

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

Radicación: 730012331000199715557 01 (36.305)

Actor: SILVERIO SÁNCHEZ SÁNCHEZ Y OTROS

Demandado: LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL Y OTROS

Asunto: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (sentencia)

Descriptor: Desaparición forzada de un Personero Municipal, como consecuencia del incumplimiento del deber de vigilancia y protección por parte del Estado. **Restrictor:** legitimación en la causa por pasiva / valor probatorio de los documentos en copia simple / valor probatorio de los recortes de prensa / control oficioso de convencionalidad / actos de lesa humanidad / régimen de responsabilidad por daños derivados de la falta de protección / el derecho a la seguridad personal de ciertos sujetos encargados de la tutela o defensa de derechos humanos, como un Personero Municipal / La responsabilidad del Estado por desaparición forzada.

Decide la Subsección C el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, el 19 de agosto de 2008 [atendiendo a la prelación para fallo dispuesta por el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, teniendo en cuenta que se trata de un caso de grave violación de los derechos humanos¹], mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, al declararse probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y no atribuir el daño antijurídico a la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL**².

¹ Ley 1285 de 2009, artículo 16. “Apruébese como artículo nuevo de la Ley 270 De 1996 el siguiente: *Artículo 63A. Del orden y prelación de turnos. Cuando existan razones de seguridad nacional o para prevenir la afectación grave del patrimonio nacional o en el caso de graves violaciones de derechos humanos o de crímenes de lesa humanidad, o de asuntos de especial trascendencia social, Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia, las Salas, Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado, la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura o la Corte Constitucional, señalarán la clase de procesos que deberían ser tramitados y fallados preferentemente. Dicha actuación también podrá ser solicitada por el Procurador General de la Nación*”.

² “**PRIMERO: DECLARAR** probada la excepción de falta de legitimación por pasiva propuesta por la apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. **SEGUNDO: NIEGUÉSE** las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia”.

I. ANTECEDENTES

1. Delimitación del caso.

El Personero municipal de Planadas, Tolima, **RAFAEL HERNÁN SÁNCHEZ PINILLOS**, después de ser objeto de amenazas e intimidaciones por miembros del grupo armado insurgente FARC fue secuestrado o desaparecido forzosamente el 21 de agosto de 1995 por integrantes del mencionado grupo, sin tener noticias de este hasta la fecha.

2. La demanda y pretensiones.

Mediante escrito presentado el 20 de agosto de 1997, los señores Silverio Sánchez Sánchez, Celmira Pinillos de Sánchez, actuando en nombre propio y esta última en representación del menor Fidel Sánchez Ruiz, Edgar Sánchez Pinillos, José Rutbel Sánchez Pinillos y Ana Patricia Alarcón³ en nombre propio y representación de la menor, Tatiana Sánchez Alarcón, actuando por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, instauraron demanda contra la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Municipio de Planadas (Tolima), solicitando se accediera a las siguientes pretensiones (Fls.27 a 57 C. 1): (i) declarar la responsabilidad administrativa y solidaria de la **NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL** y del municipio de **PLANDAS (TOLIMA)** como consecuencia de los hechos acaecidos el 21 de agosto de 1995; (ii) condenar a las mismas entidades públicas a pagar perjuicios por concepto de perjuicios morales y materiales; y, (iii) condenárlas en costas⁴.

³ Incluida en la corrección de la demanda presentada por el apoderado de los accionante el 16 de febrero de 1998.

⁴ “1º. Que la NACIÓN, REPRESENTADA POR LOS MINISTERIOS DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO Y DE DEFENSA, LA POLICIA NACIONAL Y EL MUNICIPIO (ALCALDIA) DE PLANADAS (Tolima), son administrativa y solidariamente responsables de los daños y perjuicios causados a

2.1. Hechos

Con fundamento en las pretensiones, la parte demandante expuso los siguientes hechos:

“(…)

5º. RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS, (desaparecido) vivía junto con su señora madre CELMIRA PINILLOS DE SANCHEZ y con su hijo menor FIDEL SANCHEZ RUIZ y fue aquel quien se constituyó en cabeza visible de una familia por cuanto era el responsable de ellos ya que SILVERIO SANCHEZ SANCHEZ vivía en haga aparte en virtud de una separación de hecho de su esposa CELMIRA.

SILVERIO SANCHEZ SANCHEZ, CELMIRA PINILLOS DE SANCHEZ, quienes obran en su propio nombre y representación y la última como representante del menor FIDEL SANCHEZ RUIS, en su calidad de PADRES E HIJO de RAFAEL SANCHEZ PINILLOS, EDGAR SANCHEZ PINILLOS, JOSE RUTBEL SANCHEZ PINILLOS, quienes actúan en su propio nombre y representación en su calidad de HERMANOS DE RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS Y DE JESUS ALARCON, quien actúa en representación de la menor TATIANA SANCHEZ ALARCON, hija de RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS, como consecuencia de los daños materiales y morales causados con ocasión de los hechos acaecidos el día 21 de agosto de 1995, en el área urbana del municipio de Planadas (Tolima) por la responsabilidad en la retención forzada y desaparición de su hijo, hermano y padre de RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS, quien ejercía el cargo de Personero Municipal de Planadas (Tolima), en una suma de dinero en ningún caso inferior a \$344.341.284,00, como DAÑOS MATERIALES Y MORALES sin que el señalamiento de dicha cuantía constituya limitación para que les sean reconocidos superiores jerárquicos de la naturaleza y cuantía que resulten probados dentro del presente proceso.

2º. Que como consecuencia de la anterior declaración, CONDENESE a los entes demandados a pagar a mis poderdantes por concepto de DAÑOS MATERIALES y MORALES así:

A. Al señor padre del desaparecido señor SILVERIO SANCHEZ SANCHEZ, el equivalente a DOS MIL GRAMOS ORO, la suma de \$24.666.380,00 como perjuicios morales, liquidados a \$12.333,19 el gramo oro al 26 de febrero de 1997, o al valor en el momento en que se haga efectivo el pago.

B. A la señora madre del desaparecido, CELMIRA PINILLOS DE SANCHEZ, el equivalente a DOS MIL GRAMOS ORO, la suma de \$24.666.380,00 como perjuicios morales, liquidados a \$12.333,19 el gramo oro al 26 de febrero de 1997, o al valor en el momento en que se haga efectivo el pago.

C. A los hijos del desaparecido FIDEL SANCHEZ RUIS Y TATIANA SANCHEZ ALARCON, un total de \$207.668.853,00, como perjuicios materiales y el equivalente a DOS MIL GRAMOS ORO, liquidados a \$12.333,19 el gramo oro al 26 de febrero de 1997, para una suma de \$24.666.380,00, como perjuicios morales, o al valor en el momento en que se haga efectivo el pago.

D. A los hermanos del desaparecido EDGAR SANCHEZ PINILLOS Y JOSE RUTBEL SANCHEZ PINILLOS el equivalente a DOS MIL GRAMOS ORO, la suma de \$24.666.380,00 como perjuicios morales, liquidados a \$12.333,19 el gramo oro al 26 de febrero de 1997, o al valor en el momento en que se haga efectivo el pago.

3º. La condena respectiva, o sea el monto total de la indemnización será actualizada de conformidad con lo previsto en el art. 178 del C.C.A., mediante la aplicación de los mecanismos, procedimientos y formulas adoptados por el H. Consejo de Estado en diferentes oportunidades, actualización que se hará con sus correspondientes intereses legales desde la fecha de la ocurrencia de los HECHOS y hasta cuando se de cumplimiento a la sentencia que ponga fin al proceso o hasta cuando quede ejecutoriado el fallo definitivo.

4º. Si al momento de fallar no se pudiere señalar el monto concreto de la sentencia, el mismo se determinará y liquidará en la sentencia complementaria de que tratan los artículos 307 y 308 del C. de P.C., modificados por el artículo 1º., numerales 137 y 138 del Decreto 2282 de 1989.

5º. Se condene en costas a las parte demandadas, de ser procedente.

&o. Se servirán ordenar que las partes demandas le darán cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.”

6°. El señor RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS siempre fue una persona activa que poseía una extraordinaria salud y se encontraba perfectamente bien física y económicamente.

7°. RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS se graduó de ABOGADO en la Universidad AUTONOMA DE COLOMBIA en santa fé de Bogotá D.C., y ejercía la profesión de la cual básicamente derivaba su sustento y el de su señora madre e hijo ya que este menor desde siempre vivió con su padre y abuela, por el abandono temprano de su madre CARMENZA RUIZ.

8°. RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS concibió a la menor TATIANA SANCHEZ ALARCON con la señora PATRICIA ALARCON quien por mutuo acuerdo con RAFAEL otorgaron la custodia al abuelo materno JOSE ALARCON, como consta en documento y anexo, por ello tiene la personaría sustitutiva el abuelo para representar a la menor en este proceso.

9°. El Concejo Municipal del municipio de Planadas, procedió a elegir a RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS como PERSONERO del municipio para el período comprendido entre el 1º, de marzo de 1995 y el 28 de febrero de 1998, posesión que fue autorizada por medio de Resolución expedida por el Alcalde de dicha localidad, documentos que se solicitaron adjuntar al expediente, en el acápite correspondiente.

10°. RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS tomó posesión del cargo como Personero Municipal de Planadas (Tol) el día 1º, de marzo de 1997 (sic) ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Planadas.

11°. En el desempeño de su cargo por ser el municipio de Planadas zona de orden público por la presencia de dos (2) grupos guerrilleros (VI y XXI FRENTE DE LAS FARC), RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS había recibido advertencias y amenazas contra su vida y su integridad personal en el sentido que refieren sus propios términos “tenía que caminar pianito de lo contrario que se atuviera a las consecuencias”, situación que en varias oportunidades comentó a su Señora madre, al procurado del Tolima al defensor del Pueblo y a la Concejal de dicho municipio LEONOR DE ARANGO.

12°. RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS pidió protección a la Policía local que se encontraba acantonada en el municipio de Planadas, y de igual manera el Alcalde, en su calidad de Jefe de la Policía Local, pero sólo en poquísimas ocasiones fue asignado un AGENTE DE LA POLICIA.

13°. Días antes de su secuestro RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS intervino en la Inspección de Gaitana, sin protección alguna a pesar de haberla solicitado insistentemente, en las diligencias del levantamiento del cadáver del presunto “guerrillero JIMMY CAPERA, como consta en el periódico que me permito adjuntar”.

14°. El día 21 de agosto de 1995, ante la mirada atónica (sic) de varios habitantes del municipio de Planadas (Tolima), RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS fue retenido violentamente por un grupo de hombres armados pertenecientes al parecer a las F.A.R.C, quienes se movilizaban en un campero rojo el cual fue identificado posteriormente, como consta en las diligencias que reposan en la Fiscalía Regional del Tolima.

15°. Fueron estas las últimas noticias que se han tenido hasta la fecha del Personero del municipio de Planadas – Tolima, Doctor RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS, habiendo transcurrido un lapso de dos (2) años desde que ocurrió el secuestro, teniéndose la seguridad de que fue vilmente ajusticiado por la guerrilla y por lo cual, en la fecha se ha iniciado la demanda correspondiente para la DECLARACION DE MUERTE POR DESAPARECIMIENTO, cuya copia será adjuntada posteriormente al proceso, para que sirva como prueba.

(...)"

2.2. Fundamentos de derecho

Como fundamentos de derecho, la parte demandante sustentó el ejercicio de la acción interpuesta en los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 11, 12, 13, 21, 28, 42, 90, 93, 94, 124, 217, 218 y demás que resultaren violados de la Constitución Política; los artículo 2, 77, 78 y 86 del Decreto 2304 de 1986; y la Ley 16 de 1972.

3. Actuación procesal en primera instancia.

Mediante auto proferido el día 29 de agosto de 1997, el Tribunal Administrativo del Tolima admitió la demanda (Fl.58 C.1).

Posteriormente, la parte actora a través de escrito del 16 de febrero de 1998 corrigió la demanda en el sentido de incluir a la señora Ana Patricia Alarcón, quien actúa en nombre propio y en representación de su hija Tatiana Sanchez Alarcón; modificar las pretensiones de la demanda en el punto 1 y 2, los hechos en el punto 10, el concepto de la violación, la cuantía, los perjuicios y las pruebas (Fls.68 a 72 C.1).

En el término legal, por medio de escrito presentado el día 28 de abril de 1998, el apoderado del municipio de Planadas contestó la demanda señalando frente a los hechos que no le constan y que deben probarse, frente a las pretensiones que se opone a todas y cada una de ellas(Fls.94 a 96 C.1).

Por su parte, la apoderada del Ministerio de Defensa – Policía Nacional dio contestación al libelo demandatorio el día 29 de abril de 1998 (Fls.108 a 110 C.1), señalando frente a los hechos de la demanda que estos deben probarse y expone como razones de defensa que de acuerdo con el artículo 2 de la Constitución Política las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida *“pero esta protección es más teórica que real, pues resulta totalmente imposible que a cada uno de los residentes en el país pueda el Estado garantizar tal derecho”*. Adicionalmente argumenta, que aquella persona que se encuentra amenazada debe poner en conocimiento esta circunstancia a los funcionarios competentes para que estos tomen las medidas pertinentes.

Finalmente, manifiesta que deben analizarse las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos para poder determinar si existe una causal eximente de responsabilidad como la culpa de la víctima o el hecho de un tercero.

El 6 de mayo de 1998 la apoderada de la Nación – Ministerio de la Defensa, contestó la demanda manifestando que los hechos narrados en la demanda deben ser probados y solicita se nieguen las pretensiones de la demanda (Fls.114 a 116 C.1)

Por medio de auto del 8 de mayo de 1998 el Tribunal Administrativo del Tolima admitió la adición a la demanda, ordenando la notificación de los demandados y la fijación en lista del asunto (Fls.119 y 120 C.1). La cual fue contestada por el municipio de Planadas (Tolima) y el Ministerio de Hacienda, los días 17 de julio y 27 de julio de 1998, respectivamente (Fls.128 – 129, 144 -146 C.1).

El Tribunal Administrativo del Tolima, mediante auto calendado 14 de agosto de 1998, dispuso abrir el proceso a práctica de pruebas (Fls.150 a 152 C.1)

Por medio de escrito del 21 de septiembre de 1998, el apoderado de los accionantes solicitó suspender el proceso, ya que para fallar se hacía necesario se decretara la muerte por desaparecimiento del señor Rafael Herman Sánchez, proceso que se adelantaba ante el Juzgado Tercero de Familia de Ibagué (Fls.175 y 176 C.1). Solicitud

que fue resuelta de manera negativa, a través de auto del 1 de octubre de 1998 (Fl.187 C.1).

A través de proveído del 20 de noviembre de 1998, el Tribunal ordenó de oficio citar a las partes a celebrar audiencia de conciliación el día 9 de febrero de 1999 (Fl.191 C.1). Es así como, el 13 de enero de 1999 la apoderada de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional manifestó que no asistiría a la audiencia fijada ya que a la entidad que representaba no le asistía ánimo conciliatorio (Fl.192 C.1). Llegado el día y la hora de la audiencia de conciliación, esta fue declarada fallida por ausencia de ánimo conciliatorio de las partes (Fls.199 a 203 C.1).

En auto del 20 de abril de 1999, el Tribunal Administrativo del Tolima dispuso la suspensión del proceso por prejudicialidad, mientras se decidía sobre la muerte por desaparecimiento del señor Rafael Herman Sánchez Pinillos (Fl.215 C.1).

4. Alegatos de conclusión en primera instancia.

Mediante providencia del 5 de mayo de 2006, se dispuso correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión (Fl.246 C.1). Decisión que fue recurrida en reposición, por el apoderado de los accionantes el 10 de mayo de 2006 (Fl.247 C.1) y resuelto mediante auto del 9 de noviembre de 2006 que decidió reponer el auto del 5 de mayo de 2006, hasta tanto no se evacuara una prueba que se encontraba pendiente (Fl.263 C.1).

Es así como, el 14 de marzo de 2007 tras haberse surtido la etapa probatoria se dispuso correr traslado a las partes por el término de 10 días para que alegaran de conclusión (Fl.266 C.1).

La apoderada de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional alegó de conclusión el 23 de marzo de 2007 (Fls.267 a 274 C.1), señalando que de acuerdo con el material probatorio recaudado en el proceso era posible concluir que no hubo falla del servicio ya que, primero, no existió actividad administrativa que pudiera calificarse de

irregular, segundo, no hubo daño o perjuicio alguno y tercero, no se logró probar el nexo de causalidad.

Por su parte, el apoderado de los demandantes presentó sus alegaciones finales el 30 de marzo de 2007 (Fls.175 a 278 C.1), en donde solicitó se accediera a las pretensiones de la demanda al considerar que dentro del proceso existen pruebas que demuestran que el señor Rafael Hernán Sánchez Pinillos fue objeto de graves amenazas de muerte previamente al desaparecimiento, circunstancia que ponía en cabeza de las autoridades la obligación de darle protección para evitar que se concretara la amenaza, al no hacerlo

El Ministerio Público guardó silencio.

5. La sentencia del Tribunal.

El Tribunal Administrativo del Tolima, mediante sentencia del 19 de agosto de 2008, declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y negó las pretensiones de la demanda. Para tomar su decisión, el *A quo* tuvo en cuenta las siguientes consideraciones (Fls.279 a 299 C. Ppal):

“En el asunto sometido a estudio se solicita la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano como consecuencia de la supuesta omisión en el deber de protección y vigilancia que garantizara el ejercicio seguro de las funciones del cargo de Personero Municipal de Planadas, por parte del Doctor RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS, debe precisarse que tal y como lo estableció el Honorable Consejo de Estado para acceder a dicha pretensión se requiere que el hecho generado del daño, en este caso la desaparición del Doctor SANCHEZ PINILLOS, fuera previsible al haberse presentado hechos de los que se pudiera prever que la vida o libertad del Personero Municipal de esa época se encontraba en riesgo, sin embargo y pese a que en el escrito de demanda dentro de los fundamentos de hecho se afirmó que el señor RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS había sido objeto de amenazas contra su vida e integridad personal y que solicitó protección de la Policía Local y al Alcalde Municipal de Planadas en su calidad de Primera Autoridad de Policía en la localidad, no obra prueba en el expediente de las solicitudes de protección, ni de las amenazas y atentados contra su vida e integridad, de forma contraria a folios 36 a 38 del cuaderno de pruebas del demandante y folio 63 del mismo cuaderno, obran certificaciones expedidas por la Dirección Antisecuestro y Extorsión Regional Guala Ibagué y del Ejército Nacional respectivamente, en las cuales se expresa que en sus archivos no reposa solicitud alguna de protección formulada por el Doctor RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS.”

Resultan por lo tanto desvirtuadas las afirmaciones consignadas en la demanda, porque la supuesta omisión generadora del daño reclamado no puede serle imputada a los entes demandados, por no haberse puesto en conocimiento de los mismos las amenazas de las que era objeto el Personero Municipal de Planadas Doctos RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS, razón por la que no puede predicarse el incumplimiento de su deber de protección, cuando se desconocía por parte de los entes demandados la situación de peligro por la que atravesaba el mismo.

Se concluye de lo anterior, la ausencia de imputabilidad del daño a las entidades públicas demandadas debido a que este no puede serle ni fáctica, ni jurídicamente atribuido, como quiera que si bien los accionados dentro de sus funciones deben garantizar y preservar la vida de los habitantes del territorio nacional, dicho deber no reviste carácter absoluto y por tanto debe valorarse bajo las circunstancias particulares de cada caso concreto, y como quiera que no se probó la existencia de una situación que hiciera prever una amenaza contra los derechos del Doctor RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS, no se deriva para los demandados obligación de protección de dichos derechos, originándose el daño reclamado por fuera de su esfera jurídica de acción.

De conformidad con lo expuesto, no es posible predicar responsabilidad alguna por parte de los entes demandados por omisión de su deber de protección por parte de los entes demandados por omisión de su deber de protección si no fueron informados oportunamente del peligro que corría el Doctor RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS con ocasión del ejercicio de su cargo como Personero Municipal de Planadas – Tolima”.

6. El recurso de apelación

Contra lo así decidido se alzó la parte demandante, mediante escrito presentado el día 11 de enero 28 de agosto de 2008 (Fl.301 C. ppal). El cual fue concedido por el Tribunal mediante auto del 17 de octubre de 2008 (Fl.303 C. ppal).

Por su parte, la parte demandante allegó escrito de sustentación del recurso de apelación el 23 de octubre de 2008 (Fls.304 a 310 C. Ppal), en donde atacó la sentencia de primera instancia con base en las siguientes consideraciones:

1. Defecto sustantivo por interpretación inaceptable: considera el recurrente que se configura esta vía de hecho por la interpretación inaceptable de la norma y la

jurisprudencia que hace el Tribunal de primera instancia, ya que *“la descalificación del acto judicial de origina en que el Juez acogió como fundamento de su decisión, la interpretación más adversa a los intereses de los accionantes”*.

2. Defecto fáctico por omisión de consideración del medio o los medios probatorios aportados (ausencia de valoración): afirma el demandante que el A quo se abstuvo de valorar la totalidad de los medios probatorios obrantes en el expediente, incurriendo así en defecto fáctico.

Es así como considera que, reposan en el expediente plenas pruebas que demuestran que el ex Personero del municipio de Planadas, Rafael Hernán Sánchez Pinillos, había sido objeto de graves amenazas. Medios de prueba que en su criterio no fueron tenidos en cuenta por el A quo, interpretando solo aquellas pruebas que resultaban contrarias a los accionantes.

“Sería ilógico, pretender que una persona, abogado, que además ejercía autoridad, como Personero de una localidad de alto riesgo, por haber sido para la época y actualmente zona roja guerrillera, como el Municipio de Planadas, (lo cual por ser un hecho notorio no requiere demostración), se entere de las amenazas que hay contra su vida e integridad y no pida protección adecuada, como en efecto sucedió al ponerlo en conocimiento de la Procuraduría Provincial como se admite en el oficio 3243 precitado de dicho ente y además de las autoridades de policía de la localidad, pero por ratos, es decir en pocas ocasiones, hasta el punto de que cuando fue objeto de raptó o secuestro, se encontraba sin la vigilancia adecuada”

Por otra parte, argumenta el apelante que el Director del Programa Antisecuestro de la Policía conocía de ante mano de las amenazas a la vida del señor Sánchez Pinillos, razón por la cual era su obligación darle la protección necesaria para evitar que se concretara la amenaza de muerte, es por esto, que ante la ausencia de dicha protección se incurrió en una falla del servicio por omisión del deber constitucional de proteger la vida del entonces Personero del municipio de Planadas.

“En consecuencia, si no se probaron plenamente las circunstancias de la petición de protección de mi mandante, si hubo omisión clara en el deber de las autoridades aquí demandadas de prestarle la protección especial, pues no cabe duda – y eso lo conocían las autoridades -, que se encontraba en situación de riesgo frente a su propia vida, debiéndosele haber concedido la protección debida y al no haberse cumplido con ese deber constitucional, obviamente se presenta la falla del servicio, sin que se pueda exculpar a un tercer ajeno a la administración, pues es claro que su vida corría peligro, que las autoridades lo sabían y que nada hicieron para evitar, su posterior desaparición y seguramente la muerte.”

7. Actuación en segunda instancia.

Mediante auto proferido el día 5 de febrero de 2009, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (Fl.315 C. ppal).

Por su parte, a través de proveído de fecha 4 de marzo de 2009, se corrió traslado a las partes para alegar en conclusión, y al Ministerio Público para que rindiera el concepto de rigor (Fl.317 C. ppal).

Mediante escrito presentado el 22 de abril de 2009, el Ministerio Público emitió el concepto de rigor solicitando que se confirmara la sentencia de primera instancia, por las siguientes razones (Fls.319 a 326 C. ppal):

“En el expediente no obra ninguna constancia o manifestación de autoridad que exprese que el citado Personero hubiese puesto en conocimiento las amenazas de que se dice era víctima, como tampoco existe constancia de que hubiese solicitado la debida protección como consecuencia de ellas. (...)

Queda claro de que no obra prueba de que el señor Rafael Hernán Sánchez Pinillos pusiera en conocimiento de las autoridades las amenazas que se le venían realizando y menos que hiciera petición alguna a los organismos correspondientes para que le brindaran seguridad personal con destino a protegerle su integridad física y la vida.

Ante el silencio frente a los organismos de seguridad, y frente a quienes debían o podían ordenar su protección, a estos les quedaba imposible entrar a ofrecerla a quien no la había solicitado. Era una situación de imposible conocimiento para las entidades demandadas en ese proceso muestras no fueran enteradas de ellas por quien las padecía.

El recorrido probatorio permite concluir, como lo hizo el a quo, que no está acreditado que la víctima hubiera solicitado la protección debida a las autoridades militares o de policía, o a ninguna otra autoridad; no hay certeza de que las citadas amenazas fueran de público conocimiento, es decir, ni siquiera traspasaron el círculo cercano de familiares y amigos del personero. De ahí que resulte imposible imputar el hecho dañoso a las entidades demandadas”.

Las partes guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

1 La Corporación es competente para conocer del asunto⁵, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en proceso de doble instancia⁶, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 19 de agosto de 2008, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

2. Aspectos procesales previos.

2 Previo a examinar cada uno de los aspectos procesales mencionados, la Sala señala que en esta providencia se da continuidad a la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera de 28 de agosto de 2014, expediente 32988, en la que se determinó con alcance en la *ratio decidendi* que en las víctimas del conflicto armado en Colombia puede que “*como sujetos de debilidad manifiesta, queden en muchos casos en la imposibilidad fáctica de acreditar*” las vulneraciones a sus derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario en su contra y a su dignidad humana, especialmente “*cuando no se ha llevado una investigación seria por parte de las*

⁵ De conformidad con el artículo 129 del C.C.A, subrogado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998 y artículo 1° del Acuerdo 55 de 2003.

⁶ El Decreto 597 de 1988 consagró que para que un proceso de reparación directa que inició en el año 1997 tuviere vocación de doble instancia, la pretensión mayor de la demanda debía superar la suma de \$13.460.000. En el sub lite se instauró la demanda el día 20 de agosto de 1997, cuya pretensión mayor ascendió a la suma de \$207.668.853.00, razón por la cual es susceptible de ser tramitada en segunda instancia.

*autoridades competentes, lo cual se traduce en una expresa denegación de justicia*⁷, o en términos convencionales, no resulta eficaz el recurso judicial invocada contradiciendo los mandatos expuestos de los artículos 1.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos [incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por medio de la Ley 16 de 1972].

2.1 Con base en el imperativo convencional⁸ y constitucional de la tutela judicial efectiva, del pleno y eficaz acceso a la administración de justicia, y siguiendo lo sostenido en la sentencia de Sala Plena citada, el *“juez administrativo, consciente de esa inexorable realidad, deberá acudir a criterios flexibles, privilegiar la valoración de*

⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Responsabilidad del Estado por la actividad judicial*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2015, pp.44 y 45 (Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer Carías de Derecho Administrativo, Universidad Católica Andrés Bello, No.35). “[...] Se destaca, a este respecto, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la exigencia de garantías judiciales en un proceso se materializa siempre que <<se observen todos los requisitos que “sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”>> [Opinión consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987]. Se trata de la afirmación, en el sistema interamericano de derechos humanos, del principio del derecho internacional público <<de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar los derechos humanos>> [Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva Oc-9/87, de 6 de octubre de 1987, Garantías judiciales en Estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana de Derechos Humanos), párrafo 24: “El artículo 25.1 incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos. Como ya la Corte ha señalado, según la Convención “los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (Casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbí y Solís Corrales y Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, Sentencias del 26 de junio de 1987, párrs. 90, 90 y 92, respectivamente)”. Según este principio, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial”].

⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Responsabilidad del Estado por la actividad judicial*, ob., cit., pp.47 y 48. “[...] Al respecto la jurisprudencia de la Corte Interamericana considera que el “acceso a la justicia constituye una norma imperativa del Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados”, pues lo contrario sería tanto como considerar a los principios y normas del sistema universal y del sistema interamericano de protección de derechos humanos como proclamas retóricas carentes de vincularidad jurídica que dejarían inerte a su titular cuando sus derechos le sean conculcados, algo inaceptable en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho”.

*medios de prueba indirectos e inferencias lógicas guiadas por las máximas de la experiencia, a efectos de reconstruir la verdad histórica de los hechos y lograr garantizar los derechos fundamentales a la verdad, justicia y reparación de las personas afectadas*⁹.

2.2 En dicha comprensión debe integrarse y armonizarse, según la Sala, lo consagrado en el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, ya que según la sentencia de unificación jurisprudencial de la Sala Plena de la Sección Tercera de 28 de agosto de 2014, expediente 32988, dicha norma *“permite <<cualesquiera otros medios de prueba que sean útiles para el convencimiento del juez>> tengan la capacidad de acreditar los hechos objeto del proceso y, por lo tanto, sin tener una tarifa legal¹⁰ podrá acudir a los medios de prueba que crea pertinentes para establecer los hechos de relevancia jurídica del proceso”*.

2.3 Por lo tanto, la Sala de Sub-sección al encontrar que en el presente asunto se pueden haber concretado vulneraciones a derechos humanos o infracciones al derecho internacional humanitario, como juez de convencionalidad y contencioso administrativo adecuará los criterios, medios e instrumentos de prueba a los estándares convencionales para garantizar la tutela judicial efectiva, o pleno y eficaz acceso a la

⁹ Sección Tercera, Sala Plena, unificación, sentencia de 28 de agosto de 2014, expediente 32988. “[...] Lo anterior resulta razonable y justificado, ya que en graves violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, se rompe el principio de la dogmática jurídico procesal tradicional según el cual las partes acceden al proceso en igualdad de condiciones y armas, pues en estos eventos las víctimas quedan en una relación diametralmente asimétrica de cara a la prueba; estas circunstancias imponen al juez de daños la necesidad de ponderar la situación fáctica concreta y flexibilizar los estándares probatorios. Esta postura resulta acorde con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos [sic], que al respecto ha señalado que en casos de responsabilidad por violación de derechos humanos, el juez goza de una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba [...] Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que en casos de violaciones a derechos humanos es el Estado quien tiene el control de los medios para desvirtuar una situación fáctica: <<a diferencia del derecho penal interno en los procesos sobre violaciones de derechos humanos la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas, cuando es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio>> [Se remite a los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales: sentencia del 6 de julio del 2009, caso Escher y otros vs. Brasil, párr. 127; sentencia del 29 de julio de 1988, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 135; sentencia del 28 de enero del 2009, caso Ríos y otros vs. Venezuela, párr. 98; sentencia del 3 de abril del 2009, caso Kawas Fernández vs. Honduras, párr. 95].”

¹⁰ Según Taruffo *“El juzgador ya no está obligado a seguir reglas abstractas: tiene que determinar el valor de cada medio de prueba específico mediante una valoración libre y discrecional. Esa valoración tiene que hacerse caso por caso, conforme a estándares flexibles y criterios razonables. La idea básica es que esta clase de valoración debe conducir al juzgador a descubrir la verdad empírica de los hechos objeto del litigio sobre la única base del apoyo cognitivo y racional que ofrecen los medios de prueba disponibles”*. TARUFFO, Michele, *La prueba*. Ed. Marcial Pons, Madrid, p. 135

administración de justicia¹¹, dando prevalencia a las garantías materiales por sobre el excesivo rigorismo procesal¹².

