2013, expediente 25981. Pon. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

148.- Ahora bien, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, y considerados singularmente dichos derechos, se tiene que cuando “un conflicto asume las dimensiones de una confrontación armada, la vida de la nación se considera inmediatamente en peligro, lo que lleva a invocar las cláusulas derogatorias. En tales casos, todas las normas de derechos humanos cuya derogación está prohibida siguen en pleno vigor. Estas normas están confirmadas o complementadas por la normativa específica de los conflictos armados no internacionales, que forman parte de la normativa humanitaria”¹⁹⁹. Dicha protección tiene su base en los derechos constitucionalmente reconocidos a la vida e integridad de las personas, a la libre residencia, a la vivienda y los derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos -artículos 1²⁰⁰, 4.1, 21 y 22.

149.- La Sala tiene en cuenta, que el *“artículo 1 de la Declaración universal, al resumir los tres grandes principios de la Revolución francesa, establece, entre otras cosas, que “todos los seres humanos (...) deben tratarse unos a otros con un espíritu de hermandad”. El orden social y la comunidad a la que el individuo pertenece son colocados asimismo en la adecuada perspectiva de los derechos humanos en los artículos 28 y 29 de la Declaración universal y en el párrafo quinto del preámbulo de los Convenios internacionales sobre derechos humanos”*²⁰¹.

150.- Lo anterior implica que la existencia de un conflicto armado interno en ningún caso representa la negación, limitación o extinción de los derechos constitucional, convencional y universalmente reconocidos a toda persona. Por el contrario, se exige

¹⁹⁹ NEWMAN, Frank C; VASAK, Karel. “Derechos civiles y políticos”, en VASAK, Karel (ed) Las dimensiones internacionales de los derechos humanos. V.I. Barcelona, Serbal; UNESCO, 1984, pp.285 y 286. *“Aunque la Declaración universal tuvo influencia en los redactores de las convenciones de Ginebra, la normativa internacional sobre derechos humanos y las normas humanitarias afrontan el problema de los conflictos armados internos de diferentes modos. La primera se encuadra en el marco del ius ad bellum según lo previsto en la Carta de las Naciones Unidas, de acuerdo con la cual queda prohibido el recurso a la fuerza y, en consecuencia, está dirigido a la conservación de la paz. La segunda, por su parte, forma parte (sic) del ius in bello: establece las normas que rigen el uso de la fuerza sin examinar las causas del conflicto de acuerdo a los principios de la Cruz Roja y, en especial, los principios humanitarios”*.

²⁰⁰ Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2007, expediente 29273. *“Como se puede observar, de la lectura de este artículo (artículo 1° de la Convención Americana) se desprenden dos obligaciones para los Estados parte, en relación con los derechos consagrados en el texto de la Convención, a saber: i) la obligación de respeto, que exige del Estado una conducta de abstención, denominada también obligación negativa y, por otro lado, ii) se impone una obligación de garantía, que exige a los Estados parte emprender las acciones necesarias tendientes a asegurar que todas las personas sujetas a su jurisdicción estén en condiciones de ejercerlos y garantizarlos. Sobre el alcance de esta disposición, (artículo 2° de la Convención Americana) la Corte Interamericana, ha precisado que este deber tiene dos implicaciones: “Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”*.

²⁰¹ La “vida humana en sus múltiples relaciones sociales halla reconocimiento y expresión bajo la tutela de la promoción y protección de los derechos humanos”. BOVEN, Theodoor C. Van. “Criterios distintivos de los derechos humanos”, en VASAK, Karel (ed) Las dimensiones internacionales de los derechos humanos. V.I. 1A ed. Barcelona, Serbal; UNESCO, 1984, p.95.

que el Estado procure su respeto en toda su extensión, de tal manera que no se trata de un garantía que sólo sea formal, sino que se materialice en acciones concretas, especialmente cuando puede verse socavada la vida, la integridad personal, el libre desarrollo personal, la libertad, la libertad de residencia, el derecho a la vivienda y a la propiedad, etc., y todos aquellos derechos humanos que tienen como eje común y sustento esencial a la dignidad humana.

151.- Pero así como se invoca la protección, positiva, de los derechos humanos, el Estado en el conflicto armado debe tener en cuenta la perspectiva del derecho internacional humanitario, desde la que cabe afirmar, también, la existencia de obligaciones positivas que se armonizan con la anteriormente expuesta [con un efecto integrador de los sistemas normativos y de protección]. Se trata de obligaciones consagradas en el Convenio IV de Ginebra del 12 de agosto de 1949, “relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra” [ratificado por Colombia el 8 de noviembre de 1961], y en el Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, “relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional”.

152.- Teniendo en cuenta los anteriores argumentos, no cabe duda que la responsabilidad en estos eventos se puede encuadrar en la falla en el servicio del Estado [entidad demandada] cuando por acción, omisión o inactividad le es imputable el daño antijurídico ocasionado. Por acción, cuando el Estado despliega sus fuerzas, sus medios o ejerce sus funciones sin respetar los derechos y garantías mínimas constitucionales y convencionales de los ciudadanos. Se trata de un plan material en el que es la “*fuerza o capacidad del Estado*” la que produce el daño antijurídico y le es imputable al desplegarla por cualquier medio y con diferente manifestación. En cambio cuando se trata de omisión el Estado se encuentra en el extremo opuesto, ya que no ejerce sus facultades, funciones, ni despliega su capacidad, medios razonables o herramientas para atender la amenaza o probable vulneración de los derechos, bienes e intereses de los ciudadanos. En tanto que, cuando se trata de la inactividad el Estado se posiciona en una situación en la que pese a desplegarse con unos medios o instrumentos, no emplea toda su capacidad razonable, o no lo hace en todo su alcance, cuando estaba presente un deber normativo que le impelía a la protección, que se refuerza cuando de por medio está el sacrificio de derechos humanos, o el incumplimiento de mandatos positivos del derecho internacional humanitario.

153.- Para el caso de ataques o incursiones de grupos armados insurgentes a poblaciones en el territorio nacional, que derivan en una confrontación o enfrentamiento con las fuerzas armadas o con la fuerza policial al interior de los cascos urbanos la atribución de la responsabilidad con fundamento en la falla del servicio hace que se examine no sólo el cumplimiento funcional de las entidades demandadas, sino que se hayan correspondido con los mandatos positivos derivados de la protección constitucional y convencional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Se trata de establecer un papel activo, garantista y de plena eficacia de los derechos del Estado, y no de un simple ejercicio de reconocimiento y promoción de prerrogativas. En el específico caso de los ataques o incursiones por grupos armados insurgentes a poblaciones en el territorio nacional cabe examinar, también, contextualmente la situación de orden público de la zona, la atención a las amenazas o eventos reiterados [o recurrentes], el despliegue de acciones anticipatorias, la adopción de medidas que impidan que la confrontación o enfrentamiento derivada del ataque o incursión involucre a la población civil al trasladar el escenario de guerra al caso urbano, y la garantía plena del principio de distinción que implique en todo momento adoptar las medidas suficientes y razonable que impidan la concreción de daños antijurídicos, o la vulneración de su dignidad y derechos humanos.

154.- Así, pues, frente al estudio de la falla en el servicio y del daño especial como criterios de imputación para establecer la responsabilidad del Estado, 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 de ejemplo, i) el incumplimiento o deficiente cumplimiento de deberes normativos, ii) la omisión o inactividad de la administración pública, o iii) el desconocimiento de la posición de garante institucional que pueda asumir la administración.

155.- Desde un plano causal, deberá demostrarse la cognoscibilidad real del peligro 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 pública, que distorsionan su objeto convencional, constitucional y legal, hasta el punto de practicar acciones más lesivas que lo desplegado por los miembros del grupo armado insurgente involucrados²⁰².

²⁰² Sección Tercera, sentencia de 27 de noviembre de 2002, expediente 13774: “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

156.- Las anteriores premisas derivan en las siguientes cuestiones: a) El Estado simplemente obedece a unas obligaciones que se desprenden del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho que exige ya no sólo la garantía de los derechos y libertades, sino su protección eficaz, efectiva y la procura de una tutela encaminada a cerrar la brecha de las debilidades del Estado, más cuando se encuentra en una situación singular como la de Colombia de conflicto armado interno, que representan en muchas ocasiones violaciones sistemáticas, o la aceptación de las mismas por parte de actores que no haciendo parte del Estado, no dejan de ser ajenos a la problemática de la responsabilidad extracontractual del Estado; b) si bien las víctimas, siendo miembros de un grupo armado insurgente, pueden contribuir a la producción del daño antijurídico por sus acciones, no existe licencia convencional, constitucional o legal que le permita al Estado, a los miembros de sus cuerpos y fuerzas de seguridad [militar y policial] para que desborden sus facultades, funciones y obligaciones, de tal manera que realicen actos profundamente lesivos para los derechos de las personas [sea combatiente o no], ya que sería simplemente la ruptura de los principios de dignidad y democrático en los que se soporta el Estado Social y Democrático de Derecho; c) La víctima no puede contribuir eficiente y adecuadamente a la producción del daño antijurídico cuando su acción se ve respondida con absoluto desbordamiento no sólo de la legalidad, sino de los mínimos principios de humanidad en el trato y protección de aquellos que incursos en la comisión de un ilícito, no pueden simplemente ser aniquilados como formula de solución, o suprimidos sus derechos sin ninguna limitación. En este sentido, la concepción del hecho exclusivo de la víctima debe superar como hipótesis la necesidad de determinar un vínculo material u orgánico para que pueda atribuirse la responsabilidad, ya que lo sustancial es el rol que juega la administración pública, su “posición de garante de vigilancia”, de la que derivan todos los deberes de actor llamado de evitar, a ofrecer la protección debida a corresponderse con los deberes positivos, y que implica que debe actuar proporcional, razonable y proporcionadamente al alcance de sus funciones, sin permitir que se susciten desbordamientos que ponen en cuestión la legitimidad democrática de la actividad estatal, por lo que es el Estado el llamado a ejercer una intervención mucho más profunda ante fenómenos de violencia, o de insurgencia que tiene plenamente definidos; d) debe tenerse en cuenta, también, que el “Estado será responsable de los actos de particulares si los órganos del Estado hubieran podido actuar para prevenir o reprimir el comportamiento de éstos, o si

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 [...]”.

existiese una relación de hecho específica entre la persona o entidad que observó el comportamiento y el Estado”²⁰³.

157.- Las obligaciones de prevención se conciben por lo general como obligaciones de realizar los máximos esfuerzos, es decir, que obligan a los Estados a adoptar todas las medidas razonables o necesarias para evitar que se produzca un acontecimiento determinado, aunque sin garantizar que el acontecimiento no vaya a producirse, la violación de una obligación de prevención puede ser un hecho ilícito de carácter continuo.

158.- Por el contrario, cuando no se logra la atribución de responsabilidad al Estado en el fundamento de la falla en el servicio, se acude a su encuadramiento en el daño especial, afirmándose que se produjo la ruptura del equilibrio de las cargas públicas. En los eventos de ataques o incursiones de grupos armados insurgentes a poblaciones en el territorio nacional, la ruptura del equilibrio de las cargas públicas debe observarse desde la concreción de sus dos elementos sustanciales: la existencia como actividad lícita y carga pública desplegada por el Estado consistente en la seguridad ciudadana, la que se ofrece en un plano de igualdad material a todo ciudadano, y se ve socavada y quebrada en el preciso momento en el que se produce una situación anormal que demanda el sacrificio de un derecho, de un bien o interés jurídico, o de una posición de un sujeto. Por ejemplo, cuando se produce la destrucción de un bien inmueble o mueble con ocasión de un ataque o incursión de un grupo armado insurgente a una población, el ciudadano titular del mismo puede tener que asumir el sacrificio de sus derechos e intereses sobre el mismo, haciendo radicar en cabeza del Estado la obligación de indemnizarlo en correspondencia con el principio de solidaridad, dado que no se juzga la actividad lícitamente desplegada de defensa y contención del ataque o incursión, sino el resultado lesivo que se produjo como consecuencia de la confrontación acaecida.

159.- Se trata de una configuración de la responsabilidad por los daños antijurídicos sufridos por miembros de la población civil que se puede radicar en cabeza del Estado, y que debe superar la simple consideración del objetivo o destinatario del ataque o incursión del grupo armado insurgente [como durante buen tiempo hizo la jurisprudencia de la Sección Tercera], porque no es esencial que se trate de afectar instalaciones o establecimientos de la fuerza pública o de autoridades administrativas, sino que se constate si en las acciones desplegadas por los diferentes grupos armados insurgentes

²⁰³ RODRIGUEZ H, Gabriela. “Normas de responsabilidad internacional de los Estados”, en MARTIN, Claudia; RODRIGUEZ-PINZON, Diego; GUEVARA B., José A. (Comp) Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 1ª ed. México, Fontamara; Universidad Iberoamericana, 2004, pp.56.

que operan en el territorio nacional, en el marco del conflicto armado, el Estado desplegó toda su capacidad, medios y medidas suficientes y razonables para enfrentar a los mismos sin involucrar a la población civil, y en caso de no acreditarse esto si se tiene en cuenta la existencia de una situación anormal que quiebra el equilibrio de la carga pública asignada a toda persona y representada en la seguridad ciudadana, consistente en la restricción, limitación o extinción de un derecho, bien, interés o posición jurídica, se reitera.

160.- No es, pues, la afirmación de una cláusula general de responsabilidad, desde el ámbito jurídico de la imputación, sino que debe atenderse, también, a la realidad material [fáctica] en cada caso, y al análisis, en dicha dimensión, de la eximente que se proyecta en este tipo de eventos, como la del hecho del tercero que se estudia, a continuación, en términos generales.

161.- Ahora bien, la Sala de Sub-sección C ya ha tenido la oportunidad en varias ocasiones de estudiar este tipo de casos²⁰⁴, los cuales tienen un elemento fáctico uniforme: se trata de un ataque o incursión de un grupo armado insurgente a una población²⁰⁵, dirigido contra instalaciones de la Policía Nacional, el Ejército Nacional,

²⁰⁴ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012, expediente 19920: “[...] El 21 de febrero de 1998, a las 11 P.M., integrantes del grupo armado insurgente XXV frente de las FARC incursionaron al corregimiento de Tres Esquinas y destruyeron violentamente los edificios de la Caja Agraria, TELECOM, el centro de salud, el puesto de policía y varias viviendas, entre ellas, las de propiedad de la señora Orjuela. El ataque finalizó a las 4 A.M., del día siguiente”.

²⁰⁵ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012, expediente 19920: “[...] Cabe destacar que estos hechos son producto o resultado del conflicto armado interno [Reconocido así por la Corte Constitucional en sentencias C-802 de 2002; C-172 de 2004; C-291 de 2007; T-444 de 2008; T-496 de 2008; T-922A de 2008] que el país viene sufriendo desde hace décadas, lo que hace exigible al Estado un deber positivo de protección a los ciudadanos o población civil [Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C. Sentencias del 19 de agosto de 2011. Exp: 20.227. CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 31 de agosto de 2011. Exp: 19.195. CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa]. Así, en los últimos años las incursiones guerrilleras, las emboscadas, los hostigamientos y en general los actos de terrorismo han dejado múltiples víctimas entre civiles y militares, así como pérdidas materiales millonarias por la destrucción de instituciones del Estado, entidades bancarias, puestos de policía, centros de salud y viviendas de particulares. La exigencia de este deber positivo de protección a los ciudadanos, también ha sido parte de pronunciamientos de la Corte Constitucional: “Esta reflexión es aquí de especial importancia en cuanto la realidad colombiana ha estado ligada a una reiterada y grave alteración del orden público. A nadie escapan las incidencias del conflicto armado que aqueja al país desde hace décadas. Ese conflicto ha implicado un alto costo humano, social, económico y político; ha condicionado la convivencia de los colombianos en ya varias generaciones; ha implicado retos institucionales; para atenderlo se han formulado y reformulado las agendas públicas; se ha diseñado y rediseñado buena parte de la normatividad legal; etc (...). De este modo, en manera alguna se trata de hechos sobrevinientes pues todas ellas son situaciones que de tiempo atrás afectan a la sociedad colombiana. No obstante, no puede perderse de vista que a pesar de tratarse de hechos arraigados en la historia del conflicto armado que afronta el país, las dimensiones que esos comportamientos adquirieron últimamente, fundamentalmente tras la ruptura del proceso de paz, les dan unas implicaciones completamente diferentes” [Corte Constitucional. Sentencia C-802 del 2 de octubre de 2002. MP Jaime Córdoba Triviño].

entidades o centros de comunicaciones públicas, entidades financieras públicas o privadas y contra la población civil en general [personas y bienes muebles e inmuebles].

162.- 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 a partir de tres criterios de imputación, a saber: falla en el servicio, riesgo excepcional y el daño especial, según la determinación fáctica de cada caso y la atribución jurídica que proceda.

163.- En efecto, frente al estudio de la falla en el servicio y del daño especial como criterios de imputación para establecer la responsabilidad del Estado, en tratándose de daños antijurídicos 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 de ejemplo, i) el incumplimiento o deficiente cumplimiento de deberes normativos, ii) la omisión o inactividad de la administración pública, o iii) el desconocimiento de la posición de garante institucional que pueda asumir la administración.

164.- La Sub-sección C en la sentencia de 25 de abril de 2012 [expediente 22377] consideró la falla del servicio por vulneración del principio de distinción consagrado en el derecho internacional humanitario. Dentro del catálogo de principios reconocidos por los instrumentos de Derecho Internacional Humanitario está previsto el principio de distinción²⁰⁶, según el cual “las partes dentro de un conflicto armado deberán distinguir entre población civil y combatientes y entre bienes civiles y objetivos militares”²⁰⁷. Dicho principio se justifica en la necesidad de que “las hostilidades se libren entre combatientes y contra objetivos militares para que en ninguna circunstancia afecten a los no combatientes y a los bienes civiles”²⁰⁸.

²⁰⁶ RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. “Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia” GIZ, 2011. Pp. 145. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-291 de 2007.

²⁰⁷ Marco Sassoli. “*Legitimate targets of attacks under international humanitarian law*”. Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research. 2003. Disponible en: <http://www.hpcrresearch.org/sites/default/files/publications/Session1.pdf>.

²⁰⁸ Valencia Villa, Alejandro. “Derecho Internacional Humanitario. Conceptos básicos, infracciones en el conflicto armado colombiano”. USAID y Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2007. P. 121. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995. “Uno de las reglas esenciales del derecho internacional humanitario es el principio de distinción, según el cual las partes en conflicto deben diferenciar entre combatientes y no combatientes, puesto que estos últimos no pueden ser nunca un objetivo de la acción bélica. Y esto tiene una razón elemental de ser: si la guerra busca debilitar militarmente al enemigo, no tiene por qué afectar a quienes no combaten, ya sea porque nunca han empuñado las armas (población civil), ya sea porque han dejado de combatir (enemigos desarmados), puesto que ellos no constituyen potencial militar. Por ello, el derecho de los conflictos armados considera que los ataques militares contra esas poblaciones son ilegítimos, tal y como

165.- El Protocolo I Adicional a los IV Convenios de Ginebra²⁰⁹ establece el principio de distinción en relación con los bienes militares y civiles en los siguientes términos:

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

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

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

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

166.- Si bien el Protocolo II Adicional a los IV Convenios de Ginebra no contienen expresamente la prohibición de atacar a bienes civiles²¹⁰, ésta ha sido incorporada en varios instrumentos de Derecho Internacional Humanitario aplicables a conflictos armados internos. En efecto, los artículos 3.7 del Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos enmendado el 3 de mayo de 1996²¹¹ y 2.1 del Protocolo III sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias²¹² establecen la prohibición de atacar bienes civiles.

167.- Así mismo, la Resolución 1265 de 1999 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas condenó todos los ataques dirigidos en contra de bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario²¹³.

lo señala el artículo 48 del protocolo I, aplicable en este aspecto a los conflictos internos, cuando establece que las partes "en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares".

²⁰⁹ Cfr. Ley 11 de 21 de julio de 1992, "por medio de la cual se aprueba el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, adoptado en Ginebra el 8 de junio de 1977". Corte Constitucional. Sentencia C-088 de 1993.

²¹⁰ Algún sector de la doctrina ha señalado que dicha prohibición podría entenderse incorporada en el artículo 13 del Protocolo II Adicional según el cual "1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares".

²¹¹ **Artículo 3: Restricciones generales del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos** "7. Queda prohibido, en todas las circunstancias, emplear las armas a las que se aplica el presente artículo, sea como medio de ataque, como medio de defensa o a título de represalia, contra la población civil propiamente dicha o contra personas civiles o bienes de carácter civil."

²¹² "**Artículo 2.:** Protección de las personas civiles y los bienes de carácter civil 1. Queda prohibido en todas las circunstancias atacar con armas incendiarias a la población civil como tal, a personas civiles o a bienes de carácter civil."

²¹³ [<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1946.pdf?view=1>]. Por su parte, el Customary International Humanitarian Law también establece el principio de distinción entre los bienes civiles y militares en los siguientes términos: "Regla 7. Las partes en conflicto deberán hacer en todo momento la distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares. Los ataques sólo podrán dirigirse contra objetivos militares. Los bienes de carácter civil no deben ser atacados. Regla 8. Por lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida. Regla 9. Son bienes de carácter civil

168.- Así las cosas, tal como lo ha señalado la Corte Internacional de Justicia, el principio de distinción pretende “la protección de la población civil y de objetos civiles, y establece la distinción entre combatientes y no combatientes; los Estados nunca pueden hacer a los civiles objeto de ataques, y en consecuencia nunca pueden utilizar armas que sean incapaces de diferenciar entre objetivos civiles y militares”²¹⁴.

169.- Así, además de estar previsto en normativa de Derecho Internacional Humanitario, el principio de distinción constituye una norma consuetudinaria e integra el *ius cogens*²¹⁵. En relación con el principio de distinción, la Corte Constitucional ha señalado que “es obligación de las partes en un conflicto el esforzarse por distinguir entre objetivos militares y personas o bienes civiles”²¹⁶. En este sentido, Los bienes civiles son “aquellos bienes que no pueden ser considerados legítimamente como objetivos militares”²¹⁷; los objetivos militares, por su parte, son “aquellos bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida”²¹⁸.

todos los bienes que no son objetivos militares. Regla 10. Los bienes de carácter civil gozan de protección contra los ataques, salvo si son objetivos militares y mientras lo sean”. ICRC. Customary International Humanitarian Law. “Rule 7. The parties to the conflict must at all times distinguish between civilian objects and military objectives. Attacks may only be directed against military objectives. Attacks must not be directed against civilian objects. Rule 8. In so far as objects are concerned, military objectives are limited to those objects which by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action and whose partial or total destruction, capture or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage. Rule 9. Civilian objects are all objects that are not military objectives. Rule 10. Civilian objects are protected against attack, unless and for such time as they are military objectives”.

²¹⁴ Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, 1996. “[it] is aimed at the protection of the civilian population and civilian objects and establishes the distinction between combatants and non-combatants; States must never make civilians the object of attack and must consequently never use weapons that are incapable of distinguishing between civilian and military targets”

²¹⁵ Corte Constitucional. Auto 092 de 2008: En este sentido, la Corte Constitucional estableció que: “el principio de distinción –el cual es obligatorio para el Estado colombiano por su doble naturaleza de norma convencional y consuetudinaria de derecho internacional, además de ser una norma de *ius cogens*-, que incluyen la prohibición de dirigir ataques contra la población civil o contra personas civiles, y la prohibición de llevar a cabo actos dirigidos a aterrorizar a la población civil” Cfr. Sentencia SU747 de 1998. “Como se señala en la sentencia C-225/95 de esta Corporación, los no combatientes no pueden ser en ningún momento objeto de acciones militares y, además, no pueden ser involucrados dentro del conflicto armado, pues eso los convertiría en actores del mismo y, en consecuencia, en objetivos militares. Es claro entonces que el Estado colombiano no está autorizado para atacar o aterrorizar a la población civil ni para involucrarla en el conflicto armado, en calidad de actor militar.”

²¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-291 de 2007. Cfr. TPIY. Caso Fiscal Vs. Tihomir Blaskic. “Las partes en un conflicto están obligadas a esforzarse por distinguir entre objetivos militares y personas o bienes civiles” [Traducción informal: “The parties to the conflict are obliged to attempt to distinguish between military targets and civilian persons or property”].

²¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-291 de 2007.

²¹⁸ *Ibidem*.

170.- Por último, resulta pertinente resaltar que en pretéritas ocasiones la Sección Tercera ha establecido que las vulneraciones a principios del Derecho Internacional Humanitario constituyen supuesto suficiente para declarar la responsabilidad del Estado con fundamento en el título de imputación “*falla del servicio*”²¹⁹

171.- 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.

172.- 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 particular²²⁰”, lo cual impone al Estado, por razón de justicia distributiva, la reparación de los daños causados²²¹. Sobre este tema esta Corporación ha aplicado este criterio de imputación, en ciertas ocasiones, guiado por un argumento causal, como es que el ataque del grupo armado se haya dirigido en contra de un establecimiento del Estado²²².

173.- Finalmente, 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 fundamentos²²³, “*como*

²¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 6 de julio de 2005. C.P. Alier Eduardo Hernández. Rad. 13969. Aclaración de Voto de Stella Conto Díaz del Castillo a la sentencia de 9 de diciembre de 2011. Rad. 21201.

²²⁰ FORSTHOFF, Ernst. Tratado de Derecho Administrativo. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1958. Pág. 467.

²²¹ Ob cit. Pág. 467.

²²² “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”²²². Sección Tercera, sentencia de 5 de diciembre de 2006. Radicado: 28459.

²²³ “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

*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*²²⁴.

174.- Luego, 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 administrados²²⁵ entendiéndose como normal aquella carga que es ordinaria a la vida en sociedad [para el caso concreto de la propiedad aquella derivada de las limitaciones ordinarias que por razones de interés general o utilidad pública se encuentren respaldadas].

175.- Cuando se trata de ataques, incursiones o tomas realizadas a poblaciones por grupos armados insurgentes, no hay duda que excede a lo normal la afectación a los bienes muebles o inmuebles, que se produce como consecuencia de las indebidas restricciones al ejercicio del derecho de propiedad bien sea por la destrucción, depreciación o disminución del valor, cantidad y/o destinación de los mismos bienes. Sobre la aplicación del daño especial cuando se presentan actos de este tipo, la jurisprudencia de la Corporación ha reconocido su aplicación partiendo de la propia concepción de lo que supone un ataque terrorista, pues, este se dirige contra la sociedad en general pero se realiza, materialmente, en una determinada persona o grupo de personas que, en razón a esa excesiva carga asumida, son merecedoras de una indemnización asumida por toda la sociedad²²⁶.

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)

²²⁴ Sección Tercera, sentencia del 13 de diciembre de 2005. Expediente: 24671.

²²⁵ 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.

²²⁶ Sección Tercera. Sentencia de 18 de marzo de 2010, expediente 15591. En dicha providencia se sostiene adicionalmente: “Por lo que queda dicho, utilizar el daño especial como criterio de imputación en el presente caso implica la realización de un análisis que, acorde con el art. 90 Const., tome como punto de partida el daño antijurídico que sufrieron los demandantes; que se asuma que el daño causado, desde un punto de vista jurídico y no simplemente de las leyes causales de la naturaleza, se debe entender como fruto de la actividad lícita del Estado; y, que, por consiguiente, concluya que es tarea del Estado, con fundamento en el principio de solidaridad interpretado dentro del contexto del Estado Social de Derecho, equilibrar nuevamente las cargas que, como fruto de su actividad, soporta en forma excesiva uno de sus asociados, alcanzando así una concreción real el principio de igualdad”.

176.- 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 amparada²²⁷

177.- Es la ruptura del equilibrio de las cargas públicas, y la solidaridad como trasfondo filosófico que la orienta, el eje de la atribución de responsabilidad en estos casos, pues comprendida dentro del marco del Estado Social de Derecho, -y consagrada normativamente en el artículo 1º constitucional²²⁸- 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”²²⁹.

9.3.4. El hecho de un tercero con ocasión de ataques, incursiones o tomas realizadas por grupos armados insurgentes no exime de responsabilidad al Estado.

²²⁷ Sección Tercera. Sentencia de 2 de octubre de 2008. expediente 52001-23-31-000-2004-00605-02 (AG): “Sobre la aplicación del daño especial en materia de atentados terroristas el precedente de la Sala indica: “Las explicaciones que se dieron en el capítulo anterior sobre el daño especial como título de imputación por ataques terroristas, permiten deducir la responsabilidad del Estado a partir del resultado dañoso, superior al que ordinariamente deben soportar y diferente del que asumen los demás pobladores, y proveniente del enfrentamiento armado entre las fuerzas del orden y el grupo subversivo de quien provino el ataque terrorista. Si bien como consecuencia de dicho enfrentamiento se causaron daños a los inmuebles contiguos al sitio de ubicación de la estación de policía, objeto central del atentado, la actuación de la fuerza pública fue legítima, en cuanto se desarrolló en cumplimiento de su obligación constitucional de defender la vida y los bienes de los administrados (...)”.

²²⁸ Constitución Política. Artículo 1º. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

²²⁹ 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”.

178.- Como en los daños causados por la acción de grupos insurgentes se está en presencia o de un hecho de un tercero, o del hecho exclusivo de la víctima, desde un plano causal, deberá demostrarse la cognoscibilidad real del peligro 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 pública, que distorsionan su objeto convencional, constitucional y legal, hasta el punto de practicar acciones más lesivas que lo desplegado por los miembros del grupo armado insurgente involucrados²³⁰.

179.- La Sala de Sub-sección C ya ha tenido la oportunidad en varias ocasiones de estudiar este tipo de casos²³¹, los cuales tienen un elemento fáctico uniforme: se trata de un ataque o incursión de un grupo armado insurgente a una población²³², dirigido contra instalaciones de la Policía Nacional, el Ejército Nacional, entidades o centros de

²³⁰ Sección Tercera, sentencia de 27 de noviembre de 2002, expediente 13774: “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 [...]”.

²³¹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012, expediente 19920: “[...] El 21 de febrero de 1998, a las 11 P.M., integrantes del grupo armado insurgente XXV frente de las FARC incursionaron al corregimiento de Tres Esquinas y destruyeron violentamente los edificios de la Caja Agraria, TELECOM, el centro de salud, el puesto de policía y varias viviendas, entre ellas, las de propiedad de la señora Orjuela. El ataque finalizó a las 4 A.M., del día siguiente”.

²³² Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012, expediente 19920: “[...] Cabe destacar que estos hechos son producto o resultado del conflicto armado interno [Reconocido así por la Corte Constitucional en sentencias C-802 de 2002; C-172 de 2004; C-291 de 2007; T-444 de 2008; T-496 de 2008; T-922A de 2008] que el país viene sufriendo desde hace décadas, lo que hace exigible al Estado un deber positivo de protección a los ciudadanos o población civil [Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C. Sentencias del 19 de agosto de 2011. Exp: 20.227. CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 31 de agosto de 2011. Exp: 19.195. CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa]. Así, en los últimos años las incursiones guerrilleras, las emboscadas, los hostigamientos y en general los actos de terrorismo han dejado múltiples víctimas entre civiles y militares, así como pérdidas materiales millonarias por la destrucción de instituciones del Estado, entidades bancarias, puestos de policía, centros de salud y viviendas de particulares. La exigencia de este deber positivo de protección a los ciudadanos, también ha sido parte de pronunciamientos de la Corte Constitucional: “Esta reflexión es aquí de especial importancia en cuanto la realidad colombiana ha estado ligada a una reiterada y grave alteración del orden público. A nadie escapan las incidencias del conflicto armado que aqueja al país desde hace décadas. Ese conflicto ha implicado un alto costo humano, social, económico y político; ha condicionado la convivencia de los colombianos en ya varias generaciones; ha implicado retos institucionales; para atenderlo se han formulado y reformulado las agendas públicas; se ha diseñado y rediseñado buena parte de la normatividad legal; etc (...). De este modo, en manera alguna se trata de hechos sobrevinientes pues todas ellas son situaciones que de tiempo atrás afectan a la sociedad colombiana. No obstante, no puede perderse de vista que a pesar de tratarse de hechos arraigados en la historia del conflicto armado que afronta el país, las dimensiones que esos comportamientos adquirieron últimamente, fundamentalmente tras la ruptura del proceso de paz, les dan unas implicaciones completamente diferentes” [Corte Constitucional. Sentencia C-802 del 2 de octubre de 2002. MP Jaime Córdoba Triviño].

comunicaciones públicas, entidades financieras públicas o privadas y contra la población civil en general [personas y bienes muebles e inmuebles].

180.- 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 a partir de tres criterios de imputación, a saber: falla en el servicio, riesgo excepcional y el daño especial, según la determinación fáctica de cada caso y la atribución jurídica que proceda.

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

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

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

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

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

185.- En este sentido, la concepción del hecho del tercero debe superar como hipótesis la necesidad de determinar un vínculo material u orgánico para que pueda atribuirse la responsabilidad, ya que lo sustancial es el rol que juega la administración pública, su “posición de garante de vigilancia”, de la que derivan todos los deberes de actor llamado de evitar, a ofrecer la protección debida a corresponderse con los deberes positivos, y que implica que debe actuar frente a situaciones que amenacen o puedan desencadenar un daño como consecuencia de las acciones de terceros, sino que sea admisible permitir que opere como cláusula de cierre de la eximente que se trate de actos indiscriminados, o que deba contarse con la verificación de la misma amenaza, sino que es el Estado el llamado a ejercer una intervención mucho más profunda ante fenómenos de violencia, o de insurgencia que tiene plenamente definidos. c. Debe tenerse en cuenta, también, que el “Estado será responsable de los actos de particulares si los órganos del Estado hubieran podido actuar para prevenir o reprimir el

comportamiento de éstos, o si existiese una relación de hecho específica entre la persona o entidad que observó el comportamiento y el Estado”²³³.

186.- Se reitera, además, que las obligaciones de prevención se conciben por lo general como obligaciones de realizar los máximos esfuerzos, es decir, que obligan a los Estados a adoptar todas las medidas razonables o necesarias para evitar que se produzca un acontecimiento determinado, aunque sin garantizar que el acontecimiento no vaya a producirse, la violación de una obligación de prevención puede ser un hecho ilícito de carácter continuo.

187.- Generalmente se trata de casos en los que el Estado complementa su propia acción contratando o instigando a personas privadas o a grupos que actúen como auxiliares, pero sin pertenecer a la estructura oficial del Estado²³⁴.

188.- El hecho del tercero no es una causal que permita al juez crear una regla general como máxima, sino que, por el contrario, lo invita a analizar, teniendo en cuenta las especiales condiciones del Estado colombiano, cuándo, en qué medida, y bajo qué proporcionalidad el Estado estaría llamado a responder, o con otras palabras, le sería atribuible (fáctica y jurídicamente) un daño antijurídico producido por un tercero, sin acudir a verificar los vínculos o relaciones de este con la administración pública, sino a partir de la exigencia máxima de la tutela de la víctima como premisa de la responsabilidad extracontractual del Estado en la visión moderna y humanista.

189.- Sin duda, el tratamiento que se pueda dar la hecho del tercero en la visión propia a los tiempos que corren, no permite que sigamos anclados en el modelo clásico causalista, y nos centremos en la vocación que el instituto de la responsabilidad debe atender: herramienta complementaria para tutela de los derechos de los administrados, especialmente de los derechos humanos; factor de convivencia y del logro de la paz, y; instrumento que permita la aplicación de una justicia redistributiva donde sea el principio de solidaridad el que opere, no la visión individualista propia a los orígenes del mismo instituto.

²³³ RODRIGUEZ H, Gabriela. “Normas de responsabilidad internacional de los Estados”, en MARTIN, Claudia; RODRIGUEZ-PINZON, Diego; GUEVARA B., José A. (Comp) Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 1ª ed. México, Fontamara; Universidad Iberoamericana, 2004, pp.56.

²³⁴ La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en el asunto Fiscal c. Tadic, destacó que: “En derecho internacional, la condición para que se atribuyan al Estado actos realizados por particulares es que el Estado ejerza un control sobre esos particulares”. Asunto IT-94-1, Prosecutor c. Tadic, (1999), I.L.M., vol.38, párr.117. Otro ejemplo lo constituye la captura de Adolf Eichmann, por un grupo israelíes en Buenos Aires el 1o de mayo de 1960 llevándolo posteriormente en avión a Israel donde fue sometido a juicio.

190.- El hecho del tercero debe convertirse en una excepción a la regla general de la primacía de la víctima en la determinación de la responsabilidad extracontractual del Estado, como criterio garantístico, finalístico y principal para dotar al Estado de una herramienta con vocación preventiva, no simplemente como verificación de hechos que sistemáticamente se producen y no tienen eco en la actividad del Estado para procurar tratarlos, superarlos y, así alcanzar la reconciliación nacional.

191.- Examinados los anteriores elementos, la Sala analiza el encuadramiento de la imputación para el caso concreto, teniendo en cuenta que dentro del objeto de análisis de la impugnación está el cuestionamiento a la aplicación de la teoría del daño especial por parte del a quo en su sentencia.

9.4. La imputación en el caso concreto.

192.- En el *a quo* en la sentencia de 26 de enero de 2007 negó las pretensiones de la demanda, no sólo restando credibilidad a los testimonios rendidos dentro del proceso contencioso administrativo, sino afirmando que con base en ellos no se logró establecer con certeza que se haya informado por el demandante a los miembros del Grupo Mecanizado Cabal No. 3, ubicados en la base militar “Guatal”, en jurisdicción del municipio de Tumaco, de los hechos ocurridos el 25 de enero de 2003 en el corregimiento de Llorente.

193.- En tanto que en la apelación la parte actora reiteró lo afirmado en la demanda según lo cual hubo una actuación irregular por parte de la fuerza pública, que no atendió los múltiples requerimientos de presencia en lugar de los hechos que se había formulado, ya que se trata de hechos delictivos de frecuente ocurrencia y que se constituían en notorios para las autoridades militares de la zona.

194.- El análisis probatorio para formular la imputación debe iniciarse con la determinación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos.

195.- Circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos. De acuerdo con el acervo probatorio, se tiene demostrado que el 25 de enero de 2003 se presentó un ataque o incursión armada por miembros del grupo armado insurgente FARC al corregimiento de Llorente en el municipio de Tumaco [Nariño], habiendo sido afectado

el establecimiento de comercio “Los Tres Diamantes” de titularidad del demandante **LUIS ADALBERTO GÓMEZ PÉREZ**, el cual fue afectado físicamente, y del se hurtaron o saquearon una serie de bienes relacionados con su actividad comercial, de joyería, electrodomésticos y dinero en efectivo, para lo que utilizaron armas de fuego, y emplearon una camioneta para llevarse los bienes mencionados. El ataque tuvo como objetivo el establecimiento de comercio del demandante, esto es, un bien de un miembro de la población civil ajeno al conflicto armado, independiente de la actividad comercial o económica que este desarrollaba para la época de los hechos.

196.- De acuerdo con la denuncia 005, de 27 de enero de 2003, recepcionada por el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, presentada por Norelia Monsalve Ceballos por los delitos de hurto y otros, por valor de ciento y ochenta y seis millones de pesos [\$186.000.000.00], habiendo sido la víctima Luis Adalberto Gómez Pérez [fls.34 a 36 cuaderno 1].

“[...] El sábado a las diez de la mañana entraron [sic] a la compraventa los guerrilleros disparando hirieron a mi esposo, le pagarón [sic] un tiro en la espalda otro en el torax [sic] y otro en el pie, en ese momento bajo a ayudar a mi esposo y me empujaron y me tire [sic] a la poeza [sic], cuando lo mire [sic] que mi marido estaba ahí, salí [sic] a traer los niños cuando regrese [sic] mi marido estaba en el patio de la vecina, después nos fuimos para el monte, despues [sic] unos amigos nos sacarón [sic] y nos trageron [sic] al hospital de aqui [sic], lo hospitalizarón [sic] a mi marido y ya [...] Yo vi a uno solo, pero a fuera [sic] habian [sic] varios mas [sic] o menos diciocho [sic] PREGUNTADO Manifieste al despacho si puede describir los elementos hurtados CONTESTO Oro, cadenas dijies, anillos todo lo de joyeria [sic], electrodomésticos televisores, equipos de sonido, VES, maquinas [sic] de coser, gurallas [sic] y otros elementos [...] PREGUNTADO Manifieste al despacho hace cuanto [sic] tiempo tienen la compraventa en el corregimiento de llorente [sic] CONTESTO Tres años” [fl.36 cuaderno 1].

197.- En tanto que según la declaración rendida por Luis Adalberto Gómez Pérez [fls.37 y 38 cuaderno 1].

“[...] Yo el dia [sic] 25 de enero a las 10:45 horas de la mañanasalí [sic] enfrente [sic] de la compraventa donde hay unrestaurant [sic], salí a tomarme un Geytore [sic], cuando regresé no entré por la puerta principal de la compraventa sino por la puerta aladaña, cuando estaba abriendo la puerta, yo tenía llaves, ví [sic] doce guerrilleros de civil todos raros allí y entré y dí [sic] la vuelta y entré a la compraventa, cuando en eso entraron dos guerrilleros mirando las alaha [sic] y uno de ellos me preguntó cuanto valía un anillo de mujer, yo le dije los más económicos valen cincuenta mil pesos, cuando se echó a reir [sic] y me dijo le voy a decir a mi papá que me lo compre, echado a reir [sic] y salio [sic] hacia un lado de la puerta donde yo no lo podía ver y Luego [sic] entró con las manos atrás, atrás de él estaba otro guerrillero, yo lo enfoqué más la vista al que estaba atrás porque lo miré más raro que el queestaba [sic] delante, cuando el que estaba más atrás sacó una pistola y la levantó yo sali [sic] corriendo, pero el que estaba adelnte [sic] simultáneamente me disparó enel [sic] hombro izquierdo y salí corriendo para atrás pasé unos vidrios oscuros que tenía y se agarraron toditos a disparar para dentro y recibí un tiro en el mismo brazo izquierdo y otro en la espalda (el declarante presenta un soporte en el brazo izquierdo) y se cayó otrodisparo [sic] enel [sic] talón de pie izquierdo y salió junto al tobillo (el declarante presenta esparadrappo y gaza en el lugar indicado), por esto recibí operación (eldeclarante –sic- se quita la camisa y muestra cirugía que parte del hombro izquierdo parte frontal y bajo por el enfrente –sic- del brazo). Cuando salí corriebdo [sic] para atrás de la casa caí en una

cama al lado de la casa que nosotros dormimos, mi señora bajaba con los tiros y con los niños, y me preguntó que [sic] pasaba, entonces yo [sic] le dije la guerrilla que me está atracando, yo estando tirado en el suelo ella salió corriendo [sic] buscando un taxi, cuando iba a salir estaba un guerrillero en la puerta iba echarle mano para cogerle y ella le tiró la puerta y yo al ver que que [sic] estaban tratando [sic] de abrir la puerta principal para entrar a la compraventa con una sisalla [sic], ellos estaban afuera en la reja yo como pude y mi señora y los niños salimos por atrás corriendo y cerramos la puerta que uno sale por atrás, salimos corriendo y nos metimos a una bodega estaba sangrándome desde las once [sic] del día hasta las siete y veinte de la noche cuando estaba dentro como esa es una bodega de un supermercado allí, yo miraba por un hueco para afuera, al lado de la bodega está la cocina que tiene la muchacha, entonces yo le dije a la muchacha de la cocina no le seel [sic] nombre, que le fuera a decir a la dueña de la casa a la dueña de la casa, o mejor, a Víctor [sic] ORLANDO ORTIZ ORDOÑEZ, corríjelo [sic], ORTIZ RODRIGUEZ, el está estudiando en Pasto pero vive en Llorente, que fuera de Llorente Acaunapí donde estaba el Ejército [sic], que fueran [sic] a Llorente a sacarme que la guerrilla me había atracado [...] momentos más tarde como a las dos horas, estando todavía encerrado en la bodega otra señora amiga mía con un señor, la señora se llama MARIA TERESA FERREIRA RODRIGUEZ y el señor GUSTAVO ALBERTO ORTIZ VASQUEZ, viven en Llorente, fueron otra vez al ejército [sic] y le comentaron la situación [...] de allí me tocó [sic] aguantar hasta que llegaron unos compañeros, se metieron por la parte de atrás del colegio de Llorente, en un carro por atrás y me sacaron ellos se llaman JORGE BECERRA, SANDRO BECERRA, JAIME SEGURA y me trajeron al Hospital de Tumaco, donde aquí en Tumaco me remitieron a Cali a una cirugía de brazo izquierdo, porque el hueso húmero fue astillado [...] Yo me puse a hacer las cuentas en Cali con el abogado y protodo [sic] como las alhajas de la familia, por todo 260 millones, en efectivo tenía 35 millones, se llevaron una KMX 125 Kawasaki de mi propiedad, cadaña [sic], motosierra, televisores, electrodomésticos [sic] para la venta se los llevaron todo eso" [fls.37 y 38 cuaderno 1].

198.- En lo anterior se ratifica el demandante en la solicitud de protección presentada al Comandante del Grupo Cabal Mecanizado de Ipiales el 28 de enero de 2003 [fls.41 y 42 cuaderno 1].

"[...] Cerca de las 11:00 AM en el del [sic] día Sábado [sic] del presente mes en el Municipio de Llorente vía [sic] Tumaco, los Delincuentes [sic] de las FARC-EP (Aproximadamente Doce Hombres, Fuertemente Armados –sic-) irrumpieron en la Compra-Venta los Tres [sic] (3) Diamantes, la cual es de mi propiedad y atentaron contra mi vida, recibiendo tres impactos de bala en mi cuerpo (Pie Izquierdo, Espalda, Brazo Izquierdo), hurtaron todos los bienes y joyas existentes en el almacén, llevándose consigo un valor aproximado a los \$260.000.000 de pesos, destruyendo todo el almacén con disparos de armas de largo y corto alcance. Yo y mi familia residimos en la parte de arriba del almacén, tengo mi esposa y dos niños (7 y 9 años de edad respectivamente) ellos de igual forma fueron atacados. Por suerte, pudimos salir de la casa por la parte de atrás, despistando a los bandidos de las FARC.

Mi actual y la de mi familia es la siguiente:

1. Me encuentro refugiado y huyendo de la guerrilla, puesto que me he convertido en un objetivo militar.
2. En cuanto a mi estado de salud, tengo múltiples heridas graves en mi cuerpo y sin dinero para continuar con una cirugía y un tratamiento médico [sic].
3. Mi esposa y mis hijos, se encuentra en el Batallón de Infantería de Marina No. 2. Señor Comandante, con todo respeto, solicito a usted, seguridad para mi señora Esposa [sic] y un grupo de la Fiscalía [sic], los cuales irán [sic] hasta mi residencia en Llorente a recuperar algunos bienes que probablemente se encuentran allí [sic], como es Ropa [sic] y algunos electrodomésticos" [fls.41 y 42 cuaderno 1].

199.- Así como con lo contenido en el Auto de 12 de agosto de 2003 de la Procuraduría Provincial de Tumaco, Nariño [fl.140 cuaderno 1], de acuerdo con el cual:

“[...] Las presentes diligencias, según queja instaurada por el señor LUIS ADALBERTO GOMEZ PEREZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 92.256.598 expedida en Sampues (Sucre), contra miembros del Ejército Nacional, adscritos al Batallón Grupo Cabal de Ipiales, por presunto incumplimiento de sus deberes, al omitir un llamado de auxilio del quejoso, en momentos que fue atacado por subversivos al parecer de la autodenominada [sic] Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – FARC, en hechos ocurridos el 25 de enero de 2003, en el corregimiento de Llorente, jurisdicción de Tumaco” [fl.140 cuaderno 1].

