

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Daño especial. Muerte de ciudadano en operativo militar con arma de dotación oficial y muerte de campesino en ejecución extrajudicial / DAÑO ESPECIAL - Muerte de ciudadano en operativo militar con arma de dotación oficial. Concurrencia del hecho de la víctima ya que se transportaba con guerrilleros y se expuso a riesgos / HECHO DE LA VICTIMA - Muerte de ciudadano en operativo militar con arma de dotación oficial. Concurrencia del hecho de la víctima ya que se transportaba con guerrilleros y se expuso a riesgos

En el caso de autos, la imputación se efectúa bajo los argumentos de la teoría del daño especial y no del riesgo excepcional por cuanto no quedó demostrado que el Ejército Nacional hubiese propiciado el enfrentamiento (...) pues, por el contrario, fue el grupo subversivo quien atacó a las tropas militares y no es claro de dónde provino el proyectil que cercenó la vida de la víctima. (...) Resulta imputable (atribuible fáctica y jurídicamente) al Estado la muerte de GUILLERMO IVÁN LONDOÑO, por cuanto se estableció que el ataque fue sorpresivo, las fuerzas militares estaban desplegando una actividad de vigilancia en la población donde se conocía la presencia de subversivos que operaban en dicho sector, el ataque, claramente, iba dirigido contra los miembros de la fuerza pública. (...) Ahora bien, en relación al hecho de la víctima, ya sea que GUILLERMO IVÁN LONDOÑO se haya reunido voluntariamente (...) dicho riesgo fue asumido por él cuando decidió reunirse con los subversivos y transportarse en compañía suya, por cuanto era previsible para la víctima que la autoridad pública pretendiera la aprehensión de tales sujetos. De manera pues, que no obstante la atribución del daño antijurídico a la entidad demandada bajo los criterios del daño especial, la Sala considera que en la concreción del daño contribuyó el hecho de la víctima, se itera, que como se dijo se expuso a los riesgos derivados reunirse con miembros de los grupos insurgentes, lo que, en consecuencia, disminuye el monto de la indemnización debida.

NOTA DE RELATORIA: Al respecto ver la sentencia de 3 de mayo de 2007, exp. 16696

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL - Falla del servicio. Muerte de campesino en ejecución extrajudicial / FALLA DEL SERVICIO - Muerte de campesino en ejecución extrajudicial. Violación al principio de distinción / PRINCIPIO DE DISTINCION - Deber de protección de la población civil en conflicto armado. Control de convencionalidad

En relación a las circunstancias en que resultó muerto ALBEYS SOTO VACA, la demanda sostiene que los miembros del Ejército Nacional irrumpieron en los predios (...) para buscar un guerrillero que había disparado contra el Capitán (...) conclusión de lo anterior, la Sala encuentra que ALBEYS SOTO VACA era un civil, ajeno al conflicto, (...) en este sentido, la Sala tiene acreditada la falla en la prestación del servicio militar en relación con los hechos en que resultó muerto ALBEYS SOTO VACA. (...) Por último, resulta pertinente resaltar que en pretéritas ocasiones la Sección Tercera ha establecido que las vulneraciones a principios del Derecho 50 Internacional Humanitario constituyen supuesto suficiente para declarar la responsabilidad del Estado con fundamento en el título de imputación "falla del servicio".

FUENTE FORMAL: PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE

GINEBRA DE 1949 - ARTICULO 50 / PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949 – ARTICULO 51

DAÑO ESPECIAL - Noción. Definición

En relación con el daño especial, entendido éste como el rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas como consecuencia de un actuar lícito de la administración, no debe perderse de vista que sus fundamentos se hallan en los principios de igualdad, solidaridad y equidad, según los cuales las cargas que soportan los administrados, deben ser distribuidas en igualdad de condiciones y equitativamente, con observancia del principio de solidaridad social, sin olvidar que debe haber un prudente sacrificio de los intereses particulares en pro de los generales. No obstante, cuando este sacrificio particular excede de manera especial, anormal, considerable y superior las cargas que deben soportar los ciudadanos en razón a la naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, se rompe así la igualdad del afectado frente a las cargas públicas, por cuanto ve excesivamente vulnerado su interés particular.

PRINCIPIO DE DISTINCION - Noción. Definición

El principio de distinción, según el cual “las partes dentro de un conflicto armado deberán distinguir entre población civil y combatientes y entre bienes civiles y objetivos militares”. Dicho principio se justifica en la necesidad de que “las hostilidades se libren entre combatientes y contra objetivos militares para que en ninguna circunstancia afecten a los no combatientes y a los bienes civiles”.

FUENTE FORMAL: PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949 - ARTICULO 50 / PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949 - ARTICULO 51

BIENES CIVILES - Principio de distinción en el Sistema Internacional de Derechos Humanos. Conflicto armado / CONFLICTO ARMADO - Bienes civiles. Principio de distinción y deber de protección según el Sistema Internacional de Derechos Humanos

Los bienes civiles son “aquellos bienes que no pueden ser considerados legítimamente como objetivos militares”; los objetivos militares, por su parte, son “aquellos bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida”.

FUENTE FORMAL: PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949 - ARTICULO 52

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO - Falla del servicio. Derecho a la honra y el buen nombre en caso de informes militares donde se señalan a ciudadanos como guerrilleros / FALLA DEL SERVICIO - Derecho a la honra y al buen nombre. No se reconoce indemnización / DERECHO A LA HONRA Y AL BUEN NOMBRE - No se reconoce. Casos de informes militares donde se señalan a ciudadanos como guerrilleros / DERECHO A LA HONRA Y AL BUEN NOMBRE - Requisitos para su protección

El deber de administrar la información en cabeza del Estado y la tutela efectiva de

los derechos de los administrados, frente al cual sostuvo la falla en el servicio consistente en liberar, filtrar o manejar indebidamente (bien sea por activa, o por pasiva) información, que está en cabeza de las autoridades públicas, catalogada como reservada (o propia de organismos de inteligencia), o que hace parte de procesos de investigación policial, a los medios de comunicación, y de la que se hizo desprender sospechas, sindicaciones, presunciones e, incluso, imputaciones contra los actores, y que generó en los receptores de la misma, desinformación y asociaciones lesivas a los derechos subjetivos de los demandantes, cuyos familiares fallecidos fueron relacionadas con actividades ilícitas que en el plenario quedaron claramente desvirtuadas. (...) Se viene reiterando, (...) algunos criterios para el análisis del juicio de imputación frente a la vulneración de los derechos al buen nombre y a la honra, dentro de los cuales se estableció: i) La posición de los demandantes en la sociedad: (...) ii) La existencia de una información (...) iii). La información divulgada vulneró y restringió los derechos al buen nombre, honra de las víctimas, en sus esferas personal y económica (...) iv) Indebido manejo de la información en cabeza o posesión de las entidades demandadas (...) Al respecto, en el caso de autos no se encuentra probado el indebido manejo de la información en cabeza de las entidades demandadas, (...) en conclusión, no se reúnen íntegramente los elementos de imputación jurisprudencialmente requeridos para atribuir la violación de los derechos a la honra y al buen nombre, vulnerados con las publicaciones contenidas en el diario “El Nuevo Día”, a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

PRUEBAS - Prueba trasladada de proceso penal militar / PRUEBAS - Prueba trasladada. Valoración probatoria / PRUEBAS - Copias simples. Valor probatorio / PRUEBAS - Prueba trasladada. Principio de lealtad procesal / PRINCIPIO DE LEALTAD PROCESAL - Prueba trasladada de proceso penal militar y proceso disciplinario / PRUEBAS - Prueba trasladada. Testimonio / TESTIMONIO - Prueba trasladada. Valoración probatoria / PRUEBAS - Prueba trasladada. Inspección judicial / INSPECCION JUDICIAL - Prueba trasladada. Valoración probatoria

La Sala con relación a la eficacia probatoria de la prueba trasladada se sostiene en la jurisprudencia (...) según la cual cabe valorarla a instancias del proceso contencioso administrativo, siempre que se cumpla con los presupuestos normativos (...) esto es, que se les puede dotar de valor probatorio y apreciar sin formalidad adicional en la medida en que el (los) proceso (s) del que se trasladan se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o, con su audiencia, fue solicitada por la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella, (...) en cuanto a las pruebas trasladadas desde los procesos disciplinarios y penal militar se consideran los siguientes criterios: a) las “pruebas trasladadas y practicadas dentro de las investigaciones disciplinarias seguidas por la misma administración no requieren ratificación o reconocimiento, según sea el caso, dentro del proceso de responsabilidad”; b) la prueba trasladada del proceso penal militar y de la investigación disciplinaria puede valorarse ya que se cuenta con la audiencia de la parte contra la que se aduce, por ejemplo la Nación-Ministerio de Defensa- Ejército Nacional-Policía Nacional; (...) “la Sala, en aplicación del principio de lealtad procesal, ha reiterado que hay casos en los cuales sin ratificación del testimonio, el mismo puede y debe ser válidamente apreciado cuando es allegado a petición de una de las partes y la otra parte estructura su defensa con fundamento en aquél, o cuando las dos partes lo solicitan como prueba, una en la demanda y la otra en el escrito de contestación, siempre que sean allegados en copia auténtica, porque así lo dispone la norma general sobre prueba trasladada (...) las inspecciones judiciales y los dictámenes periciales no pueden trasladarse a procesos distintos de aquéllos en los que fueron practicados,

salvo que lo hayan sido con audiencia de la parte contra la que se aducen; xi) cuando se trata de prueba trasladada en copia simple por la demandante, y teniendo especial consideración por las específicas situaciones de vulneración de derechos humanos, cabe aquella documental o informes siempre que haya obrado durante todo el proceso y la parte contra la que se aduce la haya utilizado para su defensa

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 185 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 229 / DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 168

DAÑO ANTIJURIDICO - Noción / DAÑO ANTIJURIDICO - Como elemento de la responsabilidad

Comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado, impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable: i) bien porque es contrario a la Constitución Política o, en general, a cualquier norma de derecho positivo, o ii) porque sea irrazonable, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos. (...) La noción de daño antijurídico es un concepto 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. (...) Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 1 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 58.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO - Bien jurídico vulnerado / DERECHO A LA VIDA - Bien jurídico vulnerado / DERECHO A LA HONRA Y AL BUEN NOMBRE - Bien jurídico vulnerado

Con relación a la muerte (...) observa la Sala que el interés jurídico vulnerado en este evento es el derecho a la vida (...) derecho de carácter fundamental, plenamente protegido por el ordenamiento jurídico y sin ninguna restricción, lo que es incuestionable en un Estado Social de Derecho (...) que estableció el derecho a la vida como inviolable y, aunado a ello, introdujo la prohibición de la pena de muerte. (...) Asimismo, los demandantes alegan como daño antijurídico la vulneración del buen nombre (...) derivada de las informaciones incluidas en informes del Ejército Nacional y publicadas en el diario (...) en el cual se publicó, en la primera página, (...) se vulneraría el derecho al buen nombre y/o a la honra, cuando, sin fundamento alguno, se propagan entre el público -bien en forma directa y personal, ya a través de los medios de comunicación de masas- informaciones falsas o erróneas o especies que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo y que, por lo tanto, tienden a socavar el prestigio y la confianza de los que disfruta en el entorno social en cuyo medio actúa, o cuando en cualquier forma se manipula la opinión general para desdibujar su imagen.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 11 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 15 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 21 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 42

IMPUTACION - Noción / IMPUTACION - Características / IMPUTACION - Responsabilidad extracontractual o patrimonial del Estado. Aplicación del principio iura novit curia / PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA - Imputación. Responsabilidad extracontractual o patrimonial del Estado

La cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo, (...) la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (...) Debe plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. (...) Es posible analizar la responsabilidad patrimonial del Estado bajo criterios de imputación diferentes a aquellos invocados en la demanda, en aplicación al principio iura novit curia, que implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, corresponde al juez definir la norma o el régimen aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la causa petendi

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90

PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento. Muerte de ciudadano con arma de dotación oficial / PERJUICIOS MORALES - Presunción de aflicción

La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012 señaló que en “cuanto se refiere a la forma de probar los perjuicios morales, debe advertirse que, en principio, su reconocimiento por parte del juez se encuentra condicionado –al igual que (sic) demás perjuicios- a la prueba de su causación, la cual debe obrar dentro del proceso”. (...) Respecto de los perjuicios morales en cabeza de los familiares de las víctimas con ocasión de la muerte y lesiones, por ejemplo, el juez contencioso administrativo debe observar que reconocida la existencia de los perjuicios morales teniendo en cuenta que con base en las reglas de la experiencia, se presume que, en las circunstancias en que ocurrió, para sus parientes inmediatos debió implicar un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 42 / LEY 446 DE 1996 - ARTICULO 16

NOTA DE RELATORIA: En esta materia ver la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 23 de agosto de 2012, exp. 24392

PERJUICIOS MORALES - Motivación para su tasación

La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012 sostiene claramente que el “Juez Contencioso al momento de decidir se encuentra en la obligación de hacer explícitos los razonamientos que lo llevan a tomar dicha decisión, en el entendido que la ausencia de tales argumentaciones conlleva una violación al derecho fundamental del debido proceso”. (...) A lo que se agregó, en la misma sentencia de Sala Plena de Sección Tercera, una serie de criterios o motivaciones razonadas que debían tenerse en cuenta para tasar el perjuicio moral. (...) Con fundamento en lo anterior, la motivación (o argumentación) de los perjuicios morales exige que el juez contencioso

administrativo pueda distinguir: 1) el reconocimiento de los perjuicios, para cuya motivación cabe sustentarse en la presunción de aflicción cuando se trata de dosificarlos cuando se trata de la muerte o lesión de una persona; o, en la vulneración de los derechos inherentes a los bienes muebles o inmuebles que resulten afectados; 2) la tasación y liquidación de los perjuicios, en cuya motivación puede el juez aplicar diferentes metodología para con fundamento en los principios de razonabilidad, proporcionalidad y justicia dosificar el “quantum” indemnizatorio. (...) Examinado la fundamentación jurídica en la que cabe sustentar el “test de proporcionalidad” como metodología para la tasación y liquidación de los perjuicios morales, la Sala procede a motivar y delimitar los criterios de dicha tasación y liquidación. (...) Con base en las anteriores premisas, el juez contencioso administrativo está llamado a considerar, dentro de su discrecionalidad judicial, en su apreciación criterios como. (...) Se trata de criterios objetivos, si cabe, fundados en los principios de equidad, razonabilidad, reparación integral y proporcionalidad, que deben permitir al juez determinar con justicia (distributiva) la tasación del “quantum” indemnizatorio de los perjuicios morales reclamados en cada caso en concreto, y que no pueden generalizarse aplicando las reglas de la experiencia como si se tratara de variables unívocas y uniformes, sino que debe considerarse las circunstancias de cada caso en concreto.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 29 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 228 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 228 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 229 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 230

NOTA DE RELATORIA: En esta materia ver la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 23 de agosto de 2012, exp. 24392

PERJUICIOS MORALES - Liquidación de perjuicios morales / PERJUICIOS MORALES - Test de proporcionalidad / TEST DE PROPORCIONALIDAD - Principio de arbitrium judicis / ARBITRIUM JUDICIS - Tasación de perjuicios morales

Se reitera la argumentación de la mencionada providencia de Sala Plena, se “ha soportado la procedencia de reconocimiento de este tipo de perjuicios y su valoración no solamente con fundamento en la presunción de afecto y solidaridad que surge del mero parentesco, sino que, acudiendo al arbitrium judicis, ha utilizado como criterios o referentes objetivos para su cuantificación la (sic) características mismas del daño, su gravedad y extensión, el grado de afectación en el caso a cada persona, vale decir el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la situación del demandante afectado (...) La Sala encuentra que para aproximarse a la liquidación de los perjuicios morales debe sujetarse al criterio determinante de la intensidad del daño, que usualmente se demuestra con base en las pruebas testimoniales, las cuales arrojan una descripción subjetiva de quienes, por las relaciones familiares, afectivas, de cercanía, conocimiento o amistad deponen en la causa, restando objetividad a la determinación de dicha variable, cuya complejidad en una sociedad articulada, plural y heterogénea exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada de los perjuicios morales, sin que se constituya en tarifa judicial o, se pretenda el establecimiento de una tarifa legal.(...) En cuanto al fundamento de este test, se encuentra en la aplicación de la proporcionalidad desde la perspectiva del juicio de igualdad , y de la necesidad ponderar ante la indeterminación, vaguedad y necesidad de una resolver la tensión que pueda representar la tasación y liquidación de los perjuicios morales cuando se pone en juego la tutela de derechos como a la vida, al libre desarrollo de la personalidad, a

la integridad personal (enmarcado dentro del concepto global de dignidad humana), y el respeto del derecho a la reparación, que no puede resolverse, como se pretende en muchas ocasiones, por medio de la lógica de la subsunción, sino que debe trascenderse, como se busca con el test de proporcionalidad (...) Dicho principio de proporcionalidad debe, por lo tanto, convertirse en el sustento adecuado para la tasación y liquidación ponderada del quantum indemnizatorio del perjuicio moral, respecto de lo que la jurisprudencia constitucional señala que frente “a los llamados perjuicios morales objetivables, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, ha estimado que en algunos casos pueden ser valorados pecuniariamente, con base en criterios como el dolor infligido a las víctimas, el perjuicio estético causado o el daño a la reputación. (...) En cuanto a la modulación del test de proporcionalidad para la liquidación de los perjuicios morales, la Sala explica que este comprende la consideración de tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto. (...) De los anteriores subprincipios, el que adquiere relevancia es el de “proporcionalidad en sentido estricto”, ya que es en él donde la necesaria ponderación de los perjuicios morales opera para tasarlos y liquidarlos razonable y racionalmente. Pero se advierte, la ponderación se sujetara a un doble nivel: a. a criterios mínimos objetivos, que son de general aplicación; y, b. a la tasación teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso en concreto.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 178

NOTA DE RELATORIA: En esta materia ver la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 23 de agosto de 2012, exp. 24392

PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante. Reconocimiento / PERJUICIOS MATERIALES - Muerte de ciudadano con arma de dotación oficial

Entiéndase por lucro cesante, la ganancia o provecho que dejó de reportarse a consecuencia de la concreción del daño antijurídico. Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha sostenido que el lucro cesante, puede presentar las variantes de consolidado y futuro, y este ha sido definido como “el reflejo futuro de un acto ilícito sobre el patrimonio de la víctima, que justamente por ser un daño futuro exige mayor cuidado en caracterización o cuantificación” Ahora bien, sobre el lucro cesante futuro, debe aclararse que él no puede construirse sobre conceptos hipotéticos, pretensiones fantasiosas o especulativas (...) No obstante, el criterio actual de la Sala, considera que la liquidación del lucro cesante debe realizarse hasta que los hijos cumplan 25 años de edad, como quiera que frente a estas las reglas de la experiencia hacen presumir su manutención hasta dicha edad, aspecto éste que llevó a la modificación del criterio jurisprudencial inicial.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 411 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 422 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 45

PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL O RESTITUTUM IN INTEGRUM - Noción. Definición

La “reparación integral en el ámbito de los derechos humanos implica no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también supone la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual era posible la implementación de una serie de medidas simbólicas y conmemorativas,

que no propenden por la reparación de un daño (strictu sensu), sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos vulnerados. Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona específicamente con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas de rehabilitación, o de no repetición, ello no implica en manera alguna que no se repare íntegramente el perjuicio”.

PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL O RESTITUTUM IN INTEGRUM - Medida de reparación no pecuniaria. Carta ofreciendo excusas a las víctimas / MEDIDA DE REPARACION NO PECUNIARIA - Carta ofreciendo excusas a las víctimas / MEDIDA DE REPARACION NO PECUNIARIA - Principio de indemnidad a las víctimas / PRINCIPIO DE INDEMNIDAD - Medida de reparación no pecuniaria. Carta ofreciendo excusas a las víctimas / PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL O RESTITUTUM IN INTEGRUM - Medida de reparación no pecuniaria. Medidas de no repetición / MEDIDA DE REPARACION NO PECUNIARIA - Medidas de no repetición

Acogiendo la jurisprudencia de la Sección Tercera que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico el concepto de reparación integral y las denominadas “medidas de reparación no pecuniarias”, se ordenará, con el objeto de responder al “principio de indemnidad” y a la “restitutio in integrum”, (...) que se cumpla con las siguientes medidas de reparación no pecuniarias, que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión: 1) Dirigir, por parte del Ministro de Defensa a cada una de las dos familias demandantes una carta ofreciendo excusas por las equivocaciones del Ejército Nacional y tomar los correctivos necesarios para que en adelante se respete la población civil en el desarrollo de los operativos militares.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 16

AGENCIAS EN DERECHO - Noción, definición. Pago de honorarios de abogado / HONORARIOS DE ABOGADO - Forman parte de las agencias en derecho / AGENCIAS EN DERECHO - La nación no puede ser condenada

Las agencias en derecho consisten en la porción de las costas imputables a los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso, el incidente o el trámite especial por él promovido, y de quien se le resuelva desfavorablemente el recurso (...) Debe recordarse que conforme al artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, en todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil. Ahora bien, los artículos 392 y siguientes del C.P.C regulan lo referente a las costas. Sin embargo, observando tales disposiciones se verifica que el juez contencioso administrativo al momento de proferir la condena en costas, “podrá” hacerlo, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”. Esta indicación no está contemplada dentro de las reglas que regulan la liquidación de costas en el proceso civil, donde la conducta de las partes no es tenida en cuenta a la hora de la condena en costas, salvo el evento a que se refiere el numeral 2° del artículo 392 esto es, que la condena sólo se impone “cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal o cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad”.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 171 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 392

COSTAS - No condena

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.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 171 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55

NOTA DE RELATORIA: Con salvamento parcial de voto del consejero Enrique Gil Botero y aclaración de voto de la consejera Olga Mélida Valle de De La Hoz. En relación con el medio magnético de éstos, a la fecha no se cuenta con el mismo en la Relatoría.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 73001-23-31-000-1999-01967-01(24734)

Actor: ARGENIS VACA Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Se decide el recurso de apelación interpuesto por ambas partes procesales contra la sentencia de 21 de enero de 2003 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima¹, mediante la que se dispuso:

“1. Declarar no probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima respecto de Guillermo Iván Londoño, propuesta por la Entidad demandada.

2. Declarar administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de

¹ Fls. 156-1869 del C. 6.

Defensa – Ejército Nacional por la muerte de los señores ALBEYS SOTO VACA y GUILLERMO IVÁN LONDOÑO, en hechos ocurridos el 26 de febrero de 1998, en jurisdicción del Municipio de Ortega – Tolima.

3. Como consecuencia de lo anterior, condénese a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, a pagar por concepto de perjuicios morales por la muerte de ALBEYS SOTO VACA: a Argenis Vaca la suma de cincuenta (50) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES VIGENTES, Alex Vaca hermana, el equivalente a treinta (30) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES VIGENTES, y a Ana Joaquina Vaca Díaz, abuela materna, CINCUENTA (50) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES VIGENTES.

4. Se reconocerán como perjuicios morales por la muerte de GUILLERMO IVÁN LONDOÑO a: Margarita Ramírez, madre cincuenta (50) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES VIGENTES; Guillermo León Londoño, padre, cincuenta (50) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES VIGENTES; Diana Magally Londoño González, hermana, treinta (30) salarios mínimos legales vigentes; Andrés Eduardo Londoño Londoño, hermano, treinta (30) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES VIGENTES; Julián David Londoño Londoño treinta (30) salarios mínimos legales vigentes; Andrés Felipe Londoño Clavijo, hijo, cincuenta (50) salarios mínimos legales vigentes; y a la señora Elicenia Henao de Ramírez, abuela, treinta (30) salarios mínimos legales vigentes.

5. como consecuencia de la anterior, condenase a la Nación – Ministerio de Defensa y Ejército Nacional a pagar por la muerte de ALBEYS SOTO VACA concepto de perjuicios materiales a la señora Argenis Vaca, la suma de SETENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS CUATRO MIL QUINIENTOS PESOS (\$77.404.500) M/CTE.; y a los menores hijos de GUILLERMO IVÁN LONDOÑO, Juan Camilo Londoño Hernández representado por su señora madre Diana Paola Hernández, la suma de DIECISEIS MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL PESOS (\$16.375.000) M/CTE.; Andrés Felipe Londoño Clavijo, representado por su señora madre Claudia Marcela Clavijo Rico la suma de DIECIOCHO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$18.500.000) M/CTE.”

Esta providencia se profirió dentro de los expedientes 035/00 y 1967/99 adelantados ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima y acumulados mediante providencia proferida el 8 de agosto de 2002, a petición de la entidad demandada.

ANTECEDENTES

1. Las demandas

1.1 La demanda radicada bajo el **Nº 1967 de 1999**², fue presentada el día 30 de agosto de 1999 por los señores ARGENIS VACA, ALEX VACA, ANA JOAQUINA VACA DÍAZ, MARGARITA RAMÍREZ, GUILLERMO LEÓN LONDOÑO, HEBERT DE JESUS GARCÍA RAMÍREZ, GLORIA ALEJANDRA LONDOÑO GONZÁLEZ, ANDRÉS EDUARDO LONDOÑO LONDOÑO, JULIAN DAVID LONDOÑO LONDOÑO³, ANDRÉS FELIPE LONDOÑO CLAVIJO⁴, JUAN CAMILO LONDOÑO

² Fls. 35-67 del C. 1. del Exp. 1967/99.

³ Actúo mediante representación del padre GUILLERMO LEÓN LONDOÑO de acuerdo con el poder obrante a folio 6 del cuaderno 1 del Exp. 1967/99.

HERNÁNDEZ⁵ y ELICENIA HENAO Vda. DE RAMÍREZ, y asimismo, la demanda radicada bajo el N° 635 de 2000⁶, fue presentada el día 28 de febrero de 2000 por YENNY YURANY LONDOÑO BARRAGAN⁷.

Así, mediante apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., los demandantes solicitaron que se declarará responsable administrativa y patrimonialmente a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL de todos los daños y perjuicios que se causaron con la muerte de ALBEYS SOTO VACA y GUILLERMO IVÁN LONDOÑO ocurrida el día 25 de febrero de 1998 a manos de soldados de la compañía Escorpión del Batallón Contraguerrilla No. 6 Pijaos, en hechos sucedidos en la jurisdicción del municipio de Ortega – Tolima.

1.2 Como consecuencia de la anterior declaración, los demandantes solicitaron condenar a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional a pagar a su favor las siguientes condenas:

Por concepto de **perjuicio moral** a cada uno de los demandantes el equivalente en moneda nacional de 5.000 gramos de oro fino.

Como reparación de los perjuicios causados a raíz de las acusaciones criminales y deshonorosas de que fueron objeto las personas muertas que avergonzaron la familia, pagar a cada uno de los demandantes el equivalente en moneda nacional de 5.000 gramos de oro fino. Esta pretensión no se planteó en la demanda presentada por YENNY YURANY LONDOÑO BARRAGAN.

Por concepto de la totalidad de perjuicios materiales presentes y futuros causados con la muerte de las víctimas, a favor de ARGENIS VACA por cuanto dependía económicamente de ALBEYS SOTO VACA; y ANDRÉS FELIPE LONDOÑO CLAVIJO y JUAN CAMILO LONDOÑO HERNADEZ quienes dependían económicamente de GUILLERMO IVÁN LONDOÑO.

Asimismo, solicitó la demanda que las condenas impuestas a favor de los perjudicados con la muerte de ARBEYS SOTO VACA se aumenten en un 30%, correspondiente a los honorarios de abogado, y las condenas impuestas a favor de los perjudicados con la muerte de GUILLERMO IVÁN LONDOÑO se aumente en un 35%, por el mismo concepto.

Como elemento de reparación, la demanda radicada bajo el N° 1967/99 solicitó ordenar al MINISTERIO DE DEFENSA “*dirigir una carta institucional a cada una de las dos familias demandantes ofreciendo excusas por las equivocaciones del Ejército*” y tomar los correctivos necesarios para que en adelante se respete la población civil en el desarrollo del conflicto armado que vive Colombia y, en general, se dé plena aplicación al Derecho Internacional Humanitario.

Finalmente, los demandantes solicitaron condenar en costas a la entidad demandada.

⁴ Actúo mediante representación de la madre CLAUDIA MARCELA CLAVIJO RICO de acuerdo con el poder obrante a folio 4 del cuaderno 1 del Exp. 1967/99.

⁵ Actúo mediante representación de la madre DIANA PAOLA HERNÁNDEZ de acuerdo con el poder obrante a folio 3 del cuaderno 1 del Exp. 1967/99.

⁶ Fls. 5-22 del C. 1 del Exp. 635/00.

⁷ Actúo mediante representación del padre GUILLERMO LEÓN LONDOÑO, de acuerdo con el poder obrante a folio 2 del cuaderno 1 del Exp. 635/00.

1.3 Como fundamento de las pretensiones, los actores expusieron los siguientes hechos:

“1- El día 25 de febrero de 1998 a las 13.30 horas, el Sr. ALBEYS SOTO VACA, de profesión agricultor se encontraba abriendo una zanja en el cafetal de la señora CLEMENCIA VACA, a diez metros de la casa de la finca, ubicada en la vereda “Alto del Cielo” del municipio de Ortega, cuando aparecieron soldados de la Compañía Escorpión del Batallón contraguerrilla # 6 Pijaos, Ordenaron a las señoras CLEMENTINA VACA y MARIA ASTRID PEÑA VACA permanecer en la casa. Poco después los soldados le dieron muerte a ALBEYS con armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas.

2- En el momento en que fue atacado el Sr. SOTO VACA estaba inerte y en actitud pacífica, solo tenía en sus manos las herramientas de trabajo con que abría una zanja en el cafetal.

3- ALBEYS SOTO VACA era un humilde campesino que derivaba su sustento del trabajo agrícola y de un ganado vacuno que tenía en los llanos orientales en número aproximado de 25 reces (sic) vacunas a utilidades, en la finca Vella (sic) Vista, vereda Puerto Esperanza en el municipio de vista Hermosa, Meta. Su hierro era el XH 39, bajo el número de registro 62965 de la Federación de Ganaderos de los Llanos Orientales, y su canet (sic) de ganadero expedido por la Secretaria de Agricultura del Departamento del Meta el # 900.323, fechado agosto 14 de 1995.

4- Era conocido en la región por su carácter pacífico y su liderazgo cívico.

5- En el preciso momento en que SOTO VACA fue muerto por el Ejército, no había enfrentamiento alguno entre la fuerza pública y la insurgencia.

6- Antes de este hecho que perjudicó a los demandantes el Ejército había emboscado en la carretera, un poco más adelante, a los ocupantes de dos carros controlados por hombres armados del grupo insurgente denominado “Jaime Bateman Callon”, que operaba en la zona.

7- Se trataba de los siguientes carros: Campero claro, de propiedad del Dr. MARCO ORLANDO GALLO PÉREZ, y una camioneta marca Chevrolet luv, blanca, de estacas y placas BHY 851 de Santafé de Bogotá.

8- La emboscada había sido preparada con anticipación por el Ejército, tal como se lee en la orden de operaciones correspondiente a esa acción, describiendo el lugar donde serían esperados los insurgentes, que era una curva, propicia para tomarlos por sorpresa (“curvas circulares reversas” dice la diligencia de inspección judicial practicada en el sitio por el Juzgado 101 Penal Militar). El capital CESAR AUGUSTO SIERRA LEYTON, que comandaba el operativo, había recibido información sobre la existencia en el sitio de estos dos carros robados, tal como lo manifestaron en sus declaraciones ante el Juzgado 101 de Instrucción Penal Militar los soldados voluntarios JOSE RAMIRO LOZANO JARA y el S.V. JOSE ALONSO RAMÍREZ y MARIO PIRAZAN VANEGAS, entre otros.

9- Sin que mediara orden de alto o de rendición, ni intento de captura, el ejército (sic) disparó sorpresivamente contra los ocupantes de los vehículos. La camioneta, que entró primero al lugar de la emboscada fue atacada

desde todos los ángulos con armas de fuego.

10- Dentro de la camioneta azul Chevrolet luv controlada por el grupo insurgente iba secuestrado al (sic) Sr. GUILLERMO IVÁN LONDOÑO, ciudadano habitante de Ibagué que había ido a la región en busca de su tío el Dr. MARCO ORLANDO GALLO PÉREZ, quien había desaparecido con el campero Toyota de su propiedad desde el viernes 20, secuestrado hasta el lunes por el grupo guerrillero Jaime Bateman Cayon, cuando lo liberaron en Playa Rica, sin su carro.

11- En la emboscada fueron muertos los insurgentes ALBEIRO DE JESUS GALLEG0, LUIS ARMANDO MONROY RUIZ, y fue atrapado con vida el guerrillero confeso FREDY PLAZAS MARROQUIN. También resultó muerto el Sr. GUILLERMO IVÁN LONDOÑO, quien recibió herida en la cabeza con arma de fuego de largo alcance (fusil) disparada por miembros de la fuerza pública. Igualmente fue capturado el Sr. FREDY PLAZAS MARROQUIN, miembro del grupo insurgente.

12- La camioneta Chevrolet luv en que movilizaban a GUILLERMO IVÁN LONDOÑO fue incinerada y con ella su cadáver. GUILLERMO IVÁN, como se dijo, había recibido en la cabeza un tiro de fusil que lo mató antes del incendio.

13- Tras matar a GUILLERMO IVÁN y terminado el enfrentamiento, los miembros del ejército (sic) incineraron la camioneta junto con el cadáver y colocaron una espoleta de granada al muerto para afirmar, falazmente como afirmaron, que GUILLERMO IVÁN intentaba arrojarles la agranda (sic), pero que la granada se le estalló, provocando la conflagración. La mentira se descubre porque la espoleta de la granada, encontrada casi dentro del carro, no estaba incinerada, conforme el acta de levantamiento del cadáver, es decir, fue puesta ahí posteriormente, y porque el cadáver de GUILLERMO IVÁN LONDOÑO no presenta más que una herida, que seguramente fue de fusil, y no las múltiples heridas que dejaría la cercana explosión de una granada.

14- Los ocupantes de la camioneta, GALLEG0 (insurgente secuestrador) y GUILLERMO IVÁN LONDOÑO (secuestrado), no pudieron haber atacado a la fuerza pública que se encontraba emboscada. Primero porque desde el punto en que el carro estaba tomando la curva no podían ver al ejército (sic) emboscado, y segundo porque el piloto iba ocupado manejando (dando una pesada curva precisamente) y no podía conducir y disparar, y el copiloto no estaba armado ni era insurgente.

15- Como el Sr. SOTO VACA, el Sr. LONDOÑO fue reportado falazmente como guerrillero, portador de armas de uso privativo de las fuerzas armadas.

16- Una vez muerto el Sr. SOTO VACA, los miembros del Ejército le colocaron al cadáver armas de fuego para hacerlo aparecer como un guerrillero secuestrador muerto en combate.

17- Los análisis técnicos del cuerpo sin vida de SOTO VACA, indican que fue muerto por múltiples heridas de arma de fuego disparada a corta distancia y que él no había disparado arma de fuego antes de su muerte. Al respecto puede consultarse el fol. 276 del cuaderno principal de la investigación adelantada por el Juzgado 101 de Instrucción Penal Militar –

proceso 1569-, en el que obra el “análisis instrumental para residuos de disparo por emisión atómica o absorción atómica”, efectuado por el laboratorio de química de la Regional Bogotá del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien determinó, tras un análisis instrumental para residuos de disparo por emisión atómica (plasma) o absorción atómica, que ALBEYS SOTO VACA no disparó arma de fuego. El resultado está contenido en el oficio No. 436-98-RA-LQ-RD del 11 de junio de 1998, que obra en el proceso penal seguido en el Juzgado 101 de Instrucción Penal Militar.

18- En el informe No. 0191/BR6-BCG06-S-3-175 suscrito por el SP TENJICA CASTRO JOSE FLORENTINO, Jefe de Personal del Batallón contra Guerrilla No. 06 Pijaos, ARBEYS SOTO VACA es reportado por las autoridades entre otros, como guerrilleros del grupo “Jaime Bateman Cayón”, muerto en combate, a quienes se les incautó varios elementos incluidos material de guerra consistente en armas de fuego de largo alcance y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas.

*(...)*⁸

2. Actuación procesal en primera instancia

Mediante providencia de 10 de septiembre de 1999⁹, el Tribunal Administrativo del Tolima admitió la demanda radicada bajo el N° 1967/99 e igualmente por auto del 8 de marzo de 2000¹⁰ admitió la radicada con el N° 635/00, las cuales ordenó tramitarlas conforme a la ley.

El 26 de octubre de 1999, la admisión proferida dentro del radicado N° 1967/99 fue notificada personalmente al Ministerio de Defensa Nacional, por conducto del Comandante de la Sexta Brigada del Ejército Nacional¹¹, al igual que la radicación 635/00, fue notificada el 14 de julio de 2000¹².

2.2. Escrito de contestación a la demanda

El 25 de noviembre de 1999, el Ministerio de Defensa Nacional presentó su escrito de contestación a la demanda radicada con N° 1967/99¹³ mediante el cual manifestó:

“Los hechos números 1 – 2 – 3 – 4 – 5 – 19 – 20 – 21 – 22 – 23 – 24 – 27 – 28 – 30 – 32 y 43 no me constan, por lo tanto me atengo a lo que resulte probado dentro del proceso. Los hechos números 6 – 7- 8 – 11 – 26 y 31 son ciertos de acuerdo a las pruebas existentes, los hechos números 9 – 10 – 12 – 13 – 14 y 16 no son ciertos”.

A su turno, la contestación a la radicación N° 635/00 tuvo lugar el 20 de septiembre de 2001¹⁴, en cuyo escrito la demandada manifestó que los hechos narrados en la demanda carecen de veracidad por cuanto las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron son totalmente diferentes.

⁸ Tomados de la demanda Radicada bajo el N° 1967/99.

⁹ Fls. 68 del C. 1 Rad. N° 1967/99

¹⁰ Fls. 10-22 del C. 1 Rad. N° 635/00

¹¹ Fl. 71 del C. 1. Rad. 1967/99

¹² Fl. 27 del C. 1. Rad. N° 635/00

¹³ Fls. 81-83 del C.1.

¹⁴ Fls. 33-36 del C.1.

En este sentido, el Ministerio de Defensa Nacional, en ambos escritos, se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

“evidentemente el día de los hechos existió enfrentamiento armado entre miembros del Ejército Nacional y un grupo de subversivos, con los resultados conocidos de acuerdo a las pruebas existentes. Estas pruebas hasta el momento no determinan claramente las circunstancias como ocurrió la muerte del señor ALBEYS SOTO VACA. Sin embargo, con respecto a la muerte del señor GUILLERMO IVÁN LONDOÑO es evidente que de la declaración del señor FREDY PLAZAS MARROQUIN guerrillero confeso que resultó retenido en el enfrentamiento, es claro que el señor LONDOÑO no tenía la calidad de retenido como se afirma en la demanda, razón por la cual considero que es prematuro hacer un análisis de la falla del servicio en el presente caso, además de la imposibilidad de aplicar el régimen de “Daño Especial”, ya que como reiteradamente lo ha dicho la jurisprudencia el daño especial se da en aquellos casos en que “El Estado debe responder, a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando al obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas, o a la equidad, que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados.

Vale aclarar que esta tesis se le aplicará al particular que no tenga nada que ver en el conflicto armado, situación que de acuerdo a las pruebas existentes no es precisamente la del señor GUILLERMO IVÁN LONDOÑO.

Por lo tanto en el presente caso habrá que examinar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos, así como la incidencia de la conducta desplegada por la víctima en la producción del daño ya jurisprudencialmente se ha establecido lo siguiente: “... En primer término se debe anotar que la culpa de la víctima en el ámbito de la responsabilidad administrativa, no es más que la violación de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado. La violación entonces por parte de la víctima de las obligaciones que en cada caso concreto pesan sobre ella como personas administradas implica la exoneración total o parcial de la administración. Así mismo el artículo 2357 del C.C. expresa que: “La apreciación del daño está sujeta a la reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente””

Finalmente, en relación con las pruebas pidió que se tuvieran como tales las aportadas y solicitadas con la demanda.

3. Periodo probatorio

Por medio de los autos proferidos el 26 de enero de 2000¹⁵ y el 18 de septiembre del mismo año¹⁶, el Tribunal Administrativo del Tolima decretó las pruebas solicitadas por la parte demandante y coadyuvadas por la demandada y ordenó valorar las allegadas junto con las demandas.

¹⁵ Fls. 84-87 del C. 1. Rad. N° 1967/99.

¹⁶ Fls. 37 del C. 1. Rad. 635/00

A la culminación de esta etapa se profirió el auto de fecha 8 de agosto de 2002 que encontró procedente la acumulación de los expedientes, solicitada por la entidad demandada y, en consecuencia, decretó la acumulación al proceso 1967/99 del radicado con el N° 635/00¹⁷.

4. Audiencia de conciliación y alegatos de conclusión

4.1 El 14 de marzo de 2001, el Tribunal Administrativo del Tolima ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su correspondiente concepto¹⁸, lo anterior, sin citar a audiencia de conciliación.

4.2 El 21 de marzo de 2001, la apoderada judicial de la entidad demandada presentó sus alegatos de conclusión, en el siguiente sentido:

“Al término de la etapa probatoria no fueron probados los supuestos de hecho ni de derecho en que se sustentó la acción, esto es, no fueron probadas ninguna de las afirmaciones en tanto temerarias y falaces consignadas en los hechos de la demanda y por el contrario solo se allegó al proceso el hecho notorio de la condición del señor GUILLERMO IVÁN LONDOÑO y de su compañero de actividades ARBEYS SOTO VACA quienes fallecieron en un enfrentamiento con la fuerza pública actuando al margen de la ley, por lo que el daño solo puede ser atribuido a la misma víctima, estos es, que surge la causal exonerativa de responsabilidad de la demandada culpa exclusiva de la víctima”.

Finalmente, sostuvo la demandada que por los argumentos expuestos en la contestación de la demanda tampoco es dable la aplicación del daño especial.

4.3 Por su parte, los demandantes presentaron escrito de alegatos el día 3 de abril de 2001 donde, referenciado algunos elementos probatorios, manifestaron encontrar probados los hechos narrados en la demanda.

4.4 El Ministerio Público emitió concepto el día 18 de abril de 2001¹⁹, mediante el cual solicitó declarar a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional responsable por los daños ocasionados con la muerte de ARBEYS SOTO VACA y negar las pretensiones derivadas de la muerte de GUILLERMO IVÁN LONDOÑO.

Fundamento de su solicitud la Procuraduría Judicial 27 en lo Administrativo, manifestó que si bien los elementos probatorios no dan claridad de la verdadera calidad de ALBEYS SOTO VACA, independientemente de que se dedicara o no a actividades con la guerrilla, las fuerzas militares lo debieron capturar para entregarlo a la justicia si lo encontraban sospechoso de la muerte del Capitán Sierra Leyton.

“Del relato de los hechos efectuado por los militares como por las mencionadas declarantes, la muerte de ALBEYS SOTO VACA se produjo con posterioridad al enfrentamiento armado en que se dio de baja a otros individuos y con posterioridad a la muerte del Capitán Sierra Leyton.

A folio 176 aparece una panorámica del lugar en que fue ultimado ALBEYS

¹⁷ Fls. 1-2 Cuaderno de solicitud de acumulación.

¹⁸ Fl. 129 del C. 1. Rad. N° 1967/99.

¹⁹ Fls. 145-151 del C. 1. Rad. 1967/99

SOTO VACA, en el que se aprecia que este sitio se encuentra distante del lugar donde se produjo el enfrentamiento armado entre los rebeldes y la fuerza pública.

ALBEYS SOTO VACA en el momento de su muerte no portaba arma alguna, de tal manera que se encontraba indefenso para repeler cualquier tipo de agresión y no se evidencia que los militares corrieran algún peligro que hiciera imperioso dispararle”.

En cuanto a GUILLERMO IVÁN LONDOÑO consideró que aunque su muerte ocurrió durante el enfrentamiento, ella tuvo como causa la CULPA DE LA VICTIMA al someterse a un riesgo inminente sin medir las consecuencias de tal acción.

“En efecto, al parecer el señor LONDOÑO se encontraba realizando una actividad de búsqueda de su tío MARCO ORLANDO GALLO en una zona roja, sin que exista constancia de que previamente se hubiera denunciado dicha desaparición a las autoridades competentes; existe constancia de que departía en forma jocosa con los guerrilleros (según indagatoria de FREDY PLAZAS MARROQUIN); tenía en su poder la Toyota de su tío y lo llamó para que efectuara algunas actividades para que le fuera entregada; asumió bajo su propia cuenta y riesgo el rescate de la Camioneta”

Por último, sostuvo el Ministerio Público que en este caso no se puede configurar el Daño Especial, porque las autoridades no tenían por qué conocer que los vehículos que se involucraron en el intercambio de disparos y en los cuales según información previa se desplazaban guerrilleros, estuvieran ocupados también por personal civil.

5. Sentencia de primera instancia

El día 21 de enero de 2003, el Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento del Tolima, profirió sentencia de primera instancia mediante la cual declaró administrativa y patrimonialmente responsable a la Administración por la muerte de los señores ARBEYS SOTO VACA y GUILLERMO IVÁN LONDOÑO, ocurrida en hechos del 26 de febrero de 1998 en el Municipio de Ortega (Tolima) y, en consecuencia, condenó al pago de las condenas citadas *ad initio* de esta providencia²⁰.

Como fundamento de su decisión, el A quo consideró:

“la versión del guerrillero, tomada dentro de un proceso penal y allegada en fotocopia al expediente, no merecer mayor credibilidad puesto que se trata de una persona interesada en que la situación de Guillermo Iván no se calificara de secuestro, pues resultaba implicado como miembro del grupo insurgente en este delito. Pero no solamente se hace la crítica al testimonio partiendo del interés del testigo, sino que obran otros testimonios que nos indican lo contrario: que Guillermo Iván fue secuestrado cuando está buscando a su tío. Se trata de los testimonios del abogado Enrique Homez Vanegas y del propio medico secuestrado Marco Orlando Gallo.

(...)

Respecto a la muerte de Albeys Soto Vaca, no hay ninguna duda, porque el mismo capturado Fredy Plazas Marroquín ha aceptado que este no hacía

²⁰ Fls. 156-181 del C. 6.

parte del grupo guerrillero, y de acuerdo a las versiones rendidas por sus familiares, entre los que se destaca María Astrid Peña Vaca, quien relata que se encontraba en compañía de éste, en el patio de la casa, haciendo una fosa para la pulpa del café cuando llegó una camioneta frente a la casa, y la persona que llegó ahí con traje camuflado, sin precisar si era militar o guerrillero, los perros empezaron a ladrar, y al ir a espantarlos les dijeron con palabras soeces que nos entráramos y nos tendiéramos debajo de la cama y estando allí empezaron a disparar y en ese momento se acordó de Albeys que había quedado trabajando (...)”

6. Recurso de Apelación de la parte actora

El 31 de enero de 2003, la parte actora interpuso recurso de apelación en contra de la referida sentencia²¹ el cual fue concedido mediante auto de 19 de marzo de 2003²².

El apoderado judicial de los demandantes sustentó la alzada mediante escrito de fecha 4 de febrero de 2003²³, en el cual exhibió las siguientes inconformidades:

1. Solicitó que se ordene indemnizar a HEBERTH DE JESUS GARCÍA RAMÍREZ, GLORIA ALEJANDRA LONDOÑO GONZÁLEZ y YENNY YURANY LONDOÑO BARRAGAN, hermanos de GUILLERMO IVÁN LONDOÑO que como los demás familiares resultaron lesionados moralmente, quienes resultaron excluidos con la sentencia sin que diera razón al respecto.

2. En segundo término, el apoderado disintió de la *“fuente de responsabilidad aplicada al caso de GUILLERMO IVÁN LONDOÑO”*, por cuanto se aplicó el daño especial sin analizar la falla en el servicio, lo cual dijo *“tiene que ver con la reparación y con el conocimiento de la verdad (...) a que tienen derecho los demandados como parte de a justicia material como una realización de la dignidad humana en que está fundado nuestro Estado Social de Derecho y como una obligación del Estado de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”*.

3. Sostuvo que hay otros perjuicios no patrimoniales, diferentes a los causados por la muerte misma, y que debiendo ser indemnizados y reparados de manera independiente, no lo fueron. Esto hace referencia a los informes del Ejército que injustamente acusaron a ALBEYS y a GUILLERMO IVÁN de guerrilleros, así, fueron reportados:

“(...) guerrilleros secuestradores dados de baja en combate, pertenecientes a una insurgencia degradada por sus acciones terroristas, violadoras del Derecho Internacional Humanitario y financiadas con actividades de narcotráfico. Todos estos infundios fueron publicados en los medios de comunicación hablados y escritos”

De esta manera, reiteró la pretensión de indemnización por este concepto, planteada en la demanda.

4. Asimismo, solicitaron los demandantes que se reconozca la medida de

²¹ Fls. 186 del C. 6.

²² Fl. 208 del C. 6.

²³ Fls. 193-204 del C. 6.

reparación contenida en el numeral 7 de las pretensiones²⁴, que “no mereció la menor atención del Tribunal”.

5. En relación con los perjuicios morales, sostuvo no estar de acuerdo con los reconocidos por cuanto están por debajo del patrón adoptado por la jurisprudencia.

6. También manifestaron los demandantes su inconformidad en relación al reconocimiento y liquidación de los perjuicios materiales consolidados y futuros, y en las fórmulas utilizadas.