2.1. Legitimación en la causa por pasiva.

3 En la verificación de los presupuestos procesales materiales o de fondo, dentro de los cuales se encuentra la legitimación en la causa, compete a la Sala, antes de considerar las pretensiones planteadas en el libelo introductorio, analiza 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 demandadas¹³.

3.1 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

¹¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Responsabilidad del Estado por la actividad judicial*, ob., cit., pp.42 y 43. “[...] 15.1.- El derecho de acceso a la administración de justicia, o tutela judicial efectiva, tiene una dimensión que no se agota sólo como regla jurídica, determinadora del accionar de la justicia y sus agentes o, sino que es necesario concebirlo desde otra perspectiva, teniéndolo en consecuencia, como un claro e inobjetable mandato de optimización que implica que la administración pública de justicia debe procurar la eficacia de su protección, y no su simple instrumentalización dentro del modelo del constitucionalismo contemporáneo”.

¹² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Responsabilidad del Estado por la actividad judicial*, ob., cit., pp.45 y 46. “[...] En su jurisprudencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde los casos *Velásquez Rodríguez* y *Godínez Cruz* considera que la eficacia de las garantías judiciales consagradas en el artículo 25 no se limitan a existencia de los recursos judiciales, sino que por virtud de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos estos deben ser efectivos, esto es, adecuarse y dotarse de la eficacia para la finalidad de justicia material para los que fueron concebidos, de manera que pueda resolver la situación jurídica de cada persona con las plenas garantías democráticas [teniendo en cuenta que lo sustancial no la existencia de los recursos judiciales o procesales, sino su eficacia para resolver una situación o circunstancia específica ya que no todos los que operen puedan estar destinados a cumplir o cubrir la misma, luego sería inane exigir eficacia alguna]. Lo anterior significa que en el marco de todos los procedimientos jurisdiccionales y de los recursos procesales que se adelanten por las autoridades judiciales es deber indiscutible la preservación de las garantías de orden material, que permitan, en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, la defensa de las posiciones jurídicas particulares de quienes se han involucrado en uno de tales procedimientos”.

¹³ Sección Tercera, sentencias del 22 de noviembre de 2001, expediente 13356; Sub-sección C, de 1 de febrero de 2012, expediente 20560. 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 aquélla, enervan la pretensión procesal en su contenido, pues 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.

con el interés sustancial que se discute en el proceso”¹⁴, 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 demandadas¹⁵.

3.2 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 juicio¹⁶. 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 demanda¹⁷.

3.3 En la jurisprudencia de la Sección Tercera se ha establecido que “*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 [...] la legitimación material en la causa, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño [...]*”¹⁸.

3.4 En consecuencia previo al análisis de fondo de las pretensiones reclamadas por los mencionados demandantes, la Sala verificará que se encuentre plenamente acreditado el parentesco aducido en la demanda, pues conforme al artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C- 965 de 2003.

¹⁵ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 25 de julio de 2011, expediente 20146.

¹⁶ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 19 de agosto de 2011, expediente 19237.

¹⁷ Sección Tercera, sentencia del 10 de agosto de 2005, expediente 13444.

¹⁸ Sección Tercera, sentencias de 11 de noviembre de 2009, expediente: 18163; de 4 de febrero de 2010, expediente 17720.

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incumbe a las partes probar los presupuestos de hecho o la calidad en que fundamenta sus pretensiones, sin perjuicio que el juez contencioso administrativo de oficio o a petición de parte, según las particularidades de cada caso pueda *“distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares”* [artículo 167 inciso 2º del Código General del Proceso].

3.5 Determinados los fundamentos en los que se sustenta la Sala para verificar la legitimación en la causa por activa, procede a examinarla en el caso en concreto.

3.6 Frente a la legitimación en la causa, se confirmará la decisión del A quo de declarar que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no estaba llamado a conformar la parte pasiva de la demanda.

3.7 Ahora bien, frente a los demás demandados la Sala encuentra que el municipio de Planadas tampoco se encuentra legitimado en la causa por pasiva, debido a que no está dentro de sus funciones el preservar la vida, honra y bienes de los ciudadanos, siendo este el deber de las fuerzas militares, de manera que, tampoco está llamada a responder por los hechos que aquí se analizan.

2.2. Valor probatorio de los documentos en copia simple.

4 Es necesario precisar lo concerniente a los documentos, aportados en copia simple al proceso por el apoderado de la parte actora.

4.1 Como premisa inicial, la Sala como juez de convencionalidad y contencioso administrativo tiene en cuenta que por la naturaleza del asunto, esto es, por haber serio compromiso en la vulneración de ciertos derechos humanos y la violación del derecho internacional humanitario, su valoración de los elementos probatorios no puede agotarse sólo en la comprensión de las normas del ordenamiento jurídico interno, sino que debe propender por garantizar aquellas que convencionalmente son exigibles, especialmente las relacionadas con la plenitud del acceso a la administración de justicia y las garantías judiciales¹⁹ efectivas para todos los extremos de la litis [como aplicación integrada de los artículos 1.1, 2, y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos²⁰ y 2, 29 y 229 de la Constitución Nacional].

¹⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Responsabilidad del Estado por daños antijurídicos derivados de la actividad de la administración de justicia. Análisis a la luz de los Precedentes Convencionales, Constitucionales y del Consejo de Estado*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2015, próximo a publicar, pp.22 y 23. “Dichas garantías judiciales se expresan convencionalmente en (1) existencia de todos los recursos judiciales necesarios para la tutela de los derechos; (2) la posibilidad de ejercicio de tales recursos por todo individuo sin limitaciones o restricciones de orden formal; (3) de contar con diversas instancias judiciales; (4) en la vocación de investigación y de decisión de los asuntos relacionados con violaciones a los derechos humanos, con lo que se garantiza no sólo la tutela judicial efectiva, sino también la verdad, la justicia y la reparación integral; y, (5) de no expedir legislaciones que planteen como regla la obstrucción o limitación frente al juzgamiento de responsables de violaciones de los derechos humanos”.

²⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Responsabilidad del Estado por daños antijurídicos derivados de la actividad de la administración de justicia. Análisis a la luz de los Precedentes Convencionales, Constitucionales y del Consejo de Estado*, ob., cit., p.21. “Se destaca, a este respecto, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la exigencia de garantías judiciales en un proceso se materializa siempre que “se observen todos los requisitos que “sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial” [Opinión consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987]. 16.1.- En su jurisprudencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde los casos Velásquez Rodríguez [sentencia de 29 de julio de 1988] y Godínez Cruz [sentencia de 20 de enero de 1989] considera que la eficacia de las garantías judiciales consagradas en el artículo 25 no se limitan a existencia de los recursos judiciales, sino que por virtud de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos estos deben ser efectivos [Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cantos, sentencia de 28 de noviembre de 2002, párrafo 52. La garantía de un recurso efectivo “constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”], esto es, adecuarse y dotarse de la eficacia para la finalidad de justicia material para los que fueron concebidos, de manera que pueda resolver la situación jurídica de cada persona con las plenas garantías democráticas. Lo anterior significa que en el marco de todos los procedimientos, jurisdiccionales o no, que se adelanten por las autoridades estatales es deber indiscutible la preservación de las garantías procesales, de orden material, que permitan, en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, la defensa de las posiciones jurídicas particulares de quienes se han involucrado en uno de tales procedimientos [Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002. Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Páez vs Perú, sentencia de 3 de noviembre de 1997].

4.2 Ahora bien, cuando se trata de debatir la vulneración de derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, o la violación de normas del Derecho Internacional Humanitario, de cualquier otra norma convencional internacional, empleando piezas procesales documentales en copia simple su valoración no puede quedar sujeta a estrechos rigorismos procesales, de ahí que en su jurisprudencia [que se acoge como elemento de orientación para la decisión de la Sala] la Corte Interamericana de Derechos Humanos admite que lo esencial para valorar medios probatorios como los mencionados, cabe afirmar que “aquellos documentos que se encuentren completos o que, por lo menos, permitan constatar su fuente y fecha de publicación, los valorará tomando en cuenta el conjunto del acervo probatorio, los alegatos del Estado y las reglas de la sana crítica”²¹, llegando a establecer que cuando se trata de documentos comprendidos en enlaces electrónicos el juez interamericano establece “que si una parte proporciona al menos el enlace electrónico directo del documento que cita como prueba y es posible acceder a éste, no se ve afectada la seguridad jurídica ni el equilibrio procesal, porque es inmediatamente localizable por el Tribunal y por las otras partes”²².

4.3. Si bien la Sección Tercera²³ ha sostenido que las copias simples carecen de valor probatorio por cuanto no cumplen con las exigencias establecidas en los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil²⁴. No obstante, la Sala para el presente caso 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 244 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*

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Furlán y familiares vs. Argentina, sentencia de 31 de agosto de 2012, párrafo 65. Puede verse también: caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, párrafo 146; caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu vs Ecuador, párrafo 36.

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Furlán y familiares vs. Argentina, sentencia de 31 de agosto de 2012, párrafo 66. Puede verse también: caso Escué Zapata vs. Colombia, sentencia de 4 de julio de 2007, párrafo 26; caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu vs. Ecuador, párrafo 37.

²³ 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.

²⁴ 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.

reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso"; así como en el inciso 1º del artículo 246 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"*²⁵. 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 copias²⁶. Se trata de un 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"*²⁷, como por la jurisprudencia constitucional en la sentencia de unificación [que representó un cambio a la línea jurisprudencia 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"*²⁸.

²⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-774 de 2014. Según esta sentencia: "[...] En principio, se estableció la presunción de autenticidad de los documentos públicos mediante el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, la tendencia legislativa ha estado encaminada a afirmar la presunción de autenticidad tanto de los públicos como de los privados. La Ley 1395 de 2010, modificó el inciso cuarto de la citada norma procesal, señalando que se presumen auténticos los documentos privados *manuscritos, firmados o elaborados por las partes*. En idéntico sentido se pronuncia el artículo 244 del Código General del Proceso (ley 1564 de 2012)".

²⁶ 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".

²⁷ 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 (Dirigentes miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, sentencia de 29 de mayo de 2014, párrafo 54.

²⁸ 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*

4.4 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, 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]²⁹, consolidó que “[...] *el criterio jurisprudencial que se prohíja en esta*

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”.

²⁹ 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 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

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 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–³⁰.

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.) [...].”

³⁰ 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

4.5 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.

4.6 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 del documento aportado con la demanda en copia simple 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

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”.

recíproca, no sólo al momento de su aportación, sino durante el trascurso del debate procesal, por lo tanto será valorado por la Subsección para decidir el fondo del asunto³¹.

4.7 Al respecto, ha señalado la jurisprudencia constitucional, que el precepto según el cual las copias, para que tengan el valor probatorio del original, tienen que ser autenticadas, es un principio elemental que siempre ha regido los ordenamientos procesales, considerando, que la certeza de los hechos que se tratan de demostrar con copias de documentos tiene relación directa con la autenticidad de tales copias.

“Tal certeza es el fundamento de la eficacia de la administración de justicia, y en últimas, constituye una garantía de la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial”³².

4.8 Adviértase, entonces, que la honorable Corte Constitucional, en ejercicio de su función guardadora de la supremacía de la Constitución, mediante sentencia en cita, sostuvo que una cosa es la primacía del derecho sustancial, principio contenido en el artículo 228 de la Carta Magna, y otra, la prueba en el proceso de los hechos y actos jurídicos que conllevan el nacimiento, modificación o extinción de los derechos reconocidos en la ley sustancial, de manera que concibió la autenticidad de las copias, para reconocerle el mismo valor jurídico del original, el desarrollo de los derechos sustanciales, por cuanto cumple la finalidad de rodear de garantías de certeza la demostración de los hechos.

“En las actuaciones de la administración de justicia, es decir, de los jueces, “prevalecerá el derecho sustancial”. Lo cual significa esto, y solamente esto: que el proceso es un medio y que, por lo mismo, las normas procesales deben aplicarse con un fin, fin consistente en la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial. La exigencia del numeral 2 del artículo 254 es razonable, y no vulnera el artículo 83 de la Constitución, como tampoco el 228. En este caso, la autenticación de la copia para reconocerle “el mismo valor probatorio del original” es un precepto que rige para todas las partes en el proceso, y que no tiene otra finalidad que rodear de garantías de certeza la demostración de los hechos, fundamento del reconocimiento de los derechos. Ninguna de las dos normas acusadas quebranta el artículo 228 de la Constitución. Una cosa es la primacía del derecho sustancial, y otra, la prueba en el proceso de los hechos y actos jurídicos que causan el nacimiento, la modificación o la extinción de los derechos subjetivos, vale decir, de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Pretender que el artículo 228 de la Constitución torna inexecutable las normas relativas a la prueba, o la

³¹ Posición reiterada en: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012, expediente 19920.

³² Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad 023 de 11 de febrero de 1998.

*exigencia misma de ésta, es desconocer la finalidad de las pruebas y del proceso en sí*³³.

4.9 Del mismo modo, aseveró el máximo Tribunal de lo constitucional que la exigencia de pruebas dentro del proceso judicial no es incompatible con la presunción de buena fe contenida en el artículo 83 superior, por el contrario, encontró que la exigencia de pruebas, presente en todos los ordenamientos jurídicos, son una forma para conseguir la seguridad en las relaciones jurídicas.

4.10 No obstante, es igualmente importante prever que la jurisprudencia ha establecido excepciones a las reglas probatorias anteriormente anotadas, las cuales se han circunscrito, principalmente, a las pruebas documentales trasladadas de procesos diferentes al contencioso, a aquellas que provienen de la entidad demandada y las que han obrado a lo largo del plenario o han sido coadyuvadas por la parte contra quien se aducen, por cuanto se presume el pleno conocimiento de la prueba en la parte contraria y la posibilidad de controvertirla o, incluso, de alegarla a su favor. Lo anterior, atendiendo el principio de lealtad procesal.

4.11 Así, en reciente pronunciamiento la Sala de Subsección C, en aras de respetar el principio constitucional de buena fe y el deber de lealtad procesal³⁴, reconoció valor

³³ Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad 023 de 11 de febrero de 1998.

³⁴ "... La actividad probatoria es esencial dentro del desarrollo de cualquier tipo de proceso, pues mediante ella las partes procuran acreditar la exactitud de sus alegaciones, y el órgano jurisdiccional intenta alcanzar el convencimiento sobre los hechos litigiosos en aras de ofrecer la tutela más justa. Por ello, dada la relevancia práctica de esta actividad, el legislador realiza una regulación de la prueba en la que se pretende evitar que la actuación maliciosa de cualquiera de los litigantes pueda desplegar algún tipo de eficacia. La infracción del principio de la buena fe procesal en el desarrollo de la actividad probatoria suele estar relacionado, por un lado, con conductas de las partes, el engaño, la mentira, el error; y, por otro, con el uso de los medios probatorios para dilatar o complicar el desarrollo normal del proceso.

La intervención de buena fe de las partes en materia probatoria comporta, en primer lugar, que limiten su proposición de prueba a aquellas que sean pertinentes, útiles y lícitas, y lo efectúen en el momento procesal adecuado, que varía en función del tipo de prueba. Y, en segundo lugar, una vez admitida la prueba, que realicen toda la actividad tendente a su práctica, salvo que renuncien a ella de forma expresa. En ningún caso es posible que una vez practicada la prueba, la parte proponente pueda renunciar a la misma, ya que en función del resultado obtenido podría sustraerse maliciosamente del proceso un material de enjuiciamiento del todo imprescindible para la más justa resolución del caso, a la vez que se eliminaría un elemento de defensa de la parte contraria. Además, ello supondría la vulneración del principio chiovendano de adquisición procesal, que si bien no ha sido expresamente recogido en la LEC 1/2000, ha sido reiteradamente admitido por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. (...) de igual modo, las reglas de buena fe inciden en materia de carga de la prueba, especialmente en aquellas situaciones fácticas cuya prueba es fácil para una de las partes; en estos

probatorio a una prueba documental allegada con el escrito introductorio en copia simple, que obró a lo largo del proceso, en un caso donde la Nación al contestar la demanda admitió tenerla como prueba y aceptó el hecho a que se refería dicho documento, donde, además, una vez surtidas las etapas de contradicción, dicha prueba no fue cuestionada en su veracidad por la entidad demandada³⁵.

4.12 Este pronunciamiento se fundamentó en el citado precedente:

“De conformidad con las manifestaciones de las partes, para la Sala dicho documento que obra en copia simple, tiene en esta oportunidad mérito para ser analizado y valorado, comoquiera que la parte demandada pidió tener esa copia como prueba y valorarla como tal; en otras palabras, la Nación no desconoció dicho documento ni lo tachó de falso, sino que conscientemente manifestó su intención de que el mismo fuese valorado dentro del proceso.

En consideración a lo anterior y a pesar de que no se cumplió con el requisito de autenticación de la copia previsto en el artículo 254 de la ley procesal civil, la Sala considera en esta oportunidad, en aras de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y de la garantía del derecho de acceso a la justicia consagrado en los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, que no pueden aplicarse las formas procesales con excesivo rigorismo y en forma restrictiva, con el fin de desconocer lo que las mismas partes no han hecho y ni siquiera han discutido durante el proceso, como lo es la autenticidad del documento aportado por la parte actora en copia simple, admitido como prueba por la Nación que, además, aceptó el hecho aducido con el mismo en la contestación de la demanda³⁶.”

casos, la buena fe en su actuar debería comportarle la carga de probar los citados hechos. Así en los modernos ordenamientos procesales –como destaca recientemente Berizonce- la debida colaboración de las partes en materia probatoria ha dado lugar a la denominada carga de la prueba dinámica, lo que comporta la imposición de la carga de aportación a la parte que, según las circunstancias del caso y la relación o situación jurídica base del conflicto, se encuentre en condiciones técnicas, profesionales o fácticas para suministrarla, con prescindencia de la calidad de actor o demandado en el proceso... En materia de prueba documental, la buena fe de los litigantes se concreta muy especialmente en tres momentos: a) en primer lugar, en la exigencia de aportar los documentos en que se fundamenten sus pretensiones con los escritos iniciales de alegaciones, al objeto de garantizar plenamente el derecho a la defensa de la contraparte. Por ello, el art. 269.1 LEC prevé la preclusión de la aportación de documentos, y el art. 270.2 LEC recoge expresamente la mala fe procesal como motivo para imponer una multa de hasta 1200 euros para cuando se pretenda vulnerar dicha preclusión sin causa justificada. Además, por otro lado, no pueden esconderse los documentos decisivos, ni aportarlos de forma manipulada en orden a falsear la realidad de los hechos que recoja. En este caso, al margen de la correspondiente responsabilidad penal en la que se podrá incurrir, se justificará la nulidad de la sentencia firme civil y su posterior revisión. b) En segundo lugar, en la necesidad de pronunciarse sobre la autenticidad de los documentos en el acto de la audiencia previa, a fin de evitar innecesarias actuaciones probatorias posteriores. c) Y, en tercer lugar, en la obligación de aportar, a instancia de la parte contraria, los documentos que sean requeridos por el juez, para así protegerle en su derecho fundamental a la prueba...”. Joan Pico I Junoy. *El Principio de la Buena Fe Procesal*. Ed. J.M. Bosch. Pags. 152 a 157.

³⁵ Consejo de Estado, sentencia de 18 de julio de 2012, Exp. 22.417 M.P. Enrique Gil Botero.

³⁶ Consejo de Estado, sentencia del 18 de enero de 2012 M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. No. 1999- 01250.

4.13 Al respecto, debe anotarse que el avance jurisprudencial presentado en este sentido obedece, entre otras, a la expedición de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011 por la cual se promulgó el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que entró en vigencia el pasado 2 de julio de 2012 y en cuyo artículo 215 estableció una presunción legal con relación al valor probatorio de las copias, según la cual se presume que éstas tienen el mismo valor del original siempre que no hayan sido tachadas de falsas.

4.14 En el caso de autos, las partes aportaron en copia simple certificación expedida por la Fundación Universitaria Autónoma de Colombia de fecha 24 de enero de 1995 (Fl.20 C.1); acta de posesión del Dr. Rafael Hernán Sánchez Pinillos como personero municipal de Planadas (Tolima), de fecha 1 de marzo de 1995 (Fls.7 y 8 C.2); Informe realizado por el Comandante de la Policía de la Estación de Planadas Tolima el 24 de agosto de 1995 (Fl.21 C.1); oficio No.0910/SIPOL DETOL de fecha 20 de septiembre de 1995, expedido por el Departamento de Policía Tolima – Sección Inteligencia (Fls.42 C.1); oficio de fecha 8 de septiembre de 1995, suscrito por “Jeronimo” y dirigido a Edgar y Silverio Sánchez (Fl.43 C.2); Oficio No.741/PN-UNASE-CDO de fecha 19 de diciembre de 1995, expedido por la Dirección Nacional UNASES Urbanos – UNASE Urbano Ibagué, dirigido al Director del Programa Anti – Secuestro de la Presidencia de la República (Fls.44 a 46 C.2); Resolución No.48 del 8 de marzo de 1996 “Por medio de la cual se ordena la cancelación de los salarios y prima de navidad del doctor Rafael Sánchez Pinillos, Personero Municipal de Planadas Tolima, quien se encuentra en detención forzosa”, expedida por la Alcaldía municipal de Planadas (Fls.18 y 19 C.1); carta remitida por el señor “Jeronimo Galeano” a Edgar Sánchez Pinillos y familia el día 10 de mayo de 1996 (Fls.13 y 14 C.1); oficio No.187 DPTEP de fecha 18 de septiembre de 1998, suscrito por el Comandante de la Estación de Policía de Planadas (Fl.38 C.1); y oficio No.0209 del 28 de octubre de 1996, suscrito por el Fiscal Regional Delegado ante el Gaula (Fl.39 C.1).

4.15 Siendo pertinente indicar, que dichos documentos no fueron desconocidos, ni mucho menos tachados de falsos, sino que conscientemente, se manifestó la intención de que los mismos fuesen valorados dentro del proceso. De manera que, en

concordancia con lo expuesto párrafos atrás, la Sala observa que el medio probatorio así presentado ha obrado a lo largo del proceso sin que haya sido objeto de tacha por parte de la entidad demandada, en quien es claro su conocimiento pleno de la prueba por cuanto en todos sus escritos de defensa hizo alusión a la misma y tuvo oportunidad de contradecirla o usarla en su defensa. Por los argumentos expuestos se valorarán los mencionados documentos, conforme a los rigores legales vigentes en la materia³⁷.

2.3. Valor probatorio de los recortes de prensa.

5 Previo a analizar el valor probatorio de los recortes de prensa, la Sala considera necesario referirse a los medios de prueba que reposan en el expediente: 1. Recorte del periódico el Nuevo Día de Ibagué del 29 de agosto de 1995, donde se informa que para la fecha no se sabe nada sobre el grupo que había retenido al señor Personero de Planadas, Rafael Hernán Sánchez Pinillos, razón por la cual se conformó un grupo de personas integradas por el Defensor del pueblo, el Procurador Departamental y el Personero de Ibagué para esclarecer los hechos, y 2. Recorte del periódico el Nuevo día de Ibagué del 12 de septiembre de 1995, donde se informa que el hermano del señor Personero de Planadas, Rafael Hernán Sánchez Pinillos inició su búsqueda, para lo cual pactó una cita con un Jefe guerrillero.

6 En la jurisprudencia de la Sección Tercera son variadas las posiciones respecto a dotar o negar el valor probatorio a los recortes e informaciones de prensa, como se pasa a examinar.

³⁷ La valoración probatoria es la actividad intelectual desplegada por el juzgador frente a los medios probatorios, para establecer la fuerza de convicción o de certeza que representan cada uno de ellos dentro de determinado proceso. Para el desarrollo de la apreciación de las pruebas, la doctrina jurídica procesal ha identificado diferentes sistemas dentro de los cuales se encuentran el de la íntima convicción o de conciencia o de libre convicción³⁷, el sistema de la tarifa legal o prueba tasada³⁷ y el régimen de la sana crítica o persuasión racional, consagrado en los códigos modernos, entre ellos el Código de Procedimiento Civil Colombiano que dispone en su artículo 187 que el juzgador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la sana crítica, es decir de la lógica, la ciencia y la experiencia (...) Así, la valoración mediante la sana crítica, requiere, además, el análisis en conjunto de las pruebas y un ejercicio de ponderación de las mismas, exponiendo razonadamente el valor que atribuye a cada una, desechando sólo aquellas que encuentre ilegales, indebidas o inoportunamente allegadas al proceso. Consejo de Estado, sentencia de 6 de marzo de 2013, Exp. 24884.

6.1 En una primera línea jurisprudencial la Sección Tercera en la sentencia de 15 de junio de 2000, expediente 13338, consideró que las *“informaciones publicadas en diarios no pueden ser considerada [sic] requisitos esenciales que identifican este medio probatorio, en particular porque no son suministradas ante un funcionario judicial, no son rendidos bajo la solemnidad del juramento, ni el comunicador da cuenta de la razón de la ciencia de su dicho (art. 228 C.P.C.), pues por el contrario, éste tiene el derecho a reservarse sus fuentes. Los artículos de prensa pueden ser apreciados como prueba documental y por lo tanto, dan certeza de la existencia de las informaciones, pero no de la veracidad de su contenido”*³⁸.

La anterior línea jurisprudencial tuvo continuidad con la sentencia de la Sección Tercera de 17 de junio de 2004, expediente 15450, según la cual las *“noticias recogidas en periódicos, no pueden ser tenidas en cuenta como plena prueba porque, son documentos declarativos respecto de los cuales se desconoce su autor directo y la fuente del conocimiento de la noticia”*. Con otras palabras, la jurisprudencia comprendía que las noticias e informaciones de prensa considerados como documentos declarativos no cumplían con dos exigencias procesales: (i) conocimiento del autor de la misma; y (ii) la fuente de la noticia.

6.2 La segunda línea jurisprudencial, que da continuidad a varias de las premisas de la anterior, se inicia con la sentencia de la Sección Tercera de 10 de junio de 2009, expediente 18108, donde se argumentó que respecto a lo publicado por los periódicos “El Tiempo” y “El Nuevo Día”, relacionado con las circunstancias de modo, tiempo y lugar en los que ocurrió un accidente cuya responsabilidad se endilgaba al Estado se consideró que *“esos documentos carecen por completo de valor probatorio, porque se*

³⁸ Sección Tercera, sentencia de 15 de junio de 2000, expediente 13338. Para el caso en concreto de un accidente de tránsito se consideró: *“[...] Tampoco se tiene certeza de la idoneidad científica o técnica de quienes realizaron las informaciones, lo cual se requiere en todo testimonio técnico para valorar sus apreciaciones. Estas publicaciones pueden ser consideradas como pruebas documentales, que demuestran el interés de los redactores de los diarios por el tema de la seguridad vial y que dan cuenta de un hecho notorio: los riesgos de la vía por causas que en algunos eventos podían atribuirse a fallas de las autoridades públicas y en otras a los particulares que transitan por éstas e inclusive se formularon cuestionamientos de orden técnico en relación con su diseño y mantenimiento, que en este proceso no fueron demostrados. Ahora bien, en el caso concreto estos artículos periodísticos no acreditan ni el hecho de que el señor Fernando Peraza Vengoechea haya fallecido en un accidente de tránsito ocurrido en la avenida de circunvalación de esta ciudad, ni mucho menos las causas del accidente, pues en ninguna de las publicaciones se relata siquiera el siniestro”*.

desconoce su autor y su contenido ha sido ratificado y, adicionalmente, por tratarse de las informaciones publicadas en diarios no pueden ser consideradas dentro de un proceso como una prueba testimonial, dado que carecen de los requisitos esenciales que identifican este medio probatorio, en particular porque no fueron suministradas ante un funcionario judicial, no fueron rendidas bajo la solemnidad del juramento, ni el comunicador dio cuenta de su dicho (art.227 C.P.C.), y por el contrario, éste tenía el derecho a reservarse sus fuentes. **Estos artículos pueden ser apreciados como prueba documental y por lo tanto, dan certeza de la existencia de las informaciones³⁹, pero no de la veracidad de su contenido⁴⁰.**

³⁹ Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 29 de marzo de 2011, expediente 21380. “[...] En relación con originales de los recortes de prensa aportados al proceso por la parte actora, se tendrán como prueba de los términos en que fue publicada en los periódicos El Pílon y El Heraldo la noticia sobre la muerte de dos presuntos guerrilleros durante un enfrentamiento armado con tropas del Ejército Nacional. Se reitera así lo dicho por esta Corporación en anteriores oportunidades, en el sentido de que las noticias difundidas en medios escritos, verbales o televisivos no dan fe de la ocurrencia de los hechos que allí se reseñan sino, simplemente, de la existencia de la información”.

⁴⁰ Agrega la sentencia: “Debe recordarse que el documento declarativo difiere de la prueba testimonial documentada. Por lo tanto, si bien el documento puede contener una declaración de tercero, el contenido del mismo no puede ser apreciado como testimonio, es decir, la prueba documental en este caso da cuenta de la existencia de la afirmación del tercero, pero las afirmaciones allí expresadas deben ser ratificadas ante el juez, con el cumplimiento de los demás requisitos para que puedan ser apreciadas como prueba testimonial”. En la misma línea se tiene: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 7 de julio de 2011, expediente 20835: “[...] se hace necesario reiterar que las noticias difundidas en medios escrito, verbales, o televisivos, en términos probatorios, en principio no dan fe de la ocurrencia de los hechos en ellos contenidos, sino simplemente, de la existencia de la noticia o de la información; por consiguiente, no es posible dar fuerza de convicción a dichos documentos, en tanto que partir de los mismos no se puede derivar certeza sobre el acaecimiento y las condiciones de tiempo, modo y lugar de los sucesos allí reseñados”. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 21 de febrero de 2011, expediente 19245. “[...] En relación con los recortes de periódicos que la parte actora allegó con la demanda y que pretenden demostrar la ocurrencia del hecho, se debe insistir en que, no se hará valoración alguna al respecto, y se reitera que las noticias difundidas en medios escritos, verbales, o televisivos, en términos probatorios, en principio, no dan fe de la ocurrencia de los hechos en ellos contenidos, sino simplemente, de la existencia de la noticia o de la información; por consiguiente, no es posible dar fuerza de convicción a dichos documentos, en cuanto se relacionan con la configuración del daño antijurídico y su imputación a la entidad demandada, en tanto que a partir de los mismos no se puede derivar certeza sobre el acaecimiento y las condiciones de tiempo, modo y lugar de los sucesos allí reseñados”. Puede verse también: Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 29 de marzo de 2001, expediente 21380; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2011, expediente 19829; Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia de 23 de junio de 2011, expediente 20477; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 7 de julio de 2011, expediente 20727; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 7 de julio de 2011, expediente 20835; Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia de 11 de agosto de 2011, expediente 20758; Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia de 11 de agosto de 2011, expediente 20325; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 15 de febrero de 2012, expediente 21277; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 7 de junio de 2012, expediente 20700; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 26 de septiembre de 2012, expediente 24677. Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2013, expediente 25022. “[...] **Sin que ello suponga, prima facie, desconocer la fuerza probatoria que revisten los recortes de prensa**”; Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia de 30 de abril de 2014, expediente 25085; Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 29 de mayo de 2014, expediente 32424; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 10 de diciembre de 2015, expediente 36291.