200.- Se encuentran contrastados los anteriores hechos con los testimonios rendidos por Sandro Becerra Rodríguez²³⁵ [fls.233 y 234 cuaderno 1]; por Ligia Rodríguez Ortiz²³⁶ [fls.235 y 236 cuaderno 1]; por Javid Zabas Zambrano²³⁷ [fls.237 y 239 cuaderno 1]; por Marlen Magola Zambrano Casanova²³⁸ [fls.238 y 240 cuaderno 1]; por César Rodrigo Ortiz Araujo²³⁹ [fls.241 y 242 cuaderno 1]; por John Ortiz Hervas²⁴⁰

²³⁵ “[...] Yo viví en Llorente por espacio de unos cinco (5) años [...] Si lo conozco, el tenía [sic] el negocio frente de la casa donde yo vivía y lo conozco hace aproximadamente unos cinco años (5) [...] El señor LUIS ALBERTO [sic] GOMEZ PEREZ., tenía [sic] una compraventa de Oro [sic] y electrodomésticos de nombre los TRES DIAMANTES [...] El día 25 de Enero de 2003, a eso de las 9:00 a.m. o 10:00 a.m aproximadamente, yo me encontraba en mi casa donde hay un restaurante y llegaron unos hombres armados eran unos doce o quince sujetos estuvieron un rato de repente esas personas irrumpieron en la Compraventa donde se encontraba el señor LUIS ALBERTO [sic] GOMEZ PEREZ y comenzaron a disparar contra don GOMEZ PEREZ, con una cizalla abrieron la puerta y siguieron disparando, luego se dedicaron a sacar la caja fuerte donde estaba el Oro [sic] y la plata, también se llevaron electrodomésticos en una camioneta amarilla”

²³⁶ “[...] Tengo 22 años de vivir en la población de Llorente [...] Si lo conozco, desde hace unos cinco años (5), lo conozco porque el tenía [sic] una compraventa al frente mi [sic] [...] El señor LUIS ALBERTO [sic] GOMEZ PEREZ tenía [sic] una prendería y joyería [...] Era una prendería o sea una compraventa y se llamaba LOS TRES DIAMANTE [sic] [...] Era en la mañana a [sic] a eso de las 10:40 a.M [sic] y en eso escuchamos unos disparos. Había varias personas disparando el negocio se lo tenían rodeado y también estaban en las esquinas, como la joyería estaba protegida con hierros el alcanzo [sic] a esconderse pero herido y ellos continuaron asaltando la prendería y nosotros creíamos que lo habían terminado [...] Ellos se sostenía [sic] de su negocio con eso mantenía su familia y por supuesto él [sic] [...] Se le llevaron todo lo que tenía en su prendería, joyas, motores, motosierra, televisores, equipos de sonidos, una motocicleta plata en efectivo, la Caja [sic] fuerte y se lo llevaron en una camioneta amarilla, ellos hicieron varios viajes varios días [...] Lo raro que me parece que la Ley no llegó [sic] a tiempo, llegaron a los cinco días”.

²³⁷ “[...] El día 25 de Enero de 2003, eso fue como a las 10:45 u 11:00 a.m. aproximadamente, se metieron unos 15 o 20 guerrilleros, se le metieron dentro de la prendería y le echaron bala, por suerte el señor LUIS ALBERTO GOMEZ P., se encuentra vivo, porque le dieron bala como si hubiese un enfrentamiento, luego llegó [sic] una camioneta amarilla y se cargaron todo, ellos cargaban y volvían, se llevaron todo, creo que lo único que le dejaron fue la cama y la ropa, esos guerrilleros permanecieron unos cuatro (4) días, y al día siguiente llegó [sic] las autoridades [...]”.

²³⁸ “[...] Fue el 25 de Enero del año 2003, pues ese día, como ya tenía [sic] una buseta y andaba con mi esposo cobrando y cuando había un poco de gente y lo estaban atacando a él, habían quitado todo lo que tenía [sic], era en la mañana a [sic] a eso de las 10:30 a.M [sic] Eran unos 15 o 20 atacadores eran guerrilleros y en eso escuchamos unos disparos [...]”.

²³⁹ “[...] El asalto ocurrió el día 25 de Enero, eso ocurrió como a las diez y media de la mañana, supe que los que lo asaltaron fueron unos miembros de la guerrilla, se le metieron dentro de la prendería y le echaron bala, por obra de Dios el señor Gomez [sic] se encuentra vivo, los asaltantes luego se llevaron todo en una camioneta, ellos cargaban y volvían, creo que lo único que le dejaron fue la cama y la ropa, esos guerrilleros permanecieron unos cuatro (4) días”.

²⁴⁰ “[...] El asalto ocurrió el día 25 de Enero de 2003, eso ocurrió como a las diez y media U [sic] once de la mañana y llegó aquí a Tumaco, herido de cuatro tiros de balas, en donde fue atendido en el Hospital San Andrés y al día siguiente fue remitido al Hospital de Cali, en donde lo operaron y los médicos dala [sic] la gravedad de las lesiones en los huesos le pusieron platino en el antebrazo izquierdo, los asaltantes se le metieron dentro de la prendería y le echaron bala, los asaltantes luego se llevaron todo en una camioneta, ellos cargaban y volvían, lo único que le dejaron fueron sus prendas personales, los guerrilleros permanecieron en Llorente por ahí unos cuatro días [...] No se señor Juez, pero como era su administrador puedo decir que los ingresos eran considerables con el cual sostenía a toda su familia [...] Si señor Juez, esas fotografías [sic] corresponden al establecimiento del señor Gómez”.

[fls.243 y 244 cuaderno 1]; por Fernando Alberto Paireti Reynel²⁴¹ [fls.245 y 246 cuaderno 1]; por Franklin Eduardo Jurado Rosero²⁴² -testigo de oídas de los hechos- [fls.247 y 248 cuaderno 1]; la declaración juramentada rendida por Byron Hernán David Benavides²⁴³ [fl.296 cuaderno 1]; la declaración rendida por Norelia Monsalve Ceballos ante la Fiscalía Cuarenta [40] Local Delegada ante los Juzgados Penales Municipales de Tumaco el 29 de enero de 2003²⁴⁴ [fls.300 y 301 cuaderno 1].

201.- De acuerdo con el Informe 110.SNAR252.PTUM25263.GOPE.GPJ, del Detective con carné 0768 del Puesto Operativo de Tumaco del Departamento Administrativo de Seguridad –DAS-, de 7 de marzo de 2003 [fl.315 cuaderno 1].

“[...] Una vez recibida la misión de trabajo, procedí a indagar con algunos moradores de la población de Llorente, quienes se desplazan hasta esta ciudad y omitieron sus nombres por temor a represalias, estas personas manifestaron que los sujetos que asaltaron a plena luz del día, a esta compraventa fueron subversivos pertenecientes al veintinueve frente de las farc, que opera en esta jurisdicción al mando de alias “Serpa” y los afectados lo saben pero no dicen nada por temor.

²⁴¹ “[...] Eso fue como a las 10 y 40 de la mañana el día 25 de Enero de 2003, lo asaltaron y se llevaron todo de ahí, inclusive lo hirieron con tiros de bala, las heridas primeramente lo atendieron en esta ciudad de Tumaco [sic] y luego fue remitido a la ciudad de Cali, los asaltantes se le metieron dentro de la prendería y le echaron bala, luego se llevaron todo en una camioneta, ellos cargaban varias veces”.

²⁴² “[...] Yo me enteré acá en Tumaco cuando ocurrió el asalto, eso fue como a las 10 y 40 de la mañana el día 25 de Enero de 2003, lo asaltaron y se llevaron todo, inclusive lo hirieron con tiros de bala, los asaltantes se llevaron todas las alhajas y electrodomésticos, luego se llevaron todo en una camioneta, ellos cargaban varias veces [...] Don Luis y su familia dependían de los ingresos de la compraventa [...] Si señor juez, esas fotografías son tomadas al establecimiento de comercio de propiedad del señor Gomez o sea a la prendería ubicada en Llorente”.

²⁴³ “[...] El día sábado 25 de enero pasado, siendo las 10 a.m., grupos armados al margen de la ley, al parecer guerrilleros cerraron las vías de entrada y salida de la población de Llorente, posteriormente en dos camiones procedieron a saquear una compraventa denominada Los Tres Diamantes, propiedad de los señores LUIS ADALBERTO GOMEZ PEREZ y NORELIA MONSALVE CEBALLOS, el monto del hurto según denuncia de la señora MONSALVE asciende a ciento ochenta y seis millones de pesos. La señora nos manifestó en su denuncia que al parecer algunos de los bienes hurtados se encuentran todavía en la misma compraventa lugar de donde fueron echados los ofendidos, así que el objeto de la diligencia es recuperar los elementos que se hayan podido quedar allí e inspeccionar el lugar de los hechos. Quien al parecer estaría promoviendo esta clase de ilícitos es sujeto conocido como SERPA, comandante del 29 Frente de las FARC, que opera en Llorente, así como su segundo MANUEL PAI GUANGA” [fl.296 cuaderno 1].

²⁴⁴ “[...] Eso pasó el día [sic] 25 de los cursantes, a las 10:00 a.m llegó la guerrilla disparandole [sic] a mi marido de nombre LUIS ADALBERTO GOMEZ PEREZ, quienes nos encontramos en la Población [sic] de Llorente ese día, mi marido se esconde ya herido en esa pieza, cuando yo bajé al 2º piso encuentre a mi marido herido, traté de salir de la casa para buscar auxilio a mirido [sic], pero no me dejaron salir la Guerrilla [sic], cuando entré nuevamente a la pieza mi marido ya no estaba, luego retrocedo [sic] y salgo de la pieza de hijo vió [sic] la sangre del papá y lo seguimos, y lo encontramos en un solar de una vecina, luego lo cogí y lo llevé al monte con mis 2 hijos de nombre YICELA PAOLA GOMEZ y LUIS FERNANDO GOMEZ MONSALVE, GICELA [sic], tiene 7 años y LUIS FERNANDO 10 años de edad, ese mismo día encontré una pieza y los metí, ya eran las 11.00 a.m., cuando me encerré con mi familia luego a las 7:30 p.m. unos amigos metieron un carro al monte donde nosotros estábamos [sic] y nos sacaron y nos trajeron [sic] al hospital de Tumaco, allí hospitalicé a mi marido y estuve toda la noche con él, ya al otro día o sea el día domingo enviamos a mi marido para Cali, remitido por el hospital de Tumaco a el [sic] hospital de Cali (V) él salió a las 5:00p.m para Cali [...] ellos se entretuvieron en la Compraventa [sic] saqueandola [sic], llevandose [sic] asolubtamente [sic] todo [...] Ellos estaban de civil, no pude ver si portaban armas largas, solo que pude ver a unos de ellos con una pistola en la mano, y supe que eran guerrilleros por que [sic] conocía uno de ellos, ya que lo había visto y me dijeron que era guirillero [sic] [...]”.

Es de anotar que no fue posible el desplazamiento, hasta el lugar donde sucedieron los hechos por razones de seguridad y falta de medios logísticos motivo por el cual no se identifico [sic] e individualizo [sic] plenamente a estos sujetos" [fl.315 cuaderno 1].

202.- Lo anterior se encuentra contrastado con el testimonio rendido por Olger Becerra Rodríguez [fls.326 a 329 cuaderno 1], según el cual:

"[...]. En la actualidad como el negocio fue saqueado y robado brutalmente por los guerrilleros, creo que es el 29 frente de las FARC, nos tocó que abandonar el corregimiento y yo me vine para Cali porque no puedo ir, me obligaron a vivir en Cali por el simple hecho de ayudarlo a salir de allí, él estaba mal herido de bala metido en el monte con su familia, eso fue por mucha negligencia del Ejército porque los hechos ocurrieron a eso de las 10:30 de la mañana y yo llamé vía celular a mis primos TERESA PEREIDA Y [sic] VICTOR ORLANDO ORTIZ que se encontraban en el Corregimiento Espriella que queda cerca de Llorente, informándoles que estaban robando a la compraventa Los Tres Diamantes y que posiblemente LUIS y la familia estaban muertos por cuanto ellos entraron disparando, que por favor avisaran al Ejército que se encontraba por hay [sic] a siete u ocho minutos de Llorente y nunca aparecieron, aparecieron [sic] como a los 4 días, que se [sic] ellos hubiesen llegado a tiempo yo hubiera alcanzado a recuperarle algunas cosas porque yo vivía al frente, le hubiera recuperado ropa o efectos personales, me pareció un acto de muy mala gentiliza [sic] del Ejército, de falta de colaboración, pues estaban muy cerca de ese lugar no se aparecieron y la respuesta que dieron que en cosas de mafia no se metían cuando eso era una compraventa. A mi me tocó que salir huyendo de Llorente como a la una de la mañana de ese mismo día porque iba a ser ajusticiado por ellos por haberle colaborado a LUIS y a su familia [...] allí en Llorente no, tenía otro negocio de compraventa de oro y mercancías en general pero en Barbacoas (Nariño) [...] Era un promedio de quince hombres fuertemente armados, estaban de civil e inclusive yo los atendí primero vendiéndoles jugo, ellos llegaron a eso de las nueve de la mañana, a mi me preguntaron que cual [sic] era el precio de una cisaya [sic] que tenía en el negocio y yo les dije que era del maestro que se encontraba construyendo, se dirigieron a la ferretería y la compraron y al cabo de unos cuarenta minutos comenzó el asalto, cerraron cuatro tipos la vía de subida y cuatro la de bajada, cuatro se dirigieron donde LUIS a hacerse que compraban oro y preguntado por el oro y qué costaba, los demás se me quedaron en el establecimiento, cuando empezaron a disparar contra LUIS GOMEZ y su familia que acaba de entrar a la casa porque estaba en el local, empezaron a parar a cuan transeúnte se paraba por ahí para que en una camioneta de color amarillo les ayudaran a sacar cosas dentro de la compraventa".

203.- Los anteriores hechos, especialmente el llamado realizado a los miembros del Ejército Nacional en la zona para el 25 de enero de 2003 tienen los siguientes elementos probatorios a considerar:

204. El testimonio de Víctor Orlando Ortíz Rodríguez [fls.228 a 230 cuaderno 1].

"[...] Yo siempre he vivido en Llorente, soy nacido y he crecido en este Municipio [...] Sí lo conozco, el llego [sic] en el año 2000 y, yo vivía al frete [sic] donde el arrendaba, son unos seis (6) años de conocerlo [...] El señor LUIS ALBERTO GOMEZ PEREZ, tenía una compraventa de nombre los TRES DIAMANTES [...] Eso ocurrió a las 10:45 de la mañana del día 25 de Enero del 2003, los señores que cometieron el asalto se ubicaron en mi casa y se sentaron, pidieron jugo, en mi casa existe un restaurante, después estos señores se pasaron a la Compraventa y uno de ellos le hablo [sic] y enseguida empezaron los disparos, fueron unos setenta tiros disparando, eran dos señores los que disparaban, los demás estaban alrededor, luego el señor LUIS ALBERTO se les escapo [sic] por la parte de atrás, eso me entere [sic] después porque yo creí que estaba muerto, el [sic] me mando [sic] a llamar donde estaba escondido, unas cinco casa [sic] mas [sic] o menos donde habían sucedido los hechos, ellos eran unos quince que estaban armados. Al llegar lo mire

[sic] que se encontraba herido con varios impactos de bala, los señores asaltante [sic] cuando cerraron la vía abrieron y sacaron todo que era Oro y lo que había en la caja fuerte, la motocicleta, la caja fuerte se la cargaron con todo [...] El [sic] se encontraba refugiado en una casa, e inmediatamente fuimos a buscar al ejercito [sic] ellos estaba a unos tres (3) Kilómetros [sic], y fui yo les avise [sic] lo que ocurría, pero me contestaron que ellos en problema de mafia no se metían, yo les [...] el ejercito [sic] el Grupo Cabal de Ipiales, ellos eran mas [sic] de sesenta (60) [...] Otro llamado les hizo la señora MARIA TERESA y C ya lo sacamos del pueblo se les dijo y no hicieron caso” [fls.228 y 229 cuaderno 1].