Finalmente para acreditar la escolaridad de los menores demandantes, se solicitó oficiar a las instituciones educativas para que estas la certifiquen.

7. Recurso de apelación de la entidad demandada

El 3 de febrero de 2003, la apoderada judicial de la entidad demandada interpuso el recurso de apelación en contra de la referida sentencia²⁵ el cual fue concedido mediante auto de 19 de marzo de 2003²⁶.

El Ministerio de Defensa Nacional sustentó la alzada mediante escrito de fecha 6 de junio de 2003²⁷, en el cual acogiendo el concepto del Ministerio Público insistió en que la muerte de GUILLERMO LONDOÑO obedeció a la CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA que por su propia voluntad contactó a la guerrilla con el fin de adelantar una negociación para la liberación de un familiar secuestrado.

En consecuencia solicitó que se exonere por este concepto a la Nación o se declare la responsabilidad compartida.

Asimismo, sostuvo que la sentencia apelada desconoció el criterio jurisprudencial plasmado en la sentencia de 13 de septiembre de 1997 dentro del Expediente 15.504 con ponencia del Dr. Alier Hernández Enríquez, donde se dijo:

“que los perjuicios morales se presumen únicamente en tratándose de los padres, hijos, cónyuges y hermanos menores, pues en relación con los hermanos mayores se requiere la demostración plena de la relación afectiva que existe estos (sic) y la víctima”

8. Trámite de la segunda instancia

Los recursos de apelación interpuestos por ambas partes fueron admitidos por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 18 de junio de 2003²⁸.

Mediante auto de 11 de julio de 2003, la Corporación corrió traslado a las partes, para que presentaran sus alegatos de conclusión, y al Ministerio Público, para que rindiera el respectivo concepto²⁹.

²⁴ “dirigir una carta institucional a cada una de las dos familias demandantes ofreciendo excusas por las equivocaciones del Ejército”

²⁵ Fls. 192 del C. 6.

²⁶ Fl. 208 del C. 6.

²⁷ Fls. 216-221 del C. 6.

²⁸ Fl. 223 del C. 6.

²⁹ Fl. 225 del C. 6.

El 21 de julio de 2003, el apoderado judicial de la parte actora presentó su escrito contentivo de alegatos de conclusión³⁰, donde reiteró lo dicho en otras instancias e impugnó la posición de la entidad demandada al insistir en la declaratoria del hecho de la víctima.

La parte demandada, en fecha 29 de julio de 2003 describió el traslado, e igualmente, reitero los argumentos expuestos en la sustentación a la apelación.

El Ministerio Público, mediante la Procuradora 4ª Delegada ante el Consejo de Estado, rindió el respectivo concepto en el sentido de solicitar la revocatoria parcial de la sentencia impugnada, para que se tenga por probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima en cuanto a la muerte de GUILLERMO IVÁN LONDOÑO:

“(…) frente a la muerte de GUILLERMO IVÁN LONDOÑO RAMÍREZ, no es viable predicar la falla del servicio de la administración, en cuanto por una parte no se tiene por probado que fueron miembros de Ejército Nacional los que de manera directa y bajo condiciones de indefensión de la víctima, le dispararon y le causaron la muerte y por otra la víctima se expuso de manera voluntaria al peligro”.

Finalmente, el proceso entró al Despacho para que se elaborara el respectivo fallo el 29 de septiembre de 2003³¹.

CONSIDERACIONES

1. Aspectos previos

1.1 Competencia

En atención a lo previsto en los artículos 120 del Código Contencioso Administrativo y 1 del Acuerdo 55 de 2003, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para resolver los recursos de apelación interpuestos en contra de la sentencia de 21 de enero de 2003 proferida en el presente asunto por el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima.

Adicionalmente, como quiera que la sentencia de primera instancia y el recurso de apelación tuvieron lugar para el año 2003, la norma aplicable, a efectos de determinar la segunda instancia, es el Decreto 597 de 1988, el cual señalaba que para el año 1999, fecha de presentación de la demanda, la cuantía mínima para que un proceso en acción de reparación directa fuere susceptible del recurso de apelación era de \$18.850.000.00, la cual se determina por el valor de las pretensiones sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, que se causen con posterioridad al libelo introductorio. En el caso concreto la pretensión mayor fue por concepto de perjuicios morales equivalente a 5.000 gramos de oro, cuantía ésta que supera la exigida para el recurso de apelación.

1.2 Prueba Traslada

³⁰ Fls. 226-229 del C. 6.

³¹ Fl. 255 del C. 6.

La parte actora dentro de su escrito introductorio solicitó la remisión de copia auténtica de la totalidad de las expediente adelantado en el Juzgado 101 de Instrucción Penal Militar, ubicado en la Sexta Brigada del Ejército Nacional con sede en Ibagué, en el que se investigó el homicidio de GUILLERMO IVÁN LONDOÑO y ALBEYS SOTO VACA; y a su vez, la entidad demandada en su contestación propuso tener como pruebas las aportadas y solicitadas con la demanda, las que en este entendido fueron decretadas y practicada por el *A quo*. Así se trasladaron al contencioso administrativo las diligencias practicadas por el Ejército Nacional en la investigación penal.

La Sala con relación a la eficacia probatoria de la prueba trasladada se sostiene en la jurisprudencia de la Sub-sección C de la Sección Tercera de 9 de mayo de 2012 (expediente 20334), según la cual cabe valorarla a instancias del proceso contencioso administrativo, siempre que se cumpla con los presupuestos normativos del artículo 185 del C.P.C., esto es, que se les puede dotar de valor probatorio y apreciar sin formalidad adicional en la medida en que el (los) proceso (s) del que se trasladan se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o, con su audiencia, fue solicitada por la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella, respetando su derecho de defensa y cumpliendo con el principio de contradicción. Así como con lo consagrado por el artículo 168³² del C.C.A (vigente para la época de entrada para fallo del proceso).

Precisamente la Sección Tercera en su dilatada jurisprudencia al analizar la aplicación de los anteriores presupuestos normativos plantea una serie de criterios con base en los cuales puede tenerse, valorarse y apreciarse la prueba trasladada: i) en “punto a la posibilidad de trasladar las pruebas, cualesquiera que sean, practicadas en otro proceso, la misma se encuentra autorizada por el artículo 185 del Estatuto Procesal Civil, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos: - Que hayan sido válidamente practicadas. - Que se trasladen en copia auténtica. - Que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella”; ii) la prueba trasladada del proceso penal ordinario a petición únicamente de la parte demandante no puede ser valorada; iii) la ratificación de la prueba trasladada se suple con la admisión de su valoración; iv) se puede valorar como indicio la prueba trasladada del proceso penal. En ese sentido, en la jurisprudencia se sostiene que las “pruebas trasladadas de los procesos penales y, por consiguiente, practicadas en éstos, con audiencia del funcionario y del agente del Ministerio Público, pero no ratificadas, cuando la ley lo exige, dentro del proceso de responsabilidad, en principio, no pueden valorarse. Se dice que en principio, porque sí pueden tener el valor de indicios que unidos a los que resulten de otras pruebas, ellas sí practicadas dentro del proceso contencioso administrativo lleven al juzgador a la convicción plena de aquello que se pretenda establecer”; v) en cuanto a las pruebas trasladadas desde los procesos disciplinarios y penal militar se consideran los siguientes criterios: a) las “pruebas trasladadas y practicadas dentro de las investigaciones disciplinarias seguidas por la misma administración no requieren ratificación o reconocimiento, según sea el caso, dentro del proceso de responsabilidad”; b) la prueba trasladada del proceso penal militar y de la investigación disciplinaria puede valorarse ya que se cuenta con la audiencia de la parte contra la que se aduce, por ejemplo la Nación-Ministerio de Defensa- Ejército Nacional-Policía Nacional; vi) en cuanto a los testimonios que obran en proceso o investigaciones disciplinarias se sostiene: a) que “no necesitan ratificación, pero esto hay que entenderlo, como es obvio, frente a las personas que intervinieron en dicho proceso disciplinario, o sea el

³² “En los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración”

funcionario investigado y la administración investigadora (para el caso la Nación).

Desde luego, entonces, esas declaraciones, para hacerlas oponibles, debieron ratificarse en la forma prevista en el artículo 229 del C. de P. C.”; b) la prueba testimonial rendida ante la jurisdicción ordinaria y trasladada no puede valorarse ya que no fue ratificada y no fue peticionada de común acuerdo; vii) “la Sala, en aplicación del principio de lealtad procesal, ha reiterado que hay casos en los cuales sin ratificación del testimonio, el mismo puede y debe ser válidamente apreciado cuando es allegado a petición de una de las partes y la otra parte estructura su defensa con fundamento en aquél, o cuando las dos partes lo solicitan como prueba, una en la demanda y la otra en el escrito de contestación, siempre que sean allegados en copia auténtica, porque así lo dispone la norma general sobre prueba trasladada (art. 185 C.P.C)”;

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

La Sala al revisar los documentos, los informes e inspecciones judiciales que obran en el expediente, observa que pueden ser tenidas, apreciadas y valoradas en esta oportunidad, porque tales medios de prueba a) fueron practicados válidamente dentro de la investigación penal instruida por la misma entidad demandada. b) se trasladaron en copias auténticas. c) fueron solicitadas en la demanda por la parte actora, y coadyuvadas por la entidad demandada en la contestación de la demanda; d) su ratificación se cumple con la admisión de su valoración. e) en cuanto a las declaraciones rendidas en la instancia de la investigación penal militar cabe afirmar que aquellas fueron rendidas con audiencia de la entidad demandada; y, f) la prueba documental trasladada se valorará no sólo por haber sido coadyuvado su traslado, sino también porque fue practicada y remitida por la misma entidad demandada y permaneció en el expediente a disposición de las partes (que tenían la posibilidad de tacharlas u

objetarlas) durante todo el proceso, permitiéndose el libre y debido ejercicio del derecho de contradicción.

Además, la Sala de Sub-sección advierte que para casos como el presente donde cabe valorar la ocurrencia de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario por afectación de miembros de la población civil inmersa en el conflicto armado, no puede seguir aplicándose lo establecido en el Código de Procedimiento Civil ajeno al respeto de la protección de los derechos humanos, dado que se estaría vulnerando la Convención Americana de Derechos Humanos, debiendo garantizarse el acceso a la justicia en todo su contenido como derecho humano reconocido constitucional y supraconstitucionalmente (para lo que el juez contencioso administrativo puede ejercer el debido control de convencionalidad), tal como en la sentencia del caso “Manuel Cepeda contra Colombia” se sostiene:

“140. En lo que concierne al acceso a la justicia, valga destacar que en este caso los tribunales contencioso administrativos no establecieron responsabilidad institucional por acción de funcionarios estatales en la ejecución del Senador Cepeda Vargas, que considerara la transgresión de sus derechos a la vida y la integridad personal, entre otros, a pesar de que al momento de sus decisiones se contaba ya con los resultados parciales del proceso penal e incluso del disciplinario. En este sentido, no contribuyeron de manera sustancial al cumplimiento del deber de investigar y esclarecer los hechos (supra párrs. 116 a 122). Llama la atención que en uno de los procesos el Consejo de Estado no valoró los resultados parciales de las investigaciones penales y disciplinarias en las que constaba la responsabilidad de los dos sargentos del Ejército Nacional, por considerar que la documentación fue remetida en copia simple. Si bien no correspondía a esta vía establecer responsabilidades individuales, al determinar la responsabilidad objetiva del Estado las autoridades jurisdiccionales deben tomar en cuenta todas las fuentes de información a su disposición. Por ende, las autoridades encargadas de estos procedimientos estaban llamadas no sólo a verificar las omisiones estatales, sino a determinar los alcances reales de la responsabilidad institucional del Estado”.

A lo anterior, cabe agregar que en el ordenamiento jurídico internacional la Corte Internacional de Justicia ha procurado argumentar que el juez debe orientarse por el principio de la sana crítica y de la libertad de apreciación de los medios probatorios que obren en los procesos, y que debe desplegar un papel activo. En ese sentido se sostiene:

“Uno de los principios establecidos por la Corte Internacional de Justicia - destacado por la doctrina jurídica e incorporado en las legislaciones procesales de derecho interno- se refiere a la afirmación de que, en cuanto al fondo del derecho, la justicia internacional en su desarrollo flexible y empírico rechaza el exclusivo sistema de pruebas legales que impone al juez una conducta restrictiva, particularmente, en la prohibición de determinadas pruebas. El juez debe gozar de una gran libertad en la apreciación de la prueba a fin de que pueda elaborar su convicción sin estar limitado por reglas rígidas.

Asimismo la Corte Internacional de Justicia ha señalado que en materia probatoria ella no tiene un papel pasivo y debe tomar la iniciativa de traer al proceso las pruebas que considere pertinentes si estima que las existentes no son suficientes para cumplir sus finalidades. Así lo dispone el artículo 48 de Estatuto, al ordenar que “la Corte dictará las providencias necesarias para

el curso del proceso, decidirá la forma y los términos a que cada parte debe ajustar sus alegatos y adoptará las medidas necesarias para la práctica de la pruebas."

En el mismo sentido el artículo 49 *eiusdem* dispone que,

"aun antes de empezar una vista, puede pedir a los agentes que produzcan cualquier documento o den cualesquiera explicaciones. Si se negaren a hacerlo, se dejará constancia formal del hecho." Igualmente puede la Corte (artículo 34, parágrafo 2) "...solicitar de organizaciones internacionales públicas información relativa a casos que se litiguen en la Corte y recibirá la información que dichas organizaciones envíen por iniciativa propia".

En tanto que en el sistema interamericano de derechos humanos se sostiene:

"Lo anterior significa que la Corte Interamericana ha utilizado como principio básico la llamada prueba racional o de la "sana crítica", que tiene su fundamento en las reglas de la lógica y de la experiencia, ya que la libertad del juzgador no se apoya exclusivamente en la íntima convicción, como ocurre con el veredicto del jurado popular, ya que por el contrario, el tribunal está obligado a fundamentar cuidadosamente los criterios en que se apoya para pronunciarse sobre la veracidad de los hechos señalados por una de las partes y que no fueron desvirtuados por la parte contraria".

Con fundamento en lo anterior, la Sala tendrá, valorará y apreciará los medios probatorios (declaraciones, documentos e inspección judicial) trasladados de la investigación penal adelantada por la Sexta Brigada del Ejército Nacional, con las limitaciones, y en las condiciones señaladas.

2. Medios Probatorios – Hechos probados

2.1 Testimoniales

1. Testimonio de MARCO ORLANDO GALLO PÉREZ³³, quien dijo ser hermano de GUILLERMO LEON LONDOÑO, y quien en relación con los hechos manifestó:

"a GUILLERMO IVAN LONDOÑO lo mataron cuando lo secuestraron. Él es hermano medio mío, a mi me secuestro la guerrilla y después de mi liberación, apareció muerto e incinerado (...) supuestamente él se fue voluntariamente en busca de mi ausencia y le echaron mano, nadie le dijo a él sino que él se fue, hay testigos de que él arrancó para allá solo, es más a él le dijeron que no se fuera y después siempre dijo que se iba a buscar al tío y se fue, después apareció muerto"

Sobre con quién vivía GUILLERMO IVAN LONDOÑO, sostuvo: "él vivía con su mamá y teóricamente él la sostenía, él vivía con su mamá solo".

El mencionado testigo amplió su declaración el día 7 de abril de 1998³⁴, quien al ser interrogado sobre el tiempo que duró secuestrado y el motivo de su secuestro manifestó:

"Duré tres días secuestrado el 20, 21, y 22, inclusive el 23 de febrero de éste

³³ Fl. 1-2 del C. Pbas.

³⁴ Fl. 271-293 del C. Pbas.

año, no sé el porque (sic) me secuestraron (sic) inicialmente, el sitio en un punto llamado los "Naranjos" fui regresado en una camioneta LUV acompañado con el carro mío lleno de guerrilleros hacia la "Colorada" a una altura de 2.800 metros según comentaban porque yo estaba vendado, pues el motivo fue de aprovecharme (sic) seguramente como médico y lo segundo pues posiblemente desde el punto de vista económico, pues en las conversaciones iniciales me identifique como médico y como ganadero considerando que ellos podrían sacar partido por ambos conceptos me utilizaron y tratando de extorsionarme (sic) bajo ciertos compromisos me dejaron salir el día lunes a la madrugada, dejándome (sic) en libertad en el pueblo de playa rica con la orden de no comunicarme (sic) una o dos horas después de haber llegado con ninguna autoridad, ni con familia".

Asimismo, sostuvo que los secuestradores se quedaron con el Toyota de su propiedad, pero que no puso ninguna denuncia porque sus familiares ya habían denunciado su desaparición y el hurto del carro no lo podía comentar con las autoridades porque los secuestradores le habían dicho que este era prenda de garantía de su libertad y que cualquier comentario comprometía la seguridad de su familia.

"PREGUNTADO. Diga al despacho cuando usted se comunico (sic) con el hoy occiso GUILLERMO IVÁN LONDOÑO RAMÍREZ, su sobrino, que según manifiesta en su declaración que eso fue después de que la guerrilla lo solto (sic) y estaba usted esperando una llamada de ellos, pero la llamada de GUILLERMO IVÁN, que le manifestó su sobrino con relación al sitio donde él se encontraba y qué actividad estaba realizando en compañía de quiénes? CONTESTO: sencillamente él se identifico (sic) me dijo: "tío estoy bien consiga un campero y un timbo de gasolina y diríjase despacio que yo lo estoy esperando en la carrera entre "corazón y playa rica", no más y quedamos así, y la gasolina él estaba sin gasolina en el Toyota, y en el Toyota de mi propiedad. PREGUNTADO. Diga al Despacho porque (sic) razón GUILLERMO IVÁN andaba en su TOYOTA si usted manifiesta en su declaración que el Toyota lo había dejado en poder de la Guerrilla? CONTESTO: Primero que todo yo esperaba llamada del comandante de la guerrilla con quien yo había pactado anteriormente con ellos, y segundo no fue ni la hora exacta, ni él tampoco el comandante, si no mi sobrino yo no esperaba que me llamara él mi sobrino. PREGUNTADO: Diga al Despacho que (sic) actividad se encontraba realizando su sobrino Guillermo Iván desde el sitio donde él lo llamo (sic)? CONTESTO: Según actitud personal de él, él me fue a buscar con sus propios medios en forma voluntaria a buscarme (sic) o hablar con los guerrilleros, ayudado por dos baquianos, dos señores de Rovira, no se los nombres pero hay testigos que fueron acompañarlo (sic) y asu (sic) regreso me llamaron telefónicamente y me informaron que tenían secuestrado a mi sobrino y que mucho cuidado que silencio con la Ley y esperando el pacto, o sea que lo tenían también como garantía a él, considero por tal motivo que lo detuvieron como prenda de garantía o para que condujera el carro para algún operativo. PREGUNTADO. Diga al Despacho a qué camioneta era que usted hacia referencia cuando le pregunto a un comandante en el segundo encuentro, que hacer referencia en su declaración por el carro de GUILLERMO IVÁN y el comandante de la Guerrilla le dijo que posiblemente había bajado por debajo de Ortega y que Guillermo Iván estaba bien. Aclárenos con relación a la camioneta y el estado en que se encontraba GUILLERMO IVÁN de acuerdo (sic) a lo que manifestaba el Comandante de la guerrilla? CONTESTO: Como yo estaba acompañado con el papa de GUILLERMO IVÁN, él pregunto (sic) por mi hijo

y yo pregunte por mi camioneta, refiriéndome a mi Toyota, él respindió (sic) dentro de las bajas que nos enteramos no figura su hijo, posiblemente el huyo con la Toyota por Ortega. (...) PREGUNTADO. Diga al despacho qué actividad se dedicaba GUILLERMO IVÁN LONDOÑO su sobrino?. CONTESTO: El era la mano derecho (sic) de cuatro personajes aca (sic) en Ibagué, de LUIS HUMBERTO GÓMEZ GALLO actual senador, lo ayudo (sic) a conseguir un carro y a la vez él nos conducía todos los carros, de igual forma era el hombre de confianza del mismo senador y de Juan Carlos Gallo hermano mío y de Gabriel Hernán Peñaloza también le conducía (sic) los carros y era el hombre de confianza para todos y mio (sic)”

Este testimonio fue ratificado mediante nueva declaración del 26 de julio de 2000³⁵

2. Declaración que rinde el soldado voluntario TRIANA VELA JAMER el 30 de marzo de 1998, quien en relación con los hechos manifestó:

“ese día 25 de febrero del año en curso yo me encontraba en la compañía Escorpión en el sitio alto el Cielo haciendo un registro bajamos a la carrera y íbamos (sic) cuando de frente nos encontramos con dos carros en cual eran una camioneta de color azul de estaca y otra un Toyota entonces los sujetos pararon y comenzaron a dispararnos y ahí fue que comenzó el enfrentamiento y nosotros empezamos a reaccionar ya que los sujetos salieron corriendo de los carros disparándonos y nosotros comenzamos a envolver (sic) persiguiéndolos yo me encontraba con mi lanza soldado López Gallego José pablo (sic) quienes salimos en la persecución de los sujetos y ellos cogieron de para debajo de un monte y otros soldados envolvieron (sic) por otro lado ese sector y todos dispararon y yo alcance a disparar mi arma de dotación que es un galil por ahí unos siete a ocho cartuchos pero no me di cuenta si di blanco por que (sic) yo dispare hacia el lugar de donde me disparaban, eso duro muy poco, después se calmó todo y comenzamos a buscarlos cuando al rato encontramos se corrige encontraron el muerto y era uno y los otros estaban por ahí regados pero yo me quede de seguridad mientras hacían el registro con otro soldado Ordoñez. (...) De la camioneta vi que bajaron dos y dispararon y vi uno de rojo que estaba disparándonos y del Toyota salieron dos disparando, pero yo me enfoque la vista en el de camisa roja que estaba disparándonos y se tiró hacia un barranco de la carretera y ese fue que resultó muerto mas (sic) abajo y los otros sujetos no supe nda (sic) mas (sic) de ellos, sólo los vi después se corrige lo vi muerto solo al que tenía camisa o buso (sic) rojo”³⁶.

3. Testimonio rendido por el soldado voluntario DAZA MALAMBO FRANCISCO, rendido el 30 de marzo de 1998, quien manifestó:

“Si, yo participé en ese enfrentamiento que se me pregunta. Ese día 25 de febrero del año en curso en las horas de la mañana llegamos la compañía Dragón ál (sic) mando del TE corrige Capitán Sierra Leyton Cesar Augusto a la Vereda Alto el cielo a las cuatro de la mañana iniciamos registro estábamos en un cerro y comenzamos a bajar hacia la carrera principal eso es una brechita y llegamos a la carretera y comenzamos a bajar cuando subió un vehículo una camioneta azul oscuro de estaca coj (sic) varias personas y estas cuando nos vieron se bajaron y comenzaron a dispararnos y en eso se comenzó el enfrentamiento que duro (sic) aproximadamente

³⁵ Fls. 473-478 del C. Pbas.

³⁶ Fls. 269-270 del C. Pbas.

como dos horas, los sujetos se dispersaron para todos los lados estos eran 4, uno de ellos traía (sic) cinturón de seguridad y se le dificultó (sic) para salir de la camioneta y traía (sic) un explosivo creo que una granada y él intentó (sic) tirárnolo (sic) y en eso explotó y en eso se prendió la camioneta y nosotros nos abrimos los que quedaron vivos y se lanzaron a volar o (ilegible) de la camioneta siguieron disparando y se alcanzaron a tirar al monte y nosotros los perseguimos ahí fue que (sic) dado de baja uno que quedó aproximadamente a quince metros de la carretera y continuamos con la persecución, como aproximadamente a unos quinientos metros la tropa alcanzó (sic) al otro subversivo donde fue dado de baja también, después se continuó (sic) con la persecución a donde fue capturado otro subversivo quien se entregó (sic) sin armamento y después entregó (sic) el armamento, el tercer subversivo muerto quedó cerca a una casa quien también disparó (sic) a quien se le encontró (sic) un fusil R-15 con cinco proveedores, al otro que quedó cerca a la carretera se le alcanzaron (sic) a llevar el armamento según lo que nos comentó (sic) el subversivo capturado, durante el enfrentamiento se pidió apoyo mi Capitán Sierra al Comandante de la Unidad y después llegó (sic) el apoyo como a las 5 de la tarde y al rato fue murio (sic) mi capitán cuando se disponía (sic) hacer un movimiento en una camioneta en compañía del TE Cifuentes quien había llegado con el apoyo, yo no presencié (sic) el accidente. antes (sic) del enfrentamiento o sea antes de que nos atacaron detrás (sic) de la camioneta venía una Toyota pero yo no vi quien venía (sic) allí ya que yo me encontraba en la parte de atrás de la patrulla. PREGUNTADO: Diga al despacho cual (sic) era la distribución de la patrulla al momento en que bajaron a la carretera? CONTESTO: Veníamos (sic) unos detrás de otro en fila ya que el terreno no se prestaba para andar de otra forma y como continuamos así ya que nos habían dado información de que se encontraba o había presencia del enemigo según información de la brigada. (...) PREGUNTADO: Diga al despacho en el momento de la persecución en que (sic) posición iba usted? CONTESTO: de último (sic), cerrando PREGUNTADO: Diga al despacho cuantos (sic) sujetos se bajaron de la camioneta cuando los atacaron (sic) CONTESTO: sinceramente no me di cuenta cuantos eran³⁷. (...)

4. Testimonio de soldado voluntario LUIS ALBERTO ORDOÑEZ, rendido el día 30 de marzo de 1998, quien en relación con los hechos manifestó:

“Si yo si participe en ese enfrentamiento que se me pregunta. Ese día 25 de febrero llegamos la compañía Escorpión al mando de mi Capitán Sierra Leyton al sitio alto el cielo por la mañana y nos dispusimos hacer un registro al cerro nos encontrábamos en esa actividad y nos devolvimos para la carretera cuando eso venían dos carros una camioneta y un Toyota y a los primeros de la patrulla que bajaba a la carretera del carro empezaron a dispararles y yo venía (sic) de último (sic) y los primeros fueron los que tuvieron el enfrentamiento y yo me quede atrás (sic) y yo no se (sic) nada más (sic), eso duro (sic) o sucedió (sic) rápido, cuando los primeros de la patrulla se disponía a bajar a la carretera yo me encontraba con el soldado Triana Vela Jamer prestando seguridad en la parte de atrás (sic), y yo no alcance a ver nada³⁸”.

5. Declaración que rindió el soldado voluntario ACEVEDO EDISON el día 30 de marzo de 1998, quien en relación con los hechos manifestó:

³⁷ Fl. 271-273 del C. 1.

³⁸ Fl. 274-275 del C. 1.

“el día 25 de febrero del presente año aproximadamente a la una de la mañana nos ordenaron realizar una operación en la vereda Alto del Cielo Municipio de Ortega, al mando del Capitán SIERRA LEYTON CESAR AUGUSTO q.e.p.d. y del SS. TRUJILLO PAVA HERNEDIS, llegamos más o menos a las cuatro de la mañana de ese día realizamos un registro en un cerro que existe en la misma vereda. Mi Capitán SIERRA nos distribuyó (sic) en dos o tres grupos por caminos diferentes. Cuando en el pelotón en que iba yo el que estaba al mando de mi Capitán, asomo (sic) a la carretera principal empezamos a caminar a caminar de inmediato se apreció una camioneta de color azul oscuro y nos empezaron a disparar, al igual que nosotros respondimos al fuego de ellos. En la camioneta venían dos personas al parecer eran subversivos porque tenían armamento como fusiles R-15. Por el cruce de disparos de las personas que venían en el vehículo resultó herida, el cual corrió hacia el carro y al parecer desaseguró una granada porque explotó inmediatamente la camioneta muriendo calcinada. Esta persona pensaba tirarnos la granada al grupo de nosotros. La otra persona resultó también herida la cual se tiro (sic) por un potrero abajo el cual seguía disparándonos en compañía de otras personas que también atacaron la patrulla quienes venían en un carro Toyota Land Cruiser de color beige. Un grupo de la patrulla se dirigió hasta el sitio por donde ellos cogieron monte abajo, persiguiendo al que estaba herido, con el fin de que se entregara y continuamos con la persecución y más adelante lo encontramos muerto. El fallecido lo encontramos aproximadamente de la carretera hasta el sitio donde lo encontramos a unos quince metros. De igual forma continuamos con la búsqueda por ese mismo sector y no encontramos nada más. Después de este ataque, por seguridad nos distribuimos por los alrededores del sitio de los hechos, yo me fui en compañía del soldado LARGO MORALES quien tenía como arma de dotación un Mortero, por lo tanto no dirigimos al cerro, previniendo que nos atacaran nuevamente. (...) yo utilice (sic) mi arma de dotación, la utilice (sic) cuando nos atacaron la patrulla, mi posición correspondía en medio de la patrulla, ya que todos íbamos regados. Mi arma de dotación era Fusil Galil calibre 5.56, quiero aclarar que también llevaba dos granadas las cuales no disparé. (...) Mi capitán Sierra distribuyó el personal en dos grupos una al mando de él y la otra al mando del SS. TRUJILLO PAVA, yo iba en la de mi capitán la cual iba hacia por el lado de la izquierda. Se corrige yo iba en la patrulla comandada por mi Sargento TRUJILLO quien compartía más o menos con unos siete u ocho soldados. (...) la Fiscalía o CTI fueron los que hicieron el levantamiento de los cadáveres en el mismo sitio de los hechos. PREGUNTADO, diga al Despacho si Usted observó como (sic) se encontraban vestidos los sujetos que fueron dados de baja, en caso positivo cuales (sic) eran sus prendas e igualmente si se le encontraron a estos sujetos armas y qué clase de armas eran. CONTESTO: El único que yo vi fue el que quedó dentro del monte que portaba ropa civil, arma de fuego Fusil R.15, tenía una radio de comunicaciones, portaba cartucheras con sus respectivos proveedores y granadas de mano, no le vi nada más. PREGUNTADO: diga al Despacho, si Usted alcanzó a ver si el personal que se encontraba en el Toyota, salió disparándole a la patrulla, en caso positivo usted estuvo en la persecución de ellos o quienes (sic). CONTESTO: Debo aclarar que yo me enteré de la presencia de personas que viajaban en un Toyota, en el momento del cruce de disparos porque mis compañeros decían que cuidado con los del Toyota, por lo tanto yo me di cuenta (sic) quienes venían en ese vehículo, ni tampoco que hayan disparado hacia la patrulla. No tengo conocimiento quienes persiguieron a estas personas que viajaban en el Toyota, porque yo estaba

en el cerro prestando seguridad. PREGUNTADO: Diga al Despacho, si usted salió en el grupo que iba en persecución de los de la camioneta o de los del Toyota, cuál de los dos. CONTESTO: De uno de la camioneta. PREGUNTADO: Diga al Despacho como usted dice que iba en el grupo de los que perseguían a los de la camioneta, quiénes conformaban ese grupo y cuántos sujetos perseguían. CONTESTO: perseguíamos uno solamente, por que el otro fue el que se incineró en la camioneta”³⁹

6. Declaración que rindió el soldado voluntario JOSÉ PABLO LOPEZ GALLEGO el día 1 de abril de 1998, quien en relación a los hechos manifestó:

“Sí, yo estuve en el grupo especial que feu (sic) el que sostuvo el enfrentamiento (sic), ese día la misión era hacer registro del Alto el Cielo este grupo estaba al mando de mi Capitán Sierra Leyton Cesar Augusto salimos del Batallón como de doce a una de la madrugada del 25 de febrero, llegamos al sitio donde nos correspondía llegar ahí mi Capitán dividió (sic) el grupo especial en dos grupos para hacer el registro uno era al mando de mi Capitán Sierra y el otro al mando de mi Sargento Trujillo Pava y comenzamos hacer (sic) el registro yo estaba en el grupo de mi Capitán Sierra nosotros cogimos hacia el lado izquierdo de la carretera por el monte y el otro se abrió hacia el lado derecho, el gru mio (sic) ya había acabado de hacer el registro nos dirigimos hacia la carretera y en esas escuchamos que venían unos carros y en esa nosotros salimos a la carretera cuando nos vieron los de los vehículos, cuando ellos nos vieron se bajaron de los vehículos y empezaron a dispararnos entonces nosotros respondimos al fuego, los sujetos que venían en los vehículos que eran una camioneta liv de color azul y el otro era un Toyota de color café con leche estos sujetos al ver el fuego de nosotros se bajaron de los vehículos y se tiraron hacia la parte de abajo del monte, lo vi que de la camioneta se bajaron dos disparando y del Toyota eran dos que dispararon y se alcanzaron a botar hacia el monte también, el grupo de mi capitán siguió (sic) los dos de la camioneta y los otros dos de la Toyota los siguió (sic) el grupo de mi Sargento Trujillo, entonces nosotros al ver que no nos dispararon se hizo el registro correspondiente y ahí fue que se encontraron los sujetos con el armamento y después se espero (sic) la Fiscalía (sic) para que hiciera el levantamiento de los cadáveres. (...) del sujeto que quedo incinerado dentro de la camioneta no puedo decir lo que paso por que (sic) el grupo de mi Capitán en el que yo iba salimos fue en persecución de los dos sujetos que se bajaron de la camioneta los cuales se bajaron disparándonos y el que quedo allí fue el grupo del sargento Trujillo Pava repelando el ataque de los del Toyota (...) PREGUNTADO. Diga al Despacho A QUE DISTANCIA APROXIMADAMENTE QUEDA EL Alto el Cielo con relación al sitio donde ocurrió (sic) los hechos CONTESTO: aproximadamente trescientos metros. PREGUNTADO. Diga al Despacho si había vivienda cerca al sitio donde ocurrió (sic) los hechos CONTESTO: No hay vivienda en el sector donde ocurrió (sic) los hechos”⁴⁰

7. Declaración que rindió el soldado voluntario ENCISO REINOSO ROMAIN el día 21 de abril de 1998, quien en relación a los hechos manifestó:

“el día anterior al enfrentamiento nosotros llegamos a un sitio cerca a Alto Cielo y allí nos quedamos, al otro día mi capitán Sierra que era el

³⁹ Fl. 276-277 del C. Pbas.

⁴⁰ Fls. 281-284 del C. Pbas.

comandante de la patrulla ordenó que hiciéramos un registro por el sector cerca a Alto Cielo en las horas de la mañana, el Capitán iba ahí antes de hacer el registro la patrulla la distribuyó mi capitán en varios grupos, en el primer grupo iba mi capitán Sierra, y otro grupo al mando de mi sargento Trujillo, se quedó en el cerro prestando seguridad y yo me encontraba ahí, al rato de estar haciendo el registro mi capitán Sierra llamó a mi Sargento Trujillo y le dijo que estuviera pendiente que venían dos carros y que él continuaba bajando a la carretera y en ese momento fueron atacados el grupo que comandaba el capitán Sierra por los sujetos que iban en los vehículos e inmediatamente nosotros, o sea el grupo que comandaba el Sargento Trujillo salimos en ayuda y cuando llegamos al sitio un carro de esos ya se había prendido en llamas y el personal de los que iban con el capitán Sierra salieron en persecución de los sujetos y nosotros nos quedamos prestando seguridad, posteriormente fue cuando resultaron los muertos, uno quedó incinerado, otro quedó ahí fuera del carro que se quemó y el otro quedó en el monte que al rato de haber sucedido el enfrentamiento comento de que todos eran subversivos y era compañeros de él (...) PREGUNTO: (...) cuál de los grupos fue el que atacaron los sujetos del vehículo o vehículos. CONTESTO: inicialmente fue el de mi capitán Sierra y ese estaba conformado por 8 soldados y un suboficial de nombre MATA JUDIOS DEL ROOKE ahí iba el soldado morales, y otros que no recuerdo el nombre en este momento. (...) nosotros alcanzamos a reaccionar y yo dispare hacia el monte con mi arma que era una metraladora (sic) M60, yo me di cuenta cuando los sujetos ya estaban muertos”⁴¹

8. Declaración que rindió el soldado voluntario LOZANO JARA JOSE RAMIRO el día 21 de abril de 1998, quien en relación a los hechos manifestó:

“yo si participe (sic) en el enfrentamiento, eso sucedió cuando mi capitán Sierra había recibido información de que se habían robado unos carros, nos desplazamos hacia Alto del Cielo, llegamos como a las 5 de la mañana del día 25 a un sitio cerca a Alto Cielo y mi Capitán repartió la gente en dos grupos, uno al mando de mi Sargento Trujillo y yo iba en ese grupo y el otro al mando de mi Capitán Sierra con 8 soldados, el grupo del Sargento Trujillo nos ubicamos en la parte alta para llevar a cabo el registro entonces mi capitán Sierra salió con el sargento Matajudios y unos soldados hacia la carretera que conduce a Alto del Cielo y empezaron a observar y al rato mi capitán llamó al Sargento Trujillo, le dijo que bajara un personal que él tenía hacia la carretera porque venían dos carros que al parecer eran los robados y mando a unos soldados a que hicieran presencia en la carretera y en eso, según los que dicen los que estuvieron que los sujetos venían en el carro les abrieron fuego y en eso se formó la plomacera (sic) pero yo como era el radio operador me quede en el cerro con otros soldados y el Sargento Trujillo si bajó y lo que yo hice fue instalar la comunicación e informar al Batallón que nos encontrábamos en combate, después yo baje al sitio donde estaba en enfrentamiento a buscar a mi Capitán Sierra y este cogió el radio e informó sobre sujetos o subversivos muertos y que había un carro quemado y otro carro, ya por la tarde yo vi sujeto muerto al lado bien debajo de la carretera en el monte, que después se dieron cuenta de que haiba (sic) un sujeto muerto en la camioneta y otro más debajo de donde estaban los carros y otro se entregó por la tarde. (...) lo que dijeron era que fue el grupo del capitán Sierra los que los sujetos atacaron inicialmente, porque yo no estuve en ese momento pues me quede en el cerro por ser el radio

⁴¹ Fls. 294-295 C. Pbas.

operador. PREGUNTADO. Diga al despacho qué soldados estuvieron en el grupo que comandaba mi capitán Sierra. CONTESTO. MONZON, LOPEZ GALLEGOS, SARGENTO MATA JUDIOS DEL BATALLÓN ROQUE. PREGUNTADO. Diga al despacho si cerca al lugar donde se produjo el enfrentamiento había alguna vivienda y si ustedes antes del enfrentamiento estuvieron en la vivienda. CONTESTO: hay una vivienda como a unos 800 metros del lugar y nosotros no estuvimos antes del enfrentamiento pero después si estuvimos no entramos solo mi capitán les de ia (sic) a los moradores de esa casa que se encerraran en la casa y no salieran porque era peligroso para ellos en caso de que se volviera a suceder otro enfrentamiento y continuamos hacia el caserío y llegamos allí y mi capitán Sierra le dijo a una profesora en u (sic) que se encontraba en la escuela de que (sic) se estuviera encerrado con los niños por el peligro que había y así lo hizo”⁴².

9. El testimonio del señor JOSE RAMIRO LOZANO JARA fue ratificado ante el contencioso, mediante declaración del día 30 de mayo de 2000, en el cual reiteró las declaraciones antes hechas pero agregó:

“se informó al batallón que habían unos sujetos muertos, nosotros seguimos esperando ahí que llegara el comandante del batallón y llegó entonces, miraron los hechos y antes de llegar el comandante del batallón llegó otro grupo o mejor otra compañía, llegaron en un carro y llegaron donde nosotros que nos encontrábamos antecitos de llegar a alto del cielo y el personal de nosotros se encontraba regado, unos abajo, otros en el carro, por seguridad, bueno y el comandante de nosotros se subió al otro carro donde iba la otra compañía y siguieron hasta llegar al caserío Alto del Cielo y llegando al caserío se formó otra plomacera (sic) o sea que había guerrilla por ahí atrincherada que estaban esperando y cuando pasó el carro le dispararon y dieron de baja al comandante de la escorpión, entonces ahí se formó otra plomacera de ese grupo, ya el capitán muerto ahí, la gente siguió avanzando y entonces la gente siguió disparando como hacia la montaña por ahí donde disparaban los guerrilleros, y ya no se más de esa parte porque era otra compañía, apenas ese grupo me informó a mí que el capitán estaba muerto, entonces yo informe al batallón que el capitán que comandaba el grupo escorpión estaba muerto, y hasta cuando llego el comandante del batallón y llegaron a hacer los levantamientos y estuvimos ahí hasta tarde cuando regresamos por la noche a Ortega, y no se (sic) más de ahí”

10. Declaración que rindió el soldado voluntario RODRÍGUEZ JOSE ALONSO el día 21 de abril de 1998, quien en relación a los hechos manifestó:

“si yo participe en ese enfrentamiento, llegamos a las horas de la madrugada del día del enfrentamiento y nos desplaza (sic) a pie hacia un cerro cerca al Alto del Cielo, llegamos al cerro y esperamos que amaneciera y amaneció mi capitán Sierra impario (sic) ordenes de que había que hacer un registro y nos dividió en grupos a cada grupo dio su misión, fueron tres grupos uno al mando de mi Capitán, el otro al mando de mi Sargento Trujillo y el otro al mando mío, y la parte que me correspondió fue la parte de atrás y ahí iba con soldado Largo, Morales, Hoover y Morales Mosquera y la misión mía era llegar hasta la carretera y esperar ordenes de mi capitán Sierra, tipo 8 de la mañana aproximadamente escuche una explosión en la parte de arriba de la carretera por los lados donde iba mi Capitán Sierra yo tenía un radio me

⁴² Fls. 296-298 del C. Pbas.

comunique (sic) con mi capitán y me dijo que estuviera pilas a no (sic) se me vaya a mover y yo obedecí (sic) y tome posición y me quede quieto con los otros soldados, mi sección no tuvo contacto con los sujetos que atacaron a la sección de mi Capitán e iba el sargento Matajudios y otros soldados que no recuerdo el nombre y el Sargento quedó en otro lugar con su sección. (...) según mi capitán era de que había una información de que había unos bandoleros andando en unos carros robados y nosotros nos desplazamos a hacer el registro por esos lados (...) PREGUNTADO. Diga al despacho a cuantos (sic) kilómetros se encuentra el caserío al lugar donde sucedieron los hechos, CONTESTO. Aproximadamente a unos dos kilómetros y la casa mas (sic) cercana aproximadamente a unos 1500. PREGUNTADO. Diga al despacho si recuerda que (sic) soldados iban en la sección con el capitán Sierra y el Sargent Matajudios. CONTESTO: de los que recuerdo Pirazan y Monzón y otros que no recuerdo el nombre en este momento”⁴³

Esta declaración fue ratificada dentro del contencioso, mediante testimonio rendido el día 30 de mayo de 2000⁴⁴.

11. Declaración que rindió el soldado voluntario HOVER LARGO MORALES el día 21 de abril de 1998, quien en relación a los hechos manifestó:

“yo en el enfrentamiento armado no participe en razón a que como yo cargaba de acompañamiento que era un mortero me quede en el cerro pertando (sic) seguridad mientras iban a llevar a cabo el registro del lugar y ahí fue cuando yo escuche los disparos, al realizar el registro mi Capitán antes había organizado la patrulla en secciones una al mando de mi Sargento Trujillo, que estábamos en la parte del cerro y la otra la de mi Capitán Sierra quien fue la que tuvo el contacto en compañía de mi Sargento Matajudios a quienes atacaron los sujetos y por tal motivo yo no intervine estuve siempre de seguridad”⁴⁵

12. Declaración que rindió el soldado voluntario VANEGAS CORREAL LUIS ENRIQUE el día 21 de abril de 1998, quien en relación a los hechos manifestó:

“aproximadamente de 12 a una de la mañana salimos de la ciudad de Ibagué con el fin de realizar un registro en la vereda Alto del Cielo municipio de Ortega Tolima, operación que realizaba la compañía escorpión comandada por mi capitán Sierra, llegamos aproximadamente a las 5 de la mañana del día 25 de febrero del presente año, llegamos a un cerro alto para tomar seguridad, esperamos que amaneciera y procedimos a hacer un registro al mando de mi SS Matajudios y mi capitán Sierra que era el que estaba mas (sic) a la orilla de la carretera nos avisó que venían dos carros y los guerrilleros que venían dentro de los vehículos procedieron a dispararnos y nosotros avanzamos para enfrentarnos contra ellos y fueron dados de baja dos guerrilleros uno de ellos quedó en la carretera y el otro quedó en la cañada. Los vehículos fueron una camioneta luv, y un Toyota land cruiser, estos carros la guerrilla se los había robado. Uno de los guerrilleros que viajaba en la camioneta luv, llevaba una granada la cual pensaba lanzarnos y se le explotó dentro de ella quedando calcinado el guerrillero. (...) yo dispare con mi fusil galil el cual es arma de dotación, hacia el lugar de donde nos estaban disparando. PREGUNTADO. (...) cuantas (sic) personas se bajaron de la camioneta disparando. CONTESTO. De la camioneta lo único

⁴³ Fls. 299-301 del C. Pbas.

⁴⁴ Fls. 459-462 del C. Pbas.

⁴⁵ Fls. 302-303 del C. Pbas.

que vi era que estaba en llamas, del Toyota vi que nos estaban disparando no sé cuántas personas PREGUNTADO. Diga al despacho si los dos sujetos que fueron dados de baja dentro del enfrentamiento, estos quedaron dentro del sector que perseguía su grupo. CONTESTO: realmente no supe quien los mató, cuando los vi ya estaban muertos que fue el que quedo totalmente quemado y el otro que quedo en la cañada. PREGUNTADO. Diga al despacho si había vivienda cerca al sitio donde sucedieron los hechos. CONTESTO. La casa que se divisó estaba lejos aproximadamente a unos 500 metros, siempre estaba lejos”⁴⁶

13. Declaración que rindió el soldado voluntario MARIO PIRAZAN VANEGAS el día 21 de abril de 1998, quien en relación a los hechos manifestó:

“si partice (sic) de estos hechos en el Alto del Cielo. Aproximadamente a las 11 o 12 de la noche salimos de Ibagué con la compañía comando o escorpión denominada actualmente, la cual estaba al mando de mi capitán Sierra, mi Sargento Trujillo, mi Sargento Matajudios agregado como guía, quien es orgánico del Batallón Roque y un grupo aproximado de 16 soldados. Mi capitán antes de salir nos reunió y nos comentó que salíamos hacia la vereda Alto del Cielo municipio de Ortega, con el fin de capturar un personal subversivo quienes se movilizaban en dos vehículos robados, mi capitán llevaba el numero de las placas de los carros y mi Sargento Matajudios también sabia porque él conoce la región. Esa noche pasamos el pueblo y llegamos a un cerro ubicado en la misma vereda, nosotros llegamos como a las 5 de la mañana y nos ubicamos en el cerro. Mi capitán se puso a mirar por los lentes y divisó unos carros que venían, los carros y empezamos a bajar y los subversivos nos empezaron a disparar, y los primeros compañeros míos respondieron al fuego, los desplamos (sic) en dos grupos uno por la derecha y otro por la izquierda, en el cerro quedó un personal prestando seguridad por si nos atacaban. Cuando yo llegue a la carretera vi el misubichi (sic) de color crema y blanco el cual estaba solo, luego observe dos muertos uno estaba calcinado cerca a la camioneta luv la cual se incineró por una explosión al parecer por una granada de mano ya que en el interior de la camioneta se encontró una cuchara de la granada y el otro quedó a unos 50 metros de la camioneta fallecido a consecuencia de los impactos de arma, ese sujeto portaba un fusil R15 el cual manipuló durante el enfrentamiento. En el Toyota viajaban dos subversivos de los cuales uno de ellos murió y se encontró abajo en una manta (sic) de monte. Después de esto hicimos un registro y prestamos seguridad con el fin de que no llegara el resto de subversivos y se llevara el armamento. Posteriormente mi capitán Sierra se comunicó con mi mayor Cabezas para dar el parte, y nos manifestó que nos llegaría el apoyo que era la compañía “A”. nosotros no dejamos arrimar a ningún particular, los únicos que llegaron fue la compañía “A” después llegó el comandante de la brigada en compañía del personal de la fiscalía. Bajando un potrero aproximadamente unos 300 o 400 metros se entregó un guerrillero el cual no estaba lesionado, se le decomisó un fusil R-15 con sus proveedores y munición de reserva. Mi capitán sierra, se dirigió hacia un potrero para hacer el helipuerto y organizar las coordenadas para que aterrizara el helicóptero y fueron hostigados y ahí quedó otro supuesto guerrillero, y a unos pocos minutos nos informaron por radio que habían matado a mi Capitán Sierra. (...) los muertos fueron 3 y uno que fue capturado (...) los vehículos venían subiendo en dirección de la Meza hacia

⁴⁶ Fls. 304-305 del C. Pbas.

*la colorada*⁴⁷

Esta declaración fue ratificada por el declarante mediante testimonio rendido ante el contencioso el día 31 de mayo de 2000⁴⁸.

14. Declaración que rindió la señora MARÍA ASTRID PEÑA VACA el día 13 de mayo de 1998, quien manifestó:

“PREGUNTADO. (...) qué parentesco tiene Usted con el hoy occiso ALBEIS SOTO VACA y cuál fué (sic) la última vez que lo vió (sic) CONTESTO: primo en segundo grado, el día 25 de febrero de 1998 estábamos trabajando en la finca Alto del Cielo. PREGUNTO: Diga al despacho todo lo que sepa con relación a la muerte de su primo ALBEIS SOTO VACA. CONTESTO. Más o menos eran como la una y media de la tarde llegó una camioneta a la casa donde nosotros vivimos y se bajó un militar, los perros empezaron a ladrarle y salimos a espantarlos entonces nos dijeron a mi mamá y a mi (sic) que nos entráramos (sic) y que nos tendiéramos debajo de la cama y empezaron a sonar tiros y tiros y después entraron y esculcaron la casa los militares porque decían que habían matado un capitán, cuando cesó el fuego nos dijeron que saliéramos al patio y como al cuarto de hora nos acordamos de mi primo y le preguntamos a los militares que si lo habían visto porque él estaba trabajando en la finca, estaba abriendo un hueco para enterrar unos postes. Le preguntamos a unos militares y ellos nos preguntaron qué ropa tenía y ellos nos dijeron que abajo había un muerto un civil, entonces le pedimos permiso a ellos para ir a mirar y fuimos y reconocimos que era ALBEIS el muerto. Después que reconocimos a mi primo quien estaba muerto pedí permiso y fui a una vereda que se llama Leticia a avisarle a mi familia que reside en Ortega sobre los hechos sucedidos, después que hicieron el levantamiento que lo hizo la Fiscalía de Ibagué viaje a Ortega, eso sí muy asustada porque nunca había vivido una situación de esas. PREGUNTADO: Diga al despacho en lugar se encontraba usted con relación a la casa y de que parte vio que los militares venían. CONTESTO. Cuando yo los vi, estaba en compañía de ALBEIS trabajando, estábamos haciendo unos huecos para enterrar unos postes donde iba a quedar una fosa para depositar la pulpa del café, este trabajo los realizábamos en la parte de atrás de la casa cerca al portón de madera para entrar a un potrero, desde este sitio yo vi la camioneta cuando entró por el frente de la casa y ladraron los perros entonces yo Salí a espantarlos y fue cuando vi al militar y el nos dijo que nos entráramos y nos metiéramos debajo de la cama. PREGUNTADO. (...) desde qué momento escuchó los disparos y en qué lugar se encontraba ubicada Usted. CONTESTO. Nos alcanzamos a tender y comenzaron los disparos y se escuchaban hacia el frente de la casa o sea por la entrada principal de la casa. PREGUNTADO (...) horas antes había oído usted disparos en esa región. CONTESTO. Yo no escuche ese día disparos, antes de los que oí cuando estaba en mi casa porque yo me encontraba en la otra finca como a las 11 del día en compañía de un aserrador que estaba sacando una madera de nombre LUIS BERMUDEZ quien reside en Rovira y quien hacia unos 40 días se encontraba en esa región sacando bloque y actualmente se encuentra en Rovira, estando en este sitio llegó un trabajador de nombre Libardo quien no es de la región esporádicamente va a pedir trabajo y me dijo que estaban haciendo unos tiros allá en el alto y yo cerré la casa y me fui para la casa del alto del cielo, más o menos el tiempo

⁴⁷ Fls. 306-307 del C. Pbas.

⁴⁸ Fls. 463-470 del C. de Pbas.

que uno gasta bajando son de unos 20 minutos a media hora y cuando llegué al alto si vi unos militares al lado de la escuela y en un potrero que se llama Waterloo, yo estuve ahí y a mí no me preguntaron nada hasta ahí no sabía nada. Yo llegue a la casa Alto del Cielo más o menos a las 12 del día. PREGUNTADO. Qué supo usted con relación a un encuentro que tuvo un personal militar con unos sujetos que conducían una camioneta y otro un jeep. CONTESTO: cuando ya dijeron que había muerto un militar y me permitieron salir entre los militares comentaban lo que había sucedido que era un encuentro entre la guerrilla y el ejército y me (sic) habían muerto unos guerrilleros, pero yo no sabía cuántas personas habían muerto. PREGUNTADO. Cuando usted vio a su primo muerto qué explicación o razón le dieron los militares. CONTESTO. Ellos dijeron en ese momento que era un guerrillero y yo dije que era mi primo, que no era guerrillero porque él estaba trabajando conmigo que podían ver el palin con el que estaba abriendo el hueco para enterrar los postes. PREGUNTADO. Desde que horas salió su primo de su casa y en compañía de quién. CONTESTO. Él salió aproximadamente de la casa a las 8 de la mañana, él no vivía constante ahí había días que venía y otros no, casualmente la noche anterior había llegado a la casa a trabajar, él salió solo, lo había mandado a cercar unos huecos que había hecho el ganado y una vez terminara se fuera a recoger la broca. Cuando nos encontramos en la casa yo le pregunté que por qué se había venido y él me contestó a ver que les había sucedido⁴⁹.

15. Declaración que rindió la señora CLEMENCIA VACA DE PEÑA el día 28 de mayo de 1998, quien dijo ser tía de la víctima en relación a los hechos manifestó:

“él nos ayudaba por ocasiones, él vivía distante a nuestra casa, cuando mi hija necesitaba él le ayudaba a veces por dos o tres días. Él vivía con la abuelita en la vereda llamada los medios cerca al río cucuana. Él iba por ocasiones no vivía constante en mi casa, tan pronto él se iba la hija le cancelaba los días trabajados (...) pues nosotros estábamos ahí en el patio de la casa, cuando llego un militar y nos dijo enseguida metanse (sic) dejabo (sic) de la cama, y nosotras llamamos a ALBEIS pero él no nos escuchó que le llamábamos para que se metiera dentro de la casa nosotras si nos metimos inmediatamente. Nosotras permanecemos debajo de las camas acostadas como a un cuarto de hora más tarde nos dijeron que nos saliéramos. Ellos manifestaron de un muerto y yo dije sería ALBEIS que estaba trabajando cerca a la casa y le pedimos permiso a un militar para ver el muerto y era ALBEIS, no supimos si fue que él corrió o quién acabó con él. (...) el salió a trabajar por la mañana con Astrid, hacia una finca que nosotros tenemos y otros trabajadores que tenía la hija. Él regresó con Astrid a la casa a almorzar, más o menos a las 12 del día ellos llegaron solos, después almorzaron y después la hija dijo que se iba a poner a hacer un trabajo dentro de la casa, era un corral o fosa para recoger el café, ALBEIS estaba trabajando con un palin haciendo un hueco para enterrar un palo, este trabajo era en el patio de la casa, estando ahí nosotros vimos que un carro no recuerdo el color, la carpa era de color verde pero no me di cuenta cuantas (sic) personas era, pero llego un militar a un portoncito y nos dijo metansen (sic) para adentro de la casa y permanezcan debajo de la cama, escuche los disparos cuando nos metimos debajo de la cama, yo escuché unos disparos antes de las 11 pero no me preocupe por nada porque estaba entretenida con el almuerzo para tenerles a los trabajadores. PREGUNTADO: cuando usted vio a su sobrino que estaba muerto qué

⁴⁹ Fls. 331-333 del C. Pbas.

explicación le dieron los militares. CONTESTO: pues como a mí me dio tanto dolor los militares decían que él era un guerrillero. No me dieron ninguna explicación. PREGUNTADO. Qué supo usted de un encuentro que habían tendido los militares con unos sujetos que iban en un carro o una camioneta y en un campero el día 25 de febrero del 98, cerca a su casa, CONTESTO. No yo no supe nada y la hija mucho menos porque ella no estaba ahí lo único que nos dimos cuenta fue lo que sucedió en la casa, PREGUNTADO. Diga al Despacho si los militares ese día se entraron a la casa u ordenaron que se escondieran. CONTESTO: ellos solo ordenaron que nos escondiéramos pero no entraron. Después nos ordenaron que saliéramos y nos sentamos en el corredor. PREGUNTADO. En el momento en que Usted y su hija se encontraban debajo de la cama, hacia qué parte escuchó los disparos y cuántos. CONTESTO. Se escucharon varios disparos y con dirección frente a la casa. PREGUNTADO. En qué lugar se encontraba ALBEIS y ASTRID al momento en que llegó el militar a la casa, pues ALBEIS estaba en una caída que queda ubicada en la parte posterior a la casa, él estaba en compañía de ASTRID trabajando en ese lugar, creo que él no alcanzó a escuchar cuando el militar nos dijo que nos entráramos a la casa. PREGUNTADO. A qué distancia de la casa aproximadamente quedó el cadáver de su sobrino ALBEIS. CONTESTO. Él quedó cerca al sitio donde se encontraba trabajando y ese sitio está aproximadamente a unos diez metros del patio de la casa que se utilizaba para secar café. PREGUNTADO. Que elementos observe (sic) usted alrededor del cadáver de su sobrino. CONTESTO. Lo único que tenía que era su herramienta de trabajo era un palin o barretón como se llama porque era para abrir el hueco. PREGUNTADO. Qué heridas le observe al cadáver de su sobrino. CONTESTO. Tenía 3 heridas, una en el cuello, en un brazo y en una pierna⁵⁰.

16. Declaración del SS. ATANAEL MATAJUDIOS BUITRAGO rendida el día 7 de octubre de 1998, quien en relación con los hechos manifestó:

“no yo no participe en dicho enfrentamiento porque yo soy orgánico del batallón Roque y no tengo nada que ver con los Pijaos quienes fueron los que tuvieron dicho enfrentamiento PREGUNTADO. Diga al despacho por qué dentro de las declaraciones que obran dentro del proceso de algunos soldados voluntarios, afirman o manifiestan que usted estuvo en dicho lugar y hacia parte de la patrulla que participó en el enfrentamiento. CONTESTO. Como el batallón de contraguerrilla no tiene vehículos ese día del batallón Roque me ordenaron llevarle unos abastecimientos a esa patrulla que estaba en alto del cielo y por esa razón estuve en ese lugar pero en ningún momento participe en dicho enfrentamiento”⁵¹

17. Declaración del señor FREDY PLAZAS MARROQUIN rendida el día 16 de febrero de 1999, subversivo capturado por las Fuerzas Militares dentro del operativo en que se dio muerte a las víctimas y quien en relación con los hechos manifestó:

“de la camioneta cuando yo ingrese al grupo subversivo ya estaba, según eso la camioneta la compraron ellos, los de la organización eran para hacer las vueltas. Respecto a la Toyota, según hablando con los compañeros que hay acá en la cárcel del grupo Bateman que han cogido, los escuche que la

⁵⁰ Fls. 334-336 del C. Pbas.

⁵¹ Fls. 358 del C. Pbas.

Toyota era del señor Gallo, que según eso cuando iba para la hacienda de él, lo cogieron y se lo llevaron con carro y todo, entonces por lo que yo he oído a el señor Gallo lo tuvieron allá y por ahí le pidieron una plata y lo soltaron a él, mientras traía la plata le dejaron el carro ahí en el grupo mientras él entregaba la plata. Después cuando lo soltaron, como a los dos o tres días subió el sobrino del señor Gallo, para que le entregaran el carro, entonces fue cuando veníamos a entregar el carro y entonces ahí fue cuando sucedió el enfrentamiento. PREGUNTADO. Diga al despacho qué personal subversivo venía en la camioneta y quienes venían en la Toyota y si recuerda su nombre. CONTESTO. En la camioneta venía el sobrino del señor Gallo y el compañero de nosotros que venía manejando de apellido Gallego, no venían sino ellos dos. En la Toyota venía el comandante al mando, Monroy y mi persona, la camioneta iba adelante, salimos juntos en los vehículos, pero más adelante en el cruce de carreteras, entonces ahí venía una muchacha por la carretera, entonces a lo que el comandante Monroy la vio, pues paró el carro y se puso a conversar con ella, y entonces la camioneta siguió y nos cogió ventaja y a lo que vimos que la camioneta se escondió así por una revuelta, entonces nosotros seguimos y nos había cogido una ventaja de 100 metros, entonces a lo que nosotros llegamos allá a la revuelta para empezar el monte oímos el tiroteo ahí abajo con la camioneta entonces nosotros inmediatamente nos votamos del Toyota y nos gritaron alto y ya el ejército estaba por encima del barranco, cuando gritaron alto nosotros arrancamos a correr y ahí donde yo me desaparte (sic), PREGUNTADO. Diga al despacho si todas las personas que se transportaban en los dos vehículos qué clase de armas portaban y si hicieron uso de ellas. CONTESTO. El gallego llevaba una R-15 el comandante llevaba un galil y yo también llevaba una R15 y el sobrino del señor Gallo no llevaba nada, yo por mi parte no utilice el arma R15, no se los otros porque nosotros nos abrimos. PREGUNTADO. Diga al despacho si usted conoció al joven ALBENIS SOTO VACA, en caso positivo qué relación tenía este con el grupo subversivo al cual usted pertenecía y que conocimiento tiene usted acerca de la muerte de este joven. CONTESTO. Pues yo de ese muchacho si no lo conocí, oí decir que habían matado un campesino, pero yo no sabía de quien se trataba, cuando a mi cogió el ejército o me entregue, les oí decir o ellos me preguntaron que si ese muchacho que había resultado muerto por allá al pie de la escuela que si venía con nosotros y también que si pertenecía al grupo de nosotros yo les dije que no sabia, yo les dije quienes eran los que venían en el carro, que ese muchacho no venia ahí, tampoco lo vi después de muerto. PREGUNTADO. Diga al despacho si usted conoce al dueño del vehículo Toyota señor Gallo. CONTESTO. No yo a él no lo distingo, lo he oído nombrar pero nada más. PREGUNTADO. Diga si recuerda cuantos días duró GUILLERMO IVAN LONDOÑO RAMIREZ con ustedes y en que calidad se encontraba él. CONTESTO. Creo que por ahí unos dos días, él no estaba secuestrado, sino que él subió voluntariamente para ver que arreglaban con los comandantes sobre la entrega del Toyota. (...) PREGUNTADO. Diga al despacho que pudo observar usted del momento en que la patrulla se encontraba en el lugar de los hechos donde sucedió el enfrentamiento armado. CONTESTO. El sitio donde ellos están o sea la patrulla del ejército fue en el alto del cielo porque siempre que suben ellos siempre se hacen ahí, cuando nosotros nos asomamos en la revuelta y oímos el tiroteo con la camioneta, entonces nosotros nos votamos del carro a la carretera y apenas nos votamos y gritaron "alto" enseguida comenzaron a disparar hacia donde nosotros estábamos, en eso yo arranque a correr para el monte y entonces comenzaron a dispararme, entonces yo orriendo (sic) yo veía que las balas pegaban a los lados donde yo iba corriendo, hasta

que me vote al monte y ahí siguieron disparando votaron granadas y yo no hacía sino correr monte debajo de ahí no me di cuenta, porque yo me entregue, ya estaban muertos los otros, yo no lo vi si el compañero Monroy alcanzó a disparar, (...) pues yo lo único que quiero agregar es que se aclare bien los hechos relación con el muchacho que resultó muerto por el lado de la escuela, porque él no tenía nada que ver ahí, el no era guerrillero, no es más”⁵².

18. Declaración que rinde el señor QUINTERO VALENCIA GILDARDO ALFONSO rendida el día 19 de agosto de 1999, quien manifestó haber conocido al señor GUILLERMO IVAN LONDOÑO RAMIREZ desde el año 1995 en la ciudad de Ibagué y que éste se desempeñaba como taxista, inicialmente con su propio vehículo el cual vendió, para seguir trabajando con el declarante hasta 15 días antes de su muerte⁵³.

19. Testimonio de MARÍA CONSUELO VERA JIMENEZ, rendido el día 3 de mayo de 2000, quien manifestó haber conocido a ALBENIS (sic) desde que él tenía 6 años de edad, lo conoció en la vereda los medios del municipio de Rovira o de Ortega, y sabía que trabajaba en las fincas y le ayudaba a su mamá con 100 mil pesos mensuales para el arriendo y que su familia la conformaban la mamá y la abuelita de él, de nombre Ana Joaquina Vaca Díaz, Carlos Vaca quien era tío de Albenis (sic) y la hermana Alex Vaca.

Asimismo, sostuvo que ALBEYS SOTO tenía un ganado en el municipio de Vista Hermosa – Meta, a utilidad, y que trabajaba y cosechaba frijol y maíz y cuando no tenía trabajo trabajaba en las fincas o donde la tía. Y en cuanto a la afectación moral sostuvo

“si señor claro que esto los afecto moralmente porque por la noticia que dieron que era guerrillero y él era un chino muy sano”

20. Testimonio del señor CARLOS VACA rendido el día 3 de mayo de 2000, quien dijo ser tío de ALBEIS (sic) SOTO VACA y conocerlo desde pequeño.

“ALBEIS trabajaba en el campo cosechando y cuando no había cosechas trabajaba al día donde lo buscaban, tenía un ganadito por allá en vista hermosa meta donde un tío a utilidad de él dependía la mamá, y él le giraba platica cada 15 días, pues a la mamá le ha dado muy duro porque el invalidez (sic) la muerte de él. (...) él vivía donde la abuelita, donde mi mamá y salía a trabajar donde los buscaban (sic) y a cosechar y él venía donde ellos cada 15 días, venía a Ibagué donde la mamá y la hermana y las relaciones eran buenas de mamá, hermana y abuela. (...) la noticia que dieron los medios de comunicación fue que él era guerrillero (...) y eso nos tiene muy afectados a toda la familia porque eso no era así, él era trabajador y muchacho sano”⁵⁴

21 Testimonio de MARÍA ASTRID PEÑA VACA, rendido el día 9 de mayo de 2000, quien manifestó que conoció a ALBEIS (sic) SOTO VACA porque era su primo y estudió en la escuela de la vereda, dijo que la víctima vivía con la abuelita, ANA JOAQUINA VACA y el esposo de ella FELIX RAMIREZ y ARGENIS VACA que era la mamá.

⁵² Fls. 390-392 del C. Pbas.

⁵³ Fls. 405-406 del C. Pbas.

⁵⁴ Fls. 416-422 del C. Pbas.

Asimismo, dijo que ALBEIS los ayudaba económicamente, “prácticamente los sostenía”, con sus ingresos provenientes de su actividad de jornalero y de las reses de las que era propietario.

Adicionalmente, ratificó su declaración rendida dentro del instructivo penal militar, de lo cual se resalta:

“(…) yo preguntaba que quien mandaba a quien ahí del ejército para preguntarle por ALBEIS que había quedado trabajando ahí en el patio de la casa entonces ellos dijeron que el teniente, entonces yo le dije que donde estaría el primo que estaba trabajando en el patio de la casa, y dijeron ellos “matamos a un guerrillero ahí abajito de la casa” entonces yo le dije que donde que me dejaran ir a mirar, entonces el teniente dijo que hasta que viniera una comisión, entonces me preguntó que ropa tenía ALBEIS, yo le dije (...) y luego si nos dieron permiso y fuimos y miramos, entonces comprobé que era el primo que lo habían matado, porque ellos aseguran que de ahí de la casa había salido un tiro que había matado al capitán, pero ahí no había, y decían ellos los soldados que era una guerrillera pero ahí no había nada, había ejército ahí en la casa, se aclara ahí alrededor de la casa, en la escuela y en un potrero alto que se llama WATERLOK, y dicen que de ahí salió el tiro, que le disparó al que había en la camioneta que era el capitán, y que la guerrillera había cruzado el campo corriendo y que había entregado el arma a otro y había salido corriendo, entonces ante el Fiscal que fue, yo le dije que era falso y ya”

22. Testimonio de OFELIA OYUELA DE SANCHEZ⁵⁵, rendido el día 10 de mayo de 2000, quien manifestó conocer a ALBEYS SOTO VACA desde que nació porque conocía a su madre desde que ella lo estaba esperando. Asimismo dijo que ALBEYS trabajaba cultivando y tenía ganado en los llanos orientales porque era un muchacho ahorrador y juicioso y que se enteró de la muerte porque en el periódico salió que el Ejército lo había matado porque él era guerrillero, afirmación que dijo “es mentira”.

Igualmente, sostuvo la testigo que ARGENIS VACA y ANA JOAQUINA VACA, madre y abuela de la víctima dependían económicamente de él, en este sentido afirmó que ALBEYS le mandaba quincenalmente la suma de 100 mil pesos a la mamá, lo que le consta porque la mayoría de las veces mandaba el dinero con ella o con CARLOS VACA; y a la abuelita él le hacía el mercado porque él vivía con ella.

En relación a la noticia publicada por los medios de comunicación en la que se afirmaba que ALBEYS SOTO murió a manos del Ejército porque era guerrillero y los efectos morales que la misma causó en las demandantes, sostuvo que “para ellos fue muy duro, saber que ellos estaban diciendo eso, que él era guerrillero, y mentiras que eso no es así (...)”

23. Testimonio de JULIO CESAR BUITRAGO CALDAS⁵⁶, rendido el día 10 de mayo de 2000, quien sostuvo que conocía a ALBEYS desde hacía 10 años cuando llegaron a vivir al mismo barrio, allí vivió hasta que se fue a ayudarle a la abuela pero lo veía seguido porque “él venía a llevar abono, semillas y las cuchillas para podar allá que era lo que yo le hacía” actividad de la cual derivaba sus ingresos.

⁵⁵ Fls. 430-433 del C. Pbas.

⁵⁶ Fls. 433-435 del C. Pbas.

Asimismo, sostuvo que ALBEYS era soltero y ayudaba a la mamá y se enteraron por la radio que habían matado a ALBEYS porque él era guerrillero

“nosotros los del barrio lo tomamos muy mal, porque nosotros lo distingabamos (sic) ahí porque él fue garitero y después él se fue para la finca. Y para la familia fue muy duro pero más para la mamá porque ella sufre de trombosis y trato de volverse loca con esa noticia y porque el finado era quien la sostenía y ahora para pagar arriendo de dónde ingresos”

24. Testimonio de JOSE ALIRIO GUARIN⁵⁷, rendido el día 16 de mayo de 2000, quien dijo que conoció al señor GUILLERMO IVAN LONDOÑO desde tres años atrás como vecino del barrio Galan de la ciudad de Ibagué Tolima y refirió que este viajó por la vía Rovira Ortega a buscar a un tío pero en esta búsqueda fue secuestrado por la guerrilla y en un enfrentamiento con el Ejército falleció, que eso era lo que se comentaba.

Igualmente, manifestó que el señor Guillermo tenía dos hijos, era taxista y a lo último se desempeñaba como trabajador de una empresa de ingenieros, para procurar el sustento mensual de sus hijos que era de 250 mil pesos a cada uno, de lo cual tiene conocimiento porque la víctima le comentó que esa era la cifra que le entregaba a cada una de “las señoras madres de sus dos hijos”

Sostuvo que asistió al funeral de GUILLERMO IVAN y al respecto dijo:

“en el entierro de GUILLERMO IVAN la tristeza era muy grande, había mucho llanto en su señora madre, las señoras que vivían con él y sus hijos, porque él era un muchacho muy joven, lleno de salud, muy fuerte, y como ya lo decía anteriormente muy responsable, era un trabajador incansable para cumplir con sus obligaciones, por lo tanto, como amigo personal que fui de él me parecía increíble la muerte de GUILLERMO”.

Igualmente sobre la actividad económica de la víctima sostuvo que antes de morir estaba trabajando en una empresa de ingenieros y que por la noche manejaba un taxi.

25. Testimonio de RAFAEL FERNANDO DONADO VARON⁵⁸, rendido el día 16 de mayo de 2000, quien sostuvo que conoció a GUILLERMO IVAN LONDOÑO en la empresa ECOVIVILES LTDA a mediados del año 1996,

“en el momento de la muerte de él, él trabajaba con nosotros como administrador de dos fincas propiedad de la empresa, ubicadas en Santa Elena (Tolima). Él ganaba aproximadamente 450.000 pesos mensuales, además, como se hacían negocios con ganado él ganaba alguna comisión sobre eso (...) si conozco a la mamá doña Margarita, conozco al papá GUILLERMO, conozco a un hijo y sé que tenía una señora, pero no la conozco bien (...) yo sé que a la señora como al hijo lo sostenía y además, le colaraba (sic) a la mamá doña margarita, y el monto no lo sé. (...) pues se cómo reaccionaron porque estuve en la misa y en el entierro y en las siguientes misas que se le dieron de novenario y se veían muy adoloridos”

26. Testimonio de FARLEY ANDRADE URUEÑA⁵⁹, rendido el día 23 de mayo de

⁵⁷ Fls. 438-441 del C. Pbas.

⁵⁸ Fls. 442-444 del C. Pbas.

⁵⁹ Fls. 445-448 del C. Pbas.

2000, quien refirió que conoció al señor GUILLERMO IVAN LONDOÑO desde el año 1995 dado que eran propietarios de taxis y afirmó que el ingreso diario de un taxi era de 12 mil a 14 mil pesos diarios en esa época.

Asimismo, sostuvo que para la época del fallecimiento la víctima laboraba en la empresa ECOVIVILES y conducía un taxi que no era de su propiedad; que vivía con la mamá y no convivía con ninguna de las madres de sus hijos, pero era muy responsable para cubrir las obligaciones que tenía con ellos.

2.2 Documentales

1. Comunicación del Departamento del Meta – Secretaria de Agricultura, Ganadería y Desarrollo⁶⁰, donde manifestó que en los libros de registro de hierros se encontró registrado el hierro XH/39 a nombre de ALBEIZ SOTO VACA, con número de cédula y carné que corresponde a la copia simple allegada.

2. Informe Fotográfico de la Sección Criminalística del CTI – Seccional Tolima⁶¹, de la diligencia de inspección al lugar de los hechos y a cadáveres, realizado en la Vereda Alto del Cielo municipio de Ortega Tolima el 25 de febrero de 1998, víctimas Augusto Sierra Leyton, Albenis (sic) Soto Vaca, Albeiro de Jesús Gallego, Luis Armando Monroy Ruiz y Guillermo Iván Londoño. Sindicados, miembros del Ejército Nacional de Colombia, por el punible de homicidio.

De este material probatorio se destaca que el cadáver del Capital Sierra Leyton Augusto fue hallado en el camión del Ejército Nacional, quien estaba en la cabina del copiloto y fue muerto por un proyectil que perforó el techo del vehículo, cuya arma se halló cerca a la camioneta.

Asimismo, obran fotografías del cadáver de Albeis (sic) Soto Vaca y el lugar donde fue hallado “encontrado en medianía de un potrero y el monte, cerca de la casa habitada por la familia Peña Vaca, finca Alto del Cielo”.

De los comentarios a las fotografías se observa que cerca del occiso se encontraron varias vainillas de cartucho para fusil calibre 5.56 mm, y en su cuerpo 4 orificios de bordes escoriados, localizados en la región escapular izquierda, los dos superiores penetrantes y dos inferiores superficiales que describen trayectoria horizontal, todos causados posiblemente por proyectiles de arma de fuego.

En la fotografía 1005-15, comentario: *“De herida abierta de bordes escoriados, causada posiblemente por paso de proyectil de arma de fuego, a nivel del tercio superior del brazo derecho cara lateral externa”*

En la fotografía 1005-16, comentario: *“Detalle de herida abierta con exposición de tejido muscular, producida posiblemente por acción de proyectil de arma de fuego con gran energía, en el tercio medio del muslo izquierdo cara posterior”*

En la fotografía 1005-17, comentario: *“En la que se aprecian dos heridas abiertas con exposición de tejidos muscular y óseo fracturado, en el tercio superior de la pierna izquierda cara lateral externa”.*

Así, también, de la fotografía 1005-19, panorámica, se observa la distancia entre el sector donde se halló el cadáver de “Albeis” Soto Vaca, a una distancia

⁶⁰ Fl.

⁶¹ Fls. 185-200 C. Pbas.

considerable, fuera de la casa y al otro lado de la carretera, luego de una curva la zona montañosa donde se encontró el cadáver de “Luis Armando Monroy Ruiz”

“Fotografía 1005-20. Tomada por la carretera que del sitio El Cedro conduce hacia la escuela de la vereda Alto del Cielo, la flecha señala la curva indicada en la toma anterior. En primer plano se observa una camioneta incinerada y bajo la puerta se aprecia también incinerado el cuerpo de GUILLERMO IVAN LONDOÑO, al fondo se observa el campero Toyota, de placa IBM -555 de Ibagué, cargado con remesa, el cual fue abandonado por sus ocupantes

Fotografía 1005-21. De conjunto en la que se aprecia incinerada la camioneta Chevrolet LUV, color blanco de placa BHY-851 de Santafé de Bogotá, al lado derecho cerca a la puerta se observa el cadáver incinerado.

Fotografía 1005-22. Vista de más cerca en la que se aprecia la forma y posición como se encontró el cadáver de GUILLERMO IVAN LONDOÑO, incinerado cerca de la camioneta”

Finalmente el material fotográfico donde consta el hallazgo de dos occisos más, ALBEIRO DE JESÚS GALLEGU, con un fusil R-15, un arnés con proveedores y una puñalita, entre la vegetación cerca a la camioneta incinerada; y LUIS ARMANDO MONROY RUIZ, cerca del cual se halló una granada de fragmentación. En estas fotografías se detalla igualmente un fusil marca Galil, calibre 7.62 mm, y cerca al mismo una reata semidestruida y proveedores que se hallaron junto a éste occiso.

3. Orden de operaciones S3-379 Fuerzas Militares de Colombia – Ejército Nacional, conducida a Batallón Roque – Batallón Pijaos⁶², donde consta:

“MISION

El batallón de c/guerrillas N° 06 “Pijaos” adelanta operaciones de ocupación, registro, control militar de área, destrucción en el área general de Ortega vereda la (ilegible) a partir del día 25 de febrero de 1998 01:00, para ubicar capturas o destruir si oponen resistencia armada, miembros de la ONT FRAC que delinquen en la región.

Segunda fase: la Op. Escorpión una vez desembarque 1 KM delante de Alto Cielo, efectúa emboscada sobre la carretera para detectar posible ubicación del enemigo la cp. Águila se mantiene en el cerrajón con dos vehículos el cual debe estar camuflado a la mitad de la población se mantiene como reserva y apoyo en caso de ser utilizado debe avisar a los comandos desde el cerrejón hasta la colorada desembarcando y efectuando movimiento a pie hasta el alto cielo”

Tercera Fase: consolidación persecución de orden”

4. Informe fotográfico del levantamiento del cadáver correspondiente a GUILLERMO IVAN LONDOÑO, efectuado el 26 de febrero de 1998 en amorgue del cementerio San Bonifacio del Municipio de Ortega, donde se observa el cadáver del mencionado señor, el cual presenta múltiples quemaduras y calcinamiento generalizado, como también explosión de Bóveda Craneana.

⁶² Fls. 206-209 del C. Pbas.

5. Oficio de fecha 12 de marzo de 1998, por medio del cual las Fuerzas Militares de Colombia – Ejército Nacional – Sexta Brigada, informó:

“Revisados los archivos de esta Unidad operativa (...) se pudo establecer que los sujetos (...) GUILLERMO IVAN LONDOÑO (...) no tienen anotaciones de inteligencia en estos archivos ni figuran en el orden de batalla de algún grupo subversivo que delinque en esta jurisdicción”

Protocolo de Necropsia del Instituto Nacional de Medicina Legal, realizado el 26 de febrero de 1998, correspondiente a “ALBEIS” SOTO VACA, de 27 años de edad, masculino, fecha de la muerte 25 de febrero de 1998 a las 16:00, de cuyo examen exterior se resalta “hombre joven con múltiples heridas por proyectil de arma de fuego” sin lesiones en cráneo, cara o cuello.

Y en cuyas conclusiones sostuvo: *“hombre joven que fallece por lesiones severas ocasionadas en múltiples órganos vitales por proyectiles de arma de fuego tipo carga única”*

Asimismo, en relación con el proyectil del arma de fuego se plasmó:

“PAF. No. 1.

1.1. Orificio de entrada de 2x0.5 cms con anillo de contusión en región interescapular izquierda, a 6 cms de la línea media posterior (sic) y a 25 cms del vertex.

1.2. Orificio de salida en región supraescapular izquierda de 1x0.3 cms a 11 cms de la línea media posterior y a 26 cms del vertex.

1.3 Lesiona los siguientes órganos: piel y tejido celular subcutáneo.

Trayectoria: Derecha a izquierda – superior inferior.

PAF. No.2.

2.1. Orificio de entrada de 0.5 x 0.5 cms con anillo de contusión en región supraclavicular izquierda, a 7.5 cms de la línea media posterior y a 26 cms del vertex.

2.2. Orificio de salida no hay, se encuentra proyectil alojado en 3ª vértebra lumbar; a 2 cms de la línea media y a 72 cms del vertex.

2.3. Lesiona los siguientes órganos: piel y tejido celular subcutáneo, pleura parietal y visceral, sección completa de la aorta ascendente y destrucción del 80% del corazón, pericardio, diafragma, estómago y asas intestinales.

Trayectoria: Postero anterior, superior inferior, izquierda a derecha.

PAF. No. 3.

3.1. Orificio de entrada de 0.5 x 0.5 cms con anillo de contusión en región escapular externa izquierda a 7.5 cms de la línea media posterior y a 26 cms del vertex.

3.2. Orificio de salida no hay, se encuentra proyectil alojado en cámara gástrica a 8 cms de la (sic) línea media y a 56 cms del vertex.

3.3. Lesiona los siguientes órganos: piel y tejido celular subcutáneo, pleura parietal y visceral, parénquima pulmonar izquierdo, diafragma, estomago.

3.4. Trayectoria: postero anterior, superior inferior, izquierda a derecha.

NOTA:

En las extremidades inferiores hay múltiples heridas abiertas con bordes quemados y ahumados, transfixiantes que no comprometen mas (sic) alla (sic) de planos musculares y se describen así:

1. En cara posterior de muslo izquierdo de 13x7 cms a 55 cms del talón.

2. En cara posterior y lateral de pierna izquierda de bordes irregulares de 9x4 cms a 34 cms del talón.
3. En cara posterior pierna izquierda de 5x2 cms a 32 cms del talón.
4. En cara posterior de pierna izquierda de 3x1 cms a 35 cms del talón, adyacente a la anterior”.

6. Diligencia de inspección judicial practicada el día 6 de abril de 1998 al vehículo Toyota Land Cruiser de placas IBM 555, en la que consta:

“se pudo verificar la presencia de varios orificios ubicados así: 1).- Un orificio de entrada en el lado izquierdo del vehículo ubicado a 10 cms de la puerta del conductor, entre el guardabarro y la cabina, éste tiene un orificio de salida en el paral central a 54 cms del piso interior que atraviesa el cinturón de seguridad izquierdo y se incrusta en la parte posterior del espaldar de la silla del conductor rasgando el forro de la misma. 2).- Un orificio de entrada en el capote lado izquierdo a 70 cms del parabrisa (sic) y a 26 cms de la puerta izquierda con orificio de salida en la parte interior del techo a 36 cms de la puerta izquierda y a 73 cms del parabrisa (sic) del lado izquierdo, ese proyectil continua su recorrido entrando en el lado izquierdo del descansacabezas (sic) del lado derecho, saliendo por el lado izquierdo o por la parte inferior del mismo, pega en el cinturón de seguridad sin atravesarlo. 3).- Un tercer impacto en el paral central de la puerta del conductor localizado a 86 cms del piso, el cual rompe la silla del conductor en la parte superior izquierda y en la parte media hacia el lado derecho, saliendo por el costado derecho del espaldar a 45 cms del piso, continuando su recorrido se incrusta por el lado izquierdo del espaldar del puesto del pasajero. 4). Sobre el asiento de la silla del conductor se aprecia un orificio de entrada en la parte delantera derecha a 16 cms del borde, el cual sale por la parte inferior lado derecho del asiento transpasando (sic) la palanca de freno de mano y transpasando (sic) el piso del vehículo. En cuanto al estado de mecanismo del vehículo se encuentra en buen estado de funcionamiento, cuyo vehículo fue prendido por el perito”⁶³.

7. Informe de balística efectuado por el Cuerpo Técnico de Investigación, en cuyas conclusiones se consignó:

“De acuerdo a la graficación a trayectorias se puede establecer que todas tienen una dirección superior e inferior (ver vista frontal) y de izquierda a derecha (observando desde el frente del vehículo) por lo anterior, el tirador o tiradores se encontraba o encontraban ubicados por el costado izquierdo del vehículo en un lugar elevado respecto de este, sin poderse establecer la distancia desde la cual se realizaron los disparos”⁶⁴.

8. Diligencia de inspección judicial realizada el 30 de abril de 1998 con anuencia de peritos, del cual se extrae:

“Luego de establecer la ubicación del lugar de los hechos se indicó por parte de los auxiliares de justicia que la distancia entre los vehículos es de 24.50 metros, encontrándose un pequeño sobre ancho de curva a nivel del segundo vehículo. Siguiendo esta misma vía se encuentra sobre la margen derecha de la misma una construcción en ladrillo con cubierta de zinc perteneciente a los predios de la señora Clementina Vaca viuda de Peña

⁶³ Fl. 286-287 del C. Pbas.

⁶⁴ Fls. 309-317 del C. Pbas.

propietaria de la finca Alto el Cielo, la cual se encuentra dividida por el carreteable que conduce a la vereda “Leticia” y otras. Más delante de este predio se encuentra la construcción de la escuela Alto del Cielo con construcciones colaterales a la misma”⁶⁵

9. Informe de fotográfico elaborado por el CTI a la vereda Alto del Cielo (Ortega-Tolima) el 30 de abril de 1998, en el que se observa el plano general que ilustra el sitio donde acaecieron los hechos⁶⁶.

10. Protocolo de necropsia de GUILLERMO IVAN LONDOÑO en cuyas conclusiones se estableció:

“hombre joven, calcinado, con una edad aproximada de 25 años que fallece en choque neurogénico secundario a estallido craneano causado por proyectil de arma de fuego muy seguramente de alta velocidad versus explosión de granada, la incineración cursa después de fallecido el joven”⁶⁷

11. Diligencia de inspección judicial a la camioneta Chevrolet Luv con carrocería de estacas, de fecha 20 de octubre de 1998, donde se destaca

“la cual se encuentra totalmente deteriorada por acción de haber sido incinerada, carece de las llantas traseras y las delanteras se encuentran semidestruidas, presenta además óxido generalizado, el marco de la carrocería se encuentra completamente deformado y se ubica dentro de la cabina, carece totalmente de la cojinería de los forros del techo y puertas, de las carpetas de las puertas, de los tapetes del piso y del panel frontal, sobre la puerta delantera superior presenta dos orificios uno y dos de forma oval con características de entrada según fotografías sobre la puerta ínfero posterior de la misma puerta se observa el orificio número 3 de bordes irregulares de forma oval con características de orificio (sic) de entrada 20 centímetros arriba de este. Sobre la parte posterior de la carrocería lado izquierdo se encuentran los orificios 4 y 5 de forma ovan con características de orificio de entrada 50 centímetros arriba de estos. Se encuentra un orificio de 6 centímetros de longitud por 3 centímetros de ancho. Y sobre la parte central del marco de la ventana de la misma puerta se localiza el orificio número 7 de forma oval con características de orificio de entrada. (...) aunque se presume que los orificios antes descritos fueron causados por proyectil de arma de fuego no es posible determinar a partir de su morfología el calibre de los proyectiles ni el tipo o tipos de armas utilizadas. También resulta muy difícil establecer la causa que originó que el vehículo se incinerara. El tanque del combustible del vehículo no presenta ninguna abolladura, ni orificio causado por proyectil de arma de fuego u otro elemento. El despacho deja constancia que se tomaron las fotografías por parte del perito”⁶⁸.

12. Informe fotográfico de la inspección judicial efectuado a la camioneta luv, donde se observa la destrucción total del vehículo antes señalado por acción del fuego y la intemperie, además de los orificios causados por arma de fuego”⁶⁹

13. Oficio de fecha 20 de marzo de 2001, por medio del cual las Fuerzas Militares

⁶⁵ Fls. 319-320 del C. de Pbas.

⁶⁶ Fls. 337-342 del C. Pbas.

⁶⁷ Fls. 350-351 del C. Pbas.

⁶⁸ Fls. 363-365 del C. Pbas.

⁶⁹ Fls. 367-386 del C. Pbas.

de Colombia – Ejército Nacional Sexta Brigada, certifica que en la “Operación del Alto del Cielo” en la que murieron ARBEYS SOTO VACA y GUILLERMO IVÁN LONDOÑO, el día 25 de febrero de 1998, se usaron en total 450 cartuchos de guerra 5.56 mm, 200 cartuchos de guerra 7.62 mm, 2 granadas de 60 mm, 15 granadas de 40 mm, 6 granadas de mano M-26 y 3 granadas de humo⁷⁰.

14. Acta de levantamiento del cadáver correspondiente a ALBENIS (sic) SOTO VACA⁷¹, donde consta que murió el 25 de febrero de 1998 en la vereda Alto del Cielo y que su muerte fue violenta causada con arma de fuego de largo alcance “fusil”.

15. Acta de levantamiento del cadáver correspondiente a GUILLERMO IVAN LONDOÑO⁷² donde consta que murió el 25 de febrero de 1998

“se localiza en la vía carretable que conduce a la vereda y escuela ALTO DEL CIELO Y AL SITIO EL CEDRO se encuentra una camioneta luv blanca casi totalmente incinerada (...) presenta múltiples quemaduras y calcinamiento y explosión de bóveda craneana MUERTE VIOLENTA POR INCINERACION; ARMA DE FUEGO DE LARGO ALCANCE (FUSIL) Y AL PARECER GRANADA”

16. Hoja del periódico “el nuevo día” de fecha 26 de febrero de 1998⁷³, en el cual se publicó, en la primera página, la siguiente noticia

“El capitán del Ejército Cesar Augusto Sierra Leiton y 4 subversivos, pertenecientes al grupo Jaime Bateman Cayon, resultaron muertos durante un enfrentamiento que se registró ayer, a las 11 de la mañana, en la vereda Alto del Cielo en jurisdicción de Ortega, informó el Comandante de la Sexta Brigada coronel Luis Alberto Ardila Silva.

El hecho se registró cuando unidades del batallón de Contraguerrilla número 6, adscrito de la Brigada, efectuaban operaciones de control de área y de instrucción, debido a que se tenía conocimiento de la presencia de subversivos en la zona.

Dos de los cuatro insurgentes fueron identificados como Albeys Soto Vaca y

⁷⁰ Fl. 5 del C. 2.

⁷¹ Fls. 17 19 del C. 2

⁷² Fls. 21-22 del C.2

⁷³ En relación con el valor probatorio de las publicaciones en periódicos la Sala, en sentencia de 10 de junio de 2009. exp. 18.108. M.P. Ruth Stella Correa Palacio, expuso el siguiente criterio: “Y, de otra parte, unos periódicos que según la parte demandante corresponden a publicaciones realizadas en los periódicos El Tiempo y El Nuevo Día, respectivamente, con los cuales pretendió demostrar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que ocurrió el accidente y la responsabilidad de la entidad demandada. No obstante, esos documentos carecen por completo de valor probatorio, porque se desconoce su autor y su contenido no 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 informaciones, pero no de la veracidad de su contenido. 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 un 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.” Sobre el valor probatorio de los artículos de prensa, ver sentencia de 15 de junio de 2000, exp. 13.338.

3. Problema Jurídico

El principal problema jurídico que plantea esta Sala de Subsección, consiste en determinar si en el caso de autos se reúnen los presupuestos constitucionalmente establecidos para la declaración de la responsabilidad extracontractual en cabeza de la entidad demandada, es decir, primeramente, el daño antijurídico, y en caso afirmativo, si el mismo es fáctica y jurídicamente atribuible – imputable a la administración.

4. Presupuestos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado

En relación con la responsabilidad del Estado⁷⁵, la Carta Política de 1991 produjo su “constitucionalización”⁷⁶ erigiéndola como garantía de los derechos e intereses de los administrados⁷⁷ y de su patrimonio⁷⁸, sin distinguir su condición, situación e interés⁷⁹. Como bien se sostiene en la doctrina,

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad⁸⁰; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no

⁷⁴ Fls. 414 s.s.

⁷⁵ La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

⁷⁶ En precedente jurisprudencial constitucional se indica: “El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente”. Corte Constitucional, Sentencia C-832 de 2001.

⁷⁷ Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49.

⁷⁸ “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

⁷⁹ 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”. Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. Essai d une théorie general de la responsabilité civile considerée en sa double fonction de garantie et de peine privée. Paris, 1947.

⁸⁰ “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”. MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

*aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público*⁸¹.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado⁸², este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública⁸³ tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico). Conforme a lo cual se analizará el caso a resolver.

4.1 Daño antijurídico

El daño antijurídico comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual⁸⁴ y del Estado impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”⁸⁵, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos.

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial 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”*⁸⁶.

⁸¹ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., pp.120-121.

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

⁸³ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

⁸⁴ “(…) el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.185.

⁸⁵ “(…) que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.186.

⁸⁶ 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

Así pues, la jurisprudencia constitucional ha señalado:

“(...) que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”⁸⁷.

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”⁸⁸.

Debe quedar claro que es un concepto 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”⁸⁹. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable⁹⁰, anormal⁹¹ y que se trate de una situación jurídicamente protegida⁹².

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

⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que “no puede confundirse la antijuricidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiendo por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. 1ª ed. Navarra, Aranzadi, 2011, p.297.

⁸⁸ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que “la antijuricidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos”, definiéndose como “violación de una norma especial o de la más genérica alterum non laedere”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.298.

⁸⁹ Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550.

⁹⁰ Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

⁹¹ “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

⁹² Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

En el *sub judice*, el daño antijurídico se plantea en dos escenarios, el primero de ellos, consistente en la muerte de ALBEYS SOTO VACA y GUILLERMO IVÁN LONDOÑO, acaecida el día 25 de febrero de 1998, como consecuencia del operativo militar adelantado por el Ejército Nacional en la vereda Alto del Cielo, municipio de Ortega (Tolima), y la vulneración a los derechos al buen nombre y la honra de las mismas víctimas, quienes fueron etiquetadas de subversivos en los medios de comunicación.

4.1.1 Bien jurídico vulnerado - derecho a la vida

Con relación a la muerte de ALBEYS SOTO VACA y GUILLERMO IVÁN LONDOÑO, observa la Sala que el interés jurídico vulnerado en este evento es el derecho a la vida de ALBEYS SOTO VACA y GUILLERMO IVÁN LONDOÑO, derecho de carácter fundamental, plenamente protegido por el ordenamiento jurídico y sin ninguna restricción, lo que es incuestionable en un Estado Social de Derecho⁹³, de modo, pues, que el daño aquí causado reviste clara antijuridicidad, pues con él se restringió y violentó un derecho que el ordenamiento contrario a restringirlo, lo protege en forma absoluta, según se desprende del artículo 11 constitucional que estableció el derecho a la vida como inviolable y, aunado a ello, introdujo la prohibición de la pena de muerte⁹⁴.

Las defunciones de ALBEYS SOTO VACA y GUILLERMO IVÁN LONDOÑO se encuentran debida y legalmente acreditadas con los correspondientes registros civiles:

1. Registro Civil de Defunción de LONDOÑO RAMIREZ GUILLERMO IVAN donde consta que falleció en Ortega (Tolima) el día 25 de febrero de 1998 por muerte violenta⁹⁵.
2. Registro Civil de Defunción de SOTO VACA ALBEYS donde consta que falleció en Ortega (Tolima) el día 25 de febrero de 1998 por muerte violenta⁹⁶.

4.1.2 Buen jurídico vulnerado – buen nombre y derecho a la honra.

Asimismo, los demandantes alegan como daño antijurídico la vulneración del buen nombre de las víctimas ALBEYS SOTO VACA y GUILLERMO IVÁN LONDOÑO, derivada de las informaciones incluidas en informes del Ejército Nacional y publicadas en el diario “el nuevo día” de fecha 26 de febrero de 1998, en el cual se publicó, en la primera página, la siguiente noticia

“El capitán del Ejército Cesar Augusto Sierra Leiton y 4 subversivos, pertenecientes al grupo Jaime Bateman Cayon, resultaron muertos durante un enfrentamiento que se registró ayer, a las 11 de la mañana, en la vereda Alto del Cielo en jurisdicción de Ortega, informó el Comandante de la Sexta Brigada coronel Luis Alberto Ardila Silva.

⁹³ “La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración [sentencia C-333 de 1996]. Igualmente ha considerado que se ajusta a distintos principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución [sentencia C-832 de 2001]”. Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2006.

⁹⁴ Al respecto debe recordarse que con la expedición del acto legislativo número 3 de 1910 fue abolida definitivamente la pena de muerte, que en esa época ya era vista como una práctica asesina.

⁹⁵ Fl. 10 del C. 1. Rad. 1967/99

⁹⁶ Fl. 19 y 33 del C. 1. Rad. 1967/99

El hecho se registró cuando unidades del batallón de Contraguerrilla número 6, adscrito de la Brigada, efectuaban operaciones de control de área y de instrucción, debido a que se tenía conocimiento de la presencia de subversivos en la zona.

*Dos de los cuatro insurgentes fueron identificados como Albeys Soto Vaca y Albeiro de Jesús Gallego. Los otros aún no han sido identificados. (...)*⁹⁷

Claramente esta publicación afecta el Derecho a la honra y buen nombre de ALBEYS SOTO VACA y GUILLERMO IVÁN LONDOÑO, en relación a los cuales la Constitución Política contempla de manera expresa en el artículo 15 el derecho de todas las personas a su buen nombre y establece el deber para el Estado de respetar y hacer respetar este derecho; a su vez consagra en el artículo 21, la garantía del derecho a la honra, y, del mismo modo, en el inciso segundo del artículo 2º, el deber de las autoridades de proteger en su honra a todas las personas residentes en Colombia, y, de la misma manera, el artículo 42, declara el carácter inviolable de la honra, la dignidad y la intimidad de la familia⁹⁸.

Con relación a la lesión de los derechos a la honra⁹⁹ y el buen nombre, la jurisprudencia constitucional ha enfatizado en diferenciar uno del otro y, al respecto, ha puntualizado:

“El buen nombre ha sido entendido por la jurisprudencia y por la doctrina como la reputación, o el concepto que de una persona tienen los demás y que se configura como derecho frente al detrimento que pueda sufrir como producto de expresiones ofensivas o injuriosas o informaciones falsas o tendenciosas. Este derecho de la personalidad es uno de los más valiosos elementos del patrimonio moral y social y un factor intrínseco de la dignidad humana que a cada persona debe ser reconocida tanto por el Estado, como por la sociedad. El derecho al buen nombre, como expresión de la reputación o la fama que tiene una persona, se lesiona por las informaciones

⁹⁷ Fls. 414 s.s.

⁹⁸ Además de la protección constitucional y legal, ofrecida por el ordenamiento interno, existen diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos que prevén los derechos a la honra y al buen nombre y, a su vez, establecen la obligación que tienen los Estados de brindarles protección, entre los cuales se encuentran: el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que establece: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia su domicilio y su correspondencia, ni de ataques a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias y ataques”; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 17: “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias e ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”; el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” consagra: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques” y el artículo 14 del mismo pacto precisa, en su numeral 1, que “toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.” Y agrega, en el numeral 2 que “en ningún caso la rectificación o respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en se hubiera incurrido.”

⁹⁹ La Corte Constitucional, en sentencia de constitucionalidad 063-1994, en relación a los conceptos de honra y honor, puntualizó: “aunque honra y honor sean corrientemente considerados como sinónimos, existe una diferencia de uso entre ellos. El honor se refiere a la conciencia del propio valor, independiente de la opinión ajena; en cambio la honra o reputación es externa, llega desde afuera, como ponderación o criterio que los demás tienen de uno, con independencia de que realmente se tenga o no honor; uno es el concepto interno -el sentimiento interno del honor-, y otro el concepto objetivo externo que se tiene de nosotros -honra-.”

falsas o erróneas que se difundan sin fundamento y que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo”¹⁰⁰.

De contera, en el mismo pronunciamiento la Corte diferenció el derecho a la honra del de buen nombre, en los siguientes términos:

Aunque en gran medida asimilable al buen nombre, tiene sus propios perfiles y que la Corte en sentencia definió como la estimación o deferencia con la que, en razón a su dignidad humana, cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad que le conocen y le tratan. Puso de presente la Corte que, en este contexto, la honra es un derecho “... que debe ser protegido con el fin de no menoscabar el valor intrínseco de los individuos frente a la sociedad y frente a sí mismos, y garantizar la adecuada consideración y valoración de las personas dentro de la colectividad”

Así, pues, el buen nombre y la honra son derechos constitucionalmente garantizados, de carácter fundamental, que comportan la obligación para las autoridades de proveer una protección especial frente a los atentados arbitrarios de que sean objeto.

Por esta razón, la Sala considera que tal publicación, además de injuriosa y calumniosa, configura un hecho dañino que se concreta en la lesión antijurídica del derecho a la honra y buen nombre de ALBEYS SOTO VACA y GUILLERMO IVÁN LONDOÑO, derechos estos que, al igual que el derecho a la vida, cuentan con plena protección constitucional. Dicho de otro modo, la lesión se concreta en la vulneración a intereses jurídicamente protegidos, que desencadenan un menoscabo autónomo e independiente de la violación al derecho a la vida, atrás establecida y que según lo ha dejado dicho esta Subsección “tiene carácter especial, ya que desde la perspectiva de todo ciudadano en el ejercicio ordinario y de los límites a los derechos vulnerados, buen nombre y honra, los demandantes no estaban llamados a soportarlo, especialmente porque se produjo la afectación anormal de la dignidad de los demandantes”¹⁰¹, en este evento, tanto de las víctimas fallecidas, como de sus familiares.

En el mismo sentido, resulta pertinente reiterar que la Corporación ha reconocido la afectación de los derechos de raigambre constitucional¹⁰² y ha dejado dicho que:

*“Así, como se aprecia, el derecho de la responsabilidad en el último lustro se ha encontrado y acercado con el derecho constitucional, de forma tal que se reconoce la posibilidad de que se indemnice o resarza la afectación a derechos fundamentales considerados en sí mismos, lo cual implica una constitucionalización del derecho de daños, que se aviene al modelo de Estado Social de Derecho que es Colombia. A modo de ejemplo, baste señalar las sentencia gemelas del 14 de septiembre de 2011, Exp. 19.031 y 38.222, proferidas por la Sala Plena de la Sección Tercera, en las que se adoptó el daño a la salud como una categoría autónoma de daño inmaterial. De igual manera se han amparado desde la perspectiva del derecho de daños, los derechos a la familia, al buen nombre y a la libertad.
(...)”*

¹⁰⁰ Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad 489 del 26 de junio de 2002

¹⁰¹ Consejo de Estado, sentencia de 19 de noviembre de 2012, Exp. 25.506.

¹⁰² Consejo de Estado, sentencia de 13 de febrero de 2013, Exp. 25.118. Véase, entre otros, en relación con la afectación a bienes jurídicos constitucionales, las sentencias de 18 de marzo de 2010, Exp. 32.651 y 9 de junio de 2010, Exp. 19.283.

En esa lógica y orden de pensamiento, existe una actual y permanente interacción entre la Constitución y el derecho de daños, relación que genera que las inveteradas categorías del perjuicio sean reexaminadas para dar paso a una tipología de daños que se acompase con el constitucionalismo moderno dúctil en los términos expresado por ZAGREBELSKY, perspectiva que incide en la responsabilidad al concentrar el eje fundamental de ella en la víctima directa o indirecta”¹⁰³.

Ahora bien, en precedente citado, se dijo que se vulneraría el derecho al buen nombre y/o a la honra, cuando, sin fundamento alguno, se propagan entre el público -bien en forma directa y personal, ya a través de los medios de comunicación de masas- informaciones falsas o erróneas o especies que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo y que, por lo tanto, tienden a socavar el prestigio y la confianza de los que disfruta en el entorno social en cuyo medio actúa, o cuando en cualquier forma se manipula la opinión general para desdibujar su imagen. Y, si bien los medios de comunicación en el ejercicio de la libertad de información puede estar expuestos al recibir material con el que se pueda producir la vulneración de los bienes jurídicos constitucionales y convencionales al buen nombre y a la honra, debe partirse de considerar la buena fe tanto del medio de comunicación, o del periodista, sin perjuicio de advertir, siguiendo la jurisprudencia constitucional, que en “lo atinente a la carga asumida por quienes emiten la información, ha recalcado la Corte Constitucional que debe presumirse la buena fe del comunicador y que, por lo tanto, si una persona alega una vulneración de sus derechos constitucionales fundamentales por la difusión de una información falsa, debe probar que lo es¹⁰⁴. Con todo, la buena fe del periodista no excluye la posibilidad de que pueda caer en error, a pesar de que haya cumplido con la obligación de verificar su información, pues la misma naturaleza dinámica de su labor le impide, en algunos casos, ser tan exhaustivo. Por lo tanto, esta presunción de buena fe no excluye la posibilidad de error y tampoco, ostenta el carácter de una presunción de derecho que no admita prueba en contrario. El juez de tutela debe entrar a constatar en cada caso si el medio de comunicación ha incurrido en un error evidente o si, existen elementos que permitan desvirtuar la presunción constitucional de buena fe del periodista”¹⁰⁵.

Frente a lo anterior, se itera, en el *sub examine* quedó plenamente desvirtuada la veracidad de las publicaciones emitidas por el “Diario Nuevo Día” en relación a GUILLERMO IVÁN LONDOÑO y ALBEYS SOTO VACA, quienes contrario a ser subversivos participantes en el conflicto, fueron civiles muertos como consecuencia dentro del operativo militar.

Visto lo anterior, es evidente para la Sala que las lesiones causadas en los derechos a la vida, a la honra y al buen nombre de ALBEYS SOTO VACA y GUILLERMO IVÁN LONDOÑO, deriven o sobrevengan perjuicios en los demandantes, por su calidad de parientes cercanos, los cuales la Nación estará obligada a indemnizar, siempre que los daños resulten imputables a la entidad demandada y se prueben los elementos constitutivos de cada perjuicio alegado en la demanda.

4.2 Imputación de la responsabilidad al Estado y fundamento de la imputación.

¹⁰³ Consejo de Estado - Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación de 1º de noviembre de 2012, Rad. 1999-0002.

¹⁰⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU-056 de 1995

¹⁰⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-260 de 2010.

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

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

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”. 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”.

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”. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no. 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”. 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 proporcionalidad 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 ponderación que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del

detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”.

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

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

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

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 título de imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede encuadrar en la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos, 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”. (subrayado fuera del texto)

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

Lo anterior, teniendo en cuenta que el juicio de imputación y la imputación, en sí misma, es una sola, constante e invariable en el litigio de responsabilidad, la cual se presenta mediante diferentes criterios o fundamentos, por lo que cabe estudiar la responsabilidad extracontractual del Estado analizando dos extremos, a saber, uno de carácter subjetivo fundamentado en el régimen de la falla del servicio, y aquellos de naturaleza objetiva, el primero, fundado en la ruptura de la igualdad cargas públicas, pese a la licitud de la actuación de la administración, y aquel cuyo fundamento se haya en la concreción de un riesgo lícitamente creado por la administración.

Al respecto, se resalta que los regímenes objetivos son de aplicación subsidiaria y excepcional, por cuanto estos fueron previstos sólo para aquellos eventos en los que la falla no resulta apta para resolver los múltiples casos en los que la administración causa daños antijurídicos, sin que medie una actuación u omisión reprochable a la misma, so pena, de llegar a la objetivación de la responsabilidad extracontractual del Estado, mediante la aplicación generalizada e indiscriminada de los regímenes objetivos, en donde la administración entra a resarcir todo perjuicio que se cause a los particulares, convirtiéndose en un asegurador universal de éstos. Por el contrario, debe rescatarse la subjetividad¹⁰⁶ de la falla del servicio¹⁰⁷ aplicable a todos los casos, en su calidad de régimen común de

¹⁰⁶ Consejo de Estado, sentencia de 13 de julio de 1993, Exp. 8.163.

¹⁰⁷ Debe tenerse en cuenta que la falla en el servicio es el título de imputación, de vieja data acogido por nuestro ordenamiento jurídico como el régimen bajo el cual, por excelencia, se deduce la responsabilidad extracontractual de la administración, por el mal funcionamiento de los servicios que se encuentran en cabeza del Estado, ya sea porque éste no se prestó, se prestó tardíamente, defectuosamente o equivocadamente. Por lo cual, mientras la parte que demanda la responsabilidad estatal, tiene la carga de demostrar dicha falta, corresponde a la administración, acreditar que su actuación fue oportuna, prudente, diligente, eficaz y con pericia, es decir, que no hubo falla del servicio o, que no obstante, su adecuada y oportuna actuación, se presentó una causa extraña, que desbordó su diligencia y eficacia, a saber, la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho exclusivo y determinante de la víctima o, el hecho, también, exclusivo y determinante de un tercero. Asimismo, teniendo en cuenta que las actuaciones de la administración por su naturaleza son esencialmente regladas, la falla del servicio ha sido considerada como la violación de una obligación a cargo del Estado, de manera que para lograr determinar cuál es el contenido obligacional al que está sujeto el Estado frente a un caso concreto, debe el juez referirse en primer término, a las normas que regulan la actividad pública causante del perjuicio, previendo, adicionalmente que la determinación de la obligación administrativa, no solo está circunscrita a los casos en que la ley o el reglamento la consagran

Derecho, en materia de imputación del daño antijurídico a la administración.

Ahora bien, frente a la existencia de diferentes criterios de imputación, la circunstancia de que los hechos relatados en la demanda sean constitutivos de una falla del servicio o conlleven la aplicación de un régimen objetivo, corresponde a la valoración teórica que incumbe efectuar autónomamente al juzgador, como dispensador del derecho ante la realidad histórica que las partes le demuestren¹⁰⁸, por cuanto, en aplicación del principio del *iura novit curia* se analiza el caso adecuando los supuestos fácticos al fundamento de la imputación que se ajuste debidamente, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la *causa petendi*, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso, ni que se establezca un curso causal hipotético arbitrario.

De manera que es posible analizar la responsabilidad patrimonial del Estado bajo criterios de imputación diferentes a aquellos invocados en la demanda, en aplicación al principio *iura novit curia*, que implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, corresponde al juez definir la norma o el régimen aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la *causa petendi*, esto es, de los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión.

Bajo estos postulados será estudiada la imputación jurídica, en tres escenarios facticos: 4.2.1 La imputación y su fundamento, en cuanto a los hechos en que se produjo la muerte de GUILLERMO IVÁN LONDOÑO. 4.2.2 La imputación y su fundamento, en cuanto a los hechos en que se produjo la muerte de ALBEYS SOTO VACA. 4.2.3 La imputación y su fundamento, en cuanto a los hechos en que se produjo la vulneración de los derechos al buen nombre y honra de GUILLERMO IVÁN LONDOÑO y ALBEYS SOTO VACA.

4.2.1 La imputación y su fundamento, en cuanto a los hechos en que se produjo la muerte de GUILLERMO IVÁN LONDOÑO.

Se encuentra acreditado en el plenario que el día 25 de febrero de 1998 se llevó a cabo un enfrentamiento armado entre las Fuerzas Militares de Colombia y miembros de un grupo armado insurgente que delinquía en la región de Ortega (Tolima) intimidando a la población civil con prácticas como el secuestro y la extorción.

Víctima de estas prácticas delincuenciales, el señor MARCO ORLANDO GALLO PÉREZ había sido secuestrado durante los días 20 a 23 de febrero de 1998 y cuyo vehículo automotor (Toyota) fue retenido por los subversivos, quienes lo

expresa y claramente, sino también en todos aquellos eventos en que de hecho la Administración asume un servicio o lo organiza, o cuando la actividad cumplida está implícita en las funciones del Estado¹⁰⁷.

Nótese igualmente, que la falla de la administración, se configura, no solo en la mala prestación de los servicios a cargo del Estado sino, también, por la falta o ausencia de prestación, es decir por omisión, en el entendido que el Estado debe utilizar todos los medios de que dispone para lograr la garantía y seguridad, real, de los bienes jurídicos y derechos de los administrados, y no conformarse con realizar una simple defensa formal de los mismos. En relación con la responsabilidad del Estado por omisión, ha considerado la Sala que para la imputación de un daño antijurídico a la administración, es necesario que se acredite la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios y la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso, de manera que lo que aquí se realiza, es una imputación objetiva por desconocimiento de los deberes normativos, a título de falla. Consejo de Estado, sentencia de 30 de marzo de 1990, Exp. 3510.

¹⁰⁸ Consejo de Estado, sentencia de 20 de febrero de 1989. Exp. 1397.

dejaron en libertad bajo la condición de pagar cierta suma de dinero que no quedó acreditada en el plenario, pero que se da por cierta, por cuanto es un hecho públicamente conocido que es éste el *modus operandi* de quienes ejercen tales actividades.

Además del testimonio rendido por MARCO ORLANDO GALLO PÉREZ, en su declaración, el subversivo capturado dentro del operativo, señor FREDY PLAZAS MARROQUÍN, es claro en afirmar que el señor GALLO PÉREZ se encontraba secuestrado *“con carro y todo”*, que obtuvo su libertad bajo el pago de *“una plata”* por lo cual lo dejaron en libertad, aunque le retuvieron su vehículo *“mientras entregaba la plata”*, de manera que su versión coincide con la narrada por el testigo inicial.

Al respecto, observa la Sala que una vez liberado MARCO ORLANDO GALLO PÉREZ, éste debió comisionar a GUILLERMO IVÁN LONDOÑO, por cuya muerte se demanda en reparación directa, *“para que le entregaran el carro”*. Lo anterior se infiere de las declaraciones del subversivo capturado – FREDY PLAZAS MARROQUÍN, quien afirmó:

“lo soltaron a él, mientras traía la plata le dejaron el carro ahí en el grupo mientras él entregaba la plata. Después lo soltaron, como a los dos o tres días subió el sobrino del señor Gallo, para que le entregaran el carro, entonces fue cuando veníamos a entregar el carro y entonces ahí fue cuando sucedió el enfrentamiento”

Lo anterior explica, adicionalmente, que pese a que el señor GALLO PÉREZ estaba esperando una llamada del grupo subversivo, quien le llamó fue su sobrino, indicándole el sitio de encuentro y solicitándole abastecimiento de combustible, por lo que para la Sala es probable que MARCO ORLANDO GALLO PÉREZ mienta cuando afirma que GUILLERMO IVÁN LONDOÑO *“supuestamente él se fue voluntariamente en busca de mí ausencia y le echaron mano, nadie le dijo a él sino que él se fue, hay testigos de que él arrancó para allá solo, es más a él le dijeron que no se fuera y después siempre dijo que se iba a buscar al tío y fue y se fue, después apareció muerto”*, afirmación que es incorrecta en cuanto la realidad procesal demuestra que GALLO PÉREZ había sido liberado en la mañana del 23 de febrero de 1998 y *“dos o tres días después”* GUILLERMO IVÁN *“subió”* no para la entrega de su tío sino para la entrega del vehículo retenido por los subversivos, el cual había sido reportado como robado por los familiares del secuestrado. Con relación a lo anterior, también debe tenerse en cuenta que el mismo MARCO ORLANDO GALLO PÉREZ afirmó que GUILLERMO IVÁN LONDOÑO era su persona de confianza y quien le hacía todas las vueltas.

Lo anterior, no obstante las declaraciones de JOSÉ ALIRIO GUARIN, quien refirió que GUILLERMO IVÁN LONDOÑO viajó por la vía Rovira – Ortega a buscar a un tío pero en esta búsqueda fue secuestrado por la guerrilla, pues este testigo manifestó que eso era lo que se comentaba, de manera que su testimonio es de oídas, entre tanto que FREDY PLAZAS MARROQUÍN y MARCO ORLANDO GALLO PÉREZ son testigos presenciales de los hechos.

En síntesis, de la declaración del señor PLAZAS MARROQUÍN según el cual *“el sobrino del señor GALLO”*, es decir, GUILLERMO IVÁN, *“subió”* a reunirse con los captores para obtener la devolución del vehículo, pero cuando *“veníamos a entregar el carro, (...) ahí fue cuando sucedió el enfrentamiento”* y de los indicios desprendidos de los testimonios rendidos por MARCO ORLANDO GALLO, ha quedado demostrado, primeramente, que GUILLERMO IVÁN, no era subversivo ni

formaba parte del grupo que atacó al comando de contraguerrilla del Ejército Nacional “Escorpión”.

Es claro para la Sala que visto en conjunto y bajo los criterios de la sana crítica el acervo probatorio, la declaración de PLAZAS MARROQUÍN coincide con el restante material testimonial y documental obrante en el plenario, así, la descripción que éste hizo de las circunstancias en que se desarrolló el operativo concuerda con la narración que de los hechos hicieron los soldados que participaron en él, donde se halla acreditado:

- Que las fuerzas militares se encontraban enteradas del hurto del vehículo y conocían las placas del mismo, en atención a lo cual fue programado el operativo que se llevó a cabo el día 25 de febrero de 1998 en la vereda “Alto del Cielo” – Jurisdicción de Ortega – Tolima.

- Que en desarrollo del mencionado operativo, la Tropa “Escorpión” inspeccionó el lugar desde tempranas horas de la mañana del 25 de febrero de 1998 y, aproximadamente, hacia las 8:00 a.m., se produjo el encuentro entre los miembros de las fuerzas militares y los subversivos que se transportaban en una camioneta Luv y el vehículo ilegalmente retenido.

- GUILLERMO IVÁN LONDOÑO se desplazaba, junto con uno de los miembros del grupo subversivo en la camioneta LUV, que iba encabezando la caravana, con la cual se produjo la primera acometida. Encontrándose los militares a la derecha del vehículo y disparando desde lo alto, el conductor de la camioneta, intentó huir por la izquierda pero fue alcanzado por los disparos y dado de baja, aproximadamente a 50 centímetros del automotor. GUILLERMO IVÁN LONDOÑO, igualmente, fue dado de baja y luego incinerado como consecuencia de la explosión que incineró el vehículo donde se transportaba.

- Seguidamente, y casi simultáneamente, arribó el vehículo – Toyota reportado como hurtado, en el cual se dirigían 2 subversivos más, que también se bajaron del vehículo y trataron de huir pero uno de ellos fue dado de baja y el siguiente capturado, quien corresponde al nombre de FREDY PLAZAS MARROQUÍN.

- Está acreditado que GUILLERMO IVÁN no llevaba consigo instrumental de guerra. Al respecto, observa la Sala que la descripción efectuada por PLAZAS MARROQUÍN del material de guerra empleado por los armados al margen de la ley, coincide con la información reflejada en los informes fotográficos y en las actas de levantamiento elaboradas por la Fiscalía General.

Sobre este punto, la Sala encuentra serias contradicciones en los testimonios de los miembros del Ejército Nacional, en primer lugar, el soldado voluntario TRIANA VELA JAMER sostuvo *“de la camioneta vi que bajaron dos y dispararon”*, relato claramente desvirtuado por cuanto quedó demostrado que quienes viajaban en la camioneta eran ALBEIRO DE JESUS GALLEGO, con un fusil R-15, y GUILLERMO IVÁN LONDOÑO, quien no se encontraba armado, hecho que se corrobora con el informe fotográfico y el acta de levantamiento del cadáver donde consta que no se le encontró arma de fuego, es decir, no es cierto que los dos sujetos se bajaron disparando.

Por su parte el soldado voluntario DAZA MALAMBO FRANCISCO, manifestó que a GUILLERMO IVÁN LONDOÑO (el segundo sujeto que viajaba en la camioneta) se le dificultó salir del vehículo porque traía el cinturón de seguridad, quien intentó arrojar contra los militares una granada que explotó en su poder. Esta afirmación

también es desvirtuada, incluso, por el mismo declarante quien seguidamente manifestó que él se encontraba en la parte de atrás de la patrulla “de último cerrando” y al ser indagado sobre cuántos sujetos se bajaron de la camioneta en el momento del ataque armado, dijo: *“sinceramente no me di cuenta cuántos eran”*, de modo pues, que mucho menos habrá observado al señor LONDOÑO dispuesto a lanzar un artefacto explosivo contra la tropa militar.

Asimismo, las declaraciones de DAZA MALAMBO, quien pretendió señalar que GUILLERMO LONDOÑO murió a causa de la explosión, no hallan asidero en el restante material probatorio, principalmente, en el protocolo de necropsia, donde, *contrario sensu*, se estableció que GUILLERMO LONDOÑO falleció por choque neurogénico secundario a estallido craneano causado por proyectil de arma de fuego de modo que la incineración fue posterior al fallecimiento, de lo cual podrían derivarse dos hipótesis, la primera de ellas, que la granada fue lanzada al cadáver y puesta como lo afirmó la demanda o que en el momento en que iba a ser lanzada contra los militares la víctima recibió el disparo y falleció, premisa esta que se debilita teniendo en cuenta que, como se dijo, GUILLERMO IVÁN era un civil retenido por los subversivos que viajaba sin armamento. No obstante, tampoco es claro para la Sala de dónde pudo provenir el artefacto explosivo, si se acogiera la primera hipótesis, lo que indica que este hecho no quedó plenamente acreditado.

En el mismo sentido son contradictorios los testimonios rendidos por los soldados voluntarios EDISON ACEVEDO y JOSÉ PABLO LOPEZ GALLEG0, el primero, que para empezar, sostuvo que la camioneta LUV era de color azul oscuro, siendo lo acreditado en el plenario que dicho vehículo era de color blanco, y el segundo, afirmó no conocer la suerte de los sujetos que iban en el Toyota porque él formó parte del grupo que persiguió a quienes se bajaron de la camioneta, mientras que el otro equipo se encargó de los sujetos del Toyota, donde murió incinerado GUILLERMO LONDOÑO, aseveración completamente equivocada por cuanto la víctima incinerada viajaba en la camioneta LUV, como quedó dicho.

Igualmente, el soldado LUIS ENRIQUE VANEGAS CORREAL quien luego de afirmar que *“Uno de los guerrilleros que viajaba en la camioneta luv, llevaba una granada la cual pensaba lanzarnos y se le explotó dentro de ella quedando calcinado el guerrillero”* se desvirtúa a sí mismo al sostener que lo único que vio fue que la camioneta estaba en llamas, sin saber cuántas personas se bajaron de ella y cuando los vio ya estaban muertos *“que fue el que quedó totalmente quemado y el otro que quedo en la cañada”*

En conclusión, consecuencia del operativo militar adelantado el 25 de febrero de 1998, resultó muerto GUILLERMO IVÁN LONDOÑO, civil que se encontraba en poder del grupo subversivo agresor.

Una vez la Sala ha concretado los hechos probados en relación a la muerte de GUILLERMO IVÁN LONDOÑO, en aplicación del juicio encuentra que no se probó que las fuerzas militares hubiesen incurrido en una actuación u omisión que configurara una falla en el servicio, de modo que para esta Subsección no es posible la atribución del daño antijurídico a la entidad demandada, bajo el fundamento de la falla en el servicio, por lo que se permitirá abordar los criterios objetivos, mediante la verificación de un posible rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas o la concreción de un riesgo excepcional¹⁰⁹.

¹⁰⁹ El régimen de la falla en el servicio es verificable en todos los eventos porque de esa manera se cumple con la función consustancial a la jurisprudencia contencioso administrativa de identificar las falencias que se presentan en el ejercicio de la actividad administrativa, con el propósito de que: (i) la definición para un caso

En relación con el daño especial, entendido éste como el rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas¹¹⁰ como consecuencia de un actuar lícito de la administración¹¹¹, no debe perderse de vista que sus fundamentos se hallan en los principios de igualdad, solidaridad y equidad¹¹², según los cuales las cargas que soportan los administrados, deben ser distribuidas en igualdad de condiciones y equitativamente, con observancia del principio de solidaridad social, sin olvidar que debe haber un prudente sacrificio de los intereses particulares en pro de los generales. No obstante, cuando este sacrificio particular excede de manera especial, anormal, considerable y superior las cargas que deben soportar los ciudadanos en razón a la naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, se rompe así la igualdad del afectado frente a las cargas públicas, por cuanto ve excesivamente vulnerado su interés particular.

En cuanto al riesgo excepcional este tiene lugar cuando el daño se concreta como consecuencia de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos ya que por su magnitud y potencia desbordan los niveles de riesgo a los que normalmente se encuentra expuesta la comunidad. En relación con este título de imputación es conditio *sine qua non* que la actuación desplegada por la administración, aunque riesgosa o peligrosa, sea completamente lícita, al igual que en la configuración de la teoría del daño especial sólo que aquí se trata de una actividad normal, es decir que no ha sido catalogada por la ley o la jurisprudencia como riesgosa¹¹³.

Al respecto, es importante sentar las diferencias que coexisten entre los fundamentos de imputación tradicionalmente empleados por la jurisprudencia de la Corporación, en primer lugar, la falla del servicio deviene de una actitud o comportamiento activo u omisivo contrario a los deberes de la administración, en cuanto desconoce o contraviene el ordenamiento jurídico. Contrario sensu, el daño especial y el riesgo excepcional se derivan de una actuación lícita del Estado, producto del cumplimiento de los derechos y deberes constitucionalmente reconocidos para garantizar y satisfacer derechos y necesidades de los asociados, aunque, se itera, la diferencia entre los dos últimos reside en la existencia del riesgo. Nótese, pues, que en la teoría del daño especial no se habla de la existencia o creación de un riesgo sino, simplemente, de una actividad lícita de la entidad pública.

Al respecto, observa la Subsección que el tratamiento jurisprudencial otorgado por la Corporación frente a la imputación de los daños causados por atentados terroristas o enfrentamientos armados entre miembros de la fuerza pública y grupos armados al margen de la ley ha oscilado bajo la fundamentación de la teoría del riesgo excepcional y la del daño especial.

concreto se convierta en advertencia para la administración con el fin de que ésta procure evitar la reiteración de conductas anormales y (ii) esa decisión sirva para trazar políticas públicas en materia de administración (Consejo de Estado, sentencia de 8 de julio de 2009, Exp. 16.974.

¹¹⁰ La ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas se identifica al comparar la posición de la víctima en relación con los demás integrantes del grupo social, por cuanto, mientras la actuación de la administración se justifica en el beneficio general, su interés particular se ha visto excepcional y anormalmente afectado.

¹¹¹ Para la aplicación de este régimen de imputación, debe tratarse de una actuación legítima de la administración, es decir, que el obrar de la administración debe encontrarse correcto, plenamente ajustado a los postulados normativos y reglamentarios y emplearse en oportunidad, por cuanto, en caso contrario, estará incurso en una falla en el servicio.

¹¹² Consejo de Estado, sentencia de 3 de mayo de 2007, Exp.16.696.

¹¹³ Es importante prever que la noción jurídica de riesgo lo define como la contingencia de causar daño en el desarrollo de una actividad lícita que, además, reporta un provecho o utilidad para la colectividad, por lo cual ha sido necesaria la enunciación legislativa o jurisprudencial de tales actividades.

En el caso de autos, la imputación se efectúa bajo los argumentos de la teoría del daño especial y no del riesgo excepcional por cuanto no quedó demostrado que el Ejército Nacional hubiese propiciado el enfrentamiento donde resultó muerto GUILLERMO IVÁN LONDOÑO, pues, por el contrario, fue el grupo subversivo quien atacó a las tropas militares y no es claro de dónde provino el proyectil que cercenó la vida de la víctima.

En relación a la imputación del daño producto de enfrentamientos de las fuerzas militares con grupos subversivos, la más reciente jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera considera que tratándose de daños antijurídicos derivados de un ataque armado o del enfrentamiento del Estado y un grupo armado insurgente, cabe afirmar varios argumentos: 1) debe tenerse en cuenta “la especial naturaleza de este tipo de ataques que son de suyo sorpresivos y pocas veces predecibles”; 2) así mismo, es necesario observar si se desplegaron “actividades de control y vigilancia permanentes sobre los distintos sectores de la población”, reconociendo el “alto grado de presencia subversiva” en un área concreta; 3) determinar si los “ataques llegaban a producirse por efecto mismo de la naturaleza y dimensión del conflicto armado”; 4) afirmar que “es al Estado a quien corresponde la búsqueda de soluciones que conlleven a la terminación de la guerra, de ahí que debe convenirse en que se aparta de los más elementales criterios de justicia y equidad que al producirse estos ataques subversivos, el Estado no acuda a socorrer a sus víctimas”; 5) considerar que no pueda atribuirse el daño antijurídico a alguna falla en el servicio, ya que se “actuó dentro del marco de sus posibilidades”; 6) que tampoco se pueda “reprochar la conducta” de los actores como miembros de la población civil del municipio de Ortega (Tolima), para la época de los hechos; y, 7) que se trate de un ataque “dirigido contra el Estado, cuyo radio de acción no se limitó a objetivos estrictamente militares, sino que comprendió también a la población civil”.

Luego, con base en los anteriores criterios, resulta imputable (atribuible fáctica y jurídicamente) al Estado la muerte de GUILLERMO IVÁN LONDOÑO, por cuanto se estableció que el ataque fue sorpresivo, las fuerzas militares estaban desplegando una actividad de vigilancia en la población donde se conocía la presencia de subversivos que operaban en dicho sector, el ataque, claramente, iba dirigido contra los miembros de la fuerza pública.

Ahora bien, en relación al hecho de la víctima, ya sea que GUILLERMO IVÁN LONDOÑO se haya reunido voluntariamente (“subió”) a arreglar con los comandantes del grupo subversivo la entrega de su tío secuestrado o del vehículo de su propiedad, o que lo haya hecho por encargo de su tío, lo cierto para la Sala es que, pese, a que se trata de un civil que vio comprometido su derecho a la vida dentro de un enfrentamiento armado suscitado entre el Ejército Nacional y miembros de un grupo armado al margen de la ley, dicho riesgo fue asumido por él cuando decidió reunirse con los subversivos y transportarse en compañía suya, por cuanto era previsible para la víctima que la autoridad pública pretendiera la aprehensión de tales sujetos.

De manera pues, que no obstante la atribución del daño antijurídico a la entidad demandada bajo los criterios del daño especial, la Sala considera que en la concreción del daño contribuyó el hecho de la víctima, se itera, que como se dijo se expuso a los riesgos derivados reunirse con miembros de los grupos insurgentes, lo que, en consecuencia, disminuye el monto de la indemnización debida.

Al respecto ésta Corporación ha sostenido lo siguiente:

“...será el juez quien en cada caso concreto el que valorará el curso o cursos causales existentes, para determinar la imputación fáctica del daño antijurídico, lo que permitirá establecer si operó una causa única o si existió una concausa, situación ésta en la que habrá que fijar proporcionalmente, según el grado de participación de cada sujeto, el monto del perjuicio padecido.

Ahora bien, no significa lo anterior que toda conducta de la víctima tenga la suficiente dimensión o entidad para excluir o enervar la imputación frente al presunto responsable; el comportamiento de aquella para poder operar como causal exonerativa de responsabilidad debe ostentar una magnitud, de tal forma que sea evidente que su comportamiento fue el que influyó, de manera decisiva, en la generación del daño”¹¹⁴.

También se considera que para que se configure el hecho de la víctima como factor eximente o atenuante de responsabilidad, no es necesario que la entidad demandada acredite la irresistible o imprevisibilidad del comportamiento de la víctima, pues basta con argumentar que es una causa adecuada y determinante para la producción del daño.

Así se ha señalado por esta Corporación:

“En síntesis, no se requiere para configurar la culpa exclusiva de la víctima que el presunto responsable acredite que la conducta de aquélla fue imprevisible e irresistible, sino que lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño; incluso, una participación parcial de la víctima en los hechos en modo alguno determina la producción del daño, sino que podría de manera eventual conducir a estructurar una concausa y, por lo tanto, a reconocer una proporcionalidad en la materialización del mismo y en su reparación.

“Así las cosas, si la culpa de la víctima es causa parcial (concausa) en la producción del daño, esta circunstancia puede constituir un factor de graduación del perjuicio, todo lo cual dependerá del grado de participación de la propia persona afectada en la concreción de los hechos que son objeto de análisis”¹¹⁵.

Dicho lo anterior, la Sala concluye que la concurrencia de eventos o la concausa llevan a que, por un lado, se configure la responsabilidad civil y administrativa del Ejército Nacional y, por otro, se atenúe su deber indemnizatorio en proporción a la participación de la víctima en el hecho dañino, equivalente para este caso al 20%, de manera que la Administración será condenada sólo en un 80%.

4.2.2 La imputación y su fundamento, en cuanto a los hechos en que se produjo la muerte de ALBEYS SOTO VACA.

Por otro lado, en relación a las circunstancias en que resultó muerto ALBEYS SOTO VACA, la demanda sostiene que los miembros del Ejército Nacional irrumpieron en los predios de la señora CLEMENCIA VACA para buscar un

¹¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 13 de agosto de 2008, M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO, exp. 17042.

¹¹⁵ *Ibíd.*

guerrillero que había disparado contra el Capitán SIERRA LEYTON CESAR AUGUSTO.

Al respecto, la Sala encuentra probado que el Capitán SIERRA LEYTON falleció el mismo 25 de febrero de 1998, como consecuencia de un presunto hostigamiento, posterior al operativo, que tuvo lugar cuando el Capitán se dirigía en uno de los camiones oficiales “hacia un potrero para hacer el helipuerto”¹¹⁶, cuyo cadáver fue hallado en el camión del Ejército Nacional, en la cabina del copiloto, muerto por un proyectil de arma de fuego que perforó el techo del vehículo, arma que se halló cerca de dicho vehículo¹¹⁷. Sin embargo, la Sala considera que no obra completa certeza en el plenario, en relación a las circunstancias fácticas en que tuvo lugar la muerte del comandante de la compañía “Escorpión”.

No obstante, con la inspección judicial¹¹⁸, planos e informes fotográficos, se probó que en inmediación al lugar de los hechos donde tuvo lugar la muerte de GUILLERMO IVÁN LONDOÑO, se encuentra ubicada la finca de la señora CLEMENCIA VACA DE PEÑA, lugar este en que ALBEYS SOTO se encontraba cavando un hueco *“para enterrar unos postes donde iba a quedar una fosa para depositar la pulpa del café, en la parte de atrás de la casa”*¹¹⁹.

Sobre el particular, la Sala tiene acreditado con los testimonios de MARÍA ASTRID PEÑA VACA y CLEMENCIA VACA DE PEÑA que los miembros de las fuerzas militares irrumpieron en los predios de la señora CLEMENCIA, presuntamente, buscando a los subversivos que habían cercenado la vida del Capitán Sierra Leyton. Seguidamente, los militares ordenaron a la dueña de la finca y a su hija ingresar a la casa y ocultarse debajo de la cama, luego de lo cual se escucharon disparos y, después, apareció muerto ALBEYS SOTO VACA, cerca de la casa y del lugar donde se encontraba trabajando, es decir, dentro de los terrenos del predio de la señora CLEMENCIA VACA, observando, además, que junto al cadáver de ALBEYS SOTO VACA se hallaron cartuchos para fusil 5.56¹²⁰, lo cual coincide con la munición y las armas portadas por los miembros del Ejército Nacional¹²¹, quienes reconocieron que en este lugar se dio de baja a un subversivo.

Asimismo, quedó acreditado que la víctima recibió tres impactos de arma de fuego aunque los disparos no fueron 3 sino muchos más, por cuanto el informe de necropsia dejó plasmado que el cadáver reportó en las extremidades inferiores múltiples heridas abiertas con bordes quemados y ahumados transfixiantes, las cuales también se observan en el informe fotográfico del levantamiento del cadáver donde se dejó dicho que tales heridas fueron efectuadas por arma de fuego con gran energía. Al respecto, es igualmente importante resaltar que a la víctima, ALBEYS SOTO VACA no se le halló arma de fuego, es decir que no disparó contra los militares.

Conclusión de lo anterior, la Sala encuentra que ALBEYS SOTO VACA era un civil, ajeno al conflicto, que falleció el día 25 de febrero de 1998 como consecuencia de las heridas que le propiciaron los miembros del Ejército Nacional con sus armas de dotación oficial, al confundirlo con un subversivo, cuando requisaron la finca donde éste se encontraba trabajando, de modo que en este

¹¹⁶ Fls. 306-307 del C. de Pbas.

¹¹⁷ Fls. 185-200 del C. de Pbas.

¹¹⁸ Fls. 319-320 del C. de Pbas.

¹¹⁹ Fls. 334-336 del C. de Pbas.

¹²⁰ Fls. 185-200 del c. de Pbas.

¹²¹ Fl. 5 del C. 2.

sentido, la Sala tiene acreditada la falla en la prestación del servicio militar en relación con los hechos en que resultó muerto ALBEYS SOTO VACA.

En este marco, y a la luz del **control de convencionalidad**, cabe afirmar que *“ante la inevitabilidad de los conflictos, se hace perentorio garantizar, por las vías que sean –internacionales o internas–, el respeto de las reglas básicas de humanidad aplicables en cualquier situación de violencia bélica; situaciones que al día de hoy se presentan en su mayor parte como conflictos armados sin carácter internacional”*.

Dentro del catálogo de principios reconocidos por los instrumentos de Derecho Internacional Humanitario está previsto el **principio de distinción**, según el cual “las partes dentro de un conflicto armado deberán distinguir entre población civil y combatientes y entre bienes civiles y objetivos militares”. Dicho principio se justifica en la necesidad de que “las hostilidades se libren entre combatientes y contra objetivos militares para que en ninguna circunstancia afecten a los no combatientes y a los bienes civiles”.

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

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

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

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

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

Si bien el Protocolo II Adicional a los IV Convenios de Ginebra no contiene expresamente la prohibición de atacar a bienes civiles, ésta ha sido incorporada en varios instrumentos de Derecho Internacional Humanitario aplicables a conflictos armados internos. En efecto, los artículos 3.7 del Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos enmendado el 3 de mayo de 1996 y 2.1 del Protocolo III sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias establecen la prohibición de atacar bienes civiles.

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

Por su parte, el Customary International Humanitarian Law también establece el principio de distinción entre los bienes civiles y militares en los siguientes términos:

“Regla 7. Las partes en conflicto deberán hacer en todo momento la

distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares. Los ataques sólo podrán dirigirse contra objetivos militares. Los bienes de carácter civil no deben ser atacados.

Regla 8. Por lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida.

Regla 9. Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares.

Regla 10. Los bienes de carácter civil gozan de protección contra los ataques, salvo si son objetivos militares y mientras lo sean”.

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

Es preciso resaltar que según la jurisprudencia constitucional tales normas convencionales y consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario integran el denominado bloque de constitucionalidad. Al respecto, la propia Corte Constitucional ha señalado que:

“el hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones. Así como el preámbulo, los principios, valores y reglas constitucionales son obligatorios y de forzoso cumplimiento en el orden interno, las normas del bloque de constitucionalidad son fuente de derecho obligatoria para todos los asociados. (...) El hecho de compartir la jerarquía del texto formal de la Carta convierte a los dispositivos del bloque en “eje y factor de unidad y cohesión de la sociedad”, y la condición de ocupar con ellos el máximo peldaño en la escala normativa obliga a que toda la legislación interna acondicione su contenido y ajuste sus preceptos a los estatutos por aquellas adoptados, pues éstos irradian su potestad sobre todo el ordenamiento normativo.”

Además de estar previsto en la normativa de Derecho Internacional Humanitario, el principio de distinción constituye una norma consuetudinaria e integra el ius cogens. En este sentido, la Corte Constitucional estableció que “el principio de distinción –el cual es obligatorio para el Estado colombiano por su doble naturaleza de norma convencional y consuetudinaria de derecho internacional, además de ser una norma de ius cogens-, que incluyen la prohibición de dirigir ataques contra la población civil o contra personas civiles, y la prohibición de llevar a cabo actos dirigidos a aterrorizar a la población civil”.

Con relación con el principio de distinción, la Corte Constitucional ha señalado que “es obligación de las partes en un conflicto el esforzarse por distinguir entre objetivos militares y personas o bienes civiles”. En este sentido, Los bienes civiles

son “aquellos bienes que no pueden ser considerados legítimamente como objetivos militares”; los objetivos militares, por su parte, son “aquellos bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida”.

Por último, resulta pertinente resaltar que en pretéritas ocasiones la Sección Tercera ha establecido que las vulneraciones a principios del Derecho 50 Internacional Humanitario constituyen supuesto suficiente para declarar la responsabilidad del Estado con fundamento en el título de imputación “falla del servicio”.

De otra parte, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, y considerados singularmente dichos derechos, se tiene que cuando “un conflicto asume las dimensiones de una confrontación armada, la vida de la nación se considera inmediatamente en peligro, lo que lleva a invocar las cláusulas derogatorias. En tales casos, todas las normas de derechos humanos cuya derogación está prohibida siguen en pleno vigor. Estas normas están confirmadas o complementadas por la normativa específica de los conflictos armados no internacionales, que forman parte de la normativa humanitaria”. Dicha protección tiene su base en los derechos constitucionalmente reconocidos a la vida e integridad de las personas, y los derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos -artículos 1, 4.1.-, (que fue incorporada al ordenamiento jurídico colombiano mediante la ley 16 de 1972).

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

En este orden de ideas, la esta Subsección considera imputable (atribución fáctica y jurídica) la muerte de ALBEYS SOTO VACA al Ejército Nacional, bajo el título de la falla en el servicio.

4.2.3 La imputación y su fundamento, en cuanto a los hechos en que se produjo la vulneración de los derechos al buen nombre y honra de GUILLERMO IVÁN LONDOÑO y ALBEYS SOTO VACA.

Finalmente, en relación a las publicaciones efectuadas en el periódico “El Nuevo Día”, con las cuales se vulneró el derecho a la honra y buen nombre de las víctimas, por cuanto se consignó que estos eran guerrilleros dados de baja dentro del enfrentamiento militar, y aunque los testimonios indicaron que las víctimas fueron calificadas de guerrilleros por los militares, y los mismos militares así los refirieron en la contestación a la demanda y en sus declaraciones, es claro para la Sala que no existen elementos probatorios suficientes para concluir que las informaciones publicadas en dicho diario obedezcan a informaciones oficiales proporcionadas o patrocinadas por el Ejército Nacional.

Sobre este punto en particular, en reciente precedente la Sala ha dejado dicho que el análisis del caso debe abordarse frente a la influencia y la acción determinante de las entidades demandadas en la información emitida por los medios de comunicación.

Al respecto se dijo:

“Conforme a las pretensiones y fundamentos fácticos de la demanda, la Sala abordará el análisis del caso para determinar si hubo influencia y acción determinante de las entidades demandadas en la información emitida por algunos medios de comunicación, especialmente por el noticiero Q.A.P., que se transmitió a nivel nacional en la noche del 23 de octubre de 1996, y que como consecuencia de ella, se generó un daño antijurídico consistente en el menoscabo y la restricción indebida, anormal y antijurídica del ejercicio eficaz de los derechos al buen nombre y a la honra de los demandantes. Dado que se trata de examinar la imputación de la responsabilidad de las entidades demandadas por el daño antijurídico ocasionado, que comprende la vulneración de derechos reconocidos no sólo constitucionalmente, sino también consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, la presente providencia se enmarca en el ámbito del control de convencionalidad¹²² que le corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa colombiana aplicar”¹²³

De manera que la Sala reitera el citado precedente, según el cual el moderno derecho administrativo, y la construcción de la responsabilidad extracontractual del Estado centra la protección en la “víctima” y no en 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, con fundamento en la interpretación sistemática del preámbulo, de los artículos 1, 2, 4, 13 a 29, 90, 93 y 94 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 humanos y del derecho internacional humanitario, bien sea que se encuentren incorporados por ley al ordenamiento jurídico nacional, o que su aplicación proceda con efecto directo atendiendo a su carácter de “ius cogens”¹²⁴.

Asimismo, el citado pronunciamiento hizo énfasis en el deber de administrar la información en cabeza del Estado y la tutela efectiva de los derechos de los administrados (buen nombre, honra e intimidad), frente al cual sostuvo la falla en el servicio consistente en liberar, filtrar o manejar indebidamente (bien sea por activa, o por pasiva) información, que está en cabeza de las autoridades públicas,

¹²² “La cláusula en cuestión (responsabilidad del Estado consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política), así vista, afirma de manera indiscutible 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 permite sostener, la existencia dentro del Estado social y democrático de derecho de un verdadero “garantismo constitucional”, de un derecho constitucional de la responsabilidad de los poderes públicos, basado en el respeto pleno del ordenamiento jurídico interno e internacional; sustentado en los lasos articuladores de la comunidad internacional y en la buena fe que materializan las relaciones internacionales. Son los Estados en comunidad, los vigilantes y garantes mutuos, en últimas, de todo este inmenso sistema de protección”. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, próximo a publicación”, BREWER CARÍAS, Allan R, SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, en imprenta.

¹²³ Consejo de Estado, sentencia de 19 de noviembre de 2012, Exp. 25.506.

¹²⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, próximo a publicación”, BREWER CARÍAS, Allan R, SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, en imprenta.

catalogada como reservada (o propia de organismos de inteligencia), o que hace parte de procesos de investigación policial, a los medios de comunicación, y de la que se hizo desprender sospechas, sindicaciones, presunciones e, incluso, imputaciones contra los actores, y que generó en los receptores de la misma, desinformación y asociaciones lesivas a los derechos subjetivos de los demandantes, cuyos familiares fallecidos fueron relacionadas con actividades ilícitas que en el plenario quedaron claramente desvirtuadas.

También, se resaltó, igualmente, en estos eventos se verifica la tensión entre el acceso a la información que reposa en cabeza del Estado (de sus autoridades judiciales o policiales), como expresión del sistema democrático, y el respeto de los derechos al buen nombre, honra e intimidad de todo administrado, los cuales deben ser garantizados por las autoridades, incluso, por aquéllas que cumplen funciones administrativas, teniendo en cuenta que la información que éstos poseen, debe ser administrada y manejada, debida y razonablemente, bajo ciertos parámetros y límites propios de la reserva, o que se aconsejen en función de la tutela efectiva de los derechos de los administrados que puedan ser vulnerados. E indicó:

“Pero además, estos derechos deben articularse con el derecho-deber correlativo que tiene el Estado de investigación (policial y judicial) de las personas y sus actividades, cuando se busca determinar la comisión o realización de conductas constitutivas de conductas punibles tipificados en la legislación penal interna (o internacional). En el ejercicio de este derecho-deber, íntimamente relacionado con la garantía constitucional y supra-constitucional de acceso a la administración de justicia, el Estado (por medio de sus organismos) “puede acumular información sólo en la medida en que lo exige la concreta misión que tiene encomendada, puede convertirse en un principio aplicable a la organización y al procedimiento, que rija toda la actividad del ejecutivo relacionada con el manejo de información”¹²⁵. Con otras palabras, la administración pública está llamada a “ADMINISTRAR”, más que a “DIFUNDIR INDISCRIMINADAMENTE” la información que como producto de procedimientos de investigación policial o judicial repose en su cabeza, ya que es un principio de actuación que se irradia y se refuerza, especialmente, tratándose de datos con los que pueda vulnerarse derechos de los administrados”.

Ahora bien, con relación a la garantía del ejercicio de la libertad de información reconocido a los medios de comunicación y la protección de los bienes constitucionales y convencionales al buen nombre y a la honra se dijo:

“El derecho a la información, que sobra advertir, no sólo se reduce a su esfera de protección en el artículo 20¹²⁶ de la Constitución Nacional, sino que

¹²⁵ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema, Marcial Pons, Madrid, 2003, p.274.

¹²⁶ Bajo lo establecido en el artículo 93 de la Carta Política, el derecho a la información se encuentra internacionalmente protegida en los siguientes instrumentos: Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968) en su artículo 19 numeral 2: *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.* Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto San José de Costa Rica” (Ley 16 de 1972) artículo 13 No. 1: *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.* Declaración Universal de los derechos humanos, artículo 19: *Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de*

comprende, y en esto debe el juez contencioso administrativo operar en virtud del control de convencionalidad, también su consagración y alcance según el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (que fue incorporada al derecho colombiano por la ley 16 de 1972), tiene por objeto no solo la garantía de la libertad de quienes son los sujetos activos que difunden o emiten una noticia, una investigación, una información en términos generales, (que hacen periodismo, periodistas y empresas periodísticas, los medios de comunicación –en todas sus formas- todos ellos actores del derecho a la información) sino también el derecho de quienes la reciben¹²⁷. La información que los medios de comunicación transmiten a la comunidad, debe contener las características de veracidad e imparcialidad¹²⁸, esto es, que la misma corresponda a los acontecimientos que son materia noticiosa sin que puedan, quienes ejercen la actividad periodística, o en quienes radica la misma y están en el deber de administrarla razonablemente, esto es, el Estado, manipularla para ciertos fines o intereses, ya que con fundamento en el artículo 95 numeral 1º de la Carta Política, no puede afectarse la dignidad, el buen nombre y la honra de las personas¹²⁹. En el contexto de la Convención Americana de Derechos Humanos, la “Corte ha señalado anteriormente, con respecto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social”¹³⁰.

Según el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la libertad de información tiene como una de sus manifestaciones clásicas la libertad de prensa que cumple con unas funciones específicas, entre ellas, ser un control de poder (dentro de la idea de una sociedad democrática) y ser depositaria de la confianza pública. La primera de ellas, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional la “desempeñan los medios haciendo visibles, describiendo, evaluando y criticando los diferentes procesos y gestiones sociales y estatales”; en tanto que la función de confianza pública, se corresponde con la actividad de los medios en poner en conocimiento las inquietudes de los ciudadanos. “Las personas confían en que los medios de comunicación interpreten oportuna y fielmente lo que los ciudadanos piensan y sienten y luego se lo comuniquen a toda la comunidad de manera clara e inteligible para todos”¹³¹.

Consecuencia de lo anterior, el ejercicio de la libertad de prensa como manifestación del derecho a la información, en un Estado democrático se constituye en un instrumento de libertad y de legitimidad democrática. En

sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión

¹²⁷ Ver entre otras, sentencias de la Corte Constitucional T-512 de 1992; T- 259 de 1994; T- 1225 de 2003; T-209 de 2009. También puede verse decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Ivche Bronstein vs. Perú, 6 de febrero de 2001; Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2 de julio de 2004; caso Kimel vs. Argentina, 2 de mayo de 2008; caso Usón Ramírez vs Venezuela, 20 de noviembre de 2009.

¹²⁸ Ver sentencia T- 259 de 1994; T- 1198 de 2004 y T-259 de 2009.

¹²⁹ Ibídem. El artículo 95 numeral 1º de la C.N establece: *Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.*

¹³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2 de julio de 2004; Caso Ivche Bronstein vs. Perú de fecha 6 de febrero de 2001.

¹³¹ Ver entre otras las sentencias T-080 de 1993, T-066 de 1998, T-1000 de 2000, C-650 de 2003; T-1225 de 2003.

ese sentido, los periodistas, las empresas periodísticas y los medios de comunicación en general, son autores vivos de la realidad social¹³², para lo cual pueden manejar todas las fuentes que estén a su alcance, utilizándolas siempre bajo los parámetros definidos constitucional, y convencionalmente, sin que su ejercicio abusivo pueda implicar la vulneración de derechos de las personas, en especial aquellos que tienen relación directa con el honor, la honra, el buen nombre y la intimidad, para lo cual el Estado debe estar atento, como sujeto activo, a controlar y adoptar las medidas correspondientes, ya que no se trata de un derecho absoluto.

Ahora bien, cuando se trata de difundir y poner en conocimiento noticias de carácter judicial o derivadas de investigaciones adelantadas por organismos policiales, de inteligencia o de seguridad del Estado, es deber de los medios de comunicación encausarlos en informaciones objetivas y no especulativas, ni puede versar sobre hechos inciertos ni en conclusiones deducidas apresuradamente por los periodistas, por cuanto puede generar un menoscabo en los derechos de las personas involucradas en las informaciones noticiosas¹³³. Pero esta obligación tiene a su vez un deber en relación con aquellos que tienen la información, tal es el caso por ejemplo de las autoridades de la República que conservan o poseen información privilegiada o de reserva, especialmente aquella que tiene origen en labores investigativas y de inteligencia, que requieren no sólo de un mínimo de contenido certero y concreto respecto de personas o cosas que implican una alteración al orden público o a la seguridad nacional, sino que exigen la máxima responsabilidad al momento de difundir dicha información, o de ponerla a disposición de los medios de comunicación, ya que en caso de no contar con la razonable veracidad, imparcialidad y transparencia, puede representar la vulneración de los derechos constitucionales y supraconstitucionales al honor, honra, buen nombre e intimidad de las personas.

Bajo esta perspectiva del derecho a la información, guarda una relación inevitable con los derechos constitucionales y supraconstitucionales del buen nombre, honra, honor e intimidad, en la medida en que los mismos deben ser preservados en todas las instancias del proceso informativo. El derecho al buen nombre consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política¹³⁴,

¹³² La Corte Europea también ha reconocido este criterio, al sostener que la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo. Dicha libertad no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Cfr. Caso Ivche Bronstein vs. Perú de fecha 6 de febrero de 2001.

¹³³ En sentencia T- 259 de 1994 se expuso lo siguiente: “(...) Así acontece, por ejemplo, cuando se divulgan elementos propios de la vida íntima de las personas, afectando el derecho plasmado en el artículo 15 de la Constitución, o cuando un determinado contexto informativo, pese a estar basado en hechos ciertos, induce a que los receptores de la noticia, por razón de la forma en que ella es presentada, lleguen a conclusiones que implican daño a la honra, la fama o el buen nombre de los involucrados en aquéllas, o comporta simultáneamente una concepción inexacta de los hechos y el quebranto directo del derecho a la intimidad de una persona o atenta contra su dignidad humana (...)”.

¹³⁴ El derecho al buen nombre y a la honra se encuentra protegido internacionalmente en los siguientes instrumentos: Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos (Ley 74 de 1968) Artículo 17 No. 1: Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Convención Americana sobre derechos humanos “Pacto San José de Costa Rica” (Ley 16 de 1972) Artículo 11: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques. Declaración universal de los derechos humanos, artículo 12: Nadie será objeto de

alude:

*"(...) al concepto que del individuo tienen los demás miembros de la sociedad en relación con su comportamiento, honestidad, decoro, calidades, condiciones humanas y profesionales, antecedentes y ejecutorias. Representa uno de los más valiosos elementos del patrimonio moral y social de la persona y constituye factor indispensable de la dignidad que a cada uno debe ser reconocida (...)"*¹³⁵.

*Así mismo, ha establecido la Corte Constitucional que en el evento en que una persona pueda reclamar la protección de dicho derecho, también depende de un reconocimiento externo, identificado como una aceptación social¹³⁶, pero no se vulnera el mismo, cuando es la persona directamente quien le ha impuesto el demérito a sus conductas y ha perturbado su propia imagen ante la colectividad¹³⁷.
(...)*

A lo que cabe agregar, que la garantía del ejercicio de la libertad de información comprende, a su vez, el deber de protección cuando se trata del derecho a la honra, al buen nombre, de aquellos sujetos que tienen reconocida una posición social y económica dentro de una comunidad determinada, la vulneración puede ser mayor y manifestarse no sólo en restricciones en la esfera personal, sino también en la económica de los afectados, como puede ser el caso que es objeto de juzgamiento por la Sala¹³⁸. De ahí que sea necesario examinar, brevemente el alcance de la vulneración a los bienes constitucionales y convencionales al buen nombre y a la honra".

Finalmente, la decisión que se viene reiterando, fijó algunos criterios para el

injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

¹³⁵ Tal concepción se puede ver en sentencias de la Corte Constitucional T-412 de 1992; T-047 de 1993; T-097 de 1994; T- 228 de 1994; T- 259 de 1994; SU.056 de 1995; SU.082 de 1995; SU.089 de 1995; T-189 de 1995; T-360 de 1995; T-355 de 2002, T- 1198 de 2004.

¹³⁶ Sentencia SU - 1723 de 2000 y T- 437 de 2004.

¹³⁷ Ver entre otras. Sentencia T- 228 de 1994; T - 437 de 2004 y T- 219 de 2009.

¹³⁸ Cuando se presentan conflictos entre el derecho a la información y los derechos a la honra, el buen nombre y la intimidad, en el caso de las personas y los hechos de importancia públicos, predomina prima facie el primero. En estos eventos, el derecho de información debe ser preferido, en principio, en razón del papel de control del poder que se asigna socialmente a los medios de comunicación. Del reconocimiento de que los medios cumplen en este campo una función importantísima para la vigencia del sistema democrático se deriva que ellos deben gozar de amplia libertad en la tarea de supervisión de las entidades estatales - y de los poderes privados. Si se impusieran fuertes restricciones sobre la prensa en estas áreas se perjudicaría en medida notable su capacidad de vigilancia sobre el correcto desempeño de estos poderes. No desconoce la Corte que la referida amplitud de la libertad de prensa en estos campos puede llegar a afectar los derechos de las personas que se desempeñan en posiciones de notoriedad e interés público. No obstante, en principio habrá de responderse que estas personas, al aceptar su situación social, han consentido tácitamente en una cierta restricción de esos derechos. En efecto, su papel de figuras públicas los convierte en objeto del interés general, por lo cual es de esperar que tanto sus actividades públicas como su vida privada sean observadas de manera minuciosa por parte de la sociedad. (Subrayas en el texto original). Sin embargo ha acentuado la Corporación que la protección de la libertad de información no puede interpretarse de manera que se llegue al extremo de tolerar la difamación injusta de estas personalidades. El hecho de que la persona "afectada" sea una personalidad pública no supone *a priori* la inoperancia de la protección constitucional de los derechos al buen nombre, a la honra y a la intimidad. Simplemente significa, que se tornan más estrictos los juicios tendientes a demostrar que no existe "un balance en la opinión o que se presenta un ánimo persecutorio". Así, será, en buena medida, el comportamiento del personaje el que responda a las opiniones y deberá ser *manifiesta la afectación e inadmisibles* los comentarios en una democracia constitucional". Corte Constitucional. Sentencia T-260 de 2010.

análisis del juicio de imputación frente a la vulneración de los derechos al buen nombre y a la honra, dentro de los cuales se estableció:

i) La posición de los demandantes en la sociedad: en relación a lo cual debe decirse que las víctimas, sindicadas por el diario Nuevo Día de subversivos, eran civiles que por circunstancias externas, resultaron afectados en la ejecución del operativo militar.

ii) La existencia de una información: como se dijo en el acápite correspondiente a la evaluación del daño antijurídico, la publicación mediante la cual se desconocieron los derechos a la honra y buen nombre de las víctimas, efectuada en el Diario Nuevo Día de la ciudad de Ibagué, quedó plenamente demostrada.

iii). La información divulgada vulneró y restringió los derechos al buen nombre, honra de las víctimas, en sus esferas personal y económica: Si bien en el caso de autos la vulneración al buen nombre y la honra recayó sobre dos personas que fallecieron en el mismo acto que dio lugar a las publicaciones, ello no obsta para que la protección de tales derechos se garantice mi excusa su desconocimiento, principalmente, por cuanto tal desconocimiento afecta, por rebote, los intereses de sus familiares y seres cercanos que tienen que enfrentar los comentarios y desestimaciones sociales y, aún más, confrontar la idea que ellos mismos tenían con relación a sus parientes o amigos. Así, en el *sub judice* se halló acreditado que GUILLERMO IVÁN LONDOÑO y ALBEYS SOTO eran personas comunes que dedicaban su vida al trabajo lícito, imagen claramente creada en sus conocidos y familiares, quienes luego de las publicaciones difundidas en el Diario Nuevo Día, sufrieron lo allí dicho y el señalamiento social.

iv) Indebido manejo de la información en cabeza o posesión de las entidades demandadas: finalmente, este es el punto de mayor relevancia para el juicio de imputación, en tanto, sólo cuando este se hallé completamente acreditado habrá lugar a la atribución fáctica y jurídica de la vulneración a la administración.

Al respecto, en el caso de autos no se encuentra probado el indebido manejo de la información en cabeza de las entidades demandadas, pues como se observa del material probatorio, no existen medios que directa o indirectamente permitan inferir que las publicaciones efectuadas por el Diario el Nuevo Día, fueron producto de afirmaciones hechas por miembros de las fuerzas militares o que dichas publicaciones hayan tenido su fuente en informaciones procedentes del Ejército Nacional, razón por la cual el daño aquí inferido no puede ser imputable a las entidades demandadas y por ende procede la negación de las pretensiones derivadas de la lesión al buen nombre y la honra de las víctimas.

En conclusión, no se reúnen íntegramente los elementos de imputación jurisprudencialmente requeridos para atribuir la violación de los derechos a la honra y al buen nombre, vulnerados con las publicaciones contendidas en el diario “El Nuevo Día”, a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

5. Perjuicios.

5.1. Perjuicios Morales.

La parte actora solicitó el reconocimiento de perjuicios morales en el equivalente en moneda nacional de 5.000 gramos de oro fino, para cada uno de los demandantes.

5.1.1. Reconocimiento de los perjuicios morales.

La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012 señaló que en “cuanto se refiere a la forma de probar los perjuicios morales, debe advertirse que, en principio, su reconocimiento por parte del juez se encuentra condicionado –al igual que (sic) demás perjuicios- a la prueba de su causación, la cual debe obrar dentro del proceso”. En la misma providencia se agrega que “la Sala reitera la necesidad de acreditación probatoria del perjuicio moral que se pretende reclamar, sin perjuicio de que, en ausencia de otro tipo de pruebas, pueda reconocerse con base en las presunciones derivadas del parentesco, las cuales podrán ser desvirtuadas total o parcialmente por las entidades demandadas, demostrando la inexistencia o debilidad de la relación familiar en que se sustentan”.

Sin duda, en los eventos en los que la afectación a las personas (por muerte o lesiones) produce como consecuencia de los daños antijurídicos en virtud de los hechos como los ocurridos el 25 de febrero de 1998 como consecuencia del enfrentamiento armado de miembros de las fuerzas militares con un grupo armado insurgente, en el que resultaron muertos GUILLERMO IVÁN LONDOÑO y ALBEYS SOTO VACA, no puede reducirse su materialidad a la simple constatación desde la perspectiva ordinaria, sino que cabe comprender su consideración en el marco del respeto al ordenamiento jurídico y a los derechos humanos, intereses y bienes que se vean vulnerados, socavados y lesionados, y se radican en cabeza de los demandantes.

La premisa, inicial, para fundamentar esto se radica en la afirmación del principio de la dignidad humana, cuyo despliegue no se agota solamente en la esfera interior, íntima y personal del sujeto, sino que se desdobra a los sentimientos que se producen de aflicción, desesperación, congoja, desasosiego, temor, etc., que afloran cuando se produce la muerte de un pariente cercano.

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

Precisamente, en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 11 de mayo de 2007, relativa a la masacre de la “Rochela”, se sostuvo “que en el ámbito interno no se dispuso una indemnización por el sufrimiento propio de las víctimas fallecidas, por lo que corresponde determinar la indemnización pertinente”. Se trata, por lo tanto, de reconocer que con ocasión de la afectación de la lesión a la vida, a la integridad personal, o al ejercicio de la libertad, por ejemplo, de las víctimas y sus familiares se produjo, como se puede constatar con los medios probatorios que obran en el expediente (en especial la prueba testimonial), toda una serie de padecimientos, sufrimientos y temores que se reflejan en lo más íntimo y personal de cada uno, ponderado en función a su posterior tasación y liquidación, que de no reconocerse, para este tipo de casos específicamente y con la mayor cantidad de medios probatorios permita arrojar la certeza, o inducir con certeza la existencia de tales perjuicios en cabeza de todos y cada uno de los actores, podría socavar el derecho a la reparación integral reconocido constitucional y legalmente.

Debe, además, como parte de la motivación, examinarse si se acreditó el parentesco debida y legalmente, con los registros civiles, para reconocer los perjuicios morales en cabeza de los demandantes, para lo que procede la aplicación de las reglas de la experiencia, según las cuales se presume que la

muerte, lesión, etc, afecta a los familiares más cercanos de la víctima (esto es, los que conforman su núcleo familiar), y se expresa en un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad (el segundo criterio con el que ya cuenta el juez en el momento de reconocer los perjuicios morales tiene que ver con el concepto de familia, que será importante para determinar la tasación y liquidación de los mismos perjuicios, ya que puede apreciarse (de la prueba testimonial):- ¿cómo estaba conformada la familia?; - ¿qué rol desempeñaba la víctima al interior de su familia?; - ¿cómo estaban definidas las relaciones entre la víctima y los demás miembros de la familia?; - ¿si se trataba de una familia que convivía o no en un mismo espacio?; - ¿si se trataba de una familia que estaba disgregada, o de una familia fruto de diferentes relaciones de los padres –hermanastros, hermanos de crianza, por ejemplo-?), y de reconocer su existencia bien sea como un derecho prestacional o fundamental.

En el caso de autos, se encuentra acreditado el parentesco de los demandantes con la víctima GUILLERMO IVÁN LONDOÑO, con los correspondientes registros civiles, así:

- Registro Civil de Nacimiento de LONDOÑO RAMIREZ GUILLERMO IVAN donde consta que nació el 27 de abril de 1967, hijo de MARGARITA RAMÍREZ y GUILLERMO LONDOÑO¹³⁹ (padres)

- Registro Civil de Nacimiento de GARCIA RAMIREZ HEBERT DE JESUS donde consta que nació el 28 de febrero de 1970, hijo de MARGARITA RAMÍREZ HENAO y HERNADO GARCIA¹⁴⁰ (hermano)

- Registro Civil de Nacimiento de LONDOÑO HERNANDEZ JUAN CAMILO donde consta que nació el 02 de febrero de 1991, hijo de DIANA PAOLA HERNÁNDEZ y GUILLERMO IVAN LONDOÑO RAMIREZ¹⁴¹ (hijo).

- Registro Civil de Nacimiento de LONDOÑO CLAVIJO ANDRÉS FELIPE donde consta que nació el 26 de junio de 1992, hijo de CLAUDIA MARCELA CLAVIJO RICO y GUILLERMO IVAN LONDOÑO RAMIREZ¹⁴² (hijo).

- Registro Civil de Nacimiento de DIANA MAGALLY LONDOÑO G. donde consta que nació el 28 de septiembre de 1971, hijo de MARÍA ESTHER GONZALEZ y GUILLERMO LEON LONDOÑO¹⁴³ (hermana)

- Registro Civil de Nacimiento de LONDOÑO GONZÁLEZ GLORIA ALEJANDRA donde consta que nació el 4 de julio de 1973, hija de MARIA ESTHER GONZALEZ y GUILLERMO LEON LONDOÑO¹⁴⁴ (hermana)

- Registro Civil de Nacimiento de MARÍA MARGOT RAMÍREZ HENAO donde consta que nació el 9 de abril de 1948, hija de RAFAEL RAMIREZ y ELISENIA HENAO¹⁴⁵ (abuela).

¹³⁹ Fl. 9 del C. 1. Rad. 1967/99 y 3 C. de pbas.

¹⁴⁰ Fl. 11 del C. 1. Rad. 1967/99

¹⁴¹ Fl. 12 del C. 1. Rad. 1967/99

¹⁴² Fl. 13 del C. 1. Rad. 1967/99

¹⁴³ Fl. 13 BIS del C. 1. Rad. 1967/99

¹⁴⁴ Fl. 14 del C. 1. Rad. 1967/99

¹⁴⁵ Fl. 15 del C. 1. Rad. 1967/99

- Registro Civil de Nacimiento de LONDOÑO LONDOÑO ANDRÉS EDUARDO donde consta que nació el 14 de febrero de 1980, hijo de MARÍA ALBESA LONDOÑO y GUILLERMO LEON LONDOÑO¹⁴⁶ (hermano).

- Registro Civil de Nacimiento de LONDOÑO LONDOÑO JULIAN DAVID donde consta que nació el 9 de septiembre de 1982, hijo de MARÍA ALBESA LONDOÑO y GUILLERMO LEON LONDOÑO ¹⁴⁷ (hermano)

- Registro Civil de Nacimiento de LONDOÑO BARRAGAN YENNY YURANY donde consta que nació el 30 de noviembre de 1987, hijo de MARÍA IDALY BARRAGAN y GUILLERMO LEON LONDOÑO¹⁴⁸ (hermana)

Por otro lado, en cuanto a la acreditación del parentesco en quienes demandan en calidad de familiares de la víctima ALBEYS SOTO VACA, obran los siguientes registros civiles:

- Registro Civil de Nacimiento de SOTO VACA ALBEYS donde consta que nació el 2 de abril de 1970, hijo de JORGE SOTO y ARGENIS VACA ¹⁴⁹ (madre).

- Registro Civil de Nacimiento de ARGENIS VACA donde consta que nació el 27 de octubre de 1951, hija de ANA JOAQUINA VACA DÍAZ ¹⁵⁰ (abuela).

- Registro Civil de Nacimiento de ALEX VACA donde consta que nació el 10 de diciembre de 1968, hija de ARGENIS VACA¹⁵¹ (hermana).

Visto lo anterior, la Sala encuentra plenamente acreditado el parentesco entre cada uno de los demandantes y las víctima, caso en el cual, el juez reconoce la existencia de los perjuicios morales teniendo en cuenta que con base en las reglas de la experiencia, se presume que, en las circunstancias en que ocurrió, para sus parientes inmediatos debió implicar un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad, por cuanto se trate de parientes cercanos, ya que dicha presunción, al no existir otro medio probatorio en el expediente, reviste sustento jurídico solamente respecto del núcleo familiar vital, esto es, aquel que se comprende dentro del mandato constitucional del artículo 42 de la Carta Política.

Sobre este punto, la Sala considera que la entidad demandada no desvirtuó la presunción de aflicción causada en los demandantes por, lo que lleva a concretar la existencia y reconocimiento de los perjuicios morales en cabeza de éstos.

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

5.1.2. Motivación para la tasación de los perjuicios morales.

La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de

¹⁴⁶ Fl. 16 del C. 1. Rad. 1967/99

¹⁴⁷ Fl. 17 del C. 1. Rad. 1967/99

¹⁴⁸ Fl. 16 del C. 1. Rad. 1967/99

¹⁴⁹ Fl. 18 del C. 2. Rad. 1967/99

¹⁵⁰ Fl. 20 del C. 1. Rad. 1967/99

¹⁵¹ Fl. 21 del C. 1. Rad. 1967/99

2012, sostiene claramente que el “**Juez Contencioso al momento de decidir se encuentra en la obligación de hacer explícitos los razonamientos que lo llevan a tomar dicha decisión, en el entendido que la ausencia de tales argumentaciones conlleva una violación al derecho fundamental del debido proceso**” (citando la sentencia T-212 de 2012 de la Corte Constitucional).

A lo que se agregó, en la misma sentencia de Sala Plena de Sección Tercera, una serie de criterios o motivaciones razonadas que debían tenerse en cuenta para tasar el perjuicio moral, partiendo de afirmar que “**teniendo en cuenta las particularidades subjetivas que comporta este tipo de padecimiento que gravitan en la órbita interna de cada individuo, sin que necesariamente su existencia corresponda con la exteriorización de su presencia, ha entendido esta Corporación que es posible presumirlos para el caso de los familiares más cercanos, dada la naturaleza misma afincada en el amor, la solidaridad y el afecto que es inherente al común de las relaciones familiares, presunción de hombre que, desde luego, es susceptible de ser desvirtuada dentro del proceso**”.

Y se concluyó, en la citada sentencia de la Sala Plena de Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, que “**no puede perderse de vista que de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sala –y de la Corte Suprema de Justicia también-, ha soportado la procedencia de reconocimiento de este tipo de perjuicios y su valoración no solamente con fundamento en la presunción de afecto y solidaridad que surge del mero parentesco, sino que, acudiendo al arbitrium iudicis, ha utilizado como criterios o referentes objetivos para su cuantificación la (sic) características mismas del daño, su gravedad y extensión, el grado de afectación en el caso a cada persona, vale decir el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la situación del demandante afectado, para, por vía del análisis de conjunto, debidamente razonado, llegar a concretar un monto indemnizatorio determinado que de ninguna manera puede asumirse como algo gracioso, nacido de la mera liberalidad del juez**” (subrayado fuera de texto).

En la misma línea esta Sub-sección desde junio de 2011 viene afirmando la necesidad de motivar razonadamente la tasación de los perjuicios morales, con fundamento no solamente en la presunción de aflicción derivada de la mera constatación del parentesco, sino considerando de las pruebas allegadas una serie de criterios o referentes objetivos que permitan la cuantificación del perjuicio moral de una manera razonada, proporcional y, especialmente, ponderadamente en consideración a cada caso, y no como una regla en abstracto.

La unificación sostenida en la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012 exige, además, que la Sub-sección advierta la necesidad de estudiar, analizar y leer juiciosamente la sentencia de 6 de septiembre de 2001 (expediente 13232-15646), para extraer los argumentos que pueden servir de sustento al sentido correcto de la tasación de los perjuicios morales, en concordancia con la sentencia de 23 de agosto de 2012 (sin olvidar que en la misma, la Sala Plena de la Sección Tercera resolvió un caso en materia de accidente de tránsito):

a) El planteamiento inicial de la Sección Tercera es que demostradas “las relaciones de parentesco cercanas alegadas en la demanda, puede inferirse, aplicando las reglas de la experiencia, que los actores tenían un nexo afectivo importante (...) que determinó la existencia de lazos de alianza y solidaridad entre ellos, y que, por lo tanto, aquéllos sufrieron un profundo pesar con la muerte”

(subrayado fuera de texto); b) “puede inferirse, igualmente, que la persona más afectada fue su madre, dada la naturaleza de la relación que normalmente se establece entre un hijo y su progenitora” (subrayado fuera de texto); c) luego, bastaría “entonces, las pruebas del parentesco aportadas al proceso, para que esta Sala considerara demostrado, mediante indicios, el daño moral reclamado por los demandantes” (subrayado fuera de texto); d) de acuerdo con la sentencia de 21 de julio de 1922, de la Corte Suprema de Justicia, el quantum indemnizatorio del perjuicio moral cabe “fijarlo, aunque sea aproximadamente, ya que de otro modo habría que concluir que derechos de alta importancia quedan desamparados por las leyes civiles, cuandoquiera que su infracción escapa a la acción de las leyes (...)podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido hasta dos mil pesos” (subrayado fuera de texto); e) a su vez, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en la sentencia de 27 de septiembre de 1974 consideró que “teniendo de presente la desvalorización de la moneda y el fin perseguido en una condena de satisfacción y no de compensación, es por ahora la indicada para mitigar o satisfacer un perjuicio de aquella naturaleza padecido en su mayor intensidad” (subrayado fuera de texto), de tal manera que “cuando el perjuicio pudiera ser de grado inferior, por cualquier causa, como cuando es más lejano el vínculo de parentesco que liga a los protagonistas, debía fijarse una suma prudencialmente menor” (subrayado fuera de texto); f) la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia hasta 2001 argumentó que “las sumas fijadas no tienen el carácter de topes obligatorios para los falladores de las instancias, dado que a los jueces les está vedado proveer por vía de disposición general o reglamentaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 del Código Civil; constituyen, simplemente, una guía para los jueces inferiores, que deben ceñirse a su prudente juicio, al tasar los perjuicios morales” (subrayado fuera de texto); g) de acuerdo con la Aclaración de Voto de Fernando Hinestrosa a la sentencia del Consejo de Estado de 25 de febrero de 1982: “Conviene pues la afirmación de la discrecionalidad de la jurisdicción contencioso administrativa, igual que la civil, para aceptar la presencia de un daño moral y graduar la magnitud individual de su reparación, con fundamento en el buen sentido y en hechos ciertos sobre las circunstancias de víctimas directa e indirecta de la agresión, derechamente en moneda corriente, muy sobre el caso y su prueba, de donde podrá surgir para examen retrospectivo, una visión estadística, y no a la inversa, sobre tablas arbitrarias en cuanto abstractas, o por cauces de sentimentalismo” (subrayado fuera de texto); h) así mismo, “no puede perderse de vista el principio de equidad, también previsto en la norma transcrita para ser tenido en cuenta en la labor de valoración del daño” (subrayado fuera de texto); i) su “importancia resulta mayor cuando se trata de la indemnización de un perjuicio que, por la naturaleza de éste, no puede ser restitutoria ni reparadora, sino simplemente compensatoria” (subrayado fuera de texto); j) “la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia” (subrayado fuera de texto); k) se “impone al juez, entonces, el ejercicio de una cierta discrecionalidad, que, sin embargo, debe encontrarse suficientemente razonada y fundada en las probanzas que, en el proceso, obren sobre la existencia del perjuicio y su intensidad” (subrayado fuera de texto); l) no “se trata, en efecto, de una facultad arbitraria; por ello, en su desarrollo, debe buscarse también la garantía del principio de igualdad, lo que hace necesaria la comparación de la situación debatida con otras ya decididas, con fundamento en el análisis de los diferentes aspectos que determinan aquella y éstas, dentro de los cuales deberá tomarse en cuenta, por supuesto, el valor real de la indemnización” (subrayado fuera de texto); ll) la jurisdicción contencioso administrativa debe sujetarse a lo consagrado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998; y, m) se “afirma, entonces, la independencia del juez contencioso administrativo para fijar, en cada caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor

de la indemnización del perjuicio moral" (subrayado fuera de texto).

De los anteriores argumentos no cabe la menor duda que la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 6 de septiembre de 2001 ha venido siendo deformada, de tal manera que en la actualidad sólo interesa citar aquellos apartes en los que el sustento del arbitrio judicium (arbitrium judicis) aparece descontextualizado de todo el elemento argumentativo completo que utilizó la Sala en dicha providencia, lo que plantea una seria preocupación no sólo frente al respeto del principio de igualdad, sino del debido proceso y del efectivo acceso a la administración de justicia.

Cabe resaltar que la sentencia de 6 de septiembre de 2001 establece como obligación del juez contencioso administrativo la necesidad de motivar razonada, proporcional y ponderadamente la tasación de los perjuicios morales, sin fijar límite alguno en cuanto al método a utilizar. En ese sentido, y ya valorada correctamente dicha providencia se puede considerar a) la distinción que hace entre reconocer, tasar y liquidar el perjuicio moral; b) ciertos criterios en los que el juez puede apoyarse al momento de tasar y liquidarlo: reglas de la experiencia; nexo afectivo importante; relación hijo y progenitora; cercanía o lejanía del vínculo de parentesco; circunstancias de las víctimas directas e indirectas frente al padecimiento (por muerte o lesiones); discrecionalidad razonada y fundada en las pruebas allegadas al proceso; debe compararse la situación debatida con otras ya decididas (afirmación jurídicamente correcta del precedente horizontal); analizar los diferentes aspectos que comparativamente determinen cada una de las situaciones, tener en cuenta el "valor real de la indemnización"; y, determinar la intensidad y sufrimiento de gran profundidad "superior a muchos de los pesares imaginables"; c) además, la sentencia de 6 de septiembre de 2001 si bien no fija método o forma de tasar y liquidar el perjuicio moral, señala claramente que "con el fin de garantizar el desarrollo uniforme de la jurisprudencia en este aspecto, esta Corporación establezca pautas que sirvan de referencia a los juzgadores de inferior jerarquía, cuyos fallos, sin embargo, en cuanto tasan la indemnización del perjuicio aludido, sólo podrán ser revisados por la instancia superior dentro del marco de sus competencias" (subrayado fuera de texto), con lo que una alternativa puede ser la metodología del "test de proporcionalidad", o cualquier otra que se elabore ya sea por cada Sub-sección, o por la Sala Plena de la Sección Tercera.

Por este motivo, es necesario que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, atienda la observación coincidente de esta Sala, de las aclaraciones de voto y de los usuarios que plantean tutelas con argumentos similares, de examinar el alcance que se le ha dado a la sentencia de 6 de septiembre de 2001 (expedientes 13232-15646), y de su ajuste a la más reciente jurisprudencia constitucional e interamericana de derechos humanos, en aras de preservar las garantías fundamentales a la igualdad, al debido proceso, a la tutela judicial efectiva, y el derecho a la reparación integral. Lo anterior, y dando continuidad a la argumentación de la mencionada sentencia, para que se entienda que "la afirmación de la independencia del juez implica la asunción, por parte de éste, de una responsabilidad mayor. Deberá ponerse especial esmero en el cumplimiento del deber de evaluar los diferentes elementos que, en cada proceso, permitan establecer no sólo la existencia del perjuicio moral, sino su intensidad, e imponer las máximas condenas únicamente en aquellos eventos en que, de las pruebas practicadas, resulte claramente establecido un sufrimiento de gran profundidad e intensidad, superior a muchos de los pesares imaginables" (subrayado fuera de texto).

Para la tasación de los perjuicios morales, además, cabe estudiar la más reciente

jurisprudencia de la Corte Constitucional que por vía de tutela REVOCÓ varias providencias de la jurisdicción contencioso administrativa, que sustentadas en la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 6 de septiembre de 2001, no cumplieron con las garantías constitucionales al tasar y liquidar los perjuicios morales a los que estaba llamada a pagar la administración pública, fijando sumas sin la razonabilidad, proporcionalidad y ponderación exigible.

De acuerdo con lo argumentado en la sentencia T-351, de 5 de mayo de 2011 (acción de tutela del ICFES contra el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca), cabe extraer: siguiendo la sentencia de 6 de septiembre de 2001 de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la Corte Constitucional considera: a) “el daño moral puede probarse por cualquier medio probatorio”; b) “la prueba solo atañe a la existencia del mismo, pero no permite determinar de manera precisa el monto en que deben reconocerse los perjuicios morales que, por su naturaleza (no puede intercambiarse la aflicción por un valor material) no tienen un carácter indemnizatorio sino compensatorio (en alguna manera intentan recomponer un equilibrio afectado)”; c) para “la tasación del daño, el juez se debe guiar por su prudente arbitrio, pero está obligado a observar, por expreso mandato legal los principios de equidad y reparación integral”; d) el “Consejo de Estado ha decidido establecer las condenas por perjuicios morales en términos de salarios mínimos, considerando que es un parámetro útil en tanto el salario mínimo se fija de acuerdo con el IPC, y de esa forma mantiene un poder adquisitivo constante (o al menos se acerca a ese ideal). Para la alta Corporación es útil establecer el máximo de 100 smlmv como tope, con el fin de que exista un parámetro que evite el desconocimiento al principio de igualdad. Sin embargo, esa suma no **vincula** de forma absoluta a los jueces quienes, como ya se explicó, deben tomar en cuenta consideraciones de equidad al tasar ese tipo de condenas”; e) “la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de daño y perjuicios morales sí establece parámetros vinculantes para los jueces administrativos. En efecto, estos deben seguir *la libertad probatoria* y utilizar su *prudente arbitrio* en el marco de la equidad y la reparación integral para tasar los perjuicios morales. Además, al establecer un tope –al menos indicativo- de 100 smlmv, el Consejo de Estado hizo referencia al principio de igualdad, lo que significa que ese tope, unido a análisis de equidad, debe permitir que cada juez no falle de forma caprichosa sino a partir de criterios de *razonabilidad*, a partir del análisis de casos previos, y de sus similitudes y diferencias con el evento estudiado. El límite, sin embargo, es *indicativo* porque si, a partir de los criterios y parámetros indicados, el juez encuentra razones que justifiquen separarse de ese tope y las hacen explícitas en la sentencia de manera transparente y suficiente, su decisión no se apartaría de la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni sería ajena a la obligación constitucional de motivar los pronunciamientos judiciales”; y, f) lo “que la alta Corporación ha sentado es una presunción (por cierto desvirtuable), de que la muerte de un ser querido causa profunda aflicción y, en consecuencia, procede el pago del monto más alto de perjuicios morales como compensación por la *intensidad* de la aflicción. Lo que indica esta aclaración es que el monto máximo no está ligado inescindiblemente a la muerte de un ser querido, pues por las razones expuestas, no se “paga” a ese ser humano. Ese monto está ligado a la consideración de que, en el caso concreto, se presenta una *grave aflicción*, conclusión a la que puede llegar el juez mediante cualquier tipo de argumento práctico racional que se enmarque en parámetros de equidad y razonabilidad, como presupuesto de la vigencia del principio de igualdad de trato a los ciudadanos por parte de las autoridades judiciales”.

Ahora bien, en la sentencia T-464 de 9 de junio de 2011 (acción de tutela del

ICFES contra el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca, la Corte Constitucional consideró: a) “ante tal valoración, no se haya justificado por qué el incremento de los perjuicios causados se estimó en el máximo que ha definido la jurisprudencia. De hecho, la Sala echa de menos que a pesar de que explícitamente se consideró el daño ocasionado por la muerte de un ser querido, estimándolo como más intenso, no se haya justificado por qué la cuantificación de la frustración por no obtener el título de abogado por tres años iguala tal situación”; b) sin “perjuicio del arbitrio citado, para cuantificar el daño el Tribunal se encontraba obligado a atender los parámetros establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado y los criterios adscritos a los conceptos de “reparación integral” y de “equidad” consignados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Como se advirtió, la amplitud de la citada disposición, no constituye carta abierta para que se definan cantidades dinerarias arbitrarias. Por el contrario, es absolutamente necesario atender las particularidades del caso y definir, por lo menos, qué aspectos hacen equiparable el caso con la pérdida definitiva de un ser querido”; y, c) “la ausencia de argumentos que expliquen por qué a la acción de reparación directa invocada (...) le es aplicable el monto máximo del perjuicio moral, llevan a que la Sala considere tal determinación como arbitraria y, por tanto, vulneradora de los derechos a la igualdad y al debido proceso” (subrayado fuera de texto).

Finalmente, en la más reciente sentencia T-212 de 15 de marzo de 2012 (acción de tutela del ICFES contra las sentencias del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca) la Corte Constitucional planteó la siguiente argumentación que debe observar el juez contencioso administrativo, desde la perspectiva de las garantías a la igualdad y al debido proceso: a) de acuerdo con la jurisprudencia “sobre perjuicios morales del Consejo de Estado, para que haya lugar a la reparación (i) basta que el padecimiento sea fundado, sin que se requiera acreditar ningún requisito adicional. En segundo lugar se indica que (ii) corresponde al juez ‘tasar discrecionalmente’ la cuantía de su reparación”; b) a su vez, dicha jurisprudencia “da tres elementos de juicio para poder esclarecer qué implica el término “discrecionalmente” a saber: (1) la manera como el criterio fue aplicado al caso concreto; (2) los criterios que añade el Consejo de Estado y, finalmente (3) la cita al pie de página que fundamenta la posición de la sentencia”; c) los “criterios adicionales que se advierten en la sentencia del Consejo de Estado para determinar la discrecionalidad judicial en materia de perjuicios morales son dos, a saber: (a) tener en cuenta “*las condiciones particulares de la víctima*” y (b) tener en cuenta “*la gravedad objetiva de la lesión*”. Da pues la jurisprudencia parámetros y factores de análisis mínimos a considerar por los jueces administrativos para identificar los perjuicios morales y el monto de los mismos”; d) “el Consejo de Estado advierte que existe un parámetro constitucional mínimo para ejercicio de la discrecionalidad judicial. Para hacerlo explícito, reitera la distinción que existe entre discrecionalidad y arbitrariedad presentada por la Corte Constitucional en la sentencia C-031 de 1995”; e) la “jurisprudencia del Consejo de Estado, como se evidencia, ha sostenido que no basta con demostrar algún tipo de dolor o de afectación, se ha indicado que la misma ha de ser *intensa*, no puede ser cualquier tipo de contratiempo. En tal medida, por ejemplo, demostrar detrimentos patrimoniales, incluso deterioro en la casa de habitación, no implica comprobar la existencia de perjuicios morales. Pueden probar también situaciones contextuales del caso, que evidencien los problemas vividos, pero ello no exime a la autoridad de contar con alguna prueba de los perjuicios morales en sí mismos considerados”; f) “cuando la jurisprudencia contencioso administrativa reconoce al juez un espacio para el uso de su arbitrio y discrecionalidad para la definición de los perjuicios morales, está buscando considerar las condiciones especiales y particulares de cada asunto.

Son tan especiales y particulares las condiciones del sufrimiento moral de cada persona, que corresponde al juez administrativo en cada caso concreto valorar la existencia del mismo y su magnitud, no *ex ante* y de forma general”; y, g) “no implica que con el tiempo, poco a poco, la jurisprudencia no tenga la capacidad de identificar patrones fácticos similares en varios casos, que, en virtud del principio de igualdad, reclamen soluciones iguales. Como lo ha reconocido esta Corporación (ver sentencia T-351 de 2011), la jurisprudencia contencioso administrativa ha encontrado tres principios básicos que han de orientar el cumplimiento de las funciones judiciales fundadas en la discreción judicial, a saber: *equidad, razonabilidad y reparación integral*. Estos principios, en especial la equidad, demandan al juez algún grado de comparación entre la situación evaluada y otras reconocidas previamente. De lo contrario puede llegarse a decisiones inequitativas, desproporcionadas o discriminatorias”.

Desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, la Sala no puede llamarse a lecturas parciales, acomodadas y dirigidas a justificar forzosamente el arbitrio judicium (*arbitrium judicis*), sino a ejercer con plena objetividad la labor de análisis que demanda el respeto por las garantías constitucionales que merecen respeto según la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En ese sentido, considero después de un estudio y análisis objetivo e imparcial de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 18 de septiembre de 2009 (expediente 20001-3103-005-2005-00406-01, caso de muerte por electrocución), que en sede de la jurisdicción civil ordinaria, la tasación y liquidación de los perjuicios morales atiende a los siguientes criterios: a) la “cuestión es que la lesión inferida a la interioridad del sujeto, es inasible e inconmesurable, concierne a las condiciones singulares de la persona, a su sensibilidad, sensaciones, sentimientos, capacidad de sufrimiento y no admite medición exacta e inflexible, desde luego que el sujeto experimenta un menoscabo no retroaible y el dolor deviene irreversible, cuya existencia se considera en ciertas hipótesis señaladas por la jurisprudencia *in re ipsa* y cuya valoración se efectúa *ex post* sin permitir la absoluta reconstrucción del *status quo ante*” (subrayado fuera de texto); b) de acuerdo con la dilatada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (sentencias de 10 de marzo de 1994; de 5 de mayo de 1999 – expediente 4978-; de 25 de noviembre de 1999 – expediente 3382-; de 13 de diciembre de 2002 – expediente 7692-; y, de 15 de octubre de 2004 – expediente 6199-), “es dable establecer su quantum a través del llamado *arbitrium judicis*”, “tarea que, por lo demás, deberá desplegarse teniendo en cuenta que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre, de modo que ciertos incidentes que a una determinada persona pueden conllevar hondo sufrimiento, hasta el extremo de ocasionarle severos trastornos emocionales, a otras personas, en cambio, puede afectarlos en menor grado. “Aparte de estos factores de índole interna, dice la Corte, que pertenecen por completo al dominio de la psicología, y cuya comprobación exacta escapa a las reglas procesales, existen otros elementos de carácter externo, como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar, las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada” (subrayado fuera de texto); c) “admitida por esta Corte la reparación del daño moral sin más restricciones para fijar su cuantía que las impuestas por la equidad (*ex bono et aequo*) conforme al marco concreto de circunstancias fácticas (cas.civ. sentencias de 21 de julio de 1922, XXIX, 220; 22 de agosto de 1924, XXXI, 83), a partir de la sentencia de 27 de septiembre de 1974, es su criterio

inalterado, la inaplicabilidad de las normas penales para su tasación, remitiéndose al arbitrium iudicis, naturalmente, ponderado, razonado y coherente según la singularidad, especificación, individuación y magnitud del impacto, por supuesto que las características del daño, su gravedad, incidencia en la persona, el grado de intensidad del golpe y dolor, la sensibilidad y capacidad de sufrir de cada sujeto, son variables y el quantum debeatur se remite a la valoración del juez" (subrayado fuera de texto); d) para la valoración del quantum (tasación y liquidación) de los perjuicios morales fija una serie de criterios: "estima apropiada la determinación de su cuantía en el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador" (subrayado fuera de texto); e) contrario a la regla general que propone la Sala dar continuidad, la misma sentencia de la Corte Suprema de Justicia citada considera que la valoración del quantum "es cuestión deferida al prudente arbitrio del juzgador según las circunstancias propias del caso concreto y los elementos de convicción" (subrayado fuera de texto), esto es, que debe atender a cada caso y no como resultado de la aplicación de reglas generales que si se convierten en "tabla de punto" o, en criterio objetivo encubierto; f) "se consagra el resarcimiento de todos los daños causados, sean patrimoniales, ora extrapatrimoniales, aplicando la equidad que no equivale a arbitrariedad ni permite "valoraciones manifiestamente exorbitantes o, al contrario inicuas y desproporcionadas en relación con los perjuicios sufridos" (subrayado fuera de texto); y, finalmente, g) "en preservación de la integridad del sujeto de derecho, el resarcimiento del daño moral no es un regalo u obsequio gracioso, tiene por causa el quebranto de intereses protegidos por el ordenamiento, debe repararse in casu con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa según el ponderado arbitrio iudicis, sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador" (subrayado fuera de texto).

En tanto que estudiada objetiva e imparcialmente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considero relevante destacar los siguientes criterios para la tasación y liquidación de los perjuicios morales: a) "la Corte ha asociado el daño moral con el padecimiento de miedo, sufrimiento, ansiedad, humillación, degradación, y la inculcación de sentimientos de inferioridad, inseguridad, frustración, e impotencia"; b) en "Mack Chang v. Guatemala, por ejemplo, la Corte ponderó las graves circunstancias del caso, así como el agudo sufrimiento de la víctima y sus familiares"; c) en el caso Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador, la Corte consideró que "es propio de la naturaleza humana que toda persona experimente dolor ante el desconocimiento de lo sucedido a un hijo o hermano, máxime cuando se ve agravado por la impotencia ante la falta de las autoridades estatales de emprender una investigación diligente sobre lo sucedido"; finalmente, en los caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, y Aleboetoe contra Suriname, la Corte se apoyó en pruebas psicológicas para poder liquidar el perjuicio moral.

Para el caso específico la motivación de la decisión judicial por medio de la que se ordena reconocer, tasar los perjuicios morales puede encontrar sustento en la teoría de la argumentación jurídica entre cuyos postulados se encuentra:

"(...) 1. Toda valoración que el juez realice y que sea relevante para su decisión final del caso debe estar expresamente justificada mediante argumentos. 2. Estos argumentos han de tener tres propiedades que

podemos denominar formales: no deben contener inferencias erróneas, no deben ser incompletos, en el sentido de que todas sus premisas no evidentes deben ser explicitadas, y han de ser pertinentes, es decir, tienen que versar sobre el verdadero contenido de las premisas del juicio que se quiere fundamentar. 3. Estos argumentos debe ser convincentes o, si se quiere utilizar una expresión menos rotunda, han de poder ser juzgados como razonables por cualquier observador imparcial, en el marco de la correspondiente cultura jurídica. Este requisito plantea la necesidad de que, como mínimo, dichos argumentos sean admisibles, y que lo sean por estar anclados en o ser reconducibles a algún valor esencial y definitorio del sistema jurídico propio de un Estado constitucional de derecho. La satisfacción de esas exigencias es condición de que la decisión judicial merezca el calificativo de racional conforme a los parámetros mínimos de la teoría de la argumentación. Con ello se comprueba que la racionalidad argumentativa de una sentencia no depende del contenido del fallo, sino de la adecuada justificación de sus premisas” (subrayado fuera de texto).

La garantía constitucional de acceso a la administración de justicia se concreta, sin lugar a dudas, en la motivación que el juez como representante del Estado debe dar a sus providencias, no sólo como forma de respetar los expresos mandatos constitucionales de los artículos 228 y 230 de la Carta Política, sino como expresión del acceso a la justicia en igualdad para todas las partes (artículo 229 y 29 de la Carta Política), y de respeto a los derechos al debido proceso y a la defensa. En la doctrina más reciente se afirma que la “garantía constitucional de motivación de las sentencias supone que el Estado, partiendo de la prohibición de la autodefensa de los particulares en virtud del principio de reserva de jurisdicción, ofrece a estos a cambio la acción, entendida como invocación de la garantía por parte del Estado de observancia del Derecho, y ofrece la acción a través del proceso, del processus iudicii, siendo, precisamente ese juicio, el núcleo fundamental que da sentido no sólo al proceso, como magistralmente lo entendió CARNELUTTI en su célebre trabajo <Torniamo al guidizio>, sino también a la propia garantía de motivación judicial, porque será mediante la motivación de la decisión en la fase de juicio, primero coram proprio iudice y, luego, coram partibus, cuando efectivamente se cumpla con lo estipulado en sede constitucional, haciendo visible en la fundamentación de la resolución esa sujeción que el propio Estado se ha impuesto a su poder soberano a través de la garantía de observancia de su propio Derecho”

Como puede extraerse, la motivación de las decisiones, resoluciones o sentencias judiciales no obedece a un capricho, ni puede quedar reducida a fórmulas mecánicas de redacción con las que simplemente se está incumpliendo con los mandatos constitucionales señalados al principio, “porque el reconocimiento en sede constitucional de la garantía de motivación de las sentencias, implica que, al menos, en el plano formal, los ciudadanos tengan una razonable expectativa de seguridad y confianza en la jurisdicción, cuando ejerciten la acción en un concreto proceso. El reconocimiento de esta garantía en sede constitucional subraya especialmente el compromiso de limitación y sujeción del Estado a su propio Derecho en las sentencias”.

La motivación de las sentencias como limitación y sujeción del Estado “a su propio derecho” no opera solamente en uno de los extremos del proceso, demandante (ciudadano-administrado), sino que puede invocarse en el contencioso administrativo por la administración pública, como demandada. Lo anterior procede en atención a la aplicación del principio de legitimación democrática, cuya articulación con la sumisión del juez a la ley nadie duda.

Así mismo, la motivación de las sentencias debe permitir distinguir entre aquella que es suficiente, y la que es completa. Como en una ocasión se citó al profesor Rafael de Asís por parte de la Sala, cabe hacerlo en esta ocasión, ya que este autor entiende “que el concepto de motivación suficiente se refiere al conjunto de elementos necesariamente presentes en la decisión judicial para que ésta sea válida, mientras que la motivación completa se distinguiría del concepto anterior por referirse ante todo a la corrección de la decisión y no sólo a la validez de la misma. Es decir, al conjunto de elementos que hacen que una decisión válidamente elegida sea también racionalmente correcta”. Desde la perspectiva procesal la “motivación completa alude a una justificación plena de la *facti* como en aquellos otros que integran la *quaestio iuris*. Por el contrario, la motivación suficiente alude a un mínimo de razonamiento justificativo ineludible para que la resolución judicial sea conforme a las funciones propias de la exigencia constitucional y legalmente garantizada de motivación”.

En las dos perspectivas, filosófica y procesal, la motivación de las sentencias (de las decisiones judiciales) tiene unos criterios fundamentadores reconocibles: a. cuando se invoca la motivación suficiente se está exigiendo del juez (contencioso administrativo, por ejemplo) que tenga en cuenta en la construcción de su decisión los elementos imprescindibles y necesarios para dotar de validez a la misma; b. cuando se invoca la motivación completa, el juez debe ajustar su decisión a unos mínimos de corrección, y no sólo a la simple validez, que se sustenta en la racionalidad como principio básico; c. la motivación es completa, también, cuando se comprende la justificación de todos los aspectos fácticos y jurídicos integrados en la litis; d. finalmente, la motivación será suficiente, también, cuando el juez realiza un razonamiento justificativo, y no simplemente inductivo, presuntivo o especulativo.

En la jurisprudencia constitucional la motivación de las sentencias judiciales “tiene sentido no solo porque la misma es presupuesto de la garantía de la doble instancia, dado que en la práctica, si el juez no expresa suficientemente las razones de su fallo, se privaría a la parte afectada por el mismo, del ejercicio efectivo de los recursos que pueda haber previsto el ordenamiento jurídico, sino también como elemento de legitimación de la actividad jurisdiccional, puesto que los destinatarios de la misma deben recibir de manera clara el mensaje según el cual la decisión no es el fruto del arbitrio del funcionario judicial sino el producto de la aplicación razonada del derecho a los hechos relevantes y debidamente acreditados en el proceso. De este modo, los jueces deben exponer suficientemente la manera como su decisión se deriva del derecho aplicable y corresponde a una adecuada valoración de los hechos que fueron sometidos a su consideración. Esa exigencia tiene un elemento adicional cuando se trata de decisiones de segunda instancia, pues en tales eventos el juez debe no solo justificar el sentido de su propia providencia, sino mostrar, además, las razones por las cuales, cuando ese sea el caso, se ha revocado la decisión del inferior” (subrayado fuera de texto).

Dicho sentido, siguiendo a la jurisprudencia constitucional, debe tener en cuenta, además, que en un “estado democrático de derecho, en tanto garantía ciudadana, la obligación de sustentar y motivar de las decisiones judiciales, resulta vital en el ejercicio de la función jurisdiccional. La necesidad de justificar las decisiones judiciales, salvo aquellas en las cuales expresamente la ley ha prescindido de este deber, garantiza que sea la voluntad de la ley y no la del juez la que defina el conflicto jurídico. En este sentido, la motivación de los actos jurisdiccionales, puede ser vista como un componente que refuerza el contenido mínimo del debido

proceso, dado que constituye una barrera a la arbitrariedad judicial y contribuye a garantizar la sujeción del juez al ordenamiento jurídico y el posterior control sobre la razonabilidad de la providencia” (subrayado fuera de texto). Lo que implica, que la motivación, más allá del debate dicotómico entre suficiente y completa, se exige como garantía de materialidad del ejercicio del debido proceso, “barrera a la arbitrariedad judicial”, plena sujeción del juez al ordenamiento jurídico y, ejercicio de un verdadero juicio de razonabilidad en la decisión judicial.

De acuerdo con Taruffo la “motivación, nos dice, exige como requisito fundamental una adecuación plena al principio de completitud del discurso justificativo que la desarrolla”, lo que implica que el “principio de completitud de la motivación garantiza que la cognición judicial se ha desarrollado atendiendo a la ineludible exigencia de juzgar conforme a lo alegado por las partes, que delimitan el objeto procesal, atendiendo al viejo brocardo iudex debet iudicare secundum allegata et probata partium. Por eso, bien puede compartirse que la exigencia de completitud de la motivación sea regla general, modulándose su validez en cada caso concreto a tenor de la vieja máxima exceptio firmat regulam in contrario in casibus non exceptis”.

Con fundamento en lo anterior, la motivación (o argumentación) de los perjuicios morales exige que el juez contencioso administrativo pueda distinguir: 1) el reconocimiento de los perjuicios, para cuya motivación cabe sustentarse en la presunción de aflicción cuando se trata de dosificarlos cuando se trata de la muerte o lesión de una persona; o, en la vulneración de los derechos inherentes a los bienes muebles o inmuebles que resulten afectados; 2) la tasación y liquidación de los perjuicios, en cuya motivación puede el juez aplicar diferentes metodología para con fundamento en los principios de razonabilidad, proporcionalidad y justicia dosificar el “quantum” indemnizatorio.

Ahora bien, examinado la fundamentación jurídica en la que cabe sustentar el “test de proporcionalidad” como metodología para la tasación y liquidación de los perjuicios morales, la Sala procede a motivar y delimitar los criterios de dicha tasación y liquidación.

Debe partirse de concebir el perjuicio moral con un carácter inconmensurable, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, lo que exige que su tasación no obedezca a criterio alguno de compensación. En ese sentido, se señala:

“En torno al perjuicio moral es de recordar que su indemnización no obedece a un criterio compensatorio, desde luego que la vida humana es inconmensurable, sino a uno satisfactorio, destinado a mitigar en lo posible la enorme pena que en el fondo queda ante la ausencia de un ser amado, razón por la cual en a su apreciación han de considerarse el dolor de quien lo sufre, la intensidad de su congoja, la cercanía con el ser perdido, entre otras cosas, para con cimiento en la equidad arribar al más justo valor, distante por lo general de la matemática exactitud con que se escruta el daño material”.

Con base en las anteriores premisas, el juez contencioso administrativo está llamado a considerar, dentro de su discrecionalidad judicial, en su apreciación criterios como i) el dolor sufrido, ii) la intensidad de la congoja; iii) la cercanía con el ser perdido, iv) derecho (s) vulnerado (s) –considerar, especialmente, la vulneración de derechos humanos, o del derecho internacional humanitario-, v) la conformación del núcleo familiar, vi) las diversas relaciones y vii) la valoración ponderada de lo que representa moralmente la angustia, la tristeza y la aflicción

(de verse con el fallecimiento de sus familiares; o por la pérdida de bienes muebles o inmuebles). Se trata de criterios objetivos, si cabe, fundados en los principios de equidad, razonabilidad, reparación integral y proporcionalidad, que deben permitir al juez determinar con justicia (distributiva) la tasación del “quantum” indemnizatorio de los perjuicios morales reclamados en cada caso en concreto, y que no pueden generalizarse aplicando las reglas de la experiencia como si se tratara de variables unívocas y uniformes, sino que debe considerarse las circunstancias de cada caso en concreto, las singularidades de los sujetos, de los grupos familiares y la aplicación de los anteriores criterios. Sin embargo, una vez definidos los criterios o referentes objetivos (como lo señala la sentencia de Sala Plena de Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, expediente 23492), cabe determinar el “quantum” indemnizatorio, para lo que cada juez en el ejercicio de su razonado arbitrio puede emplear el método, o metodología, que permita una ponderada dosificación, siendo para este caso procedente la aplicación de la metodología del “test de proporcionalidad”, como expresión de la debida continuidad de las sentencias de Sala Plena de Sección Tercera de 6 de septiembre de 2001 y de 23 de agosto de 2012.

5.1.3. Liquidación de los perjuicios morales empleando el test de proporcionalidad como expresión del arbitrium iudicis.

La más reciente sentencia de la Sala Plena de Sección de 23 de agosto de 2012 (expediente 23492), no limitó, ni negó, ni se opuso a que cada juez en ejercicio de su “arbitrium iudicis” determinara el “quantum” indemnizatorio, o liquidara los perjuicios morales empleando un método o metodología como la del “test de proporcionalidad”, ya que, se reitera la argumentación de la mencionada providencia de Sala Plena, se **“ha soportado la procedencia de reconocimiento de este tipo de perjuicios y su valoración no solamente con fundamento en la presunción de afecto y solidaridad que surge del mero parentesco, sino que, acudiendo al arbitrium iudicis, ha utilizado como criterios o referentes objetivos para su cuantificación la (sic) características mismas del daño, su gravedad y extensión, el grado de afectación en el caso a cada persona, vale decir el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la situación del demandante afectado, para, por vía del análisis de conjunto, debidamente razonado, llegar a concretar un monto indemnizatorio determinado que de ninguna manera puede asumirse como algo gracioso, nacido de la mera liberalidad del juez”** (negrita y subrayado fuera de texto).

La premisa inicial que plantea la Sala es que la discrecionalidad que el legislador le otorgó al juez, en el marco del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en materia de tasación y liquidación de los perjuicios morales no está sujeto a imposiciones jurisprudenciales, ni a limitaciones conceptuales, menos a aquellas con las que pueda socavarse no sólo su libre ejercicio por el juez, sino que se condicione de tal manera que se convierta una construcción jurisprudencial en precedente cuando no tiene dicho alcance, implicando, además, en el fondo la generación de desigualdades e, incluso, de discriminaciones.

De ahí, pues, que como manifestación de la discrecionalidad, de la que está dotado el juez por el legislador, se emplea (sin convertirse en regla normativa, ni en tabla de punto al ser aplicable sólo al caso en concreto) la metodología del test de proporcionalidad, que busca como objetivos: i) que haya una acreditación o prueba mínima del perjuicio moral en cabeza de los demandantes, sin que sea suplida por la simple presunción jurisprudencial de aflicción o, por las reglas de la experiencia del juzgador (suficientes para el reconocimiento del perjuicio, pero no

para la tasación y liquidación), sino que debe reunir la mayor cantidad de elementos posibles a valorar, advirtiéndose las limitaciones que tiene el juez para tasar en cabeza de qué personas cabe afirmar una mayor intensidad del dolor moral o aflicción, que en otras; así mismo, ii) se busca la aplicación, en sede del contencioso administrativo, del principio de proporcionalidad, el cual no está vedado o prohibido de aplicación, ni se puede considerar solamente como una herramienta para resolver las tensiones constitucionales entre derechos, intereses y principios, sino que cabe afirmarlo, a partir del sub-principio de ponderación y del principio de la razonabilidad, en sede de la liquidación de los perjuicios morales, de tal manera que el juez oriente su raciocinio desde una perspectiva jurídica, teniendo en cuenta los mínimos criterios objetivos empleados para la tasación (una “crítica frecuente a la ponderación es que la Corte (americana) no cuenta con un criterio objetivo para valorar o comparar los intereses en juego (...) Por tanto, la ponderación demanda el desarrollo de una balanza de valores externos a las preferencias personales de los jueces”), de tal manera que al indemnizar los perjuicios morales como materialización del derecho a la reparación integral, ésta no sea absoluta, sino ponderadamente se corresponda con la afectación en la esfera moral, atendiendo a las circunstancias de cada caso y a la verificación de los criterios objetivos, permitiéndose hacer compatible la exigencia de reparar integralmente con la equidad y justicia distributiva exigible, sin que tenga la necesidad de acudir a discursos sociológicos, psicológicos o de otro orden que sólo contribuyen a distorsionar el papel del juez al momento de la tasación y liquidación de los perjuicios morales, y a crear desigualdades propias de la visión subjetiva que desde la posición del juez intenta establecer “in abstracto” un valor genérico del perjuicio moral (porque así como la “intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción”, también cabe afirmarlo del perjuicio moral indemnizable que no puede ser desproporcionado en relación con la afectación que se produce en cada caso y atendiendo a los criterios objetivos) que cabe indemnizar en los diferentes eventos en los que queda acreditado el daño antijurídico y su imputación.

La aplicación del “test de proporcionalidad”, como metodología para liquidar los perjuicios morales, en el ejercicio discrecional del juez (reconocido por el legislador), tiene sustento constitucional y permite afrontar la crítica según la cual en el “Estado de Bienestar (estadio en el que se encuentra implicado el Estado Social de Derecho como modelo en el cual se encuentra nuestra Nación) había provocado dos cambios esenciales.

Primero, se pidió progresivamente a los jueces que aplicaran estándares abiertos como equidad, buena fe, razonabilidad y negación del enriquecimiento injusto”. Sin duda, esto se aparta de la función judicial tradicional de la “aplicación formal de las normas y se apartaban del idea de un conjunto de normas poseedor de las cualidades de generalidad, igualdad y certeza. De ahí, pues, que las “cláusulas abiertas y los estándares generales llevan a que las cortes y los departamentos administrativos se dediquen a una ponderación ad hoc de intereses reacios a ser reducidos a reglas generales.

El razonamiento intencionado y la justicia no formal también causan problemas al ideal de generalidad. El abogado orientado a la política sostiene que parte de la interpretación de una norma es elegir los medios más eficientes para lograr los fines que se le asignan a ella. Pero como las circunstancias a las que se refieren las decisiones cambian y como la interpretación de quien toma la decisión de los que dispone varía, así también debe suceder con la forma en que él interpreta las normas (...) Por tanto, la noción de áreas estables de derechos y obligaciones individuales, una noción inseparable del ideal del Estado de derecho, se

erosionará. La búsqueda de la justicia sustantiva corrompe la generalidad jurídica en un grado aún mayor. Cuando la gama de desigualdades inadmisibles entre situaciones sociales se amplía, la necesidad de tratamiento individualizado aumenta correspondientemente. Sin importar cómo se defina la justicia sustantiva, ésta solo se puede lograr tratando de manera diferente las diferentes situaciones”.

Todo lo cual lleva a concluir, que **“el problema no consiste en indagar si la aplicación del principio de proporcionalidad puede sustentarse en argumentaciones que la hagan objetiva, sino, si mediante la aplicación de dicho principio puede alcanzarse una mayor racionalidad relativa, en comparación con aquélla que se logra cuando se aplican los criterios alternativos”** (negrita fuera de texto).

Con base en lo anterior, la Sala encuentra que para aproximarse a la liquidación de los perjuicios morales debe sujetarse al criterio determinante de la intensidad del daño, que usualmente se demuestra con base en las pruebas testimoniales, las cuales arrojan una descripción subjetiva de quienes, por las relaciones familiares, afectivas, de cercanía, conocimiento o amistad deponen en la causa, restando objetividad a la determinación de dicha variable, cuya complejidad en una sociedad articulada, plural y heterogénea exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada de los perjuicios morales, sin que se constituya en tarifa judicial o, se pretenda el establecimiento de una tarifa legal.

En cuanto al fundamento de este test, se encuentra en la aplicación de la proporcionalidad desde la perspectiva del juicio de igualdad, y de la necesidad ponderar ante la indeterminación, vaguedad y necesidad de una resolver la tensión que pueda representar la tasación y liquidación de los perjuicios morales cuando se pone en juego la tutela de derechos como a la vida, al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad personal (enmarcado dentro del concepto global de dignidad humana), y el respeto del derecho a la reparación, que no puede resolverse, como se pretende en muchas ocasiones, por medio de la lógica de la subsunción, sino que debe trascenderse, como se busca con el test de proporcionalidad, que el juez contencioso administrativo establezca, determine si cabe el sacrificio de principios, con otras palabras que se oriente hacia la ponderación de valores o derechos reconocidos desde la individualidad de cada sujeto, y su dimensionamiento y expresión en el derecho a la reparación, que no es unívoco en su individualidad, sino que exige responder al principio de igualdad.

Luego, ante la potencial desproporción que pueda representarse en la liquidación de los perjuicios morales, atendiendo sólo al salario mínimo legal mensual vigente, desprovisto de argumentación jurídica y propiciando un ejercicio exagerado de la mera liberalidad del juez, que derive en el quebrantamiento de la igualdad y la justicia, procede, dentro del arbitrio judicial y en los términos de la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, el “test de proporcionalidad” para que obre la decisión judicial con la suficiente motivación y ponderación. En cuanto a esto, en la jurisprudencia constitucional se sostiene que “el análisis de proporcionalidad del límite de mil salarios mínimos legales, se hará de conformidad con el siguiente método: (i) identificar y clarificar cuáles son los intereses enfrentados regulados por la norma; (ii) sopesar el grado de afectación que sufre cada uno de esos intereses por la aplicación del límite fijado en la norma; (iii) comparar dichas afectaciones; (iv) apreciar si la medida grava de manera manifiestamente desproporcionada uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución”.

Dicho principio de proporcionalidad debe, por lo tanto, convertirse en el sustento adecuado para la tasación y liquidación ponderada del quantum indemnizatorio del perjuicio moral, respecto de lo que la jurisprudencia constitucional señala que frente “a los llamados perjuicios morales objetivables, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, ha estimado que en algunos casos pueden ser valorados pecuniariamente, con base en criterios como el dolor infligido a las víctimas, el perjuicio estético causado o el daño a la reputación. Si de la aplicación de tales criterios surge que dichos perjuicios superan el límite fijado por el legislador, habría una afectación grave del interés de las víctimas por lograr una indemnización integral de los perjuicios que se le han ocasionado y cuyo quantum ha sido probado. Al igual que con los perjuicios materiales, el límite resultaría manifiestamente desproporcionado frente al derecho de las víctimas a la reparación integral, como quiera que el riesgo de arbitrariedad del juez es menor cuando el valor de los perjuicios ha sido acreditado en el juicio por factores que no dependen de su apreciación subjetiva. Esta desproporción resulta más evidente si se tiene en cuenta que ni en la jurisdicción civil ni en la jurisdicción contencioso administrativa existe una disposición legal que restrinja la discrecionalidad del juez para decidir la reparación de perjuicios morales. En dichas jurisdicciones se ha fijado una cifra para la valoración de ciertos perjuicios que depende de consideraciones puramente subjetivas y cuyo quantum ha sido reconocido tradicionalmente hasta por 1000 gramos oro, o más recientemente hasta por 2000 y 4000 gramos oro”.

Ahora bien, en cuanto a la modulación del test de proporcionalidad para la liquidación de los perjuicios morales, la Sala explica que este comprende la consideración de tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto. La doctrina señala que “la propia estructura del principio de proporcionalidad consiste, en efecto, en la aplicación del conocido test tripartito sobre una medida determinada, adoptada de ordinario por un sujeto distinto a aquel que desarrolla el juicio de control”.

En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, el monto a cuantificar debe ser adecuado para contribuir a compensar, como mínimo (y no a dejar indemne plenamente), adecuadamente el perjuicio que se produce en la víctima y en sus familiares, atendiendo a las circunstancias de cada caso. En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la compensación de los perjuicios morales debe ser consecuente con el objetivo de reparar lo más integralmente posible, pero sin desbordar la razonabilidad de la medida, teniendo en cuenta la inconmensurabilidad y la imposibilidad de encontrar un valor económico que permita dejar plenamente indemne a la víctima y los familiares que padecen un sufrimiento o aflicción. Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido (ponderación), con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto. Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de acuerdo a) con las circunstancias de cada caso (cuando se trata de muerte: violenta, debida a la actividad médica, en accidente de tránsito, en actividad riesgosa -electrocución, por ejemplo-, de infante, de menor de edad, de mujer -cabeza de familia, por ejemplo-, de padre soltero, de persona de la tercera edad, de persona discapacitada, de miembro de una comunidad étnica, de miembro de comunidad LGBT, etc.; cuando se trata de lesiones: de acto violento, debida a actividad médica, en accidente de tránsito, en actividad riesgosa -electrocución por ejemplo-, de infante, de menor de edad, de mujer -cabeza de familia, por ejemplo-,

de padre soltero, de persona de la tercera edad, de persona discapacitada, de miembro de una comunidad étnica, de miembro de comunidad LGBT, etc.; cuando se trata de tortura; cuando se trata de desplazamiento forzado: donde cabe tener en cuenta la pertenencia a una comunidad étnica, campesina o de especial protección; cuando se trata de acto sexual; cuando se trata de la privación de la libertad; cuando afecta el honor y la honra; cuando afecta bienes -muebles o inmuebles- fruto de actos violentos, etc.); b) con la consideración según la cual la medida de la compensación debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental, apego, capacidad de discernimiento del dolor (en función de la edad, formación y condiciones personales) y los que se citan en la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, amor y solidaridad; c) finalmente, con la exigencia según la cual quien afirma la existencia del perjuicio moral tiene una mínima carga para su cuantificación, ya que de sólo de contarse con la presunción de aflicción como criterio, la determinación de su “quantum” obedecerá a los mínimos a reconocer en atención a las circunstancias de cada caso y a los mencionados criterios mínimos objetivos que generalmente sean aplicables, teniendo en cuenta, además, como criterios adicionales para ponderar la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada), o la limitación al ejercicio del derecho a la libertad, al honor, o cuando se trata de la pérdida de muebles o inmuebles.

Lo anterior, debe permitir concretar un mayor quantum indemnizatorio cuando se trata del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios deben obrar en función de la necesaria ponderación; y de aquella que proceda cuando la afectación se produce en los derechos a la vida e integridad personal.

De los anteriores subprincipios, el que adquiere relevancia es el de “proporcionalidad en sentido estricto”, ya que es en él donde la necesaria ponderación de los perjuicios morales opera para tasarlos y liquidarlos razonable y racionalmente. Pero se advierte, la ponderación se sujetara a un doble nivel: a. a criterios mínimos objetivos, que son de general aplicación; y, b. a la tasación teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso en concreto.

Luego, teniendo en cuenta la argumentación anterior, la tasación y liquidación del perjuicio moral se sujetará no sólo a ésta, sino a lo que ordinariamente esté demostrado con base en las pruebas allegadas en cada proceso (testimonial, pericial, informes técnicos, etc), a la “presunción de aflicción” (que no es de “iure”) y a los criterios para ponderar la tasación de los perjuicios morales: a) el dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad, valoración a la relaciones propias al núcleo familiar (que comprende la convivencia, la cercanía sentimental y el apego), violación de derechos humanos, o de garantías propias al derecho internacional humanitario; b) el grado de afectación y la estructura de la relación familiar de las víctimas; y, c) ponderar la intensidad del daño (que cabe examinarlo desde la cercanía y la mínima certeza de conocimiento), la aflicción por la vulneración, propiamente dicha, de los derechos humanos comprometidos y las garantías del derecho internacional

humanitario, cuando se produzca dicha vulneración. Excepcionalmente, y como en el presente caso, procede liquidar acumulativamente los perjuicios que respecto a un mismo grupo familiar se padecieron por la muerte y lesiones de uno de sus componentes, o por las lesiones de uno o varios de sus componentes, como forma de comprender en debida forma la liquidación cuando se trata de los padecimientos por varios miembros del grupo familiar.

Para el caso en concreto, la prueba testimonial como único elemento probatorio que obra para acreditar la tasación y liquidación de los perjuicios morales ocasionados a las víctimas y a sus familiares, con ocasión de los hechos ocurridos el 25 de febrero de 1998, ofrece los siguientes elementos con base en los cuales determinará la liquidación de los perjuicios.

En términos generales, en relación a los padecimientos sufridos por los familiares de GUILLERMO IVÁN LONDOÑO, se evaluaron los testimonios rendidos por JOSÉ ALIRIO GUARIN, RAFAEL FERNANDO DONADO VARON y FALEY ANDRADE URUEÑA, de los cuales se infiere la afección moral de los demandantes por la muerte de su pariente, y la relación de cercanía y convivencia que éste tenía con su mamá, la señora MARGARITA RAMÍREZ.

Al respecto, la Sala observa que no quedó demostrado que GUILLERMO IVÁN conviviera con su papá GUILLERMO LEÓN LONDOÑO o con sus hermanos, en relación a los cuales se demostró, igualmente, que el vínculo de consanguinidad existe, únicamente, en relación a uno de los progenitores, es decir HEBERT DE JESUS GARCÍA RAMÍREZ es consanguíneo por vinculo materno, y GLORIA ALEJANDRA LONDOÑO GONZÁLEZ, ANDRÉS EDUARDO LONDOÑO LONDOÑO, JULIAN DAVID LONDOÑO LONDOÑO lo son por vinculo paterno, en relación a los cuales las reglas de la experiencia llevan a la Sala a inferir que el grado de cercanía es menor, por cuanto existe un grado de probabilidad de que no hayan crecido o no se hayan criado juntos.

Con relación a los hijos ANDRÉS FELIPE LONDOÑO CLAVIJO, JUAN CAMILO LONDOÑO HERNÁNDEZ, se acreditó el vínculo de paternidad y las relaciones de cercanía. No ocurre lo mismo frente a la señora ELICENIA HENAO Vda. DE RAMÍREZ frente a la cual no se acreditaron plenamente los vínculos de cercanía.

Por otra parte, en lo que respecta a los familiares de ALBEYS SOTO VACA, la Sala encuentra acreditado con los testimonios de MARÍA ASTRID PEÑA VACA, MARIA CONSUELO VERA JIMENEZ y CARLOS VACA, que las demandantes sufrieron una profunda afección moral, en este sentido se probó que ALBEYS convivió con su mamá y su hermana, hasta cuando decidió trasladarse a vivir con su abuelita para ayudarla, pero que cada 15 días visitaba a su mamá y hermana en la ciudad de Ibagué.

Con base en la anterior motivación, se liquidará por perjuicios morales de la siguiente manera, por cuanto se trata de muerte violenta.

Circunstancias del caso y sujetos a indemnizar	Criterios y cuantificación
Se trata de muerte violenta. Con ocasión del enfrentamiento armado suscitado el 25 de febrero de 1998 a miembros del Ejército Nacional en la vereda Alto del Cielo (Ortega – Tolima), donde fallecieron GUILLERMO IVÁN	a) circunstancias de cada caso; b) “presunción de aflicción” (que no es de “iure”); c) se acreditó el dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad, valoración a la relaciones propias al núcleo familiar (que comprende la

LONDOÑO y ALBEYS SOTO VACA.	convivencia, la cercanía sentimental y el apego, capacidad de discernimiento del dolor (en función de la edad, formación y condiciones personales), violación de derechos humanos, o de garantías propias al derecho internacional humanitario ; d) se acreditó, mínimamente, el grado de afectación y la estructura de la relación familiar de las víctimas; y, e) cabe ponderar la intensidad del daño por la vulneración, propiamente dicha de los derechos humanos comprometidos y las garantías del derecho internacional humanitario con ocasión del ataque armado (sensación zozobra, intimidación y miedo como miembro de la población civil). Excepcionalmente, y como en el presente caso, procede liquidar acumulativamente los perjuicios que respecto a un mismo grupo familiar se padecieron por la muerte y lesiones de uno de sus componente
Núcleo familiar inmediato (esposo –a-, compañero –a-, hijos, padres)	50 -100 smlmv cuando opera la presunción de aflicción y se tiene acreditados por lo menos uno de los criterios (o se trata de circunstancias en las que se produce violaciones a derechos humanos o al derecho internacional humanitario)
Otros integrantes de la familia (hermanos, abuelos)	10 - 50 smlmv cuando opera la presunción de aflicción y se tiene acreditados por lo menos uno de los criterios (o se trata de circunstancias en las que se produce violaciones a derechos humanos o al derecho internacional humanitario)

Conforme a los criterios anteriores, la liquidación de los perjuicios morales para el grupo familiar de GUILLERMO IVÁN LONDOÑO RAMÍREZ, será de la siguiente forma:

Indemnizado	SMLMV	Equivalente en pesos
MARGARITA RAMÍREZ (madre)	100 smlmv	\$58.950.000.00
GUILLERMO LEÓN LONDOÑO (padre)	90 smlmv	\$53.055.000.00
HEBERT DE JESUS GARCÍA RAMÍREZ	30 smlmv	\$ 17.685.000.00
GLORIA ALEJANDRA LONDOÑO GONZÁLEZ	30 smlmv	\$ 17. 685.000.00
ANDRÉS EDUARDO LONDOÑO LONDOÑO	30 smlmv	\$ 17. 685.000.00
JULIAN DAVID LONDOÑO LONDOÑO	30 smlmv	\$ 17. 685.000.00
ANDRÉS FELIPE LONDOÑO CLAVIJO	100 smlmv	\$ 58.950.000.00
JUAN CAMILO LONDOÑO HERNÁNDEZ	100 smlmv	\$ 58.950.000.00
ELICENIA HENAO Vda. DE RAMÍREZ	30 smlmv	\$ 17. 685.000.00

No obstante, teniendo en cuenta la participación de la víctima en la producción del daño, la Sala ha determinado reducir la condena en un 20%, por lo que el total de estas condenas se establece en:

Indemnizado	SMLMV	Equivalente en pesos
MARGARITA RAMÍREZ (madre)	80 smlmv	\$47.160.000.00
GUILLERMO LEÓN LONDOÑO (padre)	72 smlmv	\$42.444.000.00

HEBERT DE JESUS GARCÍA RAMÍREZ	24 smlmv	\$ 14.148.000.00
GLORIA ALEJANDRA LONDOÑO GONZÁLEZ	24 smlmv	\$ 14.148.000.00
ANDRÉS EDUARDO LONDOÑO LONDOÑO	24 smlmv	\$ 14.148.000.00
JULIAN DAVID LONDOÑO LONDOÑO	24 smlmv	\$ 14.148.000.00
ANDRÉS FELIPE LONDOÑO CLAVIJO	80 smlmv	\$47.160.000.00
JUAN CAMILO LONDOÑO HERNÁNDEZ	80 smlmv	\$47.160.000.00
ELICENIA HENAO Vda. DE RAMÍREZ	24 smlmv	\$ 14.148.000.00

Ahora bien, la liquidación de los perjuicios morales para el grupo familiar de ALBEYS SOTO VACA, será de la siguiente manera:

Indemnizado	SMLMV	Equivalente en pesos
ARGENIS VACA (madre)	100 smlmv	\$58.950.000.00
ALEX VACA (hermana)	50 smlmv	\$29.475.000.00
ANA JOAQUINA VACA DÍAZ (abuela)	50 smlmv	\$29.475.000.00

5.2 Perjuicios Materiales a Título de Lucro Cesante consolidado y futuro

En materia de perjuicios materiales se reclama el pago de los perjuicios a título de lucro cesante consolidado y futuro a favor de ARGENIS VACA por cuanto dependía económicamente de ARBEY SOTO VACA; y ANDRÉS FELIPE LONDOÑO CLAVIJO y JUAN CAMILO LONDOÑO HERNADEZ quienes dependían económicamente de GUILLERMO IVÁN LONDOÑO.

Entiéndase por lucro cesante, la ganancia o provecho que dejó de reportarse a consecuencia de la concreción del daño antijurídico. Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha sostenido que el lucro cesante, puede presentar las variantes de consolidado y futuro, y este ha sido definido como *“el reflejo futuro de un acto ilícito sobre el patrimonio de la víctima, que justamente por ser un daño futuro exige mayor cuidado en caracterización o cuantificación”*¹⁵²

Ahora bien, sobre el lucro cesante futuro, debe aclararse que él no puede construirse sobre conceptos hipotéticos, pretensiones fantasiosas o especulativas que se fundan en posibilidades inciertas de ganancias ficticias sino que, por el contrario, debe existir una cierta probabilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso en concreto, ¹⁵³ de manera que el mecanismo para cuantificar el lucro cesante consiste en un cálculo sobre lo que hubiera ocurrido de no existir el evento dañoso.¹⁵⁴

En cuanto al lucro cesante en cabeza de los menores de edad, de la existencia de la obligación alimentaria se infiere el perjuicio material en la modalidad de lucro cesante. En efecto, los artículos 411 y 422 del Código Civil establecen que se deben alimentos, entre otros, a los hijos hasta el día anterior al cumplimiento de la mayoría de edad. En consecuencia, si bien el derecho a la reparación de los perjuicios morales y materiales que se cause a una persona por la muerte de otra no se deriva de su condición de heredero sino de damnificado, cuando existe la obligación alimentaria se infiere que la existencia del perjuicio material, dará derecho al titular del mismo a la indemnización de tal perjuicio por el término de la

¹⁵² CAVALIERI FILHO, Sergio, Programa de responsabilidade civil, 6ª edic., Malheiros editores, Sao Paulo, 2005, pág. 97

¹⁵³ TRIGO REPRESAS, Felix A., LOPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil – Cuantificación del daño, Edic. FEDYE, edición 2008, pág. 82, con fundamento en la Decisión del Tribunal supremo de España, Sala 1ª, 30/11/93.

¹⁵⁴ Obra ibídem, pág. 83.

obligación¹⁵⁵. Con este criterio la Corporación, inicialmente, fijó el lucro cesante futuro para los hijos menores de edad, en casos como el que aquí se estudia, hasta la edad de 18 años.

No obstante, el criterio actual de la Sala, considera que la liquidación del lucro cesante debe realizarse hasta que los hijos cumplan 25 años de edad, como quiera que frente a estos las reglas de la experiencia hacen presumir su manutención hasta dicha edad¹⁵⁶, aspecto éste que llevó a la modificación del criterio jurisprudencial inicial.

De igual forma, se modificó el criterio jurisprudencial que se tenía en relación con la presunción de manutención de los hijos hasta la mayoría de edad si no se acreditaba la escolaridad, desechando esta distinción, y dando por presumido que la condición de dependencia económica de aquellos respecto de los padres se mantiene hasta la edad de 25 años, con fundamento en los artículos 13 y 45 de la Constitución Política y en consideración además, a las reglas de la experiencia, siempre y cuando se acredite tal dependencia por cualquier medio probatorio¹⁵⁷.

Así, también, es claro que, conforme a las reglas establecidas por la jurisprudencia de esta Corporación y las reglas de la experiencia, únicamente, en relación con los hijos menores al momento del fallecimiento de la víctima, se presume su manutención hasta la edad de los 25 años¹⁵⁸, porque, en tratándose de hijos mayores pero con dependencia económica, la Sala ha venido exigiendo plena prueba de tal dependencia.

En cuanto al lucro cesante en cabeza de ARGENIS VACA, en su calidad de madre de la víctima, de quien se demostró con los testimonios de MARÍA CONSUELO VERA JIMENEZ, MARIA ASTRID PEÑA VACA, JULIO CESAR BUITRAGO CALDAS Y CARLOS VACA, que ALBEYS SOTO VACA aportaba económicamente al sustento de la demandante.

Dadas estas precisiones la Sala procede a liquidar el lucro cesante, para lo cual observa que no han quedado plenamente establecidos los ingresos mensuales de las víctimas GUILLERMO IVÁN LONDOÑO y ALBEYS SOTO, por cuanto no se aportó al proceso prueba que brinde la certeza suficiente para dar por establecidos los montos exactos de sus salarios o asignaciones mensuales, comoquiera que ni los testimonios ni otros documentos dan cuenta de ello. En contraste, se predica de los mismos que GUILLERMO IVÁN LONDOÑO y ALBEYS SOTO VACA desempeñaba una o varias actividades económicas lícitas, por la que recibían unos ingresos, y si bien no existe, se itera, prueba de la cantidad mensual que percibían, se presume que por lo menos recibían un salario mínimo legal mensual.

Entonces, para determinar la renta se tendrá en cuenta el salario que al menos se presume que las víctimas percibían al momento de la muerte (25 de febrero de 1998), esto es, la suma de \$203.825,00¹⁵⁹, suma que se actualizará y comparará con el salario mínimo vigente para la fecha de esta sentencia y se aplicará el de mayor valor.

¹⁵⁵ Consejo de Estado, sentencias de 21 de febrero de 2002, Exp. 12.999; de 12 de febrero de 2004, Exp. 14636; de 14 de julio de 2005, Exp. 15544; sentencia de 1º de marzo de 2006, Exp. 15.997.

¹⁵⁶ Consejo de Estado, sentencia de 16 de julio de 2008, Exp. 17.163.

¹⁵⁷ Consejo de Estado, sentencia de 4 de octubre de 2007, Exp. 16.058

¹⁵⁸ Consejo de Estado, sentencia de 26 de enero de 2011, Exp. 18.617. A partir de esta edad se considera que los hijos hacen una vida independiente de su núcleo familiar.

¹⁵⁹ Salario mínimo legal vigente para el año de 1998.

$RA = V * (IPC \text{ FINAL} / IPC \text{ INICIAL}) =$
 IPC final: 112.15 (enero de 2013)
 IPC inicial: 47.01 (febrero de 1998)
 IPC final / IPC inicial: 2,38566262497341
 $V: \$203.825 * 2,38566262497341$
 RA: \$ 486.257,7

Para el caso el salario mayor es el del año 2013, correspondiente a \$589.500.00 renta sobre la cual se efectuará la liquidación de los rubros aquí reclamados.

5.2.1 Perjuicio material a título de lucro cesante a favor de Argenis Vaca, víctima indirecta de Albeys Soto Vaca.

Se reconoce el perjuicio a título de lucro cesante a favor de Argenis Vaca, por cuanto el material probatorio evidenció que ALBEYS SOTO VACA aportaba a su sostenimiento económico. De acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia de la Corporación, aunque a la fecha de su muerte ALBEYS SOTO VACA contaba la edad de 27 años, 10 meses y 23 días¹⁶⁰, caso en el cual no se aplica la presunción jurisprudencial según la cual los hijos aportan al sostenimiento de sus padres hasta la edad de 25 años, porque en el *sub judice* se acreditó que ALBEYS SOTO VACA aportaba mensualmente al sostenimiento de su mamá – ARGENIS VACA, de manera que corresponde el reconocimiento del lucro cesante hasta la fecha de vida probable de la mencionada señora¹⁶¹. La presunción ha quedado desvirtuada.

Teniendo como base de liquidación la suma de \$589.500.00 ésta será incrementada en un 25% de prestaciones sociales, menos el 50% correspondiente al valor aproximado que el señor SOTO VACA destinaba para su propio sostenimiento, para obtener la base de la liquidación.

$\$589.500 + 25\% = \$ 736.875.00$
 $\$ 736.875 - 50\% = \$ 368.437,5$
 Base de Liquidación: \$ 368.437,5

El lucro cesante se reconocerá a favor de la señora ARGENIS VACA, sobre la base de \$ 368.437,5.

5.2.1.1 lucro cesante consolidado ARGENIS VACA

La indemnización consolidada por lucro cesante a favor de ARGENIS VACA a quien se le ha reconocido este concepto, se calculará con base en la siguiente fórmula:

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

S = Es la indemnización a obtener (\$105.756.023.7)

Ra = Es la renta actualizada que equivale a \$368.437,5.

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable; desde el día de los hechos (25 de febrero de 1998) hasta la fecha de esta sentencia (febrero de 2013), esto es, 180,06 meses.

¹⁶⁰ Fecha de nacimiento 2 de abril de 1970 (Fl. 18 del C. 2. Rad. 1967/99)

¹⁶¹ Consejo de Estado, sentencias del 9 de junio de 2005 y 6 de junio de 2007, Exps. 15.129 y 16064, respectivamente.

Consecuencia de lo anterior, la indemnización correspondiente a ARGENIS VACA por concepto de lucro cesante consolidado es \$105.756.023.7

5.2.1.2 Lucro cesante futuro ARGENIS VACA

La liquidación futura comprende inicia desde el día siguiente de la sentencia (28 de febrero de 2013) hasta la vida probable de la señora ARGENIS VACA. De acuerdo con el registro civil de nacimiento¹⁶² que obra dentro del proceso, la mencionada señora nació el 27 de octubre de 1951, es decir, que para el momento de los hechos su edad era 47 años, 1 mes y 10 días, de manera que su expectativa de vida, posterior a la fecha de los hechos, según la tabla de mortalidad de incluida en la Resolución de la Superbancaria No. 497 del 20 de mayo de 1997, vigente para el momento de los hechos es de 31.89 años (382.68 meses), del cual se descontará el periodo consolidado (180.06), para obtener un periodo futuro (n) de 202.62 meses.

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

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta actualizada que equivale a \$368.437.5

I= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde el día siguiente a la fecha de esta providencia (28 de febrero de 2013) hasta la fecha de vida probable de Argenis Vaca, para lo cual restamos de la expectativa de vida (382.68 meses) el periodo consolidado (180.06 meses) para un periodo por liquidar de 202.62 meses.

$$S= \$368.437,5 \frac{(1+ 0.004867)^{202,62} - 1}{0.004867 (1+ 0.004867)^{202,62}}$$

Corresponde a la demandante ARGENIS VACA la suma de \$47.396.280,97 por concepto de indemnización del lucro cesante futuro.

5.2.2 Indemnización para las víctimas del señor Guillermo Iván Londoño

Teniendo como base de liquidación la suma de \$589.500.00 ésta será incrementada en un 25% de prestaciones sociales (\$736.875.00), menos el 25% que corresponde al valor aproximado que el señor Londoño destinaba para su propio sostenimiento (\$184.218.75), para obtener la base de la liquidación (\$552.656.25), que se dividirá en partes iguales para cada uno de los hijos de la víctima, cuyo resultado es \$276.328,12.

5.2.2.1 Lucro cesante consolidado para ANDRÉS FELIPE LONDOÑO CLAVIJO

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

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta actualizada que equivale a \$276.328,12

¹⁶² Fl. 20 del C.1 Rad. 1967/99.

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable; desde el día de los hechos (25 de febrero de 1998) hasta la fecha de esta sentencia (febrero de 2013), esto es, 180,06 meses.

$$S = \$276.328,12 \frac{(1 + 0.004867)^{180.06} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$79.317.016.34$$

Corresponde al menor ANDRÉS FELIPE LONDOÑO CLAVIJO, por concepto de lucro cesante consolidado, es por valor de \$79.317.016.34, que reducido en un 20%, correspondiente a la participación de la víctima en la concreción del daño, arroja un valor de \$63.453.613.00.

5.2.2.2 Lucro cesante consolidado para JUAN CAMILO LONDOÑO HERNÁNDEZ

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

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta actualizada que equivale a \$276.328,12

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable; desde el día de los hechos (25 de febrero de 1998) hasta la fecha de esta sentencia (febrero de 2013), esto es, 180,06 meses.

$$S = \$79.317.016.34$$

$$S = \$276.328,12 \frac{(1 + 0.004867)^{180.06} - 1}{0.004867}$$

Corresponde al menor JUAN CAMILO LONDOÑO HERNÁNDEZ, por concepto de lucro cesante consolidado, es por valor de \$79.317.016.34, que reducido en un 20%, correspondiente a la participación de la víctima en la concreción del daño, arroja un valor de \$63.453.613.00.

5.2.2.3 Lucro Cesante Futuro ANDRÉS FELIPE LONDOÑO CLAVIJO

La indemnización futura para ANDRÉS FELIPE LONDOÑO CLAVIJO se calculará con aplicación de la siguiente fórmula, bajo la presunción de que los padres aportan a la manutención de los hijos hasta la edad de 25 años.

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

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta actualizada que equivale a \$276.328,12

I= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde el día siguiente a esta sentencia (28 febrero de 2013) hasta la fecha en que el joven Andrés Felipe Londoño cumplirá 25 años de edad. Fecha nacimiento 26 de junio de 1992, es decir que el menor cumplirá los 25 años de edad el 26 de junio de 2017, fecha hasta la cual debe ser indemnizado. Su valor se toma: restando del total del periodo indemnizable, es decir del 25 de febrero de 1998 al 26 de junio de 2017 (232.03 meses) el valor reconocido como periodo consolidado, es decir del

25 de febrero de 1998 al 27 de febrero de 2013 (180.06 meses) lo cual arroja un periodo a indemnizar de 51.97 meses.

$$S = \$276.328,12 \frac{(1 + 0.004867)^{51.97} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{51.97}}$$

$$S = \$ 12.661.437.47$$

Conforme a lo anterior, Corresponde al menor ANDRÉS FELIPE LONDOÑO CLAVIJO, por concepto de lucro cesante futuro, el valor de \$ 12.661.437.47, que reducido en un 20%, correspondiente a la participación de la víctima en la concreción del daño, arroja un valor de \$ 10.129.149,10.

5.2.2.4 Lucro Cesante Futuro JUAN CAMILO LONDOÑO HERNÁNDEZ

Igualmente, la indemnización futura para JUAN CAMILO LONDOÑO HERNÁNDEZ se calculará con aplicación de la siguiente fórmula, bajo la presunción de que los padres aportan a la manutención de los hijos hasta la edad de 25 años.

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

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta actualizada que equivale a \$276.328,12

I= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde el día siguiente a esta sentencia (28 febrero de 2013) hasta la fecha en que el joven Juan Camilo Londoño cumplirá 25 años de edad. Fecha nacimiento 2 de febrero de 1991, es decir que el menor cumplirá los 25 años de edad el 2 de febrero de 2016, fecha hasta la cual debe ser indemnizado. Su valor se toma: restando del total del periodo indemnizable, es decir del 25 de febrero de 1998 al 2 de febrero de 2016 (215.23 meses) el valor reconocido como periodo consolidado, es decir del 25 de febrero de 1998 al 27 de febrero de 2013 (180.06 meses) lo cual arroja un periodo a indemnizar de 35.17 meses.

$$S = \$276.328,12 \frac{(1 + 0.004867)^{35.17} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{35.17}}$$

$$S = \$ 8.912.320.243$$

Conforme a lo anterior, Corresponde al menor JUAN CAMILO LONDOÑO HERNÁNDEZ, por concepto de lucro cesante futuro, el valor de \$ 8.912.320.243, que reducido en un 20%, correspondiente a la participación de la víctima en la concreción del daño, arroja un valor de \$ 7.129.857.00

5.3 Medidas de reparación no pecuniaria

Los demandantes solicitaron, como elemento de reparación, ordenar al MINISTERIO DE DEFENSA “*dirigir una carta institucional a cada una de las dos familias demandantes ofreciendo excusas por las equivocaciones del Ejército*” y tomar los correctivos necesarios para que en adelante se respete la población civil en el desarrollo del conflicto armado que vive Colombia y, en general, se dé plena aplicación al Derecho Internacional Humanitario”.

Al respecto, la Sala en aplicación del principio de reparación integral y a lo consagrado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, ordenará medidas de reparación no pecuniarias, máxime cuando existe la vulneración del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, como quedó verificado con ocasión de los hechos ocurridos el 25 de febrero de 1998.

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

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

Acogiendo la jurisprudencia de la Sección Tercera que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico el concepto de reparación integral y las denominadas “medidas de reparación no pecuniarias”, se ordenará, con el objeto de responder

al “principio de indemnidad” y a la “*restitutio in integrum*”, y bajo el amparo del artículo 16 de la ley 446 de 1998, que se cumpla con las siguientes medidas de reparación no pecuniarias, que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión: 1) Dirigir, por parte del Ministro de Defensa a cada una de las dos familias demandantes una carta ofreciendo excusas por las equivocaciones del Ejército Nacional y tomar los correctivos necesarios para que en adelante se respete la población civil en el desarrollo de los operativos militares.

Como consecuencia de lo anterior la Sala modificará la sentencia de 21 de enero de 2003 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima¹⁶³, en el sentido de declarar la responsabilidad de las entidad demandada – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y condenarla al pago de los perjuicios morales y materiales relacionados en la parte motiva de esta sentencia, así como al cumplimiento de las medidas de no reparación pecuniaria.

5.4 Honorarios profesionales del abogado representante de las partes en el caso de autos.

Con relación a la petición correspondiente al pago de honorarios de abogado, la Sala considera que este concepto no quedó demostrado dentro del plenario. No obstante, lo relevante en este punto es que la Sala ha sostenido la improcedencia de indemnizar este rubro a título de daño emergente por cuanto tal concepto forma parte de las costas procesales, de modo que será en este ítem donde se verifique su condena.

Al respecto, en recientes pronunciamientos la Sala ha dicho que los honorarios de abogados forman parte del concepto de las denominadas agencias en derecho¹⁶⁴, sobre las cuales el artículo 392 del C.P.C establece que:

“En ningún caso, la Nación, las instituciones financieras nacionalizadas, los departamentos, las intendencias, las comisarías, los distritos especiales y los municipios podrán ser condenados a pagar agencias en derecho, ni reembolso de impuestos de timbre”.

Norma que fue revisada en acción de constitucionalidad por la Honorable Corte Constitucional quien sostuvo:

“La prohibición que establece la norma demandada, no quebranta el artículo 90 de la Constitución, artículo cuya aplicación, en el caso del proceso, está en el artículo 72 del Código de Procedimiento Civil. El inciso demandado no exonera a las personas de derecho público mencionadas en él, de la condena en costas. Solamente prohíbe que se las condene al pago de las agencias en derecho, es decir, honorarios de los abogados, y al reembolso de impuestos de timbre. Por el contrario, sí pueden ser obligadas al reembolso de otras expensas, como los honorarios de los peritos y de otros auxiliares de la justicia, los gastos hechos en una diligencia de inspección judicial, notificaciones, movilización de los funcionarios del despacho judicial etc., cuando tales erogaciones han sido hechas por la parte que ganó el pleito, tal como lo señala el artículo 393 del Código de Procedimiento Civil”¹⁶⁵.

Adicionalmente, las agencias en derecho consisten en la porción de las costas

¹⁶³ Fls. 156-1869 del C. 6.

¹⁶⁴ Consejo de Estado, sentencia de 18 de enero de 2012, Exp. 21.146.

¹⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia de Constitucionalidad 298 de 3 de junio de 1998

imputables a los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso, el incidente o el trámite especial por él promovido, y de quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, revisión o anulación que haya propuesto, y en los casos previstos en los códigos de procedimiento.¹⁶⁶

Por costas procesales según el precedente constitucional se entiende:

“(…) los gastos que se deben sufragar en el proceso; la noción incluye las expensas y las agencias en derecho. Las expensas son las erogaciones distintas al pago de los honorarios del abogado, tales como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos, los impuestos de timbre, copias, registros, pólizas, etc. (...)”¹⁶⁷

Debe recordarse que conforme al artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, en todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, los artículos 392 y siguientes del C.P.C regulan lo referente a las costas. Sin embargo, observando tales disposiciones se verifica que el juez contencioso administrativo al momento de proferir la condena en costas, *“podrá”* hacerlo, *“teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”*. Esta indicación no está contemplada dentro de las reglas que regulan la liquidación de costas en el proceso civil, donde la conducta de las partes no es tenida en cuenta a la hora de la condena en costas, salvo el evento a que se refiere el numeral 2° del artículo 392 esto es, que la condena sólo se impone *“cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal o cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad”*.

6. 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, la Sección Tercera – subsección C de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

MODIFICAR la sentencia de 21 de enero de 2003 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima¹⁶⁸, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. Y en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR que la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL** es administrativa y patrimonialmente responsable de los daños y perjuicios sufridos por los demandantes, como consecuencia de la muerte

¹⁶⁶ Acuerdo 1887 del 26 de Julio de 2003.

¹⁶⁷ Sentencia Corte Constitucional C-043 de 2004.

¹⁶⁸ Fls. 156-1869 del C. 6.

de GUILLERMO IVÁN LONDOÑO y ALBEYS SOTO VACA ocurrida el día 25 de febrero de 1998.

SEGUNDO: CONDENAR a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL** a pagar por concepto de perjuicios morales en favor de los demandantes las siguientes sumas:

Indemnizado	SMLMV	Equivalente en pesos
MARGARITA RAMÍREZ (madre)	80 smlmv	\$47.160.000.00
GUILLERMO LEÓN LONDOÑO (padre)	72 smlmv	\$42.444.000.00
HEBERT DE JESUS GARCÍA RAMÍREZ	24 smlmv	\$ 14.148.000.00
GLORIA ALEJANDRA LONDOÑO GONZÁLEZ	24 smlmv	\$ 14.148.000.00
ANDRÉS EDUARDO LONDOÑO LONDOÑO	24 smlmv	\$ 14.148.000.00
JULIAN DAVID LONDOÑO LONDOÑO	24 smlmv	\$ 14.148.000.00
ANDRÉS FELIPE LONDOÑO CLAVIJO	80 smlmv	\$47.160.000.00
JUAN CAMILO LONDOÑO HERNÁNDEZ	80 smlmv	\$47.160.000.00
ELICENIA HENAO Vda. DE RAMÍREZ	24 smlmv	\$ 14.148.000.00
ARGENIS VACA	100 smlmv	\$58.950.000.00
ALEX VACA	50 smlmv	\$29.475.000.00
ANA JOAQUINA VACA DÍAZ	50 smlmv	\$29.475.000.00

TERCERO: CONDENAR a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL** a pagar la indemnización de los perjuicios materiales por concepto de lucro cesante consolidado y futuro las siguientes sumas:

Indemnizado	Lucro Cesante Consolidado	Lucro Cesante Futuro	Total
ANDRÉS FELIPE LONDOÑO CLAVIJO	\$63.453.613.00	\$10.129.149,10.	\$73.582.763,00
JUAN CAMILO LONDOÑO HERNÁNDEZ	\$63.453.613.00	\$7.129.857.00	\$70.583.470.00
ARGENIS VACA	\$105.756.023.7	\$47.396.280,97	\$153.152.304,67

CUARTO. CONDENAR a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL** a cumplir con las siguientes medidas de reparación no pecuniarias: 1) Dirigir, por parte del Ministro de Defensa, a cada una de las dos familias demandantes una carta ofreciendo excusas por las equivocaciones del Ejército Nacional y tomar los correctivos necesarios para que en adelante se respete la población civil en el desarrollo de los operativos militares.

QUINTO: Dese 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.

SEXTO: Sin condena en costas.

SÉPTIMO: DEVUÉLVASE inmediatamente el expediente al Tribunal de origen una vez ejecutoriada la presente sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada
Aclaró voto

ENRIQUE GIL BOTERO
Magistrado
Salvó voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 73001-23-31-000-1999-01967-01(24734)

Actor: ARGENIS VACA Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO ENRIQUE GIL
BOTERO**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales, me aparto de forma parcial de la decisión adoptada, así como de la argumentación desarrollada en torno a la delimitación de los perjuicios morales y la metodología que se empleó para su tasación.

1. Contenido y alcance de la decisión materia de salvamento parcial de voto

1.1. Liquidación de los perjuicios morales

En relación con la reparación del perjuicio moral se argumentó en el sentido que éste se determinaría de conformidad con el principio de proporcionalidad y, por lo tanto, se expuso una metodología para establecer el *quantum* indemnizatorio de

acuerdo con un sistema escalonado que se presenta a través de cuadros, con empleo del modelo cartesiano, y que tiene en cuenta los siguientes escenarios o hipótesis.

Discrepo de manera muy respetuosa, desde luego, de las afirmaciones y de la lógica trascritas, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Es preciso advertir que el sistema o la metodología empleada en la sentencia para la liquidación de los perjuicios morales no refleja el criterio mayoritario de esta Subsección y de la Sección Tercera, ni el de la Sala Plena, razón por la cual constituye un *obiter dictum* que quedó contenido en la sentencia mencionada, sin que hubiera obtenido la mayoría para constituirse en un cambio del precedente fijado por la Corporación sobre la materia.

En ese orden de ideas, es necesario poner de presente que el principio de proporcionalidad que se prohíja en la sentencia –por cierto, no pertinente para el tópico objeto de análisis– no ha alterado o modificado la jurisprudencia de la Sección, motivo por el cual el sistema para fijar el perjuicio moral derivado del daño antijurídico continúa siendo el *arbitrio juris*, debido a que se trata de una afectación que, a diferencia de otros tipos de daños, no permite ser tasada de forma objetiva, pues indiscutiblemente no existe científicamente la forma de establecer el grado de sufrimiento o de dolor que tiene una persona, ya que el padecimiento de cada individuo pertenece a su esfera individual, subjetiva y personal, circunstancia por la que este tipo de aflicciones es de carácter inconmensurable y constituye en el campo del pensamiento y del conocimiento como comprensión del mundo una dificultad aporética.

En mi criterio, la providencia debió limitarse a reiterar el precedente vinculante de la Sección, contenido en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13232 y 15646, oportunidad en la que se discurrió de la siguiente forma:

“De conformidad con las normas citadas, resulta claro que cuando se expida una copia del registro civil de nacimiento o un certificado del mismo y en él consten los nombres de los progenitores del inscrito, dicho documento constituirá prueba suficiente para acreditar el parentesco de consanguinidad existente entre éste y aquéllos. En efecto, si tales nombres fueron indicados en el correspondiente folio o certificado, es porque se cumplieron los requisitos ya indicados para que pueda darse fe del nombre de la madre del inscrito, y en cuanto al padre, porque aquél nació dentro de un matrimonio

legalmente celebrado o, siendo hijo extramatrimonial, fue reconocido por éste o se declaró judicialmente su paternidad.

“Y no puede el juez exigir pruebas adicionales para establecer el parentesco, so pena de desconocer la solemnidad prevista por la ley, de manera excepcional, para la demostración de los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, conforme a lo dispuesto en el citado artículo 105 del Decreto 1260 de 1970.

“(…) Demostradas las relaciones de parentesco cercanas alegadas en la demanda, puede inferirse, aplicando las reglas de la experiencia, que los actores tenían un nexo afectivo importante con Luis Alfonso Ríos González, que determinó la existencia de lazos de alianza y solidaridad entre ellos, y que, por lo tanto, aquéllos sufrieron un profundo pesar con la muerte de éste; puede inferirse, igualmente, que la persona más afectada fue su madre, dada la naturaleza de la relación que normalmente se establece entre un hijo y su progenitora. Bastarían, entonces, las pruebas del parentesco aportadas al proceso, para que esta Sala considerara demostrado, mediante indicios, el daño moral reclamado por los demandantes. No obstante, al respecto, obran también en el proceso los testimonios de José Leonardo Buitrago Morales y Alexander Marín Salazar, amigos de la familia de la víctima (folios 69 a 75 del cuaderno 2), que demuestran, de manera directa, la existencia y la intensidad del perjuicio sufrido.

“(…) Por otra parte, no puede perderse de vista el principio de equidad, también previsto en la norma transcrita para ser tenido en cuenta en la labor de valoración del daño. Su importancia resulta mayor cuando se trata de la indemnización de un perjuicio que, por la naturaleza de éste, no puede ser reparatoria ni reparadora, sino simplemente compensatoria. En efecto, la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia. Se impone al juez, entonces, el ejercicio de una cierta discrecionalidad, que, sin embargo, debe encontrarse suficientemente razonada y fundada en las probanzas que, en el proceso, obren sobre la existencia del perjuicio y su intensidad.

“No se trata, en efecto, de una facultad arbitraria; por ello, en su desarrollo, debe buscarse también la garantía del principio de igualdad, lo que hace necesaria la comparación de la situación debatida con otras ya decididas, con fundamento en el análisis de los diferentes aspectos que determinan aquélla y éstas, dentro de los cuales deberá tomarse en cuenta, por supuesto, el valor real de la indemnización.

“Ahora bien, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 es de obligatoria observancia para todas las jurisdicciones; así se desprende claramente de su texto...

“En cuanto a la jurisdicción contencioso administrativa, ha quedado clara su sujeción directa al artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que,

conforme a lo expresado, hace no sólo innecesario, sino improcedente, el recurso a la analogía, para aplicar el Código Penal vigente, a fin de decidir aspectos relativos a la valoración del daño moral.

“Visto lo anterior, considera esta Sala que debe abandonarse el criterio adoptado por ella desde 1978, conforme al cual, para efectos de la indemnización del perjuicio moral, se daba aplicación extensiva a las normas que, al respecto, traía el Código Penal. Como ha quedado demostrado, razones de orden jurídico, apoyadas igualmente en fundamentos de orden práctico, justifican, en la actualidad, esta decisión. Se afirma, entonces, la independencia del juez contencioso administrativo para fijar, en cada caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral.

“Lo anterior se expresa sin perjuicio de que, con el fin de garantizar el desarrollo uniforme de la jurisprudencia en este aspecto, esta Corporación establezca pautas que sirvan de referencia a los juzgadores de inferior jerarquía, cuyos fallos, sin embargo, en cuanto tasan la indemnización del perjuicio aludido, sólo podrán ser revisados por la instancia superior dentro del marco de sus competencias, dada la inexistencia de una norma prevista en ley o reglamento que pueda considerarse de obligatoria aplicación en la materia.

“Establecido, por lo demás, el carácter inadecuado del recurso al precio del oro, la Sala fijará el *quantum* de las respectivas condenas, en moneda legal colombiana, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales...”¹⁶⁹

¹⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp. 13232-15646, M.P. Alir E. Hernández Enríquez.

De allí que, la aplicación –a mi modo de ver inadecuada– del principio de proporcionalidad o de ponderación para la fijación del monto o quantum indemnizatorio del perjuicio moral debió ser sometida a consideración de los miembros de la Sala Plena de la Sección Tercera, ya que supone un drástico giro respecto del criterio jurisprudencial transcrito.

De otro lado, estoy convencido que el perjuicio o daño moral a diferencia de lo sostenido en la sentencia no puede ser objeto de ponderación, toda vez que: i) en su liquidación no se trata de solucionar una tensión o conflicto entre principios, valores o derechos fundamentales que entran en pugna, ii) tampoco se pretende definir los deberes jurídicos impuestos al legislador desde la Carta Política en la determinación de la constitucionalidad de una ley, y iii) el daño moral constituye una lesión a la órbita individual e íntima del ser humano, razón por la cual no es susceptible o pasible de ser fijada o establecida a través de un criterio de proporcionalidad, puesto que, se insiste, el dolor o la aflicción no son conmensurables.

Así las cosas, la teoría expuesta en la sentencia yerra al indicar que es pertinente y adecuado el uso del principio de proporcionalidad para definir el monto de la indemnización del perjuicio moral, por cuanto el objeto y la finalidad del instrumento mencionado no es útil para introducir objetividad en la reparación del daño moral, toda vez que su objeto y finalidad está encaminada a que se solucionen tensiones entre derechos fundamentales y la consonancia de una norma en relación con los mismos. La doctrina autorizada sobre la materia ha puesto de presente la función del principio de proporcionalidad, al precisar:

“El principio de proporcionalidad es un concepto jurídico que aparece cada vez con mayor frecuencia en la motivación de las decisiones del Tribunal Constitucional. **A este principio se alude sobre todo en las sentencias de control de constitucionalidad que versan sobre los actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales.** En las alusiones jurisprudenciales más representativas, el principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir. Tales exigencias pueden ser enunciadas de la siguiente manera:

“1. Según el subprincipio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

“2. De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que reviste por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

“3. En fin, conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda la intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general.

“Si una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple las exigencias de estos tres subprincipios, vulnera el derecho fundamental intervenido y por esta razón debe ser declarada inconstitucional.

“Los subprincipios de la proporcionalidad son invocados ordinariamente de forma conjunta y escalonada en los fundamentos jurídicos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Por consiguiente, el principio de proporcionalidad debe ser considerado como un concepto unitario. Cuando el Tribunal Constitucional lo aplica, indaga si el acto que se controla persigue un propósito constitucionalmente legítimo y si es adecuado para alcanzarlo o por lo menos para promover su obtención. Posteriormente, el Tribunal verifica si dicho acto adopta la medida más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para conseguir el objetivo propuesto. Por último, evalúa si las ventajas que se pretende obtener con la intervención estatal, compensan los sacrificios que se derivan para los titulares de los derechos fundamentales afectados y para la propia sociedad.

“(…) El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución. El significado de esta función sólo puede comprenderse cabalmente sobre la base del entendimiento previo de la estructura de los derechos fundamentales y de la estructura del control de constitucionalidad de las leyes, tal como observaremos a continuación.”¹⁷⁰ (Se destaca).

¹⁷⁰ BERNAL Pulido, Carlos “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pág. 37 a 39 y 77.

De lo transcrito se advierte que el principio de proporcionalidad es un criterio metodológico que permite establecer cuáles son los deberes jurídicos que imponen los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Su aplicación se realiza a través de los tres subprincipios mencionados - idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido-, el primero de ellos, se relaciona con que la intervención en los derechos fundamentales debe ser “*adecuada*” para conseguir un fin constitucionalmente legítimo; el segundo, se refiere a que la medida de intervención debe ser la más “*benigna*” entre todas las que pueden ser aplicadas, y el tercer y último subprincipio, atañe a las ventajas de la intervención en los derechos fundamentales las cuales deben “*compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad*”.

En el subprincipio de proporcionalidad se desarrolla el método de la ponderación¹⁷¹, como un tipo de juicio mediante el cual se determina cuál derecho o principio debe prevalecer en una colisión entre derechos fundamentales o principios. Esta técnica contiene tres elementos que la estructuran y desarrollan: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación¹⁷². El primero se explica así: “*cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro*”¹⁷³. El segundo elemento hace referencia a una fórmula matemática en la cual se les atribuye a unas variables un valor numérico que permite calcular el peso de los principios enfrentados. Finalmente, el tercer elemento consiste en las cargas argumentativas que los principios tienen “*per se*” y se utilizan si con la fórmula del peso existe un empate entre los principios enfrentados¹⁷⁴.

De otro lado, la jurisprudencia constitucional vernácula ha empleado el principio de proporcionalidad, principalmente, para definir la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en la órbita de derechos fundamentales o para definir cuándo existe una vulneración al principio de igualdad.

¹⁷¹ La ponderación es el “procedimiento de aplicación jurídica mediante el cual se establecen las relaciones de precedencia entre los principios en colisión. En la ponderación son tenidos en cuenta todos los argumentos que juegan a favor y en contra de la prevalencia de cada uno de los principios en conflicto y se determina cuál de ellos tiene mayor peso en el caso concreto” *Ibíd*em, pág. 575.

¹⁷² Bernal Pulido, Carlos. El derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 99.

¹⁷³ Cita de Robert Alexy dentro del texto de Carlos Bernal Pulido. *Ibíd*em pág. 99.

¹⁷⁴ *Ibíd*em, p. 101 a 103.

En efecto, sobre el particular la Corte Constitucional ha señalado:

“Cabe recordar que en relación con el concepto de proporcionalidad a que hace referencia la jurisprudencia citada, la Corporación ha precisado que para que un trato desigual guarde armonía con el artículo 13 constitucional debe demostrarse que la norma analizada es (1) adecuada para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesaria, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionada en sentido estricto, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. De esta forma el principio de proporcionalidad busca que la medida sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo.

“Así mismo y sin que con ello la Corte renuncie a sus responsabilidades o permita la supervivencia en el ordenamiento de regulaciones inconstitucionales, ha buscado racionalizar el examen constitucional a fin de respetar la potestad de configuración de los órganos políticos, modulando la intensidad del juicio de proporcionalidad. En este sentido ha concluido que en aquellos campos en donde la Carta confiere a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, una amplia potestad de apreciación y configuración el escrutinio judicial debe ser más dúctil, a fin de no afectar la discrecionalidad legislativa, que la propia Constitución protege. Por el contrario, en aquellos asuntos en que la Carta limita la discrecionalidad del Congreso, la intervención y control del juez constitucional debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por la Constitución. En esas situaciones, el escrutinio judicial debe entonces ser más estricto, por cuanto la Carta así lo exige.”¹⁷⁵

Como se aprecia, el principio de proporcionalidad sirve para solucionar colisiones nomoárquicas o de derechos fundamentales, como quiera que la pugna entre preceptos jurídicos se soluciona a través de los métodos hermenéuticos tradicionales, específicamente con la validez y la concreción de la norma para el caso concreto, tales como que la disposición posterior prevalece sobre la anterior, la especial sobre la general, etc.

Ahora bien, como desde la teoría jurídica y la filosofía del derecho, los principios y los derechos fundamentales tienen igual jerarquía constitucional, no es posible que uno derogue o afecte la validez del otro, motivo por el que es preciso acudir a instrumentos como la ponderación o la proporcionalidad para determinar cuál tiene

¹⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia C-421 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

un mayor peso y, por lo tanto, cuál debe ceder frente al otro en casos de tensión o en hipótesis de intervenciones o limitaciones contenidas en las leyes.

La anterior circunstancia fue puesta de presente por el profesor Robert Alexy, en los siguientes términos:

“Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distintas. Cuando dos principios entran en colisión –tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido– uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado no que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro... Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios –como sólo pueden entrar en colisión principios válidos– tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.”¹⁷⁶

En ese orden de ideas, el manejo del principio de proporcionalidad que se refleja en la sentencia es inadecuado, ya que no está orientado a solucionar una tensión o colisión de principios o de derechos fundamentales, y mucho menos a determinar la constitucionalidad y legitimidad de una intervención del legislador.

Por el contrario, el manejo que se le da en esta ocasión a la ponderación es la de cubrir con un velo de “aparente” o “presunta” objetividad la determinación de criterios de valoración de un daño que ya eran aplicados por el operador judicial bajo la égida del *arbitrio juris*.

Así las cosas, la supuesta aplicación del principio de proporcionalidad para la determinación y cuantificación del daño moral parte de un equivocado argumento que consiste en equiparar el arbitrio judicial con la noción de arbitrariedad.

Nada más alejado de la realidad, puesto que el *arbitrio juris* ha sido empleado desde la teoría del derecho de daños, de la mano con el principio de equidad, para solucionar problemas como el analizado, esto es, la liquidación del perjuicio moral debido a la imposibilidad de definir el grado de afectación interior o que produce el daño antijurídico.

¹⁷⁶ ALEXY, Robert “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 89.

Sobre el particular, resulta ilustrativo el razonamiento contenido en la sentencia del 17 de noviembre de 1967, oportunidad en la que se indicó:

“El espíritu de la geometría no se puede llevar al derecho.

“Casos como el que se estudia son los que más alcanzan a relieves que un prurito de exactitud numérica puede resultar lo más reñido con la justicia. Suele ocurrir que los rigorismos pseudo-jurídicos conduzcan a las más flagrantes violaciones de la equidad, y a que se desconozca el derecho por pretender trabajar con el espíritu propio de las ciencias exactas en un campo donde no existen ni fórmulas algebraicas, ni instrumento de precisión, ni máquinas que proporcionen la imagen fiel de las verdades jurídicas. Es lo que expresa el antiguo adagio al decir que exagerar el derecho es producir injusticia, y lo que significa hoy al afirmar que con el espíritu de la geometría no puede trabajar el que administra justicia.

“Con lo que se trabaja es con las leyes, en su espíritu y letra, y con una obligatoria jurisprudencia que justifica su oficio, y que al aplicar aquellas obtiene que se produzca la porción de verdad legal que se solicita en los tribunales. El objeto del procedimiento es la objetividad del derecho, dice una norma casi perdida en la maraña de nuestra ordenación positiva. Ella quiere decir que no es permitido al juez alterar los conceptos de fin y medio; y que no siendo dable utilizar para la administración de justicia fórmulas matemáticas, puede y debe en la estimación de algo tan cambiante y variable como son los casos humanos *sub specie juris*, poner al servicio del derecho el procedimiento, cosa que puede hacer sin arbitrariedad, sin quebrantamiento de preceptos, sin daño de nadie, y sin contorsiones, ni distorsiones jurisprudenciales.”¹⁷⁷

Al respecto, es importante la distinción efectuada por Alejandro Nieto, entre arbitrio y arbitrariedad, según la cual, en los esquemas sociales y jurídicos modernos, no es posible privar al juez de potestades de arbitrio judicial; lo importante es saber trazar la línea divisoria a partir de la que aquella potestad legítima de los funcionarios judiciales, se transforma en arbitrariedad, momento en el que las decisiones se tornan, claramente ilegítimas y, por consiguiente, en vías de hecho. Sobre el particular, el autor señala:

“El arbitrio es un criterio de la toma de decisión. El juez adopta sus resoluciones siguiendo o bien un criterio de legalidad o bien un

¹⁷⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 414.

En similar sentido, se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 17 de junio de 1938, en la que se discutió así: “La ley no dice cuál es el criterio adoptable para tales justiprecios, de donde se infiere que en esta labor es indispensable acudir a las reglas generales del derecho, y admitir que el juez está dotado de alguna relativa libertad para llegar a conclusiones que consulten la equidad, siendo, como es, irrealizable a todas luces una justicia de exactitud matemática.”

criterio de su propio arbitrio o bien – como es lo más frecuente- combinando ambos de tal manera que la decisión es fijada con su arbitrio dentro de las posibilidades que le ofrece la legalidad. Si la ley diera una solución precisa y unívoca al conflicto, no habría lugar para el arbitrio. Pero como esto sucede muy pocas veces, dado que la naturaleza general y abstracta de la ley no le permite entrar en las peculiaridades del caso concreto, es imprescindible la intervención de un ser humano que conecte ambos polos de la relación –la ley y el caso- utilizando al efecto primero la técnica de interpretación de la norma y luego su adaptación al caso concreto... El arbitrio es el factor humano que el juez añade a los datos aportados por el ordenamiento jurídico. El arbitrio es fruto del árbol de la prudencia, madurado al sol de la justicia (del sentimiento de justicia) con el transcurso de la experiencia. El arbitrio hace que la sentencia sea una obra humana y no el mero resultado de una ecuación lógica o de un proceso mecanicista. Rechazar el arbitrio no es sólo desconocer una práctica manifiesta, es negar la condición ética del juez, del que se desconfía hasta el punto que se supone que cuando se introduce un elemento distinto de la lógica tradicional, se despeña inevitablemente en la arbitrariedad.”¹⁷⁸

Por consiguiente, desde mi perspectiva, lejos de que en el fallo se haya aplicado un criterio objetivo de liquidación del perjuicio moral, se devela bajo el epígrafe del principio de proporcionalidad una concreción del arbitrio judicial, ya que los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, a diferencia de lo sostenido en la sentencia no aportan elementos nuevos a la controversia de cuál debe ser la metodología para liquidar la afectación a bienes o intereses jurídicos inconmensurables.

El criterio que se defiende y prohíja en este salvamento parcial de voto es el mismo que ha trazado la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, y que reafirmó de manera reciente en pronunciamiento que por su importancia se transcribe, *in extenso*¹⁷⁹:

“2. El daño moral, configura una típica especie de daño no patrimonial consistente en quebranto de la interioridad subjetiva de la persona y, estricto sensu, de sus sentimientos y afectos, proyectándose en bienes de inmesurable valor, insustituibles e inherentes a la órbita más íntima del sujeto por virtud de su detrimento directo, ya por la afectación de otros bienes, derechos o intereses sean de contenido patrimonial o extrapatrimonial.

“El ordenamiento jurídico en cuanto base estructural indisociable de un orden justo, la paz, la justicia y la armónica convivencia en la vida de relación, encuentra por centro motriz al sujeto de derecho, sea

¹⁷⁸ NIETO, Alejandro “El arbitrio judicial”, Ed. Ariel, 2001, Pág. 219.

¹⁷⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 18 de septiembre de 2009, exp. 2005-00406, M.P. William Namén Vargas.

físico, ora jurídico, dotado de personificación normativa, derechos e intereses, libertades, garantías, y deberes.

“El sujeto *iuris*, es *summa* de valores disímiles dignos de reconocimiento y tutela, cuya lesión entraña la responsabilidad de quien lo causa, o sea, el deber legal de repararlo.

“De acuerdo con una opinión jurisprudencial bastante difundida, el daño podrá recaer sobre bienes susceptibles *per se* de evaluación pecuniaria inmediata u objetiva o respecto de “intereses que según la conciencia social no son susceptibles de valorización económica” (C. M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 5, *La responsabilità* (1994), reimpression, Milán, Giuffrè, 1999, p. 166), esto es, afectar valores vitales, consustanciales, inmanentes e intrínsecos del sujeto, inherentes a su personalidad y esfera afectiva, ora extrínsecos y externos al mismo, es decir, ostentar naturaleza material (*Dommages matériels*), ora inmaterial (*Dommages immatériels*), bien patrimonial (*Vermögensschaden*), ya extrapatrimonial (*nicht Vermögensschaden*).

“(…) El aspecto de mayor relevancia para identificar la especie del daño, por consiguiente, atañe a la proyección de los efectos adversos de la lesión más que a la naturaleza jurídica del interés directamente quebrantado, o sea, el espectro en el cual repercute el hecho, *ad exemplum*, cuando atañen a la vida de relación, la integridad sicosomática, los bienes de la personalidad -*verbi gratia*, integridad física o mental, libertad, nombre, dignidad, intimidad, honor, imagen, reputación, fama, etc.-, o a la esfera sentimental y afectiva, ostenta naturaleza no patrimonial.

“3. El daño moral, en sentido lato, está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, “*que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo*” (cas.civ. sentencia 13 de mayo de 2008, SC-035-2008, exp. 11001-3103-006-1997-09327-01), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos, concretándose en el menoscabo “de los sentimientos, de los afectos de la víctima, y por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso” (Renato Scognamiglio, voz *Danno morale*, en *Novissimo Digesto italiano*, vol. V, Turín, Utet, 1960, p. 147; ID., *Il danno morale*, Milano, 1966; *El daño moral- Contribución a la teoría del daño extracontractual*, trad. esp. Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Antares, Bogotá, 1962, pp.14 ss.), o sea, son daños pertenecientes al ámbito de los padecimientos del ánimo, las sensaciones, sentimientos, sensibilidad, aptitud de sufrimiento de la persona y por completo distintos de las otras especies de daño.

“En efecto, el daño moral, aún en la hipótesis de provenir de la lesión concurrente de otros intereses, por ejemplo, los derechos de la personalidad, la salud e integridad, es una entidad separada e independiente, cuyo resarcimiento es diferente, al tratarse recta y exclusivamente, del detrimento experimentado por el sujeto en su

espectro interior, afectivo y sentimental, sin comprender su órbita exterior, proyecto, calidad de vida, actividad o desarrollo vivencial.

“En sentido análogo, su reparación es singular e individual y no se contiene en la de otros daños, respecto de los cuales se distingue por su especificidad al recaer únicamente en los sentimientos y afectos, a consecuencia del quebranto de derechos, intereses o valores de naturaleza, ya patrimonial, bien no patrimonial, con los cuales no se confunde.

“Un problema distinto se plantea a propósito de la reparación del daño no patrimonial, y en particular del moral.

“La cuestión es que la lesión inferida a la interioridad del sujeto, es inasible e inconmesurable, concierne a las condiciones singulares de la persona, a su sensibilidad, sensaciones, sentimientos, capacidad de sufrimiento y no admite medición exacta e inflexible, desde luego que el sujeto experimenta un menoscabo no retroaible y el dolor deviene irreversible, cuya existencia se considera en ciertas hipótesis señaladas por la jurisprudencia *in re ipsa* y cuya valoración se efectúa *ex post* sin permitir la absoluta reconstrucción del *status quo ante*.

“4. Las anotadas características relevantes del daño moral, evidencian la complejidad y delicadeza de su reparación.

“Por ello, la Corte, partiendo del legítimo derecho a la reparación del daño moral causado, ante las vicisitudes que su apreciación económica apareja, al “no referirse al daño pecuniario en la hacienda y patrimonio del damnificado” (XXXI, p. 83) y tratarse de valores “... económicamente inasibles ...” (CXLVIII, p. 252 y CLII, p. 143, CXLVIII, p. 252 y CLII, p. 143), en cuanto “esta especie de daño se ubica en lo más íntimo del ser humano, por ende, como medida de relativa satisfacción, que no de compensación económica, desde luego que los sentimientos personalísimos son inconmensurables y jamás pueden ser íntegramente resarcidos, es dable establecer su *quantum* a través del llamado *arbitrium judicis*”, “tarea que, por lo demás, deberá desplegarse teniendo en cuenta que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre, de modo que ciertos incidentes que a una determinada persona pueden conllevar hondo sufrimiento, hasta el extremo de ocasionarle severos trastornos emocionales, a otras personas, en cambio, puede afectarlos en menor grado. “Aparte de estos factores de índole interna, dice la Corte, que pertenecen por completo al dominio de la psicología, y cuya comprobación exacta escapa a las reglas procesales, existen otros elementos de carácter externo, como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar, las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada ...’ (G. J. Tomo LX, pág. 290)”. (sentencia del 10 de marzo de 1994)” (cas.civ.

sentencias de mayo 5 de 1999, exp. 4978; 25 de noviembre de 1999, exp. 3382; diciembre 13 de 2002, exp. 7692; 15 de octubre de 2004, S-165-2004, exp. 6199).

“5. Superadas algunas corrientes adversas y, admitida por esta Corte la reparación del daño moral sin más restricciones para fijar su cuantía que las impuestas por la equidad (*ex bono et aequo*) conforme al marco concreto de circunstancias fácticas (cas.civ. sentencias de 21 de julio de 1922, XXIX, 220; 22 de agosto de 1924, XXXI, 83), a partir de la sentencia de 27 de septiembre de 1974, es su criterio inalterado, la inaplicabilidad de las normas penales para su tasación, remitiéndose al *arbitrium iudicis*, naturalmente, ponderado, razonado y coherente según la singularidad, especificación, individuación y magnitud del impacto, por supuesto que las características del daño, su gravedad, incidencia en la persona, el grado de intensidad del golpe y dolor, la sensibilidad y capacidad de sufrir de cada sujeto, son variables y el *quantum debeatur* se remite a la valoración del juez.

“(…) En el empeño de encarar directamente el asunto, la Sala precisa que, para la valoración del *quantum* del daño moral en materia civil, estima apropiada la determinación de su cuantía en el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador.

“Por consiguiente, la Corte itera que la reparación del daño causado y todo el daño causado, cualquiera sea su naturaleza, patrimonial o no patrimonial, es un derecho legítimo de la víctima y en asuntos civiles, **la determinación del monto del daño moral como un valor correspondiente a su entidad o magnitud, es cuestión deferida al prudente arbitrio del juzgador según las circunstancias propias del caso concreto y los elementos de convicción.**

“Por lo anterior, consultando la función de *monofilaquia*, hermenéutica y unificadora del ordenamiento que caracteriza a la jurisprudencia, la Sala periódicamente ha señalado al efecto unas sumas orientadoras del juzgador, no a título de imposición sino de referentes (cas.civ. sentencia de 28 de febrero de 1990, G.J. No. 2439, pp. 79 ss; así en sentencia sustitutiva de 20 de enero de 2009, exp. 170013103005 1993 00215 01, reconoció por daño moral, cuarenta millones de pesos).

“Para concluir, en preservación de la integridad del sujeto de derecho, el resarcimiento del daño moral no es un regalo u obsequio gracioso, tiene por causa el quebranto de intereses protegidos por el ordenamiento, debe repararse *in casu* con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa según el ponderado *arbitrio iudicis*, sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en

procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador.

“6. Por todo cuanto se ha dicho, no siendo aplicables las normas del Código Penal ni la jurisprudencia invocada para la reparación del daño moral en asuntos civiles, no prospera el cargo.”

En esa perspectiva, la única forma que hasta el momento ha encontrado la doctrina y la jurisprudencia para resarcir –vía compensación– el daño moral es a través de los principios del *arbitrio juris* y la equidad, razón por la cual la aplicación de un criterio de proporcionalidad o ponderación, lejos está de introducir elementos objetivos que permitan identificar parámetros indemnizatorios con fundamento en el dolor o la aflicción padecida.

Lo anterior se evidencia de forma palmaria en la sentencia, pues al margen de la carga argumentativa que defiende la pertinencia del principio de proporcionalidad, lo cierto es que cuando se liquida para el caso concreto el daño moral no se tienen en cuenta ni la idoneidad, ni la necesidad, así como tampoco el principio de proporcionalidad en sentido estricto, en tanto, se itera, no existen dos o más elementos que ponderar. De ese modo, se retorna al arbitrio judicial de manera inexorable, al margen de que se defienda la relevancia de ese principio.

Ahora bien, por la vía de aplicación de manera incorrecta del principio de proporcionalidad para la liquidación del daño moral, se pueden llegar a introducir criterios subjetivos de valoración del perjuicio por parte del funcionario judicial, tales como la convivencia, toda vez que si bien la misma es un hecho objetivo y apreciable empíricamente, lo cierto es que aquélla no puede constituir –a diferencia de lo sostenido por el proyecto– un criterio o variable para la cuantificación del perjuicio moral.

A modo de ejemplo, baste indicar que es perfectamente posible que exista una familia que, por circunstancias laborales o personales de sus miembros, éstos convivan en distintas zonas de una misma ciudad, o de un mismo país o incluso en el extranjero, sin que esto altere el fuerte y cercano vínculo afectivo y sentimental que existe entre ellos, esto es, la distancia geográfica no significa desamor o falta de afecto¹⁸⁰.

¹⁸⁰ Al respecto, la Sección Tercera en otrora oportunidad indicó: “C. Se confirmará el reconocimiento que hizo el Tribunal en favor del padre, por perjuicios morales, **pues la distancia geográfica no necesariamente significa desamor o falta de afecto**. No existe prueba que destruya la presunción del dolor moral que causa en el padre la muerte de su hijo.” Consejo de

A partir del ejemplo anterior, extraído de la experiencia, y con aplicación irrestricta del llamado test de proporcionalidad que se defiende en la sentencia, se concluiría que al margen de la muerte de uno de los integrantes de ese núcleo familiar, habría que reducir la indemnización por el daño moral porque la convivencia es factor determinante en la liquidación del mismo¹⁸¹.

Si se profundiza en el ejercicio hermenéutico, habría que concluir que si el daño antijurídico proviene de la muerte de un hijo cuyos padres residen en otro país, sin importar el profundo y real afecto existente entre ellos, habría que reducirles la indemnización frente a los padres de otra víctima que aunque convivía con éstos era objeto de maltrato de parte de los mismos, puesto que en este último supuesto tendrían derecho a una mayor indemnización en virtud de la idoneidad y la variable convivencia que impacta significativamente la reparación según los cuadros y la argumentación contenida en la sentencia.

De allí que resulte oportuno formularse los siguientes interrogantes: ¿por qué según el supuesto principio de proporcionalidad o ponderación aplicado en la sentencia, hay lugar a indemnizar en mayor grado los eventos en que se predica convivencia respecto de los que no la hay? ¿Esto no introduce un parámetro injusto de diferenciación?

Entonces, la distinción introducida sí que afecta un derecho fundamental que es la igualdad, razón por la cual la providencia en cuestión –ella sí mas no la cuantificación del perjuicio moral– podría ser pasible de un análisis de proporcionalidad en una eventual vía de hecho, en caso de que por cuenta de la aplicación del criterio jurisprudencial mencionado se resquebraje la mencionada garantía esencial.

Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de octubre de 1991, exp. 6451, M.P. Juan de Dios Montes.

¹⁸¹ “Porque en la Constitución de 1991, más claramente que en el Código Civil, la familia no es un producto necesariamente surgido de manifestaciones afectivas. Es un producto y es una institución en donde está clara una visión de solidaridad entre seres humanos y una visión de solidaridad que adquiere todo su sentido, sobre todo frente a los niños, porque los niños tienen el derecho fundamental y prevalente a tener una familia. Tienen ese derecho fundamental y prevalente por encima de las coyunturas en los afectos de sus padres... Aquí viene a ponerse de presente, como la concepción de familia de la Constitución de 1991, es una concepción solidarista – no individualista–. No depende del íntimo querer del marido y mujer o, de hombre y mujer. Depende de lo que exija esa realidad social de la familia. Los conflictos son importantes, muestran desacuerdos, malformaciones, a veces hasta patologías, pero no son los límites a la existencia de esa unidad familiar.” ANGARITA Barón, Ciro “La familia en la nueva Constitución”, Talleres Macroregionales sobre Conciliación – Memorias, ICBF, Pág. 4 y 6.

No puedo compartir, de ningún modo, un sistema que intrínsecamente se torne injusto porque no se cumplen una serie de requisitos formales como la convivencia, el número de años compartidos, la cercanía afectiva de los integrantes del núcleo familiar, etc.¹⁸², ya por esta vía se puede caer –como efectivamente ha ocurrido de manera reciente en diversas providencias– en la reparación simbólica del daño moral, lo cual deviene inadmisibile, tal y como lo pone de presente el reconocido doctrinante Ramón Daniel Pizarro, en su obra sobre el daño moral, en los siguientes términos:.

“Durante años el daño moral ha estado a la zaga del daño patrimonial, sin merecer una valoración conceptual y funcional autónoma. Su existencia en el mundo jurídico parecía más formal que real, y esto muchas veces se tradujo en decisorios marcadamente injustos y desnaturalizantes de aquella figura.

“Los tiempos han cambiado y es otra la ponderación que hoy asume el daño moral. De nada sirve formular la construcción doctrinaria más perfecta si, a la hora de su aplicación práctica, por temor, desconocimiento o por preconceptos, el quantum indemnizatorio se traduce en una suma inepta para repararlo. Insistimos en que una indemnización simbólica es una burla para el damnificado y un motivo de enriquecimiento indebido para el responsable que el derecho no puede consentir.”¹⁸³

Como se aprecia, las diversas Subsecciones que integran la Sección Tercera han venido aplicando el criterio del *arbitrio iudicis*, en armonía con los principios de equidad, razonabilidad y racionalidad, en los términos que ha acogido la Corte Constitucional en diversas oportunidades de manera reciente.

En efecto, el Tribunal Constitucional ha exigido que la valoración del daño moral se haga de conformidad con la línea jurisprudencial fundada en la sentencia del 6

¹⁸² “¿Sabes qué decía mi padre? Él se encoge de hombros. Instintivamente enciendo la grabadora. *Que no es la distancia sino la proximidad lo que nos hace invisibles.*” Efraim Medina.

¹⁸³ PIZARRO, Ramón Daniel “Daño Moral”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1996, pág. 342 y 343.
“En los anteriores términos, la Sala encuentra que debe ofrecerse una compensación mixta por la afectación que sufrió la lesionada únicamente, constituida por una valor simbólico tasado en tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y en la exigencia al Director o Representante Legal de la entidad demandada de presentar disculpas por escrito y en un acto en las instalaciones del Hospital en el que se reconozca la falla cometida. Se trata, sin duda para la Sala, de “una satisfacción que se ofrece al sentimiento de justicia y a la personalidad del lesionado”, ya que debe tenerse en cuenta que el “hombre libre y su integridad física están muy por encima de semejante tasación pecuniaria (*liberum corpus nullam aestimationem recipit*, D.9, 1, 3; D.9, 3, 7)” Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1º de febrero de 2012, exp. 21460.

de septiembre de 2001 –ya mencionada– así como con apoyo en las subreglas desarrolladas en el citado pronunciamiento judicial. En consecuencia, la sentencia fundamente del precedente y los lineamientos o derroteros que han sido expuestos por la Sección Tercera mantienen vigencia, sin que ello suponga irracionalidad.

Por lo tanto, mal se hace en confundir o entender que la exigencia de razonabilidad y racionalidad, así como de aplicar los principios de equidad y reparación integral de manera conjunta con el arbitrio judicial configura una falencia por carencia de justificación del *quantum* del perjuicio moral. A *contrario sensu*, la Corte Constitucional coincide con el razonamiento del Consejo de Estado de Sala Plena y de sus diferentes Secciones y Subsecciones, que ha defendido la libertad probatoria y el prudente arbitrio judicial, aplicado conforme a los precedentes judiciales y a las presunciones o inferencias fijadas por esta Corporación.

De manera que, se itera, arbitrio iuris no puede ser asimilado a arbitrariedad, por el contrario a partir del arbitrio se aplica una discrecionalidad que exige del funcionario judicial un altísimo razonamiento para: i) identificar si de conformidad con los supuestos fácticos existe un precedente aplicable, ii) si existe el pronunciamiento vinculante, aplicarlo y justificar por qué es pertinente para la solución del caso concreto, o iii) en caso de que no sea pertinente, indicar las razones y circunstancias –de forma explícita y suficiente– por las cuales se aparta del mismo¹⁸⁴.

El funcionario judicial no puede convertirse en un autómatas en tratándose de la liquidación del perjuicio moral; resulta evidente que las situaciones fácticas que se relacionan con este tipo de daños vinculan las fibras más sensibles del ser humano, esto es, la existencia, la familiaridad, la solidaridad, la angustia, el

¹⁸⁴ “La vinculación al precedente no impedirá que el órgano judicial cambie la interpretación de una norma, y con ello dé entrada a un nuevo proceso de normalización jurisprudencial. La sucesión de paradigmas interpretativos en aplicación de idéntico texto legal viene exigida por la historicidad de la realidad social y jurídica, constituyendo una exigencia de justicia. Para garantizar ésta y –subsidiariamente– preservar la seguridad jurídica, el juez ha de aportar una fundamentación objetiva y razonable. Deberá hacerlo en todos los casos en que cambie de criterio interpretativo diacrónicamente; a diferencia del legislador, cuyo enlace directo con la soberanía popular hace presumir legítimo cualquier cambio normativo, debiendo justificar tan sólo aquellos que impliquen un tratamiento sincrónico desigual entre los ciudadanos.” OLLERO, Andrés “Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pág. 77.

sufrimiento, el dolor del alma, el miedo, el temor, la soledad, entre muchas otras¹⁸⁵.

Ahora bien, el hecho de que la Corte Constitucional en fallos recientes¹⁸⁶ haya prohijado la necesidad de que el operador judicial de lo contencioso administrativo aplique los principios de razonabilidad y racionalidad no puede ser entendido –o darle una lectura– en el sentido de que sólo el principio de proporcionalidad es el que garantiza la materialidad de esos postulados; lo anterior, comoquiera que existen diversas formas de razonamiento y de justificación de las decisiones judiciales, entre otros: i) la lógica formal, ii) el silogismo, iii) la lógica de lo razonable, iv) la analogía, v) la interpretación gestáltica, vi) las reglas de la argumentación, vii) el test de razonabilidad, viii) los test de igualdad propuestos, ix) el principio de proporcionalidad, x) la sana crítica, xi) las reglas de la experiencia y, tal vez el más importante para los abogados que es, xii) el sentido común¹⁸⁷.

En ese orden, es importante citar *in extenso* los pronunciamientos del Tribunal Constitucional para verificar –sin anfibiaología– que éste respeta los lineamientos trazados por el Consejo de Estado a partir de la sentencia del 6 de septiembre de 2001, según los cuales la principal herramienta para valorar la existencia y el monto del perjuicio moral es el arbitrio judicial. En efecto, sobre el particular la Corte precisó:

“En ese orden de ideas, es posible identificar con plena claridad, la existencia de una línea jurisprudencial consolidada en el Consejo de Estado (Sección Tercera) en materia de daño moral y tasación de perjuicios morales. Esa jurisprudencia fue sentada en fallo de 6 de septiembre de 2001¹⁸⁸ y ha sido reiterada en un amplio número de pronunciamientos posteriores. En esa sentencia es posible, además, identificar *subreglas* concretas, a partir de las cuales puede efectuarse el análisis sobre la configuración del defecto o defectos alegados por el lcfes.

“En el fallo citado, la Sección Tercera recoge la forma en que se ha entendido el daño moral y se han tasado los perjuicios de carácter

¹⁸⁵ “Hacer justicia o pedirla –cuando se procede de buena fe, es lo mismo – constituye la obra más íntima, más espiritual, más inefable del hombre. En otros oficios humanos actúan el alma y la física, el alma y la economía, el alma y la botánica, el alma y la fisiología; es decir, un elemento material y externo. En la abogacía actúa el alma sola, porque cuanto se hace es obra de la conciencia y nada más que ella. No se diga que operan el alma y el Derecho, porque el Derecho es cosa que se ve, se interpreta y se aplica con el alma de cada cual; de modo que no yerro al insistir en que actúa el alma aislada.” OSORIO, Ángel “El Alma de la Toga”, Ed. Difusión Jurídica Editores, Bogotá, 2003, págs. 16 y 17.

¹⁸⁶ Corte Constitucional, sentencias T-351 de 2011, T-464 de 2011 y T-212 de 2012.

¹⁸⁷ “VII. Aprecia como el mejor de los textos el sentido común.” OSORIO, Ángel Ob. Cit. Pág. 336.

¹⁸⁸ Radicación: 66001-23-31-000-1996-3160-01(Expedientes 13232-15646).

moral en la jurisprudencia de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa en el transcurso del tiempo. A partir de ese desarrollo histórico consideró el Consejo de Estado que, en materia de daño administrativo resultaba pertinente separarse de los criterios establecidos en el ámbito penal, y dejar de lado la tasación del mismo en *gramos oro* para utilizar, en cambio, el salario mínimo como vía de cálculo, por razones de índole económica y, principalmente, por la conexión que se mantiene entre el salario mínimo y el costo de vida.

“Por su importancia, transcribe la Sala, in extenso, las consideraciones sentadas en el fallo de 6 de septiembre de 2001 de la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre el daño moral y la tasación de los perjuicios correspondientes:

“La reparación, en efecto, conforme a nuestro sistema legal, sólo debe atender a la entidad del daño mismo; debe repararse todo el daño causado, y sólo el daño causado, independientemente de la culpabilidad de su autor, o de la existencia de circunstancias de agravación o atenuación punitiva, y éste es un principio común a todos los casos, al margen de que la reparación se efectúe en un proceso penal, civil, laboral, contencioso administrativo o de otra índole. Este postulado básico (...) fue consagrado de manera expresa por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en los siguientes términos: “Art. 16.- Valoración de los Daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”. No puede perderse de vista el principio de equidad, también previsto en la norma transcrita para ser tenido en cuenta en la labor de valoración del daño. Su importancia resulta mayor cuando se trata de la indemnización de un perjuicio que, por la naturaleza de éste, no puede ser restitutoria ni reparadora, sino simplemente compensatoria. En efecto, la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia. Se impone al juez, entonces, el ejercicio de una cierta discrecionalidad, que, sin embargo, debe encontrarse suficientemente razonada y fundada en las probanzas que, en el proceso, obren sobre la existencia del perjuicio y su intensidad. No se trata, en efecto, de una facultad arbitraria; por ello, en su desarrollo, debe buscarse también la garantía del principio de igualdad, lo que hace necesaria la comparación de la situación debatida con otras ya decididas, con fundamento en el análisis de los diferentes aspectos que determinan aquélla y éstas, dentro de los cuales deberá tomarse en cuenta, por supuesto, el valor real de la indemnización. Ahora bien, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 es de obligatoria observancia para todas las jurisdicciones. En cuanto a la jurisdicción contencioso administrativa, ha quedado clara su sujeción directa al artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que, conforme a lo expresado, hace no sólo innecesario, sino

improcedente, el recurso a la analogía, para aplicar el Código Penal vigente, a fin de decidir aspectos relativos a la valoración del daño moral. Considera esta Sala que debe abandonarse el criterio adoptado por ella desde 1978, conforme al cual, para efectos de la indemnización del perjuicio moral, se daba aplicación extensiva a las normas que, al respecto, traía el Código Penal. (...) Se afirma, entonces, la independencia del juez contencioso administrativo para fijar, en cada caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral. (...) Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales (...) cantidad que servirá de directriz a los jueces y tribunales de la misma jurisdicción.

“De la jurisprudencia del Consejo de Estado se desprenden, al menos, las siguientes conclusiones: el daño moral puede probarse por cualquier medio probatorio. Sin embargo, la prueba solo atañe a la existencia del mismo, pero no permite determinar de manera precisa el monto en que deben reconocerse los perjuicios morales que, por su naturaleza (no puede intercambiarse la aflicción por un valor material) no tienen un carácter indemnizatorio sino compensatorio (en alguna manera intentan recomponer un equilibrio afectado). **Para la tasación del daño, el juez se debe guiar por su prudente arbitrio, pero está obligado a observar, por expreso mandato legal los principios de equidad y reparación integral.** El Consejo de Estado ha decidido establecer las condenas por perjuicios morales en términos de salarios mínimos, considerando que es un parámetro útil en tanto el salario mínimo se fija de acuerdo con el IPC, y de esa forma mantiene un poder adquisitivo constante (o al menos se acerca a ese ideal). Para la alta Corporación es útil establecer el máximo de 100 smlmv como tope, con el fin de que exista un parámetro que evite el desconocimiento al principio de igualdad. Sin embargo, esa suma no **vincula** de forma absoluta a los jueces quienes, como ya se explicó, deben tomar en cuenta consideraciones de equidad al tasar ese tipo de condenas.

“En ese marco, el último cargo que aborda la Sala plantea asuntos de especial trascendencia para el derecho constitucional en tanto (i) deja abierta la duda de la vinculación de los jueces administrativos a la jurisprudencia del Consejo de Estado; (ii) formula el problema de si, en la materia, debe aceptarse una discrecionalidad plena del juez, lo que, en principio, podría afectar el derecho al debido proceso y el derecho a la motivación de los fallos judiciales; y (iii) plantea la inquietud de qué debe entenderse por equidad y/o si existen parámetros racionales para que la tasación del daño sea objeto de una justificación susceptible de ser ilustrada intersubjetivamente, y por lo tanto, de control legal y constitucional.

“A juicio de la Sala, la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de daño y perjuicios morales sí establece parámetros

vinculantes para los jueces administrativos. En efecto, estos deben seguir *la libertad probatoria* y utilizar su *prudente arbitrio* en el marco de la equidad y la reparación integral para tasar los perjuicios morales. Además, al establecer un tope –al menos indicativo- de 100 smlmv, el Consejo de Estado hizo referencia al principio de igualdad, lo que significa que ese tope, unido a análisis de equidad, debe permitir que cada juez no falle de forma caprichosa sino a partir de criterios de *razonabilidad*, a partir del análisis de casos previos, y de sus similitudes y diferencias con el evento estudiado. El límite, sin embargo, es *indicativo* porque si, a partir de los criterios y parámetros indicados, el juez encuentra razones que justifiquen separarse de ese tope y las hacen explícitas en la sentencia de manera transparente y suficiente, su decisión no se apartaría de la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni sería ajena a la obligación constitucional de motivar los pronunciamientos judiciales.”¹⁸⁹ (Negrillas adicionales – subrayado del texto original).

“
.....

“7.2.1.5. Finalmente, el Consejo de Estado advierte que existe un parámetro constitucional mínimo para ejercicio de la discrecionalidad judicial. Para hacerlo explícito, reitera la distinción que existe entre discrecionalidad y arbitrariedad presentada por la Corte Constitucional en la sentencia C-031 de 1995, precisamente a partir del análisis de constitucionalidad de una norma legal según la cual los particulares pueden portar armas de manera excepcional, de acuerdo con la *‘potestad discrecional’* de la autoridad competente. Dijo la Corte Constitucional en aquella oportunidad:

“Así, la discrecionalidad en cabeza de la administración no faculta al funcionario para imponer sus caprichos ni para incurrir en arbitrariedades: ella estriba en la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción dentro de los límites fijados por la ley, uno de los cuales surge del fin que debe presidir toda actividad administrativa, cual es la prevalencia del interés público. En consecuencia, un fin extraño a él es ilícito y susceptible de ser anulado y controvertido judicialmente, como se anotó.

“No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. **El poder discrecional por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libertades.**

¹⁸⁹ Corte Constitucional, sentencia T-351 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas.

“Dentro de la facultad discrecional, el poder o la competencia no tiene prefijada su decisión de una manera rígida, sino que en atención a la complejidad y variación de los factores de los asuntos sometidos a su jurisdicción, debe aplicar el precepto más adecuado y justo a la situación concreta, ateniéndose a los objetivos fijados por la Constitución y la ley, ajenos a su libre capricho. [...]”¹⁹⁰

“7.2.1.6. La jurisprudencia del Consejo de Estado, como se evidencia, ha sostenido que no basta con demostrar algún tipo de dolor o de afectación, se ha indicado que la misma ha de ser *intensa*, no puede ser cualquier tipo de contratiempo.¹⁹¹ En tal medida, por ejemplo, demostrar detrimentos patrimoniales, incluso deterioro en la casa de habitación, no implica comprobar la existencia de perjuicios morales.¹⁹² Pueden probar también situaciones contextuales del caso, que evidencien los problemas vividos, pero ello no exime a la autoridad de contar con alguna prueba de los perjuicios morales en sí mismos considerados.¹⁹³

¹⁹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-031 de 1995 (MP Hernando Herrera Vergara).

¹⁹¹ Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 22 de abril de 2009 (CP Ramiro Saavedra Becerra) [Rad. 05001-23-24-000-1992-00231-01(17000)]. Se dijo al respecto: “a pesar de que los demandantes lograron demostrar la incomodidad que padecieron con ocasión del daño, lo cierto es que ese sentimiento no es de tal envergadura que justifique su reparación. || En efecto, el daño moral es un perjuicio inmaterial que comprende el aspecto interno del individuo, la afección directa a los sentimientos del ser humano, como la congoja, la tristeza, etc., y para que haya lugar a su indemnización, es necesario que la afectación sea intensa, pues no cualquier contratiempo o contrariedad puede ser moralmente compensado, máxime si se tiene en cuenta que el único patrimonio de los demandantes no se destruyó ni se perdió, sino que, por el contrario, los daños generados al inmueble se repararon.”

¹⁹² Consejo de Estado, sentencia de marzo 10 de 2011 (CP Hernán Andrade Rincón) [Rad. 19001-23-31-000-1998-00451-01 (20109)]. Se dijo al respecto lo siguiente: “Para probar el reclamado dolor moral por el deterioro de su casa de habitación, la parte actora pidió del ingeniero Juan José Arias Loaiza, único testigo que se refirió al tema en los siguientes términos: *‘En realidad yo conocía a Reinel como una persona jovial, pero luego cuando me pidió el favor de mirar lo que estaba sucediendo en la casa, lo vi bastante preocupado, una de las niñas me comentó que estaba enfermo que tenía inicios de asma, entonces dijo que iba a buscar una casa donde poderse pasar mientras le solucionaban el problema’* (fl. 48 C. 2). || Como bien puede observarse, de la declaración testimonial antes transcrita no resulta establecido que los demandantes estuviesen pasando por unas circunstancias especiales y fuera de lo común que justifiquen entender que padecían un dolor moral como el reclamado en la demanda, por manera que imperioso resulta para la Sala despachar negativamente su pedimento indemnizatorio por este concepto.”

¹⁹³ Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 26 de 2008 (CP Myriam Guerrero Escobar) [Rad. 19001-23-31-000-1995-02016-01 (15535)]. La sentencia dijo al respecto: “Como bien puede observarse, los testigos no refieren la ocurrencia de especiales circunstancias que le permitan a la Sala siquiera suponer que la ocupación permanente de una parte de los predios de los accionantes les hubiere ocasionado una aflicción distinta al hecho de saber que no podrían ya ejercer sobre la franja de terreno ocupada los derechos derivados de la propiedad, asunto sobre el cual, por demás, tan solo da cuenta uno de los testigos. || De otra parte, se evidencia que la situación de intranquilidad del señor Valencia y la señora Valencia de Castro, a la cual hacen referencia los testigos, deriva de otra causa distinta a la ocupación de sus predios, pues atañe propiamente a las consecuencias propias de las relaciones de vecindad que no únicamente ellos, sino todos quienes colindan o viven en cercanías a la base militar, pueden eventualmente llegar a soportar, máxime si se tiene en cuenta que el conocimiento que los testigos tiene sobre esos hechos es de oídas, pues proviene de lo que sus vecinos les han comentado; pero los testigos no afirman haber presenciado esos entrenamientos, como tampoco los hostigamientos, ni los maltratos que según dicen les infieren los soldados a los demandantes, como tampoco en el expediente se encuentran pruebas que soporten la ocurrencia de tales hechos. || De allí que la Sala se deba abstener de reconocer la existencia de los perjuicios morales que dicen haber sufrido los demandantes, pero no por la razón que sirvió de fundamento al a quo para negar dicha pretensión, sino porque, como acaba de verse, su existencia no está acreditada en el proceso.”

“7.2.1.7. Visto lo anterior, puede decirse que cuando la jurisprudencia contencioso administrativa reconoce al juez un espacio para el uso de su arbitrio y discrecionalidad para la definición de los perjuicios morales, está buscando considerar las condiciones especiales y particulares de cada asunto. Son tan especiales y particulares las condiciones del sufrimiento moral de cada persona, que corresponde al juez administrativo en cada caso concreto valorar la existencia del mismo y su magnitud, no *ex ante* y de forma general.

“Pero ello, claro está, no implica que con el tiempo, poco a poco, la jurisprudencia no tenga la capacidad de identificar patrones fácticos similares en varios casos, que, en virtud del principio de igualdad, reclamen soluciones iguales.¹⁹⁴ **Como lo ha reconocido esta Corporación (ver sentencia T-351 de 2011), la jurisprudencia contencioso administrativa ha encontrado tres principios básicos que han de orientar el cumplimiento de las funciones judiciales fundadas en la discreción judicial, a saber: *equidad, razonabilidad y reparación integral*. Estos principios, en especial la equidad, demandan al juez algún grado de comparación entre la situación evaluada y otras reconocidas previamente. De lo contrario puede llegarse a decisiones inequitativas, desproporcionadas o discriminatorias.**

“7.2.1.8. También debe precisar esta Sala que el concepto de ‘razonabilidad’ que impera en el estado social de derecho no es de carácter emocional. Es decir, cuando un juez establece que una decisión es razonable, no puede basarse en que sus emociones le dicen que esa es la respuesta adecuada al caso. La discrecionalidad no es arbitrariedad. Tampoco, por supuesto es sinónimo de falta de racionalidad y de razonabilidad.

“Una evaluación de razonabilidad, busca encontrar razones y argumentos fundados no sólo en las reglas de ‘racionalidad’, sino también en reglas de carácter valorativo. Es decir, con la racionalidad se busca evitar las conclusiones y posiciones absurdas, en tanto que con la razonabilidad se busca evitar

¹⁹⁴ Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de marzo 7 de 2002 (CP Jesús María Carrillo Ballesteros) [Rad. 25000-23-26-000-2001-0612-01 (20807)]. La sentencia sostiene al respecto lo siguiente: “Tiene establecido de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sala que la naturaleza de la indemnización del perjuicio moral no es reparadora ni restitutoria, sino compensatoria. En este sentido, asiste razón al apelante cuando afirma que todo el oro del mundo es insuficiente para compensar la pérdida que causa la muerte de un inocente niño. || Y es, precisamente, sobre la anterior premisa que la jurisprudencia ha construido su criterio para la valoración e indemnización del perjuicio, en el que reconoce discrecionalidad al juzgador y apela a su buen juicio, pero que exige del mismo la observancia de principios tales como la equidad y la igualdad, en aras de los cuales, y sin que ello implique desconocer las circunstancias propias de cada caso, al entrar a fijar la indemnización debe concederla en un monto similar al reconocido frente a hechos similares. || Aunque por mandato Constitucional los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, la misma Carta reconoce los criterios auxiliares que para la actividad judicial representan los principios generales del derecho, la equidad, la jurisprudencia y la doctrina. || Bajo este universo, para la Sala es claro que, en tanto no contravengan ni el texto ni el espíritu de la ley, las directrices jurisprudenciales constituyen un importante instrumento para quien administra Justicia, además de brindar seguridad a los asociados sobre las pautas que regirán la resolución de sus conflictos.”

conclusiones y posiciones que si bien pueden ser lógicas, a la luz de los valores constitucionales no son adecuadas.

“7.2.1.8.1. Durante años, la tradición jurídica abogó por una aplicación de las reglas casi mecánica, que no involucrara, en la medida de lo posible, valoraciones o consideraciones por parte del juez. El silogismo judicial, modelo argumentativo defendido en tal tipo de posturas, se presentaba como la herramienta que permitía aplicar lógicamente los conceptos y categorías jurídicas a los casos concretos para así llegar a la solución correcta de un asunto.

“7.2.1.8.1.2. No obstante, esta forma ‘racional’ de aplicación del derecho comenzó a ser cuestionada, especialmente después de los sucesos acaecidos durante la segunda guerra mundial, por permitir llegar a conclusiones que si bien eran lógicas, desde la perspectiva del silogismo judicial, eran totalmente ‘irrazonables’ desde un punto de evaluación más amplio. Es decir, se criticaba la posibilidad de tener decisiones racionales, desde una perspectiva de deducción conceptual y lingüística, más no razonables, desde una perspectiva instrumental y valorativa.

“7.2.1.8.1.3. La diferencia entre *racionalidad* y *razonabilidad* fue explicada de forma magistral en el contexto iberoamericano por el profesor hispano-guatemalteco Luis Recasen Siches (1903 – 1977), mediante un ejemplo tomado de un gran jurista alemán (Gustav Radbruch) que popularizó en su texto *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho* (1956). Dice así:

“[...] En el andén de una estación ferroviaria de Polonia, había un letrero que transcribía un artículo del reglamento de ferrocarriles, cuyo texto rezaba: ‘*se prohíbe el paso al andén con perros*’. Sucedió una vez que alguien iba a penetrar en el andén acompañado de un oso. El empleado que vigilaba la puerta le impidió el acceso. Protestó la persona que iba acompañada del oso, diciendo que aquel artículo del reglamento prohibía solamente pasar al andén con perros, pero no con otra clase de animales; y de ese modo surgió un conflicto jurídico, que se centró en torno a la interpretación de aquel artículo del reglamento.

“No cabe la menor duda de que, si aplicamos estrictamente los instrumentos de la lógica tradicional, tendremos que reconocer que la persona que iba acompañada del oso tenía indiscutiblemente derecho a entrar ella, junto con el oso al andén. No hay modo de incluir a los osos dentro del concepto de ‘perro’. Si el legislador hubiera querido prohibir también el caso con osos, tenía dos caminos para hacerlo así: o bien haber añadido la palabra ‘osos’ a continuación de la palabra perros; o bien haber empleado una designación más amplia, por ejemplo ‘animales de cierto tamaño’; o ‘animales peligrosos’ o ‘animales que puedan ocasionar molestias a los viajeros’, o simplemente ‘animales’, pero lo cierto es que usó la palabra ‘perros’, la cual es perfectamente unívoca y no ofrece ninguna posibilidad racional de que se le dé un sentido diverso del que tiene, ni más amplio ni más

restringido: ni animales diferentes de los perros, ni una determinada especie de perros: sencillamente cualquier perro y nada más que los perros.

“Sin embargo, no sólo todo jurista, sino incluso cualquier lego en la materia de Derecho, pero con sentido común, habrá de reputar como descabellada esta interpretación, aunque ella sea incontrovertiblemente correcta, la única absolutamente correcta, desde el punto de la lógica tradicional. Este caso, ciertamente tan sencillo, constituye un impresionante síntoma del hecho de que por lo visto la lógica tradicional es inadecuada, al menos en parte, para iluminarnos en la interpretación de los contenidos de los preceptos jurídicos. La contemplación de este caso nos sugiere irresistiblemente las vehementísimas sospechas de que hay problemas de interpretación jurídica, para los cuales la lógica tradicional no sólo no nos sirve, sino que produce consecuencias disparatadas. ¿Por qué? Porque la lógica tradicional [...] no contiene puntos de vista de valor ni estimaciones sobre la corrección de los fines, ni sobre la congruencia entre medios y fines, ni sobre la eficacia de los medios en relación con un determinado fin.”¹⁹⁵

“7.2.1.8.1.4. A la luz de la aplicación del derecho que demandarían las nociones de subsunción conceptual de la lógica clásica, la solución *racional*, como sostiene Recasens Siches, es claramente *irrazonable*. **Si bien es imposible deducir de la mera aplicación literal de la regla que los osos quedan excluidos de poder ingresar a la estación de trenes, es claro, de acuerdo al sentido común, que si se considera incompatible el ingreso de perros, con mayor razón la de osos. No tiene sentido que ningún guarda deje entrar al oso, así el cartel hable únicamente de perros. Pero, se insiste, esta inferencia es razonable, no racional.**¹⁹⁶

“7.2.1.8.1.5. Además de mostrar que la aplicación del derecho tiene que ver más **con la ‘lógica de lo razonable’**, que con la ‘lógica de lo racional’, el ejemplo permite desvirtuar la afirmación según la cual, la interpretación de un texto jurídico sólo tiene lugar en aquellos casos en que el mismo no es claro, y su sentido ha de ser precisado. La vieja regla de interpretación según la cual, no es dado al interprete buscar el sentido de una norma cuando su sentido literal es claro. Si se aplicara esta regla clásica de interpretación al caso de la estación de trenes citada por Recasens Siches, se tendría que concluir necesariamente que el oso sí puede entrar a la estación de trenes. Es decir, nuevamente la solución racional del caso sería irrazonable. El dueño del oso en el ejemplo, podría insistir diciendo lo siguiente: –

¹⁹⁵ RECASENS SICHES, LUIS (1956) *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. Editorial Porrúa S.A. México, 1980. pág. 165. Con relación al origen del ejemplo dice Recasens Siches: “Aunque sin sacar de él ni remotamente las consecuencias que me parecen pertinentes, Radbruch [Gustav Radbruch, *Grunzuege der Rechtsphilosophie*, 1914]. –tomándolo creo que de Petrasyski– relata un caso, el cual, aunque muy sencillo, puede servir para ejemplificar con gran relieve la idea que propugno en este libro, y que acabo de bosquejar”.

¹⁹⁶ Existen diversas formas de usar la expresión ‘racional’; acá se hace referencia con esta expresión a la lógica clásica tradicional con base en la cual se construyó buena parte del saber jurídico tradicional.

según una aplicación literal del texto (se prohíbe el paso al andén con perros), mi perro puede entrar; el texto es claro en tal sentido. Y es precisamente esa claridad del texto, la que impide que se trate de dar otra solución al caso, cambiando la regla aplicable con base en una interpretación que apele al ‘espíritu de la norma’—.

“Por supuesto, bajo el orden constitucional vigente, ninguna autoridad puede amparar una decisión jurídica que sea irrazonable por el hecho de fundarse en una aplicación racional de los textos. Una lectura de una norma legal que desatienda o desproteja los valores, bienes y principios que son objeto de protección jurídica de la propia norma, por ejemplo, es irrazonable jurídicamente, sin importar cuán racional sean los argumentos que sostengan tal lectura del derecho. Incluso, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, antes del cambio a la Carta Fundamental en el año 1991, el Congreso de la República había excluido de amplias áreas del derecho la centenaria norma de prohibición de interpretación de textos que fueran claros (v. gr., de códigos completos que regían parte importante de la población).¹⁹⁷

“7.2.1.9. En síntesis, los perjuicios morales son daños que pueden ser reconocidos por el juez administrativo y cuyo pago puede ser ordenado siempre que los mismos se encuentren debidamente probados. No basta con demostrar algún tipo de dolor o de afectación, es preciso probar que la afectación fue intensa. Así, demostrar detrimentos patrimoniales, incluso deterioro en la casa de habitación, no implica comprobar la existencia de perjuicios morales. Tampoco es suficiente demostrar situaciones contextuales que evidencien los problemas vividos, pero sin contar con prueba alguna de los perjuicios morales en sí mismos considerados.

“La discrecionalidad judicial en materia de perjuicios morales no es arbitrariedad o mero pálpito o intuición judicial. El ejercicio de la discrecionalidad debe tener en cuenta (a) “*las condiciones particulares de la víctima*” y (b) “*la gravedad objetiva de la lesión*”. En cualquier caso, la decisión de definición de los perjuicios morales deben tener en cuenta los principios de *equidad, razonabilidad y reparación integral*.

¹⁹⁷ Por ejemplo, a propósito de la aplicación de Código de la Infancia de 1989, la Corte Constitucional indicó lo siguiente: “[...] cuando una persona va a interpretar el sentido de una disposición normativa, para con base en ella tomar una decisión que afecta a la vida de un menor, *el interés superior del menor* se tomará en cuenta por encima de cualquier otra consideración (art. 44, C.P. y art. 20, C. del M.) El artículo 22 del Código del Menor hace explícita esta consideración hermenéutica al imponer al intérprete del texto la siguiente regla de lectura: ‘*la interpretación de las normas contenidas en el presente Código deberá hacerse teniendo en cuenta que su finalidad es la protección del menor.*’ El Código no otorga espacio de discrecionalidad al intérprete para usar o no el parámetro de lectura. || No se trata de una regla de interpretación residual que sólo debe usarse en aquellos casos en que la ley ‘no sea clara’, se trata de una pauta de interpretación obligatoria en todos los casos. En otras palabras, no es aceptable dentro del orden constitucional vigente entender el significado de una norma del Código del Menor, tanto en general como en el caso concreto, que no implique en efecto, la protección del interés superior del menor, así se trate de una lectura fiel al texto.” Corte Constitucional, sentencia C-507 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa, AV Manuel José Cepeda Espinosa, SV Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Alvaro Tafur Galvis).

“Vistos los presupuestos jurisprudenciales para la definición de los perjuicios morales en materia administrativa, pasa la Sala a analizar las sentencias judiciales acusadas.

“(…)”¹⁹⁸ (Negrillas y subrayado adicionales).

De la simple lectura de las recientes sentencias de la Corte Constitucional que se han ocupado del perjuicio moral y su tasación, se pueden extraer varias conclusiones: i) existe una línea jurisprudencial consistente y estable que configura un precedente horizontal que tuvo como sentencia fundadora e hito, la adiada el 6 de septiembre de 2001, y que avala como principal instrumento para la tasación del perjuicio moral el *arbitrio iudice* que refleja una discrecionalidad judicial sin que se pueda caer en la arbitrariedad, ii) el fundamento del arbitrio judicial se encuentra en una lógica de lo razonable, circunstancia por la cual para su concreción se deben exponer justificaciones frente al caso concreto –lo que nunca se ha negado desde el plano del arbitrio judicial–, iii) para la idónea liquidación del perjuicio material es necesario concordar o sopesar el arbitrio judicial con los principios de equidad y de reparación integral, iv) el valor de la indemnización atenderá a las condiciones particulares de la víctima y **v) a la gravedad objetiva de la lesión**¹⁹⁹.

De manera que, se comparte el razonamiento y la argumentación de la Corte Constitucional que a partir de los mencionados pronunciamientos ha obligado –vía acción de tutela contra providencias judiciales– a que los jueces respeten el precedente judicial que ha fijado el Consejo de Estado, sin que se puedan adoptar decisiones carentes o con falencias en la motivación. No obstante, se aparta de la última conclusión fijada por el Tribunal Constitucional, toda vez que para el caso concreto que se estudiaba era viable exigir una prueba objetiva de la gravedad de la lesión (en el asunto específico la dificultad que sufrieron unos estudiantes para obtener su grado, ya que el programa académico no estaba registrado). Ahora bien, requerir una prueba objetiva en eventos en los que se estudia la pérdida de un ser querido o las lesiones psicofísicas padecidas, es una imposición que

¹⁹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-212 de 2012, M.P. María Victoria Calle.

¹⁹⁹ “Por lo pronto, el daño moral se determina en función de la entidad que asume la modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, y por la repercusión que tal minoración determina en el modo de estar de la víctima, que resulta siempre anímicamente perjudicial. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc., son sólo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido. **Pero todo ello debe ser valorado prudencialmente por el juez, tomando en cuenta las circunstancias objetivas del caso concreto.**” (Se destaca) PIZARRO, Ramón Daniel “Daño Moral”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1996, pág. 340.

desborda la misma lógica y razonamiento que tanto prohija la Corte a lo largo de la providencia T-212 de 2012.

Pareciera, muy a mi pesar, que en la providencia se restringe y limita el arbitrio judicial, a partir de un apego injustificado al legalismo que, por esa vía, puede llevar al traste con la justicia y la efectividad y garantía de los derechos fundamentales de las personas que concurren al proceso. El *arbitrio iuris* siempre será necesario en cualquier ordenamiento jurídico puesto que el legislador no puede contemplar todas y cada una de las hipótesis y variables que se pueden presentar en el proceso judicial, razón por la cual queda un margen de maniobra a cargo del operador judicial que, lejos de ser catalogado como arbitrariedad, constituye un campo de discreción racional en el que con fundamento en las reglas de la experiencia y la sana crítica traza derroteros para colmar esas lagunas o vacíos²⁰⁰ que están contenidos en la ley²⁰¹.

Por último, no puedo sino manifestar mi preocupación con las afirmaciones contenidas en la sentencia de la cual me aparto parcialmente, lo anterior comoquiera que se hacen graves y delicados señalamientos que no se compadecen con la realidad, ya que, a modo de síntesis, se afirma de manera expresa: i) que se ha deformado la sentencia del 6 de septiembre de 2001, ii) que las citas que se han efectuado de la misma para aplicar el arbitrio judicial, han sido descontextualizadas, de forma tal que sólo interesa transcribir algunos apartes de la misma que resultan convenientes para quienes discrepamos de la aplicación del denominado test de proporcionalidad, y iii) que es necesario que la metodología para la tasación de los perjuicios morales sea un asunto debatido por la Sala Plena de la Corporación o de la Sección Tercera para unificar la jurisprudencia.

²⁰⁰ “Es el momento de poner punto final. No quiero hacerlo, sin embargo, sin proclamar muy alto y muy claro mi radicar desacuerdo con esa idea que puso en circulación K.C. Davis y que se repite desde entonces con injustificado entusiasmo de que el Derecho termina donde comienza la discrecionalidad. Esa idea pudo ser cierta mientras estuvo vigente el paradigma del Estado legal de Derecho; hoy, en cambio, es inaceptable. El cambio de paradigma, el paso del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de derecho, ha cambiado radicalmente las cosas. Las reglas, que en cuanto razones perentorias para la acción hacen innecesario el razonamiento porque ellas mismas han resuelto de antemano el conflicto de intereses que plantea el supuesto de hecho que regulan, han cedido su anterior protagonismo a los principios, cuya aplicación reclama inexcusablemente un esfuerzo de ponderación y, por lo tanto, de argumentación racional para encontrar una solución del caso que ya no viene dada de antemano y que, por lo tanto, sólo puede sostenerse sobre la base de razones, de las razones que se revelen más fuertes en su inevitable confrontación con las que se les opongan en el concreto escenario procesal en el que el conflicto se plantee.” FERNÁNDEZ, Tomás – Ramón “Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial”, Ed. Iustel, Madrid, 2005, pág. 131 y 132.

²⁰¹ “Buscando las cosas inciertas, perdemos las ciertas.” Plauto.

Desde mi perspectiva, y desde luego con todo el respeto que me merecen las providencias adoptadas por el criterio mayoritario, los señalamientos descritos no sólo devienen desacertados y aun así los respeto aunque no los comparto, pero lo más grave es el lenguaje utilizado para discrepar de la jurisprudencia mayoritaria.

En efecto no puedo compartir, como se desprende del contenido de la sentencia, que la hermenéutica prolijada por la Sala desde hace más de un decenio es “desacertada” y “descontextualizada”, porque en verdad no ha sido un capricho el empleo y uso del arbitrio judicial, de la sana crítica, de las reglas de la experiencia y del sentido común a la hora de tasar los perjuicios morales, sino que es empece a todo una jurisprudencia decantada que incluso abarca el primer pronunciamiento sobre la materia, contenido en la insigne sentencia del denominado caso Villaveces, proferida por la Corte Suprema de Justicia.

Por consiguiente, debo insistir y recalcar en este salvamento parcial que, a diferencia de lo sostenido en la providencia, desde hace tiempo he enfatizado en la necesidad de que el denominado “test de proporcionalidad en la liquidación de los perjuicios morales” sea llevado a la Sala Plena de la Sección Tercera para su discusión y disertación por parte de todos los Consejeros de Estado que integramos esa Sala, razón por la cual resulta a todas luces paradójico que se plantee esa circunstancia, como una necesidad inexorable y con tanto énfasis, en una providencia de la Subsección C, cuando así se ha solicitado una y otra vez.

A modo de corolario, es pertinente señalar que mi interés ha consistido en que se debatan abiertamente los distintos temas relacionados con la responsabilidad patrimonial del Estado, para lo cual estaré dispuesto a apoyar la decisión que seguramente adoptará el señor Consejero Ponente de la sentencia, de someter a la Sala Plena de la Sección Tercera o a la Sala Plena de la Corporación, el próximo proyecto en el cual se someta a consideración de la Subsección C, el test de proporcionalidad para la liquidación de perjuicios morales, momento en el que desarrollaré y ampliaré los argumentos descritos en este salvamento parcial de voto, en relación con el empleo del pluricitado test.

Lo anterior, en aras de garantizar el principio de igualdad y de acceso efectivo a la administración de justicia que, según se trasunta en la providencia, son derechos que han sido lesionados desde hace varios lustros por la aplicación del principio del arbitrio judicial, conclusión para la cual habrá que convalidar ese aserto con el

análisis de precedentes, para lo cual será infame que se estudien las decisiones adoptadas con base en el arbitrio judicial y aquellos proferidos con apoyo en el test de proporcionalidad, para determinar qué sistema es más justo, equitativo y respeta con mayor eficacia los derechos de los ciudadanos y de las personas que concurren al proceso contencioso administrativo.

De este modo dejo planteadas las cavilaciones que en su momento expuse y defendí en la Sala.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 73001-23-31-000-1999-01967-01(24734)

Actor: ARGENIS VACA Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

ACLARACION DE VOTO DE LA MAGISTRADA OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Con la debida consideración y respeto por las decisiones de la Sala, procedo a aclarar el voto en relación al contenido de la sentencia de la referencia. En efecto si bien se comparte la parte resolutive de la misma, me aparto de algunos aspectos fundamentales, así:

1. Liquidación de perjuicios morales

Para la tasación de los perjuicios morales, se utiliza el mismo test de proporcionalidad con respecto al cual he venido insistiendo, por un lado, su falta de pertinencia por cuanto al tratarse de una herramienta creada por y para la jurisdicción constitucional, no es dable su aplicación directa en la jurisdicción contencioso administrativa, pues ha de mediar un mínimo análisis y estudio sobre los objetivos que se persiguen con su aplicación, los procedimientos que se requieren para que su implementación sea adecuada en la jurisdicción contencioso administrativa, y los resultados esperados con la misma, teniendo en cuenta la jurisprudencia reiterada que al respecto ha pronunciado la Corporación. Por el otro, su inconveniencia en lo que se refiere al contenido y desarrollo de los tres sub principios que el test propone computar para establecer el valor al que ascendería el perjuicio moral: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto.

En efecto, la sentencia expone (folio 102):

“Ahora bien, en cuanto a la modulación del test de proporcionalidad para la liquidación de los perjuicios morales, la Sala explica que este comprende la consideración de tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad

en el sentido estricto. (...). En cuanto al primero: esto es, la idoneidad, el monto a cuantificar debe ser adecuado para contribuir a compensar, como mínimo (y no a dejar indemne plenamente), adecuadamente el perjuicio que se produce en la víctima y en sus familiares, atendiendo a las circunstancias de cada caso. En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la compensación de los perjuicios morales debe ser consecuente con el objetivo de reparar lo más integralmente posible, pero sin desbordar la razonabilidad de la medida, teniendo en cuenta la inconmensurabilidad y la imposibilidad de encontrar un valor económico que permita dejar plenamente indemne a la víctima y los familiares (...). Finalmente, en cuanto al tercero, esto es, la proporcionalidad en estricto sentido (ponderación), con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto.

(...)

Lo anterior, debe permitir concretar un mayor quantum indemnizatorio cuando se trata del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos padres) de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios (sic) deben obrar en función de la necesaria ponderación, y de aquella que proceda cuando la afectación se produce en los derechos a la vida e integridad personal” (subrayado fuera de texto).

Luego, teniendo en cuenta la argumentación anterior, la tasación y liquidación del perjuicio moral se sujetará no sólo a ésta, sino a lo que ordinariamente esté demostrado con base en las pruebas allegadas en cada proceso (testimonial, pericial, informes técnicos, etc), a la “presunción de aflicción” (que no es de “iure”) y a los criterios para ponderar la tasación de los perjuicios morales: a) el dolor, la aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad, valoración a la (sic) relaciones propias al núcleo familiar (que comprende la convivencia, la cercanía sentimental y el apego), violación de derechos humanos o de garantías propias al derecho internacional humanitario; b) el grado de afectación y la estructura de la relación familiar de las víctimas; y c) ponderar la intensidad del daño (que cabe examinarlo desde la cercanía y la mínima certeza de conocimiento), la aflicción por la vulneración, propiamente dicha, de los derechos humanos comprometidos y las garantías del derecho internacional humanitario, cuando se produzca dicha vulneración. Excepcionalmente, y como en el presente caso, procede liquidar acumulativamente los perjuicios que respecto a un mismo grupo familiar se padecieron por la muerte y lesiones de uno de sus componentes, o por las lesiones de uno o varios de sus componentes, como forma de comprender en debida forma la liquidación cuando se trata de los padecimientos por varios miembros del grupo familiar”.

Liquidando los perjuicios morales según el siguiente método: cuando se trata de la muerte violenta. Para el núcleo familiar inmediato (esposo –a-, compañero –a-, hijos, padres) entre 50 y 100 salarios mínimos cuando opera la presunción de aflicción y se tiene acreditado por lo menos uno de los criterios (o se trata de circunstancias en las que se produce violaciones a derechos humanos o al derecho internacional humanitario.

Paro otros integrantes de la familia (hermanos, abuelos) de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando opera la presunción de aflicción y se tiene acreditado por lo menos uno de los criterios (o se trata de circunstancias en las que se produce violaciones a derechos humanos o al derecho internacional humanitario).

Reconociendo para la madres de la víctima 100 smlmv, para el padre de un víctima 90 smlmv, para sus hijos 100 smlmv, para sus hermanos 30 smlmv y para las abuelas 30 y 50 smlmv.

No se comparte dicha la aplicación del test de proporcionalidad para el reconocimiento y tasación de los perjuicios morales por las siguientes razones:

La existencia del daño moral, aunque reconocida, no siempre fue resarcida. En efecto, debido a consideraciones éticas y jurídicas se creía que el dolor no tenía precio²⁰² y que la dignidad estaba por encima de cualquier tasación pecuniaria. No obstante, en Colombia, la Corte Suprema de Justicia a través del famoso caso Villaveces²⁰³, ordenó, por vez primera, el resarcimiento del daño moral sufrido por el actor, quien demandó al municipio de Bogotá para que le fueran reconocidos los perjuicios causados con ocasión de la destrucción del mausoleo en el que se encontraba enterrada su esposa, cuyos restos mortales fueron depositados en una fosa común.

En efecto, se consideró que la reparación del daño moral pretendía reconocer el dolor sufrido (*pretium doloris*), dolor que en ningún caso se aspira pagar, pero sí aligerar, de acuerdo con el valor determinado por dictamen pericial; así las cosas, el dinero cumpliría no sólo la función de equilibrar el patrimonio menoscabado, sino que apostaría también por mitigar el sufrimiento ocasionado²⁰⁴.

Gracias al desarrollo progresivo de la jurisprudencia, se han venido reconociendo cada vez más daños morales resarcibles, pues además de las lesiones a la honra o la dignidad aceptadas por la Corte Suprema de Justicia desde 1924, se ha condenado a la reparación de los daños morales por afectaciones a la fama de una persona²⁰⁵, por atentados a las libertades y derechos fundamentales, por la muerte o lesión de parientes próximos²⁰⁶ o amigos que demuestren la intensidad de la afectación²⁰⁷, por las lesiones personales sufridas por la víctima, sus parientes próximos y padres de crianza, e incluso, por los menoscabos sufridos por personas jurídicas.

Para su tasación, en principio, se siguió lo que definiera el dictamen pericial cuya práctica se ordenara con el fin de tasar el daño moral. Posteriormente, en virtud de un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, se estableció el arbitrio

²⁰² La jurisprudencia francesa consideró, hasta 1961 con la providencia del Consejo de Estado del 24 de noviembre del mismo año – LETISSERAND-, que las lágrimas nunca se amonedan (*les larmes ne se monnayent point*) y por consiguiente se reusaba a reparar el daño causado por el dolor moral.

²⁰³ Corte Suprema de Justicia; Sala de casación civil; Sentencia del 22 de agosto de 1924; M.P. Tancredo Nannetti; Gaceta judicial T XXI. p. 82.

²⁰⁴ Cfr. TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II.

²⁰⁵ Corte Suprema de Justicia; Sala de Negocios Generales; Sentencia del 20 de noviembre de 1933; Gaceta judicial T. XXXIX. P. 197.

²⁰⁶ Presunción del dolor que sufren los parientes próximos de una víctima, de acuerdo con lo consignado en la sentencia del 28 de octubre de 1942, de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

²⁰⁷ Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Civil; Sentencia del 13 de mayo de 1988; M.P. Alejandro Bonivento Fernández. Y Corte Suprema de Justicia; Sala de Negocios Generales; Sentencia del 12 de marzo de 1937.

judicial para cuantificar el perjuicio moral²⁰⁸, no obstante poderse valer de peritos para determinar la existencia misma y la intensidad del sufrimiento alegado con el daño causado. Para lograrlo, se siguió lo dispuesto en el artículo 95 del Código Penal de 1936, en virtud del cual en caso de no ser fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por un delito, el juez tenía la potestad de fijar el monto (*quantum*) de la indemnización sin exceder de la suma de dos mil pesos, de acuerdo con su prudente arbitrio o discrecionalidad judicial, teniendo siempre en cuenta la intensidad del daño que se encuentre demostrada dentro del proceso.

En virtud de esta potestad, desde el año 1941, correspondió a la sana crítica del juzgador, evaluar los elementos probatorios que le permitieran tasar los perjuicios cuya cuantificación, si bien no estaba constreñida a respetar el tope máximo descrito en el artículo 95 del Código Penal citado, sí debía servirse del mismo para fallar. No obstante, en sentencia del 27 de septiembre de 1974, la Corte Suprema de Justicia condenó al pago de treinta mil pesos por lo que consideró el más alto dolor por la muerte de un ser querido, subrayando que el tope máximo al que hace referencia el Código Penal, solamente sirve para tasar los perjuicios ocasionados con la comisión de un delito y en ningún momento restringe la potestad del juez de reconocer mayores valores. Y no podía ser de otra forma, cuando el propio Código Civil (artículo 17) prohíbe al juez proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria.

En efecto, el Consejo de Estado ha impuesto condenas, en contra de la administración, superiores a las cifras utilizadas por la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta la aflicción, el dolor, las consecuencias y las limitaciones causadas a los afectados²⁰⁹, argumentando que el daño es una situación de facto que debe ser reconocida en sus justas proporciones siempre que se encuentre probado.

A partir del año 2001, se dispuso una tasación en salarios mínimos legales mensuales vigentes como forma de liquidar los perjuicios morales por considerar que lo establecido en el Código Penal no es aplicable a la jurisdicción contenciosa administrativa²¹⁰.

Así, las cosas, la Jurisprudencia tiene decantado, que el daño moral resarcible es aquél cierto, personal y antijurídico, y su tasación depende entonces, de su intensidad, la cual deberá estar probada en cada caso y liquidada en salarios mínimos.

A propósito de la tasación del daño moral en términos de precio, es numerosa la producción jurisprudencial y doctrinaria que coincide, en su mayoría, en la inconveniencia, dentro del ámbito jurídico y del sistema económico, de la formulación e imposición de elementos o variables objetivos que permitan una medición dineraria predefinida del valor dañoso. Lo anterior, por cuanto dicha función precisamente se encuentra en cabeza del juez quien goza de discrecionalidad judicial, facultad también conocida como *arbitrium judicis*, o *arbitrio juris*.

²⁰⁸ Corte Suprema de Justicia; Sala de Negocios Generales; Sentencia del 20 de junio de 1941.

²⁰⁹ Ver. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 14 de febrero de 1992; Exp. 6477. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 25 de septiembre de 1997; Exp. 10421. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 19 de julio de 2000; Exp. 11842. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 6 de septiembre de 2001; Exp. 13232-15646. Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; Sentencia del 19 de octubre de 2007.

²¹⁰ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 6 de septiembre de 2001; Exp. 13232 y 15646.

Por ejemplo, la jurisdicción contenciosa argentina ha sostenido que *“El daño moral se caracteriza por los padecimientos o molestias que hieren las afecciones legítimas de quien lo sufre; la comisión de un acto antijurídico permite por sí sola presumir su existencia. La evaluación del daño moral no está sujeta a cánones estrictos, corresponde a los jueces establecer prudentemente el quantum indemnizatorio tomando en cuenta su función resarcitoria, el principio de reparación integral, la gravedad de la lesión espiritual sufrida y el hecho generador de la responsabilidad, sin que quepa establecer ninguna relación forzosa entre el perjuicio material y el moral”*²¹¹.

En el mismo sentido, *“El daño moral tiene una naturaleza resarcitoria, y para fijar su quantum no es menester recurrir inexorablemente a criterios puramente matemáticos, ni es necesaria una estricta correspondencia con otros rubros indemnizables, que, incluso, pueden no llegar a existir; sin embargo la circunstancia de que, por aplicación de tales principios, la estimación del monto no se encuentre sujeta a parámetros fijos, y sí, en cambio, a la libre apreciación judicial basada en las circunstancias particulares del caso y en la magnitud de los intereses extra patrimoniales comprometidos, no significa que por esas vías se logren beneficios o enriquecimientos desmedidos e injustos”*²¹².

De acuerdo con lo anterior, este Despacho se aparta del análisis realizado en la sentencia aclarada, a propósito del test utilizado para tasar los perjuicios morales por medio de la utilización de una tabla con valores preestablecidos, por cuanto al tratarse de un daño netamente subjetivo, son las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos, y el estudio de los efectos que el daño causó en quienes acuden a la jurisdicción para que les sean reconocidos los perjuicios sufridos, los que sirven de fundamento a la tasación.

Y es en este escenario en el que cobra importancia la función del juzgador, quien en el marco de su discrecionalidad judicial, deberá hacer una valoración integral del acervo probatorio con el fin de establecer la medida compensatoria que considere más apropiada para aliviar el dolor sufrido por quienes ponen en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado.

En este sentido, considero altamente inconveniente por ejemplo, que la convivencia se convierta en un factor determinante para la tasación de perjuicios. En efecto, si bien lo ideal es que los núcleos familiares se mantengan unidos, la unión no debe estar determinada por la mera convivencia pues es bien sabido que existen lazos cuya fortaleza se intensifica cuando, precisamente, no se vive bajo el mismo techo (padres separados, padres que por cuestiones laborales deben trasladar su residencia a otra ciudad o país, hijos que por razones académicas se trasladan a otra ciudad o país, etc.).

Adicionalmente, dicho test, en la forma en la que se realiza en la sentencia, deja por fuera de toda consideración a quienes acuden a la jurisdicción ya no en su calidad de familiares sino en calidad de damnificados.

El test de proporcionalidad desarrollado como “metodología” para liquidar los perjuicios morales tiene su fundamento en la sentencia T-212 de 2012, la cual no cumple con los requisitos para tenerla como precedente jurisprudencial en atención a que la situación fáctica que allí se resolvió dista mucho de ser la que en

²¹¹ CFed San Martín 8/11/91, “B.,J.O. c/Transportes automotores Lujan SA”, LL,1992-C-570.

²¹² CNContAdmFed, Sala I, 25/6/91, “M.,N.V y otro c/Estado nacional/Policia Federal y otro”, LL,1992-E-53, con nota de Sandra Wierzba y Silvia A Muller.

esta ocasión se decidió, por lo que a lo sumo serviría como una cita analógica abierta, por no decir que conceptual, pero jamás como precedente que apoye la aplicación del test de proporcionalidad como “metodología” para tasar los perjuicios morales en la jurisdicción contenciosa administrativa.

Es más, la sentencia mencionada no sólo no puede tomarse como precedente jurisprudencial que avale la aplicación del test de proporcionalidad como metodología para reconocer y liquidar los perjuicios morales, sino que la contradice, pues en ella se dijo: “A juicio de la Sala, la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de daño y perjuicios morales sí establece parámetros vinculantes para los jueces administrativos. En efecto, estos deben seguir *la libertad probatoria* y *utilizar su prudente arbitrio* en el marco de la equidad y la reparación integral para tasar los perjuicios morales. Además, al establecer un tope –al menos indicativo- de 100 smlmv, el Consejo de Estado hizo referencia al principio de igualdad, lo que significa que ese tope, unido a análisis de equidad, debe permitir que cada juez no falle de forma caprichosa sino a partir de criterios de *razonabilidad*, a partir del análisis de casos previos, y de sus similitudes y diferencias con el evento estudiado. El límite, sin embargo, es *indicativo* porque si, a partir de los criterios y parámetros indicados, el juez encuentra razones que justifiquen separarse de ese tope y las hacen explícitas en la sentencia de manera transparente y suficiente, su decisión no se apartaría de la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni sería ajena a la obligación constitucional de motivar los pronunciamientos judiciales” (subrayado no es del original).

Luego, es de la mayor claridad, que la propia Corte Constitucional acepta y acoge la existencia de la línea jurisprudencial consolidada de la Sección Tercera en materia de reconocimiento y tasación de perjuicios morales en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que no es otra que la del arbitrio judicis, el cual es mal interpretado en la sentencia que se aclara, toda vez que el mismo no significa arbitrariedad.

De otra parte, ha de manifestarse con toda firmeza que la presunción de aflicción se limita a los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad ya en línea vertical (ascendente o descendente) ya en línea colateral u oblicua y primero civil, y en este caso se está extendiendo dicha presunción más allá de dicho grado de consanguinidad y de afinidad –primos, sobrinos y no familiares (cuñados, suegros)-, lo cual contradice abiertamente la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación sobre este punto en particular²¹³.

Al exigirse a los familiares sobre los cuales opera la presunción de aflicción que demuestren especiales circunstancias de afecto y relación sentimental entablada entre ellos, lo que se está haciendo realmente es desconocer la mencionada presunción, tomándose partido a favor de una de las partes, en este caso la demandada, por cuanto al tratarse de una presunción de hombre, admite prueba en contrario y es por tanto a la contraparte a quien le incumbe la carga de probar en contrario y no al Juez, puesto que lo normal, lo que indica la razón es que entre los miembros de la familia exista cariño, fraternidad, ayuda mutua, solidaridad, lo cual no requiere prueba, al paso que el evento contrario sí requiere estar probado, y tal carga corresponde a la parte demandada, y en el presente caso, tal circunstancia no viene acreditada.

²¹³ Sentencia del 17 de julio de 1992. Radicado 6750. C.P. Daniel Suárez Hernández, la cual se mantiene invariable en la actualidad y por tanto es línea jurisprudencial consolidada.

En conclusión, este Despacho entiende que el test a través del cual la sentencia invita a liquidar los perjuicios morales, contradice la jurisprudencia de la Corporación en esta materia, la cual ha sido consistente, y por ende pacífica, teniéndose por establecido que para la liquidación de dichos perjuicios el juez tiene libertad probatoria, debiendo utilizar su prudente arbitrio, teniendo en cuenta los principios de equidad, razonabilidad y reparación integral y a más de ellos se deberá tener en cuenta las condiciones particulares de la víctima y la gravedad objetiva de la lesión, requisitos tales que precisamente, brillan por su ausencia en la “metodología” empleada en este caso.

2. Liquidación del lucro cesante

Al momento de tasar el lucro cesante a favor de la madre de la víctima directa Albeys Soto Vaca, la sentencia consideró que debía descontarse de la base de liquidación el 50% correspondiente al valor que el señor Soto destinaba para su propio sostenimiento.

Lo anterior desconoce el precedente jurisprudencial sobre la material que ha presumido que lo que la víctima fallecida emplea en su sostenimiento es el 25% de sus ingresos mensuales, excepto prueba en contrario, la cual no existe en el expediente.

Así las cosas, de la suma base de liquidación para realizar la indemnización a favor de la señora Argenis Vaca, no debió descontarse un 50% sino únicamente un 25%.

En estos términos dejo presentada mi aclaración de voto al fallo proferido por la Sala.

Con toda consideración y respeto,

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