6.3 La tercera línea jurisprudencial tiene como referente a la sentencia de la Sección Tercera de 9 de junio de 2010, expediente 19283, en la que se reiteró lo señalado en la anterior jurisprudencia, pero señalando que contrastados con otros medios probatorios estos pueden permitir establecer la ocurrencia del daño antijurídico y la imputación a las entidades públicas a las que se demanden⁴¹.

Siendo esta tercera línea jurisprudencial la más reciente, encuentra diferentes desarrollos:

(1) La Sub-sección C en la sentencia de 22 de junio de 2011, expediente 19980 señaló que *“si bien no puede considerarse a la información de prensa con la entidad de la prueba testimonial, sino con el valor que puede tener la prueba documental, no puede reputarse su inconducencia, o su inutilidad⁴²”*, concluyéndose por la Sala *“que la información de prensa puede constituirse en un indicio contingente”*, para lo que se sustenta en la sentencia de 20 de mayo de 2002, expediente 1251-00, según la cual en *“otras providencias ha señalado que la información periodística solo en el evento de que existan otras pruebas puede tomarse como un indicio simplemente contingente y no necesario”*.

Lo anterior llevó a la Sala a considerar que *“era necesario dilucidar qué valor probatorio le otorgó la Sala a las informaciones de prensa allegadas al proceso, ya que el principal problema para su valoración es la necesidad de cuestionar la veracidad que pueda ofrecer de la ocurrencia de los hechos. Más aún es necesario considerar racionalmente*

⁴¹ Sección Tercera, sentencia de 9 de junio de 2010, expediente 19283. “[...] conviene precisar que en el caso concreto, el conjunto de documentos resultan apreciables en cuanto se relacionan con la vulneración al bien jurídico constitucional relacionado con el buen nombre, honra y honor del demandante [...], como quiera que a partir de los recortes de periódicos aportados, se evidencia la publicación de una noticia en su contra que lo expuso a un escarnio público, situación que indudablemente genera una grave afectación a sus derechos fundamentales”.

⁴² Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 20 de mayo de 2003, expediente PI-059. “[...] Le asiste razón al actor en argumentar que los ejemplares del diario ‘El Tiempo’ y de la revista ‘Cambio’ no resultan inconducentes, ya que por regla general la ley admite la prueba documental, y no la prohíbe respecto de los hechos que se alegan en este caso. Asunto distinto será el mentó o eficacia que el juez reconozca o niegue a dichos impresos. Así, se revocara la denegación de la prueba a que alude el actor respecto de los artículos del Diario y Revista indicados, por encuadrar como pruebas conforme al artículo 251 del Código de Procedimiento Civil y en su lugar se decretará la misma para que sea aportada por el solicitante de ella, dada la celeridad de este proceso”.

su valor probatorio como prueba de una realidad de la que el juez no puede ausentarse, ni puede obviar en atención a las reglas procesales excesivamente rígidas. Tanto es así, que la Sala valorará tales informaciones allegadas en calidad de indicio contingente que [sic], para que así sea valorado racional, ponderada y conjuntamente dentro del acervo probatorio”⁴³.

Dicha jurisprudencia se reiteró y amplió por la Sub-sección C en la sentencia de 15 de febrero de 2012, expediente 20880, argumentándose que si *“bien las informaciones de prensa relacionadas anteriormente no pueden ser apreciadas como documento o testimonio⁴⁴, si pueden ser valorados como indicio contingente y no necesario, por lo tanto teniendo en cuenta los demás medios de prueba obrantes dentro del proceso, se puede decir que la información vertida en los aludidos medios de comunicación, es indicativa de una realidad que a la postre resultó insoslayable”*,

(2) La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la sentencia de 29 de mayo de 2012, expediente 2011-01378 (PI), fijó los criterios para valorar los recortes e informaciones de prensa: (i) se parte de considerarla como prueba documental; (ii) que representa un valor secundario para la acreditación de los hechos; (iii) por sí sola lleva a demostrar un registro mediático; (iv) carece de entidad suficiente para probar en sí misma existencia y veracidad de la situación narrada; (v) no puede constituir el único sustento de la decisión del juez; (vi) comprenden la percepción del hecho de la persona que escribe la noticia; (vii) pueden apreciarse como medio probatorio siempre que estén en medio representativo; y, (viii) no dan fe de la veracidad y certidumbre de la información que contienen. Tales criterios no representan un *“numerus clausus”*, ni esto se desprende la misma sentencia.

(3) Un desdoblamiento se encuentra en la sentencia de la Sub-sección C de 13 de junio de 2012, expediente 2011-00031 AP, en la que se argumentó que la *“publicación*

⁴³ Jurisprudencia que tiene continuidad en las siguientes sentencias: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 19 de octubre de 2011, expediente 20861; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012, expediente 21196.

⁴⁴ Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 3 de mayo de 2013, expediente 19246. El que no cumpla con los requisitos de la prueba testimonial **“no significa que estos documentos carezcan por completo de valor probatorio”**.

periodística que realice cualquiera de los medios de comunicación puede ser considerada prueba documental. En principio solo representa valor secundario de acreditación del hecho en tanto por sí sola, únicamente demuestra el registro mediático de los hechos. Carece de la entidad suficiente para probar en sí misma la existencia y veracidad de la situación que narra y/o describe. Su eficacia como plena prueba depende de su conexidad y su coincidencia con otros elementos probatorios que obren en el expediente. Por tanto, individual e independientemente considerada no puede constituir el único sustento de la decisión del juez [...] Lo anterior equivale a que cualquier género periodístico que relate un hecho reportajes, noticias, crónicas, etc., en el campo probatorio puede servir solo como indicador para el juez, quien a partir de ello, en concurrencia con otras pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso podría llegar a constatar la certeza de los hechos”⁴⁵, que pueden o dar certeza, o no aportar a lo ya ofrecido con otros medios probatorios⁴⁶ sin desecharlas de plano.

⁴⁵ En similar sentido puede verse: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 30 de enero de 2013, expediente 25087. “[...] **Los recortes de prensa anexados con la demanda, y el documental televisado del que dan cuenta los vídeo-casetes que fueron aportados con la corrección de la demanda, habrán de ser analizados en conjunto con las demás pruebas que obran en el expediente, con el fin de verificar la información que en ellos consta**”. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 30 de enero de 2013, expediente 24530A. “[...] **Respecto a los recortes de periódico [sic] obrantes a folios 49 a 50 del cuaderno No. 5, que no serán abstraídos para su apreciación, ya que por sí solos no revisten valor de plena prueba y la noticia de la que dan cuenta es objeto de análisis ampliado en conjunto, conexidad y consecuencia, con los demás medios probatorios**”. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 30 de enero de 2013, expediente 24631. “[...] **Con el libelo introductorio se aportó un recorte de prensa del Diario El Colombiano, en el que se advierte de la muerte de tres agentes de policía, entre ellos, el agente Holguín [...] Deberá valorarse el citado documento con otros elementos probatorios, a fin de establecer el hecho correspondiente a la muerte del agente Holguín**”. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 27 de febrero de 2013, expediente 26436. “[...] **Su valoración dependerá de la conexidad y coincidencia con otros elementos probatorios que obren en el expediente, pero no puede constituir el único sustento de la decisión del juez**”. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 20 de marzo de 2013, expediente 24550. “[...] **Los recortes de prensa anexados con la demanda, habrán de ser analizados en conjunto con las demás pruebas que obran en el expediente, con el fin de verificar la información que en ellos consta**”. Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 5 de abril de 2013, expediente 27281. “[...] **la Sala dará valor probatorio a los recortes de prensa, en el sentido de considerar que está demostrada la divulgación de ciertos hechos en medios de comunicación de amplia circulación [...] En caso de que exista correspondencia entre los sucesos narrados por los reportes periodísticos y los hechos señalados por las demás pruebas del proceso, se tendrán por ciertos los hechos narrados en tales medios de convicción**”. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 24 de abril de 2013, expediente 25947; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 8 de mayo de 2013, expediente 23016; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 24 de julio de 2013, expediente 27289; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 6 de diciembre de 2013, expediente 30814; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 12 de febrero de 2014, expediente 28489; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 26 de febrero de 2014, expediente 28869; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 26 de febrero de 2014, expediente 29172; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 14 de mayo de 2014, expediente 28905; Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 29 de mayo de 2014, expediente 24078. “[...] **La Sala procederá a valorar probatoriamente los recortes de prensa y dilucidará si existe un nexo o vínculo de la divulgación del hecho con los demás**

Precisamente en una de las sentencias de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera de 28 de agosto de 2014, expediente 28832, se argumenta que los recortes de prensa “*pueden ser considerados no solamente para probar el registro mediático de los hechos, sino para acreditar la existencia de los mismos, siempre y cuando tengan conexidad con otros medios de prueba y coincidan con ellos*”⁴⁷.

(4) En reciente sentencia de la Sub-sección C de 7 de septiembre de 2015, expediente 52892, se agregó por la Sala que “*actuando como juez de convencionalidad y contencioso-administrativo la valoración de los recortes e informaciones de prensa tiene en cuenta de forma consolidada la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos en los casos que conoce de vulneraciones de los derechos humanos tiene como criterios definidos que aquellos pueden apreciarse en cuanto recojan <<hecho públicos y notorios o declaraciones de funcionarios del Estado, o cuando corrobore aspectos relacionados con el caso>>, agregándose que serán admisibles para su valoración <<los documentos que se encuentren completos o que, por lo menso, permitan constatar su fuente y fecha de publicación>>*”.

medios de prueba obrantes en el proceso, de modo que se puedan tener por ciertos los hechos narrados en los respectivos medios de comunicación”; Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 29 de agosto de 2014, expediente 28373; Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia de 10 de septiembre de 2014, expediente 30875^a; Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 13 de noviembre de 2014, expediente 34247; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 13 de febrero de 2015, expediente 25565; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 26 de febrero de 2015, expediente 38149; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 26 de febrero de 2015, expediente 30579; Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 16 de marzo de 2015, expediente 34932.

⁴⁶ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 6 de marzo de 2013, expediente 26694. “[...] **En este caso, a pesar de que el contenido de las notas periodísticas coinciden con los informes investigativos de la Policía, ellos no aportan elementos nuevos que contribuyan a esclarecer los hechos, de manera que no resultan relevantes para la adopción de la decisión**”. Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, expediente 27709; Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 13 de noviembre de 2014, expediente 34491. “[...] **Así por el diario La Patria se conoció, aunado a los demás medios probatorios a los que se hará referencia posteriormente, que el padre, hijo y hermano de los actores perdió la vida por haber llamado la atención a un subalterno, por haber faltado a sus deberes e incurrido en conductas contrarias a la disciplina, poniendo en peligro a la comunidad**”; Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia de 28 de enero de 2015, expediente 34170. “[...] **A folios 121 a 128 del cuaderno 1 A obran varios informes de prensa según los cuales, el 10 de marzo de 2001, las FARC incursionaron en el predio Tokio y atacaron a los miembros de la Armada Nacional que se encontraban vigilando unas torres de comunicaciones, hecho que dejó un saldo elevado de personas fallecidas e incalculables daños materiales. Tales informes pueden valorarse por la Sala, toda vez que están respaldados con otros medios de prueba que militan en el plenario, como los testimonios acabados de citar [...]**”.

⁴⁷ Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, expediente 32988.

6.4 Sin duda, es necesario dilucidar qué valor probatorio le otorga la Sala a los recortes e informaciones de prensa aportadas al proceso, ya que el principal problema para su valoración es la necesidad de cuestionar la veracidad que pueda ofrecer de la ocurrencia de los hechos. Más aún es necesario considerar racionalmente su valor probatorio como prueba de una realidad de la que el juez no puede ausentarse, ni puede obviar en atención a reglas procesales excesivamente rígidas [debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia constitucional da prevalencia a lo sustancial por sobre el excesivo rigorismo procesal]. Tanto es así, que la Sala valorará los recortes e informaciones de prensa, inicialmente, en calidad de indicio contingente que, para que así sea valorado racional, ponderada y conjuntamente dentro del acervo probatorio⁴⁸, o con otras palabras que los recortes como material probatorio se someten a su contrastación con los demás medios de prueba que obran en el proceso.

7 Desde la perspectiva convencional, y haciendo la salvedad que las reglas y principios probatorios que operan en las jurisdicciones internacionales no son asimilables a aquellos de los ordenamientos internos⁴⁹, cabe agregar que cuando los recortes de periódicos, documentos de prensa, artículos y noticias⁵⁰ pueden aportar elementos de juicio para determinar, dilucidar y establecer vulneraciones a los derechos humanos, violaciones al derecho internacional humanitario o infracciones a reglas y principios de *ius cogens* el juez administrativo interno, como juez de convencionalidad, por virtud de los artículos 1.1, 2 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 2, 29, 93 y 229 de la Constitución Nacional, está obligado a considerar su valoración siguiendo los estándares convencionales que se señalan [no son taxativos] a continuación y que

⁴⁸ Aclaración de voto del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa a la sentencia de 31 de enero de 2011, expediente 17842, C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

⁴⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras, Fondo, sentencia de 15 de marzo de 1989, párrafo 130. “[...] Ni la Convención ni el Estatuto de la Corte o su Reglamento tratan esta materia. Sin embargo, la jurisprudencia internacional ha sostenido la potestad de los tribunales para evaluar libremente las pruebas, aunque ha evitado siempre suministrar una rígida determinación del *quantum* de prueba necesario para fundar el fallo (cfr. **Corfu Channel, Merits, Judgment, 1.J. Reports 1949; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports, 1986, párrs. 29-30 y 59-60**). 131. Para un tribunal internacional, los criterios de valoración de la prueba son menos formales que en los sistemas legales internos. En cuanto al requerimiento de prueba, esos mismos sistemas reconocen gradaciones diferentes que dependen de la naturaleza, carácter y gravedad del litigio”.

⁵⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párrafo 79.

proceden de la construcción jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: (i) el primer estándar es que si bien los recortes de prensa “no puede dárseles el carácter de prueba documental propiamente dicha”⁵¹, si “constituyen la manifestación de hechos públicos y notorios que, como tales, no requieren en sí mismos de prueba”⁵²; (ii) el segundo estándar consisten en que los recortes de prensa

⁵¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras, Fondo, sentencia de 15 de marzo de 1989, párrafo 145.

⁵² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Godínez Cruz vs. Honduras, Fondo, sentencia de 20 de enero de 1989, párrafo 152; caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras, Fondo, sentencia de 15 de marzo de 1989, párrafo 145. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Castillo Páez vs. Perú, sentencia de 3 de noviembre de 1997 párrafo 42. “[...] Fundada en la prueba documental y testimonial, en particular el dictamen del experto presentado por la Comisión, la Corte estima como demostrado que durante la época a que se hace referencia, existía en el Perú, divulgado como un hecho notorio por la prensa, una práctica por parte de las fuerzas de seguridad que consistía en la desaparición forzada de personas consideradas como miembros de grupos subversivos”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala, Fondo, sentencia de 8 de marzo de 1998, párrafo 75. “En relación con los documentos de prensa, si bien no tienen el carácter de prueba documental, tienen importancia en cuanto sean la manifestación de hechos públicos y notorios, y en la medida en que corroboren los testimonios recibidos en el proceso respecto de las circunstancias de las detenciones y muertes de las víctimas”. Puede verse también: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, Fondo, sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrafo 107; caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de febrero de 2001, párrafo 78; caso Cantos vs. Argentina, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de noviembre de 2002, párrafo 39; caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 7 de junio de 2003, párrafo 56; caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2003, párrafo 131. “[...] En lo que se refiere a los documentos de prensa presentados por la Comisión (supra párrs. 18 y 122), si bien no tienen el carácter de prueba documental, tienen importancia en cuanto sean la manifestación de hechos públicos y notorios que corroboren aspectos relacionados con el presente caso”; caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 8 de julio de 2004, párrafo 51; caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de septiembre de 2004, párrafo 81; caso De la Cruz Flores vs. Perú, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 18 de noviembre de 2004, párrafo 70; caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2004, párrafo 80; caso de las Hermanas Serrano Cruz, vs. El Salvador, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de marzo de 2005, párrafo 43; caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 17 de junio de 2005, párrafo 46; caso Fermín Ramírez, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 de junio de 2005, párrafo 51; caso Yatama vs. Nicaragua, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de junio de 2005, párrafo 119; caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, sentencia de 8 de septiembre de 2005, párrafo 96; caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párrafo 79; caso Palamara Iribarne vs. Chile, sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafo 60; caso Gómez Palomino vs. Perú, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafo 53; caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 93; caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela, sentencia de 28 de noviembre de 2005, párrafo 48; caso de la Masacre de Pueblo Bello, sentencia de 31 de enero de 2006, párrafo 74; caso López Álvarez vs. Honduras, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de febrero de 2006, párrafo 49; caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 7 de febrero de 2006, párrafo 199; caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de marzo de 2006, párrafo 45; caso Baldeón García vs. Perú, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de abril de 2006, párrafo 70; caso de las Masacres de Ituango, sentencia de 1 de julio de 2006, párrafo 122; caso Ximenes Lopes vs. Brasil, sentencia de 4 de julio de 2006, párrafo 55; caso Servellón García y otros vs. Honduras,

se reconocen “*en cuanto reproducen textualmente declaraciones públicas*”⁵³, o son de conocimiento público y útiles para resolver el caso⁵⁴; (iii) el tercer estándar consiste en

sentencia de 21 de septiembre de 2006, párrafo 50; caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 81; caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párrafo 86; caso La Cantuta vs. Perú, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párrafo 65; caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 11 de mayo de 2007, párrafo 59; caso Tristán Donoso vs. Panamá, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de enero de 2009, párrafo 28; caso Escher y otros vs. Brasil, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de julio de 2009, párrafo 76; caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 19 de noviembre de 2015, párrafo 32.

⁵³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Godínez Cruz vs. Honduras, Fondo, sentencia de 20 de enero de 1989, párrafo 152; caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras, Fondo, sentencia de 15 de marzo de 1989, párrafo 145. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, Fondo, sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrafo 107. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de febrero de 2001, párrafo 78. “[...] o *declaraciones de funcionarios del Estado*”. Puede verse también: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Cantos vs. Argentina, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de noviembre de 2002, párrafo 39; caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 7 de junio de 2003, párrafo 56; caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 8 de julio de 2004, párrafo 51; caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2004, párrafo 80; caso de las Hermanas Serrano Cruz, vs. El Salvador, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de marzo de 2005, párrafo 43; caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 17 de junio de 2005, párrafo 46; caso Fermín Ramírez, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 de junio de 2005, párrafo 51; caso Yatama vs. Nicaragua, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de junio de 2005, párrafo 119; caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, sentencia de 8 de septiembre de 2005, párrafo 96; caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párrafo 79; caso Palamara Iribarne vs. Chile, sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafo 60; caso Gómez Palomino vs. Perú, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafo 53; caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 93; caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela, sentencia de 28 de noviembre de 2005, párrafo 48; caso de la Masacre de Pueblo Bello, sentencia de 31 de enero de 2006, párrafo 74; caso López Álvarez vs. Honduras, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de febrero de 2006, párrafo 49; caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 7 de febrero de 2006, párrafo 199; caso Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de marzo de 2006, párrafo 45; caso Baldeón García vs. Perú, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de abril de 2006, párrafo 70; caso de las Masacres de Ituango, sentencia de 1 de julio de 2006, párrafo 122; caso Ximenes Lopes vs. Brasil, sentencia de 4 de julio de 2006, párrafo 55; caso Servellón García y otros vs. Honduras, sentencia de 21 de septiembre de 2006, párrafo 50; caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 81; caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párrafo 86; caso La Cantuta vs. Perú, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párrafo 65; caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 11 de mayo de 2007, párrafo 59; caso Tristán Donoso vs. Panamá, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de enero de 2009, párrafo 28; caso Escher y otros vs. Brasil, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de julio de 2009, párrafo 76

⁵⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Manuel Cepeda vs. Colombia, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de mayo de 2010, párrafo 58.

que puedan corroborar lo establecido con otros medios probatorios como medios pertinentes para la veracidad de los hechos⁵⁵; (iv) el cuarto estándar consiste en que no sean rectificadas⁵⁶; (v) el quinto estándar consiste es que su valoración debe tener en cuenta el derecho de todo ciudadano a recibir información e ideas relacionadas con asuntos de interés público⁵⁷; (vi) el sexto estándar consiste en que sean aceptados o no

[...] declaraciones de funcionarios públicos recogidas en notas de prensa, por ser de conocimiento público y útiles para la resolución del presente caso, el Tribunal las incorpora”.

⁵⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Fondo, sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrafo 107. *“[...] Así, la Corte los agrega al acervo probatorio como un medio idóneo para verificar, junto con los demás medios probatorios aportados, en la medida de su pertinencia para la veracidad de los hechos del caso”.* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de febrero de 2001, párrafo 78. *“[...]*

o cuando corroboren aspectos relacionados con el caso”. Puede verse también: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Cantos vs. Argentina*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de noviembre de 2002, párrafo 39; caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 7 de junio de 2003, párrafo 56; caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 8 de julio de 2004, párrafo 51; caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2004, párrafo 80; caso de las *Hermanas Serrano Cruz, vs. El Salvador*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de marzo de 2005, párrafo 43; caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 17 de junio de 2005, párrafo 46; caso *Fermín Ramírez*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 de junio de 2005, párrafo 51; caso *Yatama vs. Nicaragua*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de junio de 2005, párrafo 119; caso de las *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005, párrafo 96; caso de la *“Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párrafo 79; caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafo 60; caso *Gómez Palomino vs. Perú*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafo 53; caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 93; caso *Blanco Romero y otros vs. Venezuela*, sentencia de 28 de noviembre de 2005, párrafo 48; caso de la *Masacre de Pueblo Bello*, sentencia de 31 de enero de 2006, párrafo 74; caso *López Álvarez vs. Honduras*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de febrero de 2006, párrafo 49; caso *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 7 de febrero de 2006, párrafo 199; caso *Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de marzo de 2006, párrafo 45; caso *Baldeón García vs. Perú*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de abril de 2006, párrafo 70; caso de las *Masacres de Ituango*, sentencia de 1 de julio de 2006, párrafo 122; caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentencia de 4 de julio de 2006, párrafo 55; caso *Servellón García y otros vs. Honduras*, sentencia de 21 de septiembre de 2006, párrafo 50; caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 81; caso *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párrafo 86; caso *La Cantuta vs. Perú*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párrafo 65; caso de la *Masacre de la Rochela vs. Colombia*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 11 de mayo de 2007, párrafo 59; caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de enero de 2009, párrafo 28; caso *Escher y otros vs. Brasil*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de julio de 2009, párrafo 76

⁵⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Kawas Fernández vs. Honduras*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 3 de abril de 2009, párrafo 43.

⁵⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, Reparaciones y costas, sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafo 153; caso *Kimel*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de mayo de 2008, párrafo 88. *“[...] En una sociedad democrática, la prensa debe*

sean controvertidos por el Estado⁵⁸; y, (vii) el séptimo estándar lleva a concebirlos como documentos que pueden valorarse siempre que estén completos, o por lo menos permitir la constatación de su fuente y fecha de publicación⁵⁹, y excepcionalmente se aceptan cuando ninguna de las partes lo objeta o cuestiona su autenticidad⁶⁰.

8 Así las cosas, es necesario considerar racionalmente su valor probatorio como prueba

informar ampliamente sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas”.

⁵⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Yvon Neptune vs. Haití, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de mayo de 2008, párrafo 30. *“Es oportuno destacar que el fundamento probatorio de una parte importante de los hechos contenidos en la demanda de la Comisión se basan en documentos de prensa y en información contenida [sic] en sitios de internet. En su jurisprudencia este Tribunal ha apreciado el valor probatorio de los documentos de prensa únicamente cuando recojan hechos públicos y notorios o declaraciones de funcionarios del Estado, o cuando corroboren aspectos relacionados con el caso y acreditados por otros medios. Este habría sido el valor probatorio de la información ofrecida por la Comisión para sustentar determinados hechos. No obstante, en este caso la Corte tendrá por acreditados esos hechos en la medida en que han sido aceptados o no han sido controvertidos por el Estado”.*

⁵⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2010, párrafo 56. “[...] El Tribunal decide admitir los documentos que se encuentren completos o que, por lo menos, permitan constatar su fuente y fecha de publicación, y los valorará tomando en cuenta el conjunto del acervo probatorio, las observaciones del Estado y las reglas de la sana crítica”. Puede verse también: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 4 de marzo de 2011, párrafo 40; caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 20; caso González Medina y familiares vs. República Dominicana, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de febrero de 2012, párrafo 67; caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de abril de 2012, párrafo 12; caso Díaz Peña vs. Venezuela, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de junio de 2012, párrafo 17; caso del Pueblo indígena Kichwa de Sarayacu, vs. Ecuador, Fondo y reparaciones, sentencia de 27 de junio de 2012, párrafo 36; caso Suárez Peralta vs. Ecuador, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 21 de mayo de 2013, párrafo 33; caso García Lucero y otras vs. Chile, Excepción preliminar, fondo y reparaciones, sentencia de 28 de agosto de 2013, párrafo 48; caso Luna López vs. Honduras, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 10 de octubre de 2013, párrafo 14; caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 de noviembre de 2013, párrafo 46; caso Norín Catrimán y otros, (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile, sentencia de 29 de mayo de 2014, párrafo 58; caso Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de agosto de 2014, párrafo 35; caso Granier y otros, (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de junio de 2015, párrafo 34; caso Canales Huapaya y otros vs. Perú, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de junio de 2015, párrafo 52; caso Comunidad Campesina Santa Bárbara vs. Perú, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de septiembre de 2015, párrafo 75.

⁶⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Contreras y otros vs. El Salvador, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2011, párrafo 33. “[...] La Corte constató que en algunos de esos documentos no puede leerse la fecha de publicación. No obstante, ninguna de las partes objetó tales documentos por este hecho ni cuestionó su autenticidad. En consecuencia, El Tribunal decide admitir los documentos que se encuentren completos o que por lo menos permitan constatar su fuente y fecha de publicación, los valorará tomando en cuenta el conjunto del acervo probatorio, las observaciones de las partes y las reglas de la sana crítica”.

de una realidad de la que el juez no puede ausentarse, ni puede obviar en atención a reglas procesales excesivamente rígidas, si se compadece con los estándares convencionales y constitucionales y permite que no se niegue el derecho de acceso a la administración de justicia.

9 Con otras palabras, la Sala valora el recorte de prensa del periódico “El País” de Santiago de Cali de 22 de enero de 2007, y la información contenida en el mismo, al cumplir varios estándares convencionales y constitucionales que son aplicables por las vulneraciones a los derechos humanos y las violaciones al derecho internacional humanitario que este pueda permitir establecer, ya que se conoce su fecha de publicación, su fuente y comprende declaraciones de funcionarios públicos. Además de lo anterior, la Sala procederá a apreciarlo en conjunto y contrastado con los demás medios probatorios y en aplicación de las reglas de la sana crítica⁶¹.

2.4. Objeto del recurso de apelación.

10 Teniendo en cuenta que el recurso de apelación fue interpuesto por la parte demandante, la Subsección aplicará la decisión adoptada por la Sala Plena del Consejo de Estado⁶² en la cual se fija el alcance de la competencia del fallador de segunda

⁶¹ Sección Tercera, Sub-sección C, aclaración de voto del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa a la sentencia de 31 de enero de 2011, expediente 17842; Sub-sección C, sentencia de 20 de junio de 2013, expediente 23603.

⁶² “(...) *En este orden de ideas, para la Sala Plena de la Sección Tercera resulta claro –y alrededor de este planteamiento unifica en esta materia su Jurisprudencia– que por regla general el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’.* (...) *Ahora bien, en relación con la mencionada regla general, según la cual aquellos temas no propuestos en el recurso de alzada estarían llamados a excluirse del conocimiento del juez ad quem, conviene precisar que dicha regla general no es absoluta, puesto que la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante*

instancia, limitándola al estudio de los puntos de la sentencia que fueron atacados por el recurrente en el escrito de apelación, encaminado a discutir que el daño antijurídico ocasionado a la víctima si es atribuible a las entidades públicas demandadas, exigiendo una valoración completa e integral de toda prueba.

3. Problema jurídico.

11 ¿Es responsable la Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Municipio de Planadas (Tolima) por el desaparecimiento forzado de que fue víctima el Personero Municipal de Planadas para el periodo 1995 - 1997, Rafael Hernán Sánchez Pinillos, o por el contrario, debe denegarse las pretensiones del libelo, por no haberse probado que el antes mencionado hubiera puesto en conocimiento de las autoridades competentes las supuestas amenazas contra su vida?

4. Acervo probatorio.

Dentro del plenario, obran los siguientes medios de prueba relevantes:

4.1. Documentales:

1. Original de la partida de matrimonio de los señores Silverio Sánchez Sánchez y Celmira Pinillos Aguirre, expedida por el Párroco de Amabalema (Tolima) (Fl.3 C.1).
2. Original de la partida de bautizo de señor Silverio Sánchez Sánchez expedida por el Párroco de Amabalema (Tolima), donde consta que nació 23 de junio de 1938 (Fl.4 C.1).
3. Original de la partida de bautizo de la señora Celmira Pinillos Aguirre expedida por la parroquia de Fresno (Tolima), donde consta que nació 1 de marzo de 1933 (Fl.5 C.1).



4. Copia auténtica del certificado del registro civil de nacimiento de Rafael Hernán Sánchez Pinillos expedido por la Notaría Única del Circuito de Ambalema, donde consta que nació el 14 de octubre de 1958 y que sus padres son Silverio Sánchez Sánchez y Celmira Pinillos (Fl.7 C.1).

5. Copia auténtica del certificado del registro civil de nacimiento de Edgar Sánchez Pinillos, donde consta que nació el 7 de mayo de 1957 y que sus padres son Silverio Sánchez Sánchez y Celmira Pinillos (Fl.62 C.1).

6. Copia auténtica del certificado del registro civil de nacimiento de José Rutbel Sánchez Pinillos expedido por la Notaría Única del Circuito de Ambalema, donde consta que nació el 29 de agosto de 1959 y que sus padres son Silverio Sánchez Sánchez y Celmira Pinillos (Fl.9 C.1).

7. Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Fidel Sánchez Ruiz, donde consta que nació el 24 de abril de 1980 y que sus padres son Rafael Hernán Sánchez Pinillos y María del Carmen Ruiz Orozco (Fl.10 C.1).

8. Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Tatiana Sánchez Alarcón, donde consta que nació el 6 de agosto de 1986 y que sus padres son Rafael Hernán Sánchez Pinillos y Ana Patricia Alarcón Pulido (Fl.11 C.1).

9. Copia simple de la certificación expedida por la Fundación Universitaria Autónoma de Colombia de fecha 24 de enero de 1995, donde consta que el señor Rafael Hernán Sánchez Pinillos cursó y aprobó los 10 semestres académicos correspondientes a la carrera de derecho (Fl.20 C.1).

10. Copia simple del acta de posesión del Dr. Rafael Hernán Sánchez Pinillos como personero municipal de Planadas (Tolima), de fecha 1 de marzo de 1995 (Fls.7 y 8 C.2).