205.- De acuerdo con el testimonio de María Teresa Pereira Rodríguez [fls.230 a 232 cuaderno 1].

“[...] Sí lo conozco, desde hace desde [sic] el año 2000, lo conozco porque el [sic] tenía una compraventa al frente de la casa de mi tía [...] El [sic] vendía Oro [sic] y electrodoméstico, también empeñaba era una compraventa, se llamaba PRENDERIA Y COMPRAVENTA LOS TRES DIAMANTES [...] Eso fue un 25 de Enero del año 2003, a eso de las 11:00 a.m me llamo [sic] a mi celular un primo mío OLGIER BECERRA y me dijo todo preocupado que estaban asaltando la prendería del señor LUIS ALBERTO [sic] GOMES y me dijo que no podemos hacer nada por que [sic] esta lleno de Guerrilla [sic], para que yo fuera y buscara al ejercito [sic] mas [sic] cercano y les contara haber [sic] si podía hacer algo, yo me vestí y fui en el carro del señor GUSTAVO ORTIZ y por el cementerio del Río [sic] Caunapí encontramos al Ejercito [sic] Nacional y le pregunte [sic] a un soldado donde esta su superior y el [sic] me dijo quien [sic] era le comenté lo que estaba pasando y el [sic] enseguida cogió un radio y llamo [sic] a un teniente y por el radio se escucho [sic] que no se movieran que eso podía ser una trampa [...] Eso comenzó a las 10:40 de la mañana y se retiraron a los cuatro (4) días, ellos todos esos días permanecían cargando sus cosas que sacaban [...] Ellos eran como unos tres [sic] (13) a quince [...] El [sic] se encontraba escondido en la parte de atrás y una señora fue avisar que estaba herido votando mucha sangre [...] Si [sic] se pido [sic] auxilio pero no hubo respuesta por parte del ejercito [sic] [...] Eso fue una unidad móvil del grupo cabal de Ipiales, mas [sic] de sesenta (60) y estaban a unos tres (3) Kilómetros [sic] [...] el llamo [sic] al Teniente por radio que se encontraba Serra y el [sic] dijo que por seguridad no se movieran del [sic] su lugar donde se encontraban [...] Todo lo que tenía en la compraventa Oro [sic], plata o sea billetes, electrodomésticos, ropa etc [...] Las autoridades hicieron presencia el día 30 de Enero de 2003, que estuvo en la Fiscalía, Das y el Ejercito [sic], cuando ya se habían llevado todo” [fls.230 y 231 cuaderno 1].

206.- En tanto que en los testimonios de César Rodrigo Ortiz Araújo y de John Ortiz se afirmó que los miembros del grupo armado insurgente permanecieron en el corregimiento de Llorente, del municipio de Tumaco, por cuatro [4] días.

En cuanto a la situación de los miembros del Grupo de Caballería Mecanizado No. 3 “CABAL” en la zona de los hechos para el 25 de enero de 2003, se tiene el Oficio 002978 DIV3-CO3-GMCAB-DDHH-725, de 25 de noviembre de 2004, del Jefe de Derechos Humanos del Grupo de Caballería Mecanizado No. 3 “CABAL” [fl.159 cuaderno 1], según el cual:

“[...] me permito enviar certificación y documentos soportes de las unidades que se encontraban en desarrollo de la operación 2DEPREDADOR DEL PACIFICO” en la vía Ipiales – Tumaco así:

- 1) De acuerdo al INSITOP No. 025 del día 2505:00-ENE-03 las unidades de la Fuerza de Tarea del Pacífico que se tenían dispuestas para garantizar la seguridad de la infraestructura vial sobre la ruta Ipiales-Tumaco eran las siguientes:
Escuadrón “A” Pelotón Atacador uno en el kilómetro 53 al mando SV. MALTE ALQUEDAN SEGUNDO BAYARDO, organizado a 00-04-34.

Escuadrón "B" Bombarda dos en el kilómetro 53 al mando ST. ERAZO ARTEAGA ELIOMAR, organizado a 01-03-30.
Escuadrón "C" Pelotón Cobra cuanto en el kilómetro 53 al mando SS. ROSERO PAREDES FRANCO, organizado a 00-04-33' [fl.159 cuaderno 1].

207.- Así mismo, según el testimonio de Olger Becerra Rodríguez [fls.326 a 329 cuaderno 1]:

"[...] PREGUNTADO: Sírvase indicarnos a cabo de cuánto tiempo después de haber iniciado el saqueo al establecimiento de comercio de GOMEZ PEREZ acudió usted a su prima MARIA TERESA PEREIRA y cuanto tiempo demoró esta en pedir el auxilio de los miembros del Ejército que se hallaban cerca del escenario? CONTESTO: A más tardar cinco minutos en yo comunicarme con ella y como a los diez minutos me regresó la llamada y me dijo que el Ejército le había notificado que para asuntos de mafia ellos no se movilizaban de su sitio a lo cual ella le respondió que era un robo, un asalto que se le estaba cometiendo al señor LUIS ADALBERTO GOMEZ [...] Ellos estuvieron desde las once de la mañana hasta las cinco de la tarde haciendo el saqueo, hicieron muchos viajes, más o menos le calculo unos doce viajes, a las once de la mañana fue el primer viaje. PREGUNTADO: Sabe usted si se hicieron otro [sic] requerimientos a los miembros de la fuerza pública y por parte de qué otras personas? CONTESTO: Serían las diez y media que estaba la balacera y se dirigió mi primo VICTOR ORLANDO ORTIZ donde los mismos militares el cual fue dos veces al mismo punto donde se encontraba el Ejército a pedirles que por favor auxiliaran esa familia y le contestaron lo mismo que a mi prima que en cuestiones de mafia no se metían, mi primo les suplicó que por favor hicieran acto de presencia para que al menos se retiraran los guerrilleros y el comandante a cargo volvió y les repitió que nadie se moviera. PREGUNTADO: Sírvase indicarnos a qué unidad militar o batallón pertenecían los uniformados a quienes se les realizó la petición de protección? CONTESTO: Grupo Cabal Mecanizado porque mi primo me lo comentó. PREGUNTADO: Sírvase indicarnos si ya se habían realizado solicitudes de protección antes de que se iniciara el [sic] primera acarreo por parte del [sic] los subversivos con las cosas hurtadas del establecimiento Los Tres Diamantes? CONTESTO: Si, lógico, pues mi prima en dos ocasiones porque ella estaba pegada conmigo del celular, serían las diez y cincuenta minutos de la mañana [...] PREGUNTADO: Sírvase decirnos si pudo constatar personalmente que se hallaban cerca del Corregimiento de Llorente el grupo Mecanizado Cabal? CONTESTO: Si, porque ese día fui a tanquear [sic] la moto y volví como a las ocho y media de la mañana y el Ejército estaba acampado en ese sitio como a cinco minutos del Corregimiento".

208.- Lo anterior se complementa con la situación de las unidades de dicho Grupo de Caballería que según el INSITOP 25 [fls.160 y 161 cuaderno], los ubicaba para el 25 de enero de 2003 en la jurisdicción del municipio de Tumaco²⁴⁵.

209.- A lo anterior cabe contrastar con la Orden de operaciones No.002 "DEPREDADOR DEL PACIFICO" [fls.20 a 31 cuaderno 2], según la cual:

"[...] 1) La intención del Comandante de la Tercera Brigada, es la de realizar operaciones de Combate Irregular con ACTITUD OFENSIVA, coordinada con acciones gubernamentales bajo el concepto de ACCION INTEGRAL. Estas operaciones de combate y gubernamentales, como un solo esfuerzo estratégico mancomunado, se desarrollan durante los doce meses del año 2003 y se efectuarán dos evaluaciones con resultados que

²⁴⁵ INSITOP No.025 del Grupo Mecanizado No.3 CABAL del Ejército Nacional que para el día 25 de enero de 2003 se encontraban en diferentes momentos las tres misiones al mando del SV. MALTE, del ST. ERAZO y del SS. ROSERO en el kilómetro 53 en jurisdicción del municipio de Tumaco [fl.33 cuaderno 2].

servan de base para planear y ejecutar otras campañas hasta la total neutralización de las acciones narcoterroristas en el teatro de operaciones de la tercera [sic] Brigada.

[...]

2. MISION.

El Grupo de Caballería Mecanizado No 3 General José María Cabal, con un tres de contraguerrillas a partir del 1121:00-ENE-2003, realiza Movimiento [sic] motorizado desde el PDM Ipiales hasta el área general del corregimiento de Llorente municipio de Tumaco con el fin de realizar operación de control militar del área en el sector y en caso de resistencia armada repeler la acción de los bandoleros.

3. EJECUCION.

Concepto de la Operación

INTENCION DEL COMANDANTE

Mi intención como comandante del Grupo de Caballería Mecanizado No.3 "Cabal", es conducir operaciones ofensivas contundentes de destrucción con mis limitaciones con el fin de localizar, capturar y neutralizar a los integrantes de las organizaciones armadas al Margen de la Ley que delinquen en la Jurisdicción [sic], en caso de resistencia armada repeler el ataque.

Las tareas claves para el cumplimiento de la misión:

- 1) Capturar Cabecillas.*
- 2) Montar emboscadas.*
- 3) Montar observatorios y francotiradores sobre los puntos críticos.*
- 4) Asegurar los puntos críticos.*
- 5) Garantizar apoyos necesarios a las Unidades comprometidas en el área de operaciones de la Unidad Táctica.*
- 6) Mantener la reserva para garantizar la seguridad de las operaciones.*

(1) Maniobra

Consiste en realizar una infiltración motorizada aplicando la técnica de saltos vigilados para unidades motorizadas, con tres pelotones de Contraguerrillas desde el PDM en Ipiales hasta el corregimiento de Llorente de [sic] municipio Tumaco, con el objetivo de efectuar operación de control militar de área, garantizando la libre movilización del flujo vehicular por la vía panamericana

[...]

Tercera Fase "ACCIÓ SOBRE EL OBJETIVO"

Se toma dispositivo de seguridad sobre el área del corregimiento de Llorente del municipio de Tumaco, e inicia operación de control militar de área sobre la vía panamericana garantizando la libre movilización vehicular desde Tumaco-Ipiales y viceversa.

b. Misiones a Unidades Subordinadas

BUMERANG 2 AL MANDO ST. ERAZO ARTEAGA ELIOMAR

Conformado a 01-03-35 inicia infiltración Motorizada [sic] empleando las técnicas para movimientos motorizados columna abierta desde el PDM en Ipiales hasta el corregimiento de Llorente del Municipio de Tumaco, instala dispositivo de seguridad, efectúa presencia sobre el sector de la vía panamericana instalando retenes permanentes sobre el sector, intensifica el esfuerzo de búsqueda de información de inteligencia.

mantiene [sic] control permanente sobre el personal bajo su mando.

Mantiene enlace radial permanente con las unidades comprometidas en la operación y el COT de la unidad Táctica [sic].

ANTÍLOPE 1 AL MANDO SV. MALTE ALQUEDAN SEGUNDO

Conformado a 00-03-35 inicia infiltración Motorizada [sic] empleando las técnicas para movimientos motorizados columna abierta desde el PDM en Ipiales hasta el corregimiento de Llorente del Municipio de Tumaco, instala dispositivo de seguridad, efectúa presencia sobre el sector de la vía panamericana instalando retenes permanente [sic] sobre el sector, intensifica el esfuerzo de búsqueda de información de inteligencia.

mantiene [sic] control permanente sobre el personal bajo su mando.

Mantiene enlace radial permanente con las unidades comprometidas en la operación y el COT de la unidad Táctica [sic].

CAMALEÓN 4 AL MANDO DEL SS ROSERO PAREDES FRANCO.

Conformado a 00-03-35 inicia infiltración Motorizada [sic] empleando las técnicas para movimientos motorizados columna abierta desde el PDM en Ipiales hasta el corregimiento de Llorente del Municipio de Tumaco, instala dispositivo de seguridad, efectúa presencia

sobre el sector de la vía panamericana instalando retenes permanente [sic] sobre el sector, intensifica el esfuerzo de búsqueda de información de inteligencia. mantiene [sic] control permanente sobre el personal bajo su mando. Mantiene enlace radial permanente con las unidades comprometidas en la operación y el COT de la unidad Táctica [sic].

[...]

ANEXO "A" DE INTELIGENCIA A LA ORDOP No. 002

[...]

1. RESUMEN DE LA SITUACIÓN DEL ENEMIGO

I MISION

El grupo de Caballería Mecanizado no. 3 general JOSE MARIA CABAL, con participación operacional de la policía [sic] Nacional y Organismos de Seguridad del Estado, conduce operaciones de Contra Guerrilla, contra bandoleros de las cuadrillas XXIX "ALFONSO ARTEAGA", Cuadrilla II "Mariscal Sucre" del Bloque Sur de las ONT-FARC, Comuneros del Sur ONT ELN Con [sic] sus comisiones "HEROES DE BARBACOAS" y "GUERREROS DEL SINDAGUA", bloque "LIBERTADORES DEL SUR" de las autodefensas ilegales "AUC" narcotráfico, traficante de armas y delincuencia organizada, mantienen escalón adelantado de seguridad y observación sobre la frontera con el Ecuador, para garantizar la soberanía nacional y la integridad territorial.

1) DISPOSITIVO

Delinque la cuadrilla XXIX de las narcoterroristas FARC, al mando del sujeto (A. JULIAN), en el Departamento de Nariño, teniendo encuesta [sic] los municipios de:

BARBACOAS Corregimiento de Altaquer, Junín, El Peje, Pamabana, Terraime, Pispian, Remate, Mongon, alto telenbí, Peñas Blancas.

GUACHAVEZ: Corregimiento de Providencia, Tabiles, Yascual, El Sande, Pirama, BALALAICA, Manchag, Santa Rosa, Cartagena el Eden

[...]

ULTIMAS ACTIVIDADES 29 FRENTE FARC "ALFONSO ARTEAGA" VIA AL MAR

15-01-03: Según informaciones suministradas por la estación de Policía del Municipio de Ricaurte (Nar) se conoció que el señor concejal **HECTOR RAMIRO GARCIA** tiene un hermano quien pertenece al 29 frente de las FARC y que en la actualidad esta delinquiendo en la jurisdicción y que este junto con el concejal son los encargados de hacer inteligencia para luego suministrarlas al cabecilla del grupo terrorista en especial los movimientos que hace la fuerza publica [sic].

03-02-2003 Mediante inteligencia humana se tuvo conocimiento que en el sector del kilómetro [sic] 81 – 83 cerca al Corregimiento de la Guacamaya en la vía que comunica a Tumaco, el frente 29 de las ONT FARC dinamitaron estos kilómetros para evitar o retener el ingreso de la Tropa [sic].

[...]

27-FEB-03. Se tuvo conocimiento que bandoleros pertenecientes al 29 frente de la Ont Farc, vienen realizando llamadas telefónicas intimidatorias desde el corregimiento de Altaquer jurisdicción del [sic] Barbacoas (Nariño); a las enfermeras de la región, con el fin de que se hagan presentes en este Corregimiento, aduce la fuente que estos terroristas anunciaron que el incumplimiento de la orden emitida, sus familiares serían declarados objetivos militares" [fls.20 a 30 cuaderno 2].

210.- A su vez se contrasta con la declaración rendida por el SV. Segundo Bayardo Malte Alquedan [fls.35 y 36 cuaderno 2].

"[...] **PREGUNTADO:** Conforme al Insitop operacional del Grupo Cabal, Usted [sic] se encontraba en el kilómetro 53 vía a Tumaco, a que [sic] distancia se encuentra el Corregimiento de Llorente. **CONTESTO:** Se encuentra a 13 kilómetros.- **PREGUNTADO:** El día 25 de Enero de 2003 recibió orden alguna de desplazarse al Corregimiento de Llorente.- **CONTESTO:** No en ningún momento me desplace [sic] a ese sector.- **PREGUNTADO:** Tiene conocimiento si patrulla alguna adscrita al Grupo Cabal se encontraba realizando registros en el área del Corregimiento de Llorente el día 25 de Enero de 2003.- **CONTESTO:** No tengo conocimiento porque ahí cada cual tiene su respectivo movimiento.- **PREGUNTADO:** Manifieste Usted [sic] si tiene conocimiento alguno de un lugar comercial denominado "Los Tres Diamantes", ubicado en el área del Corregimiento de

Llorente.- CONTESTO: No conozco ese sitio, puede existir pero no lo conozco.- PREGUNTADO: Durante su permanencia en el sector del kilómetro 53 el día 25 de Enero de 2003, se le informo [sic] en alguna oportunidad de presencia de organizaciones al margen de la ley por parte de población civil.- CONTESTO: No, en ningún momento, si alguna información llega, llega al comandante de la Base, y el [sic] en ningún momento informo [sic] nada” [fl.35 cuaderno 2].

211.- Así mismo, con la declaración rendida por el Teniente Eliomar Erazo Arteaga [fls.37 y 38 cuaderno 2].

“[...] PREGUNTADO: Indique a este despacho si durante su permanencia en el kilómetro 54 vía a Tumaco fue informado por parte del señor VICTOR ORLANDO ORTIZ RODRÍGUEZ de un saqueamiento a la vivienda del señor LUIS ADALBERTO GÓMEZ PÉREZ, hechos ocurridos el 25 de Enero de 2.003 en el Corregimiento de Llorente.- CONTESTO: No, en ningún momento.- PREGUNTADO: El señor ADALBERTO GÓMEZ PÉREZ manifiesta en la queja presentada ante la Procuraduría Provincial de Tumaco que el señor VICTOR ORLANDO ORTIZ RODRIGUEZ informó a una patrulla sobre estos hechos, que [sic] nos puede decir al respecto.- CONTESTO: No debe haber informado a nadie o por lo menos él debe describir al Comandante que le dio la información para hacer el seguimiento.- PREGUNTADO: Indique a este despacho si en algún momento usted como comandante de contraguerrilla llegó hasta el sitio de los hechos a efectuar algún reconocimiento.- CONTESTO: No, en ningún momento porque estábamos como a 10 kilómetros de distancia y nos encontrábamos a pie, no teníamos ningún vehículo” [fl.37 cuaderno 2].

212.- Y , finalmente, se contrata con la decisión de 17 de agosto de 2004 del fallador de instancia del Grupo de Caballería Mecanizado No. 3 CABAL del Ejército Nacional, con la que se resolvió archivar la investigación disciplinaria [fls.39 a 42 cuaderno 2].

“[...] se tiene que no existe comisión de falta disciplinaria alguna por parte de persona del Ejército Nacional, ya que las tropas que se encontraban en la vía Tumaco las distancias oscilaban entre 10 y 15 kilómetros del Corregimiento de Llorente, distancias que únicamente son recorridas en vehículo y las tropas no poseían vehículos para efectuar movimientos de esa naturaleza” [fl.40 cuaderno 2].

213.- Ahora bien, del análisis armónico, contrastado, coherente y crítico de los anteriores medios probatorios la Sala llega a la conclusión que no puede encuadrarse el caso en el fundamento de la imputación de la falla en el servicio, que permita atribuir el daño antijurídico ocasionado al demandante, consistente en la avería y destrucción parcial de un bien inmueble de su propiedad.

214.- Debe tenerse en cuenta, que de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia interamericana de Derechos Humanos, no puede construirse una cláusula general de responsabilidad en cabeza del Estado cuando se produce todo tipo de violaciones a los derechos humanos en su territorio, por lo tanto “tratándose de hechos de terceros que no han actuado en connivencia con la fuerza pública, y, en los cuáles no hay un hecho imputable a un agente estatal, la jurisprudencia internacional estructura la responsabilidad sobre la base de que se reúnan dos elementos: i) que el Estado incumpla con los deberes de diligencia que le son exigibles en la evitación de graves

violaciones a los derechos humanos, y ii) que se trate de riesgos inminentes y cognoscibles. Es decir, que en esta estructura el fundamento de la responsabilidad no es objetivo y está basado en la ausencia de una prevención razonable a las graves violaciones a los derechos humanos. Por ende, si se presenta la violación a pesar de que el Estado ha adoptado medidas adecuadas, orientadas a impedir la vulneración, el hecho no le es imputable al Estado”²⁴⁶.

215.- En su momento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Velásquez Rodríguez*”, estableció que la aplicación del estándar de diligencia llevó a constatar que el “*Estado permitió que el acto se realizara sin tomar las medidas para prevenirlo*”. Esto permite reconducir el régimen de responsabilidad del Estado hacia la inactividad como presupuesto sustancial, sustentado en la existencia de obligaciones positivas de prevención y protección, con las que se busca afirmar el concepto de “*capacidad de actuar*” del Estado ante la violación, amenaza o lesión de los derechos humanos, incumpléndose de modo “*omisivo puro*” el deber de poner fin o impedir hechos o actos ajenos a su actuación que pueden provocar situaciones que como el desplazamiento forzado afecta los derechos de las personas.

216.- Con base en lo anterior, cabe advertir que no puede ofrecerse como única vía la aplicación de la posición de garante ya que cuando dicha violación se produce como consecuencia de la acción de “*actores-no estatales*”, se exige determinar que la situación fáctica existió y que respecto a ella se concretaron tres elementos: “*i) los instrumentos de prevención utilizados; ii) la calidad de la respuesta y iii) la reacción del Estado ante tal conducta*”²⁴⁷, que en términos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se entiende como el estándar de diligencia exigible al Estado²⁴⁸.

²⁴⁶ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. “La responsabilidad del Estado por el hecho de terceros”, trabajo de investigación suministrado por el autor.

²⁴⁷ *Ibíd.*

²⁴⁸ Comité de Derechos Humanos, Comentario General 31: Nature of the General Legal Obligations Imposed on States Parties to the Covenant, P 11, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/ Add.13 (May 26, 2004). Precisamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado: “*Que el artículo 1.1 de la Convención establece las obligaciones generales que tienen los Estados Parte de respetar los derechos y libertades en ella consagrados y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. En consecuencia, independientemente de la existencia de medidas provisionales específicas, el Estado se encuentra especialmente obligado a garantizar los derechos de las personas en situación de riesgo y debe impulsar las investigaciones necesarias para esclarecer los hechos, seguidas de las consecuencias que la legislación pertinente establezca. Para tal investigación el Estado en cuestión debe realizar sus mejores esfuerzos para determinar todos los hechos que rodearon la amenaza y la forma o formas de expresión que tuvo; determinar si existe un patrón de amenazas en contra del beneficiario o del grupo o entidad a la que pertenece; determinar el objetivo o fin de la amenaza; determinar quién o quiénes están detrás de la amenaza, y de ser el caso sancionarlos*”. Res CIDH 8 julio 2009. Medidas provisionales respecto de Guatemala, Caso Masacre Plan de Sánchez.

217.- Y no hay lugar a encuadrar la falla ya que del análisis de la prueba obrante en el proceso no es posible establecer con una certeza mínima que había o se cernía una amenaza de ataque o incursión al corregimiento de Llorente, del municipio de Tumaco, por parte del grupo armado insurgente FARC en la fecha en que ocurrieron los hechos, 25 de enero de 2003.

218.- Luego, siguiendo las sentencias de la Sala Plena de la Sección Tercera, de 19 de abril de 2012 [expediente 21515] y de 23 de agosto de 2012 [expediente 24392], la Sala encuentra que la imputación en el presente caso puede encuadrarse en el fundamento de la falla en el servicio, teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar específicas en las que se produjo el daño antijurídico a atribuir en el presente caso.

219.- Así las cosas, lo procedente es atribuir la responsabilidad al Ministerio de Defensa con fundamento en la falla del servicio, ya que la afectación y saqueo del establecimiento de comercio “Los Tres Diamantes” ubicado en el corregimiento de Llorente, municipio de Tumaco, de titularidad del demandante **LUIS ADALBERTO GÓMEZ PÉREZ** si bien fue ocasionada por el obrar de un grupo armado insurgente, lo que a la postre llevaría a argumentar *prima facie* la existencia del hecho de un tercero, se produjo ante la falta de protección, atención a los avisos dados por la comunidad [revelados en diferentes testimonios] de una amenaza de toma o ataque de un grupo insurgente al corregimiento de Llorente, en el municipio de Tumaco, como el ocurrido el 25 de enero de 2003.

220.- Y no sólo es imputable a las entidades públicas demandadas la falta de protección, sino que llama la atención que de las pruebas aportadas en el proceso contencioso administrativo, y de las que fueron objeto de traslado [valoradas en las condiciones ya señaladas en esta providencia] se encuentra que las unidades militares desplegadas con antelación y el día de los hechos permitieron el desplazamiento de vehículo [s] como el empleado por los miembros del grupo armado insurgente FARC en el corregimiento de Llorente para llevarse los bienes saqueados del establecimiento de comercio del demandante, sin que se haya operado un registro oportuno, una verificación, un seguimiento, o siquiera un control de los movimientos que se realizaron con el mismo, constituyéndose en una seria falla en las misiones positivas de protección a las que convencional, constitucional y legalmente están llamadas las fuerzas militares, dado que se disponía de medios, razonables, proporcionales y suficientes para haber atendido con una mínima eficacia tanto el ataque, como la posterior huida de los

integrantes del grupo armado insurgente, teniendo en cuenta que había unidades [según el INSITOP] desplegadas por la zona en la realización de operaciones.

221.- Finalmente, se reprocha imputable fáctica y jurídicamente a las entidades públicas demandadas la falta de protección a la población civil del corregimiento de Llorente, municipio de Tumaco, en especial, de los demandantes en este proceso, dado que se trató de una acción armada que se dirigió contra un miembro de la población, el cual por mandato convencional [Convenio IV de Ginebra de 1949 y Protocolo II de 1977 a dichos Convenios] está protegido y no puede ser incorporado o involucrado al conflicto armado, bajo ningún tipo de razón, y menos cuando se trata de los miembros del grupo armado insurgente.

222.- Cuando en el marco del conflicto armado interno se afecta a un miembro de la población civil, no sólo opera el principio de distinción respecto de todos los involucrados en el mismo, sino que en cabeza del Estado la garantía de protección se maximiza, de manera que los medios de inteligencia, de anticipación, de apoyo, de atención y de contrarrestar los ataques que provoca un grupo armado insurgente deben ser eficaz, eficiente y materialmente ser desplegados, y no sólo afirmarse su existencia formal, o pretender afirmarse su despliegue instrumental, ya que de concretarse la producción de un daño antijurídico, como el ocurrido en los hechos del 25 de enero de 2003, se imputara por la inactividad de las administraciones públicas demandadas, consistente en el serio, grave y sustancial incumplimiento a los mandatos convencionales que para el caso en concreto imponía atender los reclamos de la ciudadanía, dotar de medios de protección, o de defensa, seguimiento o patrullaje, de inteligencia, con base en los cuales se hubiese podido o anticipar o perseguir eficazmente a los miembros del grupo armado insurgente FARC que perpetraron el ataque y saqueo al establecimiento de comercio en el corregimiento de Llorente, municipio de Tumaco el 25 de enero de 2003.

223.- Luego, para la Sala el daño antijurídico ocasionado y demostrado es imputable a las entidades demandadas por la falla en el servicio en la que incurrieron las entidades públicas demandadas, por su inactividad consistente (i) en el incumplimiento de los mandatos convencionales [protección de los recursos efectivos, tutela del derecho a la integridad física y protección del derecho de propiedad, consagrados en los artículos 1.1, 2, 5 y 21; de ofrecer las garantías fundamentales derivadas del conflicto armado como permitir, no contener o hacerlo insuficientemente respecto a actos terroristas, y no cumplir con el principio de distinción, consagrados en los artículos 4 y 13 del Protocolo

II a los Convenios de Ginebra de 1977; de protección de los derechos de los ciudadanos, de tutela de los derechos fundamentales y de protección del derecho de propiedad consagrados en la Carta Política de 1991, que le dan alcance a los mandatos de los artículos 216 y 217 de la misma]; y, (ii) en la falta del ejercicio de facultades discrecionales que en el ámbito de las fuerzas militares le ordenan desplegar todos los medios disponibles, suficientes, razonables y necesarios para atender las acciones armadas que se presenta, y no simplemente afirmar su existencia instrumental.

224.- Con fundamento en los anteriores argumentos, la Sala revocará la sentencia de primera instancia de 26 de enero de 2007, para en su lugar declarar la responsabilidad patrimonial de la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL**, y examinará ahora el reconocimiento, tasación y liquidación de los perjuicios inmateriales y materiales reclamados en la demanda.

10. De los perjuicios a reconocer, tasar y liquidar.

225.- En la demanda presentada por **LUIS ADALBERTO GÓMEZ PÉREZ**, se reclamó el reconocimiento y liquidación de los perjuicios inmateriales en la modalidad de perjuicios morales, derivados de los sufrimientos padecidos por la víctima con ocasión del saqueo y afectación al establecimiento de comercio “Los Tres Diamantes”, así como se solicitaron los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y de lucro cesante, el primero de los cuales lo hizo consistir en el valor de los bienes y mercancías hurtadas que dijo ascendía a la suma de CIENTO NOVENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS VEINTIÚN MIL CUATROCIENTOS DIECISIETE PESOS [\$194.921.417.00]; en tanto que los segundos los hizo consistir en lo dejado de percibir por la destrucción del inmueble y local comercial, teniendo que reconocerse como utilidad mensual la suma de SEIS MILLONES DE PESOS [\$6.000.000.00].

226.- La sentencia de primera instancia al haber negado las pretensiones no se pronunció acerca de los perjuicios, por lo que en este sentido se revocará la sentencia de primera instancia, abordando la Sala en primer lugar el reconocimiento de los perjuicios inmateriales, en la modalidad de perjuicios morales.

227.- Como en la apelación se discutió que debía declararse la responsabilidad de las entidades públicas demandadas, y esta se produce en esta providencia, consecuencia obligada y parte de su objeto tiene que ver con el pronunciamiento acerca del reconocimiento de los perjuicios inmateriales, en la modalidad de perjuicios morales.

10.1. Perjuicios inmateriales en la modalidad de perjuicios morales.

228.- La jurisprudencia de la Sección Tercera y de la Sub-sección C ha fijado que el reconocimiento de los perjuicios morales que se genera por la pérdida de bienes materiales no puede presumirse, sino que por el contrario debe ser probado²⁴⁹, especialmente por la afectación que pueda producir por tener que abandonar un bien, o por no contar con el mismo, o por su pérdida definitiva.

229.- Para el caso concreto los medios probatorios testimoniales no permiten arrojar ninguna certeza de la producción de este perjuicio en la esfera interna del demandante **LUIS ADALBERTO GÓMEZ PÉREZ**, ni en el sentido de afirmarse el impacto que produjo tener que dejar el establecimiento de comercio “Los Tres Diamantes”, ni por la pérdida de los diferentes bienes que fueron saqueados en los hechos ocurridos el 25 de enero de 2003, lo que impone como conclusión a la Sala la negación de esta pretensión indemnizatoria por no haberse acreditado la misma a lo largo del proceso.

230.- Debe ahora la Sala examinar el reconocimiento, tasación y liquidación de los perjuicios materiales, iniciando en la modalidad de daño emergente.

10.2. Perjuicios materiales bajo la modalidad de daño emergente.

231.- En el expediente la Sala encuentra que obran los siguientes medios probatorios: (i) la denuncia 005, de 27 de enero de 2003, recepcionada por el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, presentada por Norelia Monsalve Ceballos por los delitos de hurto y otros, por valor de ciento y ochenta y seis millones de pesos [\\$186.000.000.00], habiendo sido la víctima Luis Adalberto Gómez Pérez [fls.34 a 36 cuaderno 1]; (ii) la declaración rendida por Luis Adalberto Gómez Pérez [fls.37 y 38 cuaderno 1]; (iii) la solicitud de protección presentada por Luis Adalberto Gómez Pérez al Comandante del Grupo Cabal Mecanizado de Ipiales el 28 de enero de 2003 [fls.41 y 42 cuaderno 1]; (iv) nueve [9] facturas de venta expedidas por la Joyería Oro's, con NIT 830.010.2037 por compras realizadas a Luis Gómez [fls.44 a 48 cuaderno 1], discriminadas de la siguiente manera: (a) factura de venta número 123 de 10 de

²⁴⁹ Sección Tercera, sentencia de 5 de octubre de 1989, expediente 5320; sentencia de 7 de abril de 1994, expediente 9367; sentencia de 11 de noviembre de 1999, expediente 12652; sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11892; sentencia de 4 de diciembre de 2006, expediente 15351; sentencia de 7 de junio de 2006, expediente AG-001; sentencia de 26 de marzo de 2008, expediente 15535; Sub-sección B, sentencia de 21 de marzo de 2012, expediente 23778.

noviembre de 2002, por valor de \$11.620.000.oo, pagado de contado; (b) factura de venta número 124 de 25 de septiembre, por valor de \$15.200.000.oo, pagado de contado; (c) factura de venta número 125 de 2 de diciembre, por valor de \$16.700.000.oo, pagado de contado; (d) factura de venta número 126 de 10 de diciembre, por valor de \$16.800.000.oo, pagado de contado; (e) factura de venta número 127 de 15 de diciembre, por valor de \$10.860.000.oo, pagado de contado; (f) factura de venta número 128 de 20 de diciembre, por valor de \$12.590.000.oo, pagado de contado; (g) factura de venta número 129 de 20 de diciembre, por valor de \$2.250.000.oo, pagado de contado; (h) factura de venta número 130 de 26 de diciembre, por valor de \$8.600.000.oo, pagado de contado; y, (i) factura de venta número 131 de 4 de enero, por valor de \$39.376.000.oo, pagado de contado; (v) los estados financieros de los años 2002 y 2003 correspondientes al “Almacén y compra venta Los Tres Diamantes de propiedad de Luis Adalberto Gómez Pérez [fls.51 a 56 cuaderno 1], según los cuales el total de activos según el balance general a 25 de enero de 2003 era de \$194.921.417.oo; (vi) los testimonios de Víctor Orlando Ortiz Rodríguez [fls.228 a 230 cuaderno 1], María Teresa Pereira Rodríguez [fls.230 a 232 cuaderno 1], Sandro Becerra Rodríguez [fls.233 y 234 cuaderno 1], Ligia Rodríguez Ortiz [fls.235 y 236 cuaderno 1], Javid Zabas Zambrano [fls.237 y 239 cuaderno 1], Marlen Magola Zambrano Casanova [fls.238 y 240 cuaderno 1], César Rodrigo Ortiz Araujo [fls.241 y 242 cuaderno 1], John Ortiz Hervas [fls.243 y 244 cuaderno 1], John Ortiz Hervas [fls.243 y 244 cuaderno 1], de Franklin Eduardo Jurado Rosero [fls.247 y 248 cuaderno 1], de Olger Becerra Rodríguez [fls.326 a 329 cuaderno 1]; (vi) Acta de la diligencia de allanamiento y registro realizada al inmueble ubicado en Llorente vía principal, el 29 de enero de 2003 por la Fiscalía Diecisiete Local de Tumaco, Nariño [fls.306 y 307 cuaderno 1]; y, (vii) el Acta de entrega de dos libros de contabilidad de contabilidad del Almacén y Compraventa “Los Tres Diamantes” de Llorente, municipio de Tumaco, Nariño, a Norelia Monsalve Ceballos [fl.312 cuaderno 1].

232.- Para la Sala, analizados los anteriores medios probatorios de manera contrastada, armónica, conjunta y bajo las reglas de la sana crítica permite concluir que se encuentra acreditado que en los hechos ocurridos el 25 de enero de 2003 se produjo como daño emergente la pérdida de bienes propios a la actividad de joyería a la que se dedicaba el demandante **LUIS ADALBERTO GÓMEZ PEREZ** en el establecimiento de comercio “Los Tres Diamantes”, estos joyas y alhajas, así como electrodomésticos como televisores y equipos de sonido, y otros como motosierras o guadañas, y la pérdida de dinero como consecuencia de la extracción de una caja fuerte.

233.- Sin embargo, no obra prueba para que el mismo pueda ser tasado y liquidado, desechado por la Sala informe técnico aportado por la parte actora, razón que exige que se proceda a surtir el incidente de liquidación de los perjuicios ante el *a quo* al proferirse en esta instancia condena en abstracto, pero que se sujetará a los criterios que para la tasación y liquidación del daño emergente le fija la Sala:

- (1) Se debe partir de tener como definición del daño emergente²⁵⁰ aquel consistente en el detrimento patrimonial que padeció el actor por la reconstrucción que deba emprender, o que ya haya realizado en el inmueble afectado que es de su propiedad.
- (2) Luego, debe tenerse en cuenta que se busca indemnizar en dinero a la víctima para poder recobrar el valor de los bienes perdidos en el saqueo acaecido el 25 de enero de 2003.
- (3) El dictamen pericial y su aclaración y complementación practicados en este proceso y que obran a folios 249, 250, 331 y 332 del cuaderno 1] no podrán ser empleados por ninguno de los sujetos procesales para apoyar la tasación y liquidación económica de este perjuicio.
- (4) Para determinar los bienes que se perdieron debe contrastarse y cotejarse los dos libros de contabilidad del Almacén y Compraventa “Los Tres Diamantes” de Llorente que fueron entregados a Norelia Monsalve Ceballos, y que deberá el Tribunal verificar que se corresponda a los mismos que se encontraron en la diligencia de allanamiento y registro, para lo que podrá contarse con la revisión por parte de los funcionarios de la Fiscalía Diecisiete Local de Tumaco, Nariño que participaron en la misma diligencia, y que tendrá que ser ratificado por el demandante.
- (5) Con relación a las joyas o alhajas que se hayan perdido se solicitará al Banco de la República la certificación del valor para los metales precisos en los que estén compuestas las mismas, y deberá establecerse con base en la contabilidad la cantidad y peso de los mismos.
- (6) Con relación a los electrodomésticos y maquinaria que se logre establecer con base en los libros de contabilidad e inventarios que resultaron hurtados con ocasión de los hechos ocurridos el 25 de enero de 2003, se deberá solicitar a tres fabricantes o distribuidores reconocidos nacionalmente las cotizaciones de

²⁵⁰ (...) supone (...) una pérdida sufrida, consistente en un detrimento patrimonial, necesariamente medible o mesurable en dinero, por cuanto el perjudicado ha debido efectuar ciertas erogaciones económicas. De tal modo, este perjuicio conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima, por cuanto el daño emergente puede ser tanto presente como futuro, dependiendo del momento en que se haga su valoración, sobre lo cual debe anotarse, también, que son indemnizables a título de daño emergente, todos aquellos gastos ocasionados directamente con la ocurrencia del daño antijurídico. Sentencia de la Subsección C de 8 de agosto de 2012, expediente: 23691.

los mismos para dicha fecha, solicitando se defina el valor de depreciación o devaluación de los mismos por vida útil y uso normal de los mismos.

- (7) En caso de aducirse documentos contables para la acreditación del perjuicio éstos deben ajustarse a las normas de contaduría pública usuales y aceptadas de acuerdo a los términos de la legislación.
- (8) Bajo ninguna consideración el monto de la eventual condena en abstracto podrá superar la cuantía pedida en el escrito de demanda actualizada a la fecha en que se dicte el auto liquidatorio.
- (9) Con base en los anteriores criterios deberá designarse un perito o peritos especializados para que rindan dictamen con el fin de establecer el valor a liquidar, teniendo en cuenta el inventario que del establecimiento de comercio “Los Tres Diamantes” se aporte y los mencionados libros de contabilidad del 25 de enero de 2003, de lo que arrojará una suma de dinero que deberá ser actualizada con base en el IPC inicial, fecha de los hechos [octubre de 2002], y el último IPC conocido o revelado por el DANE para el momento de la liquidación a cargo del designado.

234.- La Sala, por lo tanto, condena a la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL** al pago en abstracto del daño emergente con base en los criterios fijados en la parte motiva de esta providencia y a favor del demandante **LUIS ADALBERTO GÓMEZ PÉREZ**, para cuya liquidación se surtirá el respectivo incidente de liquidación ante el *a quo* con base en lo consagrado en el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo [Decreto 01 de 1984], negándose este rubro indemnizatorio respecto de la motocicleta que se dijo haber sido hurtado ya que no se demostró la titularidad del demandante sobre la misma.

235.- Ahora analiza la Sala si procede reconocer, tasar y liquidar el lucro cesante.

10.3. Perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

236.- En la demanda se reclamó como lucro cesante a favor del demandante **LUIS ADALBERTO GÓMEZ PÉREZ**, la pérdida de utilidad por no haber podido continuar con la actividad comercial propia al establecimiento de comercio “Los Tres Diamantes”, a razón de seis millones de pesos [\$6.000.000.00] mensuales.

237.- Para establecer la existencia y certeza de este perjuicio la Sala encuentra en el expediente : (i) los testimonios de Víctor Orlando Ortíz Rodríguez [fls.228 a 230

cuaderno 1], María Teresa Pereira Rodríguez [fls.230 a 232 cuaderno 1], Sandro Becerra Rodríguez [fls.233 y 234 cuaderno 1], Ligia Rodríguez Ortiz [fls.235 y 236 cuaderno 1], Javid Zabas Zambrano [fls.237 y 239 cuaderno 1], Marlen Magola Zambrano Casanova [fls.238 y 240 cuaderno 1], César Rodrigo Ortiz Araujo [fls.241 y 242 cuaderno 1], John Ortiz Hervas [fls.243 y 244 cuaderno 1], John Ortiz Hervas [fls.243 y 244 cuaderno 1], de Franklin Eduardo Jurado Rosero [fls.247 y 248 cuaderno 1], de Olger Becerra Rodríguez [fls.326 a 329 cuaderno 1]; (ii) los testimonios de Gustavo Enrique García Salazar²⁵¹ [fls.269 a 271 cuaderno 1], y de José Octavio Jurado Cortés²⁵² [fls.272 a 275 cuaderno 1]; y los estados financieros de los años 2002 y 2003 correspondientes al “Almacén y compra venta Los Tres Diamantes de propiedad de Luis Adalberto Gómez Pérez [fls.51 a 56 cuaderno 1], según los cuales: (a) de enero 1 a 31 de diciembre de 2002 la utilidad del ejercicio ascendió a \$38.844.239,33; (b) a diciembre 31 de 2002 el total de activos ascendía a \$193.904.046.00; (3) del 1 al 25 de enero de 2003 la utilidad del ejercicio ascendió a \$1.017.370,29.

238.- Además se rindió informe pericial fls.249 y 250 cuaderno 1], en los siguientes términos:

*“[...] 1. Según el Balance General con corte al 25 de Enero de 2003 [...] se estableció que los bienes hurtados el 25 de Enero de 2003 correspondían al **Activo Corriente** en una cuantía de CIENTO OCHENTA Y SIETE MILLONES CINCUENTA Y TRES MIL QUINIENTOS PESOS MDA CTE (**\$187.053.500**) y al **Activo Fijo** en una cuantía de SIETE MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS DIECISIETE PESOS MDA. CTE (**\$7.867.917**), para un total de CIENTO NOVENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS VEINTIUN MIL CUATROCIENTOS DIECISIETE PESOS MDA. CTE (**\$194.921.417**) de **Total de Activos**, discriminados en sus cuentas correspondientes como se puede constatar en el documento citado.*

*2. De la misma manera [...] se establece que el 25 de Enero de 2003 se encontraban los siguientes bienes activos: **Disponible** en cuantía de TREINTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MDA.CTE (**\$34.850.000**). **Cuentas por***

²⁵¹ “[...] Yo conozco al señor Luis Adalberto Gómez Pérez, hace unos cinco años porque he tenido nexos comerciales con el [sic], o sea yo le vendía oro, yo lo conocí en una Joyería en Llorente, ya que yo les surto a tres negocios en Llorente y yo le surto a Enrique Rosero, el [sic] tiene una Compraventa [sic] que se llama “ONIS” es allí donde conocí a don Alberto cuando el [sic] llegó a Llorente [...] El [sic] tenía una compraventa de Oro [sic] esa compraventa [sic] se llamaba “Los Tres Diamantes” [...] Se realizaban transacciones entre 30 y 45 días, de pronto si necesitaba un encargo antes de los treinta días, yo se lo mandaba por transportadora, el monto promedio de cada transacción era entre 25 y 30 millones de pesos cada 30 o 45 días, para las fechas decembrinas, era mayor monto que yo le vendía, podrían ascender a 50 millones de pesos [...]”.

²⁵² “[...]A parte de mí sabía que manejaba un comercio con una señora de Bogotá, era la firma “Joyas Factory” y también con el señor a quien le dicen “Casiano” de nombre Gustavo García. Yo me di cuenta de montos muy altos y de Buen [sic] Volumen, muy fluidos, con la señora de Bogotá y con Casiano yo sé que movía de 50 a 100 millones de pesos, también el mandaba a fabricar mucha filigrana que es una técnica o línea de joyería, muy artesanal [...] Sí sé que hizo negociaciones porque estaba surtiendo de nuevo, porque había pasado la temporada de diciembre y efectivamente el [sic] adeudaba a los proveedores grandes saldos y grandes producto [sic] de esa negociación en especial estuvo muy preocupado por las facturas de Bogotá de “Oros Factory” en cifras exactas no sé pero se que podía estar arriba de sesenta o setenta millones de pesos [...] De acuerdo a sus gastos grandes yo creo que sus ingresos debían estar entre cinco y diez millones de pesos por lo menos, sus gastos de representación eran muy altos supongo que sus ingresos también”.

Cobrar en cuantía de NOVENTA Y NUEVE MILLONES UN MIL QUINIENTOS PESOS MDA. CTE (\$99.001.500). **Inventarios** en cuantía de CINCUENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS DOS MIL PESOS MDA. CTE (\$53.202.000). **Muebles y Enseres** en cuantía de DOS MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS MDA. CTE (\$2.600.000). **Equipo de Oficina** en cuantía de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MDA. CTE (\$250.000). **Flota y Equipo de Transporte** la suma de SEIS MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS MDA. CTE (\$6.800.000). Contablemente el Profesional que certifica dichos valores afectó estos tres últimos activos con la correspondiente **Depreciación Acumulada** en cuantía de UN MILLON SETECIENTOS OCHENTA Y DOS MIL OCHENTA Y TRES PESOS MDA. CTE (\$1.782.083).

3. De conformidad con los balances de los años 2002 y 2003 [...] se pudo establecer que el local comercial denominado Los Tres Diamantes arrojó una **utilidad promedio neta mensual** de TRES MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL VEINTE PESOS MDA. CTE (\$3.237.020) para el **año 2002**, y de UN MILLON DIECISIETE MIL TRESCIENTOS SETENTA PESOS MDA. CTE (\$1.017.370) como **utilidad promedio neta mensual** para **Enero de 2003**. Para establecer los promedios brutos correspondientes a los dos ejercicios contables citados me remití a los Estados de Resultados [...] determinando que 21 MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS MDA. CTE (\$10.837.333), un **promedio mensual de utilidad bruta** de CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL CIENTO TRES PESOS MDA. CTE (\$4.854.103) y un **promedio de utilidad neta** de TRES MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL VEINTE PESOS MDA. CTE (\$3.237.020). Así mismo para el ejercicio contable del mes de **Enero de 2003** con corte al día 25 se pudo establecer que el mencionado negocio arrojó un valor de **ingresos promedio brutos mensuales** de NUEVE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL PESOS MDA. CTE (\$9.969.000), una **utilidad promedio bruta** de DOS MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS MDA. CTE (\$2.454.454) y un **promedio de utilidad neta** de UN MILLON DIECISIETE MIL TRESCIENTOS SETENTA PESOS MDA. CTE (\$1.017.370)²⁵³ [fls.249 y 250 cuaderno 1].

239.- Dicho informe fue objeto de aclaración y complementación [fls.331 y 332 cuaderno 1] en la siguiente forma:

[...] 1.- Debo aclarar que además de los documentos que obran en el expediente, en especial los estados financieros a 25 de enero de 2003 aportados como pruebas documentales, mi experticio tuvo como fundamento de estudio las pruebas testimoniales que se recibieron en el transcurso del proceso y dos libros de control de la prendería que se me hizo llegar para tal fin. Lo anterior, y en especial en los referente a los estados financieros, mi criterio se basó en la fe pública estipulada en el artículo 10 de la ley 43 de 1990(Estatuto del Contador Público).

2.- **El Activo Corriente** está discriminado así: a) **Disponible:** a1 Efectivo: CUARENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS CINCO MIL PESOS MDA.CTE (\$44.305.000). b) **Clientes:** b1 Préstamos con garantía: CINCUENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MDA.CTE (\$56.450.000). b2 Intereses sobre préstamos: QUINCE MILLONES CUATROCIENTOS VEINTISIETEMIL [sic] QUINIENTOS PESOS MDA.CTE (\$15.427.500). c) **Inventarios:** c1 Joyas: CINCUENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS DIECISEOS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS MDA.CTE (\$57.716.546). c2 Relojes: SEIS MILLONES NOVECIENTOS MIL PESOS MDA. CTE

²⁵³ La parte actora solicitó la complementación y aclaración del dictamen pericial [fls.253 y 254 cuaderno 1], en el sentido siguiente: "1. Se sirva aclarar que [sic] otras fuentes (medios probatorios) le sirvieron como base para llegar a las conclusiones de su peritazgo. 2. Se sirva aclarar su conclusión número uno (1) indicándonos cuales [sic] eran los componentes del activo corriente y el activo fijo, al que se refiere como parte de los bienes hurtados al establecimiento "Los Tres Diamantes" propiedad del señor Luis Adalberto Gómez" [fl.253 cuaderno 1]. La parte demandada solicitó la aclaración [fl.257 cuaderno 1] porque "no determina los bienes correspondientes a Activo Corriente y Activo Fijo que presumiblemente fueron hurtados el 25 de enero de 2003, durante el asalto guerrillero al corregimiento de Llorente, Municipio de Tumaco, Nariño. Igualmente no determina el componente equivalente a Flota [sic] y equipo de transporte, cuentas por cobrar, Inventarios y Muebles y Enseres".

(\$6.900.000). c3 Piedras preciosas: UN MILLON CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MDA. CTE (\$1.450.000) c4 Oro puro: DOS MILLONES DE PESOS MDA. CTE (\$2.000.000). c5 Oro chatarra: UN MILLON SEISCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MDA. CTE (\$1.650.000).

El Activo Fijo se discrimina así: a) **Muebles y Enseres:** a1 Caja fuerte: OCHOCIENTOS MIL PESOS MDA. CTE (\$800.000). a2 Sistema de seguridad: UN MILLON OCHOCIENTOS MIL PESOS MDA. CTE (\$1.800.000). b) **Equipo de oficina:** b1 Escritorio de madera: DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MDA. CTE (\$250.000). c) **Flota y equipo de transporte:** c1 Motocicleta Kawasaki KMX: SEIS MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS MDA. CTE (\$6.800.000)²⁵⁴ [fls 331 y 332 cuaderno 1].

240.- Como la demanda se presentó el 9 de mayo de 2003, al presente asunto le es aplicable el artículo 10.1 de la Ley 446 de 1998 [derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012], según el cual cualquiera de las partes “en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados”. En el artículo 227 de la Ley 1564 de 2012 [Código General del Proceso] se establece que la “parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas]. Dentro del proceso se encuentra que la citación del perito o experto que rindió la experticia sólo se surtió en segunda instancia, sin que en la misma haya participado la contraparte contra la que se aduce. Además, se observa que la experticia que se aportó no cumple con la exigencia imparcialidad, ya que al aclararse y complementarse no se explica los razonamientos, fórmulas y procedimientos que empleó para realizar el informe, ni las fuentes de donde tomó la información para determinar la utilidad dejada de percibir por la imposibilidad de seguir realizando la actividad comercial en el establecimiento “Los Tres Diamantes” a partir del 26 de enero de 2003, razones suficientes para que la Sala en cumplimiento estricto de las normas constitucionales y legales no le de credibilidad al mismo, lo deseche y no se sustente en el mismo para

²⁵⁴ La apoderada de la demandada objetó por error grave el dictamen pericial con base en las consideraciones siguientes: “El dictamen objetado fue rendido tomando en consideración pruebas que no fueron oportuna y legalmente aportadas al proceso (libro de control de la prendería), en abierta contradicción con las normas procedimentales. El dictamen objetado si bien discrimina el rubro Activo Fijo y Activo Corriente no especifica el fundamento de los valores componentes y los documentos en los cuales se apoya” [fl.336 cuaderno 1]. En tanto que la parte actora manifestó no debía prosperar tal objeción “toda vez que merece plena credibilidad el informe pericial, inicial y su aclaración, rendido por el señor Contador [...] con el cual logró demostrarse fehacientemente el daño causado al reclamante Gómez Pérez en su calidad de propietario del establecimiento de comercio “Los Tres Diamantes [...] fundamentó correctamente su concepto técnico, explicando las razones en que se apoyó para llegar a la declaración [...] se acogieron además entre otras fuentes y medios probatorios a lo estimado por el Contador Preciado Vivas, como los documentos que le fueron aprobados por el demandante para la probanza de sus perjuicios [...] Así pues su labor, fue complementada con todo medio que condujo a certificar con plena certeza la existencia del daño alegado en el petitum. Resaltemos que los medios probatorios guardan relación entre sí, cada uno se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes. Uno y otros aparecen, finalmente, como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva [...] así lo hizo constar para fundar cabalmente sus conclusiones, manifestando que además de las pruebas testimoniales se apoyó en documentos (dos libros contables) que resultan más que idóneos para la conclusión del trabajo realizado” [fls.338 a 341 cuaderno 1].

establecer la tasación y liquidación del perjuicio material en la modalidad de lucro cesante.

241.- En cuanto al dictamen pericial, la Sala²⁵⁵ recuerda que el precedente indica que de acuerdo a lo establecido por el artículo 237 del C. de P. C.,

“... se deduce, claramente, que para que se pruebe un hecho mediante dictamen pericial (conducencia) es necesario que el mismo requiera para su verificación, de especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, y que son indispensables para lograr la apreciación, deducción y entendimiento de ciertos hechos o sucesos de naturaleza “especial”. En este sentido la doctrina, con base en la ley, enseña que el dictamen pericial es un medio de prueba que consiste en la aportación de ciertos elementos técnicos, científicos o artísticos que, la persona versada en la materia de que se trate, hace para dilucidar la controversia, aporte que requiere de especiales conocimientos, por lo cual se dice que la pericia es una declaración de ciencia, ya sea técnica, científica o artística, es decir, que la prueba no recae sobre puntos de derecho (num. 1 art. 236 C. P. C)”²⁵⁶.

242.- Acerca del lucro cesante debe aclararse que este no puede construirse sobre conceptos hipotéticos, pretensiones fantasiosas o especulativas que se fundan en posibilidades inciertas de ganancias ficticias sino que, por el contrario, debe existir una cierta probabilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso²⁵⁷, de manera que el mecanismo para cuantificar el lucro cesante consiste en un cálculo sobre lo que hubiera ocurrido de no existir el evento dañoso²⁵⁸, exigencias que evidentemente se cumplen en el *sub judice*.

243.- Si bien se demostró la existencia del establecimiento de comercio “Los Tres Diamantes”, y la actividad comercial que se desplegaba en materia de joyería y de compra venta de electrodomésticos y maquinaria, no se tiene prueba alguna para establecer la cuantificación del beneficio o utilidad dejada de recibir por el demandante **LUIS ADALBERTO GÓMEZ PÉREZ**, por lo que la Sala acudirá a la condena en abstracto²⁵⁹, regulada en el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo [Decreto

²⁵⁵ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 26 de febrero de 2015, expediente 30381.

²⁵⁶ Auto de 26 de mayo de 2005. Exp. 849.

²⁵⁷ TRIGO REPRESAS, Felix A., LOPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil – Cuantificación del daño, Edic. FEDYE, edición 2008, pág. 82, con fundamento en la Decisión del Tribunal supremo de España, Sala 1ª, 30/11/93.

²⁵⁸ Obra ibídem, pág. 83.

²⁵⁹ “1.1.- El artículo 172 del Código Contencioso Administrativo²⁵⁹ establece, por vía de excepción, la disposición normativa consistente en la condena en abstracto, a la cual puede recurrir el Juez Administrativo en aquellos eventos en los cuales, pese a conocerse con certeza la causación de un perjuicio –material o inmaterial- a una parte, se carece de la suficiencia probatoria que lleve a determinar la concreta extensión y repercusión patrimonial de la misma, para lo cual se deberán señalar los parámetros a seguir a fin de precisar la condena proferida.

1.2.- Dictada una decisión en tal sentido, que supone aun la indefinición de un extremo del litigio, será preciso que la parte beneficiada adelante el trámite de un incidente ante el *a-quo* a fin de que sea éste quien determine, en concreto, la materialización de la condena *in genere* decretada, para lo cual el legislador ha establecido un término de caducidad de sesenta (60) días contados a partir de la ejecutoria de la decisión o, en su defecto, de la notificación del auto que da cumplimiento a lo resuelto por el superior, según el caso, para adelantar el trámite incidental.

1.3.- En este sentido, el incidente de liquidación de la condena se restringirá a concretar la indemnización de perjuicios decretada con antelación en el proceso judicial; es por ello que supone, únicamente, una discusión

01 de 1984], para que se surta el trámite del incidente de liquidación, tasándose y liquidándose este perjuicio. Para el efecto se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- (1) El dictamen pericial y su aclaración y complementación practicados en este proceso y que obran a folios 249, 250, 331 y 332 del cuaderno 1] no podrán ser empleados por ninguno de los sujetos procesales para apoyar la tasación y liquidación económica de este perjuicio.
- (2) Se deberá tener en cuenta los estados financieros y los libros de contabilidad aportados en este proceso, y entregados en la diligencia de allanamiento y registro a Noelia Monsalve Ceballos, los cuales deberán ser cotejados por los funcionarios de la Fiscalía Diecisiete [17] de la Unidad Local de Tumaco para establecer su veracidad y correspondencia con los hallados en dicha diligencia.
- (3) Deberá designarse un [os] perito [s] que rinda el respectivo dictamen para la valoración económica del perjuicio consistente en la pérdida de utilidad del establecimiento de comercio “Los Tres Diamantes” con base en suficientes presupuestos técnicos, económicos, y basándose en un amplio y completo conocimiento especializado en el tipo de actividades comerciales que desarrollaba el establecimiento.
- (4) En caso de aducirse documentos contables para la acreditación del perjuicio éstos deben ajustarse a las normas de contaduría pública usuales y aceptadas de acuerdo a los términos de la legislación.
- (5) Bajo ninguna consideración el monto de la eventual condena en abstracto podrá superar la cuantía pedida en el escrito de demanda actualizada a la fecha en que se dicte el auto liquidatorio.

244.- La Sala, por lo tanto, condena a la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL** al pago en abstracto del lucro cesante con base en los criterios fijados en la parte motiva de esta providencia y a favor del demandante **LUIS ADALBERTO GÓMEZ PÉREZ**, para cuya liquidación se surtirá el respectivo incidente de liquidación ante el *a quo* con base en lo consagrado en el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo [Decreto 01 de 1984].

245.- Definido lo anterior, la Sala aborda lo relacionado con la condena en costas.

11. Costas.

probatoria en torno a la magnitud del perjuicio a indemnizar.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de 27 de enero de 2016, Exp. 55149.

246.- 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, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. REVOCAR la sentencia de sentencia de 26 de enero de 2007, proferida por la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Nariño, para en su lugar.

SEGUNDO. DECLARAR la responsabilidad patrimonial de la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL**, por el daño antijurídico ocasionado a la víctima **LUIS ADALBERTO GÓMEZ PÉREZ**, como consecuencia de los hechos acaecidos el 25 de enero de 2003 en el establecimiento de comercio “Los Tres Diamantes”, ubicado en el corregimiento de Llorente, del municipio de Tumaco [Nariño], con base en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR a la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL**, a pagar a favor de la víctima **LUIS ADALBERTO GÓMEZ PÉREZ** la indemnización por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente en abstracto, con base en los criterios fijados en la parte motiva de esta providencia y a favor del demandante, para cuya liquidación se surtirá el respectivo incidente de liquidación ante el *a quo* con base en lo consagrado en el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo [Decreto 01 de 1984].

CUARTO. CONDENAR a la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL**, a pagar a favor de la víctima **LUIS ADALBERTO GÓMEZ PÉREZ** la indemnización por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, al pago en abstracto con base en los criterios fijados en la parte motiva de esta providencia, para cuya liquidación se surtirá el respectivo incidente de liquidación ante el *a quo* con base en lo consagrado en el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo [Decreto 01 de 1984].

QUINTO. NEGAR las demás pretensiones en las demandas de los procesos acumulados.

SEXO. Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

SÉPTIMO. ABSTENERSE de condenar en costas a las partes.

OCTAVO. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** inmediatamente el expediente al Tribunal de origen.

COPIÉSE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Consejero

Salvamento de voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Magistrado Ponente

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Magistrado



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Radicación número: 52001-23-31-000-2003-00565-02(33861)

Actor: LUIS ADALBERTO GÓMEZ PÉREZ

Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL

Referencia: REPARACIÓN DIRECTA

DEBER DE SEGURIDAD-Reiteración salvamento de voto 33.394/2016. POSICIÓN DE GARANTE-Reiteración salvamento de voto 33.494/2016. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO DESDE LA VÍCTIMA-Reiteración aclaración de voto 36.305/2016. PRINCIPIO DE DISTINCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Reiteración aclaración de voto 33.391/2015. APLICACIÓN DEL CGP A LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS-Reiteración salvamento de voto 48.842/2016. PRUEBA TRASLADADA-Reiteración salvamento de voto 48.842/2016.

SALVAMENTO DE VOTO

Me aparto de la decisión que se adoptó en la providencia del 16 de febrero de 2017, que accedió a las pretensiones de la demanda.

1. Como, a mi juicio, no se probó que el demandante puso en conocimiento de las autoridades la existencia de amenazas en su contra o que solicitó protección frente a un riesgo inminente, no hay lugar a imputar un daño antijurídico a título de falla del servicio por el incumplimiento del deber de seguridad. Al efecto, me remito al numeral 1 del salvamento de voto 33.494/2016.

2. En relación con “la posición de garante” en derecho de daños, me remito al numeral 2 del mismo salvamento de voto. Respecto de la posición de la víctima como centro de la responsabilidad extracontractual del Estado, me remito al numeral 1 de la aclaración de voto 36.305/2016. En cuanto a la aplicación del principio de distinción, me remito a la aclaración de voto 33.391/2015. En relación con las consideraciones de la mayoría sobre la aplicación del Código General del Proceso a la valoración de la prueba y la prueba trasladada, me remito a los numerales 2 y 7 del salvamento de voto 48.842/2016.

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE