

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCO
SECRETARÍA GENERAL

NOTIFICACION POR EDICTO

EL SECRETARIO GENERAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCO NOTIFICA LA SENTENCIA NUMERO 50 DEL 28 DE MAYO 2015 DICTADA POR ESTA CORPORACION EN INTERIO DEL EXPEDIENTE NUMERO 27004 23 31 00 0004 0001 00

EXPEDIENTE NUMERO 27004 23 31 00 0004 0001 00

NATURALEZA: REPUBLICANA

ACTOS: AGUIRRE, MARIA PALACIOS, ESTEBAN

DEMANDADO: AGUIRRE, MARIA PALACIOS, ESTEBAN

DEMANDA: AGUIRRE, MARIA PALACIOS, ESTEBAN

EL PRESENTE EDICTO SE LEYENDO EN EL SALON DE SESIONES DEL TRIBUNAL POR EL ASESOR GENERAL

HOY, 4 DE JUNIO DE 2015 A LAS 7:00 A.M.

LUCAE A. MOSQUERA DIAZ
Secretario

CERTIFICO QUE EL ANTERIOR EDICTO PERMANECIO FIJADO EN LUGAR PUBLICO DE ESTA SECRETARIA Y SE DESFILA HOY 4 DE JUNIO DE 2015 A LAS 6:00 P.M.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCÓ

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA

Quibdó, veintiocho (28) de mayo de dos mil quince (2015)

Sentencia No. 56

RADICACIÓN NÚMERO: 27001-23-31-000-2004-00431-02
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: ADELFA PUBLIA ASPRILLA PALACIOS
Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA -
POLICÍA NACIONAL Y OTROS
REFERENCIA: APELACIÓN SENTENCIA

Dado que los hechos y pretensiones formuladas en este asunto son concurrentes con los hechos y pretensiones que respecto de la crisis humanitaria de Bojayá fueron resueltos con ponencia de quien hoy repite cometido, en el proceso de 2ª Instancia R/D con Radicado: 27001-33-31-7005-2004-00461-01, Demandante: Luz Mary Correa Chaverra y Otros, Contra: Nación - Ministerio de Defensa y Otros; resulta pertinente atisbar la definición del asunto con base en lo allí plasmado.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la Sentencia No. 057 del 30 de abril del 2014, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión del Circuito de Quibdó, dentro del proceso promovido por la señora ADELFA PUBLIA ASPRILLA PALACIOS y Otros contra la NACIÓN - PRESIDENCIA de la REPÚBLICA de COLOMBIA, MINISTERIO del INTERIOR, MINISTERIO de DEFENSA, EJÉRCITO, POLICÍA y ARMADA NACIONAL, PROCURADURÍA GENERAL de la NACIÓN, DEFENSORÍA del PUEBLO, GOBERNACIÓN del CHOCÓ y MUNICIPIO de BOJAYÁ, que accedió parcialmente a las suplicas de la demanda.

ANTECEDENTES.

LA DEMANDA:

Mediante apoderado judicial la señora ADELFA PUBLIA ASPRILLA PALACIOS¹ quien actúa en su propio nombre, como madre de BENJAMÍN PALACIOS

¹ Poder visible a folios 1-2 del Cuaderno Principal 1.

Visible a folio 606-608 del Cuaderno Principal No. 2 aparece testimonio rendido por el Señor Manuel Sterlin Mesquera Palacios, donde manifestó el conocimiento que tiene del grado de parentesco entre la Señora Apulia y el señor Benjamín, afirmó además que la misma lo crio desde pequeño.

ZÚÑIGA² y abuela paterna de LUZ DEL CARMEN PALACIOS HURTADO³, MERCEDES PALACIOS HURTADO⁴, CRECENCIO PALACIOS HURTADO⁵, ELVIA PALACIOS HURTADO⁶, VICTOR ANTONIO PALACIOS HURTADO⁷, ROSALBA PALACIOS HURTADO⁸, YESENIA PALACIOS HURTADO⁹ y

² Visible a folio 872 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 42775449, donde se evidencia que nació el 17 de abril de 1956 en Bojayá - Chocó, siendo hijo de María Floriana Zúñiga y Emiliano Palacios.

Visible a folio 35 del Cuaderno Principal No. 1 aparece certificado de defunción de la Notaría Única del Circuito de Bojayá con indicativo serial No. 03913753, donde se evidencia que el Señor BENJAMÍN ANTONIO PALACIOS ZÚÑIGA, falleció el 2 de mayo del año 2012 a las 11:00A.M.

³ Visible a folio 886 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 42782151, donde se evidencia que nació el 27 de agosto de 1977 en Bojayá - Chocó, siendo hija de Rosalba Hurtado Chaverra y Benjamín Antonio Palacios Zúñiga.

Visible a folio 874 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de defunción con indicativo serial No. 03913822, donde se evidencia que LUZ DEL CARMEN PALACIOS CHAVERRA, falleció el 2 de mayo del año 2012 a las 11:00A.M.

⁴ Visible a folio 778 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 6729277, donde se evidencia que nació el 2 de febrero del 2009 en Bojayá - Chocó, siendo hija de Rosalba Hurtado Chaverra y Benjamín Antonio Palacios Zúñiga.

Visible a folio 875 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de defunción con indicativo serial No. 03913745, donde se evidencia que MERCEDES PALACIOS CHAVERRA, falleció el 2 de mayo del año 2012 a las 11:00A.M.

⁵ Visible a folio 770 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 30048578, donde se evidencia que nació el 26 de febrero de 1995 en Bojayá - Chocó, siendo hijo de Rosalba Hurtado Chaverra y Benjamín Antonio Palacios Zúñiga.

Visible a folio 876 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de defunción con indicativo serial No. 03913790, donde se evidencia que CRECENCIO PALACIOS HURTADO, falleció el 2 de mayo del año 2012 a las 11:00A.M.

⁶ Visible a folio 40 del Cuaderno Principal No. 1 aparece registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 13938184, donde se evidencia que nació el 20 de noviembre de 1982 en Bojayá - Chocó, siendo hijo de Rosalba Hurtado Chaverra y Benjamín Antonio Palacios Zúñiga.

NO HAY PRUEBA DOCUMENTAL DE LA MUERTE de ELVIA PALACIOS HURTADO

⁷ Visible a folio 39 del Cuaderno Principal No. 1 aparece copia registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 30048576, donde se evidencia que nació el 18 de octubre de 1998 en Bojayá - Chocó, siendo hijo de Rosalba Hurtado Chaverra y Benjamín Antonio Palacios Zúñiga.

Visible a folio 877 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de defunción con indicativo serial No. 03913766, donde se evidencia que VICTOR ANTONIO PALACIOS HURTADO, falleció el 2 de mayo del año 2012 a las 11:00A.M.

⁸ Visible a folio 761 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 30048575, donde se evidencia que nació el 25 de septiembre de 1993 en Bojayá - Chocó, siendo hija de Rosalba Hurtado Chaverra y Benjamín Antonio Palacios Zúñiga.

Visible a folio 878 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de defunción con indicativo serial No. 03913821, donde se evidencia que ROSALBA PALACIOS HURTADO, falleció el 2 de mayo del año 2012 a las 11:00A.M.

⁹ Visible a folio 38 del Cuaderno Principal No. 1 aparece copia registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 30048577, donde se evidencia que nació el 9 de mayo de 1996 en Bojayá - Chocó, siendo hija de Rosalba Hurtado Chaverra y Benjamín Antonio Palacios Zúñiga.

NO HAY PRUEBA DOCUMENTAL DE LA MUERTE de YESENIA PALACIOS HURTADO

EMERITA PALACIOS HURTADO¹⁰, fallecidos el 2 de mayo de 2002 en el Municipio de Bojayá - Chocó.

Igualmente accionaron en el mismo sentido, LIBIA MARIA PALACIOS ASPRILLA¹¹, MANUEL JOAQUÍN PALACIOS ASPRILLA¹², MANUEL HERMINIO PALACIOS ASPRILLA¹³, ADELFA PULIA PALACIOS ASPRILLA¹⁴, CARMEN TULIA PALACIOS ASPRILLA¹⁵, JESÚS ANTONIO MOSQUERA ASPRILLA¹⁶, MARIA PASCUALA PALACIOS ASPRILLA¹⁷, MARTÍN PALACIOS ASPRILLA¹⁸, ROSA APULIA MOSQUERA MARTÍNEZ¹⁹, MANUEL SANTOS MOSQUERA DÍAZ²⁰ y SINFORIANO PALACIOS PALACIOS²¹, quienes actúan en su propio nombre, como hermanos de BENJAMÍN ANTONIO PALACIOS ZÚÑIGA y tíos de LUZ DEL CARMEN PALACIOS HURTADO, MERCEDES PALACIOS HURTADO, CRECENCIO PALACIOS HURTADO, ELVIA PALACIOS HURTADO, VICTOR ANTONIO PALACIOS HURTADO, ROSALBA

¹⁰ Visible a folio 37 del Cuaderno Principal No. 1 aparece copia registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 30048658, donde se evidencia que nació el 3 de noviembre de 1989 en Bojayá - Chocó, siendo hija de Rosalba Hurtado Chaverra y Benjamín Antonio Palacios Zúñiga.

Visible a folio 879 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de defunción con indicativo serial No. 93913787, donde se evidencia que EMERITA PALACIOS HURTADO, falleció el 2 de mayo del año 2012 a las 11:00A.M.

¹¹ Visible a folio 763 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 73110753290, donde se evidencia que nació el 7 de noviembre de 1973 en Bojayá - Chocó, siendo hija de Adelfa Asprilla Palacios y Emiliano Palacios Mosquera.

¹² Visible a folio 882 del Cuaderno Principal No. 2 aparece certificado de registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 5719199, donde se evidencia que nació el 5 de agosto de 1958 en Bojayá - Chocó, siendo hijo de Adelfa Asprilla Palacios y Emiliano Palacios Mosquera.

¹³ Visible a folio 772 del Cuaderno Principal No. 2 aparece certificado de registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 6401378, donde se evidencia que nació el 17 de febrero de 1966 en Bojayá - Chocó, siendo hijo de Adelfa Apulia Asprilla Palacios y Emiliano Palacios Mosquera.

¹⁴ Visible a folio 884 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 34471786, donde se evidencia que nació el 16 de junio de 1952 en Bojayá - Chocó, siendo hija de Adelfa Apulia Asprilla Palacios y Emiliano Palacios Mosquera.

¹⁵ Visible a folio 767 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 70101708975, donde se evidencia que nació el 17 de octubre de 1970 en Bojayá - Chocó, siendo hija de Adelfa Asprilla Palacios y Emiliano Palacios Pacheco.

¹⁶ Visible a folio 811 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 36745209, donde se evidencia que nació el 16 de junio de 1939 en Bojayá - Chocó, siendo hijo de Adelfa Apulia Asprilla Palacios y Florindo Mosquera mena.

¹⁷ Visible a folio 768 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 45091260820, donde se evidencia que nació el 12 de septiembre de 1945 en Bojayá - Chocó, siendo hija de Adelfa Apulia Asprilla Palacios y Emiliano Palacios Mosquera.

¹⁸ Visible a folio 779 del Cuaderno Principal No. 2 aparece certificado registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 6729226, donde se evidencia que nació el 18 de septiembre de 1960 en Bojayá - Chocó, siendo hijo de Adelfa Apulia Asprilla Palacios y Emiliano Palacios Mosquera.

¹⁹ Visible a folio 773 del Cuaderno Principal No. 2 aparece certificado de registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 6401392, donde se evidencia que nació el 30 de agosto de 1962 en Bojayá - Chocó, siendo hija de Nicolasa Martínez Pino y Jesús Antonio Mosquera Asprilla.

²⁰ Visible a folio 774 del Cuaderno Principal No. 2 aparece certificado de registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 6401373, donde se evidencia que nació el 24 de marzo de 1954 en Bojayá - Chocó, siendo hijo de Bernabela Díaz palacios y Manuel Santos Mosquera Pacheco.

²¹ Visible a folio 810 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 44235884, donde se evidencia que nació el 20 de julio de 1937 en Bojayá - Chocó, siendo hijo de Cenaída Palacios Mosquera y Sinfioriano Palacios Palacios.

PALACIOS HURTADO, YESENIA PALACIOS HURTADO y EMERITA PALACIOS HURTADO.

DECLARACIONES Y CONDENAS

Los demandantes pretenden que se declare que la NACIÓN - PRESIDENCIA de la REPÚBLICA de COLOMBIA, MINISTERIO del INTERIOR, MINISTERIO de DEFENSA -EJÉRCITO, POLICÍA y ARMADA NACIONAL-, PROCURADURÍA GENERAL de la NACIÓN, DEFENSORÍA del PUEBLO, GOBERNACIÓN del CHOCÓ y MUNICIPIO de BOJAYÁ, son administrativa y económicamente responsables de los daños y perjuicios morales, materiales, a la vida de relación, causados como consecuencia de los hechos ocurridos el día 2 de mayo de 2002, en la población de Bellavista, jurisdicción del Municipio de Bojayá (Departamento del Chocó), en los que perdieron la vida sus familiares.

Como consecuencia de lo anterior solicitan condenar a las entidades accionadas, a pagar 100 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes para la Señora ADELFA PUBLIA ASPRILLA PALACIOS a título de perjuicios morales por cada uno de sus seres queridos fallecidos, como madre de BENJAMÍN PALACIOS ZÚÑIGA y abuela paterna de LUZ DEL CARMEN PALACIOS HURTADO, MERCEDES PALACIOS HURTADO, CRECENCIO PALACIOS HURTADO, ELVIA PALACIOS HURTADO, VICTOR ANTONIO PALACIOS HURTADO, ROSALBA PALACIOS HURTADO, YESENIA PALACIOS HURTADO y EMERITA PALACIOS HURTADO; y 50 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes a título de perjuicios morales, para cada uno de los demandantes LIBIA MARIA PALACIOS ASPRILLA, MANUEL JOAQUÍN PALACIOS ASPRILLA, MANUEL HERMINIO PALACIOS ASPRILLA, ADELFA PULIA PALACIOS ASPRILLA, CARMEN TULIA PALACIOS ASPRILLA, JESÚS ANTONIO MOSQUERA ASPRILLA, MARIA PASCUALA PALACIOS ASPRILLA, MARTÍN PALACIOS ASPRILLA, ROSA APULIA MOSQUERA MARTÍNEZ, MANUEL SANTOS MOSQUERA DÍAZ y SINFORIANO PALACIOS PALACIOS, por cada uno de sus seres queridos fallecidos, como hermanos de BENJAMÍN PALACIOS ZÚÑIGA y sobrinos de LUZ DEL CARMEN PALACIOS HURTADO, MERCEDES PALACIOS HURTADO, CRECENCIO PALACIOS HURTADO, ELVIA PALACIOS HURTADO, VICTOR ANTONIO PALACIOS HURTADO, ROSALBA PALACIOS HURTADO, YESENIA PALACIOS HURTADO y EMERITA PALACIOS HURTADO.

Condenar a las entidades accionadas, a pagar el daño emergente y el lucro cesante, enunciado como las costas y costos del proceso y los honorarios de abogado en la proporción que determine el Honorable Tribunal.

Condenar a las entidades accionadas, a pagar el perjuicio denominado daño a la vida de relación, consistente en la suma equivalente a 400 salarios mínimos mensuales legales vigentes por cada una de las víctimas fallecidas, BENJAMÍN PALACIOS ZÚÑIGA, LUZ DEL CARMEN PALACIOS HURTADO, MERCEDES PALACIOS HURTADO, CRECENCIO PALACIOS HURTADO, ELVIA PALACIOS HURTADO, VICTOR ANTONIO PALACIOS HURTADO, ROSALBA PALACIOS HURTADO, YESENIA PALACIOS HURTADO y EMERITA PALACIOS HURTADO y a favor de la Señora ADELFA PUBLIA ASPRILLA PALACIOS y de LIBIA MARIA PALACIOS ASPRILLA, MANUEL JOAQUÍN PALACIOS ASPRILLA, MANUEL HERMINIO PALACIOS ASPRILLA, ADELFA PULIA PALACIOS ASPRILLA, CARMEN TULIA PALACIOS ASPRILLA, JESÚS ANTONIO MOSQUERA ASPRILLA, MARIA PASCUALA PALACIOS ASPRILLA, MARTÍN PALACIOS ASPRILLA, ROSA APULIA MOSQUERA

MARTÍNEZ, MANUEL SANTOS MOSQUERA DÍAZ y SINFORIANO PALACIOS PALACIOS.

Pide se ordene dar cumplimiento a la Sentencia conforme lo establecen los artículos 176 a 178 del C.C.A.

HECHOS

El Departamento del Chocó ha sido epicentro de innumerables incursiones de grupos al margen de la ley, denominados Fuerzas Armadas Revolucionaria de Colombia Farc y Autodefensas Unidas de Colombia AUC intensificándose el conflicto a partir de diciembre de 1996 donde sucedieron varios desplazamientos masivos.

En el mes de marzo de 2000, las Fuerzas Armadas Revolucionarias Farc destruyeron la estación de Policía del Municipio de Vigía del Fuerte, asediando a veintiún miembros de la Policía y a ocho civiles

El Señor ARIEL PALACIOS CALDERON, Alcalde del Municipio de Bojayá realizo una solicitud expresa y formal a la gobernación del Chocó y a la Defensora del Pueblo, en la cual solicito protección para los habitantes de la entidad territorial mediante la presencia y acción efectiva de la fuerza pública.

La oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, desde 1996 alertó al Estado Colombiano sobre la problemática existente en el chocó debido a la confrontación permanente entre las Fuerzas Armada Revolucionarias Farc y las Autodefensas unidas de Colombia AUC, enfatizando sobre la vulneración de los Derechos Humanos de la población civil y sobre el peligro que corrían los habitantes del Atrato medio en la realización de una manifestación armada de los grupos al margen de la ley de grandes proporciones.

El 26 de abril del 2002 la Defensoría del Pueblo, después de haber visitado el área anteriormente descrita, emitió una alerta temprana advirtiendo sobre los riesgos de un posible enfrentamiento entre los grupos ilegales.

En el mes de mayo se agudizaron los enfrentamientos entre las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia Farc y las Autodefensas Unidas de Colombia AUC, concentrándose en el corregimiento de Bellavista; las Farc se ubicaron en el barrio Pueblo Nuevo y la periferia norte del casco urbano del Municipio de Bojayá. Los paramilitares se posesionaron en el área central de Bellavista.

Debido al cruce de instrumentos bélicos, utilizados por los grupos al margen de la ley anteriormente descritos, los habitantes del Municipio de Bojayá comenzaron a refugiarse en la iglesia, la casa cural y en la casa de las misioneras Agustinas de Bellavista. Los paramilitares se ubicaron detrás de las instalaciones donde se encontraba la población para resguardarse del ataque de las Farc.

Cuentan que el día 02 de mayo de 2002, aproximadamente a las diez de la mañana los guerrilleros instalaron un lanzador de pipetas en el patio de cemento de una casa de Pueblo Nuevo (Bojayá), situada a una distancia de cuatrocientos metros de la iglesia en donde se encontraba resguardada la población civil con el objetivo de provocar el repliegue paramilitar hacia el sur.

Las pipetas estallaron en el lugar donde la población civil creía que se encontraba a salvo, muriendo instantáneamente más de cien personas ocasionando heridas múltiples a niños y adultos.

En el Municipio de Bojayá y Vigía del Fuerte, para la fecha de los hechos, no existía presencia de la Fuerza Pública, porque al Estado Colombiano le pareció insignificante la población asentada en el Atrato medio, de tal forma que hizo caso omiso de los requerimientos, suplicas y solicitudes realizadas por la población civil, los representantes de las entidades territoriales del Atrato medio y por la oficina en Colombia del Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Según el comportamiento del Estado Colombiano los habitantes de Bojayá y los Municipios vecinos no eran nacionales que ameritaran la prestación del servicio de seguridad y la acción efectiva de la Fuerza Pública.

El ataque a la población civil por parte de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia Farc y las Autodefensas Unidas de Colombia Auc, estaba anunciando mediante solicitudes expresas y concretas y por la alteración constante del orden público en el Atrato Medio agudizándose en las poblaciones de Bojayá y Vigía del Fuerte.

Entre las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia Farc, Autodefensas Unidas de Colombia AUC y la Fuerza Pública no hubo confrontación armada porque sencillamente la población civil se encontraba desprotegida, olvidada sin ningún tipo de protección siendo previsible por parte del Estado el ataque terrorista de los grupos al margen de la ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Señala las siguientes disposiciones: Artículo 1, 2, 6, 11, 26, 29, 42, 44 y 90 de la Constitución Política Colombiana, artículos 75, 84, 87 y pertinentes del Código de Procedimiento Civil, artículos 86, 127, 132, 137, 142, 150 y pertinentes del Código Contencioso Administrativo y artículos 130 y subsiguientes del Decreto 1333 de 1986.

HISTORIA PROCESAL

La demanda fue presentada el 30 de abril del 2004 (fls. 8-34), con auto interlocutorio No. 237 del 21 de mayo del 2004 se admitió la demanda (fls. 70-71). El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República inicialmente no contestó la demanda, solamente presentó recurso de reposición contra el auto que admitió la demanda (memorial de fecha 11 de agosto del 2004 visible a fls. 111-112).

El día 9 de noviembre del año 2004, la apoderada judicial de la parte demandante presenta solicitud de reforma de la demanda (fls. 123-126).

Constancia de fijación en lista, que corrió del 25 de mayo al 9 de junio del 2005 (fl. 316); todas las entidades demandadas en el proceso de la referencia contestaron la demanda dentro del término.

Con auto de sustanciación No. 704 del 7 de julio del 2005, se resolvió recurso de reposición interpuesto por la apoderada de la Nación - Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (fls. 451-452).

Mediante auto interlocutorio No. 536 del 25 de agosto de 2005, se admitió la adición de la demanda (fl. 453), mediante auto de sustanciación No. 318 del 18 de abril de 2006, se corre traslado a la parte demandante por el término de cinco (5) días, de las excepciones propuestas por los demandados (fl. 539).

Con acta No. 33 de fecha 9 de agosto de 2006 se recibe el expediente por parte del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Quibdó (fl. 541), con auto de sustanciación No. 230 del 11 de septiembre de 2006, proferido por el Juzgado Tercero administrativo del Circuito de Quibdó, se abre a pruebas (fls. 543-545).

Memorial visible a folio 686 del Cuaderno No. 2, a través del cual, la apoderada judicial de la parte demandante, solicita terminar con los procesos administrativos en acción de reparación directa y acciones de grupo que cursan en el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Quibdó, relacionados con los actores de la referencia para evitar que simultáneamente se tramiten procesos a nombre de las mismas personas y se realice un desgaste innecesario del órgano judicial.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Departamento del Chocó.

El Departamento del Chocó a través de apoderado judicial contestó la demanda manifestando que la gobernación no es administrativamente responsable de los daños y perjuicios causados a los accionantes, por cuanto administrativamente cumplió con las funciones a él otorgada en materia de orden público, de cara a los artículos 189 y 305 de la Constitución Política.

El Gobernador del Chocó como agente del Presidente de la República, cumplió con reportar en diferentes oportunidades la situación de orden público que se venía presentando en el Departamento del Chocó, inclusive se programó y realizó un Consejo de Seguridad con el Alto Gobierno con el fin de dar a conocer directamente la situación que viene viviendo el departamento y se tomaran las acciones pertinentes por parte de autoridades competentes ya que los gobernadores no tienen la facultad de ordena a las fuerzas militares para que se desplacen a determinado sitio con el fin de combatir a las fuerzas al margen de la ley, o de proteger a la población civil su facultad consiste en informar a las autoridades competentes y solicitar que se preste el servicio requerido lo cual se hizo.

La defensa y seguridad de los pobladores de sitios urbanos y rurales del territorio nacional está confiado a la fuerza pública que para el caso de Bojayá carecía de ejército y aún de policía; en los campos anteriores los mandatarios seccionales tienen injerencia pero residual y sólo para la ejecución de las normas que el estado tenga vigente en sus diferentes órdenes.

Pero hay necesidad de advertir que con motivo de la insurgencia armada dichas medidas de Alta Policía las toma el Gobierno Nacional de acuerdo a los artículos 217 y 218 de la Constitución Política; en razón a lo anteriormente dicho el alto Comisionado de las Naciones Unidas en Colombia dejó su informe sobre el particular donde responsabiliza a las fuerzas en conflictos paramilitares, guerrilla y Ejército; pero de ninguna manera traslada responsabilidad al Departamento del Chocó el cual debe ser exonerado de tal, no solo porque actuó en el campo que podía hacerlo sino porque el mando de acciones militares no es de su competencia (fls. 77-80).

Municipio de Bojayá.

El ente territorial demandado a través de apoderada Judicial contestó la demanda manifestando que el Municipio de Bojayá - Chocó, no es administrativamente responsable de los hechos denunciados, toda vez, que el Alcalde para la época, cumplió plenamente con las funciones otorgadas por la Constitución Política y la Ley, respecto al orden público en su municipio, de manera diligente informó a los diferentes organismos de seguridad a nivel Departamental como Nacional, hecho este que es corroborado por la misma demandante en su ítem 6.1., teniendo en cuenta que la población civil, los representantes de las entidades territoriales del Medio Atrato y la oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos habían solicitado expresa y formalmente protección para la población civil (fls. 129-149).

Defensoría del Pueblo.

A través de apoderado Judicial contestó la demanda (fls. 150-163) manifestando oponerse a la prosperidad de la totalidad de las pretensiones de la parte demandante, solicitó sean desestimadas; a más de lo anterior, de conformidad con la Constitución Política, la Ley 24 de 1992 y demás normas concordantes, no es competencia constitucional y menos aún legal de la Defensoría del Pueblo, la prestación del servicio de seguridad ciudadana y mantenimiento del orden público en términos del ejercicio preventivo y reactivo de la fuerza estatal. El Defensor del Pueblo vela por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los Derechos Humanos, para lo cual, en el tema que nos ocupa, actúa ante las autoridades públicas concernidas, haciéndoles las correspondientes observaciones y recomendaciones en caso de amenaza o violación de estos Derechos. (artículo 282 de la C. Política y 9º. No. 3º y 20 de la Ley 24 de 1992).

Ministerio del Interior y de Justicia.

A través de apoderado Judicial contestó la demanda manifestando oponerse a las pretensiones por carecer de fundamentos jurídicos, toda vez que al Estado no le asiste responsabilidad en los hechos narrados en la demanda; argumenta su defensa afirmando que los hechos denunciados no le son atribuibles al Estado, por cuanto es claramente establecido que se ocasionaron por el enfrentamiento de dos fuerzas al margen de la ley, plenamente identificadas como son las Farc y Auc, que operan en esa región, quienes aprovechando las condiciones geográficas, climatológicas y técnicas que no permitieron operar en forma oportuna a las autoridades militares y de policía, por lo que se configura el hecho de un tercero en la producción de los daños ocasionados a los accionantes.

El Estado se exonera de toda responsabilidad, cuando demuestra como causa del daño la culpa de la víctima, el hecho de un tercero, la fuerza mayor o el caso fortuito, pues en el fondo lo que se acredita es que no hay relación de causalidad entre la falta o falla del servicio y el daño causado.

De acuerdo a las circunstancias que rodearon los hechos, estamos frente a lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado el hecho o actuaciones de un tercero, que no tienen relación alguna con la actividad del Estado; por último propuso las excepciones de inexistencia del derecho, en el entendido de que el Estado no puede responder por hechos originados en conductas de terceros ajenos a la actividad propia de la administración e indebida representación en causa por pasiva, atendiendo al hecho de que no es al Ministerio del Interior y de Justicia a quien le corresponde el control del orden público y tomar medidas de prevención (fls. 305-314).

Procuraduría General de la Nación.

La Procuraduría General de la Nación contestó la demanda manifestando que a través de la Procuraduría Regional del Chocó cumplió la función preventiva, de manera oportuna, diligente y eficiente que le asigna la Constitución y la Ley, puesto que el señor Procurador Regional del Chocó, de la época, consciente de su papel de proteger los derechos humanos y asegurar la efectividad de los mismos, con antelación al lamentable suceso ocurrido en el Municipio de Bojayá (Bellavista 2 de mayo de 2002), emitió la Circular No. 006 dirigida a: Gobernador del Chocó, Alcaldes Municipales del Departamento del Chocó, Cuarta Brigada, Séptima Brigada, Brigada Diecisiete, Fuerza Naval del Pacífico, Batallón Manosalva Flores, Comandante de Policía Chocó, Dirección Seccional DAS, mediante la cual se conmina a adoptar acciones prontas y a ofrecer soluciones tendientes a conjurar el orden público en la geografía chocoana, poniéndoles de presente las funciones relacionadas con la conservación del orden público y le precisa a la Fuerza Pública el deber de defender la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden Constitucional y termina solicitándose, convocar Consejos de Seguridad del Estado para formular los correctivos pertinentes.

Solicita se declare probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que la acción debe promoverse contra el ministerio de Defensa y no contra la Procuraduría General de la Nación (fls. 317-327).

Policía Nacional.

La Policía Nacional contestó la demanda manifestando que es cierto que hubo enfrentamiento armado entre los grupos ilegales Autodefensa y Subversión en el municipio de Bojayá el día 2 de mayo de 2002, *"pues se tornó un hecho notorio en atención a la divulgación de los distintos medios de comunicación, siendo así de público conocimiento, pero las circunstancias exactas de la cantidad numérica de víctimas, las desconozco, por lo tanto se evidencia debe agregarse al acervo probatorio existente en el expediente"*.

Así mismo indicó la Policía Nacional, brindó un buen servicio a la comunidad pero como en el año 2000 la subversión atacó y destruyó las instalaciones de la institución y causó la muerte, heridas y secuestro a unidades de la fuerza, *"Viéndose así obligada la institución a levantar el puesto por cuanto no se podía seguir teniendo el personal como carne de cañón y presa fácil de la subversión"*; por lo que propuso las excepciones de a. *Hecho de un tercero*, pues la masacre fue cometida por grupos armados al margen de la ley, que son grupos generadores de violencia no pertenecientes a la Policía Nacional, b. *Imposibilidad circunstancial*, porque en la municipalidad donde se escenificó la masacre no había presencia policial desde que sus instalaciones fueron destruidas en el año 2000, la cual no se ha podido reconstruir por oposición de autoridades locales y de su población, c. *Hostilidad ambiental*, por cuanto que las condiciones geográficas y ambientales de la región imposibilitaron hacer presencia oportuna para impedir los hechos luctuosos protagonizados por grupos ilegales que operan en la zona, d. *Inexistencia del daño*, *"En atención a que no existe prueba de la muerte de las personas que se reputa tal calidad de la cual solicitan los perjuicios, es decir, no existe documento demostrativo de real muerte de las personas que reputan como muertas"* (fls. 380-393)".

Ejército y Armada Nacional.

El Ejército Nacional y la Armada Nacional, contestaron la demanda, aceptando que hubo enfrentamiento armado entre grupos de autodefensas y subversivos en el municipio de Bojayá el 2 de mayo de 2002, pues *"así lo dieron a conocer los distintos*

medios de comunicación, tornándose el hecho como notorio y de conocimiento público, lo referido al número de muertos y heridos”, pero que “las circunstancias precisas de tiempo modo y lugar no me constan, por lo tanto su evidencia debe ser allegadas al expediente como carga probatoria que le incumbe a la demandante”, y “En lo que respecta al Ejército y a la Armada Nacional, siempre se han realizado en toda la zona del medio Atrato operaciones de registro y control de áreas. Lo que no puede es asentarse permanentemente en la cabecera municipal. Las condiciones topográficas y atmosféricas de la región impidieron muchas veces la realización de estas operaciones militares y el estado de sus limitaciones de todo orden siempre ha tratado de hacer presencia en toda la geografía chocona pero la inmensidad del terreno, la selva espesa y en general la topografía se convierte en zona de difícil apelación militar, a todo lo anterior hay que agregar la amplia y masiva presencia subversiva y de autodefensa que obviamente se conocen más la región, teniendo trincheras y están ocupando posiciones que lo favorecen (fls. 421-440)”.

Presidencia de la República.

A través de apoderada judicial presentó memorial (fls. 111-112) interponiendo recurso de reposición en contra del auto admisorio de la demanda, por considerar que el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República no tiene relación con los hechos y responsabilidades que se reclaman en la demanda, en cuanto no es la autoridad responsable de la seguridad ciudadana, la preservación del orden público, la administración de justicia, o tarea semejante.

El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República posteriormente a través de apoderada Judicial contestó la demanda manifestando que el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República es vinculado a este proceso por hechos que escapan a su órbita de competencia legal. Recuérdese que las autoridades públicas sólo pueden ejercer aquellas funciones que la Constitución Política o la ley le asignen, sin que en este proceso se haga una imputación concreta acerca de un deber constitucional o legal pretermitido por acción u omisión de funcionario alguno de la entidad, razón por lo cual no puede ser imputada por los cargos contenidos en la demanda.

Propone como excepciones la **falta de legitimación en la causa por pasiva**, en el entendido de que la entidad no tiene que ver con las imputaciones de responsabilidad que se reclaman en la demanda. **Indebida representación de la Nación**, atendiendo al hecho de que si bien la Nación es una sola, el artículo 149 del C.C.A. dispone que su representación judicial será responsabilidad de la persona de mayor jerarquía en la entidad que haya expedido el acto o producido el hecho cuya legalidad se enjuicie, razón por la cual no puede aceptarse la tesis según la cual, una condena a la Nación pueda ser impuesta a cualquier entidad que la represente, por cuanto ella debe contar con las mismas garantías de debido proceso, defensa y representación que cualquier otro sujeto procesal. **Insuficiencia de poder de los demandantes**, ya que los demandantes otorgaron poder para demandar a la Nación, pero sin hacer mención a la Presidencia de la República o al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Por último presentó la excepción de pleito pendiente, en razón a que los demandantes pretenden se les indemnice por la muerte de Emiliano palacios Asprilla, entre otros. Sin embargo, se observa esta pretensión es idéntica a lo pretendido en el proceso 270012331000200400043200 (fls. 531-536).

Mediante auto de sustanciación No. 1274 del 24 de junio del 2011, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Quibdó, a través del cual se adicionaron treinta (30) días al termino probatorio inicial (fls. 798-799).

Con auto de sustanciación No. 429 del 14 de diciembre del 2011, el Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión del Circuito de Quibdó avocó el conocimiento del proceso, el cual venía siendo tramitado previamente por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Quibdó (fl. 813), con auto de sustanciación No. 393 del 22 de mayo del 2012, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión del Circuito de Quibdó, a través del cual se realizó el control de legalidad (fl. 815).

Por auto de sustanciación No. 829 del 24 de septiembre del 2013, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión del Circuito de Quibdó, se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 838).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión de Quibdó, mediante Sentencia No. 57 del 30 de abril del 2014, *i. declaró administrativa y patrimonialmente a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL y ARMADA NACIONAL, a título de falla del servicio por omisión de los perjuicios que le fueron irrogados a los demandantes, en hechos ocurridos el 2 de mayo de 2002 en el Municipio de Bojayá. ii. Condenó a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL y ARMADA NACIONAL al pago de daño moral y a la vida de relación, a favor de las personas que resultaron perjudicadas del accionar omisivo del estado. Y iii. Denegó las demás pretensiones de la demanda.*

Resolvió las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva con la absolución del Ministerio del Interior y de Justicia, de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo, de la Gobernación del Chocó y del municipio de Bojayá, por haber actuado "dentro de las precisas competencias a ellas asignadas" (Página 40 del fallo) puesto que la obligación de la prestación de los servicios de vigilancia y seguridad a la población de Bojayá, no concernía a ellas.

El *a quo* fundó su decisión en el precedente del Honorable Consejo de Estado, para lo cual citó como referencias, entre otras:

- i. Sentencia del 19 de octubre del 2011, radicado 25000-23-26-000-1997-04845-01 (21908), Consejera Ponente OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ.
- ii. Sentencia del 13 de julio del 2005, radicado 13.542, Consejero Ponente RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.
- iii. Sentencia del 23 de octubre del 2003, radicado 25000-23-26-000-1995-00580-01 (14211), Consejero Ponente RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.
- iv. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO; Auto Interlocutorio del 19 de octubre de 2.007, Radicación número: 05001-23-31-000-1998-02290-01 (29273), Actor: Roberto Zuleta Arango y Otros, Demandado: Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional, Referencia: Acción de Reparación Directa - Resuelve Recurso de Reposición-

Indicó que dentro del proceso quedó probado que el 2 de mayo de 2002 en el corregimiento de Bellavista, municipio de Bojayá en el Departamento del Chocó, como fruto del enfrentamiento armado entre grupos al margen de la ley como las Farc y Auc, se produjo la muerte violenta de aproximadamente 119 personas, 114 personas resultaron heridas, entre ellos cinco menores de edad, todos civiles.

Lo anterior se desprende de la documental obrante en el expediente, de la que destacó los folios 255 a 260 en el corregimiento que el día 2 de mayo de 2002, como producto del enfrentamiento entre las Farc y los Paramilitares, "...Cayó un artefacto explosivo en la capilla católica de Bellavista donde se encontraba una parte de la población civil refugiada", la cual causó "ciento diecinueve muertos, ciento catorce heridos, trece de éstos se encuentran sumamente graves, contándose entre ellos cinco menores, todos de la población civil". También da cuenta de ello la Alerta Temprana 040 de abril 24 de 2002 (fls. 168-170), emitida por el Sistema Nacional de Prevención de Violaciones Masivas de Derechos Humanos – Sistema de Alerta Temprana "SAT".

De igual manera se afirmó que, examinando los hechos probados en el caso concreto, se observa que la información que tenía el Estado, en cuanto a que en la Zona donde ocurrió el hecho dañoso zona del medio Atrato, Municipio de Bojayá, específicamente en su cabecera municipal Bellavista, han operado y operan grupos subversivos y paramilitares, como en la mayoría del país, desde hacía tiempo atrás, tal situación de conocimiento sobre hechos pasados, en este caso concreto, hacía que ese conocimiento se tradujera en situaciones de previsibilidad, por cuanto, como se desprende de las pruebas allegadas al proceso, desde antes del 2 de mayo de 2002, el Medio Atrato venía siendo objeto de disputas por parte de grupos guerrilleros (Eln – Farc) entre sí, y luego con grupos paramilitares que se fueron conformando en la zona para combatir la guerrilla, que colocaban en potencial de indefensión y en grave riesgo a la población civil residente en dicha región.

Con el sistema de alertas tempranas enviadas el día 22 de abril del 2002, por la Defensoría del Pueblo, es decir diez días antes de la ocurrencia de los hechos, se presumía que el enfrentamiento era inminente la ocurrencia de ataques en el momento que ocurrió el hecho para que la autoridad activara el deber de defensa y/o de conjuración para evitar los actos terroristas o para terminarlos de manera oportuna, por lo tanto, el hecho del fallecimiento de más de 119 personas, es imputable al Estado porque se demostró con las pruebas que reposan en la actuación que éste incumplió el deber de defensa. Cada uno de los demandados, (Ejército, Policía y Armada) incumplieron dentro de la órbita de sus competencias el deber de protección oportuna a la población civil que se encontraba inerme ante la confrontación de los grupos al margen de la ley; obsérvese como del material probatorio que se arrimó al proceso se deduce que el apoyo militar realizado sólo llegó a la escena de los hechos varios días después (oficios y comunicados de la fuerza pública allegados al proceso), de perpetrado el acto violador de los derechos humanos a pesar de que conocieron previamente a la ocurrencia de una situación actual cierta, de inminente necesidad de defensa, porque cada uno de los organismos de defensa que comparecieron al proceso en calidad de demandados, tienen su propia responsabilidad en el acaecer terrorista del 2 de mayo del 2002.

Respecto de la **Violación de derechos humanos**, afirmó que el Honorable Consejo de Estado ha señalado que en aquellos casos en los que se ha verificado la violación a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario²², al afectado le asiste el derecho a solicitar la reparación integral de los daños irrogados. Así lo precisó mediante Sentencia fecha del 19 de octubre de 2007, dictada dentro del expediente No. 29.273, la Sección Tercera, con Ponencia del Consejero Enrique Gil Botero, indico: "*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*

²² Situación que se verifica en este asunto, teniendo en cuenta las especiales circunstancias en las que ocurrieron los hechos violentos del 2 de mayo de 2002 en Bellavista, municipio de Bojayá

netamente indemnizatorias o, si los supuestos fícticos lo permiten (transgresión de derechos humanos en sus diversas categorías), a través de la adopción de diferentes medidas o disposiciones”.

Respecto al reconocimiento de **perjuicios inmateriales**, accedió el reconocimiento del **daño a la vida de relación**, únicamente para la Señora ADELFA PULIA ASPRILLA PALACIOS, en razón a que las pruebas arriadas al expediente permiten colegir que el proyecto de vida de la misma, fue truncado con la muerte de dos de sus hijos, a raíz de lo cual se vio obligada a desplazarse de su lugar de origen con sus familiares que sobrevivieron a los hechos de violencia del 2 de mayo de 2002, mientras que no obra prueba siquiera sumaria que este perjuicio haya sido padecido por los demás demandantes. También desestimó los cargos por el daño concernido con las señoras Elvia y Yesenia Palacios Hurtado, de quienes, afirmó, *“no obra prueba de la muerte”* y se abstuvo, igualmente, de reconocer daño indemnizable alguno respecto de JESÚS ANTONIO MOSQUERA ASPRILLA, ROSA APULIA MOSQUERA MARTÍNEZ, MANUEL SANTOS MOSQUERA DÍAZ y SINFORIANO PALACIOS PALACIOS *“en tanto no se demostró relación de parentesco con las víctimas”*.

Contrario a lo anterior, condenó a las demandadas al reconocimiento y pago del **daño moral**, en favor de los demandantes que demostraron legitimación en la causa; tasando la intensidad del daño, dependiendo el grado de parentesco con la víctima directa, de suerte que para la madre 200 salarios mínimos mensuales vigentes y para hermanos y tíos 150 salarios mínimos mensuales vigentes, para cada uno de los demandantes, según su condición.

LA APELACIÓN

De la parte demandante

Inconforme con la decisión, apeló en alzada para cuestionar la Sentencia de primera instancia, en tanto: i. no reconoció compensación a la Señora ADELFA PUBLIA ASPRILLA PALACIOS respecto de la indemnización y daño a la vida de relación por la muerte de sus nietos (hijos de BENJAMÍN ANTONIO PALACIOS ZUÑIGA), no obstante que los testigos describieron una relación *“muy estrecha, cercana, habitual, incluso expresaron que la actora todavía sufre y llora constantemente por la desgracia que padeció”*, ii. igualmente cuestiona que el juez de la causa no haya reconocido indemnización alguna a los Señores JESUS ANTONIO MOSQUERA ASPRILLA, ROSA APULIA MOSQUER MARTÍNEZ, MANUEL SANTOS MOSQUERA DÍAZ y SINFORIANO PALACIOS PALACIOS, porque según el criterio del *a quo* no se demostró relación de parentesco con la víctimas; siendo que de los testimonios rendidos, se da cuenta del daño irreparable que se les causó a los demandantes por el fallecimiento de sus más de 8 parientes, el 2 de mayo de 2002, en el municipio de Bojayá (Chocó), para concluir que, lo trascendental no es el vínculo consanguíneo, sino que las personas que integraban una familia desaparecieron y con su ausencia dejaron un profundo dolor en todos los actores, iii. en ese mismo sentido, mostró su desacuerdo con la Sentencia apelada porque a su juicio, el Juez *a quo* decidió abstenerse de reconocer indemnización por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante a favor de la Señora ADELFA PUBLIA ASPRILLA PALACIOS, a pesar que los testigos describen *“la dependencia económica que de los ingresos de sus hijos ... le suministraban, hecho que sin lugar a dudas da lugar al reconocimiento de los perjuicios materiales por concepto de lucro cesante y no su negación”*, iv. También informa que a través de la Sentencia No. 145 del 13 de mayo del 2011, proferida por el Jugeado Segundo Administrativo del Circuito de Quibdó, confirmada luego, parcialmente, en el Tribunal Administrativo del Chocó a través de la Sentencia No. 69 del 10 de mayo de 2012 (Radicado No. 2004-432), se les reconoció únicamente daños morales,

por la muerte del Señor EMILIANO PALACIOS ASPRILLA a la Señora ADELFA PUBLIA ASPRILLA PALACIOS (100 S.M.L.M.V.) LIBIA MARIA PALACIOS ASPRILLA (40 S.M.L.M.V.) y JESÚS ANTONIO MOSQUER ASPRILLA (40 S.M.L.M.V.) "más no por concepto de daño a la vida de relación o perjuicio material" (fls. 990-994).

De la parte demandada:

Ejército y Armada Nacional:

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones reconocidas por la instancia, porque "los demandantes se encuentran beneficiados en el proceso de acción de Reparación Directa que cursó en el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Quibdó, mediante Sentencia No. 145 del 13 de mayo del 2011, la cual fue confirmada por el Tribunal Administrativo del Chocó, a través de la Sentencia No. 69 del 10 de mayo de 2012, bajo el Radicado No. 2004-00432" en apelación contra la Sentencia.

Respecto del *quid* de responsabilidad, manifestó que la alerta temprana se atendió, se tomaron las medidas para contrarrestar el ataque, pero es claro que se presentaron informaciones de inteligencia con suficiente sustento que indicaban la presencia de grupos al margen en las poblaciones de Riosucio, Truandó y Cacarica y la Fuerza Pública en los sitios en donde más lo demandaba la población y el Estado mismo. Afirma además que, de conformidad con el acervo probatorio se tiene que no aparece prueba alguna de la cual se pueda inferir la participación directa y activa de miembros de la fuerza pública en la incursión armada, que lleve a inculparla en estos hechos.

Finalmente, insiste en afirmar que en el presente proceso, se configuró la causal de exculpación de hecho de un tercero, ya que fueron grupos al margen de la ley causantes de dichos hechos, por lo que solicita se absuelva al Ministerio de Defensa Nacional y en su defecto se ordene que a través de la Ley de Víctimas se indemnice a quienes se vieron perjudicados por estos hechos (fls. 941 a 964 del cuaderno 2 del expediente).

Policía Nacional.

Quien representó los intereses de la Policía Nacional sustentó su recurso de apelación indicando que su censura al fallo está basada en que "Vnle la pena poner de presente que la institución Policía Nacional desde antes de la alerta temprana hizo ingentes diligencias ante las autoridades competentes a fin de lograr la seguridad de la población pese a que debido a circunstancias ajenas a la voluntad de la institución no permitió la presencia de la Fuerza pública Policía, en la localidad debido a que la máxima autoridad del lugar para el momento Señor Alcalde no permitió ni facilitó la colaboración como máxima autoridad debió prestar y no lo hizo al momento que la Policía Nacional lo requirió para la reconstrucción de la estación de Policía del Municipio de Bojayá, por parte del director de la obra contratada con empresas obras y diseños para la construcción de la estación de dicha estación, la que quedó destruida como consecuencia de la toma guerrillera del 200, que pago su cuota de sacrificio con la muerte y lesiones de carios policiales (21 POLICIAS MUERTOS, 7 SECUESTRADOS y 5 HERIDOS) y la destrucción de las edificaciones del cuartel de Policía, situación que impidió la instalación de un buen número de policiales en la zona por cuanto no es de buen recibo que la institución instale sus hombres a la deriva como carne de cañón para la subversión, pues el Estado también ha venido pagando grandes sumas de dinero por la muerte de sus hombres".

Informa además que, la actividad que realiza la Fuerza Pública es de medio y no de resultado, el Estado es víctima de un estado generalizado de violencia que todos los

Colombianos y todo quien habita nuestro país sea potencialmente acreedor de este flagelo, resulta importante resaltar que los constantes atentados contra objetivos no militares, tal como bancos, corporaciones, instalaciones de empresas, agremiaciones, infraestructuras eléctricas y de transporte entre otras palabras, no hay distinción de los objetivos militares para los grupos al margen de la ley, pues toda la población civil está expuesta a la ola de terrorismo bien sea por extorsión secuestro chantajes, atentados dinamiteros, explosión de carros bomba y atentados contra la vida pues el giro que ha tomado el conflicto armado en Colombia viola en formas flagrante el Derechos Internacional Humanitario y los Derechos Humanos de los objetivos no militares.

Finalmente concluyó manifestando que, es una inaceptable hipótesis de responsabilidad administrativa de la entidad demandada, considera que ocurre en el presente caso como causal de exoneración la denominada el hecho exclusivo y determinante de un tercero.

Los enfrentamientos entre tropas ilegales, la muerte de pobladores y la destrucción de bienes, las lesiones y demás vejámenes son causados por un grupo de delincuentes, no por las fuerzas del estado; fue el hecho de un tercero, grupo delincuencia, lo que causó u originó los daños ahora alegados y de los cuales se pretende derivar una indemnización, la Policía No hace otra cosa que repeler los ataques, en la medida y con los medios que posee, siempre que se avisó en el momento mismo de la ocurrencia del hecho; no hubo negligencia ni omisión alguna por parte de la institución por cuanto en los hechos no existía presencia policial en el lugar por las razones ya expuestas, a pesar de esto las condiciones climáticas (ffs. 976 a 988 del cuaderno 2 del expediente).

TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante Auto No. 350 del 10 de septiembre del 2014, se admiten los recursos de apelación interpuesto por las partes en contra de la Sentencia No. 057 del 30 de abril del 2014 (folio 1062, cuaderno 3 del expediente), con auto de sustanciación No. 522 del 11 de diciembre del 2014 se corre traslado a las partes por el término común de diez (10) días para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emita su concepto, (folio 1069, cuaderno 3 del expediente).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes dentro del presente proceso no alegaron de conclusión

Del Ministerio Público

Emite Concepto de fondo, en el que solicita se confirme la Sentencia No. 057 del 30 de abril de 2014, proferida por el juzgado Sexto Administrativo de Descongestión del Circuito de Quibdó, que accedió parcialmente a las suplicas de la demanda.

Como no se vislumbra irregularidad que pueda viciar de nulidad insubsanable el proceso, a continuación se entra a plantear y resolver los problemas jurídicos que se han suscitado en el desarrollo de la controversia.

CONSIDERACIONES

Competencia y presupuestos procesales.

Como se encuentran acreditados los presupuestos procesales para resolver el fondo del asunto²³, corresponde a Éste Tribunal conocer y resolver la apelación contra Sentencia No. 57 del 30 de abril del 2014, dictada por el Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión de Quibdó, con fundamento en el numeral 1 del artículo 133 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), modificado por el artículo 1º de la Ley 446 de 1998, aplicable en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011.

Problema jurídico.

La Sala determinará si existe responsabilidad patrimonial del Estado imputable a la NACIÓN - MINISTERIO de DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL -POLICÍA NACIONAL²⁴, por muerte y heridas de quienes resultaron ser víctimas del atentado terrorista perpetrado por terceros (Farc y Autodefensas Unidas de Colombia) en hechos que desencadenaron el día 2 de mayo del año 2002, en el Municipio de Bojayá - Departamento del Chocó en masacre, o si por el contrario se configuró una causal exonerativa de responsabilidad. Un segundo problema jurídico, resulta de la necesidad de establecer la manera y montos de las indemnizaciones individualmente reclamadas, si a ello hubiere lugar.

Aclaración preliminar de integración normativa o remisión.

²³ La Corporación tiene competencia para ello con fundamento en el numeral 1 del artículo 133 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), modificado por el artículo 1º de la Ley 446 de 1998, aplicable en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011.

Por ser las demandadas, entidades estatales, el asunto es de conocimiento de esta jurisdicción (artículo 82 C.C.A.). Además, el Tribunal Administrativo del Chocó es competente para conocer del caso de autos, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por un Juez Administrativo del Circuito de Quibdó, en un proceso con vocación de segunda instancia, en los términos de la Ley 446 de 1998, teniendo en consideración que la cuantía de la demanda, determinada por el valor de la mayor de las pretensiones que corresponde a la indemnización por perjuicios materiales, supera la exigida por la norma para tal efecto.

Considera la Sala que la acción de reparación directa instaurada (artículo 86, C.C.A.) es la procedente, toda vez que por esta vía se pretende el resarcimiento patrimonial del presunto daño irrogado a la parte actora derivado de una falta del servicio, el cual se le imputa a las entidades demandadas.

Como el Juez *a quo* declaró que las únicas entidades responsables del daño son la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional - Armada Nacional - Policía Nacional y los apoderados de estas entidades cuestionaron la decisión, y la parte actora, el tema de la responsabilidad estatal debe ser examinado por cuanto se plantea la exonerante de exclusión de responsabilidad por el hecho exclusivo de un tercero, así mismo, las consecuencias patrimoniales han de ser revisadas para definir el punto de la reparación integral.

El ordenamiento jurídico consagra la figura de la caducidad como una sanción por el no ejercicio oportuno de las acciones judiciales, para lo cual la ley establece taxativamente unos términos dentro de los cuales el interesado tendrá la carga de promover el litigio a través de demanda. Si el recurso judicial se ejerce por fuera de este lapso temporal, aquel perderá la posibilidad de hacer efectivo el derecho sustancial que intenta deprecar ante la administración de justicia. En ese orden de ideas, el numeral 3º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en lo relativo a la acción de reparación directa, instituye un término de dos años para que sea impetrada, contados a partir del día siguiente a la ocurrencia del daño (hecho, omisión, operación administrativa u ocupación temporal o permanente), vencido el cual ya no será posible solicitar que se declare la responsabilidad patrimonial del Estado. Así pues, en el presente caso los hechos que dieron lugar a la presente acción datan del 2 de mayo de 2002 (la primera presencia oficial, del Estado colombiano, fue hecha por el Presidente de la República que llegó con su corte apenas el 7 de mayo siguiente) y la demanda se presentó el 30 de abril de 2004 (folios 34 y 69), razón por la que se concluye que no operó el fenómeno de la caducidad.

²⁴ En primera instancia se absolvió a casi todos los vocados a juicio (la NACIÓN - PRESIDENCIA de la REPÚBLICA, MINISTERIO del INTERIOR, PROCURADURÍA GENERAL de la NACIÓN, DEFENSORÍA del PUEBLO, GOBERNACIÓN del CHOCCÓ y MUNICIPIO de BOJAYÁ); sin embargo, inexplicablemente la apoderada de la parte accionante no impugnó el fallo en este ítem.

Para desarrollar la cuestión jurídica planteada, se hace necesario formular las siguientes precisiones sobre el valor probatorio de las copias simples, así como de la responsabilidad del Estado por falla en el servicio, y luego se examinará la responsabilidad del Estado en el caso concreto; dado que desde la providencia del Señor Consejero²⁵ ENRIQUE GIL BOTERO, la remisión e integración normativo vincula al Código General del Proceso²⁶ y a la parte vigente de la Ley 1395 de 2010. Lo anterior, por cuanto las decisiones sucedáneas a la prosecución de asuntos no definidos con fuerza *res iudicata* antes del 2 de julio de 2012, deben ser resueltos en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de acuerdo con la norma de integración contenida en el artículo 306 del C. de P.A. y de lo C.A., que determina que disposiciones del estatuto procesal general son aplicables para los asuntos no regulados expresamente en aquél. En ese sentido, el artículo 308 del C. de P.A. y de lo C.A., que determina el *Régimen de transición y vigencia*, en cuanto a que "... Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior", debe concordarse con el artículo 309 *Ibidem*, respecto de las *Derogaciones*²⁷, pero sin olvidar que, a partir del 25 de junio de 2012²⁸; se tiene (Tesauros):

- a. "Con relación a la vigencia de las normas del Código General del Proceso, el artículo 627 de esa codificación consagró unas reglas de vigencia escalonada o progresiva. Igualmente, sujetó la entrada en vigencia de esta normativa a la implementación del programa de formación de funcionarios y adecuación física y tecnológica por el Consejo Superior de la Judicatura. En atención a ello, se expidió el Acuerdo PSAA13-10073 que programó la entrada en vigencia del referido código conforme a la distribución de los distritos judiciales del país, y para tal efecto, se señaló un cronograma de entrada en vigencia dividido en tres fases. No obstante, dada la incertidumbre y la ambigüedad del legislador con relación a este asunto, en reciente pronunciamiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, se abordó el tema de la vigencia de las normas del Código General del Proceso (...) al margen de que esta regla de transición se encuentre condicionada a la implementación de la oralidad al interior de las jurisdicciones como supuesto para su aplicabilidad, lo que dio origen al acuerdo proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, precisó sin ambages que para esta jurisdicción el Código General del Proceso entró a regir a partir del 1º de enero de 2014, como lo establece en el numeral

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO; Auto interlocutorio del 6 de agosto de 2014, Radicación número: 88001-23-33-000-2014-00003-01(50408), Actor: Sociedad BEMOR S.A.S., Demandado: Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Referencia: Apelación Auto que negó, Solicitud de Amparo de Pobreza.

²⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO; Sentencia del 25 de junio de 2014, Radicación número: 25000-23-36-000-2012-00395-01 (49299), Actor: Café Salud Entidad Promotora de Salud S.A., Demandado: Nación - Ministerio de Salud y de la Protección Social, Referencia: Recurso de Queja.

²⁷ "Deróganse a partir de la vigencia dispuesta en el artículo anterior todas las disposiciones que sean contrarias a este Código, en especial, el Decreto 01 de 1984, el Decreto 2304 de 1989, los artículos 30 a 63 y 164 de la Ley 446 de 1998, la Ley 809 de 2003, la Ley 954 de 2005, la Ley 1107 de 2006, el artículo 73 de la Ley 270 de 1996, el artículo 90 de la Ley 962 de 2005, y los artículos 57 a 72 del Capítulo V, 102 a 112 del Capítulo VIII y 114 de la Ley 1395 de 2010.

Derógase también el inciso 5o del artículo 35 de la Ley 640 del 2001, modificado por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, en la siguiente frase: "cuando en el proceso de que se trate, y se quiera solicitar el decreto y la práctica de medidas cautelares, se podrá acudir directamente a la jurisdicción".

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO; Auto interlocutorio del 6 de agosto de 2014, Radicación número: 88001-23-33-000-2014-00003-01(50408), Actor: Sociedad BEMOR S.A.S., Demandado: Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Referencia: Apelación Auto que negó, Solicitud de Amparo de Pobreza.

6 del artículo 624. Por lo anterior, señaló que el acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura está dirigido a la Jurisdicción Ordinaria y no a esta Jurisdicción, fundamentalmente porque desde el 2 de julio de 2012, esto es, con la entrada en vigencia del CPACA la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo implementó el sistema mixto con tendencia a la oralidad, lo que no acontece en la Jurisdicción Civil. Asimismo, el acuerdo definió el cronograma de vigencia del CGP estructurado en distritos municipales propios de la Jurisdicción Ordinaria, lo que permite colegir, si se tiene en cuenta que la Jurisdicción Contenciosa de lo Administrativo está organizada bajo un esquema de Jurisdicción Departamental, que en efecto se dirige exclusivamente a aquella; por otra parte, atendiendo al efecto útil de la norma no es posible aplicar el acuerdo cuando en esta Jurisdicción ya están dadas las condiciones que permiten la materialización de la nueva codificación, igualmente se indicó que esta postura es la que más se acompasa con los principios de eficiencia y celeridad consagrados en la Ley 270 de 1996. Todo este análisis, para darle una interpretación sistemática al acuerdo y deducir que su ámbito de aplicación se reduce a la Jurisdicción Ordinaria Civil y no a la de lo Contencioso Administrativo para la que entró en vigencia desde el primero de enero de dos mil catorce. De modo que, todos aquellos aspectos no regulados en el CPACA iniciados con posterioridad al 1º de enero de 2014 ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo deberán resolverse a la luz de las normas del Código General del Proceso. Así las cosas, el estudio que efectuó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fue de carácter hermenéutico o interpretativo, toda vez que, lejos de examinar la legalidad del acuerdo proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, lo que se hizo fue analizar el ámbito de aplicación del citado acto administrativo para concluir que el mismo sólo regula la vigencia del Código General del Proceso en la Jurisdicción Ordinaria Civil.

- b. La providencia proferida el 25 de junio de 2014²⁹, por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, constituye un auto de unificación en los términos del artículo 37 de la ley 270 de 1996 –no una sentencia de unificación de las que trata el artículo 230 del CPACA– porque fija la interpretación sobre la aplicación del Código General del Proceso en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de acuerdo con la norma de integración contenida en el artículo 306 del CPACA, que determina qué disposiciones del estatuto procesal general son aplicables para los asuntos no regulados expresamente en aquél. (...) de conformidad con la regla de vigencia del Código General del Proceso definida en el auto de unificación, la remisión normativa del artículo 306 del CPACA, a partir del 1º de enero de 2014, corresponde a las normas del aludido Código y no a las del Código de Procedimiento Civil. No obstante, conviene precisar el alcance de dicha regla de remisión, toda vez que, por haber existido ambigüedad, no se tenía certeza de la entrada en vigencia de aquella codificación ni de sus efectos, lo que generó confusión en todos los despachos judiciales del país. Por ello, durante el interregno comprendido entre el 1º de enero de 2014, fecha en la cual empezaron a regir en su totalidad las disposiciones del CGP para esta Jurisdicción- y el 25 de junio de la presente actualidad, cuando se proferió el auto de unificación que estableció la anterior regla, se proferieron decisiones teniendo como normas subsidiarias las consagradas en el Código de Procedimiento Civil. Ante este supuesto material, es pertinente analizar concretamente las normas sobre aplicación de las leyes procesales, con miras a establecer una solución al problema de aplicación del Código General del Proceso, como normativa subsidiaria del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que se acompase con la parte dogmática de Carta Política del 91 y evitar que se socaven derechos fundamentales de los usuarios de la Administración de Justicia. (...)

²⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO; Sentencia del 25 de junio de 2014, Radicación número: 25000-23-36-000-2012-00395-01 (49299), Actor: Café Salud Entidad Promotora de Salud S.A., Demandado: Nación - Ministerio de Salud y de la Protección Social, Referencia: Recurso de Queja.

- c. Señala el artículo 624 del Código General del Proceso (...) Esta disposición consagra las reglas sobre aplicación de la ley respecto de las denominadas situaciones en curso, en virtud de lo cual señala: i) el primer inciso consagra la regla sobre el efecto general inmediato de las leyes procesales y la irretroactividad de la ley; ii) establece las reglas de ultractividad de las normas procesales para aquellas situaciones consolidadas al momento en que entra a regir la nueva legislación y señala algunas actuaciones que se entienden deben agotarse con base en las normas bajo las cuales se iniciaron y; iii) fija una regla sobre competencia en la que da prevalencia a los principios de juez natural y de legalidad. (...) la regla general es que la ley rija hacia futuro, sin embargo, existen eventos en los que por expresa disposición constitucional no es posible darle aplicación a este postulado, y en consecuencia se permite la retroactividad de éstas frente a la favorabilidad del reo y por razones de interés público o social. Adicionalmente, hace referencia a las denominadas situaciones en curso, dentro de las que se inscriben los procesos judiciales, toda vez que se estructuran a partir de una serie concatenada de actuaciones que se siguen en el tiempo, cuya finalidad es producir una sentencia que le ponga fin a la controversia. Señaló que en estos eventos, la nueva norma entra a regular la situación en el estado en que se encuentre, no obstante, se exceptúa la regla del efecto general inmediato, para las situaciones consolidadas, esto es, aquellas surtidas con base en la ley antigua. De modo que, si se quiere analizar la validez de estas actuaciones surtidas antes de entrar a regir la nueva legislación, deberá tenerse como punto de referencia lo establecido en las normas aplicables en el momento de su realización, y con ello se dan efectos ultractivos a la extinta disposición normativa, en atención al principio fundamental de seguridad jurídica, pilar del Estado Social de Derecho. Lo que en estricto sentido significa que las nuevas normas sólo aplican de manera retroactiva en tres eventos: favorabilidad del reo, el interés público o social. Y los efectos ultractivos de la norma sólo operan para las situaciones consolidadas. En esta línea, se tiene que los procesos son situaciones en curso, lo que hace indefectible que al momento de entrar a regir una nueva ley se tenga una serie de actuaciones surtidas y otras que están por adelantarse (...)
- d. Se entiende por situaciones jurídicas consolidadas aquellas que se encuentran definidas en cuanto a sus características jurídicas y sus efectos, al momento de entrar en vigencia una disposición normativa, esto es, estas situaciones se encuentran en firme por entenderse surtidas y por tanto no son objeto de las normas que entran a regir, a contrario sensu las no consolidadas son aquellas que no se han agotado y que son en estricto sentido las pasibles de regulación por la nueva legislación. Así, se precisa la directriz general para aplicar las normas del Código General del Proceso a los aspectos no regulados por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que determina que aquellas situaciones que se encontraban consolidadas antes del 1º de enero de 2014, se rigen por la norma anterior, en lo demás se aplicarán las normas de la nueva legislación.
- e. Aquellas actuaciones procesales surtidas con fundamento en las normas del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con lo establecido en el artículo 267 del CPACA, en el lapso comprendido entre el 1º de enero de 2014 y el 25 de junio de 2014, se tendrán como situaciones jurídicas consolidadas y en consecuencia, se regirán hasta su terminación por las normas con base en las cuales fueron adelantadas, según las reglas establecidas en el artículo 624 del C.G.P. (...) es procedente avocar el conocimiento del recurso de apelación formulado por la parte demandante, ya que aun cuando según las normas del C.G.P. el auto que niegue el amparo de pobreza no es apelable, el mismo se interpuso antes del 25 de junio de 2004 y de conformidad con el artículo 162 del C.P.C., esa decisión era susceptible de ser impugnada y fue con fundamento en esa regla que el a quo concedió el recurso.
- f. Las actuaciones que se adelanten después del 25 de junio de 2014, se ceñirán a las normas del Código General del Proceso, en lo pertinente, de acuerdo con la cláusula de integración residual consagrada en el artículo 306 del CPACA.

- g. *El fin del legislador al consagrar la cláusula de integración residual, no era remitir a una codificación en concreto, sino a la legislación procesal civil vigente, que como ya se dijo, regula los aspectos más transversales a todos los procesos. Una interpretación en el sentido contrario no sólo sería excesivamente rígida, sino que además conduciría a la parálisis del ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que el legislador cuando ejerce su función, no siempre tiene la posibilidad de avizorar los cambios normativos que tendrán lugar en el futuro y en consecuencia, sólo podía consagrar la remisión hacia la norma vigente para la fecha, que no era otra que el decreto 1400 de 1970. Sin embargo, una vez entró a regir el CGP, es este el cuerpo normativo llamado a llenar regular los aspectos no contemplados en el CCA y que aún se encuentren pendientes, pues carecería de sentido que el juez de lo contencioso administrativo siguiera remitiéndose para ese efecto a disposiciones que ya han perdido su vigencia. (...) a partir del auto de unificación del 25 de junio de 2014, en aquellos procesos que aún se tramitan en el sistema escritural, el juez deberá acudir al CGP para regular los siguientes temas, que se señalan de manera enunciativa: i) cuantía; ii) intervención de terceros; iii) causales de impedimentos y recusaciones; iv) nulidades procesales; v) trámite de incidentes; vi) condena en costas; vii) ejecución de las providencias judiciales; viii) trámite de los recursos; ix) allanamiento de la demanda; x) consisión; xi) deberes y poderes de los jueces; xii) auxiliares de la justicia; xiii) capacidad y representación de las partes; xiv) deberes y responsabilidades de las partes; xv) reglas generales del procedimiento; xvi) acumulación de procesos; xvii) amparo de pobreza; xviii) interrupción y suspensión del proceso; xix) aclaración, corrección y adición de sentencias; xxi) notificaciones; xxii) terminación anormal del proceso; xxiii) medidas cautelares y xiv) régimen probatorio (solicitud, práctica y decreto), incluidas las reglas de traslado de pruebas documentales y testimoniales, así como su valoración, siempre que se garanticen los principios rectores de igualdad y de contradicción (v.gr. artículo 167 del CGP y 243 y siguientes del CGP, aplicables en materia contencioso administrativa, en virtud de la derogatoria expresa del artículo 627 del C.G.P.).*
- h. *Es importante señalar que no todas las normas contenidas en el Código General del Proceso resultan aplicables a los procesos –escriturales u orales– que se adelantan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo como, por ejemplo, la contenida en el artículo 121 del CGP (ley 1465 de 2012) (...) el precepto citado no resulta aplicable en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, toda vez que tanto el C.C.A. como el CPACA contienen normas especiales sobre la duración de los procesos ordinarios y especiales que se adelantan ante esta jurisdicción; por consiguiente, el artículo 121 del C.G.P. se trata de una reproducción de la disposición contenida en el artículo 9 de la ley 1395 de 2010 que era única y exclusivamente aplicable a la Jurisdicción Ordinaria Civil. A contrario sensu, se itera, los artículos 179 y siguientes del CPACA establecen las etapas, los términos, y las competencias para surtir el proceso ordinario contencioso administrativo, circunstancia por la que no puede ser transpolado ese término de un año y seis meses de prórroga a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que, se insiste, tiene sus propias normas sobre duración y competencia dentro del proceso”.*

Del valor probatorio de las copias simples:

Las pruebas en un proceso son el elemento valorativo primordial dentro de un expediente, según el Artículo 167 del C. G. del P., se tiene entonces que la carga probatoria le compete a quien invoca los hechos en la demanda o en su contestación: *“Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...”.*

En conclusión se tiene que la parte demandante debe fundamentar probatoriamente su reclamo, las pretensiones de la demanda se desvanecen o fortalecen en su medida probatoria, pues su presencia o ausencia posibilitan o impiden determinar el daño o perjuicio que sufrieron a causa de la administración.

Lo anterior ha sido desarrollado por el Honorable Consejo de Estado de la siguiente manera:

"...Cabe recordar que la carga de la prueba consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las pretensiones o a la defensa resulten probados; en este sentido, en relación con los intereses de la parte demandante, debe anotarse que quien presenta la demanda, sabe de antemano cuáles hechos le interesan que aparezcan demostrados en el proceso y, por tanto, sabe de la necesidad de que así sea, más aun tratándose del sustento mismo de la demanda y de los derechos que solicita sean reconocidos.

Siendo así las cosas, por deficiencia probatoria no es posible atribuir responsabilidad alguna a la Administración Pública, pues es indispensable demostrar, por los medios legalmente dispuestos para ello, todos los hechos que sirvieron de fundamento fáctico de la demanda y no solo la mera afirmación de los mismos, para poder establecer cuál fue la actividad del ente demandado que guarde el necesario nexo de causalidad con el daño y que permita imputarle la responsabilidad a aquel, situación que no se dio en el sub lite..."³⁰.

De otro lado, en esta ocasión no se hará mayor pronunciamiento sobre el valor probatorio de las copias simples, atendiendo que éste Tribunal³¹ siguiendo la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, sentó su posición al respecto, dando plena validez a las mismas³², que como en este caso, han estado sometidas al principio de

³⁰ Radicación número: 19001-23-31-000-1996-07005-01(16079) - Sección Tercera. Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA; Sentencia del 27 de abril de 2.006.

³¹ Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, Sentencia 055 del 26 septiembre de 2013, Magistrado Ponente: José Andrés Rojas Villa. Radicación Número: 27001-23-31-000-2006-00561-00. Acción: Reparación Directa, Demandante: Julia Deyanira Moreno Arco y Otros, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.

³² Ésta clase de documentos en principio serían inadmisibles en su calificación pero como la entidad accionada no los impugnó ni tachó en las oportunidades correspondientes, su examen se abre paso al momento de valorarlo en la sentencia; además, son copias simples necesariamente expedidas por la accionada, razón por la cual es procedente su examen pues "se trata de copias de documentos públicos que no fueron tachados de falsos y tienen el reconocimiento implícito de quien los aporta (artículo 276, ejusdem), por lo que no puede descartarse de plano su valor probatorio". En ese sentido pueden consultarse las siguientes providencias del Consejo de Estado:

- Sentencia T-599 de 2009, de la Corte Constitucional (M.P. Juan Carlos Henao Pérez).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "B", Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ; Sentencia del 2 de agosto de 2.007, Radicación número: 15001-23-31-000-2003-01162-01(1926-04), Actor: María Eugenia Aguirre Espinosa, Demandado: Departamento de Boyacá, Apelación Interlocutorias.
- Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 7 de abril de 2005, Rad. 76001-23-31-000-2001-00598-02(1710-03).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "B", Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE; Sentencia del 28 de abril de 2.011, Radicación número: 73001-23-31-000-2006-01286-01(1083-09), Actor: Manuel José González Flórez, Demandado: Caja Nacional de Previsión Social, Autoridades Nacionales.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO; Sentencia del 18 de mayo de 2.011, Radicación número 68001-23-15-000-2003-02336-01 (167-2009), Actor: Álvaro Veloza.
- Corte Constitucional, Sentencia C-159 de 2007.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN; Sentencia del 2 de mayo de 2.011, Radicación número: 11001-03-15-000-2011-00388-00(AC), Actor: Eder Augusto Núñez Ochoa, Demandado: Tribunal Administrativo del Cesar.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "B", Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ; Sentencia del 1 de julio de 2.009, Radicación número: 27001-23-31-000-2002-01189-01(2604-05), Actor: Petrona Delgado Rosero, Demandado: Municipio de Quibdó.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN; Sentencia del 22 de mayo de 2.008, Radicación

contradicción y aunado a que sobre esos medios de convicción no hay tacha alguna que pongan en entredicho su veracidad³³; y aun cuando en una providencias insulares el Alto Tribunal se apartó de su propio precedente³⁴, la posición mayoritaria del H. Consejo de Estado sigue siendo la de otorgar pleno valor probatorio a las copias simples³⁵, posición de antaño acogida por este Tribunal, la cual se acompasa con la reciente posición de la Corte Suprema de Justicia³⁶, quien indicó:

“Como tiene explicado la Sala, “por imperativo de elementales criterios ético-jurídicos, un principio general de esta naturaleza tiene que ser llevado a la práctica con prudente juicio y

número: 52001-23-31-000-2003-01309-01(1371-06), Actor: Eduardo Edmundo Alborno Jurado, Demandado: Departamento de Nariño.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA: Sentencia del 18 de noviembre de 2010, Radicación número: 11001-03-15-000-2010-01096-00(AC), Actor: Vicente Alberto Vallejo Paredes, Demandado: Tribunal Administrativo de Nariño.
- Sección Segunda, sentencia de 16 de septiembre de 2010, Rad. 2010-00897, MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.
- Sección Segunda, sentencia de 4 de marzo de 2010, Rad. 2003-00015, MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.
- Sección Segunda, sentencia de 14 de agosto de 2009, Rad. 2009-00686, MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO.
- Corte Constitucional, sentencia T-134 de 2004.

³³ “...El Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOYERO; Sentencia del 7 de junio de 2012, Radicación número: 05001-23-24-000-1996-00437-01(20700), Actor: José Bertulfo Martínez y Otros, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa, Policía Nacional y Otros, Referencia: Acción de Reparación Directa, había plasmado los siguientes lineamientos que serán acogidos íntegramente por venir de la autoridad intelectual esclarecida de su ponente y Sala.....

Por la ruptura paradigmática del entronizamiento de esta conceptualización, la Sala encontró necesario sus citas in extenso, dado que en adelante abordará los pronunciamientos judiciales con arreglo a la jurisprudencia que se deja transcrita, que salvo mejor criterio proveniente de la Sala Plena de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, se ofrece conceptualmente como garantista de quienes acceden a la administración de justicia.

Y así en este asunto la parte demandada pudo controvertir y tachar la prueba documental que fue acompañada con la demanda y resignó tal facultad, o mejor, la CONVALIDÓ tácitamente, la Sala debe reconocer valor probatorio a la prueba documental obrante a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas.”. Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, Sentencia 055 del 26 septiembre de 2013, Magistrado Ponente: José Andrés Rojas Villa. Radicación Número: 27001-23-31-000-2006-00561-00, Acción: Reparación Directa, Demandante: Julia Deyanira Moreno Arco y Otros, Demandado: Nación - Ministerio De Defensa - Ejército Nacional.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, sentencia de 12 de junio de 2014, Radicación número: 68001231500020010273001(29501), Actor: Alonso Duarte Martínez. Demandado: Caja de Previsión Social de Comunicaciones Caprecom. Referencia: Acción De Reparación Directa (Apelación Sentencia).

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, sentencia de 09 de julio de 2014. Radicación: 440012331000200200005 01 (28.184) Actor: JUAN TOMAS LOPESIERRA ROMERO. Demandado: Nación - Ministerio Del Interior - Ministerio De Justicia Y Del Derecho - Congreso De La República Asunto: Acción de Reparación Directa.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, sentencia de 06 de marzo de 2014, Radicación número: 11001-03-15-000-2013-01863-00(AC), Actor: Laura Helena Arias Rodríguez Y Otro, Demandado: Tribunal Administrativo del Cesar.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera ponente: SUSANA BUÍTRAGO VALENCIA; Sentencia del 24 de abril de 2014, Radicación número: 11001-03-15-000-2013-01971-01 (AC), Actor: Rafael Eduardo Orozco Mariffo y Otros, Demandado: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”. Acción de Tutela.

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrada Ponente MARGARITA CABELLO BLANCO, sentencia de 30 de mayo de 2014, SC 6866-2014, Referencia: C-54518310300(2007-00080-0.

luego de examinar el comportamiento procesal desplegado por el litigante que con su aplicación resulte beneficiado, habida cuenta que casos hay (...) en que ese comportamiento inicial, en cuanto concluyente e inequívoco en poner de manifiesto una aquiescencia tácita respecto del valor demostrativo integral de determinado medio probatorio a pesar del vicio existente, excluye la posibilidad de que aquél, cambiando su posición y contrariando en consecuencia sus propios actos anteriores en los que otros, particulares y autoridades, fundaron su confianza, pretenda obtener ventaja reclamando la descalificación de dicho medio por estimarlo inadmisibles”³⁷.

Como allí mismo se significó, “cuando un documento es aportado por la parte que, ex ante, lo elaboró y firmó, sin ser tachado de falso por ella o por la parte contra quien se presenta, ello es importante, no es menester detenerse a examinar si se trata de original o de copia y, en esta última hipótesis, si cumple con las exigencias del artículo 254 del C. de P.C., pues la autenticidad, en ese evento, se deduce o emerge de su aportación, sin protesta” (subrayas extexto). Y por lo mismo, esto también debe predicarse de los documentos aportados a un proceso, respecto de los cuales se afirme o se establezca, como en el caso, que provienen de la parte contra la cual se oponen, por haberlos suscrito o manuscrito, según los términos del artículo 252, numeral 3º del Código de Procedimiento Civil”.

Valor probatorio de los informes de prensa.

Contrario sensu, se recuerda que los recortes o informaciones de prensa, no tienen valor probatorio, a menos que hayan sido ratificadas en el proceso, a efectos de garantizar el derecho de contradicción y defensa, pues, según la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado³⁸, son:

“documentos (que) 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 considerada dentro de un proceso como una prueba testimonial³⁹, dado que carecen de los requisitos esenciales que identifican este medio probatorio, en particular porque no fueron suministradas ante un funcionario judicial⁴⁰, 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.”.

³⁷ Sentencia 291 de 22 de noviembre de 2005, expediente 1325.

³⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO; Sentencia del 10 de junio de 2.009 (Radicación número: 73001-23-31-000-1998-01406-01(18108). Actor: Gloria Inés Martínez Pinzón y Otros. Demandado: Instituto Nacional de Vías –INVÍAS. Referencia: Acción de Reparación Directa - Apelación).

³⁹ En este mismo sentido, ver sentencia de 15 de junio de 2000, exp. 13.338.

⁴⁰ Hay eventos en los cuales el testimonio no se rinde ante el funcionario judicial, como las declaraciones ante notario o alcalde (art. 299) y la declaración por certificación en razón del cargo (art. 222 C.P.C.). No obstante, en estos casos deben reunirse las formalidades legales previstas para que los mismos tengan valor probatorio dentro de los procesos.

Valor probatorio de los registros fotográficos

La misma premisa se predica sobre los registros fotográficos que no han sido ratificados en los procesos judiciales, así lo dijo el Alto Tribunal⁴¹:

*"sólo son prueba de que se registró una imagen, pero no es posible determinar su origen, ni el lugar y la época en que fueron tomadas, dado que no fueron reconocidas por testigos ni cotejadas con otros medios de prueba dentro del proceso"*⁴².

Valor probatorio de las declaraciones extra-juicio ante notario.

Respecto a las declaraciones extra-procesos rendidas ante notario, que no hayan sido ratificadas dentro del proceso, tampoco, en principio, se les daría valor probatorio, atendiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴³:

*"En efecto, aunque la señora Hurtado Meneses aportó declaraciones extra-juicio ante Notario sobre su relación con el señor Duarte Carreño, esa prueba no cumple con los requisitos de ley, porque tales declaraciones de terceros, extra-proceso, no fueron ratificadas por los declarantes, previo juramento de ley, tal como lo exigen los artículos 229, 298, 299 del C. de Procedimiento Civil. Entonces, como esas declaraciones fueron tomadas por fuera del presente proceso, sin la audiencia de la parte demandada y no fueron objeto de ratificación, es evidente que no puede valorarse por cuanto carecen de eficacia probatoria"*⁴⁴.

Pese a lo anterior, el Consejo de Estado, vienen sosteniendo que cuando se estudia la responsabilidad del Estado por la grave violación a Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, la valoración fáctica probatoria debe hacerse con mayor flexibilidad, máxime cuando la labor investigativa del Estado, ha sido precaria o casi nula⁴⁵:

*"En la gran mayoría de casos, las graves violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario en Colombia, cometidas en el marco del conflicto armado interno, han acaecido en zonas alejadas de los grandes centros urbanos y en contextos de impunidad"*⁴⁶. Lo anterior ha producido que las víctimas, como sujetos de debilidad manifiesta,

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO; Sentencia del 10 de junio de 2009 (Radicación número: 73001-23-31-000-1998-01406-01(18108)). Actor: Gloria Ités Martínez Pinzón y Otros. Demandado: Instituto Nacional de Vías - INVÍAS. Referencia: Acción de Reparación Directa - Apelación).

⁴² Sobre el valor probatorio de las fotografías, ver, por ejemplo, sentencias de febrero 3 de 2002, exp: 12.497, 25 de julio de 2002, exp: 13.811 y 1º de noviembre de 2001, AP-263 y 21 de agosto de 2003, AP-01289.

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "B", Consejero ponente: DANILLO ROJAS BETANCOURTH; Sentencia de 10 de marzo de 2011, Radicación número: 41001-23-31-000-1994-07850-01(19353). Actor: Secundino Cortes y Otros. Demandado: Departamento del Huila. Referencia: Acción de Reparación Directa.

⁴⁴ Ver al respecto entre otras: Consejo de Estado. Sección Tercera; Sentencia de noviembre 19 de 2008, exp. 28259, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera. Consejero ponente: RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO, sentencia de 28 de agosto de 2014, Radicación número: 05001-23-25-000-1999-00163-01(32988), Actor: Félix Antonio Zapata González y Otros. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, Sentencia de Unificación.

También: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA; Sentencia del 12 de febrero de 2014, Radicación: 50001233100020000000101 (26013), Actor: Durabio Pérez y Otros, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, Asunto: Acción de Reparación Directa (Sentencia).

⁴⁶ En Colombia la violencia desencadenada por el conflicto armado interno se ha concentrado históricamente en las zonas rurales. Ver: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Colombia Rural, razones para la esperanza. Informe Nacional de Desarrollo Humano, Bogotá, INDH-PNUD, 2011, p. 231; Centro Nacional de Memoria Histórica, Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad, Bogotá, 2013, p. 323 y s; BERRY, Albert, "Aspectos jurídicos, políticos y económicos de la tragedia de la Colombia rural de las últimas décadas: hipótesis para el análisis", en Tierra, Guerra y Estado, Revista Estudios Socio-Jurídicos, n.º 1, volumen 16, junio del 2014, Universidad del Rosario, Bogotá, pp. 7-23.

queden en muchos casos en la imposibilidad fáctica de acreditar estas afrentas a su dignidad humana. Más aun, cuando no se ha llevado una investigación seria por parte de las autoridades competentes, como en este caso, lo cual se traduce en una expresa denegación de justicia.

7.4.1. Por tal razón, el juez administrativo, consciente de esa inexorable realidad, deberá acudir a criterios flexibles, privilegiar la valoración de medios de prueba indirectos e inferencias lógicas guiadas por las máximas de la experiencia, a efectos de reconstruir la verdad histórica de los hechos y lograr garantizar los derechos fundamentales a la verdad, justicia y reparación de las personas afectadas.

7.4.2 Lo anterior resulta razonable y justificado, ya que en graves violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, se rompe el principio de la dogmática jurídico procesal tradicional según el cual las partes acceden al proceso en igualdad de condiciones y armas, pues en estos eventos las víctimas quedan en una relación diametralmente asimétrica de cara a la prueba; estas circunstancias imponen al juez de daños la necesidad de ponderar la situación fáctica concreta y flexibilizar los estándares probatorios⁴⁷.

7.4.3. Esta postura resulta acorde con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos, que al respecto ha señalado que en casos de responsabilidad por violación de derechos humanos, el juez goza de una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba: [L]os tribunales internacionales tienen la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica, [y] han evitado siempre adoptar una rígida determinación del quantum de la prueba necesaria para fundar un fallo. Este criterio es especialmente válido en relación con los tribunales internacionales de derechos humanos, los cuales disponen, para efectos de la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado por violación de derechos de la persona, de una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante ellos sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia⁴⁸.

7.4.4. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que en casos de violaciones a derechos humanos es el Estado quien tiene el control de los medios para desvirtuar una situación fáctica: "a diferencia del derecho penal interno en los procesos sobre violaciones de derechos humanos la defensa del Estado no puede descansar sobre la

⁴⁷ La Subsección B de la Sección Tercera en sentencia del 27 de septiembre del 2013, Rad. 19939, M.P. STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO, al resolver un caso de graves violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario acudió a la flexibilización de los estándares probatorios en materia de prueba documental: "Puestas las cosas en los términos anteriormente señalados y tratándose, como en el presente caso, del deber de reparar integralmente a víctimas de graves vulneraciones de derechos humanos y/o del derecho internacional humanitario, sean directas o indirectas, resulta indispensable aplicar el principio de equidad y, en consecuencia, flexibilizar el estándar probatorio. Es que las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, en un caso como el presente –en el que, además, como lo revelan los hechos y lo reconoce la sentencia de primera instancia, las autoridades en lugar de facilitar la búsqueda del desaparecido entorpecieron las labores de su madre y hermanos–, ocupan el lado más débil de la balanza así que, de conformidad con lo ordenado por el artículo 13 superior, requieren mayor soporte y protección. Se reitera en este lugar lo ya afirmado arriba en que en estos casos los principios de verdad, de justicia y de reparación integral han sido catalogados como derechos fundamentales que rigen en virtud del ius cogens, por lo que no cabe alegar obstáculos de orden normativo interno para efectos de dificultar su reutilización".

⁴⁸ Esta postura de flexibilización de los medios de prueba ante graves violaciones a los derechos humanos fue adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las siguientes sentencias: 15 de septiembre del 2005, caso Mapiripán vs. Colombia, párr. 73; sentencia del 24 de junio del 2005, caso Acosta Calderón vs. Ecuador, párr. 41; sentencia del 23 de junio del 2005, caso Yatama vs. Nicaragua, párr. 108; sentencia del 20 de junio del 2005, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, 45; sentencias del 2 de julio del 2004, caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, párr. 57.

imposibilidad del demandante de allegar pruebas, cuando es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio”⁴⁹.

7.4.5. Bajo esos mismos presupuestos, en tratándose de casos de desaparición forzada y ejecuciones sumarias, comprendidos como violaciones a los derechos humanos, la Corte Interamericana ha manifestado que por el hecho de que el Estado haya consentido tales eventos, el estándar probatorio le es más exigente, y por ello, le asiste una carga probatoria mayor: “La Corte no puede ignorar la gravedad especial que tiene la atribución a un Estado Parte en la Convención del cargo de haber ejecutado o tolerado en su territorio una práctica de desapariciones. Ello obliga a la Corte a aplicar una valoración de la prueba que tenga en cuenta este extremo y que, sin perjuicio de lo ya dicho, sea capaz de crear la convicción de la verdad de los hechos alegados”⁵⁰.

En todo caso, este Sala restará valor probatorio a los registros fotográficos y a las informaciones de prensa, y mirará sin reparo las declaraciones extraproceso, atendiendo el último antecedente jurisprudencial del Consejo de Estado (incorporado en una Sentencia de Unificación⁵¹), dado que en este caso se estudia una grave violación a los derechos humanos, sin que el Estado (Fiscalía General de la Nación⁵²) haya investigado de manera clara, extensa, profunda, rigurosa y diáfana la ocurrencia de los hechos y sus responsables directos e indirectos, inmediatos y mediatos.

La actora apeló en alzada para cuestionar la sentencia de primera instancia, en tanto no se reconoció compensación a la Señora ADELFA PUBLIA ASPRILLA PALACIOS respecto de la indemnización y daño a la vida de relación por la muerte de sus nietos; igualmente cuestiona que el juez de la causa no haya reconocido indemnización alguna a los Señores JESUS ANTONIO MOSQUERA ASPRILLA, ROSA APULIA MOSQUERA MARTÍNEZ, MANUEL SANTOS MOSQUERA DÍAZ y SINFORIANO PALACIOS PALACIOS; en ese mismo sentido, mostró su desacuerdo con la Sentencia apelada porque a su juicio, el Juez *a quo* decidió abstenerse de reconocer indemnización por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante a favor de la Señora ADELFA PUBLIA ASPRILLA PALACIOS.

La parte demandada (Ejército y Armada Nacional) revira porque *los demandantes se encuentran beneficiados en el proceso de acción de Reparación Directa bajo Radicado No. 2004-00432*. También, junto con el representante judicial de la Policía, reiteran sus dichos sobre la ajenidad de la Fuerza Pública en la responsabilidad reclamada por la causal excluyente de Hecho exclusivo y determinante de un tercero.

⁴⁹ Se remite a los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales: sentencia del 6 de julio del 2009, caso Escher y otros vs. Brasil, párr. 127; sentencia del 29 de julio de 1988, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 135; sentencia del 28 de enero del 2009, caso Ríos y otros vs. Venezuela, párr. 98; sentencia del 3 de abril del 2009, caso Kawas Fernández vs. Honduras, párr. 95.

⁵⁰ Sentencia del 29 de julio de 1988, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 135.

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera, Consejero ponente: RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO, sentencia de 28 de agosto de 2014, Radicación número: 03001-23-25-000-1999-00163-01(32988), Actor: Félix Antonio Zapata González y Otros, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, Sentencia de Unificación.

⁵² Oficio No. 002007 del 26 de febrero del 2014, suscrito por el Jefe de la Oficina de Asignaciones de Medellín, (fl. 794). Con el que se da respuesta a *a quo* manifestando su imposibilidad de enviar con destino a este expediente, los elementos probatorios que se recaudaron su despacho, con ocasión a la investigación penal que se siguió por la masacre de Bojayá el día 02 de mayo de 2002; fundó sus argumentos manifestando que solo se encontró el radicado 338183 por el delito de instigación o constreñimiento, denunciante William Antonio Peña Julio, de suerte que remitió la petición a la coordinación de la Fiscalía Especializada de Medellín.

Así las cosas, el *sub examine* se resolverá atendiendo los referentes jurisprudenciales, sin olvidar que en este caso, es necesario examinar el material probatorio obrante en el expediente para determinar si el Estado es o no responsable de los hechos y sus consecuencias; y para ello, se hace indispensable constatar lo ocurrido, según lo probado.

La responsabilidad estatal por el daño antijurídico.

En primer lugar debemos referirnos a los términos de la Constitución Nacional, donde se establece la responsabilidad patrimonial por parte del Estado para reparar el daño antijurídico.

El Artículo 2 de la Constitución Política reza:

"Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del estado y de los particulares".

Por su parte el Artículo 90 *ibidem* dispone:

"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades."

Del texto mismo de estas normas, se desprenden los elementos que configuran dicha responsabilidad, los cuales son: 1. El daño antijurídico y 2. La imputación del mismo a la entidad pública demandada.

La concreción de la responsabilidad del estado.

La Asamblea Nacional Constituyente cambió la doctrina vernácula sobre la responsabilidad del Estado, porque desplazó el soporte de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella. Esta antijuridicidad se predica cuando se causa un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que excede el conjunto de cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social.

Por lo que hace a la imputabilidad, para que proceda la responsabilidad en cuestión, no basta solamente con la mera relación de causalidad entre el daño y la acción (u omisión) de una autoridad pública, sino que es necesario, además, que pueda atribuirse al órgano o al Estado el deber jurídico de indemnizarlo; o sea, a más de la atribuibilidad fáctica, se requiere una atribuibilidad jurídica y por supuesto, la determinación de las condiciones necesarias para el efecto, quedaron en manos de la ley y la jurisprudencia.

La responsabilidad del Estado, en la perspectiva procesal de un asunto en concreto requiere de acreditación de los siguientes requisitos: a) Que se cause un daño; b) Que ese daño sea imputable, por acción u omisión, a una autoridad pública; y c) Que ese daño sea antijurídico.

El daño, como requisito esencial de toda responsabilidad, es el resultado de la conducta del sujeto responsable hacia una persona, que se traduce en un perjuicio patrimonialmente avaluable para el receptor de la acción u omisión estatal. La imputabilidad del daño es la atribución jurídica de reparar un daño causado que reposa en cabeza de un sujeto determinado. La imputación no puede realizarse con base en la sola causación material de daño, sino que debe sustentarse, *"previa justificación de su procedencia, en otras razones o títulos jurídicos diferentes, ya sea la*

*propiedad de la cosa que ha producido el daño, la titularidad de la empresa en cuyo seno ha surgido el perjuicio, la dependencia en que respecto del sujeto responsable se encuentra el autor material del hecho lesivo, o cualquier otra*⁵³.

La antijuridicidad del daño, en consecuencia, se contrae a que el sujeto que se soporta el daño no tenga el deber jurídico de afrontarlo.

En conclusión, el Artículo 90 de la Carta dispone una garantía de las personas en defensa de sus derechos frente al comportamiento estatal.

La acción de reparación directa como mecanismo de concreción de la responsabilidad estatal.

El Artículo 86 del Código Contencioso Administrativo preceptúa:

"Artículo 86. La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa de la petición sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos".

Esta acción consiste básicamente en que la persona que acredite interés podrá pedir directamente, sin necesidad del agotamiento de la vía gubernativa, la reparación, con una naturaleza resarcitoria, del daño causado por la administración, cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administración o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos.

La acción de reparación directa es uno de los mecanismos de concretar la responsabilidad patrimonial estatal de que habla el Artículo 90 de la Carta.

Debemos advertir que en el PREÁMBULO de la Carta, el pueblo de Colombia se apoyó en el ejercicio de su poder soberano, invocando la protección de Dios para asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo para decretarla

En los Principios Fundamentales y desde el Artículo 1 entendimos que nuestro Estado social de derecho está fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general, así que convinimos en el Artículo 2 en definir los fines esenciales del Estado como propósitos de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Por eso acordamos, a través de los Delegatarios, que las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, lo cual permite asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

En ese derrotero conceptual, se fijó la responsabilidad de las autoridades en los casos de infracción a la Constitución y a las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

De esta manera, nuevamente, nos topamos con el citado Artículo 90 en el que se definen los parámetros de responsabilidad estatal del daño antijurídico resarcible.

⁵³ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Tercera Edición. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1992.

Y en ese parecer, más allá de la normativa protectora de los derechos humanos, es claro que existe un deber positivo (u objetivo) de protección que está en cabeza del Estado, que hace exigible, imperativamente, corresponderse con el respeto de las reglas de Derecho Internacional Humanitario, en especial con lo establecido en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra⁵⁴:

"Ley No. 171 del 16 de Diciembre de 1994⁵⁵

Por medio de la cual se aprueba el "PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949, RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL (PROTOCOLO II)", hecho en Ginebra el 8 de Junio de 1977.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

Visto el texto del "PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949, RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL (PROTOCOLO II)", hecho en Ginebra el 8 de Junio de 1977.

(Para ser transcrito: Se adjunta fotocopia del texto íntegro del instrumento Internacional mencionado, debidamente autenticado por el jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores).

PROTOCOLO II ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 12 DE AGOSTO DE 1949, RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL.

PREÁMBULO

Las Altas Partes contratantes,

Recordando que los principios humanitarios refrendados por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 constituyen el fundamento del respeto a la persona humana en caso de conflicto armado sin carácter internacional;

Recordando, asimismo, que los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental;

Subrayando la necesidad de garantizar una mejor protección a las víctimas de tales conflictos armados,

Recordando que, en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública,

⁵⁴ *"La invocación del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 no tiene otro objeto que la afirmación del principio de humanidad, que es inherente al respeto de la dignidad"* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", Consejero ponente; JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA; Sentencia de 31 de agosto de 2011, Radicación número: 52001-23-31-000-1997-08938-01 (19195), Actor: Feiisa Fernández de Escobar, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, Referencia: Acción de Reparación Directa - Sentencia-

⁵⁵ La Honorable Corte Constitucional, mediante la Sentencia No. C-225/95 (Ref: Expediente No. L.A.T.-040, Revisión constitucional del "Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)" hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977, y de la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo, Magistrado Ponente: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, Tomas: - La naturaleza imperativa de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad, - La aplicabilidad del Protocolo II y la soberanía del Estado colombiano, - Humanización de la guerra y derecho a la paz, - La protección de la población no combatiente y las obligaciones de las partes en conflicto: Sentencia del 18 de mayo de 1995), declaró exigible la Ley, proceso que fue radicado con el No. L.A.T.-040.

Conviene en lo siguiente:

TITULO I

Ámbito del presente Protocolo

ARTÍCULO 1º. *Ámbito de aplicación material.*

1º. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1º del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.

2º. El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

ARTÍCULO 2. *Ámbito de aplicación personal.*

1º. El presente Protocolo se aplicará sin ninguna distinción de carácter desfavorable por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra condición o cualquier otro criterio análogo (denominada en adelante "distinción de carácter desfavorable"), a todas las personas afectadas por un conflicto armado en el sentido del artículo 1º.

2. Al fin del conflicto armado, todas las personas que hayan sido objeto de una privación o de una restricción de libertad por motivos relacionados con aquél, así como las que fuesen objeto de tales medidas después del conflicto por los mismos motivos, gozarán de la protección prevista en los artículos 5º y 6º hasta el término de esa privación o restricción de libertad.

ARTÍCULO 3º. *No intervención.*

1º. No podrá invocarse disposición alguna del presente Protocolo con el objeto de menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos.

2º. No podrá invocarse disposición alguna del presente Protocolo como justificación para intervenir, directa o indirectamente, sea cual fuere la razón, en el conflicto armado o en los asuntos internos o externos de la Alta Parte contratante en cuyo territorio tenga lugar ese conflicto.

TITULO II

Trato humano

ARTÍCULO 4. *Garantías fundamentales.*

1º. Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes.

2º. Sin perjuicio del carácter general de las disposiciones que proceden, están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar con respecto a las personas a que se refiere el párrafo 1º:

a) los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal;

b) los castigos colectivos;

c) la toma de rehenes;

d) los actos de terrorismo;

e) los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor;

f) la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas;

g) el pillaje;

h) las amenazas de realizar los actos mencionados.

3º. Se proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten y, en particular:

a) recibirán una educación, incluida educación religiosa o moral, conforme a los deseos de los padres o, a falta de éstos, de las personas que tengan la guarda de ellos;

b) se tomarán las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas;

c) los niños menores de 15 años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades;

d) la protección especial prevista en este artículo para los niños menores de 15 años seguirá aplicándose a ellos si, no obstante las disposiciones del apartado c), han participado directamente en las hostilidades y han sido capturados;

e) se tomarán medidas, si procede, y siempre que sea posible con el consentimiento de los padres o de las personas que, en virtud de la ley o la costumbre, tengan en primer lugar la guarda de ellos, para trasladar temporalmente a los niños de la zona en que tengan lugar las hostilidades a una zona del país más segura y para que viajen acompañados de personas que velen por su seguridad y bienestar.

ARTÍCULO 5. Personas privadas de la libertad.-

...

ARTÍCULO 6. Diligencias penales.

...

TITULO III

Heridos, enfermos y náufragos

ARTÍCULO 7. Protección y asistencia.

1º Todos los heridos, enfermos y náufragos, hayan o no tomado parte en el conflicto armado, serán respetados u protegidos.

2º En toda circunstancia serán tratados humanamente y recibirán, en toda la medida de lo posible y en el plazo más breve, los cuidados médicos que exija su estado. No se hará entre ellos distinción alguna que no esté basada en criterios médicos.

ARTÍCULO 8. Búsqueda.

Siempre que las circunstancias lo permitan, y en particular después de un combate, se tomarán sin demora todas las medidas posibles para buscar y recoger a los heridos, enfermos y náufragos a fin de protegerlos contra el pillaje y los malos tratos y asegurarles la asistencia necesaria, y para buscar a los muertos, impedir que sean despojados y dar destino decoroso a sus restos.

ARTÍCULO 9º Protección del personal sanitario y religioso.

1º El personal sanitario y religioso será respetado y protegido. Se le proporcionará toda la ayuda disponible para el desempeño de sus funciones y no se le obligará a realizar tareas que no sean compatibles con su misión humanitaria.

....

**TITULO IV
Población civil**

ARTÍCULO 13. Protección de la población civil.

1º La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Para hacer efectiva esta protección, se observarán en todas las circunstancias las normas siguientes.

2º No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.

3º Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.

ARTÍCULO 14 Protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil.

Queda prohibido, como método de combate, hacer padecer hambre a las personas civiles. En consecuencia, se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar con ese fin los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego.

ARTÍCULO 15 Protección de las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.

Las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, a saber las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica, no serán objeto de ataques, aunque sean objetivos militares, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil.

ARTÍCULO 16 Protección de los bienes culturales y de los lugares de culto.

Sin perjuicio de las disposiciones de la Convención de La Haya del 14 de mayo de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, queda prohibido cometer actos de hostilidad dirigidos contra los monumentos históricos, las obras de arte o los lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, y utilizarlos en apoyo del esfuerzo militar.

ARTÍCULO 17 Prohibición de los desplazamientos forzados.

1º No se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas. Si tal desplazamiento tuviera que efectuarse, se tomarán todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación.

2º No se podrá forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto.

ARTÍCULO 18 Sociedades de socorro y acciones de socorro.

1º Las sociedades de socorro establecidas en el territorio de la Alta Parte contratante, tales como las organizaciones de la Cruz Roja (Media Luna Roja, León y Sol rojos), podrán ofrecer sus servicios para el desempeño de sus funciones tradicionales en relación con las víctimas del conflicto armado. La población civil puede, incluso por propia iniciativa, ofrecerse para recoger y cuidar los heridos, enfermos y náufragos.

2º Cuando la población civil esté padeciendo privaciones extremadas por la falta de abastecimiento indispensables para su supervivencia, tales como víveres y suministros sanitarios, se emprenderán, con el consentimiento de la Alta Parte contratante interesada, acciones de socorro en favor de la población civil, de carácter exclusivamente humanitario e imparcial y realizadas sin distinción alguna de carácter desfavorable.

**TITULO V
Disposiciones finales**

ARTÍCULO 19 Difusión.

El presente Protocolo deberá difundirse lo más ampliamente posible.

ARTÍCULO 20 Firma.

El presente Protocolo quedará abierto a la firma de las Partes en los Convenios seis meses después de la firma del Acta Final y seguirá abierto durante un período de doce meses.

ARTÍCULO 21 Ratificación.

El presente Protocolo será ratificado lo antes posible. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Consejo Federal Suizo, depositario de los Convenios.

ARTÍCULO 22 Adhesión.

El presente Protocolo quedará abierto a la adhesión de toda Parte en los Convenios no signataria de este Protocolo. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del depositario.

ARTÍCULO 23 Entrada en vigor.

....

ARTÍCULO 24 Enmiendas.

....

ARTÍCULO 25. Denuncia.

....

ARTÍCULO 26. Notificaciones.

....

ARTÍCULO 27 Registro.

....

ARTÍCULO 28. Textos auténticos.

....

**EL SUSCRITO JEFE DE LA OFICINA JURÍDICA DEL MINISTERIO DE
RELACIONES EXTERIORES
HACE CONSTAR:**

Que la presente reproducción es fiel fotocopia tomada del texto certificado del "PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949, RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL (PROTOCOLO II)", hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977, que reposa en los archivos de la Oficina Jurídica de este Ministerio.

Dada en Santafé de Bogotá, a los veinticuatro (24) días del mes de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

DECRETA:

ARTICULO PRIMERO: Apruébase el "PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949, RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL (PROTOCOLO II)", hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977.

ARTICULO SEGUNDO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 7ª de 1944, el "PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949, RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL (PROTOCOLO II)", hecho en Ginebra el 8 de JUNIO de 1977, que por el artículo 1º de esta Ley se aprueba, obligará al país a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional respecto del mismo.

ARTICULO TERCERO: La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación." (subrayado fuera de texto).

Del material probatorio allegado al proceso se destacan las siguientes:

- i. Acta del 31 de enero de 2002 (folio 82 a 95)⁵⁶ en la cual las autoridades regionales expresaron la preocupación por el estado de zozobra generalizado provocado por la exacerbación de los agentes armados ilegales.
- ii. Oficio del 18 de marzo del 2002, remitido por el entonces Gobernador del Departamento del Chocó al Comandante de las Fuerzas Armadas de Colombia (folio 96 a 97)⁵⁷.
- iii. Diligencia judicial de recepción de testimonio rendida por el Señor MANUEL JOSÉ CORRALES CÓRDOBA⁵⁸, el día 6 de enero de 2013 (fls. 613-614 del Cuaderno Principal No. 2).

⁵⁶ "Intervención del Alcalde de Quibdó Dr. Patrocinio Sánchez Montes de Oca: Los habitantes del Municipio de Quibdó y del Departamento han perdido la tranquilidad, por parte de la guerrilla. Todo el Departamento del Chocó carece de recurso para atacar el fenómeno del desplazamiento".

⁵⁷ "De otra parte quiero expresarle, que ha sido nuestra preocupación, y así se lo hemos dado a conocer al Señor Presidente de la República, Ministerio del Interior y de Defensa. El hecho de que el Orden Público en el Chocó se haya ido deteriorando paulatinamente, no obstante el esfuerzo que el Batallón Manosalva Flores ha hecho en procura de controlar a los actores violentos que actúan en este territorio".

⁵⁸ "PREGUNTA: díganos qué cargo ejercía usted en el Municipio de Bojayá, para el 2 de mayo de 2002. CONTESTO: Secretario General y de Gobierno. PREGUNTADO: díganos todo lo que sepa sobre los hechos ocurridos para el 2 de mayo de 2002, en el Municipio de Bojayá. CONTESTO: en el Municipio de Bojayá, había presencia de grupos ilegales al margen de la ley desde el año 2000, conformado por la Guerrilla y también armada de la Farc los cuales se tomaron la cabecera municipal de Vigía del Fuerte y Bellavista, resultando muchas policías muertos y otros secuestrados, donde también había presencia de las Autodefensas. Para esa época existía presencia de la fuerza pública, en los municipios pero a partir de esta fecha el Gobierno Nacional retiró todas las fuerzas públicas, quedando la presencia activa de la guerrilla. Luego en el 2002, llegaron a la zona los grupos de Autodefensas concretamente el 21 de abril del mismo año y fue allí cuando ya la guerrilla se prepararon y los enfrentaron y tuvieron combates directamente en la cabecera municipal de

- iv. Diligencia judicial de recepción de testimonio rendida por el Señor ARIEL CALDERÓN⁵⁹, el día 6 de enero de 2013 (fls. 610-612 del Cuaderno Principal No. 2).
- v. Oficio No. 0096 del 14 de abril de 2002, remitido por el entonces Gobernador del Departamento del Chocó⁶⁰ al Comandante del Batallón Alfonso Mantosalva Flórez (fl. 98).

Bellavista, combates que se originaron desde el 1 de mayo en adelante, en se procesó de enfrentamiento de intercambio de las diferentes armas que manejaban los dos grupos, presuntamente la guerrilla lanzó el cilindro que cayó directamente en la Iglesia San Pablo Apóstol de Bellavista, donde se encontraban refugiados la población de Bellavista; donde resultaron muertos muchas civiles y entre ellos niños....." (fls. 613-614 del Cuaderno Principal No. 2).

⁵⁹ "PREGUNTA: díganos qué cargo ejerció usted en el Municipio de Bojayá, para el 2 de mayo de 2002. CONTESTO: oficiaba como alcalde por elección popular, periodo 2001-2003. PREGUNTADO: díganos todo lo que sepa y le conste de la etapa anterior a la incursión de los grupos que ya conocemos a su Municipio, previo al ataque. CONTESTO: desde la fecha de mi posesión, en mi Municipio hacían presencia algunos grupos al margen de la ley, los cuales nunca llegaron a identificarse sino que solamente veíamos que deambulaban personas armadas y que no eran del Gobierno Nacional. Nosotros como primera autoridad y representantes del Estado en el Municipio siempre nos veíamos en una situación de intimidación constante, debido a que al parecer eran las mismas personas que habían dado muerte al colega de Juradó, tan solo con 18 días de posesión; esta situación nos conllevaba a que teníamos que tomar una posición neutral frente a requerir presencia de la Fuerza pública o algún organismo de seguridad del estado en la zona; ya que uno de mis antecesores había tenido una experiencia de enviar un oficio en solicitud de la fuerza pública y en menos del tiempo que el estimaba uno de los grupos tenía copia de ese oficio; durante el periodo en el cual se adelantaba el periodo de diálogo en el Caguan había una aparente calma pero una vez ratos estos diálogos día a día la situación era más hostil, situación que me llevó a que 15 días antes aproximadamente del 2 de mayo, me trasladar a Quibdó y estudiar mi posible renuncia, cuya decisión había sido comentado a mi señora de ese entonces y a los presbíteros de la localidad. Por tal situación el día 2 de mayo no me encontraba en la cabecera municipal de Bojayá. PREGUNTADO: Díganos las diligencias oficiales realizadas ante las autoridades competentes que tenían que ver con la situación descrita por usted en su respuesta. CONTESTO: como lo dije en mi primera intervención, por escrito no realicé ninguna diligencia ya que tenía miedo de alguna represalia, como le había sucedido al colega de Juradó, sin embargo participé de varios Consejos de Seguridad en la Gobernación y en la cual todas las autoridades departamentales tanto civil como militar sabían de la situación que se vivía no solamente en Bojayá sino en todo el Medio Atrato. En este estado de la diligencia la Juez conductora del proceso le concede la palabra a la apoderada de la parte demandante quien manifestó que no tiene nada que preguntar. Acto seguido se le concede el uso de la palabra a la Dra. ELVIA ROSA RENTERIA ASPRILLA, apoderada de la Nación - Mindefensa - Policía Nat., quien PREGUNTA: en una de sus respuestas usted dice que participó en varios Consejos de Seguridad donde participaron las distintas autoridades y fuerzas vivas del Departamento, sírvase decir al despacho, como resultado de aquellos Consejos de Seguridad, como primera autoridad del Municipio de Bojayá, que diligencias se le asignaron o realizó usted a fin de evitar los catastróficos hechos del 2 de mayo de 2002. CONTESTO: como lo pueden demostrar las actas que deben reposar en los archivos de la Gobernación, en dichos Consejos recuerdo que participaron, el señor Gobernador del Chocó de ese entonces Dr. WILLIAM HALABY, el señor COMANDANTE DE POLICIA, en representación del Batallón Mantosalva un Mayor, el defensor, el PROCURADOR y en los cuales básicamente se hablaba de la restricción que un grupo al margen de la ley en las goteras de Quibdó, mantenía la restricción del paso de alimentos y combustibles al Medio Atrato y la Fuerza policiva y Ejército se limitaron solamente a decir que ellos no contaban con la logística requerida para hacer presencia en toda la zona de Medio Atrato y por ende Bojayá; acto seguido se le concede la palabra al apoderado de la Nación - Mindefensa - Ejército Nacional, quien PREGUNTA: consta en el expediente, que la Policía Nacional adjudicó contrato para la construcción de la Estación de Policía en la cabecera (Bojayá) y que la administración se negó a brindar la ayuda para que dicho contrato se llevara a cabo, fue así como la Policía Nacional, frente al informe que rindió el Ingeniero contratista en tal sentido se vio en la necesidad de declarar la caducidad de contrato. CONTESTO: conociendo la administración municipal que en la zona no había ningún elemento o elementos de la Fuerza Pública legalmente constituida sino como se dijo al principio rondaban organizaciones al margen de la ley y al ver que un día se presenta un señor de tez blanca, foráneo acompañado de dos jóvenes de la zona los cuales manifestaron que trata la intención de construir el comando de Policía, frente a esta situación y tomando como referencia algunos casos, tales como, el de un delegado de la Presidencia de la República del programa computadores para educar el cual fue secuestrado y luego de algunas gestiones fue entregado a una comisión de la comunidad, la administración municipal en cabeza del señor Alcalde en asocio con los Párrocos del Municipio le sugerimos al señor de tez blanca que se nos presentó de que en esas condiciones de despeje no era conveniente que se realizara esa obra; la fecha en que se presentó el señor en mención, fue para el mes de junio de 2001....." (fls. 610-612 del Cuaderno Principal No. 2).

⁶⁰ "Como es sabido, en el Departamento del Chocó se ha venido deteriorando el orden público, lo cual no deja de preocupar al gobierno que presido, dado el accionar permanente en nuestro territorio de todos los actores generadores de violencia"

- vi. Oficio del 26 de abril de 2002, remitido por el entonces Gobernador del Departamento del Chocó⁶¹ al Ministro del Interior (fl. 99).
- vii. Oficio del 18 de marzo de 2002, remitido por el entonces Gobernador del Departamento del Chocó⁶² al Comandante de las Fuerzas Armadas de Colombia (fl. 148-149).
- viii. Oficio DPRCh - 588 del 23 de abril del 2002 enviado por el entonces Defensor del Pueblo Regional del Chocó al Coordinador Operativo del Sistema de Alertas Tempranas de la Defensoría del Pueblo (fl. 164-165 Cuaderno No. 1)⁶³.
- ix. Oficio DPRCh - 596 del 26 de abril del 2002 enviado por el entonces Defensor del Pueblo Regional del Chocó al Coordinador Operativo del Sistema de Alertas Tempranas de la Defensoría del Pueblo (fl. 166-167 Cuaderno No. 1)⁶⁴.
- x. Alerta Temprana No. 040 del 23 de abril del 2002⁶⁵, **Alerta de primer grado**

⁶¹ *"De otra parte me permito conforme se lo manifesté por teléfono, expresarle nuestra preocupación por la situación de orden público por la que viene atravesando mi Departamento especialmente en la cuenca del Río Atrato, la Zona del Urabá Chococano, y Jurado; de allí la necesidad planteada en el Consejo de Seguridad Departamental a realizar una reunión en Bogotá con los comandantes de las correspondientes Brigadas que tienen Jurisdicción Militar en el Chocó, habida cuenta que por la distribución de dicha jurisdicción en varias cabezas en el Departamento se ha dificultado la presencia de dichos comandantes en los Consejos de Seguridad Departamental para socializar y analizar con ellos la situación de orden público en el Chocó."*

⁶² *"...Ha sido preocupación no solo del Gobernador, sino de todos los miembros del consejo Departamental de Seguridad, la ausencia casi total, de Fuerza Pública que brinde seguridad a los habitantes de los municipios que se encuentran a lo largo y ancho del Río Atrato, es decir a Bagadó, Horó, Medio Atrato, río Quito, Unguía, Río Sucio, Carmen de Darién, Bojayá, etc.*

En ausencia de la Fuerza Pública en esta Zona, ha sido causa para que la guerrilla y las AUC, hayan tomado posesión de dichos territorios, generando desabastecimiento de alimentos, impedimento al tránsito por el Río Atrato, retenes, hurto de motores fuera de borda, y lo peor, desplazamiento masivo y gota a gota de dichas comunidades.

...No ha querido entender el Gobierno Central, que la posición Geográfica y al composición orográfica y selvática, concierten al Chocó en un territorio de refugio y centro de acciones delincuenciales de estas organizaciones al margen de la ley; y que de no tomarse las medidas pertinentes y oportunas, el Chocó definitivamente puede caer en manos de estos terroristas."

⁶³ *"Para los fines que competen a dicha oficina, me permito informarle sobre la situación de orden público que se viene presentando en los actuales momentos en todo lo que corresponde o comprende las riberas del Río Atrato (Medio y Alto), haciendo parte de dicho territorio los siguientes municipios: Bojayá y Carmen del Darién (Chocó), Vigía del Fuerte (Antioquia)".*

⁶⁴ *"Por medio del presente me permito complementar la información dada a usted mediante oficio 588 fechado 23 del mes y año en curso, sobre la real situación que se viene presentando en la zona del Medio y Bajo Atrato, en las comprensiones territoriales de los municipios de Bojayá - Bellavista (Chocó) y Vigía del Fuerte (Antioquia).*

El día 247 de los cursantes mes y año viajé a esa zona en compañía de una comisión de la Diócesis de Quibdó, en el trayecto recorrido, concretamente en el Arquia, corregimiento de Taguchi (Bojayá) fuimos detenidos por un retén del 57 frente de las Farc, para luego posteriormente dejarnos partir hacia el destino final propuesto, Bellavista.

Ya en el municipio de Bojayá, cabecera municipal de Bellavista, situado a cinco (5) horas de Quibdó, por vía acuática, margen izquierda del río Atrato y frente al municipio de Vigía del Fuerte, tuvimos conocimiento que en dichos lugares se encuentran apostados de manera real y efectiva los grupos de Autodefensas Elmer Cárdenas.

Debo resaltar que en ninguno de los preclados municipios hay presencia de la fuerza pública, la población civil se encuentra prácticamente secuestrada por los actores y se presume que en las próximas horas o días habrían enfrentamientos armados entre ellos, para tomar posesión y dominio de estos territorios".

⁶⁵ *"Descripción del Riesgo: incursión reciente aproximadamente 300 efectivos de las AUC a los cascos urbanos de Vigía del Fuerte (Antioquia) y Carmen del Darién (Chocó) quienes han enmarchado se avanece hacia los municipios de Murindó y Bojayá con el propósito de disputar el control sobre el territorio de las Farc, riesgo sobre la población de ocurrencia de masacres, homicidios selectivos, desplazamiento forzado y desabastecimiento de bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, como consecuencia del bloqueo al paso".*

- (fl. 168-170 Cuaderno No. 1); en desarrollo de lo cual, se envió.
- Información No. 085 del 25 de abril de 2002 (fl. 171-172 Cuaderno No. 1) del Sistema Nacional de Prevención de Violaciones Masivas de Derechos Humanos del S.A.T. con la descripción del riesgo por la desenfrenada carrera de las Farc y Auc en el Chocó, especialmente en el Medio Atrato.
 - Oficio No. 4020/CO-SAT-272/02 del 24 de abril del 2002 (fl. 175-176 Cuaderno No. 1)⁶⁶.
 - Oficio No. 4020/CO-SAT-280/02 del 24 de abril del 2002 (fl. 177-178 Cuaderno No. 1).
 - Oficio No. 4020/CO-SAT-279/02 del 24 de abril del 2002 (fl. 179-180 Cuaderno No. 1).
 - Oficio No. 4020/CO-SAT-276/02 del 24 de abril del 2002 (fl. 181-182 Cuaderno No. 1).
 - Oficio No. 4020/CO-SAT-275/02 del 24 de abril del 2002 (fl. 183-184 Cuaderno No. 1).
 - Oficio No. 4020/CO-SAT-273/02 del 24 de abril del 2002 (fl. 185-186 Cuaderno No. 1).
 - Oficio No. 4020/CO-SAT-277/02 del 24 de abril del 2002 (fl. 187-188 Cuaderno No. 1).
 - Oficio No. 4020/CO-SAT-278/02 del 24 de abril del 2002 (fl. 189-190 Cuaderno No. 1).
 - Oficio No. 4020/CO-SAT-274/02 del 24 de abril del 2002 (fl. 191-192 Cuaderno No. 1).
 - Oficio No. 4020/CO-SAT-0337.02 del 9 de mayo de 2002 (fl. 193-194 Cuaderno No. 1).
 - Oficio No. 4020/CO-SAT-271/02 del 24 de abril del 2002 (fl. 195-196 Cuaderno No. 1).
 - Oficio No. 4020/CO-SAT-281/02 del 24 de abril del 2002 (fl. 197-198 Cuaderno No. 1).
 - Oficio No. 4020/CO-SAT-282/02 del 25 de abril del 2002 (fl. 199-200 Cuaderno No. 1).
 - Oficio No. 4020/CO-SAT-283/02 del 25 de abril del 2002 (fl. 200 Cuaderno No. 1).
 - *Oficio No. 7720 CGFM-ING-DH-725*, enviado por el Inspector General de las Fuerzas Militares al Comandante de la Armada Nacional para que tome las medidas de rigor frente a la amenaza cernida por los grupos armados al margen de la Ley en la región del Medio Atrato Chocoano (fl. 201 Cuaderno No. 1).
 - *Oficio No. 699 del 3 de mayo de 2002* (fl. 202 a 204 Cuaderno No. 1)⁶⁷, en el mismo y categórico sentido, pero suscrito por el Defensor Regional del Pueblo del Chocó.
 - *Oficios del 2 de mayo del 2002, remitidos por el Delegado para la*

⁶⁶ "De manera atenta remito a su Despacho la Alerta Temprana de Primer Grado que se emite de acuerdo con información allegada al SAT de la Defensoría del Pueblo, relacionada con amenazas contra la población civil y restricción al paso de alimentos y combustibles por parte de Grupos de autodefensas en los cascos urbanos de los municipios de Carmen del Darién (Chocó) y Vigía del Fuerte (Antioquia). Se informa del avance de dichos grupos hacia los municipios de Bellavista (Bojayá, Chocó y Murindó, Antioquia, donde se prevén enfrentamientos con las Farc quienes hacen presencia en dichos municipios, situación que podría provocar el desplazamiento masivo".

⁶⁷ "Para su conocimiento y demás fines pertinentes me permito informarle que el día 21 de abril del presente año, los paramilitares tomaron posesión de las Cabeceras Municipales de Vigía del Fuerte (Antioquia) y Bellavista - Chocó, el día 1º de mayo del año en curso, iniciaron combate entre las Farc y los paramilitares en estas mismas poblaciones.

En la tarde del día 2 de mayo, en medio de la confrontación armado cayó un artefacto explosivo en la capilla Católica de Bellavista donde se encontraba una parte de la población civil refugiada".

- participación Ciudadana Director SAT (fl. 205 a 224 Cuaderno No. 1).*
- *Oficios del 3 de mayo del 2002, remitidos por el Delegado para la participación Ciudadana Director SAT (fl. 225 a 254 Cuaderno No. 1).*
 - xi. *Pliego de cargos radicado No. 155-71249-02 de la Procuraduría General de la nación contra el Mayor General LEONEL GÓMEZ ESTRADA, brigadier General MARIO MONTOYA URIBE, Coronel RICARDO DÍAZ TORES, TC. ORLANDO PULIDO ROJAS, Capitán de Fragata WILLIAM ARIEL RUÍZ MESA, Brigadier General JORGE E. LINARES MÉNDEZ (fl. 332 a 371 Cuaderno No. 1)⁶⁸.*
 - xii. *Oficio del 3 de marzo del 2007, remitido por el Asesor del Ministro del Interior en la Dirección de Derechos Humanos⁶⁹ (fls. 636-639 Cuaderno No. 2).*
 - xiii. *Oficio No. 034906 del 20 de mayo del 2002, emitido por la Secretaría jurídica de la Presidencia de la República a la Directora ejecutiva de REINICIAR comentando la situación ya por todo el Gobierno Nacional conocida (fl. 656 Cuaderno No. 2).*
 - xiv. *Respuesta Derecho de petición Programa Presidencia para los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitaria caso Bojayá (fl. 659 a 276 Cuaderno No. 2)⁷⁰.*

⁶⁸ "Tuvo conocimiento la Procuraduría General a través de diferentes medios de comunicación que el día dos (2) de mayo de 2002, en Bellavista, casco urbano del municipio de Bojayá (Chocó), un cilindro - bomba fue lanzado hacia la iglesia donde se encontraban refugiados decenas de niños y más de 60 adultos, con motivo de los enfrentamientos que venían sosteniendo miembros de las Autodefensas unidas de Colombia y el Farc. Por la explosión murieron más de cien (100) personas y otras quedaron heridas.

Se formularon cargos al Señor Mayor General LEONEL GÓMEZ ESTRADA, en su condición de comandante de la Primera División del Ejército Nacional, por haber omitido durante el ejercicio de su función, del 30 de diciembre de 2001 hasta el 7 de mayo de 2002, diseñar la estrategia de seguridad y defensa del medio Atrato asignado, específicamente en los municipios de Vigía del Fuerte (Antioquia) y Bojayá (Chocó), así como las políticas de su ejecución.

Además de lo anterior se formuló cargo al Señor Teniente Coronel del Ejército Nacional ORLANDO PULIDO ROJAS, en su condición de Comandante del Batallón Manosalva Flórez, con sede en Quibdó (Chocó), por haber omitido durante el ejercicio de sus funciones en la condición anotada, dirigir y conducir las fuerzas de combate con celeridad y eficacia, de acuerdo con la doctrina de la Fuerza y conforme al propósito de su misión, en su jurisdicción del Medio Atrato asignada al propósito de su misión, en su jurisdicción del Medio Atrato asignado por su superior, no obstante que conocía la situación de orden público y el gravísimo riesgo en que se encontraba la población civil con el posicionamiento y control armado por parte de las Farc en la región mencionada, desde marzo de 2000, lo que conllevó a que las Farc y Auc se enfrentaran, ocasionando la muerte de varias decenas de personas, lesiones a más de cincuenta civiles, destrucción de bienes y el desplazamiento forzado, hechos ocurridos en estos municipios, el día 2 de mayo de 2002".

⁶⁹ "...Es notorio como "la alerta emanada de la Defensoría no asume ningún compromiso de identificar o verificar la información, es la que se denomina una alerta precaria, basada en supuesto.

El reporte de alerta de la Defensoría además de estar muy distante de contener las características de los informes que usualmente tienen las que realiza la inteligencia militar, deben ser verificados ya que es factible que por medio de esa Entidad se generen falsas alarmas, con el objeto de desviar la atención de la Fuerza pública, permitiendo a las organizaciones delincuenciales mencionadas, atacar en un sitio no esperado o emboscar la tropa."

⁷⁰ "Al respecto, este despacho recibió el 25 de abril del año en curso, la Alerta Temprana de primer grado No. 4020/CO-SAT-280/02 procedente de la Defensoría del Pueblo, informando sobre las amenazas en contra de la población civil y la restricción, por parte de grupos de autodefensas, al paso de alimentos y combustible en los cascos urbanos de los municipios de Carmen del Darién y Vigía del Fuerte. Igualmente se informaba sobre el avance de dichos grupos hacia los municipios de Bellavista (Bojayá), departamento del Chocó y Murindó, Antioquia.

La información recibida, se remitió de inmediato al comandante del Batallón Fínvial 50 de la Infantería de Marina en Turbo, Antioquia y el Capitán de Navío del Comando de la Armada Nacional del Ministerio de Defensa, mediante los oficios 1470 y 1471 de abril 25 del presente año, en los cuales se describen los antecedentes sobre los posibles movimientos de actores armados ilegales en la región, con el fin de que se adoptaran las medidas pertinentes. A las gestiones señaladas, se le hizo seguimiento telefónico (Anexo 3)."

- xv. *Oficio DDH. 18426 del 14 de mayo del 2002, emitido por la Directora de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Ministerio de Relaciones Exteriores, comentando la situación ya por todo el Gobierno Nacional conocida (fls. 645-647 Cuaderno No. 2).*
- xvi. *Recomendaciones al Gobierno Nacional que hace el Gobierno Departamental, sobre la situación de orden público del Departamento, comentando la situación ya por todo el Gobierno Nacional conocida (fl. 695-698 Cuaderno No. 2)⁷¹.*
- xvii. *Copia de Registros Civiles de Nacimiento de los reclamantes (fl. 36, 37, 38, 39, 40, 41, 761-770, 772-774, 778-779, 809-811, 872, 884, 886).*
- xviii. *Copia de certificados de defunción (fl. 35, 602 y 527, 797, 812, 874-879).*

Previo a resolver se tiene.

El panorama colombiano padecido en el marco del conflicto armado permite reconocer:

El conflicto armado interno⁷² que el país viene sufriendo desde hace décadas, hace exigible al Estado un deber positivo de protección especial respecto a los ciudadanos o población civil.

i) En razón de esta multiplicidad de derechos constitucionales afectados por el desplazamiento de personas, las desapariciones forzadas y el conflicto armado⁷³, y atendiendo a circunstancias de especial debilidad, vulnerabilidad e indefensión en la que se encuentran los desplazados y los habitantes de zonas rurales o pobladas especialmente impactadas por el degradado conflicto interno, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que éstos tienen, en términos generales, un derecho a recibir en forma urgente un trato preferente por parte del Estado. Esta situación ostensible y pública, fue advertida por la Sentencia T-025 de 2004 (Referencia: expediente T-653010 y acumulados, Acción de tutela instaurada por Abel Antonio Jaramillo y Otros contra la Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Protección Social, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Educación, el INURBE, el INCORA, el SENA, y Otros, Magistrado Ponente: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA; Sentencia del 22 de enero de 2004), por la Honorable Corte Constitucional que detectó la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada por la violencia debido a la falta de concordancia entre la gravedad de la afectación de los derechos reconocidos constitucionalmente y desarrollados por la ley, de un lado, y el volumen de recursos efectivamente destinado a asegurar el goce efectivo de tales derechos y la capacidad institucional para implementar los correspondientes mandatos

⁷¹ "1. Creación de un Batallón de Fusileros. 2. Mantener elementos fluviales. 3. Construcción de dos apostaderos navales sobre el río Atrato que permita la reactivación social y económica de esta región. 4. Construcción y terminación de los puestos de Policía en los diferentes Municipios del Chocó, con especial énfasis en las que no hace presencia la fuerza pública; lo mismo que acelerar la construcción de los ya autorizados como Juradó, Bagadó, Carmen de Atrato Lloró, Bajayá, Vigia del Fuerte." (Negritas de este Tribunal).

⁷² Reconocido así en el precedente jurisprudencial constitucional: sentencias C-802 de 2002; C-172 de 2004; C-291 de 2007; T-444 de 2008; T-496 de 2008; T-922ª de 2008.

⁷³ Consejo de Estado, Sección Tercera; Sentencia de abril 19 de 2012, rad. 21515, M.P. HERNÁN ANDRADE RINCÓN. Para definir la noción de conflicto armado interno, se acudió a la acuñada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "La Tablada" - Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997: "en contrasta con esas situaciones de violencia interna, el concepto de conflicto armado requiere, en principio, que existan grupos armados organizados que sean capaces de librar combates, y que de hecho lo hagan, y de participar en otras acciones militares recíprocas, y que lo hagan. Los conflictos armados a los que se refiere el artículo 3, típicamente consisten en hostilidades entre fuerzas armadas del gobierno y grupos de insurgentes organizados y armados".

constitucionales y legales, de otro lado. Ergo, volver a entrar al estudio de ésta problemática huelga y quizás resulte abusivo con la sociedad, con los accionantes y con la racionalidad de las decisiones judiciales.

ii) La Fuerza Pública integrada por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional⁷⁴; tiene como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional⁷⁵ y el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz⁷⁶. Lo anterior indica entonces que la Fuerza Pública no puede tener lugares vedados en el territorio nacional para ejercer o ejecutar los actos y acciones necesarias para garantizar los derechos y deberes, y en especial la Fuerza Pública propenderá por la protección efectiva en cuanto a la seguridad y salvaguarda de los habitantes.

Éstas acciones suponen, desde luego, una presencia permanente, indiscutida e indiscutible en la zona y su presencia, como es apenas obvio, requiere de un espacio vital.

Cómo cristalizar entonces el derecho y el deber que las Fuerzas Armadas de la República de Colombia tienen para custodiar de manera permanente el territorio nacional, en la perspectiva inculcable e inaplazable de brindar la seguridad necesaria para que las comunidades puedan ocupar pacíficamente y sin impedimentos sus territorios, y de cuidar la vida, honra y bienes de todas las personas de las comunidades, de tal manera que ninguna persona natural o jurídica o grupo legal o ilegal incurra en actividades que atenten contra los derechos de las comunidades?. La respuesta es única y de Perogrullo; con su presencia física, institucional y permanente en todo el territorio patrio.

Ésta zona chocoana, se sabe, está siendo agredida por los grupos al margen de la ley que se arrojan los derechos de representación que nadie les ha impetrado y que no son más que mascarada de intereses detestables de ejércitos de ocupación por los sedicentes protectores de las extremas de todos los pelambres (Farc o Eln o Auc), ninguno de los cuales respetan los derechos humanos o colectivos o civiles o políticos de los colombianos, pero que con gran sevicia, se han ensañado con las comunidades ancestrales de nuestra martirizada patria. Esta delincuencia no es aislada o incidental o esporádica; es permanente, quizás organizada, y hacen del terror su mejor método de sojuzgamiento.

La instalación de una base militar o de un puesto de policía permanente, por parte de la Fuerza Pública en cada entidad territorial, hace parte de las acciones necesarias que debe emprender la Fuerza Pública, para responder al pedido constitucional general ya relacionado como misión y visión institucional.

iii) Para superar el estado de cosas inconstitucional, era apenas evidente la necesidad de coordinación de acción entre la Presidencia de la República, el Ministro del Interior y el Ministro de Defensa Nacional y las autoridades municipales y departamentales de las entidades territoriales donde se ha exacerbado el conflicto armado con un escalamiento inusitado de ilimitada barbarie y sevicia por parte los grupos armados ilegales más tenebrosos, como las Farc y las Auc. El desprecio por

⁷⁴ Artículo 216 CP.

⁷⁵ Finalidad primordial de la Fuerzas Militares, artículo 217 CP.

⁷⁶ Finalidad primordial de la Policía Nacional, artículo 218 CP.

lo institucional y por la población es algo inherente al actuar de estas bandas criminales; esa irracionalidad de acción es conocida por las autoridades colombianas.

iv) Es un hecho esclarecido en este entuerto que los grupos de fascinerosos que se esconden bajo los ampulosos nombres de Farc y Auc, a propósito de sus planes criminales deseaban tomar el control de amplias zonas de nuestra geografía patria, para ello no escatimaron esfuerzos logísticos para definir por la inadmisibles vía armada, cual de tales bandas se quedaría con el corredor fluvial del río Atrato para sus negocios de narcotráfico y de armas; en esa alucinante concupiscencia por el lucro, el dolor de la muerte, de la lesión, de la toma de rehenes o secuestro y del desplazamiento forzado se tornaron secundarias para hacerse con el control del territorio de Bojayá, y en ello, no dudaron en dirimir su inmoral apetencia con toda clase de armas convencionales o no, sin importar que su escenario de sangre y dolor vino a ser, precisamente el centro poblado de Bellavista, con total desprecio por la suerte, la dignidad y el decoro de la vida humana.

v) Si bien es explicable que los delincuentes no tengan reato alguno para cometer sus fechorías, otro, por el contrario son los fines, móviles y razón de ser de quienes componen la institucionalidad, de los que se espera, sirvan de manera inexcusable para "... proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del estado y de los particulares" Artículo 2 de la Constitución Política.

vi) Demostración vergonzosa del desdén institucional, desde antes y después de los hechos de crisis humanitaria que desencadenaron en la muerte indolente que hoy sirve de reclamo judicial, es la actitud de la Fiscalía General de la Nación que no se animó a colaborar con el trámite judicial, tal y como lo demuestran los oficios que atinó a arrimar al encuadernamiento para eludir su deber de presentar un informe serio e integrado de su devenir frente a la masacre de Bojayá.

vii) Es cierto que la crisis de derechos humanos que padece nuestra martirizada patria⁷⁷ se encefalea con mayor fuerza deshumanizante respecto de las comunidades indígenas y afrodescendientes, sean que estén o no localizadas en los campos⁷⁸, pues de usanza padecen homicidios colectivos o sectorizados, lesiones

⁷⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C". Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA; Sentencia de 31 de agosto de 2011, Radicación número: 52001-23-31-000-1997-08938-01 (19195), Actor: Felisa Fernández de Escobar, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional. Referencia: Acción de Reparación Directa - Sentencia.

NOTA DE RELATORÍA:

- Sobre el reconocimiento del conflicto armado interno en Colombia, consultar Corte Constitucional sentencias C-802 de 2002; C-172 de 2004; C-291 de 2007; T-444 de 2008; T-496 de 2008; T-922ª de 2008.
- En relación con la aplicación del artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra, ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso "La Tablada" - Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997.
- Sobre el deber positivo de protección por parte del Estado, dentro del conflicto armado interno, aplicación del principio de humanidad y respecto a la dignidad ver Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005.
- Sobre principios fundamentales del derecho humanitario, consultar Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007.
- Sobre el respeto de los derechos humanos tanto de los poderes públicos como de los particulares consultar, sentencias de 25 de mayo de 2011, expedientes números 15838, 18075, 18747 y 25212; sentencias de 8 de junio de 2011, expedientes números 19772 y 19773

⁷⁸ "La civilización industrial ha alcanzado esta "otra" transformación liberadora en sus jardines, parques y "reservas". Pero fuera de estas pequeñas áreas protegidas, ha tratado a la naturaleza como ha tratado al

personales, degradaciones a la dignidad humana, amenazas generalizadas, desplazamiento forzado, desapariciones, restricciones colectivas a la movilidad, restricciones a los abastecimientos, controles ilegales a vastas zonas territoriales, secuestros y otras violaciones a sus derechos humanos por quienes indebidamente se autoproclaman abanderados del cambio o del *statu quo* (paramilitares y guerrilla), y que en su propósito destructor en términos de terror y tierra arrasada como despreciables fuerzas de ocupación, pretenden ejercer el control territorial a cualquier precio, sin parar mientes en violaciones y abusos con el fin de favorecer sus proclives y deleznable intereses al momento de minar la capacidad de las comunidades ancestrales, indígenas y afrodescendientes, por lo que previamente debilitan la presencia del Estado, *abdicación* impensable en nuestra organización estatal.

A ese propósito, y luego de verificar si en este asunto se detectó o no la absoluta y grave violación de los Derechos Humanos, del Derecho de Gentes y del Derecho Internacional Humanitario de quienes integran la parte actora, la Sala ha de estudiar si se amerita o no imponer:

1. Ordenes o medidas de reparación integral, con el propósito de reconocer *"la dignidad de las víctimas, reprobación de las violaciones a los derechos humanos y concretar la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional. Para el efecto el juez, de manera oficiosa o a solicitud de parte, decretará las medidas que considere necesarias o coherentes con la magnitud de los hechos probados (Artículo 8.1 y 63.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos)"*⁷⁹.
2. Medidas que deberán adoptarse, *"nún de oficio"*, cuando el operador judicial encuentre que en el caso a estudiar exista prueba de *"la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. Procederá siempre y cuando, se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de medidas reparatorias no indemnizatorias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) permanente o estable y los parientes hasta el 1º de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "de crianza"*.

Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, reprobación de las violaciones a los derechos humanos y concretar la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional. Para el efecto el juez, de manera oficiosa o a solicitud de parte, decretará las medidas que considere necesarias o coherentes con la magnitud de los hechos probados (Artículo 8.1 y 63.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos).

3. Reformular las indemnizaciones a reconocer, en tanto *"podrá otorgarse una indemnización mayor de la señalada en todos los eventos anteriores, cuando existan*

hambre: como un instrumento de la productividad destructora". Herbert Marcuse, El hambre Unidimensional.

⁷⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Documento Final, Aprobado mediante Acta del 28 de agosto de 2014, Referentes para la Reparación de Perjuicios Inmateriales. Documento ordenado mediante Acta No. 23 del 25/ sep/ 2013, con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales. OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ, Presidenta de la Sección, CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Vicepresidente de la Sección, Magistrados: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, ENRIQUE GIL BOTERO, RAMIRO PAZOS GUERRERO, STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO, HERNÁN ANDRADE RINCÓN, DANILO ROJAS BETANCOURTH.

circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño moral sin que en tales casos el monto total de la indemnización pueda superar el triple de los montos indemnizatorios antes señalados. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño" (Ib.).

La falla del servicio por violación del contenido obligacional de la administración. La jurisprudencia ha señalado que, en casos como el que es objeto de estudio en el presente proveído⁸⁰, el título de imputación aplicable es el de la falla del servicio⁸¹. En efecto, frente a supuestos en los cuales se analiza si procede declarar la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia ha sido determinante la omisión, por parte de una autoridad pública, en el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido, el Consejo de Estado ha señalado que es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligacional que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado, y el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto, de otro; en conclusión, esta imputación requiere para que se configure la responsabilidad, demostrar el hecho dañoso y la conducta falente, el daño antijurídico y el nexo de causalidad eficiente y determinante.

En este sentido, se ha sostenido que la responsabilidad, incluso bajo la óptica del Artículo 90 de la Carta, sólo puede surgir cuando se evidencia la existencia de una falla del servicio, teniendo en cuenta que tal concepción es relativa.

En estos casos, y en los daños a la población civil, se predica expresamente la necesidad de colmar el deber de anticipación por parte del Estado, que como lo ha explicado la Sección Tercera del Consejo de Estado⁸², comprende todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren el cumplimiento de los mandatos de protección derivados del derecho internacional humanitario aplicables al conflicto armado interno, especialmente cuando se trata de resguardar a la población civil en el respeto de sus bienes e intereses y su debida garantía⁸³.

⁸⁰ Muerte de un número impreciso pero superior a 100 personas, cuando dos grupos de bandoleros se disputaban el control territorial ante la ausencia de presencia institucional permanente de la fuerza pública en el centro poblado Bellavista del municipio de Bojayá, Chocó, contra expresa prohibición constitucional.

La Sala hace la precisión de que en el reclamo judicial se alude, ciertamente, a una crisis humanitaria que padeció la región del Medio Atrato chocóense a partir de los sucesos terroristas protagonizados por las bandas criminales de las Farc y Auc, de arrasamiento de pueblos y ciudades que se exacerbó desde el año 2000, y que alcanzó mayor y dolorosa concreción en abril y mayo de 2002, época vergonzosa, en la que sucedieron los hechos por los que se reclama responsabilidad estatal y donde se cometieron homicidios colectivos o sectorizados, lesiones personales, degradaciones a la dignidad humana, amenazas generalizadas, secuestros, desplazamiento forzado, desapariciones, restricciones colectivas a la movilidad, restricciones a los abastecimientos, controles ilegales a vastas zonas territoriales y otras tantas violaciones a los derechos humanos.

⁸¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN; Sentencia de unificación del 23 de agosto de 2012, Radicación número: 18001-23-31-000-1999-00454- 1(24392), Actor: Hugo Giraldo Herrera y OTROS, Demandado: Nación - Rama Judicial y Otro, Referencia: Acción de Reparación Directa (Apelación Sentencia).

⁸² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "C": Sentencias:
- del 19 de agosto de 2011. Exp: 20.227. CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa;
- 31 de agosto de 2011. Exp: 19.195. CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁸³ "6.2.1 De tal manera, cabe observar la atribución jurídica del daño antijurídico, en principio, a las entidades demandadas por falta en el servicio consistente en el incumplimiento e inobservancia de los deberes positivos derivados de exigencias constitucionales, legales, y del bloque ampliado de constitucionalidad (artículo 93),

Ahora bien, una vez se ha establecido que la entidad pública responsable de cumplir el contenido obligacional impuesto por el ordenamiento no ha atendido -o lo ha hecho de forma deficiente o defectuosa- al referido contenido obligacional, esto es, se ha apartado -por omisión- del cabal cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha asignado, es menester precisar si dicha ausencia o falencia en su proceder tiene relevancia jurídica dentro del proceso causal de producción del daño atendiendo.

Así planteadas las cosas, son dos los elementos cuya concurrencia se precisa para que proceda la declaratoria de responsabilidad administrativa por omisión, como en el presente caso resulta probada con creces y de manera inconcusa: en primer término, la existencia de una obligación normativamente atribuida a la entidad pública que ejerza la función administrativa censurada y a la cual ésta no haya atendido o no haya cumplido oportuna o satisfactoriamente (la protección de la población civil); y, en segundo lugar, la virtualidad jurídica del eventual cumplimiento de dicha obligación, de haber interrumpido el proceso causal de producción del daño, daño que, no obstante no derivarse -temporalmente hablando- de manera inmediata de la omisión administrativa, regularmente no habría tenido lugar de no haberse evidenciado ésta (omisión de presencia y de apoyo en momentos de exacerbación del conflicto por bandas armadas ilegales).

En este caso en concreto, la Sala toma para sí el tino jurídico de nuestro Órgano de Cierre en cuanto determinó⁸⁴:

"62.3 Al precisar el fundamento de responsabilidad bajo el cual debe examinarse el asunto en estudio, observa la Sala que los mandatos constitucionales que rigen la actividad de la fuerza pública [Policía Nacional], fueron inspirados por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 con el fin primordial de asegurar la vida y la paz de los integrantes de la Nación [preámbulo constitucional], lo cual conllevó, dentro del diseño de la fuerza pública, la institucionalización de las autoridades de la República con el supremo propósito de proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida⁸⁵ [artículo 2º constitucional, y artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos], precepto que a su vez, justifica la exclusividad de la fuerza pública, prevista en el artículo 216 Superior, en las Fuerzas Militares, permanentemente constituidas por el Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea [artículo 217 Constitucional], y la Policía Nacional, organizada como un cuerpo armado permanente de naturaleza civil [artículo 218 Constitucional].

....

esto es, del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, que pueden ser constitutivos de una falla en el servicio.

62.2 Desde la perspectiva constitucional y convencional es claro que la obligación positiva que asume el Estado de asegurar a todas las personas residentes en Colombia la preservación de sus derechos a la vida, a la integridad física, a la propiedad no se encuentra dentro de la clasificación moderna de las obligaciones como de resultado sino de medio, llevando a concebir que las autoridades públicas están llamadas a establecer las medidas de salvaguarda que dentro de los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad resulten pertinentes, a fin de evitar la lesión o amenaza de los citados derechos constitucional y convencionalmente reconocidos."
Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA; Sentencia del 12 de febrero de 2014, Radicación número: 50001-23-31-000-2000-00001-01(26013), Actor: Durabio Pérez y Otros, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, Referencia: Acción de Reparación Directa (Apelación Sentencia).

⁸⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA; Sentencia del 12 de febrero de 2014, Radicación número: 50001-23-31-000-2000-00001-01(26013), Actor: Durabio Pérez y Otros, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, Referencia: Acción de Reparación Directa (Apelación Sentencia).

⁸⁵ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C 013 de 1997, MP Hernández Galindo y C 239 de 1997, MP Gaviria. El derecho a la vida tienen una dimensión bifronte de derecho fundamental y principio superior.

7.3.2. La protección de la población civil y de sus derechos [en especial del derecho a la vida e integridad personal] desde la perspectiva convencional: derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos.

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

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

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

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

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

63.2 Luego, tratándose de situaciones ocurridos en el marco del conflicto armado interno, el Estado debe orientar su accionar no sólo a cumplir los mandatos constitucionales [artículo 2, especialmente, de la Carta Política] y legales, sino también a dar cabal aplicación y respetar lo consagrado en el Protocolo II a los Convenios de Ginebra, en especial los siguientes mandatos positivos: i) es aplicable a los conflictos armados "que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo" (artículo 1); ii) será aplicable "a todas las personas afectadas por un conflicto armado" (artículo 2); iii) la invocación de este Protocolo, en los términos del artículo 3.1, no puede hacerse con el objeto de "menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos" (respeto del principio de soberanía en sus dimensiones positiva y negativa); iv) como garantía fundamental se establece que todas "las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor (...) Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes" (artículo 4.1); y, v) se prohíben los "atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio (...) o toda forma de pena corporal" [artículo 4.2].

64 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.

64.1 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 Primero del preámbulo de los Convenios internacionales sobre derechos humanos*⁸⁶.

64.2 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 humanitaria⁸⁷. Dicha protección tiene su base en los derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos -artículos 1.1⁸⁸ ["Obligación de respetar los derechos"], 2 ["Deber de adoptar disposiciones de derecho interno"], y 21⁸⁹ ["Derecho a la propiedad privada"].

64.3 Con relación a lo anterior, la Sala de Sub-sección C encuentra que la protección de la población civil, no está reducido a los contornos de nuestra Carta Política, sino que se extiende a las cláusulas que en el derecho internacional público se consagran tanto en el

⁸⁶ La "vida humana en sus múltiples relaciones sociales halla reconocimiento y expresión bajo la tutela de la promoción y protección de los derechos humanos". BOVEN, Theodoor C. Van. "Criterios distintivos de los derechos humanos", en VASAK, Karel (ed) Las dimensiones internacionales de los derechos humanos. V.I. 1ª ed. Barcelona, Serbal; UNESCO, 1984, p. 95.

⁸⁷ "Aunque la Declaración universal tuvo influencia en los redactores de las convenciones de Ginebra, la normativa internacional sobre derechos humanos y las normas humanitarias afrontan el problema de los conflictos armados internos de diferentes modos. La primera se encuadra en el marco del *ius ad bellum* según lo previsto en la Carta de las Naciones Unidas, de acuerdo con la cual queda prohibido el recurso a la fuerza y, en consecuencia, está dirigido a la conservación de la paz. La segunda, por su parte, forma parte (sic) del *ius in bello*: establece las normas que rigen el uso de la fuerza sin examinar las causas del conflicto de acuerdo a los principios de la Cruz Roja y, en especial, los principios humanitarios". NEWMAN, Frank C; VASAK, Karel. "Derechos civiles y políticos", en VASAK, Karel (ed) Las dimensiones internacionales de los derechos humanos. V.I. Barcelona, Serbal; UNESCO, 1984, pp. 285 y 286.

⁸⁸ "Como se puede observar, de la lectura de este artículo (artículo 1º de la Convención Americana) se desprenden dos obligaciones para los Estados parte, en relación con los derechos consagrados en el texto de la Convención, a saber: i) la obligación de respeto, que exige del Estado una conducta de abstención, denominada también obligación negativa y, por otro lado, ii) se impone una obligación de garantía, que exige a los Estados parte emprender las acciones necesarias tendientes a asegurar que todas las personas sujetas a su jurisdicción estén en condiciones de ejercerlos y garantizarlos. Sobre el alcance de esta disposición, (artículo 2º de la Convención Americana) la Corte Interamericana, ha precisado que este deber tiene dos implicaciones: "Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías". Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2007, expediente 29273.

⁸⁹ Derecho cuyo alcance ha sido establecido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 28 de noviembre de 2007, caso Chaparro Álvarez y Lopo Iñiguez vs. Ecuador: "[...] 174. La jurisprudencia del Tribunal ha desarrollado un concepto amplio de propiedad que abarca, entre otros, el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor. Asimismo, la Corte ha protegido a través del artículo 21 convencional los derechos adquiridos, entendidos como derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas. La Corte observa, sin embargo, que el derecho a la propiedad no es un derecho absoluto, pues en el artículo 21.2 de la Convención se establece que para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización, limitarse a los casos, practicarse según las formas establecidas por la ley y efectuarse de conformidad con la Convención".

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 6 de mayo de 2008, caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador: "60. El derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garantizan los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional". Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 25 de octubre de 2012, caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador.

ámbito internacional humanitario, como en el de la protección de los derechos humanos⁹⁰ (como se indicó al comienzo del juicio de imputación).

64.4 La Sala respecto de la protección de la población civil, y singularmente de los derechos humanos de las ciudadanos con ocasión ataques o incursiones armadas a poblaciones en las que se produce el enfrentamiento entre la fuerza pública [Policía Nacional] y un grupo armado insurgente, encuentra que las obligaciones convencionales tienen en cuenta en su base normativa la protección de la población civil⁹¹, obligaciones y mandatos positivos pueden exigirse de la aplicación sistemática de los artículos 1, 2, 93, 94 y 214 de la Carta Política⁹².

64.5 En ese sentido, se considera necesario "asegurar, en el plano internacional y en el plano interno, su efectiva aplicación. Sobre todo si se considera la naturaleza del Derecho internacional imperativo (ius cogens) que poseen en su mayor parte dichas normas, lo que se expresa, entre otras cosas, en el hecho de quedar sustraida su aplicación a la lógica de la reciprocidad -el respeto de ciertas normas humanitarias básicas no queda supeditado a que el adversario las respete por su parte- y en el hecho de generar obligaciones erga omnes, esto es, frente a todos, que en cuanto tales excluyen la posibilidad de prescindir de su acatamiento incluso si las personas protegidas manifestaran la intención de renunciar a los derechos correlativos a esas obligaciones"⁹³.

64.6 El Estado debe propiciar que el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, genéricamente, o en sus especiales condiciones, no se considere riesgoso, de manera que tanto su actividad, su desplazamiento, como la defensa de los derechos de los grupos vulnerables se desarrollen en un estado de riesgo permanente. Deber que tiene que interpretarse en aplicación del principio de proporcionalidad, de lo contrario podría suponer la exigencia ilimitada al Estado de salvaguardar la seguridad a toda costa, a cualquier coste y en todo momento, lo que excede la realidad material y la capacidad de los aparatos estatales⁹⁴."

Ahora bien, en relación con la imputación jurídica, para que el daño resulte antijurídico, debe decirse que la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en Sentencia de 19 de abril de 2012, unificó su posición para señalar que, al no existir consagración constitucional de ningún régimen de responsabilidad en

⁹⁰ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Pon. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁹¹ "En su <Informe del Milenio> ('Nosotros los pueblos'. La función de las Naciones Unidas en el siglo XXI), el Secretario General de las Naciones Unidas KOFI A ANNAN advierte cómo las principales amenazas para la paz y la seguridad internacionales provienen hoy, más que de las agresiones externas, de los conflictos intraestatales, produciéndose numerosas víctimas en guerras civiles, campañas de depuración étnica y actos de genocidio en que se usan armas que se pueden adquirir fácilmente en el hazar mundial de los armamentos". PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel. "Introducción; El derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto", en RODRÍGUEZ - VILLASANTE, José Luis (Coord) Derecho internacional humanitario. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 42 y 43.

⁹² "(...) el Derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados se concibe en la actualidad como un vasto conjunto normativo que persigue controlar jurídicamente el fenómeno bélico -reglamentando los métodos y medios de combate, distinguiendo entre personas y bienes civiles y objetivos militares, protegiendo a las víctimas y a quienes los asistan-, con vistas a limitar en la mayor medida posible las ingentes males que el mismo causa a los seres humanos". PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel. "Introducción; El derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto", en RODRÍGUEZ - VILLASANTE, José Luis (Coord) Derecho internacional humanitario., ob., cit., p. 45.

⁹³ PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel. "Introducción; El derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto", en RODRÍGUEZ - VILLASANTE, José Luis (Coord) Derecho internacional humanitario., ob., cit., p. 46. Puede verse Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Pon. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁹⁴ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Pon. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

especial, corresponde al juez encontrar los fundamentos jurídicos de sus fallos, en tanto, los títulos de imputación hacen parte de los elementos argumentativos de la motivación de la sentencia y en ese sentido se dijo⁹⁵:

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

En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia".

Sin embargo, también ha dicho el Alto Tribunal, que cuando en el proceso se evidencie de manera clara y protuberante la existencia de una falla del servicio, al lado de los títulos objetivos como del riesgo excepcional o daño especial, el juez debe preferir este último título de imputación, por encima de cualquier régimen objetivo de responsabilidad, "a efectos de develar los hechos desencadenantes del defectuoso funcionamiento de la administración, a efectos de ordenar a la administración a adoptar políticas públicas, de no repetición, entre otras"⁹⁶⁹⁷:

"...cuando en el libelo de la demanda se invoque o sea evidente la falla del servicio cometida por la administración, se estudiará la responsabilidad bajo ese título de imputación"⁹⁸, ya que,

⁹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN, sentencia de 19 de abril de 2012, Expediente: 190012331000199900815 01 (21515) Actora: María Hermeza Tutubalá Aranda, Demandada: Nación- Ministerio de Defensa – Policía Nacional. Acción: Reparación Directa.

⁹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección B, Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH; Sentencia de 30 de abril de 2014, Radicación número: 41001-23-31-000-1993-07386-00(28075), Actor: Alejandro Semanate y Otros, Demandado: Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional.

⁹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO; Sentencia de 26 de junio de 2014, Radicación número: 05001-23-31-000-1998-03751-01 (26161), Actor: Inversiones La Sorpresa Ltda., Demandado: Municipio de Medellín, Asunto: Acción de reparación directa (apelación)

⁹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "B", sentencia del 29 de octubre de 2012, C.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH, radicación 20001-23-31-000-1999-00274-01 (21377), actor: Elida Rosa Carballo y otros, demandado: Nación-Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional. En este caso se condenó a la entidad demandada, bajo el régimen de imputación subjetivo de responsabilidad denominado falla del servicio, con ocasión, de los hechos presentados el 28 de agosto de 1997, donde integrantes del Ejército Nacional dieron muerte a la señora Omaira Madariaga Carballo, cuando se transportaba en compañía de dos personas. Los agentes presentaron a la mencionada señora como una guerrillera dada de baja durante un combate librado con una cuadrilla guerrillera del ELN, supuestamente ocurrido en la vereda "Quebradaseca" del municipio de Curumani-Cesar. La fallecida era una profesora que prestaba sus servicios en zona rural del municipio de Curumani-Cesar, oficio por el que era reconocida dentro de la comunidad.

En igual sentido consultar sentencia de esta sección del 27 de septiembre de 2013, radicación No. 150012331000199505276 01 (19886), actor: Odalinda Vargas de Martínez y otros, demandado: Nación-Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional, Consejero Ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH.

de acuerdo con esta Corporación, en estos eventos es necesario que el Consejo de Estado, a través de sus decisiones, formule las pertinentes advertencias a la administración con el fin de que ésta procure evitar la reiteración de conductas anormales y para que la decisión asumida por la justicia contenciosa administrativa sirva para trazar políticas públicas en materia de administración⁹⁹.

Precisado lo anterior, este Tribunal estudiará el *subjudice*, siguiendo la línea jurisprudencial actual del Consejo de Estado, sobre lo que se ha considerado como terrorismo o actos terroristas, luego se señalará el régimen de responsabilidad estatal por los daños causados por actos de terrorismo de terceros y, analizará la relevancia de la posición de garante en este tipo de daños; si esta es aplicable al caso concreto se procederá a estudiar el juicio de imputación de responsabilidad de la entidad demandada (La Nación - Ministerio de Defensa) que han formulado los actores por los perjuicios que se endilgan.

Conviene, igualmente, precisar que el daño por el cual se reclama la responsabilidad estatal, consiste en la muerte de BENJAMÍN PALACIOS ZÚÑIGA¹⁰⁰, LUZ DEL CARMEN PALACIOS HURTADO¹⁰¹, MERCEDES PALACIOS HURTADO¹⁰², CRECENCIO PALACIOS HURTADO¹⁰³, ELVIA PALACIOS HURTADO¹⁰⁴, VICTOR ANTONIO PALACIOS HURTADO¹⁰⁵, ROSALBA PALACIOS

⁹⁹ Al respecto, ver entre otras la sentencia de esta sección del 8 de julio de 2009, radicación 05001-03-26-000-1993-00134-01(16974), actor: Fanny de J. Morales Gil y otros, demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía. Lo anterior sin perjuicio de lo dicho por la Sala Plena de la Sección Tercera en la Sentencia del 19 de abril de 2012, C.P. HERNÁN ANDRADE RINCÓN, radicación 19001-23-31-000-1999-00815-01(21515), actor: María Hermeza Tunubalá Aranda, demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional. Se dijo en dicha providencia: "... En lo que refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos "títulos de imputación" como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación".// "En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado..."

¹⁰⁰ Visible a folio 35 del Cuaderno Principal No. 1 aparece certificado de defunción de la Notaría Única del Círculo de Bojayá con indicativo serial No. 03913753, donde se evidencia que el Señor BENJAMÍN ANTONIO PALACIOS ZÚÑIGA, falleció el 2 de mayo del año 2012 a las 11:00A.M.

¹⁰¹ Visible a folio 874 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de defunción con indicativo serial No. 03913822, donde se evidencia que LUZ DEL CARMEN PALACIOS CHAVERRA, falleció el 2 de mayo del año 2012 a las 11:00A.M.

¹⁰² Visible a folio 875 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de defunción con indicativo serial No. 03913745, donde se evidencia que MERCEDES PALACIOS CHAVERRA, falleció el 2 de mayo del año 2012 a las 11:00A.M.

¹⁰³ Visible a folio 876 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de defunción con indicativo serial No. 03913790, donde se evidencia que CRECENCIO PALACIOS HURTADO, falleció el 2 de mayo del año 2012 a las 11:00A.M.

¹⁰⁴ NO HAY PRUEBA DOCUMENTAL DE LA MUERTE de ELVIA PALACIOS HURTADO

¹⁰⁵ Visible a folio 877 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de defunción con indicativo serial No. 03913766, donde se evidencia que VICTOR ANTONIO PALACIOS HURTADO, falleció el 2 de mayo del año 2012 a las 11:00A.M.

HURTADO¹⁰⁶, YESENIA PALACIOS HURTADO¹⁰⁷ y EMERITA PALACIOS HURTADO¹⁰⁸.

El cargo único en esta causa, por los límites impuestos en la apelación, es imputado al Estado colombiano (Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional- Policía Nacional¹⁰⁹), y consiste en omitir el deber jurídico de proteger la población civil por abandono, ante la amenaza terrorista de los grupos armados ilegales Farc y Auc, porque el Estado tiene el monopolio legítimo de la fuerza, encarnado en sus fuerzas militares y de policía.

Respecto a lo que se entiende por terrorismo o actos terroristas, el Consejo de Estado ha indicado¹¹⁰:

“Admite la Sala que no se ha encontrado un concepto unívoco de terrorismo, sin embargo, es común a las distintas definiciones el elemento que ahora se resalta: el ataque a la sociedad en conjunto, que subyace como connatural al atentado terrorista. En este sentido la Comisión Andina de Juristas manifestó que el terrorismo“(e)s un fenómeno de alcance global caracterizado por la utilización ilegal o amenaza de violencia premeditada, encubierta y sorpresiva que, a partir de una motivación política, busca sembrar el terror para establecer un contexto de intimidación, provocar repercusiones psicológicas de amplio espectro más allá de la víctima elegida como objetivo, generar pánico, producir histeria, miedo, y liquidar el orden y la autoridad en las sociedades, afectando sustantivamente el Estado de Derecho o Rule of Law. El contexto establecido permite promocionar una causa de índole político, religioso o ideológico, las cuales requieren de un accionar político. Como consecuencia de todo ello, se pone en peligro la vida, salud y bienestar de las personas, atentándose contra la paz y seguridad internacionales.

“Los protagonistas de la comisión de estos actos terroristas pueden ser miembros de organizaciones no estatales y sus cómplices, sean Estados o no, de darles apoyo o asilo. De otro lado, también están comprendidos aquellos Estados que utilizan, de modo explícito o implícito, sus servicios de inteligencia y sus agentes”.

.....

Considerar los actos de terrorismo como el hecho exclusivo de un tercero, en términos del mal llamado nexo de causalidad, implicaría condenar a la impotencia a la población, dado que quien tiene el deber jurídico de protegerla, porque tiene el monopolio legítimo de la fuerza, es el Estado, encarnado en sus fuerzas militares y de policía.

¹⁰⁶ Visible a folio 878 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de defunción con indicativo serial No. 03913821, donde se evidencia que ROSALBA PALACIOS HURTADO, falleció el 2 de mayo del año 2012 a las 11:00A.M.

¹⁰⁷ NO HAY PRUEBA DOCUMENTAL DE LA MUERTE de YESENIA PALACIOS HURTADO

¹⁰⁸ Visible a folio 879 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de defunción con indicativo serial No. 03913787, donde se evidencia que EMERITA PALACIOS HURTADO, falleció el 2 de mayo del año 2012 a las 11:00A.M.

¹⁰⁹ No está por demás iterar que en primera instancia se absolvió a casi todos los vocados a juicio (la Nación - Ministerio de Defensa - Armada Nacional, Presidencia de la República, Ministerio del Interior, Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo, Gobernación del Chocó y Municipio de Bojayá); sin embargo, inexplicablemente la apoderada de la parte accionante no impugnó el fallo en este ítem.

La apoderada de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, que apeló la decisión no está reconocida en la causa, como ya se explicó.

¹¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub Sección C. Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, sentencia de 26 de marzo de 2014, Expediente: 30.479, Radicación: 05001233100020000387601, Demandante: Comunidad Hermanas Misioneras Madre Laura de Popayán y otros. Demandado: Nación-Ministerio de Defensa, Policía Nacional - Asunto: Reparación directa.

En todo evento que pueda tener ocurrencia y que vaya dirigido contra la sociedad en su conjunto, y no obstante su carácter de absolutamente injustificable¹¹¹, sería utópico pretender que los ciudadanos no tienen el deber de soportar las cargas que su ocurrencia implica. Sin embargo, es el concepto de Estado Social de Derecho que apareaja nuestra realidad constitucional, el que debe inspirar las respuestas que el sistema produzca en materia de actos terroristas, las que necesariamente deberán honrar los reiterados principios de igualdad y solidaridad, entre otros, que hacen que el Estado colombiano sea lo que es, y no otra forma de organización política.

Por consiguiente, en cuanto el acto terrorista se dirige contra la sociedad en su conjunto, pero se localiza materialmente en el perjuicio excepcional y anormal respecto de un ciudadano o grupo de ciudadanos muy reducido, será toda la sociedad la que soporte, de forma equitativa, esa carga. En efecto, la solidaridad fundamentaría la atribución de esos daños al Estado:

“La solidaridad impone el deber de reparar, el fin reside en no dejar a la víctima desprotegida ante un daño injusto, que no tenga el deber de soportar; de allí que se produzca la ampliación de los factores de atribución de responsabilidad, hasta avanzar más allá de la noción de culpa, ante la frontera en la que se detenia el resarcimiento¹¹².

“Se ha producido una socialización de los riesgos y de la incidencia de los daños, hasta alcanzar a dañadores que con la concepción tradicional no hubieran respondido.

“También la solidaridad justifica distribuir entre los diversos miembros de una sociedad, el pesos resarcitorio del daño, cuando ha sido causado en ocasión de un perjuicio público, brindado en interés común¹¹³, como sería el daño sufrido por un vecino o transeúnte, a consecuencia de una bala perdida disparada por la policía persiguiendo a unos ladrones¹¹⁴”¹¹⁵,

La mencionada sentencia de esta Corporación también consagra esta idea

“en el caso sub examine, el daño resulta antijurídico, porque un grupo de personas, o una sola de éstas, no tiene por qué soportar los daños que se generan con motivo de la defensa del orden institucional, frente a las fuerzas de la subversión, el actuar de la administración, en estos casos, es lícito, pero ello no la libera del deber jurídico de indemnizar los daños que cause con tal motivo”¹¹⁶

¹¹¹ La Asamblea General de la ONU, en su quincuagésimo primer período de sesiones, por medio de la resolución A/RES/51/210 de 17 de diciembre de 1996, punto 1.2., expresó:

“Reitera que los actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan para poder justificarlos.”

¹¹² LÓPEZ MESA, Algunos excesos en materia de responsabilidad del Estado. “¿Es posible aplicar al Estado la doctrina del riesgo creado?”. En Revista de Derecho Administrativo, cit, Año 10, N° 27/29, pp. 437 y ss; idem, Curso, cit., T III, p. 67; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Resarcimiento de daños, cit., L4, p. 85.

¹¹³ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Resarcimiento de daños, cit., t.4, p. 86; CSJN, 27/2/97, “Compañía Swift de La Plata c. Estado nacional”, Ley 1998-D-128; idem, 21/3/95, “Rebexco, Luis M. c. Estado nacional-Policía Federal”, ED. 166-377; Cám. Nac. Fed. CC, Sala II, 16/9/97, “Carranza, Julia A. y otros c. municipalidad de Buenos Aires”, La Ley, 1999-C-794, J. Agrup., caso 13.935.

¹¹⁴ La CSJN ha decidido que cuando la actividad lícita estatal, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente del perjuicio para los particulares –cuyo derecho se sacrifica por aquél interés general – los daños- en el caso, muerte a raíz de los disparos efectuados por un policía durante la persecución de delincuentes – deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad por obrar lícito (CSJN, 10/4/01, “C. de G., F. c. Provincia de Buenos Aires”, DJ, 2001 -3- 866).

¹¹⁵ TRIGO REPRESAS Félix A., LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, el derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica, Buenos Aires, La Ley, Tomo I, pág. 32.

¹¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Rad. No. 8577, cit.

Es que en lo que atañe al régimen de responsabilidad aplicable con ocasión a los actos terroristas provenientes de terceros, el Consejo de Estado ha dicho¹¹⁷:

"El régimen de responsabilidad estatal por daños ocasionados por actos de terrorismo provenientes de terceros

7. Los daños ocasionados por actos violentos de terceros no alcanzan, en principio, a comprometer desde un punto de vista ontológico la responsabilidad del Estado, por cuanto no existe por parte de este ninguna participación ficticia en el desarrollo causal; así pues, es indispensable interrogarse cuál es entonces el fundamento de la imputabilidad de la responsabilidad al Estado por los actos violentos de un tercero.

...

7.3. La Sección Tercera del Consejo de Estado ha proferido múltiples decisiones en las que ha atribuido responsabilidad al Estado por daños causados por actos de terrorismo de terceros; sin embargo, hasta el momento no se ha precisado el criterio de definición común y alcance de este tipo de actos¹¹⁸, su diferencia con el terrorismo y con los actos de combate, la relación con el conflicto armado interno¹¹⁹, y si el acto de terrorismo puede ser perpetrado por agentes del mismo Estado.

7.4. Hasta ahora, se ha identificado bajo una fórmula genérica como "actos de terrorismo", algunos casos particulares como: los daños causados por la muerte de un inspector de policía¹²⁰, la incineración de vehículos de servicio público por parte de grupos organizados al margen de la ley¹²¹, los carros bomba¹²², los hechos ocurridos en 1985 en el Palacio de Justicia¹²³, el asesinato del doctor Enrique Low Murtra por parte de las mafias del

¹¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, sentencia de 26 de junio de 2014, Radicación número: 05001-23-31-000-1998-03751-01 (26161). Actor: Inversiones La Sorpresa Ltda., Demandado: Municipio de Medellín. Asunto: Acción de reparación directa (apelación).

¹¹⁸ Este déficit ha sido resultado por la doctrina, cfr. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alíer Eduardo y FRANCO GÓMEZ, Catalina. Responsabilidad Extracontractual del Estado, análisis de jurisprudencia del Consejo de Estado, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2007, pp. 550 a 552.

¹¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera; Sentencia de abril 19 de 2012, rad. 21515, M.P. HERNÁN ANDRADE RINCÓN. Para definir la noción de conflicto armado interno, se acudió a la acuñada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "La Tablada" - Informe No. 55/97. Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997: "en contraste con esas situaciones de violencia interna, el concepto de conflicto armado requiere, en principio, que existan grupos armados organizados que sean capaces de librar combate, y que de hecho lo hagan, y de participar en otras acciones militares recíprocas, y que lo hagan. Los conflictos armados a los que se refiere el artículo 3, típicamente consisten en hostilidades entre fuerzas armadas del gobierno y grupos de insurgentes organizados y armados".

¹²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de agosto de 2000, rad. 11585, M.P. ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

¹²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera; Sentencia del 11 de diciembre de 1990, rad. 5417, M.P. CARLOS BETANCUR JARAMILLO; Sentencia del 21 de marzo de 1991, rad. 5595, M.P. JULIO CESAR URIBE ACOSTA; Sentencia del 12 de noviembre de 1993, rad. 8233, M.P. DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ; Sentencia del 8 de febrero de 1999, rad. 10731, M.P. RICARDO HOYOS DUQUE.

¹²² Es el caso, por ejemplo, del carro bomba que estalló en Cartagena el 17 de mayo de 1990 en el Centro Comercial de Boca Grande, cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera; Sentencia del 27 de noviembre de 2002, rad. 13774, M.P. MARÍA ELENA GIRALDO; Sentencia del 21 de febrero de 2002, rad. 13661, M.P. RICARDO HOYOS DUQUE.

¹²³ Consejo de Estado, Sección Tercera; Sentencia del 19 de agosto 1994, rad. 9276, M.P. DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ; Sentencia del 2 de febrero de 1995, rad. 9273, M.P. JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ; sentencia del 11 de septiembre de 1997, rad. 11600, M.P. JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS.

narcotráfico¹²⁴, la bomba contra las instalaciones del DAS en Bogotá¹²⁵, el atentado en contra de su director¹²⁶, el homicidio perpetrado por los paramilitares a los integrantes de una comisión judicial en el corregimiento de la Rochela¹²⁷, los ataques guerrilleros dirigidos en contra de objetivos militares¹²⁸ o recientes decisiones en las que se denomina actos de terrorismo a los daños causados a bienes inmuebles de civiles, el hurto y pérdida de ganado por incursiones guerrilleras¹²⁹, entre otros.

7.5. La Corporación ha considerado que el fundamento para declarar la responsabilidad del Estado por actos de terrorismo, radica en la falla del servicio, el riesgo excepcional y el daño especial, aplicados de manera convergente, excluyente o alternativo¹³⁰; sin embargo, teniendo en cuenta el contexto del conflicto armado interno y la sujeción al bloque de juridicidad compuesto por obligaciones de linaje convencional y normas nacionales, es menester analizar, en primer término, la existencia de una falla del servicio dentro del régimen subjetivo de responsabilidad donde se dilucide si en la producción del daño intervino un comportamiento reprochable o ilícito del Estado, enmarcado en las obligaciones funcionales a cargo de la entidad demandada, esto es, una clásica falla en el servicio, base constitutiva por autonomía del deber de reparación.

7.6. De lo anterior, podría concluirse que si existe una falla en el servicio, los títulos de imputación enmarcados dentro del régimen de responsabilidad objetiva se hacen inoperantes y no pueden, en principio, llegar a constituir el fundamento de la responsabilidad, por cuanto estos últimos se edifican sobre conductas de origen lícito y legítimo.

7.7. En tal virtud, el régimen subjetivo de responsabilidad no puede cohabitar conceptualmente con los regímenes objetivos de responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros, cuando se revela del peticionario la existencia de una falla ostensible y clara a cargo de la entidad demandada; por lo tanto, la aplicación de estos regímenes es subsidiaria respecto del régimen de responsabilidad subjetiva. Lo anterior no significa que si no se demuestra una falla del servicio, que constituya el fundamento de la imputación del daño antijurídico al Estado, necesariamente se negaría la responsabilidad; por el contrario, habría que analizar el caso concreto a la luz de la responsabilidad objetiva, en

¹²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de junio de 1997, rad. 11875, M.P. DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ; Sentencia del 30 de octubre de 1997, rad. 10958, M.P. RICARDO HOYOS DUQUE.

¹²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 9 de febrero de 1995, rad. 9530, M.P. Julio Cesar Uribe Acosta; sentencia del 22 de julio de 1996, rad. 10396, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; sentencia del 10 de julio de 1997, rad. 10229, M.P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia del 11 de abril de 2002, rad. 10119, M.P. Alir Eduardo Hernández Enriquez; sentencia del 14 de julio de 2004, rad. 14592, M.P. Alir Eduardo Hernández.

¹²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de septiembre de 1994, rad. 8577, M.P. Julio Cesar Uribe Acosta.

¹²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de septiembre de 1997, rad. 10140, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

¹²⁸ Entre las sentencias por ataques a objetivos militares podemos mencionar las siguientes: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de diciembre de 2004, rad. 14174, M.P. Germán Rodríguez Villamizar; sentencia del 10 de marzo de 2005, rad. 15182, M.P. Germán Rodríguez Villamizar; sentencia del 28 de junio de 2006, rad. 16630, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 5 de diciembre de 2006, rad. 28459, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de febrero de 2013, rad. 27959, M.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH; sentencia del 19 de abril de 2012, rad. 21515, M.P. HERNÁN ANDRADE RINCÓN.

¹³⁰ Cfr. HENAO Juan Carlos, "Presentación General de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia", en Jornadas colombo-venezolanas de derecho público, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 729 a 760; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de junio 9 de 2010, rad. 18536, M.P. RUTH STELLA CORREA.

orden a garantizar el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia y a la reparación integral¹³¹.

7.8. A este tenor, siguiendo el precedente de unificación sentado en la materia¹³², según el cual se deja en libertad al juez contencioso administrativo de configurar libremente la imputación de responsabilidad, y de acuerdo con algunas consideraciones de la doctrina nacional¹³³, podemos decir que, frente a los títulos jurídicos de imputación que estructuran la responsabilidad del Estado por daños producidos por actos violentos de terceros: (1) si la acción u omisión del Estado que produce el daño es ilegítima e imputable a este, el fundamento de la responsabilidad lo constituye la falla del servicio; (2) si la actividad del Estado es, en cambio, legítima y, además, riesgosa, y el daño es producto de la concreción del peligro que ella conscientemente crea para el cumplimiento de ciertos deberes legales y constitucionales asignados, el fundamento será el título de riesgo excepcional con algunas evoluciones¹³⁴; y (3) si la acción del Estado es legítima y no es riesgosa y se ha desarrollado en cumplimiento de un encargo o mandato legal y en beneficio del interés general, pero con ella se ha producido un perjuicio concreto, grave y especial a un particular o a un grupo de particulares, imputable al Estado, el fundamento será el título de daño especial.

8. La importancia de la posición de garante en materia de daños producidos por actos de terrorismo provenientes de terceros

8.1. La posición de garante ha sido lentamente introducida por el Consejo de Estado al instituto de daños en materia de actos de terrorismo provenientes de terceros, ya que se presentan dificultades al momento de encontrar una causalidad legítima para imputarle al Estado la responsabilidad. Para solucionar estos problemas, esta Corporación ha acudido a criterios del derecho penal como lo es la posición de garante, epicentro de la imputación objetiva, con el fin de resolver problemas causales en la omisión, así:

[F]ue esta necesidad que trasladó algunos criterios de la dogmática penal al derecho de daños –imputación objetiva–, lo que significó un cambio cualitativo en este estudio, en el entendimiento de reevaluar el papel de la causalidad como única opción teórica para determinar la atribución de determinadas consecuencias o daños, la cual resultaba insuficiente, dado su contenido naturalístico, que dejaba por fuera de su marco de acción los eventos de daños causados por terceros o por hechos de la naturaleza, tornándose en consecuencia en un imposible, la atribución de los mismos a la administración, pues en términos fenomenológicos no existía sustento para que ello se pudiese dar. Por lo tanto, este instituto sobre el cual descansa la teoría de la imputación objetiva, se erigió como la correcta opción para solucionar los problemas causales a los que se enfrentaba la omisión¹³⁵.

¹³¹ Corte Constitucional, sentencia C-715 del 13 de septiembre de 2012, M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

¹³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de abril de 2012, rad. 21515., M.P. HERNÁN ANDRADE RINCÓN.

¹³³ Cfr. M'CAUSLAND, María Cecilia, "Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros", en La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 529.

¹³⁴ Esta Subsección precisó en una decisión relativamente reciente que "los casos que involucran daños derivados de ataques guerrilleros a bienes o instalaciones del Estado, plantean una nueva categoría de riesgo (...) Esta categoría de riesgo, que podría denominarse riesgo-conflicto, surge del reconocimiento de que, dada la situación de conflicto armado, el cumplimiento de ciertos deberes legales y constitucionales genera para la población civil un riesgo de naturaleza excepcional en la medida en que la pone en peligro de sufrir los efectos de los ataques armados que los grupos guerrilleros dirigen contra los bienes e instalaciones que sirven como medio para el cumplimiento de esos deberes y el desarrollo de dichas actividades". Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de octubre 29 de 2012, rad. 18472, M.P. Danilo Rojas Botancourth.

¹³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de noviembre de 2013, M.P. Enrique Gil Botero, rad. 29764.

8.2. Desde el punto de vista de la dogmática penal, Reyes Alvarado señala que resulta polémica la existencia de una relación causal en las omisiones, ya que quien entienda la omisión como inexistencia de actividad debe imperiosamente concluir que la nada, nada produce y, en consecuencia, no siendo capaz de modificar el mundo fenomenológico, no puede engendrar una relación de causalidad. Al respecto señala:

La aplicación de la conditio sine qua non a estos casos supone admitir que desde el punto de vista óptico no existe una relación causal en las omisiones, sino que debe manejarse artificialmente una causalidad hipotética. Pero siendo dicho nexo claramente imaginario resulta imposible afirmar con certeza si una omisión fue o no causa de un resultado que en realidad no ocurrió, puesto que un vínculo entre dos acontecimientos que solo hipotéticamente hubieran podido ocurrir no pasa de ser una hipótesis más. Por ello los defensores de esta corriente doctrinal precisan que la causalidad en las omisiones se considera ya demostrada cuando introducida mentalmente la acción no desplegada, probablemente el resultado dañoso habría desaparecido, para lo cual no bastaría una mera posibilidad sino una probabilidad rayante en la certeza; como ello supone para estos ilícitos un tratamiento diverso del aplicado por los partidarios de la conditio sine qua non a los delitos de acción, suelen ellos referirse a la causalidad de las omisiones como una cuasi-causalidad¹³⁶.

8.3. Esta postura de la causalidad hipotética en las omisiones aparece recogida por un sector de la doctrina, y a este tenor señala Reyes Alvarado:

En relación con problemas que normalmente incumben al derecho penal, puede entonces decirse que cuando el guardavías duerme en lugar de activar la barrera en el momento en que el tren cruza una vía automovilística, o cuando un agente de policía prefiere continuar practicando un deporte en lugar de prestar el apoyo que le es reglamentariamente solicitado, no es válido afirmar que desde el punto de vista óptico esas dos personas no hayan desplegado actividad alguna, pues resulta evidente que el guardavías dormía y el oficial de policía se divertía. La omisión surge como tal solo en un plano valorativo para destacar que determinadas personas desplegaron una actividad diversa de aquella que jurídicamente les era exigible; de manera que desde el punto de vista legal no se niega aquí la presencia de una acción sino que se reprocha el no haber realizado la que era legalmente exigible; por eso resulta válido afirmar que es el legislador quien decide si en la confección de los tipos penales destaca una acción concreta que debe ser realizada, restringiendo así considerablemente la libertad de actuación, o si prefiere prohibir una determinada actividad otorgando con ello una mayor libertad de conducta, pero en el fondo en todos los delitos de omisión existe una acción, solo que ella es jurídicamente reprochable en cuanto no era la conducta que del sujeto se esperaba.// Ahora bien, como desde el punto de vista óptico solamente existen acciones, forzoso es reconocer que aun cuando determinadas actividades sean jurídicamente calificadas como omisiones, en el plano naturalístico ellas siguen obedeciendo a leyes causales. No es que neguemos el carácter normativo de la omisión, sino que, por el contrario, proponemos distinguir entre una visión naturalística a la cual es ajeno el concepto de omisión y un ámbito valorativo donde ella surge, aun cuando como una simple contrapartida de la acción y no como una figura diferente de esta; en síntesis, si se entiende la omisión como el desarrollo de una conducta diversa de la jurídicamente esperada es innegable que en esa desobediente acción existe un nexo causal [jurídico] que solo en ese sentido puede ser entendido como la causalidad de las omisiones¹³⁷. (se destaca).

8.4. En lo que concierne a la posición de garante, figura propia de la imputación objetiva del derecho penal, y los fenómenos relativos a la responsabilidad del Estado por omisión, la Sección Tercera de esta Corporación ha precisado:

Por posición de garante debe entenderse aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de

¹³⁶ REYES ALVARADO, Yesid, Imputación objetiva, Temis, Bogotá, 2005, pp. 45 a 50.

¹³⁷ Ibid.

ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho. //Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley –en sentido material– atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida¹³⁸. (se destaca).

8.5. La posición de garante para el instituto de daños surge de la posibilidad de atribuir al Estado el resultado dañoso causado por la acción de un tercero o por un hecho, pero que se le imputa por cuanto se abstuvo voluntariamente de intervenir a través del ejercicio de sus funciones en la prevención o evitación del resultado dañoso. La posición de garante institucionaliza en sí un vínculo positivo o negativo entre el Estado y el ciudadano, de tal modo que de conformidad con el estándar de diligencia funcional asignado por el ordenamiento jurídico, el ciudadano tiene expectativas normativas legítimas frente a la administración. En otras palabras, el encargo normativo de hacer o no hacer atribuido al Estado, a pesar de ser solo un referente indicativo de conductas, es una garantía a favor de los ciudadanos que posibilita la imputación de responsabilidad en cabeza de este, superando los juicios hipotético-naturalistas en los que no ha existido una participación fáctica del Estado en la producción del daño y, en consecuencia, el centro de gravedad de la imputación en situaciones de omisión no se encuentra en la causalidad sino en la obligación jurídica del Estado de actuar o no actuar.

8.6. La Sala resalta que es importante aclarar que el juicio de imputación de responsabilidad por omisión no depende ni se debe confundir con la causalidad, ya que esta última vincula de manera fenomenológica la causa con su efecto, mientras que el juicio de imputación vincula ciertas condiciones que interesan al ordenamiento jurídico con los efectos dispuestos por la norma. Así pues, mientras la causalidad se rige por las leyes de la naturaleza, la imputación se rige por las normas jurídicas, una es la relación causal, gobernada por el principio hipotético-naturalista, otra es la relación normativa, gobernada por el principio de imputación (atribución)¹³⁹, es decir, son dos universos totalmente diferentes, un universo

¹³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera; Sentencia de 4 de octubre de 2007, rad. 15567. En el mismo sentido sentencias del 4 de diciembre de 2007, rad: 16.894 y del 20 de febrero de 2008, rad: 16.996, M.P. ENRIQUE GIL BOTERO.

¹³⁹ Hans Kelsen en su obra Teoría Pura del Derecho distingue con claridad el juicio de causalidad del juicio de imputación: “Causalidad e imputación; ley natural y ley jurídica. En la descripción de un orden normativo de la interacción humana se utiliza un principio ordenador diferente de la causalidad, que puede ser denominado principio de imputación (atribución). En el curso de un análisis del pensamiento jurídico puede mostrarse que en los enunciados jurídicos –esto es, en las oraciones mediante las cuales la ciencia del derecho describe su objeto, sea un derecho nacional, o el derecho internacional–, de hecho se utiliza un principio que, aun siendo análogo al de causalidad, con todo se diferencia de él en manera característica. La analogía reside en que el principio a que nos referimos cumple, en los enunciados jurídicos, una función enteramente semejante al del principio de causalidad en las leyes de la naturaleza, con las cuales la ciencia natural describe su objeto. Un enunciado jurídico es, por ejemplo, la oración: “si un hombre comete un delito, debe sancionársele con una pena”; o: “Si alguien no paga sus deudas, debe procederse a ejecutar coactivamente sus bienes patrimoniales” (...). En términos generales, el enunciado jurídico dice que bajo determinadas condiciones –esto es, condiciones determinadas por el orden jurídico–, debe producirse determinado acto de coacción – a saber: el determinado por el orden jurídico. Es ésta, como ya se indicó en páginas anteriores, la forma fundamental del enunciado jurídico. De igual modo que una ley natural, el enunciado jurídico enlaza también dos elementos. Pero la relación que recibe expresión en el enunciado jurídico tienen un significado enteramente diferente del que refiere la ley natural, el causal. Parece evidente que el delito no está enlazado con la pena; el ilícito civil, con la ejecución forzosa de bienes, la enfermedad contagiosa, con la internación del enfermo, como una causa con su efecto. El enunciado jurídico no dice, como la ley natural, que si se produce el hecho A, entonces aparece el hecho B, sino que si se produce el hecho A, el hecho B es debido, aunque quizás B no se produzca en la realidad. Que el significado de la relación de los elementos en el enunciado jurídico sea diferente del enlace de los elementos en la ley natural, remite a que el enlace que se expresa en el enunciado jurídico ha sido establecido por la autoridad jurídica, es decir, por una norma instaurada mediante un acto de voluntad, mientras que la conexión entre la causa y el efecto que se enuncia en la ley natural, es independiente de toda intervención semejante” KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, trad. R.J. Venengo. Porrúa, 8ª edición, México, 1995, pp. 90 y 91.

fenomenológico y un universo normativo¹⁴⁰. En esa medida, es menester separar el ser – propio de la causalidad- y el deber ser –propio de la imputación y base de la atribución de daños-, ya que el primero es parte del orden natural y el segundo corresponde a razones jurídico-valorativas, que pertenecen al orden normativo. De lo anterior se colige que el orden jurídico reconoce razones de derecho por las cuales alguien, diferente al perjudicado o al causante fáctico, debe reparar los daños.

8.7. Si bien en los fenómenos de responsabilidad estatal por acción brota de manera clara el nexo de causalidad entre un hecho dañino y el daño, situación que permite imputar el resultado dañoso al sujeto causante, en los juicios de responsabilidad estatal por omisión o por actos violentos causados por terceros, no es indispensable para el instituto de daños establecer las causas lesivas, sino definir por qué un determinado resultado dañoso, como el que se presenta en este caso, debe ser atribuido a persona distinta de la que lo ha padecido o causado, lo cual se determina con arreglo a criterios jurídicos y no naturales¹⁴¹; esto es, un juicio propio de imputación y no de causalidad.

8.8. De esta manera, es imperativo afirmar que en los casos en los que se reprocha una acción estatal, para que sea efectivo el juicio de responsabilidad extracontractual es indispensable comprobar la relación de causalidad fáctica entre una actividad y un daño, y que este último sea jurídicamente imputable a la entidad; así, en los casos de declaratoria de responsabilidad extracontractual estatal en clave de acción, la relación causal es un presupuesto esencial, mientras que en los casos en los que se presenta una omisión –como es el caso en estudio– para establecer un juicio de responsabilidad el presupuesto de causalidad es superfluo e innecesario, ya que la entidad demandada no participó causalmente de la producción del daño; sin embargo, esto no quiere decir que no pueda atribuirse responsabilidad por los daños a la entidad inerte, sino que este es un asunto típico que deberá ser resuelto no mediante el juicio de la causalidad sino de imputación, y este solo es posible si se comprueba que la entidad

¹⁴⁰ “Diferencias entre el principio de causalidad y el de imputación. La forma lingüística en que se formulan tanto el principio de causalidad como el de imputación, es la de una proposición condicional en la cual una determina condición es conectada con una determinada consecuencia. Sólo que el sentido de esa relación conectiva es, como ya hemos visto, diferente en ambos casos. El principio de causalidad sostiene que si el hecho A se produce, entonces también se ha de dar el hecho B (o se producirá). El principio de imputación afirma que, cuando se da A, B debe ser. Como ejemplo de una aplicación del principio de causalidad en una ley natural concreta, baste remitir a la ley ya enunciada que describe el efecto del calentamiento de los metales. Ejemplos de aplicación del principio de imputación en el dominio de las ciencias sociales son: si alguien te ha hecho un bien, debes demostrarle agradecimiento; si alguien sacrifica su vida por la patria, su memoria debe ser honrada [...] Estos son enunciados morales, o leyes morales, en que se formulan normas positivas [...] los enunciados jurídicos, o leyes jurídicas, en que se formulan normas jurídicas positivas instauradas por un legislador o por la costumbre, son: si alguien comete un delito, deberá ser sancionado; si alguien deja de pagar su deudas, deberá ejecutarse civilmente su patrimonio. La diferencia entre causalidad e imputación reside en que la relación entre la condición como causa y la consecuencia como efecto, que se expresa en la ley natural, no es establecida, como la relación entre condición y consecuencia formulada en una ley moral o jurídica, mediante una norma puesta por un hombre, sino que es enteramente independiente de semejante intervención humana. Dado que el sentido específico del acto mediante el cual se establece la relación entre condición y consecuencia en una ley moral o jurídica, es una norma, cabe hablar de una relación normativa, para diferenciarla de una relación causal. “Imputación” es el término que designa una relación normativa. Esta relación –y no otra cosa– se expresa mediante el verbo “deber”, en la forma en que es utilizado en leyes morales o jurídicas”, ibid., p. 104.

¹⁴¹ Cf. SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo, *Imputación y causalidad en materia de responsabilidad por daños*, Doctrina y Ley, Bogotá, 2011, p. 204. “[s]i la responsabilidad se hiciera depender de la causalidad, el Estado tendría que asumir las consecuencias de casi todos los daños que sufrieran los particulares, pues de una u otra manera, este está presente y tiene un contacto permanente en el quehacer cotidiano de los asociados, participando así de la infinita cadena causal que en algunas ocasiones termina produciendo efectos dañosos en los mismos. Piénsese por ejemplo, en los daños causados por accidentes originados por vehículos de servicio público, los cuales para poder funcionar requieren una autorización administrativa, que al ser concedida los habilita para prestar el servicio, y sin la cual este no hubiera tenido lugar (...) Pero, además de lo anterior, advertimos que a pesar que desde el punto de vista dogmático, doctrina y jurisprudencial exigen en materia de responsabilidad el vínculo causal como presupuesto para su configuración, en la práctica este elemento no está presente en todos los casos en que los operadores jurídicos declaran la responsabilidad, del mismo modo que hay eventos en que a pesar de existir un vínculo causal entre la actuación de la administración y el resultado dañoso esta no es declarada por los jueces”.

demandada se abstuvo voluntariamente de ejercer sus competencias frente a un deber funcional de evitar o prevenir el resultado dañoso.

8.9. Esta ruta lleva claramente a modificar el camino que se venía habitualmente tomando para fundamentar el juicio de responsabilidad en casos de omisión, distinguido por usar razones hipotético-naturalísticas y marcado por el infructuoso esfuerzo de comprobar el nexo de causalidad en conductas omisivas, esto es, entre el daño y el hecho dañino como presupuesto del juicio de responsabilidad para que la víctima pueda acceder al débito resarcitorio, lo que conducía inevitablemente a un estudio de exoneración de la responsabilidad por el hecho de un tercero o a una espiral de *regressus ad infinitum* de la equivalencia de condiciones o la búsqueda perpetua de la causa eficiente. Ahora, el fundamento de imputación del resultado dañoso en casos de omisión se construye sobre razones de derecho y no sobre razones de hecho, en virtud de las cuales se atribuye responsabilidad en la medida que se compruebe que se han infringido estándares normativos funcionales fijados por el orden interno e internacional¹⁴².

8.10. Al respecto, es importante señalar que la jurisprudencia de esta Corporación ha venido sosteniendo que es menester distinguir los ámbitos de causalidad y de imputación en casos de omisión, como requisito *sine qua non* para edificar correctamente el juicio de responsabilidad extracontractual del Estado: "es, precisamente, el territorio de la responsabilidad por omisión aquél en el cual resulta más relevante dicha distinción, comoquiera que frente a eventos en los cuales se pretende deducir responsabilidad del Estado como consecuencia de un no hacer, el correspondiente examen de causalidad se desenvuelve en un plano meramente hipotético, pues el auténtico análisis sobre la procedibilidad de atribuir la obligación resarcitoria al ente demandado debe realizarse en el terreno de la imputación"¹⁴³.

8.11. Para abordar la responsabilidad estatal en supuestos de omisión, es menester, desde el punto de vista conceptual, advertir que existen categorías de fundamentación de deberes funcionales positivos y negativos en la posición de garante que, de conformidad con lo estudiado por la doctrina¹⁴⁴, se pueden sintetizar de la siguiente manera: i) Deberes de aseguramiento o competencias por organización: resultan de la relación entre la esfera del deber de guarda y la responsabilidad derivada de la infracción a ese deber, en otras palabras, aquellos deberes que reclaman una adecuada administración de la esfera propia para que los derechos ajenos no resulten vulnerados; en suma, se pueden lesionar bienes jurídicos tutelados si no se controla o neutraliza la fuente de riesgos que pueden causar daños en actividades tales como la conducción de automóviles, la manipulación de armas de fuego, la tenencia de un perro peligroso, etc.; ii) Deberes de salvamento: surgen cuando por medio de una conducta ya ejecutada se ha generado un riesgo para los bienes jurídicos de terceras personas y, por tanto, existe un deber de injerencia, es decir, un deber de intervención, protección o salvamento; así pues, toda persona natural o jurídica puede crear riesgos, por ejemplo, quien desea construir una casa y en ejecución de la misma genera una fuente potencialmente peligrosa para terceras personas, tiene la obligación entonces de tomar todas

¹⁴² La teoría de la imputación objetiva aplicada a la responsabilidad por omisión ha comenzado a ser minuciosamente tratada por la doctrina. Al respecto se destacan las siguientes obras nacionales: SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo y TEJADA RUIZ, Claudia, *La responsabilidad patrimonial del Estado*, Doctrina y Ley, Bogotá, 2014, p. 244 y s; PINZÓN MUÑOZ, Carlos Enrique, *La responsabilidad extracontractual del Estado*, Doctrina y Ley, Bogotá, 2014, p. 343 y s.

¹⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de agosto de 2011, rad. 17613, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁴⁴ Para tal efecto acogemos la tipología de categorías de fundamentación de deberes propuesta por la doctrina. Al respecto cfr. PERDOMO TORRES, José Fernando, *Posición de garante en virtud de confianza legítima especial*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 190 a 215; VILLANUEVA GARRIDO, Gustavo Adolfo, *El funcionalismo y la imputación objetiva*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2011; MOLINA ARRUBLA, *Funcionalismo e imputación objetiva*, Leyer, Universidad Externado de Colombia, T.I y T.II, Bogotá, 2003; LÓPEZ DÍAZ, Claudia, *Introducción a la imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

Las medidas necesarias para controlar la fuente de peligro, instalando mallas para evitar la caída libre de objetos de construcción, asegurando el acceso y sendero peatonales, etc.; lo mismo pasa cuando una persona abre una zanja al frente de su casa para realizar reparaciones, tiene la obligación de adoptar medidas de seguridad, señalización, iluminación y advertencia para que los transeúntes no resulten lesionados; iii) Deberes por asunción del riesgo: se presentan cuando se asumen voluntariamente deberes de protección adicionales ante un peligro potencial ya existente o programado, de tal manera que deben ejecutarse prestaciones muy precisas para la compensación de la nueva situación de seguridad para el bien jurídico; así pues, quien asume el control de una fuente de peligro, tiene el deber de asegurar que ese peligro no exceda el riesgo permitido; iv) Deberes o garantías institucionales: son modelos de relaciones jurídicas en las que participan instituciones como lo son el Estado o la familia, y se construyen sobre expectativas normativas legítimas de los administrados o las personas. Por ejemplo, el Estado tiene una especial posición de deber a través de la fuerza pública y los cuerpos de seguridad estatal, respecto de una persona sobre la cual recaen amenazas intimidatorias que pueden vulnerar los derechos fundamentales a la vida y a la seguridad personal.

8.12. Bajo estos presupuestos, la Corte Constitucional en sentencia del 13 de noviembre de 2001¹⁴⁵ acogió la teoría de la posición de garante en los siguientes términos:

[15]. En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber:

“1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja– surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario– (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro (...).

2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso.

“Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por

¹⁴⁵ Corte Constitucional; Sentencia SU-1184 del 13 de noviembre de 2001. MP. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos¹⁴⁶ (se destaca).

8.13. La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 5 de junio de 2014¹⁴⁷, al pronunciarse sobre la masacre de Mapiripán a manos de actores violentos, condenó a oficiales en retiro del Ejército Nacional bajo los parámetros de la teoría de la posición de garante institucional así: La posición de garante (Garantenstellung), es entendida como el deber jurídico que tiene el autor de evitar un resultado típico, ubicación que le imprime el obrar para impedir que éste se produzca cuando es evitable. // La Corte (CSJ SP 14 Nov. 2007, rad 28017), se ocupó de reseñar cómo la jurisprudencia a la luz del Código Penal de 1980 y de la Constitución Política de 1991, estableció los criterios normativos para configurar los deberes de aseguramiento o las obligaciones de actuar y que de cumplirlas el sujeto evitaría la producción del resultado (garante de la evitación del resultado). // Allí se destacó que en el Decreto-Ley 100 de 1980 al consagrar como modalidad del hecho punible tanto la acción como la omisión (art. 19), también se previó en el artículo 21 el principio de causalidad, según el cual, “nadie podrá ser condenado por un hecho punible, si el resultado del cual depende la existencia de éste no es consecuencia de su acción u omisión. Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo”. // De tales preceptos emerge la “cláusula de equivalencia” entre acción y omisión, equiparando la acción con el no hacer y no impedir conscientemente el resultado (...) En la posición de garante que surge de la competencia institucional, como obligaciones normativas específicas, el deber jurídico emerge del propio artículo 2º del texto superior, según el cual, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, sin alguna discriminación, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Así mismo, del artículo 6º del mismo texto al contemplar que los servidores públicos son responsables no sólo por infringir la Constitución y las leyes, sino por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, de lo cual se dibujan unos deberes positivos frente a la amenaza de los bienes jurídicos. Y ya tratándose de miembros de la fuerza pública, se ha dicho que proviene de las finalidades de las fuerzas militares, de defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio y del orden constitucional (artículo 217 de la Constitución), o de la Policía Nacional del mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes en Colombia, convivan en paz (artículo 218 ejusdem). // A su turno, en aplicación del bloque de constitucionalidad se ha acudido a Instrumentos Internacionales, como las normas del Derecho Internacional Humanitario que protegen a la población civil en caso de conflicto armado interno, específicamente, los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y 8 de junio de 1977. No se desconoce que con la Ley 599 de 2000 se precisaron normativamente las posiciones de garante en las cuales la persona tiene la obligación de controlar o proteger determinado bien jurídico o de vigilar a otras personas ante una fuente de riesgo, pues en el artículo 10º y como principio rector se plasmó la necesidad que, en sede de tipicidad, en los tipos de omisión el deber esté consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la Ley, en tanto que el artículo 25 prevé (...) La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión. Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo.

¹⁴⁶Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993, p. 796 y ss.

¹⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 5 de junio de 2014, rad. 35113, M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER.

conforme a la Constitución o a la ley. // Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones: 1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio. ; 2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas; 3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas; 4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

8.14. El artículo 25 del Código Penal citado por la Corte Suprema de Justicia prevé cuatro situaciones de las que se reputa la posición de garante:

El numeral primero alude a la asunción del agente sobre una fuente de riesgo o la protección sobre una persona; el segundo y el tercero se refieren a deberes positivos emanados de las relaciones institucionales que a su vez se fundamentan en expectativas de acción en donde el garante debe prestar ayuda. Esos deberes positivos emergen de instituciones como el matrimonio, las relaciones paternas filiales, las de confianza y los deberes del Estado frente a los ciudadanos. El numeral Primero apunta a deberes negativos que se dan cuando el agente crea un comportamiento antecedente de índole antijurídico promotor de un peligro o de una situación riesgosa, surgiéndole el deber de asegurar esa fuente de riesgo o de adoptar las medidas de salvamento que correspondan (...) (se destaca).

Estima la Sala que el cambio hecho por el Tribunal, en manera alguna implica la atribución de hechos diferentes a los narrados en la acusación, toda vez que tanto en ésta como en la sentencia la base fundamental es la "inercia militar", cuando se enfatiza en que USCÁTEGUI no ejecutó alguna acción para la protección de las personas de Mapiripán, habiendo tenido conocimiento de la presencia de los paramilitares en el lugar desde el primer día de la incursión armada, con el fin de permitir la libre acción de los mismos. Tanto en la acusación como en la condena se pondera la falta absoluta de actuación por parte del Brigadier General, conducta omisiva propia del incumplimiento de deberes, sólo que aquella es propia de la posición de garante, en tanto que en ésta hace parte del plan criminal (...) De manera que la salvaguarda exigible para el inculpinado deviene de la protección a los bienes jurídicos que debió dar a la población de Mapiripán en su condición de servidor público y Brigadier General del Ejército Nacional, así como la competencia asignada administrativamente en ese territorio, además, porque conoció de manera clara y oportuna la advertencia del posible ataque y que luego se materializó sometiendo los agresores a los pobladores. (...) Esa total indiferencia frente a tan delicada información recibida, lo hace responsable en este proceso, porque una vez fue avisado del hecho, solicitándole que prestara el apoyo necesario, bajo la posición de garante, no hizo el menor esfuerzo por realizar alguna acción de salvamento de las inminentes víctimas, incumpliendo así su misión institucional¹⁴⁸.

8.15. La Sección Tercera del Consejo de Estado con apoyo en elementos de imputación objetiva de posición de garantía, ha resuelto varias controversias en sede de reparación directa. Al respecto, en sentencia del 4 de octubre de 2007¹⁴⁹, se condenó al Estado por las lesiones producidas a un campesino por parte de un tercero cuando era colaborador del Ejército Nacional en labores de seguridad militar, lo que implicó un riesgo sobre el ciudadano que se concretó en lesiones que produjeron una paraplejía que comprometía casi el 80% de su movilidad. En esta decisión se precisó:

Desde esa perspectiva, es claro que el Ejército Nacional conocía de la situación de peligro que se había radicado en cabeza del señor Argemiro Tobón –no propiamente a sus instancias–, sino a partir de la actividad desplegada por los miembros de la institución militar. En ese contexto, es claro que la administración pública incumplió el deber de protección y cuidado que se generó una vez el señor Tobón Rueda comunicó el peligro que corría su vida e integridad física como resultado de los frecuentes acantonamientos que efectuó el Ejército

¹⁴⁸ Ibidem.

¹⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de octubre de 2007, rad. 15567, M.P. Enrique Gil Botero.

Nacional en terrenos de su propiedad, motivo por el cual, se puede señalar que aquél asumió posición de garante¹⁵⁰ frente a la integridad del ciudadano (...) Es por ello, que el Ejército Nacional conocía a cabalidad la situación de riesgo o peligro objetivo en que se hallaba el señor Tobón Rueda, motivo por el cual ha debido brindar todos los elementos de protección que evitaran la concreción del daño causado; lo anterior, toda vez que si bien no existe una prueba que indique que aquél pidió, de manera expresa, seguridad a la fuerza pública, la misma debió ser suministrada de forma espontánea y sin requerimiento alguno, como quiera que el simple hecho de tener certeza por las autoridades militares de la situación en que se colocaba al administrado, radicaba en cabeza de las mismas la obligación de brindar los instrumentos y elementos suficientes para impedir cualquier resultado dañoso. // Se puede deducir por lo tanto, que el daño antijurídico no se hubiera generado de haberse verificado una actuación pro activa por parte de la administración pública, ya que ante la comprobación de que un colaborador forzado de la institucionalidad estaba viendo comprometida su integridad en todo sentido por tal situación, se le ha debido proveer protección y seguridad con el fin de impedir que cualquier tipo de bien jurídico de los que fuera titular se viera afectado, lo que no es más que la consecuencia lógica de haber asumido el Estado la posición de garante respecto del administrado.

8.16. En otra decisión de la Sección Tercera del 4 de diciembre de 2007¹⁵¹, se aplicó la posición de garante y se declaró la responsabilidad patrimonial del Estado por la muerte de un inspector del trabajo que fue asesinado y a quien no se le brindó protección. En aquella oportunidad se dijo:

2.6. En esa perspectiva, para la Sala no son de recibo los escasos y débiles argumentos suministrados por el a quo, en relación con el cumplimiento de las entidades públicas demandadas, respecto de la obligación de protección y seguridad, toda vez que el análisis serio y detenido de los medios de convicción, permite plenamente dar por acreditado que el Comando de Policía de Envigado conocía de los hechos de riesgo y situación de peligro que

¹⁵⁰ Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado: "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 si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante. Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa. (...) En una grave violación a los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquel que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión. En virtud del principio de igualdad, cuando la acción y la omisión son estructural y axiológicamente idénticas, las consecuencias deben ser análogos: Si la conducta activa es ajena al servicio, también deberá serlo el comportamiento omisivo. Un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal. Las fuerzas militares tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del derecho internacional humanitario (restricción absoluta con frente a los estados de excepción según lo dispone el artículo 214 de la Constitución) y los derechos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Colombia, no pueden ser suspendidos durante tales estados. Permitir que ocurran, sea porque activamente intervienen en ellas o porque omiten el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos, constituye una flagrante violación a la posición de garante de las condiciones mínimas y básicas de la organización social y, por lo mismo, nunca podrán considerarse como un acto relacionado con el servicio. En suma, desde el punto de vista estrictamente constitucional, resulta claro que las Fuerzas Militares ocupan una posición de garante para el respeto de los derechos fundamentales de los colombianos. La existencia de esa posición de garante significa que el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia). Las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; estas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho." Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. (Negrillas del original).

¹⁵¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2007, rad. 16894, M.P. Enrique Gil Botero.

rodenban al inspector Luis Alonso Herrera. No se trata de endilgar una obligación de imposible cumplimiento al Estado, en los términos de la relatividad de la falla del servicio, sino que, en el caso concreto, se infiere que la administración pública tenía conocimiento de la situación y no adoptó las medidas necesarias para proteger la vida del ciudadano. Y resulta no sólo desafortunado, sino además desesperanzador, el argumento traído a colación por el a quo en la sentencia en cuanto a que “es de conocimiento público que el servicio de policía de nuestro país, carece, desafortunadamente de los recursos necesarios para proteger la vida y los bienes de todos y cada uno de los habitantes.” [...] La relatividad de la falla, en estos eventos, se relaciona con la imposibilidad de exigir de manera absoluta a la organización estatal, prevenir cualquier tipo de daño o resultado antijurídico, como quiere que el Estado no se encuentra en capacidad de brindar una protección personalizada a cada individuo que integra el conglomerado social. No obstante lo anterior, el deber de protección de la vida, honra y bienes que se radica en cabeza del Estado, se torna más exigente en tratándose de personas frente a las cuales es posible o probable que se concrete o materialice un riesgo de naturaleza prohibida. En términos funcionalistas, se tiene que el Estado, como estructura en cabeza de la cual se radica el poder político y público y, por consiguiente, el monopolio de la fuerza armada, no sólo está obligado a prevenir el delito sino también a responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que, pudiéndose evitar, se concretan por omisión en el cumplimiento del deber legal contenido los artículos 2 y 218 de la Carta Política. (se destaca).

8.17. En sentencia del 10 de julio de 2013¹⁵², en materia de conscriptos, se declaró administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, por la muerte de un soldado que en cumplimiento de una misión oficial fue atacado por un panal de abejas, situación que condujo a que se lanzara a una quebrada y se ahogara. En aquella ocasión la Corporación consideró:

Contrario a lo que se expuso en la sentencia de primera instancia, para la Sala si bien la muerte del señor Patiño Carvajal obedeció finalmente a una sucesión de hechos desafortunados, entre ellos, unos derivados de la naturaleza, lo cierto es que tales circunstancias no son suficientes para desestimar la responsabilidad de la entidad demandada. Se reitera que con ocasión de las obligaciones de especial sujeción –posición de garante– que el Estado asume frente a los soldados regulares, derivadas de la imposición, esto es de disponer de la libertad de algunas personas con el fin de que presten el servicio militar, la Administración asume, de manera correlativa, el deber de protegerlos y la asunción de los riesgos que se creen como consecuencia de la realización de las tareas que a ellos se les asigne.

8.18. En sentencia del 21 de noviembre de 2013¹⁵³, la Sección Tercera en aplicación de la tesis de la garantía institucional condenó al Estado por la desaparición forzada de algunos ciudadanos a manos del denominado grupo de seguridad “CONVIVIR”:

La Sala admite que de la lectura del plenario, no se colige que alguna autoridad haya provocado directamente la desaparición de las ocho personas oriundas del municipio de San Roque, comoquiera que no se tiene prueba alguna de que miembros del Ejército hayan participado en el delito plural. Este solo hecho, permitiría, en principio, absolver a la demandada, conclusión a la que llegó el a quo, en razón a que ninguno de sus agentes estuvo involucrado en el ilícito. No obstante, en vista de que la responsabilidad del Estado puede tener lugar por hechos de terceros, cuando es precisamente la acción u omisión de alguna autoridad la que permitió o propició el hecho dañoso (...) En este estado de cosas, se infiere con nitidez, que de lo que da cuenta el plenario es de la desaparición y posible ejecución de varios ciudadanos en una de esas mal llamadas “labores de limpieza social”, o de “sospecha guerrillera”, que constituyen sin lugar a ambigüedad alguna, una vergüenza nacional, no sólo frente al mundo, sino ante el tribunal de la razón y la civilidad, por más deteriorada que se

¹⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de julio de 2013, rad. 27764. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de noviembre de 2013, rad. 29764. Enrique Gil Botero.

encuentre en un momento histórico dado, de allí que, los hechos indicadores son suficientes para dar por probado que la demandada incurrió en una falla del servicio por omisión, y por lo tanto, le es imputable el daño alegado, pues se reitera, tristemente en época que se espera ya superada, en un culto al prejuicio, se devaluó por falta de vigilancia y protección estatal, al ciudadano humilde, y fue eso sin eufemismo alguno lo que ocurrió, y así lo trasunta este proceso¹⁵⁴. Para la Sala, es inadmisibile y censurable la existencia de este tipo de grupos al margen de la Ley, los que nacieron con un fin vengativo para con la guerrilla, y extendieron esa pasión y odio a todos los que consideraban sospechosos de participar en actividades subversivas, sospechas que marcaron la comisión de cantidades de delitos -desapariciones, muertes, secuestros, masacres- en las que resultaron victimas personas ajenas al conflicto. Y esta situación se afianzó en determinados sectores del país, como ocurrió en esta zona del Departamento de Antioquia -Magdalena Medio-. (...) Lo anterior, refleja una situación evidente de violencia extrema para la década de los noventa, que se afianzó con la consolidación de grupos ilegalmente armados en determinadas zonas del territorio. Asunto que no era desconocido para el Estado, pues la comisión reiterada de delitos bajo las mismas modalidades en un espacio determinado configuró el contexto de violencia, y con ello, el conocimiento del riesgo por parte de las autoridades llamadas a proteger a los asociados en condición de inminencia de ser victimas, generándose una posición de garantía, y por ello era el Estado el obligado a asumir ese rol de garante de los derechos de quienes estaban expuestos a ese tipo de ilícitos.

8.19. Recientemente, la Sección Tercera en sentencia del 12 de febrero de 2014¹⁵⁵, bajo los criterios de posición de garante condenó al Estado por los perjuicios causados a un fiscal quien realizó investigaciones por terrorismo, masacres, narcotráfico y secuestro, y fue objeto de amenazas. En aquella oportunidad se expuso:

El reciente precedente de la Sala se plantea que la omisión del Estado como fundamento de la responsabilidad puede fundarse en la tesis de la posición de garante, con lo que se intenta superar la tesis de la falla del servicio, en la medida en "que cuando a la Administración Pública se le ha impuesto el deber jurídico de evitar un resultado dañoso, aquella asume la posición de garante en relación con la víctima, razón por la cual de llegarse a concretar el daño, éste resultará imputable a la Administración por el incumplimiento de dicho deber". En el mismo precedente se señaló que la posición de garante ya ha sido acogida en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos (...) Se trata de afirmar la responsabilidad del Estado pese a que los hechos son causados por terceros, en la medida en que a la administración pública le es imputable al tener una "posición de garante institucional", del que derivan los deberes jurídicos de protección consistentes en la precaución y prevención de los riesgos en los que se vean comprometidos los derechos humanos de los ciudadanos que se encuentran bajo su cuidado, (...) En el caso concreto, sólo se encuentra acreditado el desplazamiento forzado dentro del país en el periodo comprendido entre la fecha en que se declaró insubsistente a CARLOS GUILLERMO RUIZ LUNA y la fecha en que la Fiscalía informó que dicha persona rechazaba la protección que se le ofrecía.

8.20. Para el caso en concreto, lo relevante en la estructura del título jurídico de imputación de falla en el servicio por omisión es la posición de garante que surge de los deberes de salvamento, los cuales aparecen por la realización de comportamientos precedentes peligrosos; en otras palabras, esto implica que quien con una conducta peligrosa genera un riesgo previsible para los bienes jurídicos de terceras personas, tiene el deber funcional de controlar, neutralizar o revocar la fuente de daños. La posición de garante se fundamenta en la existencia de ámbitos funcionales positivos o negativos, de modo que para imprecisar una falla en el servicio por omisión es menester verificar si la entidad demandada tenía la

¹⁵⁴ Esta Sala en sentencia del 18 de junio de 2008, tuvo la oportunidad de pronunciarse en los mismos términos. rad. 15.625. MP. Enrique Gil Botero.

¹⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 12 de febrero de 2014, rad. 34440, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En similar situación fáctica se puede consultar la sentencia del 23 de mayo de 2012 del mismo ponente. rad. 41142.

obligación de actuar y si con su omisión defraudó las expectativas normativas legítimas de la víctima, con lo cual creó un riesgo jurídicamente desaprobado.

C. La importancia de la posición de garante en el título jurídico de imputación de falla del servicio por omisión y su aplicación al caso concreto

9.1. *De acuerdo con el análisis abordado anteriormente en asocio con los hechos probados se tiene que:*

9.2. *Era un hecho notorio y, además, de conocimiento de las autoridades del municipio de Medellín, que las CONVIVIR y el Comité de Participación Ciudadana Comerciantes Vecinos Empresas Públicas de Medellín, se habían instalado en la sede entregada en comodato precario a la ASOCOMUNAL, ubicada en el piso 2º de la calle 53 n.º 51-42 de la ciudad de Medellín, las cuales prestaban servicios de vigilancia y seguridad privada y cuyos miembros se encontraban involucrados en actos ilícitos que alteraban el orden público.*

9.3. *Lo anterior, implicaba una obligación para las autoridades municipales de contrarrestar el riesgo al cual estaban sometiendo a la población civil que se encontraban cerca del lugar de operación de estas organizaciones, consistente en denunciar las conductas ilícitas a las autoridades competentes y terminar sin dilaciones toda relación o vínculo con ASOCOMUNAL, cuyo presidente y representante legal era el mismo que el de las otras organizaciones que se habían instalado ilegalmente allí, esto es, la Asociación Convivir para la Educación, la Paz y la Libertad "AC-EPAL" y el Comité de Participación Ciudadana Comerciantes Vecinos Empresas Públicas de Medellín.*

9.4. *La omisión de las autoridades municipales respecto de sus obligaciones funcionales constituyen una abstención voluntaria del ejercicio de sus deberes de evitar daños antijurídicos, pues a sabiendas que este tipo de organizaciones realizaban operativos y actividades de inteligencia y seguridad privada paraestatal y que incurrían en conductas ilícitas, renunció injustificadamente a actuar y con su silencio aceptó implícitamente que estas personas, siguieran cometiendo actos contrarios a la ley. En otras palabras, las autoridades territoriales con su inercia administrativa asintieron en la permanencia de estas organizaciones criminales en el inmueble arrendado para otro fin, y no sólo renunciaron voluntariamente al deber de evitar los posibles resultados dañosos, sino que los efectos de su silencio ocasionaron que se pusiera a la sociedad en una situación clara de riesgo; de este modo, se incurrió en una ostensible infracción a un deber funcional, cuya relación de riesgo se concretó evidentemente en un acto de terrorismo de un grupo organizado al margen de la ley, lo que permite definir esta situación como un evento de responsabilidad estatal por falla del servicio por omisión.*

9.5. *A propósito de la responsabilidad del Estado por omisión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que cuando el riesgo es cognoscible y previsible, se define un deber de evitación del resultado dañoso a cargo de la autoridad que tiene la competencia, garantía normativa que compromete la responsabilidad del Estado frente a actos violentos de terceros cuando existe por parte de las autoridades "conocimiento de una situación de riesgo real y cierto para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades reales o razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía"¹⁵⁶. En el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la doctrina se propone establecer "estructuras de imputación" de la responsabilidad del Estado cuando son "actores no-estatales", bajo los siguientes supuestos:*

¹⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006, serie C n.º 140, párr. 123-124; *Caso Castillo González y otros vs. Venezuela*, sentencia de 27 de noviembre de 2013, serie C n.º 256, párr. 128-129; *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, sentencia de 27 de noviembre de 2008, serie C n.º 192, párr. 78.

i) cuando el Estado omite la adopción de medidas razonables para prevenir la violación de los Derechos Humanos; ii) cuando el actor está actuando bajo la dirección, siguiendo instrucciones o con control de un Estado; iii) cuando el actor ejerce elementos de autoridad gubernamental ante la ausencia de autoridades oficiales; iv) cuando la conducta del actor es adoptada de manera subsecuente por el Estado; v) cuando la conducta del actor es la de un movimiento alzado en armas que tras triunfar militarmente se convierte en el nuevo gobierno de un Estado; vi) cuando hay delegación de funciones estatales al actor no estatal, o vii) cuando el Estado crea una situación objetiva de riesgo y luego no despliega los deberes de salvamento que le son exigibles (pensamiento de la injerencia)¹⁵⁷. (se destaca).

9.6. Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que no puede atribuirse responsabilidad al Estado por todas las violaciones a los derechos humanos que se presentan en su territorio; así, tratándose de "hechos de terceros que no han actuado en connivencia con la fuerza pública, y, en los cuáles no hay un hecho imputable a un agente estatal", la doctrina y la jurisprudencia internacional comparten en estructurar la responsabilidad sobre la base de que se reúnan dos elementos: i) que el Estado incumpla con los deberes de diligencia que le son exigibles en la evitación de graves violaciones a los derechos humanos, y ii) que se trate de riesgos inminentes y cognoscibles¹⁵⁸.

9.7. Por ende, la doctrina sostiene de manera plausible que, a nivel del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuando la conducta violatoria de los derechos humanos es atribuible a actores estatales, el Estado quebranta una obligación de resultado y la responsabilidad surge inmediatamente, mientras que si se suscita un acto violento por parte de terceros, surge el interrogante de si el derecho de los derechos humanos ha sido violado y para ello será indispensable analizar tres elementos: i) los instrumentos de prevención utilizados, ii) la calidad de la respuesta y iii) la reacción del Estado ante tal conducta. Estos aspectos se determinan usualmente a través del estándar de la diligencia debida¹⁵⁹.

9.8. Al respecto, el Comentario General n.º 31 del Comité del Pacto señala: "las obligaciones positivas de los Estados Parte por asegurar los derechos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos sólo serán cumplidas si los individuos son protegidos por el Estado, no sólo por la violación del Pacto por parte de sus agentes, sino también por actos cometidos por personas o entidades privadas (...) Puede haber circunstancias en las que la falta de asegurar los derechos del Pacto, daría pie a violaciones en cabeza de los Estados parte, como resultado de que los Estados Parte dejen de tomar medidas o no ejerciten la diligencia debida para prevenir, castigar, investigar o reparar el daño causado por personas o entidades privadas por esos actos"¹⁶⁰ (se destaca).

¹⁵⁷ Cfr. Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, 56 período de sesiones, Res. 56/83 (enero 28, 2002), Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, art. 2, pp. 9 a 10. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01478/U0/PDF/N0147800.pdf?OpenElement>

cfr. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. "La responsabilidad internacional del Estado por el hecho de terceros", Trabajo de posesión como miembro correspondiente de la Academia Colombiana de jurisprudencia, Bogotá, 1º de noviembre de 2007. Al respecto se puede revisar: http://www.acj.org.co/ojsist_info/?p=productsMore&iProduct=1279 consultado el 28 de mayo de 2014.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 5.

¹⁵⁹ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. Comentario General n.º 31. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto, Documento CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, *ibid.*, nota de pie de página n.º 21. Al respecto se puede revisar: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=478b26ea2> consultado el 28 de mayo del 2014.

¹⁶⁰ *Ibid.* <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=478b26ea2> acápite n.º 8 del documento de Naciones Unidas, consultado el 28 de mayo del 2014.

9.9. Así las cosas, el Estado responde cuando con su conducta produce una violación de derechos humanos, así como también cuando con su omisión renuncia expresamente al deber jurídico de prevenir el daño mediante el ejercicio oportuno del estándar de diligencia debida. La Corte Interamericana al precisar el alcance del estándar de diligencia debida incorporada en el "Pacto de San José"¹⁶¹, precisó:

172. Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.¹⁶² (se destaca)

9.10. En el sub judice, la Sala encuentra que no está probada alguna conexión entre los autores del acto de terrorismo y el Estado; no obstante, se puede imprecisar la responsabilidad del Estado no por el acto de terrorismo en sí mismo, sino por la abstención voluntaria de la entidad demandada quien conocía del riesgo a prevenir mediante el ejercicio oportuno y eficiente de un estándar funcional de diligencia debida. Por tal razón, la Sala se aparta de lo sostenido por el a quo cuando absolvió a la entidad demandada, bajo la consideración de que "el hecho de haber arrendado un local para entregárselo en comodato a ASOCOMUNAL y que en dicho edificio se hubiesen colocado los elementos explosivos, en nada compromete la responsabilidad".

9.11. La responsabilidad del Estado por falta del servicio por omisión puede surgir por una defraudación voluntaria de un mandato de hacer, cuyos efectos producen un riesgo jurídicamente desaprobado. Si bien los daños antijurídicos se produjeron por un grupo armado organizado al margen de la ley en contra de las CONVIVIR, lo censurable es que el municipio conociendo las actividades desarrolladas por esta organización, creó un peligro jurídicamente desaprobado, con lo que posibilitó la concreción de la lesión de bienes jurídicos tutelados.

9.12. Por lo anterior, teniendo en consideración el conocimiento de la creación y la capacidad de concreción del riesgo que se cernía sobre los habitantes cercanos al lugar donde funcionaban ilícitamente las CONVIVIR, y la obligación de garantizar y proteger los derechos de las víctimas, se enmarca el caso concreto bajo el título jurídico de imputación de falla en el servicio por omisión y, para ello, es indispensable analizar la posición de garante que corresponde al Estado.

9.13. En los casos en que los daños antijurídicos provienen de una acción estatal, para que proceda la declaratoria de responsabilidad es relevante el principio de causalidad para fundamentar el juicio de imputabilidad a la entidad, pero en tratándose de casos de omisión, el principio de causalidad es infructuoso y solo podrá imputarse el resultado dañoso desde

¹⁶¹ "Los Estados partes de esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

¹⁶² "Artículo 1º Adóptanse como legislación permanente los siguientes Decretos legislativos dictados a partir del 21 de mayo de 1965: Parágrafo 1º. Igualmente adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones de los Decretos legislativos enumerados a continuación: El Decreto 3398 de diciembre 24 de 1965, con excepción de los artículos 30 y 34 (...)"

valoraciones normativas, en la medida que exista un encargo positivo de evitación del daño. En consecuencia, para estructurar la imputación bajo el título jurídico de falla en el servicio por omisión, se debe verificar la defraudación legítima de los ámbitos funcionales en los que incurrió la entidad demandada.

9.14. Para el caso concreto, la posición de garante es una figura de relevante utilidad para el instituto de daños, en la medida en que no está probado que haya existido un nexo causal entre una conducta positiva del Estado y el daño antijurídico, es decir, el Estado no intervino activamente en la concreción del daño antijurídico; sin embargo, esto no quiere decir que por presentarse una ausencia de participación causal del Estado en la producción del daño antijurídico no se pueda realizar un juicio de imputación, pues el Estado creó un riesgo cognoscible al estar enterado de que en las oficinas de ASOCOMUNAL, en realidad, habían grupos de CONVIVIR que estaban inmersos en conductas punibles tales como tortura, homicidios y otros, y tenía, por ende, dentro de su ámbito funcional un deber jurídico de neutralizar, controlar o revocar las fuentes de daños; abdicación voluntaria de la administración que permite atribuirle el daño antijurídico producido por los actos violentos de un tercero.

Dicho lo anterior, que debía citarse en su extensión por la tozuda posición planteada por quienes atendieron la defensa del Ministerio de Defensa en esta causa, encuentra este Tribunal, que la posición de garante, que no cumplió en su espectro amplio de acuerdo con el Bloque de constitucionalidad por parte de la Fuerza Pública colombiana, cuando se trata de atentados terroristas, ha ido cogiendo fuerza en la jurisprudencia reciente del Estado, al respecto se ha dicho¹⁶³:

“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 proporcionalidad¹⁶⁴ 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 ponderación¹⁶⁵ 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”¹⁶⁶.

¹⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, sentencia del 12 de febrero de 2014, Radicación número: 05001-23-31-000-2006-00827-01(45818), Actor: Gilma Rosa Echavarría Vera y Otro, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa, Referencia: Acción de Reparación Directa.

¹⁶⁴ “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización (...) En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios: de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VÁSQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.

¹⁶⁵ “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VÁSQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p. 64.

¹⁶⁶ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VÁSQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “... la aproximación de la ponderación priva de su poder

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 protección¹⁶⁷ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible¹⁶⁸. 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 ciudadano¹⁶⁹”.

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

¹⁶⁷ Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”. CASAL H, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*, 2ª ed., Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p. 31.

¹⁶⁸ Cfr. Günther Jakobs. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*, ZStW 89 (1977). Págs. 1 y ss.

¹⁶⁹ “En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber: 1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón que en la zanja – surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario – (pensamiento de la inferencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro. Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás. 2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso. Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes

*En una teoría de la imputación objetiva construida sobre la posición 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 si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante*¹⁷⁰.

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 universal¹⁷¹, 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"¹⁷², y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho¹⁷³."

En consecuencia, es evidente que un abandono de la presencia policial y militar en vastas zonas del territorio nacional, en momentos donde los grupos armados ilegales campean a sus anchas, es una conducta vulnerante del contenido obligacional que impone a las Autoridades de la República la razón de ser como garante de la convivencia pacífica, la solución civilizada de los conflictos y los fines de la paz y el progreso social, como punto destacado de la vida humana. Esa posición de garante se cristaliza precisamente cuando se tiene plena certeza del actuar de los grupos

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

¹⁷⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

¹⁷¹ "La profesora BELADÍEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales". LEGUINA VILLA, Jesús. "Prólogo", en BELADÍEZ ROJO, Margarita. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p. 23.

¹⁷² MIR PUIGPELAT, ob., cit., p. 204.

¹⁷³ "el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho". MARTÍN REBOLLO, ob., cit., p. 308.

armados ilegales que públicamente repiten su desprecio por los derechos humanos como las Farc y Auc.

CASO CONCRETO

Como quiera que todas las partes involucradas en este proceso presentaron recurso de apelación, esta Sala en acatamiento del precedente judicial, se circunscribirá a estudiar únicamente los aspectos que fueron objeto del recurso, sin hacer más consideraciones frente a las que las que allí se indicaron¹⁷⁴. Finalmente y por las órdenes a impartir, explicará más adelante las decisiones judiciales que se deben adoptar, aún de oficio, cuando se trate de graves violaciones a los DDHH y al DIH.

Conviene advertir¹⁷⁵:

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

Lo anterior, sin perjuicio de que esta Sala revise aspectos relevantes previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley¹⁷⁶, sin que por ello se afecte el principio de congruencia¹⁷⁷ de la Sentencia como el principio dispositivo^{178,179} del recurso.

¹⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31170, M.P. ENRIQUE GIL BOTERO, Expediente: 31.170, Radicación: 05001-23-31-000-1997-01172-01, Demandante: Luis Fomey Isaza Córdoba y Otros, Demandado: La Nación, Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, Asunto: Reparación Directa.

¹⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA; Sentencia del 12 de febrero de 2014, Radicación número: 50001-23-31-000-2000-00001-01(26013), Actor: Durabio Pérez y Otros, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, Referencia: Acción de Reparación Directa (Apelación Sentencia).

¹⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, sentencia de 22 de enero de 2014, Radicación número: 05001-23-31-000-1997-02629-01(27689), Actor: Elkin Valderrama Gómez y Otros, Demandado: La Nación - Rama Judicial - Ministerio de Justicia y del Derecho - Fiscalía General de la Nación - Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Nacional de Administración Judicial, Referencia: Acción de Reparación Directa (Apelación Sentencia)

¹⁷⁷ En relación con la aplicabilidad del principio de congruencia en lo que corresponde a la resolución del recurso de apelación puede consultarse el pronunciamiento efectuado recientemente por la Sala, mediante providencia fechada en abril 1 de 2009, dentro del expediente 32.800, con ponencia de la señora Magistrada Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se puntualizó: *"De conformidad con el principio de congruencia, el superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional"*.

¹⁷⁸ Dicho principio ha sido definido por la doctrina como: *"La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin". O como dice COUTURE, es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de remanar a los actos del proceso"* *"Son características de esta regla las siguientes: (...) El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado"* (negritas adicionales). López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, Pág. 106.

¹⁷⁹ Consejo de Estado - Sección Tercera - Sala Plena, sentencia de 9 de febrero de 2012, Exp. 21.060.

Se aborda el grueso del asunto para establecer si existe o no responsabilidad del Estado en los hechos luctuosos.

- Trámite de Alerta Temprana 040 enviada por el Defensor Delegado para la Defensa y Estudio de la Participación Ciudadana Director del Sistema Nacional de Prevención de Violaciones Masivas de Derechos Humanos Sistema de Alerta Temprana "SAT" (fl. 175 a 254).

a) Oficios del 24 de abril de 2002.

"De antemano remito a su Despacho la Alerta Temprana de Primer Grado que se emite de acuerdo con información allegada al SAT de la Defensoría del Pueblo, relacionada con amenazas contra la población civil y restricción al paso de alimentos y combustibles por parte de Grupos de autodefensas en los cascos urbanos de los municipios de Carmen del Darién (Chocó) y Vigía del Fuerte (Antioquia). Se informa del avance de dichos grupos hacia los municipios de Bellavista - Bojayá, Chocó y Murindó, Antioquia, donde se prevén enfrentamientos con las Farc quienes hacen presencia en dichos municipios, situación que podría provocar desplazamiento masivo.

Lo anterior con el fin de que en el marco de su competencia y misión de vigilancia y mantenimiento del orden público y regional, se adopten las medidas necesarias para la mitigación y alejamiento del riesgo.

Para efectos de una respuesta institucional integral y coordinada, le informo que se ha cursado copia de la alerta emitida al Comando General de las Fuerzas Militares, Comando de la II División del Ejército, Comando de la IV Brigada del Ejército, Batallón de Infantería Manosalva (Quibdó), Dirección General de Policía Nacional, Comando Departamento de Policía Chocó, Comando Departamento de Policía Antioquia, Ministerio del Interior, Vicepresidencia de la República y Red de Solidaridad Social".

- Trámite de Alerta Temprana No. 040 al interior de las Fuerzas Militares.

a) Oficio No. 002687 DIROP del 26 de abril del 2002, remitido por el Director Operativo de la Policía Nacional.

"En atención al documento de la referencia mediante el cual solicita al señor General de la Policía Nacional se tomen las acciones que sean necesarias para garantizar la integridad de los habitantes de los municipios de Carmen del Darién, Vigía del Fuerte, Bellavista y Murindó, en razón a que se encuentran amenazados por las autodefensas que operan en esas regiones del país, de manera atenta me permito informar lo siguiente:

Se impartieron instrucciones a los Señores PEDRO ANTONIO MOLANO BONILLA y Teniente Coronel RICARDO ANTONIO VARGAS BOLAÑO, Comandantes de los Departamentos de Policía Antioquia y Nariño, respectivamente, con el fin de adoptar las medidas a que haya lugar de acuerdo con las circunstancias y con los medios a su disposición en coordinación con las autoridades civiles, Departamento Administrativo de Seguridad DAS y organismos de la Fuerza Pública de la jurisdicción" (fl. 263).

b) Oficio No. 7721 CGFM-ING-DH-725 del 26 de abril de 2002, remitido por el Inspector General de las Fuerzas Militares.

"En atención a la alerta de la referencia, relacionada con presuntas amenazas contra la población civil y restricción al paso de alimentos y combustibles por parte de grupos de autodefensas ilegales en los cascos urbanos de los municipios de Carmen del Darién, Departamento del Chocó, y Vigía del Fuerte, Departamento de Antioquia, comunico a su Despacho que fue remitida a los Comandos del Ejército Nacional y de la Armada Nacional, con copia al Comando de la Primera División y con instrucciones para que se de respuesta directamente ante su Despacho" (fl. 264).

c) Oficio No. CEIGE-DH-725 del 2 de mayo de 2002, remitido por el Inspector General de las Fuerzas Militares.

"En atención al oficio No. 4020/CO-SAT-273/02 del 24-ABR-02, relacionado con la Alerta de la referencia, en la cual solicitan se activen los dispositivos de seguridad y protección necesarios para mitigar el riesgo y alejar la amenaza que al parecer se cierne contra los habitantes de los municipios de Carmen del Darién, Departamento del Chocó y Vigía del Fuerte, Departamento de Antioquia, informándose además del posible avance de dichos grupos hacia los Municipios de Bellavista - Bojayá (Chocó), me permito informarle que el referido documento fue remitido por competencia a los Comandos de la Cuarta y Decimoséptima Brigada, con el propósito de que se coordine con el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, la Policía Nacional y las Autoridades Locales y Departamentales las acciones necesarias para proteger los derechos fundamentales de la población civil y se adopten medidas tendientes a contrarrestar y a neutralizar el accionar delictivo de los agentes generadores de violencia" (fl. 265-266).

d) Oficio No. 0598 COMDEANT del 3 de mayo de 2002, remitido por el Comandante Departamento de Policía de Antioquia.

"En atención a su comunicación mencionada en el asunto de fecha 24 de abril de 2002, de manera atenta me permito informar al doctor, que se ha remitido al Comando de Policía Chocó, toda vez que Carmen del Darién y Vigía del Fuerte policialmente son de la competencia de esa unidad" (fl. 267).

f) Oficio No. 002875 DIROP del 3 de mayo de 2002, remitido por el Director Operativo Policía Nacional.

"En atención a los documentos de la referencia mediante los cuales solicita ante el señor general Director General de la Policía Nacional se tomen las medidas que sean de caso para mitigar el riesgo y alejar la amenaza de la que son víctimas los habitantes de los municipios de Carmen del Darién, Bellavista, Bojayá, Murindó y Vigía del Fuerte (Chocó) y los habitantes del departamento de Arauca, de manera atenta me permito informar lo siguiente:

Se impartieron instrucciones a los señores Teniente Coronel RICARDO VARGAS BOLANO y Coronel MARIO GUTIERREZ JIMÉNEZ, Comandantes de los Departamentos de Policía Chocó y Arauca respectivamente, con el fin de adoptar las medidas a que haya lugar de acuerdo con las circunstancias y con los medios a su disposición en coordinación con las autoridades civiles, Departamento Administrativo de Seguridad DAS y organismos de la Fuerza Pública de la jurisdicción" (fl. 268).

g) Oficio No. 7782 CGFM-ING-DH-725 del 3 de mayo de 2002, remitido por el Jefe del Estado Mayor Conjunto Fuerzas Militares.

"En atención al oficio de la referencia, relacionado con el seguimiento de la Alerta Temprana No. 040 del 25 de abril de 2002, y según el cual se habría constatado la presencia de las Farc en un retén ilegal ubicado en el Arquía, Corregimiento de Tagachí y de las Autodefensas ilegales en el margen izquierdo del Río Atrato, frente al Municipio de Vigía del Fuerte, me permito comunicar a su Despacho que el citado documento fue enviado para lo de su competencia a los señores General Comandante del Ejército Nacional y Vicealmirante Comandante de la Armada Nacional" (fl. 269).

i) Oficio No. 7762 CGFM-ING-DH-725, remitido por el Jefe del Estado Mayor Conjunto Fuerzas Militares.

"Siguiendo instrucciones del señor General Comandante General de las Fuerzas Militares y como complemento del oficio No. 7720 CGFM-ING-DH-725 del 26 de abril de 2002, mediante el cual se remitió la Alerta Temprana No. 40, relacionada con las presuntas amenazas contra la población civil y restricción al paso de alimentos y combustibles por parte de los grupos de autodefensa ilegal de los cascos urbanos de los Municipios de Carmen del Darién, Departamento del Chocó y Vigía del Fuerte, Departamento de Antioquia, adjunto me permito enviar a ese Comando copia del oficio de la referencia,

mediante el cual el Director del Sistema de Alertas Tempranas de la Defensoría del Pueblo, comunica que en seguimiento de la mencionada Alerta se habría constatado la presencia de las Farc en un retén ilegal ubicado en el Arquia, Corregimiento de Tagachí y de las Autodefensas ilegales en el margen izquierdo del río Atrato, frente al Municipio de Vigía del Fuerte, grupo que además estaría instalando falsos retenes en este municipio" (fl. 271).

j) Oficio No. 1066 CARMA-JONA-JEMN-725, remitido por el Vicealmirante Mauricio Soto Gómez, Comandante Armada Nacional.

"Siguiendo instrucciones impartidas en Oficios No. 7762 CGFM-ING-725 sin fecha y 7720 CGFM-INF-DH-725 de fecha 29 de abril de 2002 (anexos), con toda atención me permito informar a ese Despacho que de acuerdo a la Disposición No. 033 del 4 de noviembre de 1999 proferida por el Señor General de las Fuerzas Militares, la Armada Nacional no tiene jurisdicción sobre los municipios de Carmen del Darién y Bellavista - Bojayá (Chocó) y Murindó y Vigía del Fuerte (Antioquia). En esta región la Armada Nacional tiene responsabilidad exclusivamente Fluvial sobre la Red Fluvial Navegable del Río Atrato" (fl. 272-273).

k) Oficio No. 1065 CARMA-JEMN-EMNM5-725, suscrito por el Vicealmirante Mauricio Soto Gómez, Comandante Armada Nacional.

"Anexo al presente se envía copia del Oficio No. 7762 CGFM-ING-DH-725 sin fecha, mediante el cual se remite Oficio No. 4020/CO-SAT-0294/02 del 2 de mayo de 2002 complementando la información de la Alerta Temprana 040, que trata de la presencia de grupos al margen de la Ley en los municipios de Carmen del Darién, Bellavista - Bojayá (Chocó), Murindó y Vigía del Fuerte (Antioquia)" (fl. 274-275).

l) Oficio del 6 de mayo de 2002, enviado por el Doctor Honorio Miguel Henríquez Pinedo, Secretario Privado del Ministerio del Interior.

"...Al respecto, por instrucciones del señor Ministro del Interior, doctor Armando Estrada Villa, me permito informarle que dicha información ya había sido allegada a este ministerio por el Procurador General de la Nación, doctor Edgardo Maya Villazón por lo cual nos dirigimos al Ministro de Defensa Nacional, doctor Gustavo Bell Lemus, al Fiscal General de la Nación, doctor Luis Camilo Osorio Isaiza y al director de la Red de Solidaridad Social, doctor Fernando Medellín Lozano, para solicitar su concurso en la adopción de las medidas necesarias para proteger la vida e integridad de los habitantes de esta región del país y evitar el desplazamiento masivo de la población" (fl. 276).

m) Oficios N. DH: 1470 y 1471 del 25 de abril de 2002, enviados por el Asesor, Área de Gestión y Coordinación de la Vicepresidencia de la República al Comandante del Batallón Fluvial 50 y al Comando de la Armada Nacional.

"Reciba un saludo cordial. Por medio de la presente y para su conocimiento y fines pertinentes le comunico la delicada situación que viven los municipios de Carmen del Darién, Vigía del Fuerte, Murindó y Bellavista (Bojayá), pues han sido sometidos a restricción en el paso de alimentos, combustibles y amenazas por parte de grupos de autodefensas. Al mismo tiempo se temen enfrentamientos entre dichos grupos y guerrillas de las Farc que puede traer como consecuencia desplazamientos masivos de la población civil.

Otros datos que tenemos recogidos de fuentes confiables, en Apartadó hace unos días, cuentan que el día 20 de Abril pasado, se vieron once pangas sobre el río Atrato con miembros de las Auc bajando por el río y que luego desembarcaron y entraron a la población de Curvaradó realizando saqueos en dicha población. El día 21 del mismo mes de Abril, suben río arriba, otras cinco pangas que pasan por el Municipio de Riosucio, Chocó donde están los retenes y controles de las distintas fuerzas.

En el día de hoy hemos recibido la alerta temprana del SAT, la cual anexa con otros datos importantes" (fls. 681-684).

De la documental se aprecia:

- Que el Estado de manera genérica tiene la obligación de proteger la vida de los asociados,
- Que la Fuerza pública no tuvo despliegue presencial en la localidad territorial de Bojayá en momentos en que se anunciaba un inminente enfrentamiento entre facciones organizadas delincuenciales,
- Que el Gobierno central, el Gobierno nacional o el Alto gobierno (Presidencia de la República, Ministerio del Interior, Ministerio de Defensa, Comandos Generales de las Fuerzas Militares, del Ejército Nacional, de la Armada Nacional y la Dirección General de la Policía Nacional), en cualquiera de sus denominaciones usadas, era el encargado de solucionar la crisis institucional de ausencia de la fuerza pública en la región del Medio Atrato chochoano y
- Que, finalmente, la Fuerza pública omitió desempeñar con eficiencia y eficacia la función pública que supone su posición de garante de los derechos constitucionales y convencionalmente protegidos para vida, honra, bienes, creencias, derechos y libertades, de todos los residentes en Colombia -artículo 2º. C. P.- y la preservación de su libertad -artículo 5º. C. P.- de los asociados.

Y ello es evidente en tanto que la Secretaría General del Ministerio de Defensa Nacional, el Director General de la Policía Nacional, el Ministro de Defensa Nacional, el Secretario Privado del Ministerio del Interior y obviamente los Comandantes de las Fuerzas Militares, del Ejército Nacional y de la Armada Nacional, junto con el Director General de la Policía Nacional y el Presidente de la República sabían¹⁰⁰, ya por peticiones expresas de los Gobernadores de Antioquia y Chocó, del Presidente de la Asamblea Departamental del Chocó y de los Alcaldes de la región, i. que la presencia de grupos armados ilegales autodenominados Farc y Auc, en las márgenes del río Atrato, causaban desplazamientos e intimidación generalizada de la población rural y urbana adyacentes a la región del Medio Atrato, compuesta por, entre otros, los municipios de Medio Atrato, Bojayá y Vigía del Fuerte, ii. que no contaban con servicio de la Policía Nacional o de Fuerza pública, desde el 25 de marzo de 2000, fecha en la cual fueron asesinados 21 Policiales y la destrucción de las Estaciones de Policía de Bojayá y Vigía del fuerte.

La situación de ausencia estatal, facilitó la constante presencia de los grupos subversivos de las Farc en esta región, quienes se dedicaban al cultivo, procesamiento de alcaloides y convirtieron la zona en centro de preparación de acciones terroristas; que, igualmente se requería del desarrollo de coordinaciones del Alto gobierno, del Gobierno nacional o Gobierno central, necesarias con las Fuerzas Armadas, capaz de realizar las operaciones para recuperar el control de las zonas afectadas por la ausencia de la fuerza pública; por lo tanto, los Comandantes de la Policía y el Ejército en la región solicitaban, angustiados y sin eco alguno, al Gobierno Nacional, la creación de Batallones de Fusileros o de Infantería de Marina, o de construcción de Puestos o Bases de Policía en el medio Atrato y Juradó, debido a que la región se convirtió, indiscutiblemente y sin hesitación alguna, en centro y refugio de operaciones delincuenciales de la subversión y las autodefensas, aprovechando la posición estratégica y exuberantes del Departamento para violar los derechos fundamentales de los habitantes de la región, situación que solo el Gobierno Nacional podía solucionar, para hacer frente a las continuas confrontaciones surgidas entre las Farc, y las Autodefensas ilegales por el dominio de esa región.

¹⁰⁰ En los informes regionales sobre la crisis humanitaria, los Comandantes militares y policiales, les denominaba "Alto gobierno", "Gobierno nacional", "Alto mando", o "Gobierno central".

El punto crítico de la confrontación se dio desde el día 21 de abril de 2002, cuando ingresó a la región un grupo de las Autodefensas Ilegales del Bloque Elmer Cárdenas a los municipios de Vigía del Fuerte y Bojayá, en aproximadamente 600 bandoleros, ya que *“Testigos de los hechos cuentan que desde el 21 de abril del mismo año, habrían llegado paramilitares a Bojayá (Chocó) y Vigía del Fuerte (Antioquia), lo que hizo que tres días después, la Defensoría emitiera la Alerta temprana No. 040 con el grado 1, por la incursión de aproximadamente 300 efectivos de las Autodefensas Unidas de Colombia a los cascos urbanos de Vigía del Fuerte (Antioquia) y Carmen del Darién (Chocó), quienes anunciaron su avance hacia Murindó y Bojayá (Chocó), con el propósito de disputar a las Farc el control sobre el territorio de estos municipios, la eminencia de combates, posibles masacres y el desplazamiento de la población”* (fl. 346-364).

Si bien la vía fluvial vernácula requiere de 5 horas para copar Bojayá desde Quibdó, surcando el río Atrato; la misma distancia se sobrevuela en 25 minutos en helicóptero, pero, igualmente, desde Medellín hacia Bojayá, vía helicoportada, también requiere de 25 minutos de vuelo.

No obstante que se sabía que la situación requería el desarrollo de operaciones militares de gran despliegue, sin embargo, el Gobierno Nacional, no atendió la necesidad de controlar eficientemente los agentes generadores de violencia, y como nada se hizo, el 1 de mayo se iniciaron los combates en el municipio de Vigía del Fuerte (población antioqueña ubicada al frente del centro poblado Bellavista del municipio de Bojayá) entre los miembros de las autodefensas¹⁸¹ y la guerrilla¹⁸², concentrándose posteriormente en Bellavista. Por ese motivo, los habitantes de Bellavista comenzaron a refugiarse en la Iglesia, en la casa cural y en la casa de las Misioneras Agustinas.

Durante los enfrentamientos, que continuaron todo el día y parte de la noche del 1 de mayo de 2002, la población albergada en los refugios ascendió a un número aproximado a 500 personas; por lo tanto los guerrilleros instalaron un lanzador de pipetas (arma de construcción artesanal, de destrucción masiva y sin ninguna precisión técnica) en el patio de cemento de una casa de Pueblo Nuevo, artefactos no convencionales y artesanales que al impactar en el altar de la Iglesia, causaron unos 119 muertos¹⁸³ y 98 heridos, un porcentaje significativo de ellos menores de edad¹⁸⁴.

Estos vergonzosos hechos son, sin más, simplemente un crimen de guerra.

Estas pruebas demuestran que el Gobierno Nacional¹⁸⁵ sabía que la Fuerza Pública colombiana no tenía presencia o acantonamiento en los municipios de Vigía del Fuerte

¹⁸¹ Bloque Elmer Cárdenas de las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá (ACCU), bajo el mando de los comandantes Camilo, quien es herido y resultado muerto y del “Alemán”.

¹⁸² Frentes 5, 34 y 57 y Bloque móvil José María Córdoba de las Farc.

¹⁸³ Esta cifra es la conocida públicamente. El número definitivo nunca ha podido ser determinado por las autoridades competentes como lo ha reconocido la propia Fiscalía General de la Nación.

¹⁸⁴ No obstante haberse señalado en un primer momento la desaparición de 145 personas, de acuerdo información recibida por la Oficina, algunas fueron encontradas con vida y las otras reconocidas entre los muertos en días sucesivos.

¹⁸⁵ De acuerdo con el artículo 115 de la Carta Política, el Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos; por ello mismo, el Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno.

(Antioquia) y Bojayá (Chocó), a orillas del río Atrato, pero que no obstante ello, i. Las fuerzas estatales (Policía Nacional, Ejército Nacional y Armada Nacional) conocían de la presencia de los grupos al margen de la ley (Farc - Auc) en el Municipio de Bojayá, desde antes del año 2001, ii. Igualmente sabían que esos grupos se disputaban a muerte el dominio del territorio, iii. Tenían conocimiento que los ilegales pretendían tomarse de manera violenta los centros poblados de la región, y uno de ellos, el sitio de Bellavista, en donde finalmente acaecieron los hechos luctuosos del 2 de mayo de 2002. iv. Sabían desde el mes de diciembre de 2001, inclusive, hasta el mes de abril de 2002, que el enfrentamiento era inminente, el cual infortunadamente ocurrió, se reitera, el 2 de mayo de 2002, con las consecuencias nefastas conocida por todos. v. Esas pruebas también demuestran que la Fuerza Pública sabía que los enfrentamientos eran inminentes, en tanto las amenazas de los dos grupos armados se hicieron públicas y en ese momento eran conocidas por todos los moradores del lugar, así como también, de las instituciones y de órganos protectores de los derechos humanos, tales como la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría y Organizaciones no Gubernamentales, quienes de distintas maneras les hicieron saber al Estado colombiano, el posible hecho dañoso, en el municipio de Bojayá; vi. La Fuerza Pública no hizo nada para repeler o mitigar la ocurrencia de los mismos, tan solo se convirtió en un espectador más de la barbarie, eso sí, a prudente distancia; vii. Ese actuar omisivo del Estado dejó a la población civil a su suerte, sin importarle que allí se encontraban familias enteras e indefensas, que no tuvieron sosiego ni siquiera en el lugar donde pretendieron infructuosamente refugiarse.

El Estado colombiano tan solo hizo presencia en Bojayá al filo del mediodía del 7 de mayo siguiente, cuando fuertemente escoltados por la Fuerza Pública, el Presidente de la República y los Ministros del Interior y de Defensa arribaron helicopiados al sitio Bellavista de Bojayá, no empece a que varias Ong y la prensa, habían llegado al lugar varios días antes; el olor a descomposición era entonces insoportable pues muchos cuerpos humanos resultaron sencillamente despedazados, irreconocibles, y por ello mismo, inidentificables.

Las pruebas del daño y de la omisión de la administración pública en el caso concreto.

El daño causado se origina en la muerte de un número indeterminado de personas y las heridas a otras tantas que nunca se cuantificaron ni identificaron plena y cabalmente; el daño produjo, según la demanda, perjuicios morales, materiales e inmateriales de quienes integran la parte actora, en el caso reclamado por el fallecimiento de BENJAMÍN PALACIOS ZÚÑIGA, LUZ DEL CARMEN PALACIOS HURTADO, MERCEDES PALACIOS HURTADO, CRECENCIO PALACIOS HURTADO, ELVIA PALACIOS HURTADO, VICTOR ANTONIO PALACIOS HURTADO, ROSALBA PALACIOS HURTADO, YESENIA PALACIOS HURTADO y EMERITA PALACIOS HURTADO.

Las imputaciones reducidas a la apelación, dicen que el mando de la Policía Nacional, el Ejército Nacional y la Armada Nacional, **contra expresa prohibición constitucional**, se abstuvieron de ejercer las acciones afirmativas que una crisis humanitaria como la descrita ameritaba, en desarrollo del cual la población civil fue atacada por individuos pertenecientes a la organización armada ilegal "Farc" con cilindros bomba para desterrar a los irregulares de las "Auc" que se habían mimetizado en el centro poblado de Bellavista y se escudaron en su población; a consecuencia de ello, la muerte y el desprecio por la vida humana se enseñoreó de Bellavista (Bojayá).

En el proceso se encuentra plenamente demostrado que la muerte de un número jamás determinado de personas se produjo como consecuencia del atentado terrorista de las huestes fascinerosas de las Farc, dirigido contra la población civil que servía de escudo humano a los criminales de las Auc, y que la posibilidad de que dicho suceso tuviera lugar fue previamente advertido a las Autoridades accionadas, sucesos que finalmente se desencadenaron sin que se hubieran cumplido con normas internas que imputaban al Gobierno Nacional y precisamente al mando institucional de las Fuerzas Armadas la utilización de hombres, armas, avituallamientos y demás apoyos logísticos que solo podía hacer, se repite, el Gobierno Nacional, en coordinación entre el Presidente de la República, los Ministerios del Interior y de Defensa Nacional y los Comandantes de las Fuerzas Militares y de Policía, con la realización de rutinarios patrullajes de control ciudadano o de combate en localidades o de presencia urgente helicopiportada de la Fuerza Pública y cómo no, con el acantonamiento militar y policial en la región.

El proceso causal del atentado terrorista fue anticipado internamente como lo informa la atención que a los Comandantes del Ejército y de la Policía Nacional les suscitó la novedad desde los informes de inteligencia, desde las alertas tempranas de autoridades regionales y locales, organizaciones no gubernamentales y de las comisiones internacionales (Cruz roja y ONU), en las que se consignan la información correspondiente con la fuerte presencia de ilegales ante el retiro de la Fuerza Pública de Bojayá.

Se evidencia que la Fuerza Pública, por causa exclusiva del Gobierno Nacional, no dispuso del apoyo logístico propio para desarrollar su labor, que desde diciembre de 2001 se tornaba inminente; olvidando por completo planear, estructurar y ejecutar, eventualmente, acciones de combate en localidades y de desplazar sus efectivos por vía fluvial o aérea, a la región.

En medio de su inadecuada actividad, integrantes demenciales del grupo armado ilegal "Farc" atentaron contra la población civil, enceguecidos por su sed de venganza territorial para recuperar sus bastiones ilegales y causaron un impresionante daño en el cuerpo y la salud de decenas de personas.

Para el caso concreto, la muerte de BENJAMÍN PALACIOS ZÚÑIGA, LUZ DEL CARMEN PALACIOS HURTADO, MERCEDES PALACIOS HURTADO, CRECENCIO PALACIOS HURTADO, ELVIA PALACIOS HURTADO, VICTOR ANTONIO PALACIOS HURTADO, ROSALBA PALACIOS HURTADO, YESENIA PALACIOS HURTADO y EMERITA PALACIOS HURTADO es el daño padecido por la parte actora.

El contenido normativo que rige el incumplimiento estatal de sus deberes por parte del Estado colombiano es el mandato del artículo segundo de la Carta en concordancia con todas las normas de Derechos humanos, Derecho Internacional humanitario y Derecho internacional de los Derechos humanos, civiles y políticos que comportan el Bloque de constitucionalidad, como principios que irradian toda la gama de derechos consustanciales al ser humano.

En estas determinaciones oficiales existe una constante, y hace relación a que nunca se hizo de los informes de inteligencia militar y de comunicaciones internas del mando territorial policial, el insumo básico institucional, policial y militar para desarrollar amplias labores de fuerte espectro encaminados a recuperar el control institucional de la región que permitieran restablecer el orden, la seguridad y la tranquilidad de los habitantes de Colombia.

En este sentido, la Sala no atiende ni entiende las manifestaciones insertas en las intervenciones judiciales de quienes representaron los intereses de la Nación en esta causa y que siguen propugnando por unas causales de exoneración inadmisibles como el hecho exclusivo y determinante de un tercero, dificultades climáticas y territoriales y supuestas obligaciones modales de medio y no de resultado en la tarea institucional de la Fuerza Pública, que desconocen, sin razón valedera alguna, su posición de garante de los derechos humanos de los habitantes del sector agredido por las bandas criminales que se dieron cita pública de muerte y degradación en el centro poblado de Bellavista.

Para la Sala no existe motivo de duda o desconfianza en los dichos documentales y testimoniales que a lo largo de este proceso se recogieron, ellos ofrecen certeza de revelación histórica de la manera cómo se produjo el atentado terrorista que finalmente trajo consigo la muerte a un número jamás esclarecido de habitantes de Bojayá. Esta prueba documental goza de toda la fuerza de persuasión y conduce a la Sala a dar por demostrado que fue el escenario defectuoso de la Administración la que facilitó el daño a la parte actora.

Por varias razones que parten de la consideración de que contienen la razón de su dicho o el fundamento de ciencia de su declaración, que en este caso está referido, a que en su calidad de servidores públicos, el mando institucional de la Policía Nacional y el Ejército Nacional de Colombia¹⁸⁶ y el mando regional acantonados en la cuenca del río Atrato; conociendo los designios criminales de las facciones Farc y Auc, omitieron repeler tan alucinante depredación del género humano en un delito que sin dubitación, es de lesa humanidad y crimen de guerra, porque no solo se destruyó la vida, se despedazaron cuerpos vivos, se destruyeron centros religiosos, se atacó a personas claramente no intervinientes en las hostilidades, se atacó indiscriminadamente al género humano sin distinguir a los combatientes, se arrasaron casas de habitación, se aterrorizó generalizadamente a la población (violando el respeto de las reglas de derecho internacional humanitario, en especial con lo establecido en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra), sino que la dignidad humana como tal fue envilecida por las facciones criminales sin reato alguno. Por doloroso que parezca, en la crisis humanitaria que desembocó en la masacre del 2 de mayo de 2002, no solo se suprimieron vidas humanas y se causaron daños a la salud a otros tantos seres humanos, sino que también se agredió al género humano.

En el esfuerzo procesal-probatorio debemos comprender que la parte actora fue más allá de la simple prueba encaminada a sembrar dudas en el actuar de la entidad demandada y condenada pues, en su labor probatoria, trajo los elementos necesarios para que la Sala encuentre la certeza del grado de responsabilidad de la Administración bajo el título de imputación de falla del servicio.

Los anteriores elementos de prueba se conjugan armónicamente en el sentido de que si el Gobierno Nacional y el mando institucional hubieran aceptado las instrucciones internas de los Comandantes regionales del Ejército y de la Policía Nacional, no se hubiera impuesto a sangre y fuego una reyerta como la reseñada.

¹⁸⁶ En consideraciones precedentes se advirtió que la apoderada de la parte actora no impugnó la exoneración que de las otras entidades devolvió en su juicio el Juez *a quo*; por lo tanto, las responsabilidades solo fueron deducidas contra la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional - Policía Nacional, en este preciso evento, pues, las condenas a dichas entidades se mantendrán dado que es un límite respetable para la segunda instancia.

En conclusión, está probado que las autoridades accionadas y condenadas en primera instancia, desatendieron al requerimiento legal o normativo de la protección de los bienes jurídicos de los actores y que resultaron afectados por la sed de sangre, sangre y dolor de los fascinerosos de las Farc y Auc, causados por el demencial ataque criminal de los bandoleros y ello facilitó el doloroso episodio mortal del que hoy se deduce responsabilidad estatal.

Se ha establecido, en fin, que la ocurrencia del hecho dañino resulta jurídicamente imputable a la Nación pero apenas deducida contra las entidades públicas condenadas en cuestión, es decir, el incumplimiento de la carga obligacional predicable del Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, junto con la Policía Nacional, dispuesta en el ordenamiento jurídico que le señalaba la obligación de utilizar los medios logísticos, operativos y de personal para asegurar el área circunvecina a Bojayá y su corredor fluvial del río Atrato; se concluirá que el hecho dañoso es imputable a la accionada y establecido también el nexo causal, no quedando más remedio que declarar la responsabilidad de la entidad demandada respecto de los cargos formulados.

El incumplimiento del contenido obligacional a cargo de la Administración como causa adecuada del perjuicio, compromete la responsabilidad de la entidad demandada y condenada parcialmente e impone concluir que la entidad accionada se encontraba en posibilidad efectiva de interrumpir, en el caso concreto, el proceso causal que culminó en la producción del daño y, por tanto, el mismo les es imputable.

Así las cosas, el daño antijurídico imputable al Estado, por su conducta omisiva, está más que demostrado, por lo que no se hará mayores lucubraciones al respecto, sin embargo, se aprovechará la oportunidad para decir una vez más que, este Tribunal Administrativo del Chocó se duele de que esos actos de barbarie estuviesen amparados lamentablemente, por el consentimiento pasivo del Gobierno Nacional y de la Fuerza Pública (Ejército - Armada y Policía Nacional) a quienes los residentes de esta martirizada patria les hemos encomendado la defensa del territorio nacional, (como una clara demostración de soberanía popular), así como también se les ha encomendado, la defensa de nuestra vida, honra y bienes (como fines esencial del Estado Social y Democrático de Derecho); prerrogativa constitucional que los colocaba en una posición de garante, atendiendo que han sido dotados de las habilidades, conocimientos, avituallamientos, medios logísticos y destrezas necesarias para brindarnos la seguridad que cada uno de los colombianos requerimos; por lo que esa omisión que dio origen a la crisis humanitaria que culminó con la vergüenza de los hechos del 2 de mayo 2002, es una afrenta al orden legal y constitucional, que solo produce repudio y estupor, más aun, cuando el mismo resulta imputable al Estado, porque sabiendo y pudiendo evitar el resultado dañoso no hizo nada para contenerlo, sino que por el contrario, con su omisión consciente, permitió la avanzada de los ilegales en la ejecución de su aberrante, atroz, monstruoso y salvaje crimen, que segó la vida de muchos compatriotas y causó daño al cuerpo y a la salud de otros.

Por lo tanto, con el conocimiento de las informaciones incorporadas y explicitadas en el sistema de alertas tempranas enviadas hasta el día 22 de abril del 2002, por la Defensoría del Pueblo, es decir diez días antes de la ocurrencia de los hechos, se presumía que el enfrentamiento era inminente -la ocurrencia de ataques- en el momento que ocurrió el hecho, motivo suficiente para que la Autoridad (el Estado) activara el deber de defensa y/o de conjuración para evitar los actos terroristas o para terminarlos de manera oportuna pues *"la invocación del artículo 3 común de los*

Convenios de Ginebra de 1949 no tiene otro objeto que la afirmación del principio de humanidad, que es inherente al respeto de la dignidad. En el precedente jurisprudencial constitucional se indica,

"Según la Corte Internacional de Justicia, el artículo 3 común es uno de los principios generales fundamentales del derecho humanitario¹⁸⁷, y las reglas que lo componen reflejan lo que se denominó en la sentencia de 1949 sobre el Estrecho de Corfú como "consideraciones elementales de humanidad"¹⁸⁸. En la Opinión Consultiva de 1996 sobre las armas nucleares, la Corte Internacional de Justicia enfatizó que la naturaleza humanitaria de las reglas plasmadas en el Artículo 3 común subyace a la totalidad del derecho internacional humanitario y se aplica a todo tipo de conflictos y de armas: "El carácter intrínsecamente humanitario de los principios legales en cuestión (...) permea la totalidad del derecho del conflicto armado, y se aplica a todas las formas de guerra y a todo tipo de armas, las del pasado, las del presente y las del futuro"¹⁸⁹. El carácter imperativo del principio humanitario subyacente al Artículo 3 Común y a los instrumentos universales y regionales de derechos humanos ha sido resaltado también por el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, al indicar que "las disposiciones del Artículo 3 Común y de los instrumentos universales y regionales de derechos humanos comparten un núcleo común de estándares fundamentales que son aplicables en todo tiempo, en todas las circunstancias y a todas las partes, y de los cuales no se permite ninguna derogación"¹⁹⁰. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la obligación de cumplir con el artículo 3 común de los convenios de Ginebra es una obligación de carácter absoluto, que no está sujeta a reciprocidad¹⁹¹. El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia también ha señalado que la obligación esencial impuesta a las partes de un conflicto armado internacional o interno por el Artículo 3 Común—cuyo carácter consuetudinario es indudable— es la de cumplir ciertos estándares humanitarios fundamentales, mediante "la aplicación de las reglas de humanidad reconocidas como esenciales por las naciones civilizadas"¹⁹² y el establecimiento de un nivel mínimo de protección para las personas que no toman parte activa en las hostilidades¹⁹³; todo lo cual contribuye a que el Artículo 3 común sea en sí mismo una fuente autónoma y consuetudinaria de responsabilidad penal individual¹⁹⁴.

¹⁸⁷ Corte Internacional de Justicia, caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, 1986.

¹⁸⁸ Traducción informal: "and they are rules which, in the Court's opinion, reflect what the Court in 1949 called 'elementary considerations of humanity'". Corte Internacional de Justicia, caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, 1986.

¹⁸⁹ Traducción informal: "[T]he intrinsically humanitarian character of the legal principles in question (...) permeates the entire law of armed conflict and applies to all forms of warfare and to all kinds of weapons, those of the past, those of the present and those of the future". Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la Legalidad o el Uso de Armas Nucleares, 1996.

¹⁹⁰ Traducción informal: "the provisions of Common Article 3 and the universal and regional human rights instruments share a common 'core' of fundamental standards which are applicable at all times, in all circumstances and to all parties, and from which no derogation is permitted." Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Sefer Halilovic, sentencia del 16 de noviembre de 2005.

¹⁹¹ "La obligación de dar cumplimiento al artículo 3 común es absoluta para ambas partes e independiente de la obligación de la otra parte." Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso "La Tablada" – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997.

¹⁹² Traducción informal: "Common Article 3 requires the warring parties to abide by certain fundamental humanitarian standards by ensuring 'the application of the rules of humanity which are recognized as essential by civilized nations.'" Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Sefer Halilovic, sentencia del 16 de noviembre de 2005.

¹⁹³ Traducción informal: "Common Article 3 of the Geneva Conventions (...) sets out a minimum level of protection for 'persons taking no active part in the hostilities'". Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Momčilo Krajišnik, sentencia del 27 de septiembre de 2006.

Según ha explicado el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, el propósito mismo del Artículo 3 común es el de reivindicar y proteger la dignidad humana inherente al individuo; por ello, el listado de posibles contravenciones de ese principio de dignidad es una mera enunciación, no taxativa, de formas particularmente graves de maltrato que son fundamentalmente incompatibles con el principio subyacente de trato humano¹⁹⁵. Según han precisado tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, las garantías mínimas establecidas en el artículo 3 común se aplican, en el contexto de los conflictos armados internos, a quienes no toman parte directa o activa en las hostilidades, incluida la población civil y las personas puestas fuera de combate por rendición, captura u otras causas¹⁹⁶.

Como se mencionó en apartados anteriores, el carácter consuetudinario de las normas básicas de las Convenciones de Ginebra de 1949, concretamente los artículos comunes 1 y 3, ha sido confirmado por distintos tribunales internacionales; entre otros, por la Corte Internacional de Justicia en el caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, en el cual las clasificó como "los principios generales fundamentales del derecho humanitario"¹⁹⁷.¹⁹⁸

Se repite, estas consideraciones son suficientes para despachar desfavorables, las excepciones propuestas por las entidades demandadas, las que con sus alegaciones inexplicables, siguen victimizando aún más, al pueblo Bojayaceño, y sobre todo, a las familias que fueron víctimas directas de un crimen tan atroz, como lo fue la masacre de Bojayá, hecho que ha sido de conocimiento de la comunidad nacional e internacional, convirtiéndose la ocurrencia de los hechos de barbarie de la masacre en un hecho notorio; por lo que a esta instancia no es de buen recibo, que en la actualidad el Ejército o la Armada o la Policía Nacional, en su defensa (recursos de

¹⁹⁴ Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005.

¹⁹⁵ El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia explicó en este sentido en el caso Aleksovski: "Una lectura del párrafo (1) del artículo 3 común revela que su propósito es el de reivindicar y proteger la dignidad humana inherente al individuo. Prescribe trato humano sin discriminación basada en raza, color, religión o credo, sexo, nacimiento, o riqueza, u otros criterios similares. En lugar de definir el tratamiento humano allí garantizado, los Estados partes eligieron proscribir formas particularmente odiosas de maltrato que son, sin duda, incompatibles con el trato humano." [Traducción informal: "A reading of paragraph (1) of common Article 3 reveals that its purpose is to uphold and protect the inherent human dignity of the individual. It prescribes humane treatment without discrimination based on 'race, colour, religion or faith, sex, birth, or wealth, or any other similar criteria'. Instead of defining the humane treatment which is guaranteed, the States parties chose to proscribe particularly odious forms of mistreatment that are without question incompatible with humane treatment."]

¹⁹⁶ En términos de la Comisión: "El objetivo básico del artículo 3 común es disponer de ciertas normas legales mínimas que se puedan aplicar en el curso de hostilidades para proteger a las personas que no tomaron, o que ya no toman parte directa o activa en las hostilidades. Las personas que tienen derecho a la protección que legalmente les confiere el artículo 3 común, incluyen a los miembros del gobierno y de las fuerzas disidentes que se rinden, son capturados o están fuera de combate (*hors de combat*). De igual modo, los civiles están protegidos por las garantías del artículo 3 común, cuando son capturados o de alguna otra manera quedan sujetos a la autoridad de un adversario, incluso aunque hayan militado en las filas de la parte opositora". Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso "La Tablada" - Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997. En igual sentido, ver el caso Limaj del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia: "dado que el Artículo 3 Común protege a las personas que no toman parte activa en las hostilidades, las víctimas de la violación alegada no deben haber estado tomando parte activa en las hostilidades al momento de la comisión del crimen" [Traducción informal: "as Common Article 3 protects persons taking no active part in the hostilities, the victims of the alleged violation must have taken no active part in the hostilities at the time the crime was committed". Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005.]

¹⁹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007.

¹⁹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA; Sentencia de 31 de agosto de 2011, Radicación número: 52001-23-31-000-1997-08938-01 (19195), Actor: Felisa Fernández de Escobar, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, Referencia: Acción de Reparación Directa - Sentencia-

apelación) hagan afirmaciones tales como, que se ratifican en lo que se indicó en la contestación de la demanda, que si bien fue un hecho notorio los hechos acontecidos en 2 de mayo de 2002, en el Municipio de Bojayá - Chocó, no es menos cierto que el Ejército Nacional y la Armada, desplegaron todos los medios con los que se contaban para evitar el suceso, el hecho que ello haya ocurrido no quiere decir que hayan sido por la culpa de los miembros de la institución que represento y por ello deba endilgarse responsabilidad a las entidades demandadas, pues conocido por todos que los hechos tuvieron ocurrencia por el actuar de un tercero ajeno al estado.

O que el hecho de que haya existido una Alerta Temprana de la Defensoría -S.A.T.-, no quiere decir que con esta y de manera automática se configura una omisión administrativa como un elemento para establecer la falla del servicio de la demandada, o afirmaciones tales como que en el presente proceso no se acreditó mediante prueba idónea el nexo que debe existir en el daño y la supuesta falla del servicio; esas imprecaciones sin lugar a dudas, a estas alturas procesales y fácticas, son revictimizantes, es como decir, que ese día, fatídico 2 de mayo de 2002, en Bojayá nada ocurrió; sin embargo, muy a pesar de lo que considera la defensa de las Fuerzas Armadas accionadas, para este Tribunal no cabe la menor duda de la crueldad de la masacre y lo vergonzoso para tales Fuerzas.

El país y la comunidad internacional, ven la omisión gravemente culposa, y quizás, verdaderamente dolosa, con la que obró el Gobierno Nacional y el mando central de la Fuerza pública (con anuencia, no cabe duda, del Presidente de la Republica y de, al menos, sus Ministros del Interior y de Defensa Nacional) que desencadenó en los hechos que hasta hoy enlutan la grandeza, dignidad y honor del género humano, del pueblo colombiano en general, del pueblo chocoano en particular y de la comunidad Bojayaceña con precisión.

Es un hecho notorio que las poblaciones de Bojayá (Chocó) y Vigía del Fuerte (Antioquia), están ubicadas en el Medio Atrato, región natural que se encuentra a una distancia no mayor de 200 Kms. de sendas capitales (Quibdó y Medellín); ello significa que en transporte helicoportado, esa distancia no requiere más de 25 o 30 minutos de vuelo, y como se reconoce lo agreste del territorio, la dificultad logística y el apertrechamiento de los grupos criminales enfrentados, a la Fuerza pública le hubiera bastado preparar una operación humanitaria con un puente aéreo para evacuar a los rehenes y salvar sus vidas mientras se tomaba el control militar de la zona, la llegada de las Fuerzas oficiales el 7 de mayo de 2002, no hacen más que poner de presente la orfandad que el Estado colombiano sometió a las víctimas de la barbarie.

Las apelaciones insisten en alegar que la responsabilidad del estado no aparece comprometida y que a su juicio no se tiene certeza de la ocurrencia del "*presunto hecho generador*" o lo que es lo mismo "*que si actuaron pero que lastimosamente el día de los hechos la Fuerza Pública no se encontraba en el lugar de los hechos*" esas alegaciones verdaderamente lo que demuestra es el poco respeto que aquellos operadores de la administración pública, muestran por los Derechos Humanos, el Derecho de Gentes, el respeto de las reglas de derecho internacional humanitario, en especial con lo establecido en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y el Derecho Internacional Humanitario, porque al día de hoy no cabe duda que el hecho (crisis humanitaria que culminó en la masacre en Bojayá, el 2 de mayo de 2002) si ocurrió y que ocurrió por la complicidad pasiva (omisión de posición de garante) con la que actuó el Gobierno Nacional y el Mando Central de la Fuerza Pública colombiana, representada en el Ejército, la Armada y la Policía Nacional. El hecho del tercero, constituye causal exonerativa de responsabilidad estatal, en tanto que ese tercero no

dependa de la propia administración y además que el hecho aludido sea causa exclusiva o determinante del daño, pero en el caso bajo estudio considera la Sala que fue decisiva la contribución de las autoridades gubernamentales a la ocurrencia del daño, por causa precisamente de la falla del servicio anteriormente establecida.

Las entidades accionadas y apenas las entidades condenadas en primera instancia (la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional - Ejército Nacional), son responsables por inactividad que se concretó al no haber desplegado todas las medidas razonables, proporcionales y exigibles normativamente (deberes positivos normativos) para evitar o impedir que el ataque o incursión se trasladara al casco urbano de Bellavista, de manera que al no haber anticipado el mismo se permitió que el conflicto armado involucrara a miembros de la población civil. En este escenario y ante las informaciones recibidas por la Fuerza pública (Informes de inteligencia y Alertas tempranas), cuando se sabía que ninguna institución armada hacía presencia en el Medio Atrato, era previsible la violación de los DDHH y DIH, que estaba sucediendo desde 2000, con afectación indebida a la población civil con ocasión de las acciones bélicas desplegadas (violación del artículo 53 del Convenio IV de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles, que prohíbe la destrucción de bienes muebles o inmuebles de particulares en el desarrollo de actividades bélicas), o bien por haber tenido como objeto del ataque a la población civil, (violando el artículo 13.2 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra relacionados con conflictos armados sin carácter internacional).

Es lamentable que las demandadas después de haber causado daño, no muestran el más mínimo interés de mitigarlo con verdaderas medidas restaurativas y de reparación que merme el impacto que aquel agravio generó y sigue generando en la vida de los demandantes, sino que insisten en maniobras judiciales para burlar la reivindicación y restauración moral de la dignidad de ese pueblo y su gente.

Esa indolencia oficial se siguió con la falta de ánimo conciliatorio que recién cuando se produjo la sentencia de primera instancia, pervivió en la Audiencia de que trata el artículo 70 de la Ley 1395 de 2010; época en la que la *lex artis* jurisprudencial que hoy sirve de argumento de autoridad jurisprudencial para fortalecer esta decisión, era asunto abiertamente esclarecido¹⁹⁹.

No quedó demostrado ningún eximente de responsabilidad de los propuestos como excepciones por los apoderados que tuvieron la representación judicial del Ministerio de Defensa Nacional. Es más, la desatención del mando central de la Fuerza pública, de los Ministerios del Interior y de Defensa y del propio Presidente de la República²⁰⁰ de la época, a las solicitudes angustiosas y angustiadas de los mandos regionales de la Fuerza pública²⁰¹, los hacen responsables solidariamente de los daños causados, solo que, como formal y procesalmente, la acción no concluyó

¹⁹⁹ Conducta contumaz, manifiestamente contraria a la Ley, que desconoció el contenido del artículo 14 de la Ley 1395 de 2010 y la Sentencia C-634 de 2011.

El *a quo* fundó su decisión en precedentes del Honorable Consejo de Estado, como ya se determinó.

²⁰⁰ “..Comunico al Señor Ministerio que ante los constantes tropelías cometidos por las organizaciones al margen de la Ley en la zonas donde no hay presencia de la Fuerza Pública, el señor Gobernador del Chocó viene solicitando al gobierno nacional la creación de batallones de Fusileros en el medio Atrato y Juradó, debido a que estas regiones se han convertido en centro y refugio de operaciones delincuenciales de la subversión y las Autodefensas, quienes aprovechan la posición estratégica y exuberante del Departamento para violar los derechos fundamentales de las personas, situación que solo el Alto Gobierno puede solucionar”.

²⁰¹ Que siempre reconocieron la acción violenta de los grupos en reyería (subversivos y de autodefensa) y plantearon estrategias para combatirla en los informes de Inteligencia del Comandante del Batallón “Manosalva” y en las respuestas por las alertas tempranas del Comandante del Departamento de Policía Chocó.

en condena contra la Presidencia de la República y el Ministerio del Interior, dichas entidades resultan incólumes procesalmente hablando, no así los servidores públicos que dirigían tales entidades, que también concurren al daño pues no asumieron y ordenaron acciones más contundentes y ciertas para respaldar militarmente a sus hombres y no identificaron ni pusieron en práctica estrategias adecuadas y contundentes para evitar el demencial accionar criminal de los grupos bandoleros en contienda.

Sin embargo de que las víctimas reclaman un daño individual a través de la acción de Reparación directa; más allá de ello, lo que se observa en esta causa es la censurable conducta generadora de daños permanentes en el tejido social a partir de la omisión programática del Estado en cuanto estaba obligado a alcanzar objetivos de prevención y protección eficaz, así como a desplegar toda la capacidad para responder a las amenazas y situaciones que sistemáticamente vienen produciendo la violación indubitada de los derechos humanos en dicha zona del país –aún hoy-, por parte del grupo armado insurgente Farc y su contradictor en la barbarie, las Auc. Ello, sin hesitación, la imponía la verdadera adopción de medidas jurídicas, administrativas, militares, policiales, o de cualquier otro tipo que razonablemente cabe adoptar para anticiparse, enfrentar, prevenir y contener el accionar delictivo²⁰² de grupos armados ilegales como las Farc y las Auc, que vienen eludiendo el logro de la paz, el respeto de todos los derechos de personas.

El caso es tan conmovedor y ha quedado en la total impunidad real en cuanto a sus compromisos disciplinarios y penales (de los servidores públicos que tuvieron la posición de garante; esto es, los Comandantes de las Fuerzas Militares, del Ejército Nacional, de la Armada Nacional, el Director de la Policía Nacional, los Ministros del Interior y de Defensa Nacional y el propio Presidente de la República) puesto que es evidente, que frente a los hechos anteriores no se adelantaron las investigaciones administrativas, disciplinarias y penales, por parte de las autoridades colombianas²⁰³. Situación ésta que es calificada como un hecho gravísimo, que insulta la inteligencia humana, que agrede la memoria histórica y que impone un inaceptable ósculo de ludibrio a sus víctimas directas, y que en sentir de la Sala, no se acompasa con hechos omisivos gravemente culposos, sino claramente dolosos.

La reparación del daño.

Ante las graves violaciones de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario; esta Sentencia atenderá la afirmación del Juez *a quo*, quien a propósito dijo que resultaban necesarias las órdenes de justicia restaurativa, como ya se han decretado en otros procesos por esta misma crisis humanitaria.

²⁰² Sección Tercera, Sub-sección "C", sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Pon. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Sub-sección "C", sentencia de 22 de octubre de 2012, expediente 24070. Pon. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁰³ Los apoderados de la Nación – Ministerio de Defensa, ni siquiera a título exculpativo y explicativo de la proclamada excepción de "*Hecho de un tercero*", trajeron a estas sumarias las decisiones finales por medio de las cuales, eventualmente, la justicia penal colombiana halló los responsables directos de esta crisis humanitaria, que indudablemente se encuentran agazapados en los tenebrosos nombres de "*Secretariado General*" de las Farc y "*Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá (ACCU)*", jefes supremos de los criminales que perpetraron con su accionar, la vergonzosa hecatombe; esto es, los jefes de los frentes 5, 34 y 57 y Bloque móvil José María Córdoba de las Farc y de las Autodefensas del Bloque Elmer Cárdenas, al mando del sujeto alias "*Alemán*".

La acción de reparación directa es individual, subjetiva y solo produce efectos para quien la promueve; ni siquiera la acción de grupo aprovecha y excluye a quienes de manera precisa e individual acuden a la acción de reparación directa para obtener la declaración de responsabilidad del estado y para apurar su indemnización.

La razón es muy sencilla: En este caso, se trata de inobservancia plena de la Constitución Política que los colombianos nos otorgamos a través de la Asamblea Nacional Constituyente del año 1991; ese vacío recorrió todo el aspecto axiológico, programático, ontológico y organizacional de la Carta, pero que puede colegirse en mayor intensidad de los artículos 4 a 6, 11, 12, 14, 22, 24, 28, 42 a 46 constitucionales y convencionales sobre protección de los Derechos Humanos, y su protector Bloque de constitucionalidad²⁰⁴ por la evidente afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, sin dejar de atisbar la vulneración a la legislación positiva nacional²⁰⁵; *"se observan que para la consideración de este tipo de medians la base constitucional se desprende los artículos 90 y 93 de la Carta Política, la base legal del artículo 16 de la ley 446 de 1998 y la convencional del artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Adicionalmente, y para garantizar el derecho a la reparación integral de la víctima, se tiene en cuenta que debe ceder el fundamento procesal del principio de congruencia ante la primacía del principio sustancial de la "restitutio in integrum", máxime cuando existe la vulneración del derecho internacional de los derechos humanos, para el caso específico de un menor de edad (...)"*²⁰⁶.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en múltiples ocasiones ha condenado al Estado Colombiano²⁰⁷ por la violación a Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, y le ha ordenado reparar, íntegramente a sus víctimas, de suerte que la CIDH, ha hecho Consideraciones tales como:

"Para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, y tampoco es preciso identificar

²⁰⁴ Resolución 60/147 del 21 de marzo de 2006, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, concerniente a los *"Principios y directrices básicas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones"*, la cual ha sido acogida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, circunstancia que la vuelve jurídicamente vinculante en el ordenamiento interno.

²⁰⁵ Artículo 3º de la Ley 1407 de 2010 que precisa: *"[E]n ningún caso podrán relacionarse con el servicio: [a] los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atemen contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, [b] ni las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio"*.

²⁰⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 26.251, M.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Actor: Ana Rita Alarcón Vda. de Gutiérrez y otros. Demandado: Municipio de Pereira.

²⁰⁷ caso las palmeras vs. Colombia, sentencia de 6 de diciembre de 2001, caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia, sentencia de 8 de diciembre de 1995, caso 19 Comerciantes vs. Colombia, Sentencia de 5 de julio de 2004, Caso de la "MASACRE DE MAPIRIPÁN", VS. COLOMBIA, sentencia de 15 de septiembre de 2005, caso de la MASACRE DE PUEBLO BELLO VS. COLOMBIA, Sentencia de 31 de enero de 2006, caso de las MASACRES DE ITUANGO VS. COLOMBIA, Sentencia de 1 de julio de 2006, caso Gutiérrez Soler VS Colombia, sentencia de 12 de septiembre de 2005, caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia, Sentencia de 11 de mayo de 2007, caso Escué Zapatas VS Colombia, sentencia de 4 de julio de 2007, caso Valle Jaramillo y Otros vs. Colombia, sentencia de 27 de noviembre de 2008, caso Manuel Cepeda Vargas vs. COLOMBIA, sentencia de 26 de mayo de 2010, caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia, sentencia de 3 de septiembre de 2012, Caso Masacre de Santo Domingo VS Colombia, sentencia de 30 de noviembre de 2012, caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia sentencia de 20 de noviembre de 2013; es de advertir que todos estos casos constituyen precedente judicial vinculante para el Estado Colombiano.

individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios.²⁰⁸ Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención²⁰⁹.

...
La responsabilidad internacional del Estado se funda en "actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana"²¹⁰. Para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios²¹¹. Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención²¹², omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones o que exista una obligación del Estado que haya sido incumplida por éste²¹³.

Indica la CIDH que:

"El derecho de acceso a la justicia no se agota en que se tramiten procesos internos, sino que debe además asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables"²¹⁴.

Finalmente en el tema de reparación integral la Corte reiteró que:

"...el artículo 63.1 de la Convención Americana refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de la norma internacional de que se trata, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación"²¹⁵.

...
La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, ..., cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer

²⁰⁸ Cfr. *Caso Maritza Urrutia*, supra nota 3, párr. 41; *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*, supra nota 147, párr. 75; *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros)*, Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 91.

²⁰⁹ Cfr. *Caso Cantos*. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 28; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin* y otros. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 66; y *Caso del Tribunal Constitucional*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 47.

²¹⁰ Cfr. *Caso del Penal Miguel Castro*, supra nota 8, párr. 31; *Caso Masacre de Pueblo Bello*, supra nota 12, párr. 112; y *Caso de la "Masacre de Mapiripán"*, supra nota 12, párr. 110.

²¹¹ Cfr. *Caso La Cumbre*, supra nota 8, párr. 156; *Caso Masacre de Pueblo Bello*, supra nota 12, párr. 112; y *Caso de la "Masacre de Mapiripán"*, supra nota 12, párr. 110.

²¹² Cfr. *Caso 19 Comerciantes*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 141. En igual sentido cfr. *Caso Cantos*. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 28; y *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin* y otros. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 66.

²¹³ Cfr. *Caso Masacre de Pueblo Bello*, supra nota 12, párr. 112; *Caso de la "Masacre de Mapiripán"*, supra nota 12, párr. 110; y *Caso 19 Comerciantes*, supra nota 33, párr. 141.

²¹⁴ Cfr. *Caso Myrna Mack Chang*, supra nota 3, párr. 209; *Caso Bulacio*, supra nota 3, párr. 114; y *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin* y otros, supra nota 150, párrs. 142 a 145.

²¹⁵ Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros. Competencia*, supra nota 164, párr. 65; *Caso Maritza Urrutia*, supra nota 3, párr. 142; y *Caso Myrna Mack Chang*, supra nota 3, párr. 235.

*el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados*²¹⁶. El Estado obligado no puede invocar las disposiciones de derecho interno para modificar o incumplir sus obligaciones de reparar, las cuales son reguladas en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el Derecho Internacional²¹⁷.

....

*Es preciso tomar en consideración que en muchos casos de violaciones a derechos humanos, como el presente, no es posible la restitutio in integrum, por lo que, teniendo en cuenta la naturaleza del bien afectado, la reparación se realiza, inter alia, según la jurisprudencia internacional, mediante una justa indemnización o compensación pecuniaria. Es necesario añadir las medidas de carácter positivo que el Estado debe adoptar para asegurar que no se repitan hechos lesivos como los ocurridos en el presente caso*²¹⁸.

Las indemnizaciones.

*" Toda reparación, parte de la necesidad de verificar la materialización de una lesión a un bien jurídico tutelado (daño antijurídico), o una violación a un derecho que, consecuentemente, implica la concreción de un daño que, igualmente, debe ser valorado como antijurídico dado el origen del mismo (una violación a un postulado normativo preponderante)"*²¹⁹; por lo tanto, el primer punto a develar en esta instancia está vinculado con la impugnación de la demandada, respecto de los demandantes que se encuentran beneficiados en el proceso de acción de Reparación Directa que cursó en el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Quibdó, mediante Sentencia No. 145 del 13 de mayo del 2011, la cual fue confirmada por el Tribunal Administrativo del Chocó, a través de la Sentencia No. 69 del 10 de mayo de 2012, bajo el Radicado No. 2004-00432 (folio 942) en cuanto *" No obstante a ello, también concurren los mismos demandantes por los mismos hechos y reclamando por los mismos fallecidos en el proceso bajo radicado 2004-431"* (folio 943).

A ese propósito, el apoderado de la parte actora informa que a través de las Sentencias aludidas, proferidas en el asunto con Radicación No. 2004-432, se les reconoció únicamente daños morales, por la muerte del Señor EMILIANO PALACIOS ASPRILLA a la Señora ADELFA PUBLIA ASPRILLA PALACIOS, LIBIA MARIA PALACIOS ASPRILLA y JESÚS ANTONIO MOSQUER ASPRILLA *" más no por concepto de daño a la vida de relación o perjuicio material"* (fls. 990-994).

Para definir el punto se tiene:

- a. En este asunto se impetró a favor de ADELFA PUBLIA ASPRILLA PALACIOS, LIBIA MARIA PALACIOS ASPRILLA y JESÚS ANTONIO MOSQUER ASPRILLA, una indemnización patrimonial por la muerte de

²¹⁶ Cfr. *Caso Maritza Urrutia*, supra nota 3, párr. 143; *Caso Myrna Mack Chang*, supra nota 3, párr. 236; y *Caso Bulacio*, supra nota 3, párr. 72.

²¹⁷ Cfr. *Caso Maritza Urrutia*, supra nota 3, párr. 143; *Caso Myrna Mack Chang*, supra nota 3, párr. 236; y *Caso Bulacio*, supra nota 3, párr. 72.

²¹⁸ Cfr. *Caso Maritza Urrutia*, supra nota 3, párr. 144; *Caso Bulacio*, supra nota 3, párr. 73 y *Caso Juan Humberto Sánchez*, supra nota 147, párr. 150.

²¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO; Sentencia del 19 de octubre de 2007, Radicación número: 05001-23-31-000-1998-02290-01(29273)A, Actor: Roberto Zuleta Arango y Otros, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional-, Referencia: Acción de Reparación Directa.

BENJAMÍN PALACIOS ZÚÑIGA²²⁰, LUZ DEL CARMEN PALACIOS HURTADO, MERCEDES PALACIOS HURTADO, CRECENCIO PALACIOS HURTADO, ELVIA PALACIOS HURTADO, VICTOR ANTONIO PALACIOS HURTADO, ROSALBA PALACIOS HURTADO, YESENIA PALACIOS HURTADO y EMERITA PALACIOS HURTADO.

- b. Por otro lado, en el proceso de acción de reparación directa que cursó en el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Quibdó, mediante Sentencia No. 145 del 13 de mayo del 2011, la cual fue confirmada por el Tribunal Administrativo del Chocó, a través de la Sentencia No. 69 del 10 de mayo de 2012, bajo el Radicado No. 2004-00432 y cuyos fallos de primera (folios 1028 a 1042 y vto.) y segunda instancia (folios 995 a 1027 y vto.) obran en autos, se estudiaron las pretensiones así:

"IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES

2.1- La parte demandante: En la demanda se indica que la parte demandante está conformada por las siguientes personas:

2.1.1.- El (la) señor (a) Adelfa Públia Asprilla Palacios, identificado (a) con CC. No. 26'264.700, en calidad de madre abuela de los occisos Emilson Palacios Chaverra y Daicy Romaña Palacios (Q.E.P.D).

2.1.2.- En calidad de hermanos del occiso Emiliano Palacios Asprilla y tíos de los occisos Emilson Palacios Chaverra y Daicy Romaña Palacios (Q.E.P.D). son presentadas las siguientes personas:

2.1.2.1.- El (la) señor (a) Libia María Palacios Asprilla, identificado (a) con CC No. 26'263.561.

2.1.2.2....

....

2.1.2.9.- El (la) señor (a) Jesús Antonio Mosquera Asprilla, identificado (a) con CC No. 4'795.731.

2.1.10....

2.1.11...." (folio 1028).

Y se produjo la siguiente condena:

"TERCERO.- Declarar a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional - Armada Nacional - Policía Nacional, administrativamente responsables, por los daños irrogados a los demandantes: Adelfa Públia (Apulia) Asprilla Palacios, Libia María Palacios Asprilla y Jesús Antonio Mosquera Asprilla, con ocasión de los hechos ocurridos el 2 de mayo de 2002 en Bojayá, como consecuencia de los cuales falleció Emiliano Palacios Asprilla (Q.E.P.D.), hijo y hermano de los mencionados demandantes.

CUARTO.- Conforme a lo anterior CONDENAR a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional - Armada Nacional - Policía Nacional, solidariamente pagar a los demandantes, por concepto de perjuicios morales, indicados a continuación en las siguientes sumas de dinero:

a) Adelfa Públia (Apulia) Asprilla Palacios, en calidad de madre a CIEN (100) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES al momento del pago,

b) Libia María Palacios Asprilla, en calidad de hermana el equivalente a CUARENTA (40) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES al momento del pago.

c) Jesús Antonio Mosquera Asprilla, en calidad de hermano el equivalente a CUARENTA (40) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES

²²⁰ Visible a folio 35 del Cuderno Principal No. 1 aparece certificado de defunción de la Notaría Única del Circuito de Bojayá con indicativo serial No. 03913753, donde se evidencia que el Señor BENJAMÍN ANTONIO PALACIOS ZÚÑIGA, falleció el 2 de mayo del año 2012 a las 11:00A.M.

MENSUALES VIGENTES al momento del pago" (folio 1041 vto.)

Pero antes se dijo:

"**PRIMERO:**

Declarar probada la excepción de inepta demanda por carencia de poder para demandar respecto a Manuel Joaquín, Manuel Herminio, Adelfa Apulia, Carmen Tulia, María Pascuala y Martín Palacios Asprilla, Rosa Apulia Mosquera Martínez y Sinforiano Palacios Palacios.

Declarar probada la falta de legitimación material en la causa por no acreditar la calidad con que se presenta en el proceso, respecto a Rosa Apulia Mosquera Martínez, Manuel Santos Mosquera Díaz y Sinforiano Palacios Palacios.

Declarar probada falta de causa para pedir, por no haberse probado el hecho de la muerte respecto a Emilson Palacios Chaverra" (folio 1041 vto.)

- c. La Sentencia No. 69 del 10 de mayo de 2012 de éste Tribunal, confirmó estas condenas.
- d. Es decir, que en esta causa no se impetró ninguna indemnización por la muerte de Emiliano Palacios Asprilla; sin embargo, el juez concedió indemnización por Emiliano Palacios Asprilla, de manera inexplicable; por lo tanto, en este punto la Sentencia No. 057 del 30 de abril del 2014, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión del Circuito de Quibdó ha de revocarse, atendiendo la apelación planteada por la demandada Nación - Armada Nacional - Ejército Nacional.

Precisado lo anterior, sea pertinente decir que esta Sala conforme a la apelación de la parte demandante, se contraerá a definir: i. si es verdad que no reconoció compensación a la Señora ADELFA PUBLIA ASPRILLA PALACIOS respecto de la muerte de sus nietos (hijos de BENJAMÍN ANTONIO PALACIOS ZUÑIGA), no obstante que los testigos describieron una relación "muy estrecha, cercana, habitual, incluso expresaron que la actora todavía sufre y llora constantemente por la desgracia que padeció", ii. si es atendible el reclamo de que el juez de la causa no reconoció indemnización alguna a los Señores JESUS ANTONIO MOSQUERA ASPRILLA, ROSA APULIA MOSQUERA MARTÍNEZ, MANUEL SANTOS MOSQUERA DÍAZ y SINFORIANO PALACIOS PALACIOS, porque según el criterio del *a quo* no se demostró relación de parentesco con la víctimas; siendo que de los testimonios rendidos, se da cuenta del daño irreparable que se les causó a los demandantes por el fallecimiento de sus más de 8 parientes, el 2 de mayo de 2002, en el municipio de Bojayá (Chocó), para concluir que, lo trascendental no es el vínculo consanguíneo, sino que las personas que integraban una familia desaparecieron y con su ausencia dejaron un profundo dolor en todos los actores, iii. si se debe reconocer indemnización por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante a favor de la Señora ADELFA PUBLIA ASPRILLA PALACIOS, a pesar que los testigos describen "la dependencia económica que de los ingresos de sus hijos ... le suministraban, hecho que sin lugar a dudas da lugar al reconocimiento de los perjuicios materiales por concepto de lucro cesante y no su negación",

Para definir el punto, digamos que los vínculos de consanguinidad por regla general se prueban con el registro civil de nacimiento, de suerte que el perjuicio para aquellos se presume, no así para quienes alegan lazos de afecto por crianza o amistad, caso en el cual, dicha cercanía requiere ser demostrada por cualquier medio probatorio, porque no basta decirlo en la demanda, sino que es necesario que el vínculo de solidaridad y afecto se pruebe, en tanto para aquellos el daño no se presume sino hasta cuando han probado tal condición, al respecto se ha dicho²²¹:

²²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO; Sentencia de 11 de julio de 2013. Radicación número: 19001-23-31-000-

"Así las cosas, tratándose de perjuicios morales será viable que quien invoque la condición de familiar (consanguíneo, afin, por adopción o de crianza) -del núcleo cercano y en los grados que han sido objeto de presunción por esta Corporación- y lo acredite en el proceso a través de los diversos medios de convicción será beneficiario de la presunción de aflicción que opera para los grados cercanos de parentesco, sin que le sea exigible la acreditación de tercero afectado, es decir, la prueba directa de la congoja y del sufrimiento. En otros términos, si en el proceso se prueba la condición de familiar de la víctima directa, los demandantes serán beneficiarios de la misma presunción que opera para aquellos que con el registro civil demostraron el parentesco".

Lo anterior, sin perjuicio de lo que ha entendido la Corte Constitucional por el concepto de familia²²²/²²³.

"En Colombia, la Corte Constitucional ha aceptado la existencia de dos tipos de familias en Colombia: i) la biológica y ii) la de crianza, sin embargo, lo cierto es que esa institución no se desarrolla por el vínculo netamente genético o reproductivo, sino que, a contrario sensu, su fundamentación reside en la noción de "amor" y su manifestación de solidaridad y afecto (philia)²²⁴.

Por otro lado, el Consejo de Estado viene sosteniendo que cuando se estudia la responsabilidad del Estado por la grave violación a Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, la valoración fáctica probatoria debe hacerse con mayor flexibilidad, máxime cuando la labor investigativa del Estado, ha sido precaria o casi nula²²⁵.

Conviene reconocer entonces que en esta causa, la señora ADELFA PUBLIA ASPRILLA PALACIOS²²⁶ acciona en su propio nombre, como madre de

2601-00757-01(31252). Actor: Luis Alberto Quilindo Alegría, Demandado: Instituto Nacional Penitenciario Y Carcelario - INPEC, Referencia: Acción De Reparación Directa.

²²² idem.

²²³ Sentencia T-606/13

²²⁴ *"Aristóteles tiene, por tanto, razón cuando, al describir el amor filial o parental, no utiliza la palabra eros. Aristóteles utiliza philia, mientras que en francés se habla rara vez de amistad en el seno de la familia: hablaríamos más bien de afecto, de ternura, apego, amor... Este amor -el amor paternal o filial- en griego, podía llamarse storgé (afecto), pero también philia, y es este último concepto el que prefiere Aristóteles: "la familia -escribe- es una philia."*

"Además, cuando Aristóteles (que ya ha estado casado dos veces, y en ambos casos felizmente) se propone describir el amor entre un hombre y su esposa, entre la mujer y su marido, no utiliza eros, utiliza philia. No es que no exista deseo sexual en la pareja (eros, como ya dije, no es sexo, sino la pasión amorosa, la falta devoradora del otro), pero esa pasión amorosa, aunque hubiera existido antes del matrimonio (algo que no era nada común en la antigüedad), no puede haber sobrevivido. ¿Cómo es posible echar en falta al hombre o a la mujer que comparte su vida, que está ahí, que se entrega, que no falta? El amor conyugal, en griego no se llama eros, sino philia... Pero Momaigne, por ejemplo, lo había con frecuencia: para describir el amor entre esposos, usaba la bella expresión "amistad marital", la que nace o se desarrolla dentro de la pareja." COMPTE-SPONVILLE, André "Ni el sexo ni la muerte, Tres ensayos sobre el amor y la sexualidad", Ed. Paidós, Barcelona, 2012, pág. 77 y 78.

²²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera, Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO, sentencia de 28 de agosto de 2014, Radicación número: 05001-23-25-000-1999-00163-01(32988), Actor: Félix Antonio Zapata González y Otros, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, Sentencia de Unificación.

También: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA; Sentencia del 12 de febrero de 2014, Radicación: 50001233100020000000101 (26013), Actor: Durabio Pérez y Otros, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, Asunto: Acción de Reparación Directa (Sentencia).

²²⁶ Poder visible a folios 1-2 del Cuaderno Principal 1.

BENJAMÍN PALACIOS ZÚÑIGA²²⁷ y abuela paterna de LUZ DEL CARMEN PALACIOS HURTADO²²⁸, MERCEDES PALACIOS HURTADO²²⁹, CRECENCIO PALACIOS HURTADO²³⁰, ELVIA PALACIOS HURTADO²³¹, VICTOR ANTONIO PALACIOS HURTADO²³², ROSALBA PALACIOS HURTADO²³³, YESENIA

Visible a folio 606-608 del Cuaderno Principal No. 2 aparece testimonio rendido por el Señor Manuel Sterlin Mosquera Palacios, donde manifestó el conocimiento que tiene del grado de parentesco entre la Señora Apulia y el señor Benjamín, afirmó además que la misma lo crió desde pequeño; veamos:

²²⁷ Visible a folio 872 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 42775449, donde se evidencia que nació el 17 de abril de 1956 en Bojayá - Chocó, siendo hijo de María Floriana Zúñiga y Emilliano Palacios.

Visible a folio 35 del Cuaderno Principal No. 1 aparece certificado de defunción de la Notaría Única del Circuito de Bojayá con indicativo serial No. 03913753, donde se evidencia que el Señor BENJAMÍN ANTONIO PALACIOS ZÚÑIGA, falleció el 2 de mayo del año 2012 a las 11:00A.M.

²²⁸ Visible a folio 886 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 42782151, donde se evidencia que nació el 27 de agosto de 1977 en Bojayá - Chocó, siendo hija de Rosalba Hurtado Chaverra y Benjamín Antonio Palacios Zúñiga.

Visible a folio 874 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de defunción con indicativo serial No. 03913822, donde se evidencia que LUZ DEL CARMEN PALACIOS CHAVERRA, falleció el 2 de mayo del año 2012 a las 11:00A.M.

²²⁹ Visible a folio 778 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 6729277, donde se evidencia que nació el 2 de febrero del 2009 en Bojayá - Chocó, siendo hija de Rosalba Hurtado Chaverra y Benjamín Antonio Palacios Zúñiga.

Visible a folio 875 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de defunción con indicativo serial No. 03913745, donde se evidencia que MERCEDES PALACIOS CHAVERRA, falleció el 2 de mayo del año 2012 a las 11:00A.M.

²³⁰ Visible a folio 770 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 30048578, donde se evidencia que nació el 26 de febrero de 1995 en Bojayá - Chocó, siendo hijo de Rosalba Hurtado Chaverra y Benjamín Antonio Palacios Zúñiga.

Visible a folio 876 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de defunción con indicativo serial No. 03913790, donde se evidencia que CRECENCIO PALACIOS HURTADO, falleció el 2 de mayo del año 2012 a las 11:00A.M.

²³¹ Visible a folio 40 del Cuaderno Principal No. 1 aparece registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 13938184, donde se evidencia que nació el 20 de noviembre de 1982 en Bojayá - Chocó, siendo hijo de Rosalba Hurtado Chaverra y Benjamín Antonio Palacios Zúñiga.

NO HAY PRUEBA DOCUMENTAL DE LA MUERTE de ELVIA PALACIOS HURTADO, solo la declaración de DIONICIO ARIAS CHAVERRA, el día 6 de enero de 2013, en la que afirma su muerte durante los sucesos que terminaron el 2 de mayo de 2002 (fls. 603-605 del Cuaderno Principal No. 2).

²³² Visible a folio 39 del Cuaderno Principal No. 1 aparece copia registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 30048576, donde se evidencia que nació el 18 de octubre de 1998 en Bojayá - Chocó, siendo hijo de Rosalba Hurtado Chaverra y Benjamín Antonio Palacios Zúñiga.

Visible a folio 877 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de defunción con indicativo serial No. 03913766, donde se evidencia que VICTOR ANTONIO PALACIOS HURTADO, falleció el 2 de mayo del año 2012 a las 11:00A.M.

²³³ Visible a folio 761 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 30048575, donde se evidencia que nació el 25 de septiembre de 1993 en Bojayá - Chocó, siendo hija de Rosalba Hurtado Chaverra y Benjamín Antonio Palacios Zúñiga.

Visible a folio 878 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de defunción con indicativo serial No. 03913821, donde se evidencia que ROSALBA PALACIOS HURTADO, falleció el 2 de mayo del año 2012 a las 11:00A.M.

PALACIOS HURTADO²³⁴ y EMERITA PALACIOS HURTADO²³⁵, fallecidos el 2 de mayo de 2002 en el Municipio de Bojayá - Chocó.

Igualmente accionaron LIBIA MARIA PALACIOS ASPRILLA²³⁶, MANUEL JOAQUÍN PALACIOS ASPRILLA²³⁷, MANUEL HERMINIO PALACIOS ASPRILLA²³⁸, ADELFA PULIA PALACIOS ASPRILLA²³⁹, CARMEN TULLIA PALACIOS ASPRILLA²⁴⁰, JESÚS ANTONIO MOSQUERA ASPRILLA²⁴¹, MARIA PASCUALA PALACIOS ASPRILLA²⁴², MARTÍN PALACIOS ASPRILLA²⁴³, ROSA APULIA MOSQUERA MARTÍNEZ²⁴⁴, MANUEL SANTOS

²³⁴ Visible a folio 38 del Cuaderno Principal No. 1 aparece copia registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 30048577, donde se evidencia que nació el 9 de mayo de 1996 en Bojayá - Chocó, siendo hija de Rosalba Hurtado Chaverra y Benjamín Antonio Palacios Zúñiga.

NO HAY PRUEBA DOCUMENTAL DE LA MUERTE de YESENIA PALACIOS HURTADO, solo la declaración de DIONICIO ARIAS CHAVERRA, el día 6 de enero de 2013, en la que afirma su muerte durante los sucesos que terminaron el 2 de mayo de 2002 (ffs. 603-605 del Cuaderno Principal No. 2).

²³⁵ Visible a folio 37 del Cuaderno Principal No. 1 aparece copia registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 30048658, donde se evidencia que nació el 3 de noviembre de 1989 en Bojayá - Chocó, siendo hija de Rosalba Hurtado Chaverra y Benjamín Antonio Palacios Zúñiga.

Visible a folio 879 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de defunción con indicativo serial No. 03913787, donde se evidencia que EMERITA PALACIOS HURTADO, falleció el 2 de mayo del año 2012 a las 11:00A.M.

²³⁶ Visible a folio 763 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 73110753290, donde se evidencia que nació el 7 de noviembre de 1973 en Bojayá - Chocó, siendo hija de Adelfa Asprilla Palacios y Emiliano Palacios Mosquera.

²³⁷ Visible a folio 882 del Cuaderno Principal No. 2 aparece certificado de registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 5719199, donde se evidencia que nació el 5 de agosto de 1958 en Bojayá - Chocó, siendo hijo de Adelfa Asprilla Palacios y Emiliano Palacios Mosquera.

²³⁸ Visible a folio 772 del Cuaderno Principal No. 2 aparece certificado de registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 6401378, donde se evidencia que nació el 17 de febrero de 1966 en Bojayá - Chocó, siendo hijo de Adelfa Apulia Asprilla Palacios y Emiliano Palacios Mosquera.

²³⁹ Visible a folio 884 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 34471786, donde se evidencia que nació el 16 de junio de 1952 en Bojayá - Chocó, siendo hija de Adelfa Apulia Asprilla Palacios y Emiliano Palacios Mosquera.

²⁴⁰ Visible a folio 767 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 70101708975, donde se evidencia que nació el 17 de octubre de 1970 en Bojayá - Chocó, siendo hija de Adelfa Asprilla Palacios y Emiliano Palacios Pacheco.

²⁴¹ Visible a folio 811 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 36745209, donde se evidencia que nació el 16 de junio de 1939 en Bojayá - Chocó, siendo hijo de Adelfa Apulia Asprilla Palacios y Florindo Mosquera mena.

²⁴² Visible a folio 768 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 45091260820, donde se evidencia que nació el 12 de septiembre de 1945 en Bojayá - Chocó, siendo hija de Adelfa Apulia Asprilla Palacios y Emiliano Palacios Mosquera.

²⁴³ Visible a folio 779 del Cuaderno Principal No. 2 aparece certificado registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 6729226, donde se evidencia que nació el 18 de septiembre de 1960 en Bojayá - Chocó, siendo hijo de Adelfa Apulia Asprilla Palacios y Emiliano Palacios Mosquera.

²⁴⁴ Visible a folio 773 del Cuaderno Principal No. 2 aparece certificado de registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 6401392, donde se evidencia que nació el 30 de agosto de 1962 en Bojayá - Chocó, siendo hija de Nicolasa Martínez Pino y Jesús Antonio Mosquera Asprilla.

MOSQUERA DÍAZ²⁴⁵ y SINFORIANO PALACIOS PALACIOS²⁴⁶, quienes actúan en su propio nombre, como hermanos de BENJAMÍN ANTONIO PALACIOS ZUÑIGA y tíos de LUZ DEL CARMEN PALACIOS HURTADO, MERCEDES PALACIOS HURTADO, CRECENCIO PALACIOS HURTADO, ELVIA PALACIOS HURTADO, VICTOR ANTONIO PALACIOS HURTADO, ROSALBA PALACIOS HURTADO, YESENIA PALACIOS HURTADO y EMERITA PALACIOS HURTADO.

Para despejar todas las inquietudes y en la perspectiva metodológica de reconocer que en este asunto no solo se trata de averiguar el daño familiar consanguíneo sino, también, el daño familiar de crianza, conviene traer a este escenario la prueba testimonial:

Diligencia judicial de recepción de testimonio rendida por el Señor DIONICIO ARIAS CHAVERRA, el día 6 de enero de 2013:

"PREGUNTADO: Conoce a los demandantes, desde cuándo y a razón de qué. CONTESTO: Si la conozco, hace más de treinta años, debido a mi labor como docente en la comunidad de Pogue Bojayá y en Bellavista; igualmente a los hijos fallecidos en los hechos y sus familiares; BENJAMÍN PALACIOS, hijo era mi compadre al igual que la esposa de él ROSALBA HURTADO, fallecieron allí en los hechos ELVIA YESENIA, CRECENCIO, VICTOR, MERCEDES, LUZ DEL CARMEN, hijos de dicha unión; inclusive ELVIA era mi ahijada y murió con dos niños; que me recuerde quedaron vivos ELVIS DE JESÚS, apodado Veranero y otra niña que en este momento vive en el río Cutia; para toda la familia, amigos y familiares es un hecho bastante doloroso que fácilmente no se olvida, uno tiene muy presente las relaciones que mantuvo con ellos, que a veces hasta parece que hubiera sido mentira, que no fuera sido un hecho real; en los mismos hechos falleció EMILIANO PALACIOS; hijo también de APULIA, al igual que su esposa ANA CECILIA CHAVERRA, ellos murieron con dos hijos. PREGUNTADO: cuénteles al despacho si sabe, que ha sido de la señora APULIA y del resto de su familia a partir del 2 de mayo de 2002. CONTESTÓ: a partir de la fecha antes mencionada la señora APULIA ASPRILLA, reside aquí en la ciudad de Quibdó, en el barrio Suba, un sector de la Zona Minera con sus familiares entre ellas dos hijas, MARIELA y la otra que le apodan como sobrenombre COCO y algunos nietos que le quedaron de los hijos fallecidos y el acompañamiento del resto de su familia, tratando siempre de darles mucho apoyo moral porque ella se ha sentido muy traumatizada; personalmente he tenido la oportunidad de ir hasta el lecho donde ella vive y darle mucho ánimo, porque ella es una persona de avanzada edad y de bastante quebrantos de salud. PREGUNTADO: Díganos si sabe, económicamente como subsisten ellos. CONTESTÓ: la subsistencia de ellos deriva de la ayuda que le proporciona su hijo JOAQUÍN PALACIOS, también de MARTÍN otro hijo de ella y de ciertos vendajes que las nietas y las hijas hacen allí en la casa, principalmente mazamorra y chicha, pero hay que considerar que son muchas las personas que están conformando ese núcleo familiar, son alrededor de 15 o 16 muchachos, En este estado de la diligencia la Juez conductora del proceso le concede la palabra a la apoderada de la parte demandante quien PREGUNTA: Manifiéstele al despacho, la actividad económica que ejercía el señor BENJAMÍN PALACIOS ZUÑIGA, indicando si le costó sí con el fruto de su labor contribuía a la manutención de su señora madre la señora ADELFA APULIA ASPRILLA. CONTESTÓ: Me consta que el señor BENJAMÍN PALACIOS ZUÑIGA, desarrollaba como actividades económicas la agricultura, la corta de madera y la pesca y contribuía al sostenimiento de familia y la de su señora madre. PREGUNTADO: Exprésese al despacho, como era la relación del señor BENJAMÍN PALACIOS ZUÑIGA, con sus hermanos. CONTESTÓ: las relaciones eran buenas de mucho entendimiento, de colaboración en sus

²⁴⁵ Visible a folio 774 del Cuaderno Principal No. 2 aparece certificado de registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 6401373, donde se evidencia que nació el 24 de marzo de 1954 en Bojayá - Chocó, siendo hijo de Bernabé Díaz palacios y Manuel Santos Mosquera Pacheco.

²⁴⁶ Visible a folio 810 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 44235884, donde se evidencia que nació el 20 de julio de 1937 en Bojayá - Chocó, siendo hijo de Cenaida Palacios Mosquera y Sinforiano Palacios Palacios.

actividades y de solidaridad se ayudaban mucho mutuamente. PREGUNTADO: Manifiéstele al despacho, y de acuerdo a lo que le consta si el daño moral sufrido por los demandantes, subsiste describiendo brevemente si existen secuelas den el área psicológica que hayan incidido en su comportamiento. CONTESTO: de acuerdo a mi conocimiento, el daño moral subsiste y subsistirá por mucho tiempo, no sé hasta dónde, muchas veces cuando se recuerdan y como que se concentran en los hechos, manifiestan mucho llanto, mucha tristeza, uno está charlando con ellos y lloran, por lo menos la señora APULIA, pues psicológicamente no tendría como para decir algún efecto concreto, pero siempre que el tocan ese tema lloran al igual que los hijos. PREGUNTADO: Manifiéstele al despacho, como era la relación entre la señora ADELFA APULIA ASPRILLA y sus nietos y de los hermanos del señor BENJAMÍN PALACIOS ZUÑIGA, con los hijos del mismo, es decir su sobrino fallecido. CONTESTO: yo debo reiterar que las relaciones eran muy buenas entre otras cosas. Porque la señora APULIA ASPRILLA, en su vida se ha caracterizado por ser una persona muy conciliadora, de buenos principios de convivencia, de muy buenas relaciones con todo el mundo, igualmente entre los nietos de ella o sea los hijos de BENJAMÍN; yo diría que cualquier persona puede testimoniar sobre las relaciones que ella ha tenido a nivel de su familia y a nivel de la comunidad donde ella ha vivido. Acto seguido se le concede el uso de la palabra a la Dra. ELVIA ROSA RENTERIA ASPRILLA, apoderada de la nación - Mindefensa - Policía Nal., quien PREGUNTA: sírvase decir al despacho, en el momento de los hechos 02-05 del 2002, donde se encontraba usted. CONTESTO: yo me encontraba en la casa del señor VIDAL PALACIOS, barrio Pueblo Nuevo (Bellavista)....." (fs. 603-605 del Cuaderno Principal No. 2).

Diligencia judicial de recepción de testimonio rendida por el Señor MANUEL ESTERLING MOSQUEA PALACIOS, el día 6 de enero de 2013.

"PREGUNTADO: donde se encontraba usted, el día 2 de mayo de 2002 CONTESTO: en Pueblo Nuevo - Bellavista. PREGUNTADO: Conoce a los demandantes, desde cuándo y a razón de qué. CONTESTO: Si los conozco desde que nací, somos paisanos, parientes cercanos, en el campo uno se cría como familia, todos vivíamos en Pogue, los primeros hijos del finado nacieron allá, después fue que se vinieron a vivir a Bellavista. PREGUNTADO: cuénteles al despacho si sabe, que ha sido de la señora APULIA y del resto de su familia a partir del 2 de mayo de 2002. CONTESTO: para mi tía APULIA y su familia lo que ha habido es incertidumbre, nosotros vivimos cerca, de la casa mía se ve a la casa de ella, a veces los fines de semana voy a pasear por allá, ella vive con dos hijas y sus nietos, pero con el respaldo de JOAQUÍN, MARTÍN, sus otros hijos que la respaldan, porque ella después del problema de Bojayá, cuando se acuerda, llora mucho, nosotros nos mantenemos poniéndole charla para que ella disipe un poquito. PREGUNTADO: Díganos si sabe, económicamente como subsisten ellos. CONTESTO: mire, ellos económicamente, el apoyo de ellos es JOAQUÍN y MARTÍN, quienes económicamente pueden, y las hijas que cuando consiguen sus trabajito, ellos viven muy unidos al estilo campo. En este estado de la diligencia la Juez conductora del proceso le concede la palabra a la apoderada de la parte demandante quien PREGUNTA: Manifiéstele al despacho, la actividad económica que ejercía el señor BENJAMÍN PALACIOS ZUÑIGA, indicando si le consta si con el fruto de su labor contribuía a la manutención de su señora madre la señora ADELFA APULIA ASPRILLA. CONTESTO: El trabajo del campo allá siempre es como oficios varios, si le toca cortar madera, cortaba madera, en época de verano se dedicaba a la pesca, ejerciendo lo que le tocara hacer de estas actividades alternada con la agricultura, claro que con esta actividad contribuía a la manutención de su madre, porque a veces no se la daba en plata, pero si daba de los productos que obtenía. PREGUNTADO: manifiéstele al despacho, y de acuerdo a lo que le consta si el daño moral sufrido por los demandantes, subsiste describiendo brevemente si existen secuelas en el área psicológicas que hayan incidido en su comportamiento. CONTESTO: sí, porque en el caso de APULIA ella se la pasa llorando, y eso le hace mucho daño y lo demás cuando una persona de esas llega a los lugares donde se encontraba con sus familiares y no los encuentra pues de hecho que a las personas les afecta en la parte psicológica, porque no fue una muerte natural, pues la gente murió así calcinado en esa iglesia. PREGUNTADO: Manifiéstele al despacho, como era la relación entre la señora ADELFA

APULIA ASPRILLA y sus nietos y de los hermanos del señor BENJAMÍN PALACIOS ZUÑIGA, con los hijos del mismo, es decir su sobrino fallecido CONTESTÓ: la relación era muy buena, porque ellos siempre han vivido todos en el núcleo familiar, se demuestra que han sido buenas porque de lo contrario no vivirían de esa forma y todavía persiste, cuando los nietos llegan los primeros días siempre se van a vivir donde APULIA. Acto seguido se le concede el uso de la palabra a la Dra. ELVIA ROSA RENTERIA ASPRILLA, apoderada de la Nación – Mindefensa – Policía Nal., quien PREGUNTA: Manifieste usted, al despacho, el conocimiento que tiene del grado de parentesco entre la señora APULIA y el señor BENJAMÍN. CONTESTÓ: Es la madre que lo crió, desde pequeña, porque la señora FLORIANA, madre natural, se lo entregó al papá y a la tía APULIA y se fue para el Baudó, el Señor EMILIANO, que era marido de mi tía APULIA era el papá de BENJAMÍN; FLORIANA, murió hace unos años en Quibdó; lo que tengo claro a mis 31 años de edad es que desde que yo conocí, lo conocí siendo hijo de APULIA. PREGUNTA: sírvase decir al despacho, que grado de parentesco existe entre usted y la señora APULIA en atención a que en la declaración siempre habla de ella como mi tía. CONTESTO: ningún grado sanguíneo, sino que en el campo uno siempre acostumbra a decirle a los mayores tía o tío....." (fls. 606-608 del Cuaderno Principal No. 2).

De estas declaraciones se tiene:

- La señora ADELFA APULIA ASPRILLA y su familia era conocida en la comunidad de Pogue Bojayá y en Bellavista; igualmente sus hijos fallecidos y sus familiares;
- BENJAMIN PALACIOS ZUÑIGA, era conocido como hijo de ADELFA APULIA ASPRILLA, quien contribuía a la manutención de su madre, a veces no se la daba en plata, pero si daba de los productos que obtenía;
- BENJAMIN PALACIOS ZUÑIGA era el esposo de ROSALBA HURTADO;
- Fallecieron allí en los hechos del 2 de mayo de 2002 ELVIA, YESENIA, CRECENCIO, VICTOR, MERCEDES, LUZ DEL CARMEN, hijos de dicha unión; inclusive ELVIA era ahijada de uno de los declarantes y murió con dos niños;
- En los mismos hechos falleció EMILIANO PALACIOS; hijo también de APULIA, al igual que su esposa ANA CECILIA CHAVERRA;
- A raíz del fallecimiento de su hijo de crianza y de sus nietos, la señora APULIA ASPRILLA, reside en la ciudad de Quibdó, en el barrio Suba, un sector de la Zona Minera con algunas de sus familiares (dos hijas, MARIELA y la otra que apodan como sobrenombre COCO y algunos nietos que le quedaron de los hijos fallecidos);
- El acompañamiento económico, como subsistencia, ahora deriva de la ayuda que le proporciona su hijo JOAQUIN PALACIOS, también de MARTIN, otro hijo de ella y de las nietas;
- La actividad económica que ejercía el señor BENJAMÍN PALACIOS ZUÑIGA, era la agricultura, la corta de madera, oficios varios y la pesca, y contribuía al sostenimiento de familia y la de su señora madre;
- Las relaciones del señor BENJAMÍN PALACIOS ZUÑIGA, con sus hermanos eran buenas de mucho entendimiento, de colaboración en sus actividades y de solidaridad se ayudaban mucho mutuamente;
- De acuerdo al conocimiento de los declarantes, el daño moral subsiste y subsistirá por mucho tiempo, manifestando llanto, tristeza, aunque psicológicamente no se precisan sus efectos;
- Las relaciones entre la señora ADELFA APULIA ASPRILLA y sus nietos y de los hermanos del señor BENJAMÍN PALACIOS ZUÑIGA, con los hijos del mismo, eran muy buenas, igualmente entre los nietos de ella o sea los hijos de BENJAMIN.

En consecuencia y de acuerdo con la apelación, resulta claro para la Sala que:

- No es procedente hacer pronunciamiento alguno por la muerte de Emiliano Palacios Asprilla en esta causa y consecuente con ello, se ha de revocar la condena impuesta y por ello mismo, parcialmente reformar el numeral 3 de la sentencia.
- Es procedente el reconocimiento de **perjuicios inmateriales**, en la modalidad del **daño a la salud**, respecto de todas las personas que integran la parte actora y no únicamente para la Señora ADELFA PULIA ASPRILLA PALACIOS, en razón a que las pruebas permiten colegir que el proyecto de vida de las mismas, fue truncado con la muerte de hijos, tíos y hermanos -supresión de la familia-; a raíz de lo cual se vieron obligados a desplazarse de su lugar de origen con sus familiares que sobrevivieron a los hechos de violencia del 2 de mayo de 2002, que les significó soportar la descomposición de los cuerpos inmolados, dos de los cuales no se pudieron identificar (Yesenia y Elvia) pero indudablemente se tiene la certeza de sus muertes.
- No ha lugar a desestimar los cargos por el daño concernido con la muerte de las señoras Elvia y Yesenia Palacios Hurtado, pues la prueba testimonial si permite inferir su fallecimiento en los hechos denunciados.
- También ha lugar a reconocer daño indemnizable respecto de JESÚS ANTONIO MOSQUERA ASPRILLA, ROSA APULIA MOSQUERA MARTÍNEZ, MANUEL SANTOS MOSQUERA DÍAZ y SINFORIANO PALACIOS PALACIOS, pues la relación de parentesco es la de crianza.
- Debe reconocerse compensación a la Señora ADELFA PUBLIA ASPRILLA PALACIOS respecto de la indemnización por daño a la salud por la muerte de sus nietos (hijos de BENJAMÍN ANTONIO PALACIOS ZUÑIGA).
- Debe reconocerse indemnización por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante a favor de la Señora ADELFA PUBLIA ASPRILLA PALACIOS, por la dependencia económica que de los ingresos de su hijo BENJAMÍN ANTONIO PALACIOS ZUÑIGA tenía.

En cuanto a la reparación integral, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado²⁴⁷:

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados. Es necesario añadir las medidas de carácter positivo que el Estado debe adoptar para asegurar que no se repitan hechos lesivos como los ocurridos en el [...].

Por otra parte, la Resolución 60/147, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005, precisa que una reparación plena y efectiva incluye las siguientes medidas: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

²⁴⁷ Caso Ximenes Lopes. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C n°. 149, párr. 209; Caso Baldeón García. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C n°. 147, párr. 176; Caso Comunidad Indígena Suwhoyamaya. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C n°. 146, párr. 197; Caso Acevedo Jaramillo y otros. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C n°. 144, párr. 296; Caso Blanco Romero y otros. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C n°. 138, párr. 69; Caso García Asto y Ramírez Rojas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C n°. 137, párr. 248; Caso Gómez Palomino. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C n°. 136, párr. 113; Caso de la "Masacre de Mampiripán". Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C n°. 134, párr. 244; Caso Raxcacó Reyes. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C n°. 133, párr. 115; Caso Gutiérrez Soler. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C n°. 132, párr. 63; Caso "Cinco Pensionistas". Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C n°. 98, párr. 174.

En el ordenamiento interno, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 establece que en la valoración de los daños irrogados a las personas y a las cosas, dentro de cualquier proceso que se adelante ante la administración de justicia, se deben aplicar a los principios de reparación integral y de equidad, los cuales se sobreponen a los principios procesales de congruencia, de jurisdicción rogada y de *no reformatio in pejus*, al respecto el Consejo de Estado ha dicho²⁴⁸:

"... de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado²⁴⁹, existen casos en los que el juez puede ordenar medidas que atiendan a la reparación integral del daño, aunque conlleve restricciones a los mencionados principios procesales. Esto ocurre cuando se juzga la responsabilidad del Estado por graves violaciones de los derechos humanos pues, en estos eventos, la obligación de reparar integralmente el daño surge, principalmente, de distintos tratados y convenios de derechos humanos ratificados por Colombia que prevalecen en el orden interno²⁵⁰, pero también de otros instrumentos de derecho internacional²⁵¹ que, aunque no tienen carácter estrictamente vinculante -razón por la cual se los denomina "derecho blando" o "soft law"-, gozan de cierta relevancia jurídica y práctica en el ámbito internacional y nacional en tanto exhiben "una clara e inequívoca vocación axiológica o normativa general"²⁵² y sirven como "criterio[s] auxiliar[es] de interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos"²⁵³.

*Así las cosas, se ha considerado que es posible establecer restricciones a los principios de congruencia, jurisdicción rogada y *no reformatio in pejus* con el fin, bien sea de dar cumplimiento a los mandatos contenidos en normas internacionales de derechos humanos con prevalencia en el orden interno, o de proteger otros derechos, valores y principios constitucionales, que lleguen a ser de mayor trascendencia".*

Los reconocimientos indemnizatorios y/o compensación correspondiente, por ser los familiares de crianza de las víctimas directas, se harán teniendo en cuenta los topes indemnizatorios del daño moral y el daño a la salud definidos por el Consejo

²⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero ponente: DANIL ROJAS BETANCOURTH, Sentencia de 11 de septiembre de 2013, Radicación número: 41001-23-31-000-1994-07654-01(20601), Actor: María del Carmen Chacón y Otros, Demandado: Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, Referencia: Acción de Reparación Directa.

²⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 21 de febrero de 2001, exp. 20046, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; de 26 de marzo de 2009, exp. 17.794, C.P. Enrique Gil Botero; de 20 de febrero de 2008, exp. 16996 C.P. Enrique Gil Botero.

²⁵⁰ Entre ellos, la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 63), la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (artículo 13), y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (artículo 9). Se hace claridad en que, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política, para que un tratado de derechos humanos ratificado por el Congreso prevalezca en el orden interno -en resultado de integrarse al bloque de constitucionalidad como lo ha entendido la Corte Constitucional- es necesario que se refiera a derechos ya reconocidos en la propia Constitución. Siendo así, se entiende que los tratados mencionados prevalecen en el orden interno, debido a que el derecho de las víctimas de hechos delictivos a la reparación, se encuentra expresamente estipulado en el artículo 250 del ordenamiento superior.

²⁵¹ Entre ellos, el Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad; los Principios y directrices básicas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones; la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de los delitos y de abuso de poder; y la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

²⁵² Luis Manuel Castro, "Soft law y reparaciones a víctimas de violaciones de derechos humanos: Reflexiones iniciales", en Rodrigo Uprimmy (coord.), Reparaciones en Colombia: Análisis y propuestas. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009, p. 66.

²⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-872 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

de Estado en las Sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014, pues la Sala encuentra acreditadas en el expediente tales condiciones, por ser afirmaciones indefinidas en la demanda y en los poderes, percepción probatoria que se fortalece con el indicio deducido de la prueba que dimanen los Registros Civiles de Nacimiento, que apuntan a establecer una unidad familiar; y es que tales registros no solo demuestran la paternidad o maternidad, también permiten deducir la convivencia que aquellas tenían con las víctimas, por tal razón ese cargo de la apelación está llamado a prosperar, máxime si se tiene en cuenta la Sentencia reciente de unificación, donde el Consejo de Estado sentó las bases sobre los medios de prueba idóneos para demostrar el parentesco, en estos términos²⁵⁴.

Así las cosas, y visto el acervo probatorio obrante en el expediente, la laxitud de la prueba, en el estudio de casos como este, en donde se involucran graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario nos permiten inferir, que existen elementos de convicción suficientes para concluir la relación parental de hecho o de crianza existente entre los reclamantes y las víctimas aludidas en precedencia, quienes en ausencia de prueba documental directa, acudieron a pruebas indiciarias, no contradicha por las entidades accionadas.

Ahora, para evitar que los demandantes se puedan beneficiar en la Acción de grupo que cursa en el Tribunal Administrativo del Chocó, bajo el Radicado No. 2009-00245 (acumulado 2002-01001, 2003-0148, 2003-0179, 2004- 0401), en el resuelve de esta Sentencia se ordenará enviar copia de la misma para que repose en aquel expediente, a efectos de que al momento de dictar Sentencia se excluya a la señora ADELFA PUBLIA ASPRILLA PALACIOS quien acciona como madre de BENJAMÍN PALACIOS ZÚÑIGA y abuela paterna de LUZ DEL CARMEN PALACIOS HURTADO, MERCEDES PALACIOS HURTADO, CRECENCIO PALACIOS HURTADO, ELVIA PALACIOS HURTADO, VICTOR ANTONIO PALACIOS HURTADO, ROSALBA PALACIOS HURTADO, YESENIA PALACIOS HURTADO y EMERITA PALACIOS HURTADO, e igualmente a LIBIA MARIA PALACIOS ASPRILLA, MANUEL JOAQUÍN PALACIOS ASPRILLA, MANUEL HERMINIO PALACIOS ASPRILLA, ADELFA PULIA PALACIOS ASPRILLA, CARMEN TULIA PALACIOS ASPRILLA, JESÚS ANTONIO MOSQUERA ASPRILLA, MARIA PASCUALA PALACIOS ASPRILLA, MARTÍN PALACIOS ASPRILLA, ROSA APULIA MOSQUERA MARTÍNEZ, MANUEL SANTOS MOSQUERA DÍAZ y SINFORIANO PALACIOS PALACIOS, quienes accionaron como hermanos de BENJAMÍN ANTONIO PALACIOS ZÚÑIGA y tíos de LUZ DEL CARMEN PALACIOS HURTADO, MERCEDES PALACIOS HURTADO, CRECENCIO PALACIOS HURTADO, ELVIA PALACIOS HURTADO, VICTOR ANTONIO PALACIOS HURTADO, ROSALBA PALACIOS HURTADO, YESENIA PALACIOS HURTADO y EMERITA PALACIOS HURTADO, o sobre cualquier otra acción que sobre estos mismos hechos exista en esta jurisdicción, lo anterior a efectos de evitar la doble e inmerecida indemnización, como beneficiarios indemnizatorios por las muertes de sus seres queridos.

En esas condiciones, se privilegia la Acción de reparación directa frente a la Acción de grupo, pero solo como beneficiarios indemnizatorios por las muertes

²⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera, Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO, sentencia de 28 de agosto de 2014, Radicación número: 05001-23-25-000-1999-00163-01(32988), Actor: Félix Antonio Zapata González y Otros, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, Sentencia de Unificación.

También: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA; Sentencia del 12 de febrero de 2014, Radicación: 50001233100020000000101 (26013), Actor: Durabio Pérez y Otros, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, Asunto: Acción de Reparación Directa (Sentencia).

de sus seres queridos, en cuanto con ésta acción se precisaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar que fundamentan los fines indemnizatorios individuales.

Las pretensiones indemnizatorias en concreto.

En la demanda se pidió condena a los accionados así:

1. A pagar 100 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes a título de perjuicios morales, para la Señora ADELFA PUBLIA ASPRILLA PALACIOS a título de perjuicios morales por cada uno de sus seres queridos fallecidos, como madre de BENJAMÍN PALACIOS ZÚÑIGA y abuela paterna de LUZ DEL CARMEN PALACIOS HURTADO, MERCEDES PALACIOS HURTADO, CRECENCIO PALACIOS HURTADO, ELVIA PALACIOS HURTADO, VICTOR ANTONIO PALACIOS HURTADO, ROSALBA PALACIOS HURTADO, YESENIA PALACIOS HURTADO y EMERITA PALACIOS HURTADO;
2. A pagar 50 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes a título de perjuicios morales, para cada uno de los demandantes LIBIA MARIA PALACIOS ASPRILLA, MANUEL JOAQUÍN PALACIOS ASPRILLA, MANUEL HERMINIO PALACIOS ASPRILLA, ADELFA PUBLIA PALACIOS ASPRILLA, CARMEN TULIA PALACIOS ASPRILLA, JESÚS ANTONIO MOSQUERA ASPRILLA, MARIA PASCUALA PALACIOS ASPRILLA, MARTÍN PALACIOS ASPRILLA, ROSA APULIA MOSQUERA MARTÍNEZ, MANUEL SANTOS MOSQUERA DÍAZ y SINFORIANO PALACIOS PALACIOS, por cada uno de sus seres queridos fallecidos, como hermanos de BENJAMÍN PALACIOS ZÚÑIGA y sobrinos de LUZ DEL CARMEN PALACIOS HURTADO, MERCEDES PALACIOS HURTADO, CRECENCIO PALACIOS HURTADO, ELVIA PALACIOS HURTADO, VICTOR ANTONIO PALACIOS HURTADO, ROSALBA PALACIOS HURTADO, YESENIA PALACIOS HURTADO y EMERITA PALACIOS HURTADO.
3. A pagar el daño emergente y el lucro cesante, enunciado como las costas y costos del proceso y los honorarios de abogado en la proporción que determine el Honorable Tribunal, concretamente, a favor de la Señora ADELFA PUBLIA ASPRILLA PALACIOS a título de perjuicios materiales, como madre de BENJAMÍN PALACIOS ZÚÑIGA.
4. A pagar el perjuicio denominado daño a la vida de relación (hoy daño a la salud), consistente en la suma equivalente a 400 salarios mínimos mensuales legales vigentes por cada una de las víctimas fallecidas, BENJAMÍN PALACIOS ZÚÑIGA, LUZ DEL CARMEN PALACIOS HURTADO, MERCEDES PALACIOS HURTADO, CRECENCIO PALACIOS HURTADO, ELVIA PALACIOS HURTADO, VICTOR ANTONIO PALACIOS HURTADO, ROSALBA PALACIOS HURTADO, YESENIA PALACIOS HURTADO y EMERITA PALACIOS HURTADO, i. a favor de la Señora ADELFA PUBLIA ASPRILLA PALACIOS y ii. a favor de LIBIA MARIA PALACIOS ASPRILLA, MANUEL JOAQUÍN PALACIOS ASPRILLA, MANUEL HERMINIO PALACIOS ASPRILLA, ADELFA PUBLIA PALACIOS ASPRILLA, CARMEN TULIA PALACIOS ASPRILLA, JESÚS ANTONIO MOSQUERA ASPRILLA, MARIA PASCUALA PALACIOS ASPRILLA, MARTÍN PALACIOS ASPRILLA, ROSA APULIA MOSQUERA MARTÍNEZ, MANUEL SANTOS MOSQUERA DÍAZ y SINFORIANO PALACIOS PALACIOS.

"Al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, eventualmente, podría surgir la responsabilidad de éste por la violación de la norma internacional de que se trata, con el

consecuente deber de reparación y de cesación de las consecuencias derivadas de la violación... La indemnización por los perjuicios materiales sufridos por las víctimas de un caso en particular, comprende el daño material (daño emergente, lucro cesante) y el daño inmaterial. Rehabilitación, comprende la financiación de la atención médica y psicológica o siquiátrica o de los servicios sociales, jurídicos o de otra índole. Satisfacción, son medidas morales de carácter simbólico y colectivo, que comprende los perjuicios no materiales, como por ejemplo, el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, actos conmemorativos, bautizos de vías públicas, monumentos, etc. Garantías de no repetición, son aquellas medidas idóneas, de carácter administrativo legislativo o judicial, tendientes a que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones a su dignidad, entre las cuales cabe mencionar aquellas encaminadas a disolver los grupos armados al margen de la ley, y la derogación de leyes, entre otras." Tesouro. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO; Sentencia del 19 de octubre de 2007, Radicación número: 05001-23-31-000-1998-02290-01(29273)A, Actor: Roberto Zuleta Arango y Otros, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional-, Referencia: Acción de Reparación Directa.

Como quiera que la apelación de la parte actora está encaminadas a revisar los montos indemnizatorios echados de menos, pero atendiendo que en este caso está probado de manera evidente, que hubo una grave y masiva violación a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, esta Sala, reitera que con fines de reparación integral encuentra pertinente hacer una mayor ponderación a la tasación del daño moral y del daño a la salud, reconocido en la primera instancia, a efectos de compensar como corresponde, el daño producido, de tal suerte que la indemnización que deba pagar el Estado resulte verdaderamente acorde al daño que causó y a los padecimientos que sufrieron las víctimas, producto de aquel, por lo cual y en aplicación a los criterios de unificación, que en sentencia reciente trazó la Sección Tercera del Consejo de Estado, con las que se establecieron los topes a montos indemnizatorios en materia de perjuicios inmateriales, tales como daño moral, daño a la salud y afectación relevante a bienes o derechos constitucional y convencionalmente amparados o protegidos, y que además estableció una línea de excepción, cuando con ocasión del daño, se haya producido una grave afectación a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, como en este caso, se dijo que se podía otorgar una indemnización que puede superar hasta el triple los montos indemnizatorios, el Consejo de Estado²⁵⁵, al respecto dijo²⁵⁶:

"Sin embargo, la Sala precisa, con fines de unificación jurisprudencial, que en casos excepcionales, como los de graves violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, entre otros, podrá otorgarse una indemnización mayor de la señalada en los eventos descritos en la sentencia de unificación antes citada, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño moral, sin que en tales casos el monto total de la indemnización pueda superar el triple de los montos indemnizatorios fijados en dicha sentencia. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño.

²⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 26.251. M.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 27709, M.P. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO.

²⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, Consejero ponente: RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO; Sentencia de 28 de agosto de 2014. Radicación: 05001-23-25-000-1999-00163-01 (32988). Actor: Félix Antonio Zapata González y Otros, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional. Sentencia de Unificación.

... La Sala advierte que esta regla de excepción no contradice la sentencia de unificación de la Sección Tercera del 25 de septiembre del 2013²⁵⁷, pues esta unificó la jurisprudencia en relación con el tope indemnizatorio de los perjuicios morales en escenarios en los que el daño antijurídico imputable al Estado tiene su origen en una conducta punible de un agente estatal, investigada, sancionada penalmente y contenida en una sentencia ejecutoriada²⁵⁸.

Perjuicios Morales –Plus indemnizatorio-

Así las cosas, como en este caso se trató de una flagrante violación a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, se modificará la sentencia de primera instancia, en lo que respecta al daño moral, y aun cuando en la demanda se solicitó la compensación por dicho rubro de manera ambigua, dado que por un lado se pidió un monto indemnizatorio de manera concreta (100 s.m.l.m.v.) y en otro acápite pidió de manera genérica como “perjuicio inmaterial”, este Tribunal apelando al Maestro Juan Carlos Henao Pérez²⁵⁹, en esta ocasión, por la gravedad de los daños, aplicará las reglas de excepción dadas en la Sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, incrementando la condena del *a quo* al triple, del reconocido a cada uno de los demandantes que acreditaron su concisión de perjudicados en el expediente.

²⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera; Sentencia del 25 de septiembre del 2013, rad. 36460, M.P. ENRIQUE GIL BOTERO.

²⁵⁸ “De otro lado, en criterio de esta Sala, el monto a que hace referencia el artículo 97 *ibidem* no puede entenderse como una camisa de fuerza, puesto que al margen de que la mencionada disposición sea pertinente para valorar el perjuicio inmaterial en aquellos supuestos en que el daño antijurídico tiene origen en una conducta punible, es preciso indicar que la tasación del mismo dependerá de las circunstancias en que se produjo la lesión o afectación, así como la magnitud de la misma, su gravedad, naturaleza e intensidad y demás factores objetivos. Por consiguiente, el hecho de que el precepto legal haga referencia a un valor determinado, esta circunstancia no puede restringir la autonomía e independencia con que cuenta el juez a la hora de valorar el daño inmaterial padecido, razón por la cual no siempre que el hecho devenga de la comisión de una conducta punible, habrá lugar a decretar una condena por perjuicio inmaterial que ascenda a 1.000 SMMLV. Por consiguiente, para que sea aplicable el criterio de valoración del daño inmaterial, contenido en el artículo 97 del Código Penal, es necesario que en el proceso obre la prueba idónea que permita establecer que fue la conducta punible la que desencadenó el daño antijurídico, y que ese hecho ilícito ya fue objeto de una investigación y sanción penal contenida en una sentencia ejecutoriada, tal y como se aprecia en el caso concreto, así como los factores objetivos que rodearon la producción del daño antijurídico, para determinar la valoración del perjuicio en cada caso concreto” (se destaca). Consejo de Estado, Sección Tercera; Sentencia del 25 de septiembre del 2013, rad. 36460, M.P. ENRIQUE GIL BOTERO.

²⁵⁹ “en ocasiones el *petitum* de la demanda se redacta genéricamente, por ejemplo, solicitando “que se indemnicen los perjuicios derivados del hecho dañoso”, lo cual permite al juez decretar la indemnización de aquellos que se encuentran probados, a pesar de que específicamente no hayan sido solicitados en la demanda, sin violar así el derecho de defensa y sin fallar *ultra petita*...” ver, Juan Carlos Henao, *El daño “andlisis comparativo de la responsabilidad extrcontractual del estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, edic. 2007, pág. 43.

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

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

Por lo tanto, ha de reconocerse a favor de cada uno de los demandantes así:

1. A pagar i. 300 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes a título de perjuicios morales, para la Señora ADELFA PUBLIA ASPRILLA PALACIOS, como madre de BENJAMÍN PALACIOS ZÚÑIGA y ii. a pagar 150 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes a título de perjuicios morales, por cada uno, como abuela paterna de LUZ DEL CARMEN PALACIOS HURTADO, MERCEDES PALACIOS HURTADO, CRECENCIO PALACIOS HURTADO, ELVIA PALACIOS HURTADO, VICTOR ANTONIO PALACIOS HURTADO, ROSALBA PALACIOS HURTADO, YESENIA PALACIOS HURTADO y EMERITA PALACIOS HURTADO;
2. A pagar i. 150 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes a título de perjuicios morales, para cada uno de los demandantes LIBIA MARIA PALACIOS ASPRILLA, MANUEL JOAQUÍN PALACIOS ASPRILLA, MANUEL HERMINIO PALACIOS ASPRILLA, ADELFA PUBLIA PALACIOS ASPRILLA, CARMEN TULIA PALACIOS ASPRILLA, JESÚS ANTONIO MOSQUERA ASPRILLA, MARIA PASCUALA PALACIOS ASPRILLA, MARTÍN PALACIOS ASPRILLA, ROSA APULIA MOSQUERA MARTÍNEZ, MANUEL SANTOS MOSQUERA DÍAZ y SINFORIANO PALACIOS PALACIOS, por cada uno de sus seres queridos fallecidos, como hermanos de BENJAMÍN PALACIOS ZÚÑIGA y ii. a pagar 105 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes a título de perjuicios morales, para cada uno de los demandantes, como sobrinos de LUZ DEL CARMEN PALACIOS HURTADO, MERCEDES PALACIOS HURTADO, CRECENCIO PALACIOS HURTADO, ELVIA PALACIOS HURTADO, VICTOR ANTONIO PALACIOS HURTADO, ROSALBA PALACIOS HURTADO, YESENIA PALACIOS HURTADO y EMERITA PALACIOS HURTADO.

Sobre la impetración de perjuicios denominados en la demanda como daño a la vida de relación se tiene:

En la demanda se solicitó reconocer y pagar a todos los demandantes, los Daños a la vida de relación, hoy conocido como daño a la salud, pero haciendo una

interpretación integral de la demanda se puede concluir que si se hizo²⁶⁰; sin embargo, encuentra la Sala en el expediente la integridad del elemento probatorio que demuestra a la sociedad que dicho daño fue padecido por los demandantes, y como se sabe, este perjuicio debe probarse, dado que el mismo no se presume, esa prueba refulge:

- i. del daño mismo,
- ii. de la historia de la crisis humanitaria y,
- iii. de los días posteriores al hecho dañoso.

En este caso,

- a. la muerte,
- b. el desplazamiento,
- c. las desapariciones forzadas (Yesenia y Elvia, quienes fallecieron pero cuyos cuerpos no se identificaron),
- d. el desabastecimiento inusitado padecido por los accionantes,
- e. unidos a la destrucción de sendas familias,
- f. al desarraigo de su convivencia territorial y
- g. el posterior traslado del centro poblado,
- h. la descomposición de los cadáveres sin poderlos inhumar,
- i. la tardía llegada de las Autoridades al dantesco escenario de sangre y muerte.

Hacen inferir que hubo un daño a la salud desde el punto de vista psicológico, psiquiátrico, sociológico y antropológico por la crisis humanitaria, que aún sigue padeciéndose, como bien lo informaron los testigos.

Al respecto se ha dicho²⁶¹:

"Bajo este propósito, el juez debe determinar el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano.

Para lo anterior el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima. Para estos efectos, de acuerdo con el caso, se podrán considerar las siguientes variables:

- *La pérdida o anomalía de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente)*
- *La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.*
- *La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.*

²⁶⁰ Ibidem.

²⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO; Sentencia del 14 de septiembre de 2011, Radicación número: 05001-23-31-000-2007-00139-01(38222). Actor: José Darío Mejía Herrera y Otros, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, Referencia: Acción de Reparación Directa.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31170, M.P. ENRIQUE GIL BOTERO, Expediente: 31.170, Radicación: 05001-23-31-000-1997-01172-01, Demandante: Luis Fernéy Isaza Córdoba y otros, Demandado: La Nación, Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, Asunto: Reparación Directa.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 28832, M.P. DANILÓ ROJAS BETACOURTH. Expediente: 28832, Radicación: 250002326000200000340-01, Actor: Andreas Erich Sholten Demandado: Nación - Ministerio de Justicia y del Derecho - Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, Naturaleza: Reparación directa

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

En casos excepcionales, esto es, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño a la salud podrá otorgarse una indemnización mayor a la señalada en la tabla anterior, sin que en tales casos el monto total de la indemnización por este concepto pueda superar la cuantía equivalente a 400 S.M.L.M.V. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño, con aplicación de las mismas variables referidas”.

En este caso, la extrema gravedad campea, por lo tanto se ha de aplicar la regla de excepción para aumentar hasta 400 SMMLV, siempre que esté debidamente motivado. Por lo tanto, ha de reconocerse a favor de cada uno de los demandantes, teniendo en cuenta los máximos montos indemnizatorios (400 S.M.L.M.V), según lo dispone en la Sentencia del 28 de agosto de 2014, dada la grave afectación a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en la masacre de Bojayá - Departamento del Chocó, el día 02 de mayo de 2002, en el que resultaron muertos las personas por la cuales se reclama a esta instancia indemnización con vulneración inadmisiblemente de la obligación de respetar principios de distinción, limitación, proporcionalidad y trato humano a la población civil, por lo que se condenará a las entidades demandadas a pagar a los actores, una compensación pecuniaria de acorde a la regla de excepción, fijada por el Consejo de Estado²⁶², como ya se indicó en precedencia.

Por lo tanto, ha de reconocerse a favor de cada uno de los demandantes así:

²⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. ENRIQUE GIL BOTERO; Sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. Radicación: 05001-23-31-000-1997-01172-01 (31170), Demandante: Luis Ferney Isaza Córdoba y Otros, Demandado: La Nación, Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, Asunto: Reparación Directa:

“De modo que, una vez desarrollado el panorama conceptual del daño a la salud, la Sala Plena de la Sección Tercera unifica su jurisprudencia en torno al contenido y alcance de este tipo de perjuicio inmaterial, en los términos que se desarrollan a continuación:

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

Lo anterior, en ejercicio del arbitrio iudice, para lo cual se tendrá en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida, para tal efecto se utilizarán –a modo de parangón– los siguientes parámetros o baremos:

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

1. A pagar i. 400 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes a título de daño a la salud, para la Señora ADELFA PUBLIA ASPRILLA PALACIOS, como madre de BENJAMÍN PALACIOS ZÚÑIGA y ii. a pagar 150 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes a título de daño a la salud, por cada uno, como abuela paterna de LÚZ DEL CARMEN PALACIOS HURTADO, MERCEDES PALACIOS HURTADO, CRECENCIO PALACIOS HURTADO, ELVIA PALACIOS HURTADO, VICTOR ANTONIO PALACIOS HURTADO, ROSALBA PALACIOS HURTADO, YESENIA PALACIOS HURTADO y EMERITA PALACIOS HURTADO;
2. A pagar i. 150 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes a título de daño a la salud, para cada uno de los demandantes LIBIA MARIA PALACIOS ASPRILLA, MANUEL JOAQUÍN PALACIOS ASPRILLA, MANUEL HERMINIO PALACIOS ASPRILLA, ADELFA PUBLIA PALACIOS ASPRILLA, CARMEN TULIA PALACIOS ASPRILLA, JESÚS ANTONIO MOSQUERA ASPRILLA, MARIA PASCUALA PALACIOS ASPRILLA, MARTÍN PALACIOS ASPRILLA, ROSA APULIA MOSQUERA MARTÍNEZ, MANUEL SANTOS MOSQUERA DÍAZ y SINFORIANO PALACIOS PALACIOS, por cada uno de sus seres queridos fallecidos, como hermanos de BENJAMÍN PALACIOS ZÚÑIGA y ii. a pagar 105 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes a título de daño a la salud, para cada uno de los demandantes, como sobrinos de LÚZ DEL CARMEN PALACIOS HURTADO, MERCEDES PALACIOS HURTADO, CRECENCIO PALACIOS HURTADO, ELVIA PALACIOS HURTADO, VICTOR ANTONIO PALACIOS HURTADO, ROSALBA PALACIOS HURTADO, YESENIA PALACIOS HURTADO y EMERITA PALACIOS HURTADO.

Perjuicios materiales.

En la apelación se solicitó condenar:

- A pagar el daño emergente y el lucro cesante, enunciado como las costas y costos del proceso y los honorarios de abogado en la proporción que determine el Honorable Tribunal, concretamente, a favor de la Señora ADELFA PUBLIA ASPRILLA PALACIOS a título de perjuicios materiales, como madre de BENJAMÍN PALACIOS ZÚÑIGA.

Si tenemos que el daño material está regulado en el Código Civil como "Artículo 1.614. DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE. Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento" descenderemos al caso concluyendo que el daño emergente corresponde a la erogación necesaria para el gasto de inhumación, destrucción de viviendas, supresión de la actividad económica²⁰³, sin embargo de ello no hay prueba en el plenario, razón por la cual no hay lugar a su reconocimiento.

Lucro cesante.

²⁰³ "El daño emergente supone, por tanto, una pérdida sufrida, con la consiguiente necesidad —para el afectado— de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se ha perdido. El daño emergente conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima". Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Sentencia del 4 de diciembre de 2.006. Radicación número: 25000-23-26-000-1994-09817-01(13168). Actor: Audy Hernando Forigua Panche y Otros. Demandado: Nación-Ministerio de Justicia.

Se sabe entonces que el lucro cesante debe ser indemnizado en relación directa con i. los ingresos de la víctima que por la muerte atribuibles a los demandados cuya responsabilidad objetiva deviene de la Ley y la jurisprudencia y ii. la vida probable del beneficiario y de su causante, en tanto el daño acabó con la capacidad de generación de la renta.

Una persona económicamente productiva se presume que recibe al menos un salario mínimo legal mensual vigente por sus labores, de todo tipo (agricultura, caza y pesca y oficios varios) en el caso de BENJAMÍN PALACIOS ZÚÑIGA (a folio 872 del Cuaderno Principal No. 2 aparece registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 42775449, donde se evidencia que nació el 17 de abril de 1956 en Bojayá - Chocó; a folio 35 del Cuaderno Principal No. 1 aparece certificado de defunción de la Notaría Única del Círculo de Bojayá con indicativo serial No. 03913753, donde se evidencia que falleció esa municipalidad el 2 de mayo del año 2012), que de acuerdo con los testigos, tenía su propio hogar con ROSALBA HURTADO (fallecida en los mismos hechos, junto con ELVIA, YESENIA, CRECENCIO, VICTOR, MERCEDES, LUZ DEL CARMEN, hijos de dicha unión) y que también ayudaba a su madre de crianza ADELFA PUBLIA ASPRILLA PALACIOS; ergo, evidentemente tenía puesta su fuerza de trabajo para la coadyuvancia económica de su familia.

Pero, por otro lado, si una persona tiene 56 años, es claro que la ayuda que puede otorgar a alguien por fuera de su entorno próximo con un ingreso indeterminado pero presunto igual a un salario mínimo legal mensual vigente, resulta ser residual, exiguo, incidental, harta azas y en honor a la experiencia, francamente insignificante.

Por lo anterior, la Sala no modificará la sentencia de primera instancia.

Indemnización por afectación relevante a bienes o derechos convencionales y constitucionalmente amparados.

Esta nueva categoría de daños, que por demás opera también de oficio, ha sido reconocida por el Consejo de Estado, en la Sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, en donde se dijo²⁶⁴:

"Se reconocerá, aún de oficio, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencionales y constitucionalmente amparados. Procederá siempre y cuando, se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de medidas reparatorias no indemnizatorias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) permanente o estable y los parientes hasta el 1° de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "de crianza".

Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, reprobando las violaciones a los derechos humanos y concretar la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional. Para el efecto el juez, de manera oficiosa o a solicitud de parte, decretará las medidas que considere necesarias o coherentes con la magnitud de los hechos probados (Artículo 8.1 y 63.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos).

²⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera: Sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 28804, M.P. STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO. Radicación: 23001233100020010027801 (28.804), Actor: Amparo de Jesús Ramírez Suárez, Demandado: Hospital San Vicente de Paul de Lorica y Otro, Referencia: Apelación Sentencia - Acción de Reparación Directa.

....

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

Si es de Perogrullo reconocer que la conducción de la convivencia está adscrita al Estado (en general), es obvio que los temas de orden público son competencia del Presidente de la República en estrecha correlación con los Ministerios del Interior y de Defensa Nacional (que conforman, en consecuencia, el Gobierno Nacional), que la paz es una aspiración colectiva para gozarla regladamente, es conveniente entonces aceptar que quien tiene vocación jurídica para obrar como demandada en este tipo de procesos es la Nación y en tal escenario, "lo que debe determinarse es quién tiene la representación y no si existe legitimación por pasiva, lo cual depende del organismo o entidad del cual proviene la actuación transgresora que se demanda", como con acierto lo plasmó el Honorable Consejo de Estado²⁶⁵ en cuanto:

"como advierte la doctrina, el Estado Colombiano está constituido por un conjunto de personas jurídicas de derecho público que ejercen las distintas facetas del poder público (funciones públicas) y dentro de ellas se encuentra la Nación quien "es la persona jurídica principal de la organización estatal en la cual se centraliza el conjunto de dependencias que ejercen las funciones públicas esenciales propias del Estado Unitario"²⁶⁶. Así lo previó de vieja data nuestro ordenamiento jurídico al reconocer que la Nación es una persona jurídica (art. 80 ley 153 de 1887), a la cual pertenecen múltiples entidades y dependencias de las distintas ramas del poder público y de los entes autónomos.

Pero esa persona jurídica Nación está representada por diversos funcionarios de las distintas ramas del poder público que despliegan las tradicionales funciones públicas legislativa, administrativa y jurisdiccional y de los órganos autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado (vgr. las funciones públicas fiscalizadora y electoral), tal y como lo establece el Artículo 149 del CCA (modificado por el Artículo 49 de la ley 446 de 1998).

Nótese que no puede alegarse falta de legitimación por pasiva cuando la Nación es la entidad demandada, sino lo que hay que determinar es cuál de sus dependencias o entidades está encargada de su representación judicial en una acción colectiva particular y concreta. Así lo ha señalado esta Sala en sede de reparación directa, pero cuyas consideraciones son extrapolables al juicio popular:

"Ocorre, sin embargo, que esta persona jurídica (la Nación) está representada por diversos funcionarios según la rama del poder público o la dependencia u órgano que deba concurrir al proceso porque 'los actos administrativos, los hechos, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas' que juzga la jurisdicción de lo contencioso administrativo (art. 83 C.C.A.) les sean atribuibles de manera directa, de acuerdo con las previsiones contenidas en el Artículo 149 C.C.A.

²⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO; Sentencia del 18 de junio de 2008, Radicación número: 70001-23-31-000-2003-00618-01(AP), Actor: Emposucre en Liquidación, Demandado: Nación - Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y Otros, Referencia: Acción Popular - Apelación de Sentencia.

²⁶⁶ IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique, Estudios de derecho constitucional y administrativo, Ed. Legis, Bogotá, segunda edición, 2007. p. 222.

Podría afirmarse que el centro genérico de imputación -Nación- es una persona jurídica unitaria y como tal, para efectos procesales, considerada parte, sólo que en cuanto a su representación esa imputación se particulariza teniendo en cuenta la rama, dependencia u órgano al que, específicamente para los efectos de la responsabilidad extracontractual del Estado, se le atribuya el hecho, la omisión, la operación administrativa o la ocupación causante del daño indemnizable (art. 86 C.C.A.)²⁶⁷.

En tal virtud, corresponderá determinar cuál es el organismo o entidad del cual proviene la actuación que se señala como vulnerante del derecho colectivo, asunto que definirá más adelante en esta providencia, ya que constituye el fondo de la controversia”.

En el peor escenario posible, lo sucedido tuvo entidad porque en el cumplimiento de sus funciones, los Ministerios del Interior y de Defensa Nacional y el propio Presidente de la República contribuyeron a causarlo en tanto se comprueba, dolorosamente, que todas las funciones a su cargo en relación con la problemática analizada y sus consecuencias no se cumplieron con la presteza, la responsabilidad y la trascendencia que el caso ameritaba para impedir la dolorosa masacre de Bojayá, por fuera de cualquier racionalidad, legalidad o tecnicidad en la conducción de la nación para mantener, cómo no, el orden público.

Nos enfrentamos pues, a una situación en la cual el operador judicial interno establece la necesidad de contribuir a la reparación integral del daño sufrido por los accionantes y por la especie humana, en tanto, en estos eventos, según las leyes 446 de 1998 y 975 de 2005, se debe procurar tanto la *restitutio in integrum* (restablecimiento integral) del perjuicio y de la estructura del derecho trasgredido, “para constatada la imposibilidad de efectuar la misma, abordar los medios adicionales de reparación como la indemnización, rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición y, adicionalmente el restablecimiento simbólico, entre otros aspectos”²⁶⁸.

En relación con los organismos demandados cabe precisar que la imputación por omisión, está referida a las conductas que constitucional y legalmente le están adscritas y que conllevan a que hayan vulnerado los derechos cuyo amparo se invoca.

Ni la ciudadanía en general ni las Autoridades fueron ajenas a la realidad vivida en la zona pues de tanto en tanto o bien transitan por el sector, ora son sujetos pasivos de la información radial, televisiva, periodística y de cualquier medio de comunicación de masas que a diario daban cuenta de la crisis humanitaria; el inminente enfrentamiento en la tierra de nadie institucional, era de gran intensidad hasta el mes de abril anterior al pico crítico que desembocó en la vergonzosa masacre, y ello comprometía a un gran número de personas de la región.

Con toda esta información la Sala no puede aceptar simplemente que eran las Autoridades regionales civiles, policiales o militares, las encargadas de contrarrestar

²⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de septiembre 4 de 1997, Radicación número: 10285, Actor: Efraín Campo Trujillo, Demandado: Nación- Ministerio de Justicia.

En el mismo sentido Sentencia de 7 de diciembre de 2004, Ref. 14.676 (0491), Actor: Gustavo Sanz Robledo y otros, C. P. Alier E. Hernández Enriquez.

²⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA; Sentencia del 12 de febrero de 2014, Radicación número: 50001-23-31-000-2000-00001-01(26013), Actor: Durabio Pérez y Otros, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, Referencia: Acción de Reparación Directa (Aplación Sentencia).

la crisis humanitaria, pues por la demencial actitud de las tropas de ocupación comprometidas directamente con la masacre (Farc y Auc), la solución solo podía darla, como en tantos memorandos internos se establecía, por "El Alto gobierno", o "el Gobierno Nacional" o el "Gobierno central"; sin perjuicio, se reconoce que, siendo un asunto esclarecido, ello no limita, por los principios de subsidiaridad, complementariedad y concurrencia, la intervención de otras autoridades pues el daño era inminente y evidente y, corolario de ello, ameritaba una salida interinstitucional. Descargar la responsabilidad en las autoridades zonales, implica que las Autoridades accionadas pretenden desconocer que la República de Colombia es un Estado Unitario con funcionamiento descentralizado, desconcentrado pero articulado institucionalmente como para adoptar un plan conjunto de acción de cara a la Constitución Política de la nación.

No es un afán chauvinista el planteado por la parte actora cuando indicó que el Estado los abandonó; allí se refleja un genuino interés por los altos destinos de la nacionalidad que en estos momentos de indudable importancia de la economía globalizada, marca un derrotero conceptual de incalculables proporciones si llegara a colapsar por la falta de respuesta institucional a la crisis vivida, que, como es apenas obvio, trasciende lo territorial, lo regional y afecta con mucho, lo nacional.

Si como nos reconocemos con orgullo luego de expedida nuestra Declaración Política Fundamenta de 1.991 ser un "Estado Social y Democrático de Derecho", es un desaguisado institucional contemplar la reyerta entre grupos criminales sin que las autoridades de la República tomen verdaderas cartas en el asunto. Resulta impensable y por ello no se atiende la pretensión que el Ministerio de Defensa, el Ministerio del Interior y que el Presidente de la República supeditaran o resignaran su intervención en la problemática a lo que decidiera hacer el mando regional.

Los temas concernidos son todos de orden público; la Carta, entre tanto, ha definido que en estas materias, los Gobernadores y Alcaldes son, apenas, agentes del Presidente de la República pues "Para la conservación del orden público o para su restablecimiento donde fuere turbado, los actos y órdenes del Presidente de la República se aplicarán de manera inmediata y de preferencia sobre los de los gobernadores; los actos y órdenes de los gobernadores se aplicarán de igual manera y con los mismos efectos en relación con los de los alcaldes"²⁶⁹, ya que "Artículo 303. En cada uno de los departamentos habrá un gobernador que será jefe de la administración seccional y representante legal del Departamento; el gobernador será agente del Presidente de la República para el mantenimiento del orden público y para..." y "Artículo 315. Son atribuciones del alcalde: 1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley, los decretos del gobierno, las ordenanzas, y los acuerdos del concejo. 2. Conservar el orden público en el municipio, de conformidad con la ley y las instrucciones y órdenes que reciba del Presidente de la República y del respectivo gobernador. El alcalde es la primera autoridad de policía del municipio".

Por ello no es aceptable que la alta cúpula gubernamental (Ministerio de Defensa, Ministerio del Interior y Presidente de la República) haya dejado la solución del problema al mando regional en lo policial y militar; más si como se sabe, los Alcaldes, los Gobernadores y los integrantes de la Duma departamental del Chocó y Antioquia explicaban que el asunto no era de simple policía administrativa, sino que un componente mayor reside en el transcurso del conflicto armado que, en el escenario territorial, se reconoce desde los altos heliotos del Estado.

²⁶⁹ Artículo 296 de la Constitución Política.

No se diga más que el Presidente de la República, está encargado de, entre otras funciones, "3. Dirigir la fuerza pública y disponer de ella como Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de la República.

4. Conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado"²⁷⁰, por lo tanto, era por antonomasia, el más indicado para adelantar o planear o trazar, él mismo, su Ministro de la Defensa Nacional y su Ministro del Interior, la acción armada (policial y militar) necesaria para garantizar los derechos individuales, grupales y colectivos que aquí, no solamente estuvieron comprometidos y amenazados sino, francamente, vulnerados; por lo tanto resulta claramente inadmisibles para este operador judicial, el doloroso hecho de desidia, molición e inacción que refleja la solución estatal del conflicto traído a estrados judiciales por la parte actora.

Ninguna autoridad de las entidades accionadas (ni la Procuraduría General de la Nación ni la Defensoría del Pueblo) se han hecho parte descollante en los poquísimos procesos penales que se iniciaron como consecuencia de la crisis humanitaria que se dejó analizada, se dejaron solos los derechos de las víctimas y perjudicados por la conducta punible que, no obstante, gozan de una concepción amplia de protección, no restringida exclusivamente a una reparación económica dentro del proceso penal o en reparación directa o acción de grupo, sino que incluye garantías como los derechos a la verdad²⁷¹, a la justicia²⁷² y a la reparación integral de los daños sufridos²⁷³. Esta protección está fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos. La tendencia universal a esta protección ampliada comprende actuaciones relativas al interés en el esclarecimiento de los hechos en aras de la verdad, como al interés en el derecho a que la víctima sea escuchada.

El reconocimiento de estos derechos impone unos correlativos deberes a las autoridades públicas quienes deben orientar sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible; así lo ha dicho multitud de veces la justicia colombiana:

- En la sentencia C-004 de 2003²⁷⁴ la Corte Constitucional reconoció la garantía jurídica con que cuentan las víctimas de los delitos constitutivos de

²⁷⁰ Artículo 189 de la Carta.

²⁷¹ El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho ha sido relevante para la resolución de entre otros, los casos Velásquez Rodríguez (fundamento 166), Sentencia del 29 de julio de 1988 y Barrios Altos (fundamento 43), Sentencia de 14 de Marzo de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde la Corte resalta como contrarios a la Convención Americana aquellos instrumentos legales desarrollados por los Estados partes que le nieguen a las víctimas su derecho a la verdad y a la justicia.

²⁷² El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.

²⁷³ El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito. Los sistemas jurídicos reconocen diversos mecanismos para la reparación del daño, en algunos puede ser solicitado dentro del mismo proceso penal (rasgo característico de los sistemas romano-germánicos), o bien a través de la jurisdicción civil (esquema propio de los sistemas del tradición anglosajona. (C-228 de 2002 de la Corte Constitucional, citando a Pradel, Jean, "Droit Pénal Comparé. Ed. Dalloz, 1995, págs. 532 y ss.).

²⁷⁴ Sentencia C-004 de 2003, MP. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, en donde la Corte resolvió lo siguiente: "Declárese EXEQUIBLE el numeral 3º del artículo 220 de la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal, en el entendido de que, de conformidad con los fundamentos 31, 36 y 37 de esta sentencia, la acción de revisión por esta causal también procede en los casos de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria, siempre y cuando se trate de violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, y un pronunciamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, haya constatado la existencia del hecho nuevo o de la prueba no conocida al tiempo de los debates.

violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario para controvertir decisiones que sean adversas a sus derechos. En tal sentido reconoció su derecho a impugnar decisiones tales como las de preclusión de la investigación, la cesación de procedimiento y la sentencia absolutoria, estableciendo, en tales eventos, una limitación al principio del *non bis in idem*.

- En la sentencia C-014 de 2004,²⁷⁵ la Corte Constitucional extendió la protección de los derechos de las víctimas de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario a los procesos disciplinarios, en los cuales se investigaban faltas constitutivas de tales infracciones, respetando la finalidad de este tipo de procesos.
- En el contexto de la denominada Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005), la Corte Constitucional profirió la sentencia C-370 de 2006,²⁷⁶ en la que se pronunció sobre los derechos de las víctimas²⁷⁷ en procesos inscritos en contextos y modalidades de justicia transicional de reconciliación.

Igualmente, y conforme a lo señalado en los fundamentos 34, 35 y 37 de esta sentencia, procede la acción de revisión contra la preclusión de la investigación, la cesación de procedimiento y la sentencia absolutoria, en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, incluso si no existe un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo de los debates, siempre y cuando una decisión judicial interna o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar en forma seria e imparcial las mencionadas violaciones.”

²⁷⁵ Sentencia C-014 de 2004, MP. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, con aclaración de voto del magistrado Jaime Araujo Rentería, en donde la Corte examinó la constitucionalidad de varias expresiones contenidas en los artículos 123 y 125 de la Ley 734 de 2002, cuestionados por restringir los derechos de las víctimas de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en los procesos disciplinarios. La Corte resolvió lo siguiente: QUINTO. Declarar EXEQUIBLE el artículo 89 de la Ley 734 de 2002 en el entendido que las víctimas o perjudicados de las faltas disciplinarias que constituyen violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario también son sujetos procesales y titulares de las facultades a ellos conferidos por la ley. Dijo la Corte (...) “cuando un sujeto disciplinable ha infringido los deberes funcionales que le incumben como servidor público o como particular que desempeña funciones públicas y cuando esa infracción constituye también una violación del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, a las víctimas o perjudicados les asiste legitimidad para exigir del Estado el esclarecimiento de los hechos, la imputación de una infracción a los deberes funcionales del sujeto disciplinable, la formulación de un juicio de responsabilidad de esa índole, la declaración de tal responsabilidad y la imposición de las sanciones previstas en el ordenamiento jurídico. Es decir, en tales eventos, las víctimas tienen un derecho a la verdad y a la justicia disciplinarias pues la afirmación de su dignidad, el reconocimiento y realización de sus derechos y, por esa vía, la promoción de la convivencia pacífica y la consecución de un orden justo, no se circunscriben únicamente al ejercicio del poder punitivo del Estado sino que se extiende a todas las esferas de la vida pública y privada y, desde luego, también al ejercicio de la potestad estatal disciplinaria.

²⁷⁶ Sentencia C-370 de 2006, MMPP: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, RODRIGO ESCOBAR GIL, MARCO GÉRARDO MONROY CABRA, ÁLVARO TAFUR GALVIS, CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, con salvamento de voto del magistrado Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Humberto Antonio Sierra Porto, en donde la Corte se pronunció sobre la exequibilidad de varias disposiciones de la ley de justicia y paz, que restringían sus derechos.

²⁷⁷ En la sentencia C-370 de 2006 entre otras consideraciones la Corte señaló: (...) “4.5.3. Al derecho de las víctimas a la protección judicial de los derechos humanos, mediante el ejercicio de un “recurso sencillo y eficaz”, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, corresponde el correlativo deber estatal de juzgar y sancionar las violaciones de tales derechos. Este deber puede ser llamado obligación de procesamiento y sanción judicial de los responsables de atentados en contra de los derechos humanos internacionalmente protegidos. (...) “4.5.6. La impunidad ha sido definida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”. Los estados están en la obligación de prevenir la impunidad, toda vez que propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares. En tal virtud están obligados a investigar de oficio los graves atropellos en contra de los derechos humanos, sin dilación y en forma seria, imparcial y efectiva. “4.5.7. La obligación estatal de iniciar ex officio las investigaciones en caso de graves atropellos en contra de los derechos humanos indica que la búsqueda efectiva de la verdad corresponde al Estado, y no depende de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares, o de su aportación de elementos probatorios. (...) “4.5.9. Las obligaciones de reparación conllevan: (i) en primer lugar, si ello es

- En la mencionada sentencia la Corte Constitucional reiteró su jurisprudencia (C-228 de 2002) sobre el alcance del concepto de víctima al señalar que *“según el derecho constitucional, interpretado a la luz del bloque de constitucionalidad, los familiares de las personas que han sufrido violaciones directas a sus derechos humanos tienen derecho a presentarse ante las autoridades para que, demostrado el daño real, concreto y específico sufrido con ocasión de las actividades delictivas, se les permita solicitar la garantía de los derechos que les han sido vulnerados. Esto no significa que el Estado está obligado a presumir el daño frente a todos los familiares de la víctima directa. Tampoco significa que todos los familiares tengan exactamente los mismos derechos. Lo que sin embargo si se deriva de las normas y la jurisprudencia citada, es que la ley no puede impedir el acceso de los familiares de la víctima de violaciones de derechos humanos, a las autoridades encargadas de investigar, juzgar, condenar al responsable y reparar la violación”*. (El original con subrayas).
- En el mismo sentido, en la sentencia C-979 de 2005,²⁷⁸ la Corte Constitucional protegió el derecho de las víctimas a solicitar la revisión extraordinaria de las sentencias condenatorias en procesos por violaciones a derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, cuando una instancia internacional haya concluido que dicha condena es aparente o irrisoria.
- En la sentencia C-454 de 2006,²⁷⁹ con ocasión de una demanda contra algunas disposiciones de la Ley 906 de 2004 relacionadas con los derechos procesales de las víctimas, la Corte Constitucional estimó que en el A.L. 03 de 2002 los

posible, la plena restitución (restitutio in integrum), “la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación”; (ii) de no ser posible lo anterior, pueden implicar otra serie de medidas que además de garantizar el respecto a los derechos conculcados, tomadas en conjunto reparen la consecuencias de la infracción; entre ellas cabe la indemnización compensatoria. “4.5.10. El derecho a la verdad implica que en cabeza de las víctimas existe un derecho a conocer lo sucedido, a saber quiénes fueron los agentes del daño, a que los hechos se investiguen seriamente y se sancionen por el Estado, y a que se prevenga la impunidad. “4.5.11. El derecho a la verdad implica para los familiares de la víctima la posibilidad de conocer lo sucedido a ésta, y, en caso de atentados contra el derecho a la vida, en derecho a saber dónde se encuentran sus restos; en estos supuestos, este conocimiento constituye un medio de reparación y, por tanto, una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad como un todo. “4.5.12. La sociedad también tiene un derecho a conocer la verdad, que implica la divulgación pública de los resultados de las investigaciones sobre graves violaciones de derechos humanos”.

²⁷⁸ C-979 de 2005, MP. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, con Aclaración de Voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería. La Corte revisó la constitucionalidad, entre otras disposiciones del numeral 4º del artículo 192 de la Ley 906 de 2004. Dijo entonces la Corte: “Encuentra así la Corte que el alcance que la expresión demandada le imprime a la causal de revisión de la cual forma parte, entraña en primer término, una violación de la Constitución en virtud del desconocimiento de claros referentes internacionales aplicables a la materia por concurrir a integrar el bloque de constitucionalidad (Art. 93 CP); en segundo término, una actuación contraria al deber constitucional de protección de los derechos de las víctimas de estos delitos que desconocen la dignidad humana y afectan condiciones básicas de convivencia social, necesarias para la vigencia de un orden (artículo 2 CP); en tercer lugar, un desconocimiento de los compromisos internacionales del Estado colombiano de colaborar con la vigencia de los derechos humanos y sancionar las conductas que afectan estos valores supremos del orden internacional, que nuestro país ha reconocido como elementos esenciales de las relaciones internacionales (CP Art. 9º); y en cuarto lugar una violación al debido proceso de la persona condenada en una actuación que desatiende los deberes constitucionales e internacionales de investigar ser y imparcialmente estos crímenes, aspecto que ha sido constatado por una instancia internacional. Por ello, la Corte declarará la inexecutable de la expresión acusada que hace parte del artículo 192.4 de la Ley 906 de 2004.”

²⁷⁹ Sentencia C-454 de 2006, MP. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11, 132, 133, 134, 135, 136, 137 y 357 de la Ley 906 de 2004. La Corte resolvió: Primero: Declararse INHIBIDA para pronunciarse de fondo sobre los artículos 11, 132, 133, 134, 136 y 137 de la Ley 906 de 2004, por ineptitud sustantiva de la demanda. Segundo: Declarar EXEQUIBLE, en relación con los cargos estudiados, el artículo 135 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que la garantía de comunicación a las víctimas y perjudicados con el delito opera desde el momento en que éstos entran en contacto con las autoridades, y se refiere a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Tercero: Declarar EXEQUIBLE, en relación con los cargos estudiados, el artículo 357 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que los representantes de las víctimas en el proceso penal, pueden realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía.

derechos de las víctimas “se funda en varios principios y preceptos constitucionales:

“(i) En el mandato de que los derechos y deberes se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (Art. 93 CP); (ii) en el hecho de que el Constituyente hubiese otorgado rango constitucional, a los derechos de las víctimas (Art. 250 num. 6 y 7 CP); (iii) en el deber de las autoridades en general, y las judiciales en particular, de propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de los bienes jurídicos (Art. 2º CP); (iv) en el principio de dignidad humana que promueve los derechos a saber qué ocurrió, y a que se haga justicia (Art. 1º CP); (v) en el principio del Estado Social de Derecho que promueve la participación, de donde deriva que la intervención de las víctimas en el proceso penal no puede reducirse exclusivamente a pretensiones de carácter pecuniario; (vi) y de manera preponderante del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual se derivan garantías como la de contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de los derechos y las obligaciones, la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, la adopción de decisiones con el pleno respeto del debido proceso, así como la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias.”

Como se sabe, un Estado organizado propende porque las actuaciones de sus autoridades se enmarquen en la legitimidad del actuar y así nos proclamamos en nuestro Artículo 2 Superior en punto de los fines esenciales del Estado, esto es, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución como presupuesto para asegurar la convivencia pacífica, la resolución civilizada de nuestros conflictos y la vigencia de un orden justo. Todo ello porque “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

Es que efectivamente, al cabo que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, en cambio “Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”, norma que ha de ser integrada con la regulación de la Función Pública que en el Artículo 122 exige que el empleo público tenga funciones detalladas en ley o en el reglamento y en el Artículo 123 que exige de los servidores públicos que estén al servicio del Estado y de la comunidad, ejerciendo sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. Así las cosas, la Función Administrativa axiológicamente expuesta en el Artículo 209 Superior debe estar al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Estas responsabilidades deben ser precisadas para que en realidad se entienda el contenido programático, axiológico y hermenéutico de la función pública implícita en la Carta que no es más que “el reconocimiento de los derechos de los individuos, pero también de los derechos de la sociedad; la valoración de las capacidades materiales y espirituales de los individuos, pero también la protección de los bienes colectivos frente a la fuerza destructora de aquéllos”²⁸⁰.

²⁸⁰ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo “El derecho digno”, Ed. Trotta, Pág. 14 – 16. Citado por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO; Sentencia del 2 de septiembre de 2.009, Número de Radicación: 25000-23-25-000-2004-02418-01 (AP), Actor: Miguel Ángel Morales Russi y Otro, Demandando: Instituto de Desarrollo Urbano “IDU” y Otros, Referencia: Acción Popular – Apelación Sentencia.

Es cierto, el daño institucional se ofrece subalterno frente al daño individual que todos los demandados sabían que se estaba consumando mientras viajaban prontamente en la capital chocona para la realización de Consejos de Seguridad. El poder burocrático y decisivo, entre tanto, quedaba en sus mullidos habitáculos bogotanos mientras la depredación de la región tomaba dantescas proporciones en el Pacífico colombiano y la seguridad ciudadana escapaban, desgranadas, a la Autoridad regional.

Por lo pronto entendemos que la desidia, la dejadez y la inacción de los accionados dio pábulo a la crisis, que en principio corresponde a la autoridad administrativa central (Ministerios de Defensa y del Interior y Presidente de la República), en la órbita de sendas funciones de materializar los postulados establecidos en la Carta Política para el Gobierno Nacional, y que implica ahora, la decisión judicial para proteger *“la indemnidad de las garantías individuales y sociales. No se trata de un desplazamiento funcional del juez frente a las demás autoridades y entidades públicas, sino, básicamente, de reconocer la existencia de instrumentos efectivos concedidos a la población para que defienda los lineamientos trazados por el Constituyente. No es nada diferente a la facultad con que dota el ordenamiento al sujeto para que defienda los intereses personales y colectivos en procura de la satisfacción de todas y cada una de las condiciones de vida y desarrollo pleno; en consecuencia, esta es, la responsabilidad que se le otorga al juez constitucional, circunstancia por la cual se le dota del más amplio haz de herramientas para materializar los señalados propósitos”*²⁸¹.

El hecho dañoso de que trata esta acción se realizaba ACTIVAMENTE por la práctica delincinencial entre las Farc y las Auc, grupos de los que no se podía esperar respeto alguno por ningún derecho; a la par que contaba PASIVAMENTE con la conducta connivente y omisiva del accionado Ministerio de Defensa Nacional -y a no dudarlo, por los accionados Presidencia de la República y Ministerio del Interior-, en el cumplimiento de sus funciones. De unos y otros se predica y se encuentra que violentaron los derechos de los accionantes.

En este caso, la Sala de oficio, dada la grave afectación a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en la crisis humanitaria que desencadenó en la fatídica y vergonzosa masacre de Bojayá - Departamento del Chocó, el día 2 de mayo de 2002, en el que resultaron muertos las personas por la cuales se reclama a esta instancia indemnización, condenará a la entidad demandada a las siguientes medidas, por la relevante afectación sus bienes, derechos convencionales y/o constitucionalmente amparados; pues en este caso, es claro que el daño (masacre - muerte a la población civil de Bojayá) constituye en sí misma una violación a los derechos convencional y constitucionalmente protegidos, por lo que para su acreditación no se requiere hacer mayores elucubraciones, es decir, la forma como ocurrieron los hechos y se produjo el daño lleva ínsita la vulneración que aquí se ordena indemnizar.

La compulsación de copias:

Las funciones públicas que regentaron los Señores exMinistros de Defensa Nacional, Gustavo Bell Lemus, y del Interior, Armando Estrada Villa; el Señor excomandante de las FF.MM, Fernando Tapias Stahelim; el Señor excomandante del Ejército Nacional, Jorge Enrique Mora Rangel, el Señor excomandante de la Armada

²⁸¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO; Sentencia del 2 de septiembre de 2009. Número de Radicación: 25000-23-25-000-2004-0241 8-01 (AP), Actor: Miguel Ángel Morales Russi y Otro. Demandando: Instituto de Desarrollo Urbano “IDU” y Otros, Referencia: Acción Popular - Apelación Sentencia.

Nacional, Mauricio Soto Gómez, el Señor exdirector de la Policía Nacional, Luis Ernesto Gilibert Vargas; y el Señor expresidente de la República, Andrés Pastrana Arango, en cuanto desoyeron por completo sus mandatos y por ello dieron pábulo a que la crisis humanitaria analizada fuera creciendo a medida que la bola de nieve originada por la ausencia de personal de la Fuerza pública desde marzo de 2000 llegó hasta el pico inadmisibles de la masacre de Bojayá en mayo de 2002, pueden, eventualmente, tener comprometida su responsabilidad personal desde el punto de vista disciplinario, fiscal y penal; a más de ello, es claro que sus conductas omisivas van más de la simple estructura de gravemente culposa pues, la dejadez apuntala a una omisión claramente dolosa.

Por ello y más, su conducta no tiene explicación alguna y como consecuencia, salvo mejor criterio, la Sala considera que se ha de compulsar copia de ésta providencia a efecto de que la Procuraduría General de la Nación en lo disciplinario, la Fiscalía General de la Nación en lo penal y la Contraloría General de la República en la responsabilidad fiscal, averigüen y determinen sus respectivos compromisos por omisión, se reitera, grave y claramente dolosa de sendas funciones. En el caso del Señor expresidente de la República, Andrés Pastrana Arango; se compulsarán las copias para ante la Comisión de Acusaciones de la Honorable Cámara de Representantes para lo de su competencia en lo pertinente.

Por lo demás, la inacción de éstos servidores públicos abrieron el abanico para que los actos previstos por los organismos policiales y militares regionales en sus informes a los mandos superiores no solo se concretaran y extendieran en el tiempo, sino que con sus conductas se abrió paso al indebido menoscabo -del erario público correspondiente a las indemnizaciones que se reconocen-, por ello, es criterio de la Sala que tal conducta aparece nítida como dolosa y permisiva, sin fundamento alguno y pueden por ello responder en repetición por los costos que sus entidades deben sufragar para restituir las cosas a su estado anterior, en cuanto fuere posible.

La violación de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y de todo el espectro programático, axiológico, teleológico y propositivo de la Constitución Política de la República de Colombia por parte de las Farc y Auc.

La Sala, además, encuentra que la acción perpetrada por los grupo armado ilegales en reyerta, Farc y Auc, implicó indudablemente el incumplimiento de mandatos de protección de los derechos humanos, *“que no pueden quedar desprovistos de mención, y que exigirán del Estado la obligación de medio de informar a los familiares y al país la situación de las investigaciones penales que se adelantaron, o adelanten, contra los miembros del mencionado grupo armado insurgente, y en dado caso compulsar copias a las autoridades nacionales o internacionales competentes, para que sea investigada la comisión de acciones delictivas violatorias de los derechos humanos, o de lesa humanidad que se configuraron”*²⁸²/²⁸³, con ocasión de la crisis humanitaria que se analiza, pues *“para la realización de la justicia y el logro de un orden justo”*²⁸⁴. Esto se corresponde, con la idea según la cual los derechos de las víctimas del conflicto armado, no se reducen a un ámbito indemnizatorio, sino que incluyen el derecho a la verdad y a que se haga justicia en el caso

²⁸² Sección Tercera, Sub-sección “C”, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Pon. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Sub-sección “C”, sentencia de 22 de octubre de 2012, expediente 24070. Pon. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁸³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA; Sentencia del 12 de febrero de 2014, Radicación número: 50001-23-31-000-2000-00001-01(26013). Actor: Durabio Pérez y Otros, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, Referencia: Acción de Reparación Directa (Apelación Sentencia).

²⁸⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-004 de 2003.

concreto²⁸⁵, y se encuentran expuestas y utilizadas, como población civil, "como un instrumento tanto para la confrontación como para la supervivencia de los grupos armados – cada grupo quiere dominarla, por encima de los otros –, ya que ninguna organización puede moverse con propiedad dentro de un territorio específico si no tiene un mínimo grado de apoyo de la población – los miembros de esta tienen la opción de convertirse en posibles informantes"²⁸⁶.

No cabe duda que los delincuentes en reuerta inhumana sobre el escenario civil concurren a violaciones a los Convenios de Ginebra, especialmente el IV y a su Protocolo II, debiéndose solicitar a las autoridades competentes nacionales e internacionales, en lo penal, para que cumplan con la obligación positiva de investigar y establecer si la percepción de la Sala se corresponde con la comisión de conductas que vulneraran el trato digno y humano, de tal forma que se cumpla con el mandato constitucional de la verdad, justicia y reparación²⁸⁷ respecto de los Jefes nacionales y regionales de las facciones criminales en contienda y en consecuencia, satisfacer la necesidad de establecer las responsabilidades civiles, penales e internacionales en las que hayan incurrido sendas dirigencias de los grupos armados ilegales que perpetraron la crisis humanitaria.

El Tribunal estima que la falta de investigación de hechos graves contra la integridad personal, el desplazamiento, la toma de rehenes, la desaparición forzada, el desabastecimiento en la zona del Medio Atrato, en el marco del conflicto armado, dentro de patrones sistemáticos de la crisis del Medio Atrato que desencadenó en la inadmisibles masacre de Bojayá, constituyen un incumplimiento de las obligaciones del Estado (ya no solo de las entidades demandadas, también, del Ministerio del Interior y de la Presidencia de la República, sino de la propia Fiscalía General de la Nación) frente a graves violaciones a derechos humanos, las cuales contravienen normas inderogables (*jus cogens*) y generan obligaciones para los Estados como la de investigar y sancionar dichas prácticas, de conformidad con la Convención Americana y del Derecho Internacional Humanitario.

En consecuencia, se hace exigible el pronunciamiento de las instituciones e instancias nacionales (desde la perspectiva del Derecho Internacional Humanitario) e internacionales²⁸⁸, en razón de la afectación a la población civil agraviada, teniendo en cuenta el uso de medios bélicos no convencionales que produjeron serias y graves afectaciones en los ciudadanos y sus bienes, que ameritan un enérgico y concreto pronunciamiento tanto de las autoridades nacionales, como de la comunidad internacional (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Oficina Central del Alto Comisionado

²⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chumbipuma Aguirre y otros c. Perú, sentencia de 14 de marzo de 2001. Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988. Caso Barrios Altos, sentencia de 14 de marzo de 2001.

²⁸⁶ TAWSE SMITH, Diane. "Conflicto armado colombiano", en *Desafíos*, No. 19, semestre II de 2008, p. 280. Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Pon. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁸⁷ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Pon. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA; Sub-sección C, sentencia de 22 de octubre de 2012, expediente 24070. Pon. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

²⁸⁸ Por afectación indebida a la población civil con ocasión de las acciones bélicas desplegadas [violación del artículo 53 del Convenio IV de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles, que prohíbe la destrucción de bienes muebles o inmuebles de particulares en el desarrollo de actividades bélicas], o bien por haber tenido como objeto del ataque a la población civil [violando el artículo 13.2 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra relacionados con conflictos armados sin carácter internacional].

para los Derechos Humanos de la Onu, y de la propia Corte Penal Internacional), de rechazo a este tipo de acciones bélicas, como forma de responder al derecho a la verdad, justicia y reparación, y de cumplir con el mandato del artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, con fundamento en los artículos 2 y 93 de la Carta Política, y de los artículos, 1, 2²⁸⁹ y 25.1²⁹⁰.

De esta manera,

- i. como medida de reparación no pecuniaria se ordenará a las entidades demandadas solicitar de la Fiscalía General de la Nación, sea finalizada o reabierta la investigación penal respecto de los hechos comprometedores de la crisis humanitaria (la comisión de un crimen de guerra²⁹¹, en los hechos acaecidos, al haber sido tomada como rehenes la población Bojayaceña, de manera que se cumpla la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes [ratificada por Colombia por la Ley 837 de 2003], y que hace parte como regla de *ius cogens*²⁹² del sustento de la decisión del Juez Contencioso Administrativo de segunda instancia, en ejercicio del control subjetivo o material de convencionalidad, para que se compulsen copias y se investigue la comisión de este delito),
- ii. así mismo, se compulsarán copias de esta providencia a la Unidad de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación para el mismo fin, respecto de las direcciones nacionales o mandos centrales de las Farc y Auc, sustentada dicha medida en el derecho a la verdad, justicia y reparación en la que se inspira el artículo de la Carta Política, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en la eficacia y plenitud de las garantías judiciales que exigen la investigación razonable e integral de los hechos en los que se produzcan violaciones a los derechos humanos, como forma de aplicación a los artículos 1, 2, 11, 16, 29, 42, 90, 93 y 214 de la Carta Política, 1.1, 2, 4 y 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La situación de la familia en el conflicto armado interno, específicamente en la situación de crisis humanitaria.

²⁸⁹ “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”

²⁹⁰ “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales”.

²⁹¹ En los términos del Código Penal Colombiano y del artículo 8.2.a.viii del Estatuto Penal de Roma. Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección C, auto de 17 de septiembre de 2013, expediente 45092. Pon. Jaime Orlando Sautofinío Gamboa. Caso Palacio de Justicia.

²⁹² Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007: “[...]Si bien Colombia es parte de la Convención internacional contra la Toma de Rehenes, la cual fue ratificada mediante Ley 837 de 2003 y sujeta a revisión previa de la Corte Constitucional en sentencia C-405 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), esta Convención no ha sido incorporada formalmente al bloque de constitucionalidad mediante un pronunciamiento expreso de esta Corporación. A pesar de lo anterior, resulta claro –por las razones expuestas extensamente en el apartado 5.4.4. de la Sección D de esta providencia– que el delito de toma de rehenes, a la fecha en que se adopta esta providencia, ha sido incluido como conducta punible en normas de *ius cogens* que vinculan al Estado colombiano como parte del bloque de constitucionalidad, y que constituyen un parámetro obligado de referencia para ejercer el control de constitucionalidad sobre la disposición legal acusada”.

La Sala entiende que, a más de la necesidad de ordenar una reparación económica por la afectación a los núcleos familiares de los accionantes, peculiaridad que ha sido tomada como fundamento para la definición de indemnizaciones de tipo moral y a la salud, es necesario adoptar una serie de medidas encaminadas a entregar un estudio integral y multidisciplinario que les permita a los accionantes hacer el duelo correspondiente en el aspecto familiar, como consecuencia de ello, en esta oportunidad señala que indubitablemente, la familia como estructura básica a tenor del artículo 42 de la Carta Política, se ve fragmentada respecto de todos y cada uno de los accionantes, por lo que las encuentra socavadas y expuestas a un quiebre de manera intemporal, que está cercenada, en condiciones de pleno respecto a su dignidad y a su prolongación de su unidad en el tiempo. De ahí, pues, que se deba exhortar al Estado para que dentro del marco de la Ley 1448 de 2011, y de sus decretos reglamentarios, estudie la situación de cada familia de quienes integran la parte actora, para establecer si pueden recibir los beneficios relativos al restablecimiento de la estructura familiar que resultó vulnerada por hechos acaecidos con la crisis humanitaria que dan cuenta estos vergonzosos hechos.

La medidas de reparación no pecuniarias.

Acogiendo la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, y en ejercicio del control de convencionalidad subjetivo, la Sala ordenará y exhortará a las entidades demandadas al cumplimiento de "*medidas de reparación no pecuniarias*", con el objeto de responder al "*principio de indemnidad*" y a la "*restitutio in integrum*", que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión:

1) La Presidencia de la República de Colombia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Defensa Nacional, el Comando General de las Fuerzas Militares, los Comandantes del Ejército Nacional y de la Armada Nacional y el Director General de la Policía Nacional, publicarán la presente sentencia por todos sus medios electrónicos, redes sociales y página web de las entidades, por un período de seis (6) meses, contados desde la ejecutoria de la presente sentencia;

2) Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 1, 2, 11, 16, 29, 42, 90, 93 y 214 de la Carta Política, 1.1, 2, 4 y 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la normativa que se dejó relacionada, se remite la presente providencia a la Fiscalía General de la Nación para que revise en la Unidad de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario si hay lugar a reabrir y continuar la investigación contra las organizaciones ilegales Farc y Auc, en sus mandos o jefaturas nacionales²⁹³ y regionales, en cuanto participaron en la comisión de las violaciones de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario cometidas contra la población civil, víctima del presente asunto, y consistentes en: a) violación del derecho a la vida, b) violación del derecho a la integridad personal, c) violaciones de las normas de los Convenios de Ginebra, d) uso de armas no convencionales, etc., y todas aquellas que se desprendan de los hechos ocurridos con ocasión de la crisis humanitaria a la que sometieron a la población del Medio Atrato en general, y a los accionantes en particular durante el último semestre de 2001 y el primer semestre de 2002 y que culminó con la masacre de Bojayá del 2 de mayo de 2002;

²⁹³ Los apoderados de la Nación - Ministerio de Defensa, ni siquiera a título exculpativo y explicativo de la proclamada excepción de "*Hecho de un tercero*", trajeron a estas sumarias las decisiones finales por medio de las cuales, eventualmente, la justicia penal colombiana halló los responsables directos de esta crisis humanitaria, que indudablemente se encuentran agazapados en los tenebrosos nombres de "*Secretariado General*" de las Farc y "*Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá (ACCU)*", jefes supremos de los criminales que perpetraron con su accionar, la vergonzosa hecatombe: esto es, los jefes de los frentes 5, 34 y 57 y Bloque móvil José María Córdoba de las Farc y de las Autodefensas del Bloque Elmer Cárdenas, al mando del sujeto alias "*Alemán*".

3) Se ordenará remitir copia de esta providencia, y de los elementos esenciales del expediente, a la Fiscalía General de la Nación, Unidad de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario, para que investigue la comisión del delito de toma de rehenes por parte de las Auc y de las Farc en los hechos acaecidos aquí memorados, así como de la privación de las vidas que inmolaron;

4) Se ordenará a las entidades demandadas solicitar sea reabierto y terminada pronta y acabadamente la investigación penal²⁹⁴. Así mismo, se compulsarán copias a la Unidad de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación para el mismo fin, donde debe dilucidarse, por parte de la jurisdicción penal ordinaria de Colombia la participación como autor intelectual de los jefes nacionales y regionales de las Farc y Auc, para la época de los hechos, sustentada dicha medida en el derecho a la verdad, justicia y reparación en la que se inspira el artículo de la Carta Política, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en la eficacia y plenitud de las garantías judiciales que exigen la investigación razonable e integral de los hechos en los que se produzcan violaciones a los derechos humanos, como forma de aplicación a los artículos 1, 2, 11, 16, 29, 42, 90, 93 y 214 de la Carta Política, 1.1, 2, 4 y 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la normativa que se dejó relacionada;

5) Con el ánimo de cumplir con los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se exhorta respetuosamente al Gobierno Nacional para que acuda ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para que pronuncie acerca de las sistemáticas violaciones de los derechos humanos que han sido perpetradas por los grupos armados ilegales Farc y Auc, durante el conflicto armado interno, y específicamente en el caso de la crisis humanitaria que culminó con la inaceptable masacre de Bojayá del 2 de mayo de 2002;

6) Exhortar al Estado para que dentro del marco de la Ley 1448 de 2011, y de sus decretos reglamentarios, estudie la situación de cada una de las familia de los demandantes, para establecer si pueden recibir los beneficios relativos al restablecimiento de la estructura familiar que resultó vulnerada por hechos acaecidos en la región del Medio Atrato chocoano y que desencadenaron en la inadmisibles masacre de Bojayá del 2 de mayo de 2002;

7) Se exhorta para que en el término, improrrogable, de tres (3) meses la Defensoría del Pueblo culmine las investigaciones por la violación del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos que se hayan adelantado por los hechos de que trata el presente asunto, y se ponga a disposición de la comunidad nacional e internacional, a través de los medios de comunicación y circulación nacional, la campaña educativa necesaria para que la sociedad colombiana entienda que los hechos de crisis humanitaria avergüenzan a la nacionalidad y se internalice la necesidad de persuadir a los irregulares de que tales comportamientos no pueden

²⁹⁴ Los apoderados de la Nación - Ministerio de Defensa, ni siquiera a título exculpativo y explicativo de la proclamada excepción de "Hecho de un tercero", trajeron a estas sumarias las decisiones finales por medio de las cuales, eventualmente, la justicia penal colombiana halló los responsables directos de esta crisis humanitaria, que indudablemente se encuentran agazapados en los tenebrosos nombres de "Secretariado General" de las Farc y "Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá (ACCU)", jefes supremos de los criminales que perpetraron con su accionar, la vergonzosa hecatombe: esto es, los jefes de los frentes 5.34 y 57 y Bloque móvil José María Córdoba de las Farc y de las Autodefensas del Bloque Elmer Cárdenas, al mando del sujeto alias "Alemán".

pasar desapercibidos y no podrán repetirse, por ser acto repugnante al respeto y dignidad que se debe propiciar al género humano;

8) Se ordenará que por Secretaría de la Corporación se remita una copia de esta sentencia al señor Director del Centro Nacional de Memoria Histórica y al Director del Archivo General de la Nación, con el fin de que haga parte de su registro, y contribuya a la construcción documental del país que busca preservar la memoria de la violencia generada por el conflicto armado interno en Colombia y la reparación integral de las víctimas.

9) Expídase copia de la presente sentencia para que las instituciones e instancias internacionales (desde la perspectiva del derecho internacional humanitario) de protección de los derechos humanos, y de respeto al derecho internacional humanitario, en razón de la afectación a la población civil vulnerada, se pronuncien acerca de la crisis humanitaria que asoló al Medio Atrato chochoano con gran intensidad en el segundo semestre de 2001 y el primer semestre de 2002 y que culminó con la vergonzosa masacre de Bojayá del 2 de mayo de 2002 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Oficina Central del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Onu, y de la propia Corte Penal Internacional), y su eventual rechazo a este tipo de acciones bélicas²⁹⁵, como forma de responder al derecho a la verdad, justicia y reparación, y de cumplir con el mandato del artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, con fundamento en los artículos 2 y 93 de la Carta Política, y de los artículos, 1, 2 y 25.1.

10) Expídase copia de la presente sentencia a efecto de que la Procuraduría General de la Nación en lo disciplinario, la Fiscalía General de la Nación en lo penal y la Contraloría General de la República en la responsabilidad fiscal, averigüen y determinen los respectivos compromisos por omisión respecto de los exservidores públicos, Señoras exMinistros de Defensa Nacional, Gustavo Bell Lemus, y del Interior, Armando Estrada Villa; el Señor excomandante de las FF.MM, Fernando Tapias Stahelín; el Señor excomandante del Ejército Nacional, Jorge Enrique Mora Rangel, el Señor excomandante de la Armada Nacional, Mauricio Soto Gómez, el Señor exdirector de la Policía Nacional, Luis Ernesto Gilibert Vargas; y el Señor expresidente de la República, Andrés Pastrana Arango, en cuanto desoyeron por completo sus funciones y por ello dieron pábulo a que la crisis humanitaria analizada se convirtiera en dolorosa realidad. En el caso del Señor expresidente de la República, Andrés Pastrana Arango; se computará las copias para ante la Comisión de Acusaciones de la Honorable Cámara de Representantes para lo de su competencia en lo pertinente.

11) Por lo demás, la inacción de éstos servidores públicos abrieron el abanico para que los actos previstos por los organismos policiales y militares regionales no solo se concretaran y extendieran en el tiempo, sino que con sus conductas se abrió paso al indebido menoscabo -del erario público correspondiente a las indemnizaciones que se reconocen, por ello, es criterio de la Sala que tal conducta aparece nítida como

²⁹⁵ Los apoderados de la Nación - Ministerio de Defensa, ni siquiera a título exculpativo y explicativo de la proclamada excepción de "Hecho de un tercero", trajeron a estas sumarias las decisiones finales por medio de las cuales, eventualmente, la justicia penal colombiana halló los responsables directos de esta crisis humanitaria, que indudablemente se encuentran agazapados en los tenebrosos nombres de "Secretariado General" de las Farc y "Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá (ACCU)", jefes supremos de los criminales que perpetraron con su accionar, la vergonzosa hecatombe; esto es, los jefes de los frentes 5, 34 y 57 y Bloque móvil José María Córdoba de las Farc y de las Autodefensas del Bloque Elnor Cárdenas, al mando del sujeto alias "Aleman".

dolosa y permisiva, sin fundamento alguno y pueden por ello responder en repetición por los costos que sus entidades deben sufragar para restituir las cosas a su estado anterior, en cuanto fuere posible.

12) Los Señores Ministros de Defensa Nacional y del Interior, el Señor Comandante de las FF.MM, el Señor Comandante del Ejército Nacional, el Señor Comandante de la Armada Nacional, el Señor Director General de la Policía Nacional **REALIZARÁN** una declaración oficial a través de un periódico de amplia circulación nacional y en uno de amplia circulación regional en los departamentos de Chocó y Antioquia en donde se deberá informar que la crisis humanitaria padecida por los habitantes del Medio Atrato entre el segundo semestre de 2001 y el primer semestre de 2002, que culminó con la masacre de Bojayá del 2 de mayo de 2002, perpetrada por los grupos armados ilegales de las Farc y Auc, tuvieron ocasión por omisión del Estado, en cumplir las funciones encomendadas a la Presidencia de la República de Colombia, Ministerios de Defensa Nacional y del Interior, los Comandantes de las Fuerzas Militares, del Ejército Nacional, de la Armada y el Director General de la Policía Nacional. **Para el efecto, se ALLEGARÁ** copia de dicha publicación a esta Corporación con la mención del número del expediente, número de radicación y nombre de cada uno de los integrantes de la parte demandante, dentro los dos (2) meses siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia.

13) Los Señores Ministros de Defensa Nacional y del Interior, el Señor Comandante de las FF.MM, el Señor Comandante del Ejército Nacional, el Señor Comandante de la Armada Nacional, el Señor Director General de la Policía Nacional, **CITARÁN y COSTEARÁN** el traslado de los demandantes, posibilitados para hacerlo, y en el seno de la plenaria de la Asamblea Departamental del Chocó, los Ministros de Defensa Nacional y del Interior, los Comandantes de las Fuerzas Militares, del Ejército Nacional, de la Armada y el Director de la Policía Nacional, pedirán una disculpa pública en nombre del Estado colombiano en la que se indicará que la crisis humanitaria padecida por los habitantes del Medio Atrato entre el segundo semestre de 2001 y el primer semestre de 2002, que culminó con la masacre de Bojayá del 2 de mayo de 2002 perpetrada por los grupos armados ilegales de las Farc y Auc, tuvieron ocasión por omisión del Estado, en cumplir las funciones encomendadas a la Presidencia de la República de Colombia, Ministerios de Defensa Nacional y del Interior, los Comandantes de las Fuerzas Militares, del Ejército Nacional, de la Armada y el Director de la Policía Nacional y, en consecuencia, reconocerá la responsabilidad del Estado en el presente caso. Esta medida se llevará a cabo solo si cada una de las víctimas manifiestan voluntaria y libremente su acuerdo.

COSTAS:

Siguiendo la providencia del Maestro ENRIQUE GIL BOTERO²⁹⁶ y la providencia del 25 de junio de 2014²⁹⁷, por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con la regla de vigencia del Código General del Proceso, la remisión

²⁹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C". Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO; Auto interlocutorio del 6 de agosto de 2014, Radicación número: 88001-23-33-000-2014-00003-01(30408), Actor: Sociedad BEMOR S.A.S., Demandado: Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Referencia: Apelación Auto que negó, Solicitud de Amparo de Pobreza.

²⁹⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO; Sentencia del 25 de junio de 2014, Radicación número: 25000-23-36-000-2012-00395-01 (49299), Actor: Café Salud Entidad Promotora de Salud S.A., Demandado: Nación - Ministerio de Salud y de la Protección Social, Referencia: Recurso de Queja.

normativa de los artículos 306, 308 y 309 del C. de P.A. y de lo C.A., "a partir del auto de unificación del 25 de junio de 2014, en aquellos procesos que aún se tramitan en el sistema escritural, el juez deberá acudir al CGP para regular los siguientes temas, que se señalan de manera enunciativa: i) ...; vi) condena en costas...".

Ahora bien, el Código General del Proceso sobre costas, tiene dicho que están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho (artículo 361), por lo que en la decisión que resuelva una controversia total o parcial, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación o queja o súplica, etc., que haya propuesto (artículo 365, numerales 1 y 2); de tal manera que se explicita en la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia, condenando al recurrente en las costas de la segunda (numeral 3), o cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias (numeral 4).

Como quiera que las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, la Sala impone la correspondiente condena en costas y fija como agencias en derecho, el equivalente al 5% de las pretensiones reconocidas a la parte demandante, conforme lo dispone el Consejo Superior de la Judicatura, en el acuerdo No. 1887 del 27 de junio de 2003²⁹⁸.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Chocó, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO: DECLÁRENSE NO probadas las excepciones planteadas por la Nación Ministerio de Defensa - Armada Nacional - Ejército Nacional y Policía Nacional.

SEGUNDO: MODIFÍQUESE la Sentencia No. 057 del 30 de abril del 2014, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión del Circuito de Quibdó, dentro del proceso promovido por la señora ADELFA PUBLIA ASPRILLA PALACIOS y Otros contra la NACIÓN - PRESIDENCIA de la REPÚBLICA de COLOMBIA, MINISTERIO del INTERIOR, MINISTERIO de DEFENSA, EJÉRCITO, POLICÍA y ARMADA NACIONAL, PROCURADURÍA GENERAL de la NACIÓN, DEFENSORÍA del PUEBLO, GOBERNACIÓN del CHOCÓ y MUNICIPIO de BOJAYÁ, que accedió parcialmente a las suplicas de la demanda, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLÁRASE a la Nación - Ministerio de Defensa - Armada Nacional - Ejército Nacional - Policía Nacional, responsable por los daños antijurídicos producidos con ocasión de su omisión para impedir crisis humanitaria padecida por los habitantes del Medio Atrato chocoano y que culminaron con la Masacre en Bojayá - Chocó, perpetrada por la guerrilla de las Farc y los grupos de Autodefensas Unidas de Colombia Auc, el día 2 de mayo de 2002, con la muerte de BENJAMÍN

²⁹⁸ "III. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

3.1. ASUNTOS.

....

3.1.3. Segunda instancia.

....

Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

....".

PALACIOS ZÚÑIGA, LUZ DEL CARMEN PALACIOS HURTADO, MERCEDES PALACIOS HURTADO, CRECENCIO PALACIOS HURTADO, ELVIA PALACIOS HURTADO, VICTOR ANTONIO PALACIOS HURTADO, ROSALBA PALACIOS HURTADO, YESENIA PALACIOS HURTADO y EMERITA PALACIOS HURTADO, fallecidos el 2 de mayo de 2002 en el Municipio de Bojayá - Chocó.

SEGUNDO: En consecuencia de lo anterior, **CONDÉNASE** a la Nación - Ministerio de Defensa - Armada Nacional - Ejército Nacional - Policía Nacional, como indemnización de perjuicios:

1. A pagar i. 300 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes a título de perjuicios morales, para la Señora ADELFA PUBLIA ASPRILLA PALACIOS, como madre de BENJAMÍN PALACIOS ZÚÑIGA y ii. a pagar 150 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes a título de perjuicios morales, por cada uno, como abuela paterna de LUZ DEL CARMEN PALACIOS HURTADO, MERCEDES PALACIOS HURTADO, CRECENCIO PALACIOS HURTADO, ELVIA PALACIOS HURTADO, VICTOR ANTONIO PALACIOS HURTADO, ROSALBA PALACIOS HURTADO, YESENIA PALACIOS HURTADO y EMERITA PALACIOS HURTADO;

1200

2. A pagar i. 150 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes a título de perjuicios morales, para cada uno de los demandantes LIBIA MARIA PALACIOS ASPRILLA, MANUEL JOAQUÍN PALACIOS ASPRILLA, MANUEL HERMINIO PALACIOS ASPRILLA, ADELFA PUBLIA PALACIOS ASPRILLA, CARMEN TULIA PALACIOS ASPRILLA, JESÚS ANTONIO MOSQUERA ASPRILLA, MARIA PASCUALA PALACIOS ASPRILLA, MARTÍN PALACIOS ASPRILLA, ROSA APULIA MOSQUERA MARTÍNEZ, MANUEL SANTOS MOSQUERA DÍAZ y SINFORIANO PALACIOS PALACIOS, por cada uno de sus seres queridos fallecidos, como hermanos de BENJAMÍN PALACIOS ZÚÑIGA y ii. a pagar 105 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes a título de perjuicios morales, para cada uno de los demandantes, como sobrinos de LUZ DEL CARMEN PALACIOS HURTADO, MERCEDES PALACIOS HURTADO, CRECENCIO PALACIOS HURTADO, ELVIA PALACIOS HURTADO, VICTOR ANTONIO PALACIOS HURTADO, ROSALBA PALACIOS HURTADO, YESENIA PALACIOS HURTADO y EMERITA PALACIOS HURTADO.

1650

840

3. A pagar i. 400 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes a título de daño a la salud, para la Señora ADELFA PUBLIA ASPRILLA PALACIOS, como madre de BENJAMÍN PALACIOS ZÚÑIGA y ii. a pagar 150 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes a título de daño a la salud, por cada uno, como abuela paterna de LUZ DEL CARMEN PALACIOS HURTADO, MERCEDES PALACIOS HURTADO, CRECENCIO PALACIOS HURTADO, ELVIA PALACIOS HURTADO, VICTOR ANTONIO PALACIOS HURTADO, ROSALBA PALACIOS HURTADO, YESENIA PALACIOS HURTADO y EMERITA PALACIOS HURTADO;

4. A pagar i. 150 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes a título de daño a la salud, para cada uno de los demandantes LIBIA MARIA PALACIOS ASPRILLA, MANUEL JOAQUÍN PALACIOS ASPRILLA, MANUEL HERMINIO PALACIOS ASPRILLA, ADELFA PUBLIA PALACIOS ASPRILLA, CARMEN TULIA PALACIOS ASPRILLA, JESÚS ANTONIO MOSQUERA ASPRILLA, MARIA PASCUALA PALACIOS ASPRILLA, MARTÍN PALACIOS ASPRILLA, ROSA APULIA MOSQUERA MARTÍNEZ, MANUEL SANTOS MOSQUERA DÍAZ y SINFORIANO PALACIOS PALACIOS, por cada uno de sus seres queridos fallecidos, como hermanos de BENJAMÍN PALACIOS ZÚÑIGA y ii. a pagar 105 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes a título de daño a la salud, para cada

uno de los demandantes, como sobrinos de LUZ DEL CARMEN PALACIOS HURTADO, MERCEDES PALACIOS HURTADO, CRECENCIO PALACIOS HURTADO, ELVIA PALACIOS HURTADO, VICTOR ANTONIO PALACIOS HURTADO, ROSALBA PALACIOS HURTADO, YESENIA PALACIOS HURTADO y EMERITA PALACIOS HURTADO.

TERCERO: ENVÍESE copia de esta sentencia para que repose en el expediente de acción de grupo acumulada No. 2009-00245 (2002-01001, 2003-0148, 2003-0179, 2004-0401), para que en ese proceso, el juez de conocimiento, al momento de dictar sentencia, excluya del fallo las indemnizaciones que pudieran corresponder a:

1. la Señora **ADELFA PUBLIA ASPRILLA PALACIOS**, como madre de BENJAMÍN PALACIOS ZÚÑIGA y como abuela paterna de LUZ DEL CARMEN PALACIOS HURTADO, MERCEDES PALACIOS HURTADO, CRECENCIO PALACIOS HURTADO, ELVIA PALACIOS HURTADO, VICTOR ANTONIO PALACIOS HURTADO, ROSALBA PALACIOS HURTADO, YESENIA PALACIOS HURTADO y EMERITA PALACIOS HURTADO;
2. a los demandantes **LIBIA MARIA PALACIOS ASPRILLA, MANUEL JOAQUÍN PALACIOS ASPRILLA, MANUEL HERMINIO PALACIOS ASPRILLA, ADELFA PULIA PALACIOS ASPRILLA, CARMEN TULIA PALACIOS ASPRILLA, JESÚS ANTONIO MOSQUERA ASPRILLA, MARIA PASCUALA PALACIOS ASPRILLA, MARTÍN PALACIOS ASPRILLA, ROSA APULIA MOSQUERA MARTÍNEZ, MANUEL SANTOS MOSQUERA DÍAZ y SINFORIANO PALACIOS PALACIOS**, por cada uno de sus seres queridos fallecidos, como hermanos de BENJAMÍN PALACIOS ZÚÑIGA y como sobrinos de LUZ DEL CARMEN PALACIOS HURTADO, MERCEDES PALACIOS HURTADO, CRECENCIO PALACIOS HURTADO, ELVIA PALACIOS HURTADO, VICTOR ANTONIO PALACIOS HURTADO, ROSALBA PALACIOS HURTADO, YESENIA PALACIOS HURTADO y EMERITA PALACIOS HURTADO.

De esa misma manera, se exhorta al juez que conoce de la acción de grupo No. 2009-00245 (acumulado 2002-01001, 2003-0148, 2003-0179, 2004-0401), para que en ese proceso se excluya a todo demandante beneficiario de este fallo y que fueron relacionado por las partes como reclamantes en ambos procesos.

Lo anterior porque este fallo hace tránsito a cosa juzgada respecto de las personas que han sido beneficiarios de los efectos de esta sentencia; situación que impide que en otro proceso se pueda volver a condenar a las demandas por los mismos hechos y lo mismos reclamantes.

CUARTO: CONDÉNESE, a la NACIÓN - MINISTERIO de DEFENSA - ARMADA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL - POLICÍA NACIONAL, a la reparación simbólica por la violación de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario de los actores, para lo cual de conformidad con la parte motiva de esta providencia, **cumplirán** las siguientes medidas no pecuniarias:

1) La Presidencia de la República de Colombia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Defensa Nacional, el Comando General de las Fuerzas Militares, los Comandantes del Ejército Nacional y de la Armada Nacional y el Director General de la Policía Nacional, publicarán la presente sentencia por todos sus medios electrónicos, redes sociales y página web de las entidades, por un período de seis (6) meses, contados desde la ejecutoria de la presente sentencia;

2) Con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 1, 2, 11, 16, 29, 42, 90, 93 y 214 de la Carta Política, 1.1, 2, 4 y 5 de la Convención Americana de Derechos

Humanos y la normativa que se dejó relacionada, se remite la presente providencia a la Fiscalía General de la Nación para que revise en la Unidad de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario si hay lugar a reabrir y continuar la investigación contra las organizaciones ilegales Farc y Auc, en sus mandos o jefaturas nacionales²⁹⁹ y regionales, en cuanto participaron en la comisión de las violaciones de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario cometidas contra la población civil, víctima del presente asunto, y consistentes en: a) violación del derecho a la vida, b) violación del derecho a la integridad personal, c) violaciones de las normas de los Convenios de Ginebra, d) uso de armas no convencionales, etc., y todas aquellas que se desprendan de los hechos ocurridos con ocasión de la crisis humanitaria a la que sometieron a la población del Medio Atrato en general, y a los accionantes en particular durante el último semestre de 2001 y el primer semestre de 2002 y que culminó con la masacre de Bojayá del 2 de mayo de 2002;

3) Se ordenará remitir copia de esta providencia, y de los elementos esenciales del expediente, a la Fiscalía General de la Nación, Unidad de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario, para que investigue la comisión del delito de toma de rehenes por parte de las Auc y de las Farc en los hechos acaecidos aquí memorados, así como de la privación de las vidas que inmolaron;

4) Se ordenará a las entidades demandadas solicitar sea reabierto y terminada pronta y acabadamente la investigación penal. Así mismo, se computarán copias a la Unidad de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación para el mismo fin, donde debe dilucidarse, por parte de la jurisdicción penal ordinaria de Colombia la participación como autor intelectual de los jefes nacionales y regionales de las Farc y Auc, para la época de los hechos, sustentada dicha medida en el derecho a la verdad, justicia y reparación en la que se inspira el artículo de la Carta Política, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en la eficacia y plenitud de las garantías judiciales que exigen la investigación razonable e integral de los hechos en los que se produzcan violaciones a los derechos humanos, como forma de aplicación a los artículos 1, 2, 11, 16, 29, 42, 90, 93 y 214 de la Carta Política, 1.1, 2, 4 y 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la normativa que se dejó relacionada;

5) Con el ánimo de cumplir con los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se exhorta respetuosamente al Gobierno Nacional para que acuda ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para que pronuncie acerca de las sistemáticas violaciones de los derechos humanos que han sido perpetradas por los grupos armados ilegales Farc y Auc, durante el conflicto armado interno, y específicamente en el caso de la crisis humanitaria que culminó con la inaceptable masacre de Bojayá del 2 de mayo de 2002;

6) Exhortar al Estado para que dentro del marco de la Ley 1448 de 2011, y de sus decretos reglamentarios, estudie la situación de cada una de las familia de los

²⁹⁹ Los apoderados de la Nación - Ministerio de Defensa, ni siquiera a título exculpativo y explicativo de la proclamada excepción de "Hecho de un tercero", trajeron a estas sumarias las decisiones finales por medio de las cuales, eventualmente, la justicia penal colombiana halló los responsables directos de esta crisis humanitaria, que indudablemente se encuentran agazapados en los tenebrosos nombres de "Secretariado General" de las Farc y "Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá (ACCU)", jefes supremos de los criminales que perpetraron con su accionar, la vergonzosa hecatombe; esto es, los jefes de los frentes 5, 34 y 57 y Bloque móvil José María Córdoba de las Farc y de las Autodefensas del Bloque Elmer Cárdenas, al mando del sujeto alias "Aleman".

demandantes, para establecer si pueden recibir los beneficios relativos al restablecimiento de la estructura familiar que resultó vulnerada por hechos acaecidos en la región del Medio Atrato chocoano y que desencadenaron en la inadmisibles masacre de Bojayá del 2 de mayo de 2002;

7) Se exhorta para que en el término, improrrogable, de tres (3) meses la Defensoría del Pueblo culmine las investigaciones por la violación del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos que se hayan adelantado por los hechos de que trata el presente asunto, y se ponga a disposición de la comunidad nacional e internacional, a través de los medios de comunicación y circulación nacional, la campaña educativa necesaria para que la sociedad colombiana entienda que los hechos de crisis humanitaria avergüenzan a la nacionalidad y se internalice la necesidad de persuadir a los irregulares de que tales comportamientos no pueden pasar desapercibidos y no podrán repetirse, por ser acto repugnante al respeto y dignidad que se debe propiciar al género humano;

8) Se ordenará que por Secretaría de la Corporación se remita una copia de esta sentencia al señor Director del Centro Nacional de Memoria Histórica y al Director del Archivo General de la Nación, con el fin de que haga parte de su registro, y contribuya a la construcción documental del país que busca preservar la memoria de la violencia generada por el conflicto armado interno en Colombia y la reparación integral de las víctimas.

9) Expídase copia de la presente sentencia para que las instituciones e instancias internacionales (desde la perspectiva del derecho internacional humanitario) de protección de los Derechos Humanos, y de respeto al Derecho Internacional Humanitario, en razón de la afectación a la población civil vulnerada, se pronuncien acerca de la crisis humanitaria que asoló al Medio Atrato chocoano con gran intensidad en el segundo semestre de 2001 y el primer semestre de 2002 y que culminó con la vergonzosa masacre de Bojayá del 2 de mayo de 2002 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Oficina Central del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Onu, y de la propia Corte Penal Internacional), y su eventual rechazo a este tipo de acciones bélicas, como forma de responder al derecho a la verdad, justicia y reparación, y de cumplir con el mandato del artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, con fundamento en los artículos 2 y 93 de la Carta Política, y de los artículos, 1, 2 y 25.1.

10) Expídase copia de la presente sentencia a efecto de que la Procuraduría General de la Nación en lo disciplinario, la Fiscalía General de la Nación en lo penal y la Contraloría General de la República en la responsabilidad fiscal, averigüen y determinen los respectivos compromisos por omisión respecto de los exservidores públicos, Señores exMinistros de Defensa Nacional, Gustavo Bell Lemus, y del Interior, Armando Estrada Villa; el Señor excomandante de las FF.MM, Fernando Tapias Stahelin; el Señor excomandante del Ejército Nacional, Jorge Enrique Mora Rangel, el Señor excomandante de la Armada Nacional, MAURICIO SOTO GÓMEZ, el Señor exdirector de la Policía Nacional, Luis Ernesto Gilibert Vargas; y el Señor expresidente de la República, Andrés Pastrana Arango, en cuanto desoyeron por completo sus funciones y por ello dieron pábulo a que la crisis humanitaria analizada se convirtiera en dolorosa realidad. En el caso del Señor expresidente de la República, Andrés Pastrana Arango; se compulsará las copias para ante la Comisión de Acusaciones de la Honorable Cámara de Representantes para lo de su competencia en lo pertinente.

11) Por lo demás, la inacción de éstos servidores públicos abrieron el abanico para que los actos previstos por los organismos policiales y militares regionales no solo se concretaran y extendieran en el tiempo, sino que con sus conductas se abrió paso al indebido menoscabo -del erario público correspondiente a las indemnizaciones que se reconocen, por ello, es criterio de la Sala que tal conducta aparece nítida como dolosa y permisiva, sin fundamento alguno y pueden por ello responder en repetición por los costos que sus entidades deben sufragar para restituir las cosas a su estado anterior, en cuanto fuere posible.

12) Los Señores Ministros de Defensa Nacional y del Interior, el Señor Comandante de las FF.MM, el Señor Comandante del Ejército Nacional, el Señor Comandante de la Armada Nacional, el Señor Director General de la Policía Nacional **REALIZARÁN** una declaración oficial a través de un periódico de amplia circulación nacional y en uno de amplia circulación regional en los departamentos de Chocó y Antioquia en donde se deberá informar que la crisis humanitaria padecida por los habitantes del Medio Atrato entre el segundo semestre de 2001 y el primer semestre de 2002, que culminó con la masacre de Bojayá del 2 de mayo de 2002, perpetrada por los grupos armados ilegales de las Farc y Auc, tuvieron ocasión por omisión del Estado, en cumplir las funciones encomendadas a la Presidencia de la República de Colombia, Ministerios de Defensa Nacional y del Interior, los Comandantes de las Fuerzas Militares, del Ejército Nacional, de la Armada y el Director General de la Policía Nacional. **Para el efecto, se ALLEGARÁ** copia de dicha publicación a esta Corporación con la mención del número del expediente, número de radicación y nombre de cada uno de los integrantes de la parte demandante, dentro los dos (2) meses siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia.

13) Los Señores Ministros de Defensa Nacional y del Interior, el Señor Comandante de las FF.MM, el Señor Comandante del Ejército Nacional, el Señor Comandante de la Armada Nacional, el Señor Director General de la Policía Nacional, **CITARÁN** y **COSTEARÁN** el traslado de los demandantes, posibilitados para hacerlo, y en el seno de la plenaria de la Asamblea Departamental del Chocó, los Ministros de Defensa Nacional y del Interior, los Comandantes de las Fuerzas Militares, del Ejército Nacional, de la Armada y el Director de la Policía Nacional, pedirán una disculpa pública en nombre del Estado colombiano en la que se indicará que la crisis humanitaria padecida por los habitantes del Medio Atrato entre el segundo semestre de 2001 y el primer semestre de 2002, que culminó con la masacre de Bojayá del 2 de mayo de 2002 perpetrada por los grupos armados ilegales de las Farc y Auc, tuvieron ocasión por omisión del Estado, en cumplir las funciones encomendadas a la Presidencia de la República de Colombia, Ministerios de Defensa Nacional y del Interior, los Comandantes de las Fuerzas Militares, del Ejército Nacional, de la Armada y el Director de la Policía Nacional y, en consecuencia, reconocerá la responsabilidad del Estado en el presente caso. Esta medida se llevará a cabo solo con cada una de las víctimas que manifiesten voluntaria y libremente su acuerdo.

QUINTO: CONDÉNESE, a la **NACIÓN - MINISTERIO de DEFENSA ARMADA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL - POLICÍA NACIONAL** a pagar en favor de la parte de mandante, las costas procesales en suma equivalente el cinco (5%) de las pretensiones reconocidas en esta sentencia, conforme se indicó en la parte motiva de esta providencia.

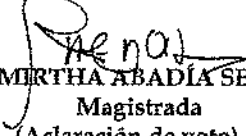
SEXTO: Dese cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de


segunda instancia, conforme al artículo 114 del Código General del Proceso, al apoderado de quienes integran la parte actora.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente a La oficina de apoyo judicial para que sea repartido entre los Juzgados que conocen el Sistema Escritural y remítase copia íntegra y auténtica de la misma, con destino al señor Ministro de la Defensa, al señor Director General de la Policía Nacional, al señor Comandante del Ejército Nacional y al señor Comandante de la Armada Nacional.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior decisión fue discutida y aprobada en sesión No. 54 de la fecha.


MIRTHA ABADÍA SERNA
Magistrada
(Aclaración de voto)


JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA
Magistrado


NORMA MORENO MOSQUERA
Magistrada



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO

Quibdó, veintiocho (28) de mayo de dos mil quince (2015)

REFERENCIA: EXPEDIENTE 27001 33 31 000 2004 00431 02
ACCION: REPARACION DIRECTA
DEMANDANTE: ADELFA PUBLIA ASPRILLA PALACIOS Y OTROS
DEMANDADO: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL Y OTROS

ACLARACION DE VOTO

Aunque acompañó los argumentos que sustentaron la decisión mayoritaria dentro del proceso de la referencia, en punto al tema de la condena en costas, considero oportuno aclarar mi voto, en tanto es postura reiterada de la suscrita y de la Sala mayoritaria de esta Corporación la no procedencia de la condena en costas en los términos del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

No obstante lo anterior, y en atención a que la condena en el presente asunto se encuentra fundamentada en la posición asumida por los apelantes (Nación – Ministerio de Defensa – Ejército – Policía Nacional), respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acaecieron los hechos que hoy son objeto de reparación, los cuales son reiterativos y coincidentes en señalar que en el asunto, pese al abundante caudal probatorio y a los innumerables fallos proferidos por esta Jurisdicción sobre el tema particular de la “*masacre de bojayá*”; no se tiene certeza sobre la ocurrencia del hecho generador, cuando por demás esta recordar, pues se encuentra suficientemente explicado y acreditado que los hechos ocurridos en Bojayá, Departamento del Chocó, son producto o resultado del conflicto armado interno¹ que el país viene sufriendo desde hace décadas, que hacían exigible al Estado un deber positivo de protección respecto a los ciudadanos o población civil, con respeto de las reglas de derecho internacional humanitario, en especial con lo establecido en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra; lo que demuestra un actuar inadecuado en el ejercicio de su derecho de acceder a la administración de justicia, desprovisto de lealtad frente

¹ Reconocido así en el precedente jurisprudencial constitucional: sentencias C-802 de 2002; C-172 de 2004; C-291 de 2007; T-444 de 2008; T-496 de 2008; T-922ª de 2008.



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCO

a su contraparte, y clara muestra de un proceso de revictimización con quien se vio obligado a soportar las consecuencias del conflicto armado, por el desconocimiento de los deberes legales y constitucionales de protección a cargo de la fuerza pública (Nación – Ministerio de Defensa - Ejército Nacional); pues un actuar en contrario y acogiendo las consideraciones planteadas con el recurso de apelación se obraría en plena contradicción con los estándares que sobre el asunto ha fijado el Honorable Consejo de Estado, los cuales se erigen con una garantía a la tutela efectiva de los derechos de las víctimas.

En este sentido dejo presentado mi aclaración de voto.


MIRTHA ABADIA SERNA
Magistrada

Pasivo Red
~~20~~ 2160 x 644.350
1391796.000