11. Copia simple del informe realizado por el Comandante de la Policía de la Estación de Planadas (Tolima) el 24 de agosto de 1995, sobre la desaparición del señor Rafael Hernán Sánchez Pinillos (Fl.21 C.1):

“Por medio del presente me permito informar ante esa Unidad, la novedad ocurrida el día lunes 21 de agosto de los corrientes cuando por informaciones allegadas a este Comando seis sujetos con armamento largo interceptaron en la carrera 6ª desconocida la calle al señor PERSONERO MUNICIPAL de nombre RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS, obligándolo a abordar un vehículo de características desconocidas y hasta la fecha desconocen las autoridades el paradero del funcionario público, esta información fue corroborada cuando una señora de características desconocidas ingreso a la Fiscalía el día martes en horas de la mañana y le manifestó a la Secretaria de la misma la misma información recibida por la Policía. Es de anotar que nosotros tubimos (sic) conocimiento del hecho el día miércoles siendo las 10.00 horas de la mañana y por lo que se ha podido averiguar el señor Personero Municipal para la noche del día lunes se encontraba en un bazar en compañía de la señorita ADRIANA CAMARGO y posteriormente no es (sic) volvió a saber nada de él. Al trasladarnos a su residencia pudimos comprobar que desde ese día no a (sic) utilizado su habitación, en la casa de la señora LEONOR DE ARANGO donde toma alimentos tampoco lo han visto.

Es mi preocupación como Comandante de la Policía en el Municipio esta irregularidad por lo cual pongo de presente que este comando seguirá adelantando al máximo las investigaciones para dar con el paradero del señor RAFAEL SANCHEZ PINILLOS y ruego ante esa autoridad sea iniciada una investigación que de resultados positivos para la localización del mismo, pongo ante usted todo lo que este a mi alcance y me comprometo con mi labor institucional de ayuda ante los entes judiciales.

13. Recorte del periódico el Nuevo Día de Ibagué del 29 de agosto de 1995, donde se informa que para la fecha no se sabe nada sobre el grupo que había retenido al señor Personero de Planadas, Rafael Hernán Sánchez Pinillos, razón por la cual se conformó un grupo de personas integradas por el Defensor del pueblo, el Procurador Departamental y el Personero de Ibagué para esclarecer los hechos.

14. Recorte del periódico el Nuevo día de Ibagué del 12 de septiembre de 1995, donde se informa que el hermano del señor Personero de Planadas, Rafael Hernán Sánchez Pinillos inició su búsqueda, para lo cual pactó una cita con un Jefe guerrillero.

15. Copia simple del oficio No.0910/SIPOL DETOL de fecha 20 de septiembre de 1995, expedido por el Departamento de Policía Tolima – Sección Inteligencia, por medio del cual se envía carta firmada por “Alias Jeronimo” comandante del frente “Joselo Lozada” de las FARC dirigida a los señores Edgar y Silverio Sánchez (Fls.42 C.1):

A. Copia simple del oficio de fecha 8 de septiembre de 1995, suscrito por “Jeronimo” y dirigido a Edgar y Silverio Sánchez, del cual se extracta lo siguiente (Fl.43 C.2):

“En medio de la incertidumbre que los embarga por la desaparición del hermano, hijo y Personero del Municipio, reciban nuestra voz de aliento y deseo por su pronto retorno.

En la situación vuestra, similar a la de cientos de familias que atraviesan por tan difícil trance en un país donde el respeto a los civiles, al derecho humanitario y a la paz son pisoteados a diario; en cambio de propuestas oficiales de convivencia, se ofrece dinero por la vida de terceros, se promueven grupos de justicia oficiales bajo el monte de “cooperativas” y se amenaza de muerte a quienes honestamente ponen puntos en las íes contra los desmanes militares (léase lo del General Velandia Hurtado) y mucho me temo contra el Personero por su firme actitud en Peña Rica ante la brutalidad oficial en personas civiles inocentes y ajenas al conflicto, que si hubiese actuado como lo hizo, hoy Yimy Capera estaría en las estadísticas de “bajas oficiales” en combate.

Agregado a esto, tengo informaciones no precisas en torno a su actuación por el rapto de una menor de edad en Planadas por un oficial del Ejército y una señora, todo lo cual tal vez le ganjeó enemistados de toda índole.

(...)

Me pregunto: Por que andan motos con parrillero haciendo disparos en un casco urbano militarizado? Se ve que ha empezado a funcionar el plan de exterminio en el Sur contra quienes encabezan la protesta ante la crisis cafetera. En estos hechos tuvo mucha intermediación Rafael Sánchez como Personero para lograr la libertad de integrantes comunales que estaban siendo empapelados como guerrilleros”.

16. Copia simple del Oficio No.741/PN-UNASE-CDO de fecha 19 de diciembre de 1995, expedido por la Dirección Nacional UNASES Urbanos – UNASE Urbano Ibagué, dirigido al Director del Programa Anti – Secuestro de la Presidencia de la República, en el que se informa lo siguiente (Fls.44 a 46 C.2):

“Por medio de la presente me permito dar respuesta al fax de la referencia, en donde solicitan la mayor información posible sobre el secuestro o desaparición del señor RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS; información complementada con el oficio No.10987 del DAS.TOL.CIT, así:

Nombres y Apellidos: RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS

Lugar y fecha de nacimiento: Ambalema, Tolima, 13 de octubre de 1958.

Hijo de: Silverio y Celmira

Profesión: Abogado

Documento de Identidad: CC. No.14.226.738 expedida en Ibagué

Filiación políticas: Movimiento Alianza Cívica Liberal

El señor Rafael Hernán Sánchez Pinillos, fue secuestrado el 21 de agosto del presente año a las 21: 30 horas aproximadamente, en el casco urbano del Municipio de Planadas, por seis (6) individuos que portaban armas de corto y largo alcance, al parecer por bandoleros del Frente "Joselo Lozada" de las FARC, quienes se movilizaban en un vehículo campero.

Es de anotar que este señor se encontraba incluido en una lista donde amenazaban de muerte a las principales autoridades civiles de dicho municipio, entre ellos el Alcalde y el Secretario de Planeación Municipal.-

De otras informaciones obtenidas el señor Sánchez Pinillos al parecer estaba adelantando unas investigaciones de unos militares que supuestamente estaban cometiendo algunos atropellos en la región, entre ellos un Oficial del Ejército.

Igualmente el señor SILVERIO SANCHEZ, padre del plagiado, se entrevistó con el Comandante (Alias Jeronimo) del Frente "Joselo Lozada", quien le manifestó que las FARC, no lo tenían secuestrado y envió un comunicado con fecha Septiembre 8/95, aunque hecho el respectivo análisis del mismo, este comunicado se sale de los parámetros normales que utilizan las FARC, ya que fué (sic) hecho en papel común sin el membrete del Grupo Subversivo y las leyendas que lo distinguen.

De otra parte, el día 17 de octubre, la Fiscalía Regional Delegada, recibió las preliminares No.1156, adelantadas de manera oficiosa; radicando de la siguiente manera:

(...)

El 23 de octubre, mediante el oficio No.2921, las preliminares son enviadas a la Dirección Regional de Fiscalías de Santafé de Bogotá, con el fin de que se designe un Fiscal Regional, que asuma el conocimiento directo de la investigación y entre a resolver lo que derecho corresponda.

Es de anotar que el caso del señor SANCHEZ PINILLOS, se trata de una desaparición más no de un secuestro, toda vez que por ello no se ha realizado ninguna clase de exigencia a los familiares; dentro de lo que se conoce, ya que los familiares de la víctima en ningún momento han querido colaborar con los organismos del estado, haciendo de ésta manera dificultoso (sic) investigar éste hecho.

17. Copia simple de la Resolución No.48 del 8 de marzo de 1996 "Por medio de la cual se ordena la cancelación de los salarios y prima de navidad del doctor Rafael Sánchez Pinillos, Personero Municipal de Planadas Tolima, quien se encuentra en detención forzosa", expedida por la Alcaldía municipal de Planadas y que en su parte resolutive indica (Fls.18 y 19 C.1):

"ARTICULO PRIMERO: ORDENESE como en efecto se hace la LIQUIDACION Y PAGO de los salarios que se le adeudan al Dr. RAFAEL SANCHEZ PINILLOS de los meses de: AGOSTO, SEPTIEMBRE, OCTUBRE, NOVIEMBRE Y DICIEMBRE, y la PRIMA DE NAVIDAD DEL año 1995, al igual que los salarios de ENERO, FEBRERO Y MARZO de

1996; en cabeza de su señora MADRE CELMIRA PINILLOS DE SANCHEZ por las razones motivadas en la parte de los considerandos de este Proveído.

ARTICULO SEGUNDO: ORDENESE la cancelación de los conceptos anteriores a la Tesorería municipal de Planadas, en los términos establecido en la presente Resolución.

(...)"

18. Copia simple de carta remitida por el señor "Jeronimo Galeano" a Edgar Sánchez Pinillos y familia el día 10 de mayo de 1996, en la cual se dice lo siguiente (Fls.13 y 14 C.1):

"(...)

Quiero con la presente ratificar nuestro desconocimiento del hecho, tenemos algunos datos que haría falta comprobar para dar al menos con él o con los responsables del plagio.

Sabemos que usted visitó al jefe paramilitar del Cambrín a quien apodan Canario, quien por lógica nos echaría la responsabilidad encima y quiero ser tajante en lo siguiente: Los paramilitares son el instrumento ilegal de los militares y políticos para sacar del camino mediante el sicariato a quienes estorban o impiden sus propósitos y por lógica se equivocó en interlocutor, pues haciendo un seguimiento de hechos donde intervino con total independencia Rafael, se ve que no era de su confianza y más bien se ganó la enemistad de ese bando; a nosotros nunca nos tocó ni para bien ni para mal, más bien observamos sus actos con simpatía ante los exabruptos oficiales contra la población civil.

Le reitero en esta dos hechos que deben valorarse en su dimensión exacta, de aquí se puede ir sacando elementos de juicio para saber del paradero de Rafael:

En julio del 94 ocurrió la muerte del joven evangélico Yimi Capera en Peña Rica, hiriendo a 3 civiles más, amenazaron de muerte niños de corta edad como lo registró el diario al Día de Ibagué, que de no ser por la actitud del personero, habría sido pasado como guerrilleros muertos en combate y capturados con toda la farsa que saben montar sin que los medios de comunicación tengan la oportunidad de comprobar la veracidad de la noticia.

Luego la Iglesia de Gaitania con la asistencia de la población se les acusó directamente por el crimen y allí el Ejército seguía afirmando que el muerto era guerrillero masi como los 3 heridos, pero que la intervención del Personero fue definitiva para desenmascararlos.

Luego vienen los pliegos que hace contra los mandos de la patrulla, sin que hasta el momento se conozca en que van los procesos, pero según informaciones, al desaparecer el impulso de la denuncia y defensa de los derechos de esos ciudadanos, todo ha quedado parado.

Como le decía antes, ayer hablé con la señora que recogió una criatura de pocas horas de nacida y me narró los hechos y quienes por la fuerza, aplicada por 6 Policías de Planadas a órdenes de un Capitán del Ejército de Chaparral le secuestraron a niñita y hasta hoy no se sabe nada de ella.

Rafael les leyó en medio de la discusión los derechos que tenía la señora, pero la complicidad de una prestante dama del pueblo, el Capitán y su amante (delegada del bienes de Chaparral) no acataron derechos y procedieron por la fuerza a despojar la señora de la nena. (...)

Rafael en compañía de la señora empezaron ese día a levantar una acción de tutela contra la Policía, el Capitán del Ejército y la delegada del ICBF, duraron 4 horas elaborando el material, citaron para el siguiente día y terminarlo, cuando al pueblo a proseguir, se encontró con la noticia de su desaparición.

(...)

Esos elementos los hemos venido siguiendo, probando además de documentos capturados a la CONVIVIR de Paugil, donde sus acciones van dirigidas contra todos los funcionarios, líderes políticos, comunales, en fin, todo desafecto al régimen.

(...)

Reciban de nuevo la seguridad desde las FARC – EP que haremos lo que esté al alcance para establecer el hecho y nuestros votos por que su desenlace sea feliz para ustedes, la región y la verdad, la que también está desaparecido junto con su portador.

19. Declaración extra juicio rendida por el señor Rafael Humberto Díaz el 18 de diciembre de 1997, ante la Notaria Tercera del Circuito de Ibagué (Tolima), en donde narra lo siguiente (Fl.66 C.1):

“ANA PATRICIA ALARCON PULIDO, IDENTIFICADA CON LA CEDULA DE CIUDADANIA NUMERO 65.747.731 DE IBAGUE; VIVIO EN UNION LIBRE DURANTE 3 AÑOS CON EL SEÑOR RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS, DE ESTA UNION NACION UNA HIJA DE NOMBRE TATIANA SANCHEZ ALARCON DE 11 AÑOS DE EDAD; LA SEÑORA ANA PATRICIA Y TATIANA VIVEN BAJO EL MISMO TECHO, DESDE HACE 1 AÑO EN SAN ANDRES ISLA, ACTUALMENTE LA MENOR DEPENDE DE SU MADRE”.

20. Declaración extra juicio rendida por el señor Hernando Atehortua Pineda el 18 de diciembre de 1997, ante la Notaria Tercera del Circuito de Ibagué (Tolima), en donde narra lo siguiente (Fl.67 C.1):

“ANA PATRICIA ALARCON PULIDO, IDENTIFICADA CON LA CEDULA DE CIUDADANIA NUMERO 65.747.731 DE IBAGUE; VIVIO EN UNION LIBRE DURANTE 3 AÑOS CON EL SEÑOR RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS, DE ESTA UNION NACION UNA HIJA DE NOMBRE TATIANA SANCHEZ ALARCON DE 11 AÑOS DE EDAD; LA SEÑORA ANA PATRICIA Y TATIANA VIVEN BAJO EL MISMO TECHO, DESDE HACE 1 AÑO EN SAN ANDRES ISLA, ACTUALMENTE LA MENOR DEPENDE DE SU MADRE”.

21. Original de certificación expedida por el Secretario de Hacienda y Tesorería Municipal de la Alcaldía del Municipio de Planadas – Tolima, de fecha 14 de octubre de 1998 (Fl.9 C.2):

“Que revisados los archivos de pagos de la Tesorería Municipal, se encontró que el Doctor RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS, identificado con la cédula de ciudadanía número 14.226.738 de Ibagué, devengó en calidad de PERSONERO MUNICIPAL DE PLANADAS – TOLIMA, la (sic) siguientes sumas de dinero a título de salario mensual:

1995: SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL TREINTA PESOS MONEDA LEG16.AL (\$666.030).-

1996: UN MILLON CIENTO TREINTA Y SIETE MIL NUEVE PESOS MONEDA LEGAL (\$1.137.009).-

1997: UN MILLON TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL CUARENTA PESOS MONEDA LEGAL (\$1.376.040).-”

22. Original de oficio No.0764 BR6 BICAI S2 INT 252 remitido por las Fuerzas Militares de Colombia – Ejército Nacional el día 15 de octubre de 1998, en el cual se informa lo siguiente (Fl.63 C.2):

“CON EL OBJETO DE DAR RESPUESTA A SU OFICIO NO 4750 BUSCANDO EN LOS ARCHIVOS DE ESTA UNIDAD NO SE ENCONTRO SOLICITUD ALGUNA EXPEDIDA POR MENSIONADO CIUDADANO (sic)”

23. Original del oficio No.812/COMAN-GAULA-252 de fecha 23 de octubre de 1998, expedido por la Dirección Antisecuestro y Extorsión – Regional Gaula Ibagué, a través del cual remiten los siguientes documentos (Fl.36 C.2):

A. Original del oficio No.206 DPTEP de fecha 15 de octubre de 1998, suscrito por el comandante de la Estación de Policía de Planadas, en el cual se informa los siguiente (Fl.37 C.1):

“Respetuosamente permitome (sic) comunicarle que se revisaron los archivos que se llevan en esta unidad Policial, no aparece ningún documento como antecedente del informe policivo sobre la información del secuestro del señor RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS, Personero Municipal de Planadas para la fecha del plagio”.

B. Copia simple del oficio No.187 DPTEP de fecha 18 de septiembre de 1998, suscrito por el Comandante de la Estación de Policía de Planadas, a través del cual se señala lo siguiente (Fl.38 C.1):

“Respetuosamente permitome (sic) comunicarle que revisados los archivos de la Unidad, no aparece ninguna información y solicitud de escolta elevada por el Dr. RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS en calidad de Personero Municipal de la Localidad, misma forma me dialogo (sic) con la señora YOLANDA RAMIREZ, quien se desempeñaba como secretaria de la Personería para la fecha del plagio, manifestó que no se conocía amenazas y que nunca recibió las mismas por parte de la Subversión y/o delincuencia común”.

C. Copia simple del oficio No.0209 del 28 de octubre de 1996, suscrito por el Fiscal Regional Delegado ante el Gaula, en el que se informa lo siguiente (Fl.39 C.1):

“Conforme lo dispuso este Despacho en proveído de hoy, comedidamente envió a esa oficina, en comisión por el término de 60 días, las preliminares No.27-158 procedentes de la Unidad de Previa de la Dirección Regional de Fiscalías de Santafé de Bogotá.

La actuación deberá adelantarse por duplicado.

Estas diligencias se adelantan en AVERIGUACIÓN DE RESPONSABLES por el delito de SECUESTRO, siendo ofendido el Dr. RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS (Personero Municipal de Planadas) y consta de dos (2) cuadernos (...)”

24. Oficio No. 1181 del 9 de marzo de 1999, expedido por la Fiscalía General de la Nación – Unidad Nacional de Derechos Humanos de Bogotá, en donde se señala que la unidad autorizó la expedición de las piezas procesales adelantadas, a costa del interesado (Fl.212 C.1).

25. Sentencia del 31 de mayo de 2005, proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Chaparral dentro del proceso adelantado por la presunción de muerte por desaparecimiento del señor Rafael Hernán Sánchez Pinillos, la cual en su parte resolutive indicó (Fls.234 a 241 C.1):

“PRIMERO: DECLARAR la muerte presunta por desaparacimiento de RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS, para el día veintiuno (21) de agosto de 1997, mayor de edad, portador de la cédula de ciudadanía No. 14.226.738 expedida en Ibagué, siendo su último domicilio el municipio de Planadas (Tolima) por los motivos antes dictados.

(...)”

26. Sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial – Sala Civil Familia de Ibagué, de fecha 28 de febrero de 2006 que confirmó lo decidido por el Juez Promiscuo de Familia de Chaparra el 31 de mayo de 2005 (Fls.224 a 233 C.1).

3.2. Testimoniales

1. Testimonio rendido por la señora María Nery Moncaleano de Buritica ante el Tribunal Administrativo del Tolima el día 22 de septiembre de 1998, en donde narró lo siguiente (Fls.177 y 178 C.1):

“PREGUNTADO: Sírvase decir si conoció al señor RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS y, en caso afirmativo, desde cuándo y por qué lo conoció? CONTESTO: Yo lo conocí desde que estaba niño porque yo trabaje con la mamá de él en la Escuela La Francia en la ciudad de Ibagué, y allí a ella la trasladaron para la Escuela de Gaitán y nosotros nos seguimos viendo y también conozco al papá de él don SILVERIO SANCHEZ y seguimos visitándonos. PREGUNTADO: Sírvase decir si RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS fue víctimas (sic) de amenazas cuando se desempeñó como Personero Municipal de Planadas y si, en caso de haberlo sido, sabe usted si puso en conocimiento de alguna autoridad esa circunstancia? CONTESTO: No señor, no me consta nada de eso. (...) PREGUNTADO: Sírvase decir si lo sabe, con que personas vivía el señor SANCHEZ PINILLOS al momento de su desaparición? CONTESTO: No se nada de esto. PREGUNTADO: Sírvase decir que personas integraban la familia del señor SANCHEZ PINILLOS? CONTESTO: Pues la integran el papá que es SILVERIO SANCHEZ, la mamá, CELMIRA CUBILLOS DE SANCHEZ, el doctor RAFAEL HUMBERTO SANCHEZ PINILLOS, el otro se llama ROOSVELT SANCHEZ PINILLOS y EDGAR SANCHEZ PINILLOS. (...) PREGUNTADO: Sírvase informar si sabe cómo reaccionaron los padres, los hermanos y el hijo de RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS ante la desaparición de este? CONTESTO: Con tristeza, todos confundidos, porque se les estrañaba (sic) mucho su desaparición y esto lo ví cuando fui a visitarlos a ellos (...)”

2. Testimonio rendido por la señora Luz Ángela Romero ante el Tribunal Administrativo del Tolima el día 22 de septiembre de 1998, en donde narró lo siguiente (Fls.179 y 180 C.1):

“PREGUNTADO: Sírvase decir si conoció al señor RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS y, en caso afirmativo, cuando y porque lo conoció? CONTESTO: Nosotros somos compadres, el es el padrino de mi hijo mayor, y lo conocí hace aproximadamente unos catorce o quince años. (...) PREGUNTADO: Por favor informe al Despacho como está integrada la familia del señor RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS? CONTESTO: Bueno vive la señora madre con el nieto que se llama FIDEL, y la mamá se llama CELMIRA CUBILLOS (sic), que ella hace por abuelita y mamá a la vez y viven

ellos dos allá en el Jordán, a veces la frecuenta uno de los hermanos de RAFAEL que se llama ROOSVELT SANCHEZ, pero no vive ahí, y otro hermano de RAFAEL que vive en Bogotá, pero no sé o mejor no recuerdo el nombre de él, y el papá de él, que no recuerdo el nombre de él, pero que no vive ahí en la casa, porque entiendo que ellos son separados hace mucho tiempo. PREGUNTADA: Sírvase decir como reaccionaron las personas por usted mencionadas ante la desaparición del señor SANCHEZ PINILLOS? CONTESTO: Pues la mamá figúrese ante una noticia de esas, muy preocupada y los hermanos también muy preocupados, pues ellos de inmediato se fueron para Planadas para saber que había sucedido, y preocupadísimos porque la señora se puso muy mal y se fueron para planadas para saber que había ocurrido, y después pregunte y me informaron que estaba secuestrado, que se lo habían llevado y que no sabían nada de él, eso fue lo que ella me dijo hasta el sol de hoy. PREGUNTADA. Sírvase decir, si usted sabe o le consta que alguna de las personas que conforman la familia del señor SANCHEZ PINILLOS dependiera económicamente de él, en caso afirmativo cual o cuales de tales personas tenían esa dependencia y porque usted lo sabe o le consta. CONTESTO: Pues el único que dependía económicamente de RAFAEL era FIDEL su hijo y la mamá CELMIRA (...)"

3. Testimonio rendido por el señor Mario Sánchez Sánchez, alcalde del municipio de Planadas Tolima, el día 25 de septiembre de 1998, del cual se resalta lo siguiente (Fls.2 y 3 C.2):

"Si lo conocí de vista, trato y comunicación, más o menos hacia el mes de Febrero de 1995, por cuanto yo me desempeñaba como Concejal Municipal de Planadas periodo 1995 – 1997 y en ejercicio de mis funciones elegimos como Personero Municipal para el periodo 1995 – 1997 al señor RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS, y por dicho conocimiento sé que su personalidad demostraba ser extrovertido y polémico, no me consta nada sobre el Secuestro del Señor antes citado, simplemente que no volvió a aparecer más o menos tres (3) años y el rumor en la calle era que lo habían secuestrado".

4. Testimonio rendido por la señora Claudia Constanza Avilés Ospina de fecha 27 de octubre de 1998 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Planadas, en el cual señala lo siguiente (Fls.58 y 59 C.1):

"PREGUNTADO: Dígale al Juzgado si usted conoció de vista, trato y comunicación a RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS, en caso afirmativo cuando lo conoció y por qué motivo? CONTESTO: Yo lo conocí de vista en una Reunión que hubo en la Alcaldía de Planadas, eso fue en el primer año del Gobierno del señor GUILLERMO VASQUEZ, no recuerdo exactamente la fecha, me refiero al primer año de Gobierno de don GUILLERMO VASQUEZ como Alcalde de Planas (Tol.) PREGUNTADO: Dígale al Juzgado, que le consta a usted sobre los hechos en donde desapareció el Dr. RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS, indicando en lo posible los pormenores de ello; así mismo dirá que cargo o funciones desempeñaba el antes mencionados (sic) en el Municipio de Planadas (Tol)?.- CONTESTO: Pues no me consta nada porque yo no estaba ese fin de semana acá y desempeñaba el Cargo de Personero. (...)
PREGUNTADO: Dígale al Juzgado, se enteró usted o directamente se ha llegado a dar cuenta cómo es la relación sentimental o el grado de ánimo de los familiares del Dr.

RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS a consecuencia de su desaparición?. CONTESTO: Si me he enterado y he escuchado que viven muy tristes por la desaparición del Doctor, eso lo he escuchado aquí en Planadas, eso lo escuche apenas sucedió la desaparición”.

5. Testimonio rendido por la señora Digna María Hueje Pérez ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Planadas el día 27 de octubre de 1998, en el cual narró lo siguiente (Fls.60 y 61 C.1):

“PREGUNTADO: Dígame al Juzgado todo cuanto le conste y tenga conocimiento sobre la desaparición del Dr. RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS, indicando las circunstancias de tiempo, modo y lugar, indicando todo al respecto? CONTESTO: Solo me consta que nunca más volvió a la casa a partir del 21 de agosto de 1995, los rumores que escuché era que se lo habían llevado pero nunca se supo quién, cuándo ni a qué horas, no más tengo para decir. (...) PREGUNTADO: Diga si se enteró usted o en forma directa se percató que el Dr. RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS, en alguna oportunidad solicitó ante autoridad competente protección, en razón que se temía por su muerte, caso cierto donde la solicitó y si le concedieron dicha protección? CONTESTO: No, nunca por que él nunca comentaba que tenía problemas. PREGUNTADO: Dígame al Despacho, cómo era la personalidad del Dr. RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS. CONTESTO: El estaba bien, físicamente se veía bien, incluso estaba organizando el concurso de Cometas para esa semana. (...) PREGUNTADO: Dígame al Despacho, cual es la situación sentimental que agobia a la familia del Dr. RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS, debido a su desaparición? CONTESTO: Cuando ellos o la familia del Dr. RAFAEL cuando vino a la casa luego de su desaparición se les veía mucha nostalgia, preocupación, se veía (sic) preocupados cuando se está en una incertidumbre, eso para la época cuando la familia vino como lo fue el papá, el hermano y luego la mamá. Ahora no se porque en estos momentos no sé porque no han vuelto por aquí ni se volvió a saber de esa familia. (...) PREGUNTADO: Dígame al Juzgado, como era la relación de amistad del Dr. RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS, con la comunidad de Planadas (Tol). CONTESTO: A mi me parece que muy buena por atendía a todo mundo en cualquier parte, no solamente en la Oficina sino en cualquier parte se lo solicitaban.

6. Testimonio rendido por la señora Astrid Quintana Segura, ante el Tribunal Administrativo del Tolima el día 30 de octubre de 1998, en donde narró lo siguiente (Fls.188 a 190 C.1):

“(…) PREGUNTADA: Sírvase informar si sabe algo acerca de las circunstancias en las cuales se produjo la desaparición (sic) o secuestro del mencionado señor SANCHEZ PINILLOS? CONTESTO: Personalmente no conocí circunstancias, pero por comentarios de la gente en el Municipio de Planadas tengo alguna referencia de que él venía por la calle principal y que dos personas se le acercaron y lo invitaron a la salida ahí del pueblo y lo subieron ahí a un carro campero en esa época de color rojo, ese fue el comentario, pero a mí no me consta, los hechos sucedieron alrededor de las ocho de la noche, tengo precisión más o menos de eso del día del hecho porque al día siguiente el tenía un concurso de cometas y cuando yo llegue ese día por la noche, fue un día lunes festivo

ya que regresaba del matrimonio de una de las empleadas del juzgado de la ciudad de Neiva, y el comentario era ese que se lo había llevado al Personero”.

7. Testimonio rendido por el Procurador Provincial de Ibagué Jorge Enrique Cardoso Rodríguez, el día 3 de noviembre de 1998, en el cual narra lo siguiente (Fls.51 a 54 C.2):

“Sí conocí de vista, trato y comunicación al Dr. RAFAEL HERNAN SANCHEZ PINILLOS, lo conocí en razón al ejercicio de Personero Municipal de Planadas desde los primeros días del mes de marzo de 1995, como una persona supremamente activa jurídica y administrativamente, como una persona de alto contenido humano y social.

En mi concepto el Dr. SANCHEZ PINILLOS se encontraba en excelente estado de salud pues sus ideas y planteamientos jurídicos eran ajustados a la hermenéutica acompañadas de gran localidad.

Lo que me consta sobre los hechos del secuestro del Personero SANCHEZ PINILLOS es lo que internamente conocimos en la asociación de Personerías del Tolima y a que eso de las 9: 30 p.m. del 21 de agosto de 1995 fue interceptado por 6 personas que portaban armas de corto y largo alcance y algunos con bigotes y barbas postizas, quienes lo obligaron a subirse a un campero carpado de placas relacionadas en el expediente penal – que hoy no recuerdo el número. El día 21 de agosto de 1995 era un día festivo para promocionar un concurso de cometas para el próximo fin de semana, colocando afiches y ultimando detalles después de cenar se dirigía a su lugar de residencia donde fue interceptado.

(...) Si supe que el Dr. SANCHEZ PINILLOS estaba gravemente amenazado pues el día miércoles 16 de agosto estuvimos reunidos integrantes de la junta directiva de la Asociación de Personerías en la población de Lérída y el Personero de regreso a Ibagué se condujo en el mismo vehículo que yo venía. En el transcurso del viaje él me manifestó altamente preocupado que en Planadas estaba circulando una lista de nombres de personas a las cuales se les tenía que “cuidar”. En desarrollo de las conversaciones le recomendé inmediatamente hablar con el Dr. SANTIAGO RAMIREZ, Defensor del Pueblo. El contestó que procedería a concretar tales afirmaciones y haría lo que fuera necesario en la próxima semana.

(...) Si conozco de vista y trato a los señores SILVERIO SANCHEZ SANCHEZ, a CELMIRA PINILLOS DE SANCHEZ, al menor FIDEL SANCHEZ RUIZ, a EDGAR SANCHEZ PINILLOS, a JOSE RUTBEL SANCHEZ PINILLOS con motivo de los hechos relacionados. No conozco a TATIANA SANCHEZ ALARCON. Las personas que más se afectaron por el secuestro del señor RAFAEL fue la señora madre y su hijo FIDEL, sin desconocer la constante preocupación de su padre y hermanos quienes incluso visitaron en varias oportunidades las montañas de Planadas y municipios vecinos con el objeto de recoger información sobre su paradero.

(...)”

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

12 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 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”⁶³.

12.1 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”⁶⁴. 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.

⁶³ 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.

⁶⁴ 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”.

12.2 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 objetiva⁶⁵.

12.3 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 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 humanos⁶⁶ y del derecho internacional humanitario, bien sea que se

⁶⁵ 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.

⁶⁶ 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

encuentren incorporados por ley al ordenamiento jurídico nacional, o que su aplicación proceda con efecto directo atendiendo a su carácter de “*ius cogens*”.

12.4 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*”⁶⁷, que tanto se promueve en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos⁶⁸. 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 imputación⁶⁹.

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.

⁶⁷ 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.

⁶⁸ 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”.

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

12.5 Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”⁷⁰ de la responsabilidad del Estado⁷¹ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados⁷² y de su patrimonio⁷³, sin distinguir su condición, situación e interés⁷⁴. 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”⁷⁵. Como bien se sostiene en la doctrina, la “responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no

⁷⁰ 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*”.

⁷¹ 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.

⁷² 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”.

⁷³ 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”.

⁷⁴ 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.

⁷⁵ 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.

como una potestad⁷⁶; 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 público⁷⁷.

12.6 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”⁷⁸. 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.

12.7 Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado⁷⁹ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública⁸⁰ tanto por la acción, como por la omisión de un deber

⁷⁶ 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”.

⁷⁷ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*., ob., cit., pp.120-121.

⁷⁸ 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.

⁷⁹ 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.

⁸⁰ 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

normativo⁸¹, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012⁸² y de 23 de agosto de 2012⁸³.

12.8 En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica⁸⁴, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico [que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional]. Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la “superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado⁸⁵ según la cláusula social así lo exigen”⁸⁶.

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.

⁸¹ 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”.

⁸² Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente 21515.

⁸³ Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

⁸⁴ SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927. “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”.

⁸⁵ 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

12.9 Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁸⁷, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁸⁸. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”⁸⁹.

12.10 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

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].

⁸⁶ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

⁸⁷ 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”.

⁸⁸ 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”.

⁸⁹ 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”.

límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”⁹⁰. 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”⁹¹.

12.11 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”⁹². 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 causalidad⁹³, donde será determinante la magnitud del riesgo⁹⁴ y su carácter permisible

⁹⁰ 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”.

⁹¹ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁹² LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁹³ 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].

⁹⁴ 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”.

o no⁹⁵. Es más, se sostiene doctrinalmente “que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad [no afecte a la calidad de la actividad], sí incide en el nivel de la actividad [incide en la cantidad de actividad] del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad [el nivel óptimo] y, con ello, la causación de un número menor de daños”⁹⁶.

12.12 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 proporcionalidad⁹⁷ 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 ponderación⁹⁸ que el juez está

⁹⁵ JAKOBS, G. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sección Tercera, sentencia de 24 de febrero de 2005, expediente 14170.

⁹⁶ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., p.171.

⁹⁷ 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”.

⁹⁸ 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 compite con el primero y,

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”⁹⁹.

12.13 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 protección¹⁰⁰ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible¹⁰¹. 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

finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”.

⁹⁹ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “[...] la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

¹⁰⁰ 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”.

¹⁰¹ Cfr. Günther Jakobs. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”¹⁰².

12.14 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

¹⁰² 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 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”.

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”¹⁰³.

12.15 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 universal¹⁰⁴, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse [...] que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”¹⁰⁵, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho¹⁰⁶.

12.16 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 Estado¹⁰⁷, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede encuadrar, en primer lugar, en la falla en el servicio sustentada en

¹⁰³ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

¹⁰⁴ 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”.

¹⁰⁵ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., p.204.

¹⁰⁶ 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”.

¹⁰⁷ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

la vulneración de deberes normativos¹⁰⁸, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder hacer su encuadramiento en la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo [probatoriamente] se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera *“en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación”*¹⁰⁹.

¹⁰⁸ 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.

¹⁰⁹ 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”*.

12.17 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 preventivo¹¹⁰ que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

12.18 Además, cabe considerar la influencia que para la imputación de la responsabilidad pueda tener el principio de precaución, al exigir el estudiarla desde tres escenarios: peligro, amenaza y daño. Sin duda, el principio de precaución introduce elementos que pueden afectar en el ámbito fáctico el análisis de la causalidad (finalidad prospectiva de la causalidad¹¹¹), ateniendo a los criterios de la sociedad moderna donde los riesgos a los que se enfrenta el ser humano, la sociedad y que debe valorar el juez no pueden reducirse a una concepción tradicional superada.

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

¹¹⁰ 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.

¹¹¹ “La finalidad prospectiva del nexo de causalidad resulta de naturaleza preventiva de la acción de responsabilidad fundada sobre el principio de precaución. El daño no existe todavía, el nexo de causalidad no se ha podido realizar, el mismo (...) se trata a la vez de prevenir el daño y al mismo tiempo evitar que tal actividad no cause tal daño. La finalidad del nexo causal es por tanto prospectiva ya que se busca que el nexo de causalidad sin permitir reparar el perjuicio si se anticipa a él (...) Opuesto a una responsabilidad reparadora que exigiría un nexo causal a posteriori, la responsabilidad preventiva exige en la actualidad un nexo causal a priori, es decir un riesgo de causalidad”. BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, París, 2005, p.560.

*la experiencia humana y el verbo cavere que marca la atención y la desconfianza*¹¹². Su concreción jurídica lleva a comprender a la precaución, tradicionalmente, como aquella que es “utilizada para caracterizar ciertos actos materiales para evitar que se produzca un daño”¹¹³. Entendida la precaución como principio¹¹⁴, esto es, como herramienta de orientación del sistema jurídico¹¹⁵ “exige tener en cuenta los riesgos que existen en ámbitos de la salud y del medio ambiente pese a la incertidumbre científica, para prevenir los daños que puedan resultar, para salvaguardar ciertos intereses esenciales ligados más a intereses colectivos que a los individuales, de manera que con este fin se ofrezca una respuesta proporcionada propia a la evitabilidad preocupada de una evaluación de riesgos (...) Si subjetivamente, el principio implica una actitud a tener frente a un riesgo, objetivamente, se dirige directamente a la prevención de ciertos daños en ciertas condiciones determinadas”¹¹⁶. Luego, la precaución es un principio que implica que ante la ausencia, o insuficiencia de datos científicos y técnicos¹¹⁷, es conveniente, razonable y proporcional adoptar todas aquellas medidas que impida o limiten la realización de una situación de riesgo (expresada como amenaza inminente, irreversible e irremediable) que pueda afectar tanto intereses individuales, como colectivos (con preferencia estos).

13 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. Aunque no se debate el daño antijurídico debe incluirse dentro del análisis como elemento indiscutible

¹¹² BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, París, 2005, p.3

¹¹³ BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, ob., cit., p.4.

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, p.24: “el principio es una proposición jurídica que no es necesariamente escrita y que da orientaciones generales, a las cuales el derecho positivo debe conformarse. Esto implica que no se aplicará según la modalidad de “all or nothing”, sino que se limitará a dar al juez una razón que milite a favor de un tipo de solución u otro, sin pretender tener la apariencia de una norma vinculante”.

¹¹⁵ SADELEER, Nicolás, “Reflexiones sobre el estatuto jurídico del principio de precaución”, en GARCÍA URETA, Agustín (Coord), *Estudios de Derecho Ambiental Europeo*, Lete, Bilbao, 2005, p.270: “entre otras funciones encontramos la función de inspiración del legislador, de orientación del derecho positivo, de relleno de lagunas, de resolución antinomias, así como la función normativa”.

¹¹⁶ BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, ob., cit., p.5.

¹¹⁷ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-57/96 *National Farmers Union* y otros; asunto C-180/96 *Reino Unido c. Comisión*; asunto C-236/01 *Monsanto Agricultura Italia*: “cuando subsistente dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, pueden adoptarse medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos”.

del instituto de la responsabilidad, el cual se encuentra acreditado con las pruebas aportadas y allegadas.

5. Presupuestos del daño antijurídico.

5.1. La noción de daño en su sentido general.

14 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» [...]”¹¹⁸.

15 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 eventual¹¹⁹. En efecto, el Consejo de Estado, ha manifestado que para que el daño pueda ser reparado debe ser cierto¹²⁰⁻¹²¹, 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

¹¹⁸ 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.

¹¹⁹ CHAPUS. “Responsabilité Publique et responsabilité privée”., ob., cit., p.507.

¹²⁰ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 1994, expediente 8998.

¹²¹ Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 1990, expediente 4333.

circunstancia de que el daño sea futuro. Lo que se exige es que no exista duda alguna sobre su ocurrencia¹²².

16 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 indemnización¹²³. 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 actual¹²⁴.

5.2. La noción de daño antijurídico.

17 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.

18.1 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.

¹²² 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.

¹²³ 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".

¹²⁴ 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

19.2 El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual¹²⁵ 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”¹²⁶; o la “lesión de un interés o con la alteración “in pejus” del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”¹²⁷; 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”¹²⁸, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente

¹²⁵ 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”.

¹²⁶ 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.

¹²⁷ 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.

¹²⁸ 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”.

reconocidos¹²⁹; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general¹³⁰, o de la cooperación social¹³¹.

19.3 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”¹³². Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado “que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal

¹²⁹ 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”.

¹³⁰ 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.

¹³¹ 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”.

¹³² 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 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)”.

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”¹³³.

19.4 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”¹³⁴.

19.5 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

¹³³ 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 antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiendo por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales”.

¹³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que “la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos”, definiéndose como “violación de una norma especial o de la más genérica alterum non laedere”. Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, ob., cit., p.298.

o interese jurídicos, y que esperar a su concreción material podría implicar la asunción de una situación más gravosa para la persona que la padece¹³⁵.

19.6 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”¹³⁶. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable¹³⁷, anormal¹³⁸ y que se trate de una situación jurídicamente protegida¹³⁹.

5.3. El daño antijurídico en el caso en concreto.

20 En el *sub judice*, se tiene demostrado el daño antijurídico consistente en la desaparición forzada del Personero Municipal de Planadas (Tolima) para el periodo

¹³⁵ 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”.

¹³⁶ Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550. Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirse al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”.

¹³⁷ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

¹³⁸ Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166. “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”.

¹³⁹ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

1995-1997, Dr. Rafael Hernán Sánchez Pinillos, el cual fue acreditado con la sentencia del 31 de mayo de 2005 proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Chaparral (Fls.234 a 241 C.1), que declaró la muerte presunta por desaparecimiento del señor Sánchez Pinillos para el día 21 de agosto de 1997, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial – Sala Civil Familia de Ibagué el fecha 28 de febrero de 2006.

21 Adicionalmente, la Sala considera que con los hechos ocurridos el 21 de agosto de 1995, fecha en que fue desaparecido el señor Sánchez Pinillos, se produjo un daño antijurídico puriofensivo, consistente en la vulneración al derecho a la dignidad humana, libertad, vida, integridad personal, libre desarrollo de la personalidad, libre circulación, familia a la que la víctima no estaba llamada soportar como carga ordinaria, el hecho de ser desaparecido como consecuencia de su labor como Personero Municipal y defensor de los derechos humanos.

22 Precisándose, que en la esfera de sus familiares el daño antijurídico se extendió al tener que soportar una limitación indebida en su derecho a la dignidad al no poder conocer las condiciones en que se presentó el plagio y presunta muerte del señor Sánchez Pinillos para así poder darle sepultura según sus creencias, quedando seriamente condicionados por la desaparición forzada de que fue víctima Rafael Hernán Sánchez Pinillos en hechos ocurridos en la jurisdicción del municipio de Planadas (Tolima), y que representan una marca imborrable en su vida.

23 De manera que, desde la perspectiva del derecho internacional humanitario, la Sala de Subsección encuentra que se produjo la violación de la dignidad humana y el respeto de la vida de Rafael Hernán Sánchez Pinillos, a quien no podía segregarse de manera alevosa e indiscriminada de su libertad. Contraviniéndose así, las reglas básicas consagradas en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo II adicional a tales Convenios de 1977, según los cuales debe operar una protección reforzada para las personas que hacen parte de la población civil, a la que no puede vulnerársele sus derechos por virtud del principio de distinción, y que para el preciso caso de la desaparición forzada comprende una pluriofensividad consistente en

la afectación, vulneración y cercenamiento continuada¹⁴⁰, grave y articulado de los derechos a la vida, a la libertad, a la integridad personal y moral, al libre desarrollo de la personalidad, a la libre circulación, a la personalidad, a la familia y a la dignidad humana en toda su extensión.

Lo anterior, en el caso en concreto adquiere mayor relevancia cuando se trata de una persona que como Rafael Hernán Sánchez Pinillos era defensor de derechos humanos, en el ejercicio de su cargo como Personero Municipal, a quien no sólo se debía garantizar los derechos vulnerados como ciudadano, sino que representaba la base de la institucionalidad en la protección de los mismos, creando un impacto colectivo y social de tal envergadura creando una situación de perturbación y negación de los valores, principios y derechos democráticos.

24 Así las cosas, se trata de la convergencia de un solo curso fáctico con el que se desencadenó un daño antijurídico con múltiples manifestaciones, tanto en la vida y dignidad, como en la libertad e integridad personal, y es lo que ocurre cuando cualquier individuo es sometido a desaparición forzada, teniendo en cuenta su carácter pluriofensivo, ya que según el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, este tipo de hechos se configura por la privación de la libertad, que representa una limitación, restricción o cercenamiento indebido del derecho a la libertad personal, que pone en cuestión su integridad, y que en la posición de sus familiares implica la vulneración del derecho a la información que estos puedan tener de la situación, ubicación o condiciones en que se encuentra la persona que haciendo parte de su núcleo, al no tenerse noticia de su paradero.

6. El control oficioso de convencionalidad.

25 El control de convencionalidad¹⁴¹ es una manifestación de lo que se ha dado en denominar la constitucionalización del derecho internacional, también llamado con

¹⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *García y familiares vs Guatemala*, sentencia de 29 de noviembre de 2012, párrafo 95.

¹⁴¹ 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

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.”¹⁴²ç

25.1 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,”¹⁴³ lo cierto es que desde antes del 2002,¹⁴⁴ 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.

25.2 Se trata, además, de un control que está dirigido a todos los poderes públicos del Estado,¹⁴⁵ aunque en su formulación inicial se señalaba que eran los jueces los llamados a ejercerlo.

25.3 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

Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, 1 ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013. Págs. 175-181

¹⁴² “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].

¹⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

¹⁴⁴ “[...] 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, considerandos 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].

¹⁴⁵ 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 misma¹⁴⁶ y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.”¹⁴⁷

25.4 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 humanitario.¹⁴⁸, [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 sentencia Solange I, Solange II, Maastricht, Lisboa, entre otras].

25.5 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

¹⁴⁶ “[...] 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].

¹⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123.

¹⁴⁸ “[...] 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].

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”¹⁴⁹.

25.6 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.

25.7 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 internacionales,¹⁵⁰ sino también en la pretensión de justicia que intrínsecamente encierran las disposiciones convencionales, comoquiera que el *telos* de ésta y de su intérprete 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.

25.8 Dicho con otras palabras, no es la autoridad local quien determina la medida y alcance de la Convención, sino que es la Convención la que les determina a las autoridades nacionales su medida y alcance competencial a la luz de sus disposiciones.

¹⁴⁹ 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 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].

¹⁵⁰ 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.”

25.9 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”¹⁵¹

25.10 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 1999¹⁵²; c) caso Open Door y Dublin Well Woman¹⁵³

25.11 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.

¹⁵¹ 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.

¹⁵² Puede verse en: SUDRE, Frédéric, Droit européen et international des droits de l’homme, 8eme ed, Paris, PUF, 2006, p.191-2.

¹⁵³ Puede verse: RUIZ MIGUEL, Carlos, La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Madrid, Tecnos, 1997, p.42.

25.12 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 asuntos¹⁵⁴.

26 En conclusión, el presente caso será examinado bajo la lupa de las normas convencionales, teniendo en cuenta que por las circunstancias en que ocurrió la desaparición forzada del señor Rafael Hernán Sánchez Pinillos en hechos ocurridos el 21 de agosto de 1995 en Planadas, y por las condiciones en las que este tipo de eventos se vienen presentando en el Estado colombiano en el marco del conflicto armado interno, debe ser considerado como un caso de grave vulneración de los derechos humanos, violación del derecho internacional humanitario y como un acto de lesa humanidad.

7. El concepto de lesa humanidad.

¹⁵⁴ 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 (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.

27 Los actos de lesa humanidad se comprenden como “aquellos actos ominosos que niegan la existencia y vigencia imperativa de los Derechos Humanos en la sociedad al atentar contra la dignidad humana por medio de acciones que llevan a la degradación de la condición de las personas, generando así no sólo una afectación a quienes físicamente han padecido tales actos sino que agrediendo a la conciencia de toda la humanidad”¹⁵⁵; siendo parte integrante de las normas y principios de *jus cogens* de derecho internacional¹⁵⁶, razón por la cual su reconocimiento, tipificación y aplicación no puede ser contrariado por norma de derecho internacional público o interno¹⁵⁷.

27.1 Dicho lo anterior, en lo que es de interés para la responsabilidad del Estado, se entiende que los elementos estructuradores del concepto de lesa humanidad son: i) que el acto se ejecute o lleve a cabo en contra de la población civil y que ello ocurra ii) en el marco de un ataque que revista las condiciones de generalizado o sistemático¹⁵⁸.

27.2 Así, en cuanto al primero de estos elementos, se debe acudir a la normativa del Derecho Internacional Humanitario, específicamente al artículo 50 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra, norma que establece, por exclusión, a quienes se les considera población civil, en los siguientes términos: “1. *Es persona civil cualquiera*

¹⁵⁵ Sección Tercera, Sub-sección C, Auto de 17 de septiembre de 2013, exp. 45092.

¹⁵⁶ Tal como lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos, particularmente, en el caso *Almonacid Arellano c. Chile*, fallo de 26 de septiembre de 2006, en los siguientes términos: “152. En efecto, por constituir un crimen de lesa humanidad, el delito cometido en contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible. Como se señaló en los párrafos 105 y 106 de esta Sentencia, los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad¹⁵⁶ claramente afirmó que tales ilícitos internacionales “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”. 153. Aún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa”.

¹⁵⁷ “[...] *el jus cogens internacional va más allá que el derecho de los tratados, extendiéndose al derecho de la responsabilidad internacional del Estado, y a todo el corpus juris del Derecho Internacional contemporáneo, y abarcando, en última instancia, a todo acto jurídico. Al abarcar todo el Derecho Internacional, se proyecta también sobre el derecho interno, invalidando cualquier medida o acto incompatible con él. El jus cogens tiene incidencia directa en los propios fundamentos de un Derecho Internacional universal, y es un pilar básico del nuevo jus Gentium*”. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, “La ampliación del contenido del *ius cogens*”, en [<http://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.DM.MR.1-16.pdf>]

¹⁵⁸ Cfr. Auto de 17 de septiembre de 2013, exp. 45092.

que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4, A. 1), 2), 3), y 6), del III Convenio, y el artículo 43 del presente Protocolo. En caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil.”, constituye, entonces, población civil todas las personas que no se encuadran dentro de las categorías de miembros de las fuerzas armadas y prisioneros de guerra.

27.3 Este punto debe ser complementado con lo establecido por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, en el caso *Fiscal vs Dusko Tadic*, en donde se dejó claro que el criterio de la población civil no se aplica desde una perspectiva individual sino colectiva o grupal: “*el acento no es puesto en la víctima individual, sino, ante todo, en la colectiva. La victimización del individuo no deriva de sus características personales, sino de su pertenencia a un determinado grupo de población civil que es tomada como blanco*”¹⁵⁹.

27.4 Por otra parte, en segundo elemento estructurador del acto de lesa humanidad hace referencia al tipo de ataque, debiendo ser éste generalizado o sistemático, en tanto supuestos alternativos. Así, por generalizado se entiende un ataque que causa una gran cantidad de víctimas o dirigido contra una multiplicidad de personas, es decir, se trata de un criterio *cuantitativo*. A su turno, el carácter sistemático pone acento en la existencia de una planificación previa de las conductas ejecutadas¹⁶⁰, de manera que, siguiendo a la Comisión de Derecho Internacional, “*lo importante de este requisito es*

¹⁵⁹ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. Sentencia de 7 de mayo de 1997. Caso Fiscal vs. Dusko Tadic. El aparte citado es del siguiente tenor en francés: “*Ainsi, l’accent n’est pas mis sur la victime individuelle mais plutôt sur la collectivité, la victimisation de l’individu ne tenant pas à ses caractéristiques personnelles mais plutôt à son appartenance à une population civile ciblée.*” [<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/fr/tad-tj970507f.pdf>; consultado el 18 de marzo de 2013].

¹⁶⁰ En el caso Tadic el TIPY sostuvo esta diferencia en los siguientes términos: “*648. Por lo tanto, el deseo de excluir los actos aislados o aleatorios de la noción de crímenes contra la humanidad que dio lugar a la inclusión de la exigencia de que los actos deben ser dirigidos contra una población civil*”, y, o bien una constatación de ser generalizado, que se refiere a el número de víctimas, o sistematicidad, lo que indica que un patrón o plan metódico es evidente, cumple con este requisito”, en inglés la redacción es la siguiente: “*648. It is therefore the desire to exclude isolated or random acts from the notion of crimes against humanity that led to the inclusion of the requirement that the acts must be directed against a civilian “population”, and either a finding of widespreadness, which refers to the number of victims, or systematicity, indicating that a pattern or methodical plan is evident, fulfils this requirement*”. Sentencia de 7 de mayo de 1997. Caso Fiscal vs. Dusko Tadic. [<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-tj970507JT2-e.pdf>; consultado 1 de abril de 2013].

que excluye el acto cometido al azar y no como parte de un plan o una política más amplios.”¹⁶¹.

27.5 Para determinar que se trata de un acto de lesa humanidad la Sala ha debido analizar bajo un criterios contextuales¹⁶² los hechos del presente caso¹⁶³ se desprenden los elementos singulares siguientes: (1) se trata de acciones en las que se manifiesta la aquiescencia, debilidad o deficiente garantía de los derechos humanos y de las normas del derecho internacional humanitario, al no ofrecerse la protección y seguridad a las

¹⁶¹ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. 1996. V.II Segunda Parte. Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo periodo de sesiones, p.51.”

¹⁶² WOLFFHÜGEL G., Christian, “El elemento contextual del crimen de lesa humanidad: una visión en el marco de las decisiones de la corte penal internacional”, en [<https://www.upeace.org/OKN/collection/cortepenal/Wolffhuegelformatted.pdf>; consultado 16 de agosto de 2015]. “Será entonces, con ocasión de las órdenes de arresto en contra de Jean Pierre Bemba Bombo – en la situación de la República Centro Africana- y Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”) y Ali Muhammad Ali Abd-Rahman (“Ali Kushayb”) – en la situación de Darfur, Sudán-, donde se puede encontrar la primera evaluación, contenida en una orden de arresto, respecto de los elementos contextuales del crimen de lesa humanidad [...] Así mismo, la SCP I en el caso contra Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo – situación de la República Democrática del Congo, formuló un análisis del elemento contextual del crimen de lesa humanidad a cuyo efecto tuvo en cuenta los hechos sucedidos entre enero de 2001 y enero de 2004, en los cuales los grupos armados Mendu y Ngiti conocidos como las FNI – Fuerzas Nacionales Integracionistas- y las FRPI –Fuerzas Revolucionarias Patrióticas de Ituri-, llevaron a cabo más de diez ataques, en los cuales se causó el asesinato de civiles en un número importante”. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Directiva N0. 0001 de 4 de octubre de 2012, “Por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación”, en [<http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Directiva-N%C2%B0-0001-del-4-de-octubre-de-2012.pdf>; consultado 16 de agosto de 2015]. “**Contexto:** Marco de referencia contentivo de aspectos esenciales, acerca de elementos de orden geográfico, político, económico, histórico y social en el cual se han perpetrado delitos por parte de grupos criminales, incluidos aquellos en los que servidores públicos y particulares colaboran con aquéllos. Debe igualmente comprender una descripción de la estrategia de la organización delictiva, sus dinámicas regionales, aspectos logísticos esenciales, redes de comunicaciones y mantenimiento de redes de apoyo, entre otros. No bastará con la descripción de la estructura criminal o una enunciación de sus víctimas, sino que se deberá analizar su funcionamiento. La creación de contextos persigue: (i) conocer la verdad de lo sucedido; (ii) evitar su repetición; (iii) establecer la estructura de la organización delictiva; (iv) determinar el grado de responsabilidad de los integrantes del grupo y de sus colaboradores; (v) unificar actuaciones al interior de la Fiscalía con el fin de esclarecer patrones de conducta, cadenas de mando fácticas y de iure; y (vi) emplear esquemas de doble imputación penal, entre otros aspectos. A efectos de construir los contextos, se deberán recaudar y valorar en su conjunto, de forma ponderada y sistemática, diversas fuentes de información, incluida aquella que quieran suministrar las víctimas. De igual manera, se deberán adoptar las medidas procesales necesarias para que los elementos que permitan construir el contexto puedan servir, a su vez, como material probatorio y evidencia física en las respectivas indagaciones o procesos penales que surjan a partir de los casos o situaciones priorizados, o en otros. No constituye contexto el simple recuento anecdótico de acontecimientos ni tampoco el relato de hechos inconexos”.

¹⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, sentencia de 20 de noviembre de 2013, párrafos 81 a 94. En especial se analizó contextualmente la situación de orden público y los actos de violencia contra las comunidades del Cacarica.

personas, y especialmente a los actores políticos de la época, en sus desplazamientos por el territorio nacional; (2) lo anterior implica que el Estado en lugar de precaver, prevenir, siquiera contener el accionar de los grupos u organizaciones armadas insurgentes y la práctica continuada de secuestros, sólo se limitaba a constatar la misma y luego a procurar su rescate con resultados que ponían en muy alto riesgo los derechos a la vida e integridad personal de los ciudadanos sometidos a tales actos execrables; (3) la terminación de la zona de distensión y de las negociaciones de paz agudizó el secuestro y el sometimiento a tratos crueles e inhumanos como actos de lesa humanidad sobre los que el Estado ofrecía respuestas de pasividad, sin tener en cuenta la existencia de herramientas efectivas para la eficacia de los derechos, especialmente de aquellos que por su condición de actores políticos debían tener la posibilidad de afirmar el principio democrático y de participación como pieza clave del Estado Social de Derecho; (4) involucran a personas de la población civil que responden a ciertas características: (4.1) políticos; (4.2) en zonas que como el departamento del Huila concentran la mayor presencia de grupos u organizaciones armadas insurgentes, como las FARC; y, (5) las investigaciones iniciales son adelantadas sin llegar a sus últimas consecuencias y determinar tanto la responsabilidad del grupo u organización armada, sus cabecillas, sus actores materiales e intelectuales, así como las responsabilidades penales y disciplinarias de los funcionarios y agentes del Estado sobre los que recaía la obligación de garantizar la protección y seguridad a los actores políticos en el ejercicio de sus derechos.

28 Antes de abordar la determinación del daño antijurídico y el juicio de imputación, y teniendo en cuenta las particularidades del asunto, la Sala debe abordar el tratamiento de la situación de ciertos actores sociales, que como los abogados, hacen parte del sistema democrático y pueden ser objeto de protección reforzada [en el marco de la tutela del derecho a la seguridad personal], más cuando se acrediten, directa o indiciariamente, circunstancias que exceden la normalidad, o los peligros ordinarios bien sea por la ubicación del lugar en donde desempeña sus actividades, o por las condiciones del conflicto interno que se presentaban para la época de los hechos.

8. El régimen de responsabilidad por daños derivados de la falta de protección¹⁶⁴.

29 De acuerdo con esta doctrina, se requiere analizar conforme a las particularidades de cada caso, los elementos facticos, jurídicos y probatorios que permitan deducir la existencia de un riesgo en la preservación de la vida o integridad física de un ciudadano y que frente a ello las autoridades públicas desatendieron, en concreto, el deber de adoptar medidas de protección o que estas devinieron en deficientes.

30 Esto no es más que imponer siempre la cognoscibilidad actual de la situación de riesgo respecto de la que se pretende adscribir un deber positivo de actuar a cargo de la autoridad pública que está obligada a evitar el resultado dañoso. Solo así, se podrá discutir si existía un deber de ejecutar una acción positiva en tal o cual sentido, y si la misma, hipotéticamente, podía evitar el resultado¹⁶⁵. En este sentido se ha pronunciado la Sala en casos anteriores:

*“es claro que la administración pública incumplió el deber de protección y cuidado que se generó una vez el señor... comunicó el peligro que corría como resultado de las múltiples intimidaciones que se presentaban en su contra, principalmente, vía telefónica, motivo por el cual, se puede señalar que aquella asumió posición de garante frente a la integridad del ciudadano.
[...]*

No se trata de endilgar una obligación de imposible cumplimiento al Estado, en los términos de la relatividad de la falla del servicio, sino que, en el caso concreto, se

¹⁶⁴ Reiteración de la sentencia del 21 de agosto de 2013. Exp: 27346.

¹⁶⁵ Al respecto, Welzel, uno de los precursores de la posición de garante sostenía: “Es decisiva la posición de garante del autor, que le coloca, en el permanente acontecer de la vida social, desde un principio, en una relación estrecha y especial de deberes para salvaguardar el bien jurídico. **Esta posición de garante es una posición efectiva de vinculación estrecha con el bien jurídico, adecuada al deber, que resulta de los órdenes de la vida social.** Solamente deberes que surgen en tal posición de garantía, fundamentan una punibilidad por delitos de comisión. (...) Establecer que alguien no ha evitado el resultado antijurídico por no realizar una acción, presupone el juicio de que la realización de la acción hubiera evitado el resultado. Solamente de tal acción que hubiera impedido el resultado. Como la contestación de esta pregunta previa no puede ser un juicio real, sino solamente un juicio de posibilidad (juicio causal hipotético), ella sólo puede aportar valores de probabilidad. Para condenar por un delito de comisión a través de omisión, debe exigirse una probabilidad de impedir el resultado prácticamente al borde de la certidumbre. Una omisión puede haber acarreado, entonces, el resultado, solamente cuando la realización de la acción lo hubiera evitado con una probabilidad prácticamente al borde de la certidumbre.” (Resaltado propio). Welzel, Hans. Derecho Penal, parte general. 1956, Editorial Depalma, Buenos Aires. Págs. 207 y 210. En similares términos: Mir Puigpelat, quien afirma: “Y existirá imputación del resultado cuando el omitente tenía el deber jurídico de evitar el resultado lesivo, poseyendo la acción –debida- omitida capacidad para evitarlo. En el momento de comprobar esta última cuestión (la capacidad evitadora de la acción omitida) se examina si existe relación de causalidad entre la acción omitida y el resultado producido”. Mir Puigpelat, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad. Madrid, Civitas. 1º Edición, 2000. Págs. 242-243.

infiere que la administración pública tenía conocimiento de la situación y no adoptó las medidas necesarias para proteger la vida del ciudadano.

[...]

La relatividad de la falla, en estos eventos, se relaciona con la imposibilidad de exigir de manera absoluta a la organización estatal, prevenir cualquier tipo de daño o resultado antijurídico, como quiera que el Estado no se encuentra en capacidad de brindar una protección personalizada a cada individuo que integra el conglomerado social. No obstante lo anterior, el deber de protección de la vida, honra y bienes que se radica en cabeza del Estado, se torna más exigente en tratándose de personas frente a las cuales es posible o probable que se concrete o materialice un riesgo de naturaleza prohibida.¹⁶⁶ (Resaltado propio).

31.1 En el mismo sentido, la Sala ha afirmado:

“Así las cosas, para la entidad demandada el daño producido no le resultó inesperado y sorpresivo, ya que, se insiste, conocía las circunstancias de violencia generalizada que azotaban a la población del municipio de San Alberto, y el riesgo que circundaba a los servidores públicos que estaban trabajando para la supresión de la barbarie que imperaba en ese momento en la mencionada entidad territorial; es precisamente allí, en ese conocimiento actualizado en donde se recalca la posición de garante asumida por el Estado, así como la vulneración y desconocimiento de la suficiente y necesaria protección que debió serle suministrada a quienes, desde uno u otro ámbito hacían frente a los grupos protervos¹⁶⁷. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

31.2 En otra oportunidad la Sala tuvo la oportunidad de precisar que:

“En el caso concreto, el daño irrogado a los demandantes es imputable a la omisión de la Policía Nacional, toda vez que había adquirido posición de garante en relación con la protección de la vida e integridad del señor..., como quiera que está demostrado que no tomó las medidas de seguridad necesarias para brindar un servicio de protección

¹⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2007, C.P.: Dr. Enrique Gil Botero. Radicado: 05001-23-24-000-1993-00692-01(16894). Igualmente es preciso resaltar la sentencia de 22 de julio de 1996, exp: 11934, en cuya oportunidad la Sala precisó: **“...la víctima envió numerosos oficios a las distintas autoridades gubernamentales, de seguridad y militares, para informar de la constante alteración del orden público en su jurisdicción y de las amenazas contra su vida y su familia. (...)”**. Por el contrario, ninguna acción positiva tomaron las autoridades requeridas por el aludido funcionario. Las amenazas contra su vida, ocasionadas precisamente por el cumplimiento de sus obligaciones públicas, no fueron suficientes frente a la indolencia de la administración. El Inspector de Policía continuó seriamente amenazado pero cumpliendo con sus obligaciones, hasta que en ejercicio de las mismas resultó asesinado, sin contar en ningún momento con la custodia, apoyo o vigilancia que las circunstancias específicas exigían y que en numerosas oportunidades suplicara.

No cabe en tales condiciones el predicamento de la demandada sobre la imposibilidad de colocarle un vigilante a cada persona, cuando quien reclama un servicio especial de vigilancia está individual y concretamente amenazado de muerte...”.

¹⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de febrero de 2010, C.P.: Dr. Enrique Gil Botero, Radicado: 20001-23-31-000-1997-03529-01(18274)

*eficiente y permanente a quien era un destacado político, comerciante y ganadero del municipio de Fundación Magdalena”.*¹⁶⁸

31.3 Sobre la necesidad de que concurra un “riesgo inminente y cognoscible” en concreto para imputar el incumplimiento de los deberes que emanan de la posición de garante a cargo de las autoridades públicas, la Sala ha afirmado:

*“La Sala abordará el estudio del caso desde la tesis de la posición de garante, partiendo de la base de la existencia, en abstracto, del deber jurídico del Estado y de sus órganos de proveer, precaver y prevenir la amenaza y vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos con ocasión de la acción de terceros, en este evento, de la acción de grupos armados al margen de la ley.... **Para encuadrar al supuesto mencionado, es necesario que se haya demostrado en el caso concreto la existencia de los hechos, de los “riesgos inminentes y cognoscibles” y de la omisión del Estado de adoptar todas las medidas razonables para haber precavido y prevenido la ocurrencia de las amenazas y/o vulneraciones de los derechos fundamentales, o de los derechos humanos de los demandantes,...**”*¹⁶⁹
(Resaltado propio).

31.4 Por tales razones se observa que es a partir del desconocimiento de los deberes normativos de protección de la vida e integridad física de los ciudadanos, analizado en cada caso en concreto, que se deriva la responsabilidad del Estado, ya que si bien, desde una perspectiva material el acto dañoso puede corresponder al hecho de un tercero que es ajeno a las autoridades públicas, no menos cierto es que, a partir de criterios normativos de atribución, se pueda afirmar que no evitar el resultado lesivo equivale a la realización del mismo.

31.5 En efecto, la imputación de responsabilidad del Estado por violar los deberes que surjan a partir de la posición de garante no pueden ser valorados a partir de escenarios abstractos o genéricos. Si bien se ha precisado que el Estado se encuentra vinculado jurídicamente a la protección y satisfacción de los derechos humanos y/o fundamentales, es menester precisar que, de acuerdo a una formulación amplia de la posición de garante, se requiere, adicionalmente i) que quien es obligado no impida el resultado lesivo, siempre que ii) esté en posibilidad de hacerlo. En ese orden de ideas, es admisible la postura según la cual un sistema de responsabilidad objetiva puede

¹⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de abril de 2010, C.P: Dra. Myriam Guerrero de Escobar. Radicado: 47001-23-31-000-1994-03808-01(18072)

¹⁶⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 de febrero de 2011, Radicado: 50001-23-31-000-2001-00171-01(31093).

traer para el presunto responsable la obligación de adoptar medidas de prevención en razón a la *carga social* que asume al desarrollar sus actividades, esto implica exigir un despliegue de medidas de cuidado más allá de la diligencia debida, como tradicionalmente ha sido concebida.

31.6 En lo que concierne a la responsabilidad del Estado por daños derivados del servicio de protección, debe resaltarse que desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que respecto del derecho a la vida al Estado le asiste el respeto por una carga obligacional que le impone deberes tanto positivos como negativos, en los siguientes términos:

“La protección activa del derecho a la vida y de los demás derechos consagrados en la Convención Americana, se enmarca en el deber estatal de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado, y requiere que éste adopte las medidas necesarias para castigar la privación de la vida y otras violaciones a los derechos humanos, así como para prevenir que se vulnere alguno de estos derechos por parte de sus propias fuerzas de seguridad o de terceros que actúen con su aquiescencia.”¹⁷⁰

“El cumplimiento del artículo 4 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1 de la misma, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), bajo su deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción.

(...)

“Esta protección integral [o activa] del derecho a la vida por parte del Estado no sólo involucra a sus legisladores, sino a toda institución estatal, y a quienes deben resguardar la seguridad, sean éstas sus fuerzas de policía o sus fuerzas armadas.”¹⁷¹

31.7 Al mismo tiempo, de acuerdo a la jurisprudencia Interamericana, los Estados no son responsables por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implican una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se

¹⁷⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso 19 Comerciantes*, (...), párr. 183; y *Caso Bulacio*, (...), párr. 111.

¹⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Huilca Tecse*, (...), párr. 66.

encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía¹⁷², sobre este tópico la jurisprudencia interamericana ha precisado:

*“Por otro lado, para la Corte es claro que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, el carácter erga omnes de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. **Es decir, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía.**”¹⁷³ (Resaltado propio).*

31.8 Frente a lo anterior, es preciso decir que a partir de los contenidos constitucionales en los cuales se consagran cartas de derechos fundamentales, la dogmática ha elaborado una construcción teórica según la cual al Estado no solamente le son exigibles deberes de abstención, sino que también, como presupuesto de realización de tales derechos, es necesario ejecutar acciones positivas; o, en otros términos, que en el contenido de cada derecho fundamental es posible adscribir, en pro de su beneficiario, el derecho a una acción positiva.

31.9 Respecto de las acciones positivas fácticas Alexy ha abordado el tema, de manera explicativa, en los siguientes términos:

¹⁷² Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrafo 280; Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párrafo 123; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párrafo 155; y Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192, párrafo 78.

¹⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006.

“Se trata de un derecho a una acción positiva fáctica cuando se considera el derecho del propietario de una escuela privada a recibir subvenciones estatales¹⁷⁴, cuando se fundamenta la existencia de un derecho a un mínimo vital¹⁷⁵ o se considere una <<pretensión individual del ciudadano a la creación de plazas de estudio>>¹⁷⁶. Que la satisfacción de este tipo de derechos se lleve a cabo de una forma, que en ciertos aspectos (sic) es jurídica, no altera en nada el carácter del derecho como un derecho a una acción fáctica.”¹⁷⁷

31.10 Y en cuanto a la forma como el obligado (el Estado) debe satisfacer dicha obligación se precisa:

“Para la satisfacción del derecho es indiferente la forma como ella se lleve a cabo. Lo decisivo es únicamente que después de la ejecución de la acción, el propietario de la escuela privada disponga de medios suficientes; que el necesitado disponga de las condiciones mínimas de existencia y que le que desea estudiar disponga de una plaza de estudios. La irrelevancia que la forma jurídica de la ejecución de la acción tiene para la satisfacción del derecho¹⁷⁸ es el criterio para delimitar de los derechos a acciones positivas fácticas y a acciones positivas normativas.”¹⁷⁹

31.11 En ese sentido, comprendiendo la existencia de derechos a acciones positivas - como derechos de orden constitucional fundamental-, y también los presupuestos de la posición de garante, se concluye que la responsabilidad del Estado en el marco de los deberes de vigilancia, debe orientarse hacia la demostración del resultado dañoso atribuible a la falta de correspondencia de aquel – el riesgo materializado en un daño cierto- respecto al deber positivo, esto es, a la obligación de dispensar el servicio de vigilancia, sin importar el cómo, cuándo o dónde. Sin embargo, no siempre será atribuible jurídicamente la responsabilidad al Estado, ya que dicho deber positivo no opera automáticamente, sino que requiere que haya sido convocado, promovido o que se haga cognoscible la situación de riesgo que se padecía (o padece) un determinado sujeto, en atención o bien a su calidad, a la situación fáctica o las actividades que este despliegue.

¹⁷⁴ BVerwGE 27, 360 (362 ss.).

¹⁷⁵ G.Dürig en Maunz/ Dürig, Grundgesetz, Artículo 1, observación al margen 43 s,

¹⁷⁶ BVerwGE 33,303 (333).

¹⁷⁷ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008. [Traducción de Carlos Bernal Pulido], 2º Edición, pág. 171.

¹⁷⁸ De la indiferencia para el satisfacción del derecho no se infiere la indiferencia para la satisfacción de otras normas.

¹⁷⁹ ALEXY, Robert. Ibidem. Pág. 171. Y continúa precisando: “Quien habla de <<derechos prestacionales>> se refiere, por lo general, a acciones positivas fácticas. Este tipo de derechos que están referidos a prestaciones que, en principio, también podría llevar a cabo un sujeto particular, serán llamados <<derechos a prestaciones en sentido estricto>>.” Pág. 172.

31.12 Lo anterior es explicable por cuanto que la responsabilidad de la administración, a no dudarlo, se erige contemporáneamente como pieza fundamental de cierre de la cláusula del Estado Social de Derecho, a partir de la cual la situación de la víctima deviene en primordial, máxime en un Estado garante de los derechos fundamentales, lo que lleva a imponer, como se esbozó, que en estricto sentido, la cláusula de responsabilidad encuentra su límite frente a las cargas generales o comunes de la propia vida en sociedad (*general life risk*), cuando el actuar de la propia víctima o de un tercero generan una compensación de culpas; y, por último, circunscrito a la demostración cierta, real y personal de la afectación de un interés jurídicamente tutelado, esto es, el daño.

9. El derecho a la seguridad personal de los sujetos encargados de la tutela o defensa de derechos humanos, como un Personero Municipal.

32 Colombia al ser un Estado social de derecho, democrático, participativo y pluralista, fundado 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, como lo señala el artículo primero de la Constitución, debe velar en todo momento por el bienestar de sus ciudadanos, incumplir este imperativo es desnaturalizar el Estado, aun mas en casos como el que nos ocupa, cuando quien se ve afectado en sus derechos es un servidor público.

33 Por otro lado, y de acuerdo con el citado postulado, es pertinente señalar que nadie puede ser sometido a desaparición forzada y que el derecho a la vida es inviolable (artículos 11 y 12 C.P), presupuestos que están siendo vulnerados en casos como el presente, en donde un Personero fue desaparecido en desempeño de sus funciones, circunstancia que en el sentir de la Sala conlleva implícitamente una sentencia de muerte, que está proscrita por nuestra carta magna.

34 Así las cosas, estos hechos se ven agravados cuando el sujeto pasivo de las amenazas es un servidor público que se encuentra cumpliendo con una actividad a cargo del Estado, quien además debe brindar en todo momento las condiciones

necesarias para que la labor se desempeñe a cabalidad y de conformidad con los postulados legales y constitucionales, debiendo garantizar los derechos fundamentales de estas personas y de quienes conforman su núcleo familiar.

35 En contraste con lo anterior, es necesario analizar el precedente de esta Corporación frente al tema, el cual en reciente pronunciamiento señaló: “la Sala abordará el tratamiento de la situación de ciertos actores sociales, que como los abogados, hacen parte del sistema democrático y pueden ser objeto de protección reforzada [en el marco de la tutela del derecho a la seguridad personal], más cuando se acrediten, directa o indiciariamente, circunstancias que exceden la normalidad, o los peligros ordinarios bien sea por la ubicación del lugar en donde desempeña sus actividades, o por las condiciones del conflicto interno que se presentaban para la época de los hechos.

“La aplicación del principio democrático se manifiesta, concretamente, en la tutela del derecho a la seguridad personal¹⁸⁰, que como garantía constitucional permite el desdoblamiento del ejercicio del derecho a la vida, cuyo alcance ha sido fijado en el precedente jurisprudencial constitucional en los siguientes términos:

“Dentro del desarrollo que del derecho fundamental a la vida ha realizado la jurisprudencia constitucional, se destaca el estudio acerca del carácter vinculante (sic) que para el Estado se deduce de sus dos ámbitos de protección, esto es, que se trata de un derecho que debe respetarse y debe protegerse¹⁸¹. Conforme a lo anterior, por una parte, las autoridades públicas están obligadas a abstenerse de ejecutar actos que vulneren el derecho a la vida y, por la otra, a evitar que terceras personas por cualquier motivo lo desconozcan.

Este segundo ámbito de protección, se refiere entonces al deber que le asiste a las autoridades públicas de asegurar o garantizar el respeto del derecho a la vida por parte

¹⁸⁰ “Al determinar el alcance del derecho a la seguridad personal en el orden constitucional colombiano, a la luz de los instrumentos internacionales reseñados, la Corte señaló: (i) El derecho a la seguridad personal está incorporado al ordenamiento jurídico colombiano en virtud de los artículos de la Constitución citados e interpretados a la luz de los instrumentos de derechos humanos ratificados por Colombia que crean obligaciones internacionales para el país (artículos 93 y 94 de la Constitución); (ii) Además de manifestarse como un derecho humano fundamental de todas las personas, el derecho a la seguridad personal adquiere especial importancia en el caso de ciertos sujetos que, dada su condición o su contexto, han recibido especial protección tanto por la Carta como por otras fuentes de derecho internacional vinculantes para Colombia; y (iii) El contenido específico del derecho a la seguridad personal es históricamente variable, y se ha de determinar de conformidad con el contexto socio - político y jurídico en el cual se vaya a aplicar”. Corte Constitucional. Sentencia T-496 de 16 de mayo de 2008. Exp.T-1783291.

¹⁸¹ Sentencia T-102 de 1993. (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

de terceros. Dicho deber no constituye una simple manifestación retórica de tipo formal, sino por el contrario, una declaración categórica e imperativa para el Estado, por virtud de la cual se le asigna una obligación positiva consistente en actuar con eficiencia y celeridad en su labor de defensa y cuidado de este derecho fundamental. Así las cosas, esta Corporación ha sostenido que: “el Estado debe responder a las demandas de atención de manera cierta y efectiva, pues ante la amenaza que se tiende sobre la existencia y tranquilidad de individuos o grupos que habitan zonas de confrontación o que desarrollan actividades de riesgo en los términos del conflicto, es inexcusable que el Estado pretenda cumplir con sus deberes limitándose a señalar su imposibilidad para prestar la ayuda requerida”¹⁸².

Dicha circunstancia condujo al reconocimiento por parte de esta Corporación de la seguridad personal como un derecho fundamental de todas las personas, y así lo estableció en la sentencia T-719 de 2003¹⁸³, al derivar su existencia del principio de igualdad de las cargas públicas y del principio de justicia y equidad. En sus propias palabras, la Corte manifestó que:

“Con base en los mandatos constitucionales e internacionales indicados abajo, y el desarrollo jurisprudencial que ha tenido la protección de la seguridad de las personas en nuestro ordenamiento, según se reseña más adelante, para la Sala resulta claro que la seguridad personal, en el contexto colombiano, es un derecho fundamental de los individuos. Con base en él, pueden exigir, en determinadas condiciones, medidas específicas de protección de parte de las autoridades, con el objetivo de prevenir la materialización de cierto tipo de riesgos extraordinarios contra su vida o integridad personal, que no tienen el deber jurídico de soportar, y que las autoridades pueden conjurar o mitigar. (...)

El derecho a la seguridad personal, en ese contexto, es aquel que faculta a las personas para recibir protección adecuada por parte de las autoridades, cuandoquiera que estén expuestas a riesgos excepcionales que no tienen el deber jurídico de tolerar, por rebasar éstos los niveles soportables de peligro implícitos en la vida en sociedad; en esa medida, el derecho a la seguridad constituye una manifestación del principio de igualdad ante las cargas públicas, materializa las finalidades más básicas asignadas a las autoridades por el Constituyente, garantiza la protección de los derechos fundamentales de los más vulnerables, discriminados y perseguidos, y manifiesta la primacía del principio de equidad”.

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

Ahora bien, en ciertos casos se exige como carga ciudadana fundada en el principio de solidaridad social (C.P. art. 95.2), que las personas asuman ciertos riesgos especiales,

¹⁸² Sentencia T-981 de 2001. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). (Subrayado por fuera del texto original)

¹⁸³ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

por fuera de los mínimos u ordinarios que se predicen para toda la comunidad. Dichos riesgos por lo general tienen su origen en dos tipos de contingencias, por una parte, en aquéllas que se derivan de la convivencia en sociedad, por ejemplo, cuando para asegurar la defensa de una población es indispensable instalar una estación de policía, que por la situación interna de conflicto armado que vive el país, puede exponer a determinados riesgos a los vecinos de dichas construcciones¹⁸⁴; y por la otra, en aquéllas que subyacen a la prestación de los servicios públicos, ya sea en relación con las personas que se benefician de los mismos¹⁸⁵, o frente a las personas encargadas de su prestación, es decir, los servidores públicos¹⁸⁶. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

“Teniendo en cuenta el alcance del derecho a la seguridad personal, cuyo sustento se encuentra en los artículos 93 y 94 de la Carta Política¹⁸⁷, en lo consagrado en el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948¹⁸⁸, en el artículo 7.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁸⁹ [Pacto de San José] y en el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁹⁰, en el precedente

¹⁸⁴ Esta Corporación, en sentencia T-1206 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), en relación con la construcción de estaciones de policía en sectores en donde se expone en alto grado la población civil, manifestó que: *“la convivencia en sociedad implica que las personas se expongan a determinadas contingencias. La presencia de tales contingencias, sin embargo, por sí misma no hace que las personas sean merecedoras de una protección especial por parte del juez de tutela. Sólo cuando el riesgo se torna desproporcionado, hasta el punto de constituir un peligro inminente, puede el juez de tutela conceder la protección solicitada.// Así, en el caso específico en que los vecinos a las estaciones y demás puestos de policía demanden cierta acción por parte de las autoridades para la protección de su vida e integridad personal frente a ataques de la guerrilla, la acción de tutela sólo será procedente cuando concurren las siguientes dos circunstancias: (1) que, dada la proyección en el presente de unas ciertas circunstancias históricas, la probabilidad actual de que ocurra el ataque sea alta y (2) que la situación específica del demandante o de las personas en nombre de quienes interpone la acción los coloque en una situación de riesgo excepcional que: a) sea difícil de evitar o su evasión suponga cargas que no tiene porqué asumir personalmente y; b) que las autoridades estén en capacidad de minimizar (dicho riesgo) sin sacrificar bienes jurídicos de igual o superior importancia constitucional”.*

¹⁸⁵ Así, a manera de ejemplo, lo reconoció el Consejo de Estado, en tratándose de los daños a los vehículos de servicio público o a las personas que acceden al mismo frente a la comisión de actos terroristas. En sentencia del 16 de junio, expediente No. 9392, dicha Corporación manifestó: *“En relación con los actos terroristas contra vehículos de servicio público, la sala ha señalado que solamente en estados especiales de agitación, en los cuales dichos actos son normalmente previsibles, las autoridades tienen la obligación de tomar medidas especiales de protección sobre dichos vehículos; y su omisión, en tales casos, puede constituir falla del servicio que comprometa la responsabilidad de la administración. Pero cuando no se presentan dichas circunstancias especiales, no puede imponerse a las autoridades la obligación de escoltar cada vehículo de servicio público (sic), pues ellas carecen de medios y de personal para tal efecto; y menos deducirse falla del servicio por omisión cada vez que ocurran actos terroristas en tales circunstancias”.* (Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo).

7.7.1.1.1.1.1 ¹⁸⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-686 de 30 de junio de 2005. Exp. T-795791

¹⁸⁷ Puede verse Corte Constitucional. Sentencias T-713 de 2003; T-496 de 2008.

¹⁸⁸ Aceptada como costumbre internacional desde la Proclamación de Teherán del 13 de mayo de 1968.

¹⁸⁹ Incorporada al ordenamiento jurídico colombiano por medio de la ley 16 de 1972.

¹⁹⁰ Incorporada al ordenamiento jurídico colombiano por medio de la ley 74 de 1968. En la perspectiva del precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “Al determinar el alcance del derecho a la seguridad personal en el orden constitucional colombiano, a la luz de los instrumentos internacionales reseñados, la Corte señaló: (i) El derecho a la seguridad personal está incorporado al ordenamiento jurídico colombiano en virtud de los artículos de la Constitución citados e interpretados a la luz de los instrumentos de derechos humanos ratificados por Colombia que crean obligaciones internacionales para

jurisprudencial constitucional se plantea la necesidad de delimitar frente a qué tipo de riesgos se exige que las autoridades públicas ejerzan la protección debida. En ese sentido el precedente indica:

“Se tiene, en primer lugar, que dichos riesgos deben ser extraordinarios. Esto quiere decir que existe un nivel de riesgo ordinario, social y jurídicamente soportable, por estar implícito en la vida cotidiana dentro de cualquier sociedad. (...) (L)as personas no pueden exigir al Estado un nivel especial de protección frente a este tipo de riesgos elementales: soportarlos constituye una carga derivada de la condición misma de integrante de una comunidad de seres humanos, que se impone a todos los miembros de la sociedad por igual.

“Ahora bien, en la medida en que la intensidad de dichos riesgos se incrementa, es decir, cuando se tornen extraordinarios y reúnen las demás características señaladas en esta providencia, las personas tendrán derecho a solicitar la intervención protectora (sic) de las autoridades para mitigarlos o evitar que se materialicen, cuando ello sea posible; tal intervención estatal podrá invocarse con distintos títulos, es decir, en virtud de distintos derechos fundamentales –la vida, la integridad personal o la seguridad personal –, dependiendo del nivel de intensidad del riesgo en cuestión y de sus características.

De tal manera que el derecho a la seguridad personal sí comprende un nivel de protección básico de las personas contra ciertos riesgos o peligros que, al responder a determinados atributos, “no resultan legítimos ni soportables dentro de la convivencia en sociedad, de acuerdo con la Constitución y los tratados internacionales; se trata de riesgos extraordinarios cuya imposición misma lesiona la igualdad en la que deben estar las personas frente a la carga de vivir en sociedad

Con el propósito de delimitar objetivamente el campo de aplicación del derecho a la seguridad personal en el ordenamiento jurídico colombiano, la jurisprudencia de esta Corte estableció una sencilla escala de riesgos, tomando en cuenta dos variables: (i) los niveles de tolerabilidad jurídica del riesgo por los ciudadanos en virtud del principio de igualdad ante las cargas públicas; y (ii) los títulos jurídicos con base en los cuales se puede invocar la intervención protectora de las autoridades.

Bajo tales parámetros estableció cinco niveles de riesgo: (i) un nivel de riesgo mínimo¹⁹¹; (ii) un nivel de riesgo ordinario, soportado por igual por quienes viven en sociedad¹⁹²; (iii) un nivel de riesgo extraordinario, que las personas no están obligadas a soportar; (iv) un nivel de riesgo extremo que amenaza la vida o la integridad personal¹⁹³; y (v) un nivel de riesgo consumado¹⁹⁴.

el país (artículos 93 y 94 de la Constitución); (ii) Además de manifestarse como un derecho humano fundamental de todas las personas, el derecho a la seguridad personal adquiere especial importancia en el caso de ciertos sujetos que, dada su condición o su contexto, han recibido especial protección tanto por la Carta como por otras fuentes de derecho internacional vinculantes para Colombia; y (iii) El contenido específico del derecho a la seguridad personal es históricamente variable, y se ha de determinar de conformidad con el contexto socio - político y jurídico en el cual se vaya a aplicar”. Corte Constitucional. Sentencia T-496 de 16 de mayo de 2008. Exp.1783291.

¹⁹¹ Se trata de un nivel en el cual la persona sólo se ve amenazada en su existencia e integridad por factores individuales y biológicos.

¹⁹² Se trata de los riesgos ordinarios, implícitos en la vida social.

¹⁹³ Este es el nivel de los riesgos que, por su intensidad, entran bajo la órbita de protección directa de los derechos a la vida e integridad personal.

¹⁹⁴ Este es el nivel de las violaciones a los derechos, no ya de los riesgos, a la vida e integridad personal: la muerte, la tortura, el trato cruel, inhumano o degradante, representan riesgos que ya se han concretado y materializado en la persona del afectado.

A partir de tal caracterización estimó la Corte que “el derecho fundamental a la seguridad personal opera para proteger a las personas de los riesgos que se ubican en el nivel de los riesgos extraordinarios, que el individuo no tiene el deber jurídico de soportar”. A fin de establecer si un riesgo puesto en conocimiento de las autoridades tiene una intensidad suficiente como para ser extraordinario, el funcionario competente debe analizar si confluyen en él algunos de los siguientes atributos: específico e individualizable¹⁹⁵, concreto¹⁹⁶, actual¹⁹⁷, importante¹⁹⁸, serio¹⁹⁹, claro y discernible²⁰⁰, excepcional²⁰¹, desproporcionado²⁰², además de grave e inminente²⁰³.

“En la actualidad, la tutela del derecho a la seguridad personal se encuentra positivado en lo consagrado en los artículos 81 de la Ley 418 de 1997, de la Ley 548 de 1999 y en la Ley 782 de 2002, según las cuales “el Gobierno Nacional – Ministerio del Interior y de Justicia-, pondrá en funcionamiento un programa de protección a personas que se encuentren en situación de riesgo inminente contra su vida, integridad, seguridad o libertad, por causas relacionadas con la violencia política o ideológica o con el conflicto armado interno”. Así mismo, en virtud del Decreto 2816 de 2006 se “diseña y reglamenta el Programa de Protección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia”, se establece que la “población objeto del programa está constituida por los dirigentes o activistas de grupos políticos, (especialmente de grupos de oposición), de organizaciones sociales, cívicas, comunales, gremiales, sindicales, campesinas, de grupos étnicos, de Derechos Humanos, de población en situación de desplazamiento; miembros de la misión médica; testigos de casos de violación a los Derechos Humanos y de Infracción al Derecho Internacional Humanitario, independientemente de que no se hayan iniciado los respectivos procesos disciplinarios, penales y administrativos; periodistas y comunicadores sociales; Alcaldes, Diputados, Concejales, Personeros; funcionarios o ex funcionarios responsables del diseño, coordinación o ejecución de la política de Derechos Humanos o de Paz del Gobierno Nacional”^{204, 205}

¹⁹⁵ Es decir que no debe tratarse de un riesgo genérico.

¹⁹⁶ Basado en acciones o hechos particulares y manifiestos, y no en suposiciones abstractas.

¹⁹⁷ En el sentido que no debe ser remoto o eventual.

¹⁹⁸ Que amenace con lesionar bienes o intereses jurídicos valiosos para el sujeto, por lo que no puede tratarse de un riesgo menor.

¹⁹⁹ De materialización probable por las circunstancias del caso, por lo cual no puede ser improbable.

²⁰⁰ No debe tratarse de una contingencia o peligro difuso.

²⁰¹ No se trata de un riesgo que deba ser soportado por la generalidad de los individuos.

²⁰² Teniendo como parámetro de comparación los beneficios que deriva la persona de la situación por la cual se genera el riesgo.

²⁰³ Corte Constitucional. Sentencias T-719 de 2003; T-496 de 16 de mayo de 2008. Exp.1783291.

²⁰⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-496 de 16 de mayo de 2008. Exp.1783291

²⁰⁵ Exp. 21196. C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

10. La responsabilidad del Estado por desaparición forzada.

36 La desaparición forzada²⁰⁶, como fenómeno propio al conflicto armado, tiene su consagración en el artículo 12 de la Carta Política según el cual: “Nadie será sometido a desaparición forzada [...]”.

36.1 Luego, vino a ser tipificado por la Ley 589 de julio 6 de 2000, que consolidada la misma con la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, por medio de la Ley 707 de 228 de noviembre de 2001²⁰⁷, de la “Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas”, y finalmente reforzada con la incorporación mediante la Ley 1418 de 1 de diciembre de 2010 de la “Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas” (adoptada en Nueva York el 20 de diciembre de 2006²⁰⁸). La primera de las Convenciones, para la jurisprudencia constitucional hace “parte del bloque de constitucionalidad *latu sensu*”²⁰⁹, lo que para el juez contencioso representa instrumentos que le debe permitir realizar el control de convencionalidad al momento de definir la imputación de la responsabilidad del Estado.

36.2 La desaparición forzada es un fenómeno que viene siendo objeto de tratamiento desde mediados de los años setenta. Así pues, la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 33/173 [adoptada durante la 90 sesión plenaria, de 20 de diciembre de 1978²¹⁰], recordó que la situación de las personas desaparecidas en el mundo puede entrar en colisión con lo establecido en los artículos 3, 5, 9, 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, especialmente el “derecho a la vida, a la

²⁰⁶ Ver: sentencia del 3 de marzo de 2014. Exp: 47.868.

²⁰⁷ Norma que fue objeto de control de constitucionalidad por la Corte Constitucional en la sentencia C-580 de 31 de julio de 2002.

²⁰⁸ Norma que fue objeto de control de constitucionalidad por la Corte Constitucional en la sentencia C-620 de 18 de agosto de 2011.

²⁰⁹ Corte Constitucional en la sentencia C-580 de 31 de julio de 2002: “De acuerdo con la Corte: A pesar de que la presente Convención no constituye en estricto sentido un tratado de derechos humanos sino más bien un mecanismo de erradicación del delito, comparte con aquellos el mismo fin protector de los derechos esenciales de las personas. En tal medida, puede afirmarse que desde un punto de vista teleológico la Convención reconoce los derechos humanos y establece mecanismos que contribuyen en gran medida a su protección”.

²¹⁰ Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 33/173, de 20 de diciembre de 1978, puede consultarse en: [\[http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/368/12/IMG/NR036812.pdf?OpenElement\]](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/368/12/IMG/NR036812.pdf?OpenElement); consultado 22 de febrero de 2014].

libertad y a la seguridad de la persona, a no ser sometido a torturas, a no ser arbitrariamente detenido ni preso y al derecho a ser oído públicamente y con justicia por un tribunal”, así como con los artículos 6, 7, 9 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de manera que pidió a los gobiernos, entre otras cuestiones: “a) Que en el caso de informes de desapariciones forzadas o involuntarias dediquen los recursos adecuados a la búsqueda de esas personas, y hagan investigaciones rápidas e imparciales; b) que garanticen la plena responsabilidad en el desempeño de sus funciones –especialmente la responsabilidad ante la ley- de las autoridades u organizaciones encargadas de hacer cumplir la ley y encargadas de la seguridad, incluida la responsabilidad jurídica por los excesos injustificables que pudiesen conducir a desapariciones forzadas o involuntarias o a otras violaciones de los derechos humanos”.

36.3 Por la misma época, esto es, comienzos de los años ochenta, en el sistema interamericano de derechos humanos también emergía la necesidad de pronunciarse acerca de las desapariciones forzadas, orientado más a la situación de los países latinoamericanos que se encontraban bajo dictaduras o en proceso de transición democrática. Sin perjuicio de lo anterior, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA 666 de 18 de noviembre de 1993 y 742 de 18 de noviembre de 1994, que al aprobar los “Informes anuales” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, fijó como obligación de los Estados procurar el respeto de la libertad personal y la vida de las personas sometidas a situaciones de desaparición forzada, llegando a considerar dicho fenómeno como un acto de lesa humanidad, en caso de ser de carácter sistemático y generalizado en su concreción.

36.4 Esta germinación temprana en el tratamiento de la desaparición forzada va a tener su maduración en la “Convención Interamericana sobre desaparición forzada” [adoptada el 9 de junio de 1994 en Belém do Pará], en cuyo artículo 1 se estableció cuatro obligaciones positivas en cabeza de los Estados: “a) No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales; b) Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas,

así como la tentativa de comisión del mismo; c) Cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y d) Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos en la presente Convención”²¹¹.

36.5 Es así como, la “Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas” [adoptada por las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de diciembre de 2006], además de exigir la tipificación penal de la desaparición forzada, en su artículo 3 le fija al Estado como obligación positiva la de tomar “las medidas apropiadas para investigar las conductas definidas en el artículo 2²¹² que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables”.

36.6 Por su parte, la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación también ha reconocido la existencia de obligaciones positivas que se radican en cabeza del Estado cuando se está ante el fenómeno de la desaparición forzada. En ese sentido, en la sentencia de 29 de junio de 1995²¹³ se precisó que “las fuerzas armadas, en cumplimiento de su misión deben ser particularmente cuidadosas para no abusar del poder, garantizar la seguridad de los ciudadanos dejando constancia de las circunstancias de modo, tiempo y lugar de las retenciones o aprehensiones que tuviere que ejecutar, así como del acto de liberación de los sujetos con iguales indicaciones”.

²¹¹ Corte Constitucional en la sentencia C-580 de 31 de julio de 2002: “Como lo dice su mismo texto, los efectos de la definición de desaparición forzada se circunscriben a la aplicación de la Convención. Ello significa que la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones consagradas dentro de la Convención –por supuesto dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos- está determinada por los elementos contenidos en el artículo 2º. En particular, en lo que se refiere a la tipificación, a la investigación y a la sanción del delito. Contrario a lo que ocurre en otros instrumentos internacionales, como aquellos que se derivan de la creación de órganos jurisdiccionales internacionales, la definición no pretende determinar directamente los elementos constitutivos de responsabilidad penal individual, sino que fija ciertos elementos a los cuales las partes deben adecuar su derecho penal interno, de conformidad con las obligaciones contenidas en los literales b) y d) del artículo 1º, y con el inciso primero del artículo 3º de la Convención. De tal modo, la definición impone apenas un mínimo de elementos del tipo, pero no afecta la facultad del Estado de asumir mayores responsabilidades en la protección –interna o internacional- de los derechos que se pretenden garantizar a través de la desaparición forzada”

²¹² “ARTÍCULO 2. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por “desaparición forzada” el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley”.

²¹³ Sección Tercera, sentencia de 29 de junio de 1985, expediente 10203.

36.7 En tanto que, en la sentencia de 11 de septiembre de 1997²¹⁴, se consideró que “que en un Estado de Derecho nada autoriza ni justifica que individuo alguno sea sometido a desaparición forzada pues es merecedor de todo respeto por su mera condición de persona sea que el sujeto actúe por fuera de la ley o ceñido a ella”.

36.8 Ahora bien, en cuanto al alcance de la desaparición forzada, la sentencia de 7 de febrero de 2002²¹⁵ consideró que la desaparición forzada de personas es calificada como delito de lesa humanidad; el alcance de tal conducta se ha concretado así: “La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar. El secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad de conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto (...). Además, el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Por lo demás, las investigaciones que se han verificado donde ha existido la práctica de desapariciones y los testimonios de las víctimas que han recuperado su libertad demuestran que ella incluye el trato despiadado a los detenidos, quienes se ven sometidos a todo tipo de vejámenes, torturas y demás tratamientos crueles, inhumanos y degradantes, en violación también al derecho a la integridad física. La práctica de desapariciones, en fin, ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron...”.

36.9 En la sentencia de 3 de octubre de 2007²¹⁶, la Sección Tercera comprende que las obligaciones del Estado deben estar acordes con la protección y defensa de los

²¹⁴ Sección Tercera, sentencia de 11 de septiembre de 1997, expediente 11600.

²¹⁵ Sección Tercera, sentencia de 7 de febrero de 2002, expediente 21266.

²¹⁶ Sección Tercera, sentencia de 3 de octubre de 2007, expediente 19286: “La desaparición forzada de personas constituye violación de múltiples derechos humanos tanto en el orden interno como en el marco del derecho internacional y por lo mismo, esta práctica abominable es considerada en el derecho

múltiples derechos humanos que pueden ser violados con ocasión de la desaparición forzada, de modo tal que debe procurar la investigación y sanción de todo aquel que se encuentre incurso en la comisión de tal acto criminal. Dentro de tales derechos, la sentencia de 18 de junio de 2008²¹⁷ concibe que las “las autoridades públicas tienen la obligación de velar por la integridad y seguridad del ciudadano, cuando este se encuentra bajo su custodia y vigilancia en razón a una privación de la libertad²¹⁸. Obligación que debe reforzarse cuando la víctima es un sujeto que participa o tiene una posición política o social en la comunidad, como se desprende de lo argumentado en la sentencia de 1 de abril de 2009²¹⁹.

36.10 Ahora bien, en la sentencia de 11 de febrero de 2009²²⁰ la Sección consideró que “la desaparición forzada supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado para garantizar los derechos reconocidos en la Convención, pues es a él a quien le corresponde ejercer conductas positivas y negativas dirigidas a respetar y garantizar la libertad y la vida de los ciudadanos, y otros derechos del mismo linaje.

36.11 Adicionalmente, para la materialización del delito de la desaparición forzada no se requiere determinar, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, y tampoco es

internacional como delito de lesa humanidad pues -como lo ha resaltado la Sala- esta práctica no sólo compromete los intereses de la víctima sino, que simultáneamente, atenta contra la convivencia social, la paz y la tranquilidad de la humanidad y por ello, cualquier Estado puede pretender que se investigue y sancione al infractor de la misma”.

²¹⁷ Sección Tercera, sentencia de 18 de junio de 2008, expediente 15625.

²¹⁸ “En varias oportunidades la corporación ha sostenido que cuando las autoridades en ejercicio de sus funciones retienen a un ciudadano adquieren la obligación para con él, de una parte, de velar por su seguridad e integridad personal y, de otra, la de regresarlo al seno de su familia en similares condiciones a las que se encontraba al momento de ser privado de la libertad, todo lo cual implica tratarlo dignamente por su mera condición de persona sin que valga alegar excusa alguna como puede ser el hecho de sus antecedentes delictuales para vulnerar sin temor a la ley sus derechos fundamentales.” Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 11 de septiembre de 1997, expediente 11.600. “En síntesis, frente a los retenidos el Estado tiene una obligación específica de protección y seguridad, porque éstos se encuentran en una situación de particular sujeción, en razón de la cual ven limitados sus derechos y libertades y la autonomía para responder por su propia integridad y por lo tanto, deben gozar del pleno amparo de las autoridades frente a los posibles daños y peligros que los amenacen. “Las obligaciones que asumen las autoridades de la República frente a los retenidos son de dos clases: 1) de hacer, esto es, de prever y controlar los peligros que pueda sufrir una persona retenida desde el momento mismo en que se produce la privación material de la libertad, hasta el momento en que ella es devuelta a la sociedad y 2) de no hacer, referida a la abstención de cualquier conducta que pueda vulnerar o poner en peligro los derechos que no hayan sido limitados con la medida cautelar.” Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 22 de abril de 2004, expediente 14.240.

²¹⁹ Sección Tercera, sentencia de 1 de abril de 2009, expediente 16836.

²²⁰ Sección Tercera, sentencia de 11 de febrero de 2009, expediente 16337.

preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios de los derechos humanos, éstos dentro de nuestro ordenamiento contienen protección constitucional reforzada mediante el ejercicio de las acciones constitucionales. Es suficiente acreditar que ha habido apoyo o tolerancia por parte del poder público, en la infracción de los derechos fundamentales y humanos reconocidos por los organismos internacionales como son la libertad y la vida. El derecho a la vida, porque constituye el núcleo esencial para la realización de los demás derechos, y el derecho fundamental a la libertad, porque permite la materialización del primero en condiciones dignas, el ejercicio de las demás libertades individuales y el libre desarrollo de la personalidad.

36.12 Ambos constituyen derechos y valores de primer orden consignados y reconocidos en nuestro ordenamiento constitucional y en los tratados de derechos humanos que conforman en esa materia criterios de constitucionalidad de las leyes que forman parte del bloque de constitucionalidad, necesarios para la resolución de los casos concretos. Además, es claro que los pactos internacionales obligan al Estado no solo a respetar sino también a garantizar los derechos humanos, lo cual implica asumir conductas negativas y positivas tendientes por un lado a no ejercer actos violatorios de tales derechos y a asumir conductas dirigidas a impedir que distintas fuerzas no estatales los violen”.

36.13 Finalmente, la Sub-sección C en la sentencia de 24 de marzo de 2011²²¹ reafirmó que en eventos en los que se produce la desaparición forzada de una persona, el Estado, las autoridades públicas deben observar como obligación positiva la seguridad y protección de todo ciudadano, especialmente del derecho a la vida, atendiendo a que aquella deriva de la posición de garante en la que se encuentra el Estado.

36.14 Para finalizar, tanto la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²²², como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, consolidan como

²²¹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 24 de marzo de 2011, expediente 17993.

²²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988; caso Godínez Cruz vs. Honduras, sentencia de 20 de enero de 1989; caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia, sentencia de 8 de diciembre de 1995; caso Garrido Baigorria vs. Argentina, sentencia de 2 de febrero de 1996; caso Castillo Páez vs. Perú, sentencia de 3 de noviembre

obligaciones de todo Estado ante la desaparición forzada, no sólo aquellas referidas a la protección y seguridad del ciudadanos, sino también las de defensa de la integridad personal, la vida, la personalidad jurídica y, especialmente, la afirmación plena y eficaz de las garantías judiciales, que se encaminen a la investigación y sanción no sólo de los responsables, sino también a procurar establecer el paradero, o la situación de la persona desaparecida, o contribuir en la búsqueda de su cuerpo para lograr fijar con verdad, justicia y reparación todos los elementos que se presentaron en la comisión de tal acto criminal inhumano y que violenta la dignidad humana.

11. La imputación en el caso en concreto.

37 Así las cosas, corresponde a la Sala determinar si el daño antijurídico causado a los demandantes le es imputable a las entidades demandadas, para lo cual se procede a revisar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos de la desaparición del señor Rafael Hernán Sánchez Pinillos y a analizar si el proceder de la autoridad pública demandada, estuvo acorde con los postulados convencionales, constitucionales y legales que le eran exigibles.

38 En el *sub judice* se encuentra demostrado que el Dr. Rafael Hernán Sánchez Pinillos se desempeñaba como Personero Municipal de Planadas (Tolima) para el periodo 1995-1997, como consta en el acta de posesión de fecha 1 de marzo de 1995.

39 Así mismo, se encuentra probado que el día 21 de agosto de 1995 el señor Sánchez Pinillos fue interceptado mientras compartía en un bazar con personas del municipio de Planadas, por un grupo de aproximadamente seis personas que lo obligaron a subirse a

de 1997; caso Blake vs. Guatemala, sentencia de 24 de enero de 1998; caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2000; caso Molina Theissen vs. Guatemala, sentencia de 4 de mayo de 2004; caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, sentencia de 1 de marzo de 2005; caso Gómez Palomino vs. Perú, sentencia de 22 de noviembre de 2005; caso Goiburú vs. Paraguay, sentencia de 22 de septiembre de 2006; caso La Cantuta vs. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006; caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, sentencia de 12 de agosto de 2008; caso Tiu Tojin vs. Guatemala, sentencia de 26 de noviembre de 2008; caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia, sentencia de 27 de noviembre de 2008; caso Anzualdo Castro vs. Perú, sentencia de 22 de septiembre de 2009, caso Radilla Pacheco vs. México, sentencia de 23 de noviembre de 2009; caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, sentencia de 1 de septiembre de 2010; caso Gomes Lund y otros [Guerhilla do Araguaia] vs. Brasil, sentencia de 24 de noviembre de 2010; caso Gelman vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011; caso Torres Millacura y otros vs. Argentina, sentencia de 26 de agosto de 2011.

un carro con rumbo desconocido, como lo narra el informe del 24 de agosto de 1995 realizado por el Comandante de la Policía de la Estación de Planadas (Tolima) (Fl.21 C.1) y lo corroboran los testimonios rendidos por Astrid Quintana Segura (Fls.188 a 190 C.1) y el Procurador Provincial de Ibagué Jorge Enrique Cardoso Rodríguez (Fls.51 a 54 C.2).

40 Como consecuencia del desaparecimiento, los familiares del señor Sánchez Pinillos iniciaron su búsqueda en el municipio para recaudar información que les permitiera dar con el paradero de su familiar, solicitando cita con los jefes guerrilleros y paramilitares de la región. Recibiendo respuesta únicamente de parte del grupo guerrillero de las FARC – EP quienes a través de escritos del 8 de septiembre de 1995 (Fl.43 C.2) y del 10 de mayo de 1996 (Fls.13 y 14 C.1), manifestaron que no tenían en su poder al Dr. Rafael Sánchez, que nunca tuvieron problemas con él y que por el contrario, consideraron que fue por su arduo trabajo en la protección de los derechos de la población civil que otros actores sociales estaban interesados en que dejara de hacerlo.

41 Por su parte, la Dirección Nacional UNASES²²³ Urbanos – UNASE Urbano Ibagué a través de oficio No.741/PN-UNASE-CDO del 19 de diciembre de 1995 (Fls.44 a 46 C.2), informó al Director del Programa Anti – Secuestro de la Presidencia de la República que el señor Rafael Hernán Sánchez, había desaparecido el día 21 de agosto de 1995 hacia las 9: 30 P.M. en el municipio de Planadas, al parecer por la acción de miembros del Frente “Joselo Lozada” de las FARC. A esto se agrega, que en el texto del informe se señaló que la víctima “*se encontraba incluido en una lista donde amenazaban de muerte a las principales autoridades civiles de dicho municipio, entre ellos el Alcalde y el Secretario de Planeación Municipal*”. Si es este hecho es constatado por esta Unidad de la Policía Nacional, y se examinan los demás medios probatorios, la Sala encuentra acreditado que la situación de amenaza que se cernía sobre Sánchez Pinillos ameritaba no solo la protección a instancias de solicitud expresa, sino por virtud del ejercicio propio de su cargo que demandaba de las autoridades públicas competentes tanto el conocimiento de las situaciones y hechos que revelaban amenazas y potenciales actos en contra de su vida e integridad, sino también el despliegue de todos los medios de

²²³ Unidad Antiextorsión y Secuestro.

protección y seguridad razonables con los que se contara con dichas autoridades para anticipar, o por lo menos contener la acción atroz desplegada por un grupo armado insurgente el día 21 de agosto de 1995, y no simplemente constatar con posterioridad el acaecimiento de los mismos. Todo lo anterior, permite Sala establecer que ante tales hechos, que reflejaban una probabilidad de concreción de un acto atroz como el ocurrido, las entidades publicas demandadas omitieron el ejercicio pleno y eficaz de sus funciones de seguridad y protección, no solamente al ciudadano Sánchez Pinillos, sino lo mas grave al defensor de derechos humanos que en ejercicio de su cargo se vio sometido a la violación pluriofensiva y continuada de todos sus derechos, sin que deba ser exigible la solicitud expresa de protección, que como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo no es la regla en este tipo de casos, partiendo del hecho cierto de la cognoscibilidad de elementos previos y materiales por parte de las mencionadas entidades públicas con base en los cuales habrían podido razonablemente adoptar medidas para su protección inmediata y efectiva.

43 Como consecuencia de estos hechos, el día 17 de octubre de 1995 la Fiscalía Regional inició las investigaciones preliminares para esclarecer las circunstancias que rodearon el desaparecimiento del señor Sánchez Pinillos.

44 Visto lo anterior, para la Sala es claro que no es posible afirmar que en el *sub lite* se haya dado el cumplimiento a los deberes funcionales radicados en cabeza de la Policía Nacional como entidad encargada de velar por la protección de la vida, honra y bienes de los ciudadanos, especialmente de aquellas personas que por el ejercicio de sus funciones públicas se encuentran en situación de riesgo extraordinario respecto de las demás, como el caso del Dr. Sánchez Pinillos quien como quedó demostrado anteriormente se desempeñaba como Personero Municipal, cargo que lo obligaba a la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta de quienes desempeñan funciones públicas²²⁴, tales como²²⁵:

1. Defender los intereses de la sociedad.

²²⁴ Artículo 169 Ley 136 de 1994.

²²⁵ Artículo 178 Ley 136 de 1994.



2. Vigilar el ejercicio eficiente y diligente de las funciones administrativas municipales.
3. Ejercer vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas municipales; ejercer preferentemente la función disciplinaria respecto de los servidores públicos municipales; adelantar las investigaciones correspondientes acogiéndose a los procedimientos establecidos para tal fin por la Procuraduría General de la Nación, bajo la supervigilancia de los procuradores provinciales a los cuales deberán informar de las Investigaciones.
4. Intervenir en los procesos civiles y penales en la forma prevista por las respectivas disposiciones procedimentales.
5. Intervenir en los procesos de policía, cuando lo considere conveniente o cuando lo solicite el contraventor o el perjudicado con la contravención.
6. Divulgar los derechos humanos y orientar e instruir a los habitantes del municipio en el ejercicio de sus derechos ante las autoridades competentes o entidades de carácter privado.
7. Interponer por delegación del Defensor del Pueblo las acciones de tutela en nombre de cualquier persona que lo solicite o se encuentre en situación de indefensión.
8. Defender los intereses colectivos en especial el ambiente, interponiendo e interviniendo en las acciones judiciales, populares, de cumplimiento y gubernativas que sean procedentes ante las autoridades.
9. Velar porque se dé adecuado cumplimiento en el municipio a la participación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamental sin detrimento de su autonomía, con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, control y vigilancia de la gestión pública municipal que establezca la ley.

10. Vigilar la distribución de recursos provenientes de las transferencias de los ingresos corrientes de la Nación al municipio o distrito y la puntual y exacta recaudación e inversión de las rentas municipales e instaurar las acciones correspondientes en casos de incumplimiento de las disposiciones legales pertinentes, entre otras.

45 Funciones que a todas luces, implican un riesgo extraordinario al tener que observar con lupa la conducta tanto de las instituciones estatales, como de las fuerzas militares y los grupos armados al margen de la Ley que operaban en la zona, debiendo estar en contacto con uno y otro bando, circunstancias que ponían al funcionario en una situación de especial protección por parte del Estado, para de esta forma garantizarle el ejercicio adecuado de sus funciones y salvaguardar sus derechos fundamentales.

46 Ahora, si bien no se demostró en el proceso que el Dr. Sánchez Pinillos hubiese solicitado protección al Estado de manera oficial, lo cierto es que las entidades gubernamentales como la Procuraduría y la Dirección Nacional UNASES (conformada por órganos de seguridad del Estado²²⁶), eran conocedoras de que el funcionario se encontraba en una lista de personas del municipio de Planadas cuya vida corría peligro y por lo tanto, en el ejercicio de sus deberes legales debieron tomar las medidas que fueran necesarias para preservar sus derechos, hecho que se ve agravado por ser este ente territorial considerado como zona roja de orden público, incrementándose así el deber de protección y seguridad del Estado respecto de sus funcionarios.

47 De esta manera, no se demostró dentro del proceso la adopción de otras medidas preventivas tendientes a la protección y salvaguarda de la vida e integridad física del funcionario, tales como el traslado a otra jurisdicción en donde se disminuyera el riesgo existente, la asignación de un escolta oficial o el seguimiento permanente a la situación evidenciada.

48 Entonces, es claro que el deber de garante que reposa en cabeza del Estado fue vulnerado con la omisión en que incurrió la parte demandada al no ofrecer protección a la vida de Rafael Hernán Sánchez Pinillos, en su calidad de Personero Municipal de

²²⁶ Artículo 27 Ley 40 de 1993.

Planadas, quebrantando el derecho fundamental a la seguridad personal que opera para proteger a las personas de los riesgos extraordinarios, razón por la cual se configura la falla por omisión en la prestación de servicio de seguridad y protección.

49 Sumado a lo anterior, se encuentra el hecho de que la falta en que incurrieron los entes estatales, generó el quebrantamiento del artículo 12 constitucional que consagra la prohibición de que una persona sea sometida a desaparición forzada, incurriendo así en uno de los presupuestos establecidos por la jurisprudencia administrativa y convencional, para radicar en cabeza del Estado responsabilidad por la violación de derechos fundamentales.

50 De allí que, cuando se trata de “daños sufridos por las víctimas de hechos violentos cometidos por terceros, ha considerado la Sala que los mismos son imputables al Estado cuando en la producción del hecho intervino la administración, a través de una acción u omisión constitutivas de falla del servicio, como en los eventos en los cuales el hecho se produce con la complicidad de miembros activos del Estado, o cuando la persona contra quien iba dirigido el acto había solicitado protección a las autoridades y éstas no se la brindaron, o porque en razón de las especiales circunstancias que se vivían en el momento, el hecho era previsible y no se realizó ninguna actuación dirigida a su protección”²²⁷, como en el caso en comento, en donde por la negligencia en que incurrió el ente demandado, la libertad y la vida del Dr. Rafael Hernán Sánchez Pinillos se vieron vulnerados al ser desaparecido forzosamente por personas desconocidas, pese a tenerse conocimiento de las amenazas contra su vida.

51 Adicionalmente, se ha sostenido por la jurisprudencia que cuando se produce la desaparición forzada de una persona el Estado “está en la obligación permanente de realizar todas las acciones necesarias tendientes a establecer el paradero de las víctimas, conocer sobre las razones de sus desapariciones y de informar sobre ello a sus familiares (artículo 11 de la Ley 589 de 2000), bajo el entendido de que la obligación de investigar debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio; sin embargo, suele suceder que en estos casos, la inactividad probatoria por parte de la

²²⁷ Sección Tercera, sentencia de 1 de abril de 2009, expediente 16836.

administración lleva a la ocultación de la verdad, porque la práctica de las desapariciones ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, seguida del ocultamiento de los cadáveres con lo cual queda borrada toda huella material del crimen, privilegiando la impunidad absoluta del ilícito, y por esa razón dicha inactividad constituye también un indicio en contra de la administración²²⁸.

52 Sumado a lo anterior, y teniendo en cuenta lo dicho en los acápites séptimo y octavo de esta providencia sobre la lesa humanidad y la desaparición forzada, la Sala conforme al acervo probatorio obrante en el expediente, encuentra que los hechos objeto de esta sentencia se corresponden con la categoría de acto de lesa humanidad, pues, por una parte los hechos ocurridos el 21 de agosto de 1995 se concretan en una práctica que venía siendo realizada por grupos u organizaciones armadas insurgentes en el marco del conflicto armado, condicionando la libertad de las personas con la aquiescencia, debilidad o deficiente despliegue de protección y seguridad por parte del Estado, convirtiendo el desempeño de las labores de ciertos funcionarios estatales en diferentes territorios del país, en situaciones de constante riesgo para la libertad, integridad y vida de las personas.

53 Por otra parte, la acción del desaparecimiento forzado involucró a una persona de la población civil que en su calidad de Personero Municipal velaba por la protección de los derechos humanos de las habitantes del municipio de Planadas el cual era y es considerado como zona roja de conflicto, hecho que ponía en riesgo la vida de la víctima y que obligaba a tomar medidas preventivas por parte de las autoridades estatales, debiendo estar llamadas no sólo a anticipar, sino esencialmente a garantizar el goce efectivo de los derechos a la libertad, vida y dignidad del señor Sánchez Pinillos.

54 Y por último, es necesario precisar que los hechos aquí discutidos no pueden considerarse aislados de la problemática que sufre el país y que ha sido evidenciada tanto por el ambiente internacional²²⁹, como por el ámbito nacional²³⁰, que han venido

²²⁸ Sección Tercera, sentencia de 11 de febrero de 2009, expediente 16337.

²²⁹ A través de las Naciones Unidas (por medio de sus Relatores Especiales para los Derechos Humanos), la Corte Penal Internacional (por medio de los informes del Fiscal Especial de ese organismo

documentando, informando, denunciando e investigando la comisión de múltiples vulneraciones a los derechos humanos y violaciones al derecho internacional humanitario a través de este tipo de prácticas realizadas con la aquiescencia, debilidad y deficiencia de las fuerzas y cuerpos de seguridad e inteligencia del país.

55 En suma, la Sala encuentra que los hechos sucedidos el 21 de agosto de 1995 se configuran como un acto de lesa humanidad, al obedecer a una práctica que como el desaparecimiento forzado de un servidor público defensor de derechos humanos como el Personero Municipal, quiebra con derechos de carácter fundamental como el consagrado en el artículo 12 constitucional y representa una forma de renuncia a la garantía eficaz de la soberanía y protección de la población civil.

56 En conclusión, dentro del caso *sub examine* la Sala reitera que la Policía Nacional incumplió con sus deberes normativos de protección y seguridad frente al Dr. Rafael Hernán Sánchez Pinillos, actuación que evidentemente contribuyó en la concreción del daño, de manera que la falta de eficiencia en la prestación del servicio de seguridad fue un hecho determinante en su producción, el cual como quedó dicho anteriormente no era imprevisible, ya que los organismos gubernamentales estaban perfectamente enterados de las amenazas y los riesgos a que se encontraba sometida la vida, libertad e integridad física del mencionado Personero, omisiones que devinieron en su desaparecimiento forzado, el cual como quedó dicho anteriormente es un delito de lesa humanidad.

57 En consecuencia, la Sala procederá a declarar la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional a título de falla del servicio por omisión de su deber normativo de coadyuvar a la protección de sus funcionarios, toda vez que no demostró la adopción de medidas tendientes a la protección del Personero Municipal de Planadas, quien como servidor público que velaba por los Derechos de la población civil y de los intereses estatales, se encontraba en riesgo extraordinario por la función y la zona geográfica donde la desempeñaba.

nombrado para estudiar la situación de Colombia), y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en sus informes).

²³⁰ Como la Corte Suprema de Justicia, Tribunales Superiores, Juzgados y Fiscalía General de la Nación.

12. Tasación de los perjuicios.

12.1. Perjuicios materiales – Lucro cesante.

58 Solicita el apoderado de los demandantes en la demanda por concepto de perjuicios materiales, los cuales se enmarcan en el reconocimiento de lucro cesante en la modalidad de consolidado y futuro.

12.1.1 Lucro cesante consolidado.

59 Así las cosas, en el caso de autos, debe tenerse en cuenta que cuando se trata de la muerte de los hijos, respecto del reconocimiento para los padres, la jurisprudencia de la Corporación ha entendido que el hijo soltero contribuye al sostenimiento de su casa materna hasta la edad de 25 años, pues se presume que a partir de la misma forma su propio hogar, “realidad que normalmente impide atender las necesidades económicas de otros frentes familiares”, esa presunción puede ser desvirtuada cuando ha existido certeza de que el hijo prestaba auxilio económico a sus padres y se han encontrado reunidos otros elementos indiciarios como la vida modesta de la familia o “la voluntad reiterada, por actos sucesivos, de asumir el auxilio económico” y particularmente, cuando el hijo no había formado su propia familia y continuaba en la casa paterna²³¹.

60 Entonces, forzoso es concluir que como límite temporal o periodo de tiempo a indemnizar, se tiene en cuenta el momento en el cual el hijo habría cumplido 25 años de edad, se itera, porque según las reglas de la experiencia, ese es el momento hasta el cual los padres pueden esperar ayuda económica de los hijos -salvo prueba en contrario-por estimarse que a esa edad éstos últimos se emancipan del seno familiar y conforman su propia familia²³².

61 No obstante, previendo que el señalado supuesto conforma una presunción de carácter jurisprudencial, frente al cual cabe afirmar, por supuesto, que ella admite

²³¹ Consejo de Estado, sentencia de 20 de febrero de 2003, Exp. 14.515.

²³² Consejo de Estado, sentencia de 6 de junio de 2007, Exp. 16.064.

prueba en contrario, la Sala ha contemplado eventos en los cuales el límite para el reconocimiento del perjuicio material – lucro cesante no se haya en los 25 años de edad, por cuanto la víctima, al momento de los hechos, superaba tal edad y, pese a ello, el material probatorio allegado o recaudado en el plenario demuestra la existencia de una relación de dependencia económica de sus progenitores, caso en el cual la liquidación se extiende al tiempo de vida probable de los padres²³³.

62 Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala estima referirse en el caso en comento a los medios de prueba que acreditaron la dependencia económica de la señora Celmira Pinillos de Sánchez de su hijo Rafael Hernán Sánchez Pinillos.

63 Así las cosas, se observa que reposa en el expediente el testimonio rendido por Luz Ángela Romero (Fls.179 y 180 C.1) y Jorge Enrique Cardoso Rodríguez (Fls.51 a 54 C.2), quienes manifestaron que la señora Celmira Pinillos convivía con la víctima y que se encargaba de cuidar a su hijo Fidel Sánchez en la ciudad de Ibagué, dependiendo económicamente de él.

64 Sumado a lo anterior, se encuentra el hecho de que el señor Sánchez Pinillos tenía dos hijos menores de edad, Fidel Sánchez y Tatiana Sánchez, quienes al momento de su desaparecimiento eran menores de edad, razón por la cual dependían económicamente de su padre, hasta los 25 años de edad, conforme lo ha señalado la jurisprudencia.

65 Conforme con lo anterior, la Sala realizará la liquidación de los perjuicios materiales causados a la madre e hijos de la víctima, teniendo en cuenta dos periodos de tiempo, teniendo en cuenta que se encuentra demostrado en el plenario que la Alcaldía municipal de planadas canceló a la señora madre de la víctima los salarios y prestaciones que hubiese devengado su hijo calidad de personero municipal (1995-1997), hasta el 22 abril de 1997, como consta en los siguientes medios de prueba:

1. Resolución No.48 del 8 de marzo de 1996, a través de la cual se ordenó cancelar a la señora Celmira Pinillos “los salarios que se le adeudan al Dr. RAFAEL SANCHEZ

²³³ Nota de Relatoría: Ver entre otras, sentencias del 12 de julio de 1990, expediente 5666 y del 19 de marzo de 1998, expediente 10.754.

PINILLOS de los meses de: AGOSTO, SEPTIEMBRE, OCTUBRE, NOVIEMBRE Y DICIEMBRE, y la PRIMA DE NAVIDAD DEL año 1995, al igual que los salarios de ENERO, FEBRERO Y MARZO de 1996” (Fls.18 y 19 C.1), y

2. Nómina No.0041 correspondiente al mes de abril de 1997, donde consta que se le canceló a la señora Celmira Pinillos y a su hijo Fidel Sánchez el salario de Rafael Hernán Sánchez (Fl.25 C.1).

66 De manera que, un primer periodo será entre el 22 de abril de 1997 y el 28 de febrero de 1998, fecha en la cual se terminaba el periodo como personero del señor Sánchez Pinillos, conforme a lo establecido en el artículo 170 de la Ley 136 de 1994. Y el segundo periodo estará comprendido entre el mes de marzo de 1998 y la fecha de la presente sentencia.

1. Liquidación del periodo comprendido entre el 22 de abril de 1997 y el 28 de febrero de 1998 (10.2 meses)

67 Así las cosas, de acuerdo con lo señalado en la certificación expedida por el Secretario de Hacienda y Tesorería Municipal de la Alcaldía del Municipio de Planadas – Tolima el 14 de octubre de 1998, para el año 1997 el señor Hernán Pinillos devengaba un salario de UN MILLON TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL CUARENTA PESOS MONEDA LEGAL (\$1.376.040).

68 Por lo tanto, el salario base de liquidación es de \$1.376.040 pesos, los cuales serán divididos en proporciones iguales para la madre e hijos, es decir, **\$458.680** pesos para cada uno de ellos. Así pues, se pasa a hacer la liquidación en concreto de los perjuicios causados a Celmira Pinillos de Sánchez, Fidel Sánchez Ruiz y Tatiana Sánchez Alarcón, madre e hijos de la víctima, por el periodo comprendido entre el 22 de abril de 1997 y el 28 de febrero de 1998, es decir, **10.2 meses**, conforme a la siguiente fórmula matemática:

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

i

$$S = \$458.680 \frac{(1 + 0.004867)^{10.2} - 1}{0.004867}$$

$$\mathbf{S = \$4.784.685}$$

69 Es decir, que se reconocerá para cada uno de ellos, Celmira Pinillos de Sánchez (madre), Fidel Sánchez Ruiz (hijo) y Tatiana Sánchez Alarcón (hija), la suma de CUATRO MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO (\$4.784.685), por concepto de lucro cesante consolidado.

1. Liquidación del periodo comprendido entre el 1 de marzo de 1998 y la fecha de la presente sentencia, febrero de 2016 (215 meses).

90 Así las cosas, la Sala teniendo en cuenta que se encuentra probado que el señor Sánchez Pinillos era profesional del derecho y que para el momento de su desaparecimiento se desempeñaba como Personero Municipal de Planadas, para efectos de calcular el segundo periodo de liquidación del lucro cesante, se establece como salario base de liquidación y como sustento en el principio de equidad y favorabilidad, el ingreso mensual promedio para un profesional, de acuerdo con la estadística proporcionada por el observatorio del Ministerio de Educación²³⁴, quien documenta que un profesional egresado para el año 2013 mínimo devengaría \$1.784.575, valor que será tenido en cuenta como base para efectuar la liquidación respectiva.

²³⁴ De acuerdo a las estadísticas del Ministerio de Educación Nacional, Graduados Colombia, Observatorio Laboral para la Educación, <http://www.graduadoscolombia.edu.co/html/1732/w3-article-348102.html>

“La tabla de IBC por año de grado muestra que los ingresos aumentan a medida que aumenta el tiempo de graduado de la persona. Como se observa, mientras que un graduado de 2001 ganaba en 2009 un promedio de \$2.052.025, un graduado de 2008 ganaba \$1.619.825 en el año 2009 también. Estos datos confirman la teoría económica que contempla la experiencia laboral como un determinante del aumento de los ingresos del individuo.”

91 Por lo tanto, la base establecida por la Sala para efectuar la liquidación será de \$1.784.575, suma a la cual se le debe restar un 25% que es el porcentaje que se presume destinaba la víctima para su sostenimiento (\$446.143,75). Por lo tanto, el salario base de liquidación es de **\$1.338.431,25** pesos, los cuales serán divididos en proporciones iguales para la madre e hijos, es decir, **\$446.143,75** pesos para cada uno de ellos.

92 Así pues, se pasa a hacer la liquidación en concreto de los perjuicios causados a Celmira Pinillos de Sánchez, Fidel Sánchez Ruiz y Tatiana Sánchez Alarcón, madre e hijos de la víctima, así:

A. Celmira Pinillos de Sánchez: por el periodo comprendido entre el 1 de marzo de 1998 y la fecha de la presente sentencia, febrero de 2016, es decir, **215 meses**. Así las cosas, el lucro cesante se liquidará conforme a la siguiente fórmula matemática:

$$S = \frac{Ra (1+i)^n - 1}{i}$$
$$S = \$446.143,75 * \frac{(1 + 0.004867)^{215} - 1}{0.004867}$$

$$\underline{\underline{S= \$167.017.988,92}}$$

95 Es decir, que se reconocerá para Celmira Pinillos de Sánchez (madre), la suma de CIENTO SESENTA Y SIETE MILLONES DIECISIETE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS CON NOVENTA Y DOS CENTAVOS (\$167.017.988,92) por concepto de lucro cesante consolidado. Para un total de CIENTO SETENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS DOS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS CON NOVENTA Y DOS CENTAVOS (\$171.802.673,92).

B. Fidel Sánchez Ruiz: por el periodo comprendido entre el 1 de marzo de 1998 y la fecha en que cumplió 25 años de edad, esto es, el 24 de abril de 2005, es decir, **85.8**

meses. Así las cosas, el lucro cesante se liquidará conforme a la siguiente fórmula matemática:

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

$$S = \frac{\$446.143,75 * (1 + 0.004867)^{85.8} - 1}{0.004867}$$

$$\mathbf{S = \$47.369.776,98}$$

Es decir, que se reconocerá para Fidel Sánchez Ruiz (hijo), la suma de CUARENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS CON NOVENTA Y OCHO CENTAVOS por concepto de lucro cesante consolidado (\$47.369.776,98). Para un total de CINCUENTA Y DOS MILLONES CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MIL CUATROSCIENTOS SESENTA Y UN PESOS CON NOVENTA Y OCHO CENTAVOS (\$52.154.461,98).

C. Tatiana Sánchez Alarcón: por el periodo comprendido entre el 1 de marzo de 1998 y la fecha en que cumplió 25 años de edad, esto es, el 6 de agosto de 2011, es decir, **161.16 meses.** Así las cosas, el lucro cesante se liquidará conforme a la siguiente fórmula matemática:

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

$$S = \frac{\$446.143,75 * (1 + 0.004867)^{161.16} - 1}{0.004867}$$

$$\mathbf{S = \$108.795.288,72}$$

Es decir, que se reconocerá para Tatiana Sánchez Alarcón (hija), la suma de CIENTO OCHO MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS CON SETENTA Y DOS CENTAVOS por concepto de lucro cesante consolidado (\$108.795.288,72). Para un total de CIENTO TRECE MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL NOVEVECIENTOS SETENTA Y TRES PESOS CON SETENTA Y DOS CENTAVOS (\$113.579.973,72).

12.1.2. Lucro cesante futuro.

1. Celmira Pinillos de Sánchez: Se trata del periodo comprendido entre la fecha de la presente sentencia, febrero de 2016, hasta la fecha de la vida probable de la señora Pinillos de Sánchez, la cual nació el 1 de marzo de 1933, como consta en la partida de bautismo de la Parroquia de Nuestra Señora del Perpetuo Socorro de Fresno (Tolima) (Fl.6 C.1), es decir, que para la fecha de desaparecimiento de su hijo Rafael Hernán Sánchez, 21 de agosto de 1995, contaba con 62 años, por lo tanto su expectativa de vida de acuerdo con la tabla de mortalidad de la entonces Superintendencia Bancaria, era de 19.20 años (230.4 meses).

97 De acuerdo con lo anterior, la señora Pinillos de Sánchez viviría hasta el año 2014, sin embargo, dentro del proceso no se tiene noticia que hubiese fallecido, razón por la cual, se tiene por cierto que sobrepasó la expectativa de vida señalada en la tabla de mortalidad, por ello, debe reconocérsele la indemnización pertinente, surgiendo la pregunta de hasta cuándo deben liquidarse dichos perjuicios a título de lucro cesante futuro.

98 Así pues, y para dilucidar este interrogante es necesario remitirse a la jurisprudencia que sobre el tema ha desarrollado la Sección:

“La Sala, en otras oportunidades, en las que se enfrentó a una situación similar, en la que un demandante sobrepasó la expectativa de vida, liquidó el período consolidado hasta la fecha de la sentencia, y para liquidar el período futuro, reconoció al demandante el valor correspondiente en forma mensual, hasta la fecha de su muerte, para lo cual debía presentar mensualmente un certificado de sobrevivencia. El fundamento de dicho razonamiento es la imposibilidad de saber, con un grado de certeza, el momento en el que el beneficiario de la indemnización dejará de existir, pues habiendo sobrepasado la expectativa de vida se entiende que ese hecho puede

sucedier en cualquier momento. Sin embargo, en esta oportunidad la Sala considera que la respuesta a la incertidumbre planteada puede solucionarse con la misma tabla de mortalidad que adopta el gobierno nacional, pues se entiende que los resultados consignados en la misma son producto de estudios específicos y prolongados, sobre una población cierta y sobre unos eventos reales previamente monitoreados, como así se manifiesta en los actos en los que se adoptan dichas tablas. Resulta entonces más acorde con la línea jurisprudencial de la Corporación liquidar el lucro cesante futuro con base en la expectativa de vida, y más aproximado con el marco técnico de los estudios referidos, aplicar la tabla de mortalidad vigente para el momento en el que se dicta esta sentencia, obteniendo el período futuro a liquidar con base en la expectativa actual de vida que tiene el demandante beneficiario de la condena, conforme a dicha tabla²³⁵.
(Subrayado y cursiva fuera de texto)

99 Con base en lo anterior, la Sala acogerá la postura de acuerdo con la cual se tendrá en cuenta la tabla de mortalidad vigente para el momento de esta sentencia, es decir, la Resolución No. 1112 de 2007 de la Superintendencia Financiera, para calcular el monto de la indemnización a que tiene derecho la señora Celmira Pinillos. Por lo tanto, a la fecha de la presente sentencia cuenta con 83 años, es decir, que tendría una expectativa de vida de 4.11 años (49.32 meses).

100 Así las cosas, el lucro cesante futuro se liquidará conforme a la siguiente fórmula matemática:

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

$$S = \$446.143,75 \frac{(1+ 0.004867)^{49.32} - 1}{0.004867 (1+ 0.004867)^{49.32}}$$

$$\underline{\underline{S= \$19.520.124,55 pesos}}$$

Por ende, le corresponde a la señora Celmira Pinillos de Sánchez, la suma de DIECINUEVE MILLONES QUINIENTOS VEINTE MIL CIENTO VEINTICUATRO PESOS CON CINCUENTA Y CINCO CENTAVOS (\$19.520.124,55) por concepto de lucro cesante futuro.

²³⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 11 de febrero de 2009. C.P: Myriam Guerrero de Escobar. Exp: 14.726.

2. Fidel Sánchez Ruiz nació el 24 de abril de 1980, como consta en el registro civil de nacimiento (FI.10 C. 1), es decir, que para la fecha de desaparecimiento de su padre, 21 de agosto de 1995, contaba con 15 años, por lo tanto, cumplió los 25 años el 24 de abril de 2005, razón por la cual no habrá lugar a reconocimiento alguno por concepto de lucro cesante futuro, por cuanto este periodo ya le fue indemnizado en el lucro cesante consolidado.

3. Tatiana Sánchez Alarcón nació el 6 de agosto de 1986, como consta en el registro civil de nacimiento (FI.11 C. 1), es decir, que para la fecha de desaparecimiento de su padre, 21 de agosto de 1995, contaba con 9 años, por lo tanto, cumplió los 25 años el 6 de agosto de 2011, razón por la cual no habrá lugar a reconocimiento alguno por concepto de lucro cesante futuro, por cuanto este periodo ya le fue indemnizado en el lucro cesante consolidado.

12.2. Perjuicios morales

101 Solicita el apoderado de los accionantes se reconozcan perjuicios morales en favor de los hijos, padres y hermanos del señor Rafael Hernán Sánchez Pinillos, por el dolor que tuvieron que padecer como consecuencia de su desaparición.

102 Así las cosas, la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, mediante sentencia de 28 de agosto de 2014²³⁶, sintetizó el concepto de daño moral en aquel que se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.

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

²³⁶ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31172, M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz



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

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

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

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

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

La siguiente tabla recoge lo expuesto:

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
REGLA GENERAL					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Relaciones afectivas conyugales y paterno filiales	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

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

104 Adicionalmente, se señaló que en casos excepcionales como los de graves violaciones a los derechos humanos, entre otros, podrá otorgarse una indemnización mayor de la señalada en todos los eventos anteriores, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño moral, sin que en tales casos el monto total de la indemnización pueda superar el triple de los montos indemnizatorios antes señalados. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño.

105 Así pues, en el *sub judice* el reconocimiento se hará de acuerdo con la relación afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas.

106 En consecuencia, observa la Sala que los demandantes dentro del presente proceso se encuentran, respecto de la víctima, en el primer nivel, Silverio Sánchez Sánchez y Celmira Pinillos de Sánchez (padres), Fidel Sánchez Ruiz y Tatiana Sánchez Alarcón (hijos); y en el segundo nivel, Edgar Sánchez Pinillos y José Rutbel Sánchez Pinillos (hermanos). Por lo anterior, y conforme a lo antes señalado se requiere la

prueba del estado civil para que haya lugar al reconocimiento de perjuicios morales, frente a lo cual obra el siguiente material probatorio:

1. Registro civil de nacimiento de Rafael Hernán Sánchez Pinillos donde consta que nació el 14 de octubre de 1958 y que sus padres son Silverio Sánchez Sánchez y Celmira Pinillos (Fl.7 C.1).
2. Registro civil de nacimiento de Edgar Sánchez Pinillos, donde consta que nació el 7 de mayo de 1957 y que sus padres son Silverio Sánchez Sánchez y Celmira Pinillos (Fl.62 C.1).
3. Certificado del registro civil de nacimiento de José Rutbel Sánchez Pinillos, donde consta que nació el 29 de agosto de 1959 y que sus padres son Silverio Sánchez Sánchez y Celmira Pinillos (Fl.9 C.1).
4. Registro civil de nacimiento de Fidel Sánchez Ruiz, donde consta que sus padres son Rafael Hernán Sánchez Pinillos y María del Carmen Ruiz Orozco (Fl.10 C.1).
5. Registro civil de nacimiento de Tatiana Sánchez Alarcón, donde consta que sus padres son Rafael Hernán Sánchez Pinillos y Ana Patricia Alarcón Pulido (Fl.11 C.1).

107 Ahora bien, con relación a la señora Ana Patricia Alarcón Pulido que adujo la calidad de compañera permanente de la víctima, la Subsección encuentra que tal afirmación carece de sustento probatorio ya que las declaraciones extrajuicio que fueron allegadas para demostrarlo, no merecen credibilidad al no acompasarse con los demás medios probatorios que obran en el expediente. Tanto así, que ninguna de las personas que rindió testimonio en el curso de este proceso y que eran allegadas al señor Sánchez Pinillos, mencionan a la cita señora como la compañera sentimental de la víctima.

108 Probado el grado de parentesco de los demandantes con la víctima, la Sala procederá a reconocer el quantum indemnizatorio conforme a los criterios señalados,

para lo tendrá en cuenta que el presente caso se enmarca dentro de las excepciones establecidas por la jurisprudencia de unificación para aumentar el monto de la indemnización (grave violación de los derechos humanos).

109 De manera que, debido a que en el caso en comento se está ante la presencia de la desaparición forzada del Personero Municipal de Planadas, de quien no se sabe si fue torturado, maltratado y las condiciones en que muy seguramente murió, la Sala tiene por probado que se causó un daño moral de tal intensidad y gravedad que merece ser incrementado en un 50% para sus padres, Celmira Pinillos Sánchez y Silverio Sánchez Sánchez, e hijos, Fidel y Tatiana Sánchez, por ser las personas más cercanas afectivamente al señor Sánchez Pinillos.

110 Así las cosas, en atención a lo anteriormente expuesto y a los rangos indemnizatorios fijados por la jurisprudencia, la Sala reconoce a título de perjuicio moral a favor de los demandantes, los siguientes valores indemnizatorios:

Nivel	Demandante	Monto indemnizatorio	Aumento del 50% por grave violación de derechos humanos	Equivalente en pesos
No. 1	Silverio Sánchez Sánchez (padre)	100 SMLMV	150 SMLMV	\$103.418.100
No. 1	Celmira Pinillos de Sánchez (madre)	100 SMLMV	150 SMLMV	\$103.418.100
No. 1	Fidel Sánchez Ruiz (hijo)	100 SMLMV	150 SMLMV	\$103.418.100
No. 1	Tatiana Sánchez Alar (hija)	100 SMLMV	150 SMLMV	\$103.418.100
No. 2	Edgar Sánchez Pinillos (hermano)	50 SMLMV	0	\$34.472.700
No. 2	José Rutbel Sánchez Pinillos (hermano)	50 SMLMV	0	\$34.472.700

12.3. La medidas de reparación no pecuniarias.

111 Al respecto, la Sala considera que en el *sub examine* se precisa la reparación integral mediante medidas de reparación no pecuniarias, teniendo en cuenta la relevancia del caso, por cuanto se trata de la desaparición forzada de un servidor

público – Personero Municipal, y ante la gravedad de los hechos debatidos, consistentes en la inobservancia de los deberes de protección y seguridad personal de ciertos actores sociales, por parte de la Policía Nacional, circunstancia que trajo como consecuencia que el Dr. Rafael Hernán Sánchez Pinillos desapareciera, desconociendo así estándares convencionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; y constitucionales, como el artículo 11, 12 y 13.

112 De manera que, la Sala estudia si procede en el presente caso ordenar medidas de reparación no pecuniarias, teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso y las afectaciones a las que fue sometido el señor Rafael Hernán Sánchez y su familia. Así mismo, se observa que para la consideración de este tipo de medidas la base constitucional se desprende los artículos 90 y 93 de la Carta Política, la base legal del artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y del artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

113 Adicionalmente, y para garantizar el derecho a la reparación integral de la víctima, se tiene en cuenta que debe ceder el fundamento procesal del principio de congruencia ante la primacía del principio sustancial de la “restitutio in integrum”, máxime cuando existe la vulneración del derecho internacional de los derechos humanos, para el caso específico de un menor de edad.

114 Así las cosas, acogiendo la jurisprudencia de la Sección Tercera, y en ejercicio del control de convencionalidad subjetivo, la Sala encuentra que procede ordenar y exhortar a las entidades demandadas al cumplimiento de “medidas de reparación no pecuniarias”, con el objeto de responder al “principio de indemnidad” y a la “restitutio in integrum”, que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión:

1. La presente sentencia hace parte de la reparación integral, de modo que las partes en el proceso así deben entenderla. Como consecuencia de esto, copia auténtica de esta sentencia deberá ser remitida por la Secretaría de la Sección Tercera al Centro de

Memoria Histórica, para así dar cumplimiento a lo consagrado en la Ley 1424 de 2010, y se convierta en elemento configurador de la evidencia histórica del conflicto armado de Colombia.

2. La difusión y publicación de la presente sentencia por parte de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional por todos los medios de comunicación, electrónicos, documentales, redes sociales y páginas web, tanto de su parte motiva, como de su resolutive, por un período ininterrumpido de un (1) año, contado a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.

3. La elaboración de un monumento o busto de **RAFAEL HERNÁN SÁNCHEZ PINILLOS**, en el que se incorpore una placa donde se lea la siguiente leyenda: “Los Personeros Municipales son defensores de los derechos humanos de todos los ciudadanos, cuya misión debe ser respetada por todos los actores del conflicto”, a cargo de las entidades públicas condenadas **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL**. Para su elaboración las entidades públicas mencionadas deberán acudir a artistas y a materia prima de la región en donde se ubica el municipio de Planadas, Tolima, y entregarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, de lo que se deberá informar al Tribunal de origen y a esta Corporación por medio de la Secretaría de la Sección Tercera.

4. La realización, en cabeza del señor **MINISTRO DE LA DEFENSA** y del señor **DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL**, en persona, de un acto público de reconocimiento de responsabilidad, petición de disculpas y conmemoración de la memoria de **RAFAEL HERNÁN SÁNCHEZ PINILLOS** como Personero Municipal, por los hechos acaecidos el 21 de agosto de 1995 en jurisdicción del municipio de Planadas (Tolima). En dicho acto se develará el monumento o busto del señor **SÁNCHEZ PINILLOS**, el cual deberá ser ubicado en el plaza principal de Planadas (Tolima) en reconocimiento de los hechos de su desaparición forzada, haciéndose mención expresa de la proscripción de este tipo de conductas, como garantía de no repetición. El acto se celebrará con la presencia del Alcalde del municipio, los integrantes del Concejo Municipal, los miembros importantes de la comunidad y los familiares del desaparecido,

en la plaza principal del pueblo, si los familiares de la víctima así lo desean, y se podrá invitar al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Colombia.

5. Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana se remite copia del expediente y la presente providencia a la Fiscalía General de la Nación- Unidad de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario con el fin de que abra, reabra o continúe las investigaciones penales por los hechos ocurridos el 21 de agosto de 1995 en el municipio de Planadas (Tolima), contra los responsables de la desaparición forzada de que fue objeto el señor **RAFAEL HERNÁN SÁNCHEZ PINILLOS**, por la presunta violación de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario cometidas contra las víctimas del presente asunto, y consistentes en: a) violación de la dignidad humana, b) violación del derecho a la vida, b) violación del derecho a la integridad personal, c) violaciones de las normas de los Convenios de Ginebra, etc., y todas aquellas que se desprendan de los hechos aquí analizados.

6. Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, y 25 de la Convención Americana se remite copia del expediente y la presente providencia a la Procuraduría General de la Nación, Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, con el fin de que abra las investigaciones disciplinarias por los hechos ocurridos el 21 de agosto de 1995 en el municipio de Planadas (Tolima), y se lleven hasta sus últimas consecuencias, revelando su avance en un período no superior a noventa [90] días por comunicación dirigida a esta Corporación, al Tribunal Administrativo del Tolima, a los familiares de la víctima y a los medios de comunicación de circulación local y nacional, y publicarlo en su página web

7. **RAFAEL HERNÁN SÁNCHEZ PINILLOS** y sus son reconocidos como víctimas del conflicto armado, razón por la que se solicita a las instancias gubernamentales competentes incorporarlas y surtir los procedimientos consagrados en la ley 1448 de 2011.

8. Copia de esta providencia debe remitirse por la Secretaría de la Sección Tercera al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, para que estas entidades públicas en cumplimiento de los mandatos convencionales y convencionales la pongan en conocimiento de las siguientes instancias: (i) a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para que en su informe del país tenga en cuenta esta decisión judicial; y, (iii) a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que en su próximo informe tenga en cuenta esta sentencia.

9. Se exhorta para que en el término, improrrogable, de treinta (30) días la Defensoría del Pueblo informe de las investigaciones por la violación del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos que se hayan adelantado por los hechos, y se ponga disposición por los medios de comunicación y circulación nacional, así como se difunda por su página web y redes sociales.

10. De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar al Tribunal de origen y a este despacho informes del cumplimiento dentro del año siguiente a la ejecutoria de la sentencia, con una periodicidad de treinta [30] días calendario y por escrito, de los que deberán las mencionadas entidades dar difusión por los canales de comunicación web, redes sociales, escrito y cualquier otro a nivel local y nacional. En caso de no remitirse el informe pertinente, se solicitara a la Procuraduría adelantar las averiguaciones de su competencia ante la orden dada por sentencia judicial y se adopten las decisiones a que haya lugar de orden disciplinario.

13. Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente, y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se impondrán.

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

RESUELVE

REVÓQUESE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 19 de agosto de 2008, y en su lugar dispóngase:

PRIMERO: DECLÁRESE probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del municipio de Planadas (Tolima).

SEGUNDO: DECLÁRESE administrativa y patrimonialmente responsable a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, por la desaparición forzada de que fue víctima el señor RAFAEL HERNÁN SÁNCHEZ PINILLOS ocurrida en inmediaciones del municipio de Planadas (Tolima) el día 21 de agosto de 1995.

TERCERO: como consecuencia de lo anterior, **CONDÉNESE** a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA –POLICÍA NACIONAL a pagar a cada uno de los demandantes por concepto de perjuicios morales, el equivalente en sumas de dinero así:

Nivel	Demandante	Monto indemnizatorio	Aumento del 50% por grave violación de derechos humanos	Equivalente en pesos
No. 1	Silverio Sánchez Sánchez (padre)	100 SMLMV	150 SMLMV	\$103.418.100
No. 1	Celmira Pinillos de Sánchez (madre)	100 SMLMV	150 SMLMV	\$103.418.100
No. 1	Fidel Sánchez Ruiz (hijo)	100 SMLMV	150 SMLMV	\$103.418.100
No. 1	Tatiana Sánchez Alar (hija)	100 SMLMV	150 SMLMV	\$103.418.100
No. 2	Edgar Sánchez Pinillos (hermano)	50 SMLMV	0	\$34.472.700
No. 2	José Rutbel Sánchez	50 SMLMV	0	\$34.472.700

	Pinillos (hermano)			
--	--------------------	--	--	--

CUARTO: CONDÉNESE a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL a pagar a cada uno los señores CELMIRA PINILLOS DE SÁNCHEZ la suma de CIENTO SETENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS DOS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS CON NOVENTA Y DOS CENTAVOS (\$171.802.673,92), a FIDEL SÁNCHEZ RUIZ la suma de CINCUENTA Y DOS MILLONES CUENTO NOVENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y UN PESOS CON NOVENTA Y OCHO CENTAVOS (\$52.154.461,98 y a TATIANA SÁNCHEZ ALARCÓN, la suma de CIENTO TRECE MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y TRES PESOS CON SETENTA Y DOS CENTAVOS (\$113.579.973,72), por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante consolidado.

QUINTO: CONDÉNESE a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL a pagar a la señora CELMIRA PINILLOS DE SÁNCHEZ la suma de DIECINUEVE MILLONES QUINIENTOS VEINTE MIL CIENTO VEINTICUATRO PESOS CON CINCUENTA Y CINCO CENTAVOS (\$19.520.124,55), por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante futuro.

SEXTO. ORDENAR Y EXHORTAR a las siguientes medidas de reparación:

1. La presente sentencia hace parte de la reparación integral, de modo que las partes en el proceso así deben entenderla. Como consecuencia de esto, copia auténtica de esta sentencia deberá ser remitida por la Secretaría de la Sección Tercera al Centro de Memoria Histórica, para así dar cumplimiento a lo consagrado en la Ley 1424 de 2010, y se convierta en elemento configurador de la evidencia histórica del conflicto armado de Colombia.

2. La difusión y publicación de la presente sentencia por parte de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional por todos los medios de comunicación, electrónicos, documentales, redes sociales y páginas web, tanto de su parte motiva, como de su

resolutiva, por un período ininterrumpido de un (1) año, contado a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.

3. La elaboración de un monumento o busto de **RAFAEL HERNÁN SÁNCHEZ PINILLOS**, en el que se incorpore una placa donde se lea la siguiente leyenda: “Los Personeros Municipales son defensores de los derechos humanos de todos los ciudadanos, cuya misión debe ser respetada por todos los actores del conflicto”, a cargo de las entidades públicas condenadas **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL**. Para su elaboración las entidades públicas mencionadas deberán acudir a artistas y a materia prima de la región en donde se ubica el municipio de Planadas, Tolima, y entregarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, de lo que se deberá informar al Tribunal de origen y a esta Corporación por medio de la Secretaría de la Sección Tercera.

4. La realización, en cabeza del señor **MINISTRO DE LA DEFENSA** y del señor **DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL**, en persona, de un acto público de reconocimiento de responsabilidad, petición de disculpas y conmemoración de la memoria de **RAFAEL HERNÁN SÁNCHEZ PINILLOS** como Personero Municipal, por los hechos acaecidos el 21 de agosto de 1995 en jurisdicción del municipio de Planadas (Tolima). En dicho acto se develará el monumento o busto del señor **SÁNCHEZ PINILLOS**, el cual deberá ser ubicado en el plaza principal de Planadas (Tolima) en reconocimiento de los hechos de su desaparición forzada, haciéndose mención expresa de la proscripción de este tipo de conductas, como garantía de no repetición. El acto se celebrará con la presencia del Alcalde del municipio, los integrantes del Concejo Municipal, los miembros importantes de la comunidad y los familiares del desaparecido, en la plaza principal del pueblo, si los familiares de la víctima así lo desean, y se podrá invitar al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Colombia.

5. Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana se remite copia del expediente y la presente providencia a la Fiscalía General de la Nación- Unidad de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario con el fin de que abra, reabra o continúe las

investigaciones penales por los hechos ocurridos el 21 de agosto de 1995 en el municipio de Planadas (Tolima), contra los responsables de la desaparición forzada de que fue objeto el señor **RAFAEL HERNÁN SÁNCHEZ PINILLOS**, por la presunta violación de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario cometidas contra las víctimas del presente asunto, y consistentes en: a) violación de la dignidad humana, b) violación del derecho a la vida, b) violación del derecho a la integridad personal, c) violaciones de las normas de los Convenios de Ginebra, etc., y todas aquellas que se desprendan de los hechos aquí analizados.

6. Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1., 2, y 25 de la Convención Americana se remite copia del expediente y la presente providencia a la Procuraduría General de la Nación, Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, con el fin de que abra las investigaciones disciplinarias por los hechos ocurridos el 21 de agosto de 1995 en el municipio de Planadas (Tolima), y se lleven hasta sus últimas consecuencias, revelando su avance en un período no superior a noventa [90] días por comunicación dirigida a esta Corporación, al Tribunal Administrativo del Tolima, a los familiares de la víctima y a los medios de comunicación de circulación local y nacional, y publicarlo en su página web

7. **RAFAEL HERNÁN SÁNCHEZ PINILLOS** y sus son reconocidos como víctimas del conflicto armado, razón por la que se solicita a las instancias gubernamentales competentes incorporarlas y surtir los procedimientos consagrados en la ley 1448 de 2011.

8. Copia de esta providencia debe remitirse por la Secretaría de la Sección Tercera al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, para que estas entidades públicas en cumplimiento de los mandatos convencionales y convencionales la pongan en conocimiento de las siguientes instancias: (i) a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para que en su informe del país tenga en cuenta esta decisión judicial; y, (iii) a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que en su próximo informe tenga en cuenta esta sentencia.

9. Se exhorta para que en el término, improrrogable, de treinta (30) días la Defensoría del Pueblo informe de las investigaciones por la violación del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos que se hayan adelantado por los hechos, y se ponga disposición por los medios de comunicación y circulación nacional, así como se difunda por su página web y redes sociales.

10. De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar al Tribunal de origen y a este despacho informes del cumplimiento dentro del año siguiente a la ejecutoria de la sentencia, con una periodicidad de treinta [30] días calendario y por escrito, de los que deberán las mencionadas entidades dar difusión por los canales de comunicación web, redes sociales, escrito y cualquier otro a nivel local y nacional. En caso de no remitirse el informe pertinente, se solicitará a la Procuraduría adelantar las averiguaciones de su competencia ante la orden dada por sentencia judicial y se adopten las decisiones a que haya lugar de orden disciplinario.

SÉPTIMO. NIÉGUENSE las demás súplicas de la demanda.

OCTAVO. DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

NOVENO. Sin condena en costas.

DÉCIMO. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado