

Señor

**JUEZ ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO-REPARTO**

Buga(Valle del Cauca)

**REF: PROCESO DE REPARACIÓN DIRECTA  
CONTRA LA NACIÓN COLOMBIANA (MINISTERIO  
DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL Y FISCALÍA  
GENERAL DE LA NACIÓN). ACTORES: ALBA  
CECILIA MÉNDEZ DE FRADES y otros.**

**CARLOS ANDRÉS CORREA MONTOYA** identificado con cédula 10.009.766 expedida en Pereira, abogado con T.P. No 194.193 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, obrando de conformidad con la sustitución del poder otorgado por la Dra. **LEIDY YIZETH VELÁSQUEZ GUARÍN** y en ejercicio de los poderes conferidos por **ALBA CECILIA MÉNDEZ DE FRADES** (madre), **JOSÉ HUGO MORA FRADES** (hijo), **OSCAR MARIO MORA FRADES** (hijo) y **ADRIANA FRADES MÉNDEZ** (hermana) formulo demanda de REPARACIÓN DIRECTA en contra de la **NACIÓN COLOMBIANA – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, representada la primera por el señor **MINISTRO DE LA DEFENSA NACIONAL** y **EL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL**; y, la segunda, por el señor **FISCAL GENERAL DE LA**

**NACIÓN**, por la responsabilidad administrativa y solidaria que les cupiere en la muerte de la señora **ALBA NUBIA FRADES MÉNDEZ**, según hechos ocurridos el 14 de septiembre de 2010 en Buga (Valle del Cauca).

## **CAPITULO I. DECLARACIONES Y CONDENAS**

Declárese a la **NACIÓN COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN) ADMINISTRATIVA Y SOLIDARIAMENTE** responsables de la muerte de la señora **ALBA NUBIA FRADES MÉNDEZ**, debido a la violación de derechos humanos **POR OMISIÓN EN LA FALTA DE PROTECCIÓN**, quebrantando por consiguiente los arts. 4 (Derecho a la vida), 5 (Derecho a la integridad personal) en concordancia con el art. 1.1. (Obligación de respetar los derechos), así como el art. 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos; y, por consiguiente de la **TOTALIDAD** de los daños y perjuicios ocasionados a cada uno de los demandantes enunciados en este libelo.

Como consecuencia de la anterior declaración, háganse las siguientes o similares condenas:

**1º. POR PERJUICIOS MORALES.** De conformidad con lo estipulado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, y en consonancia con los planteamientos de la última variación jurisprudencial, se solicita para cada uno de los demandantes, **CIEN (100) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES**, al precio que tenga a la fecha de la ejecutoria de la sentencia.

A efectos de acreditar el **PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL**, en relación con este tema, haremos referencia a algunas decisiones de nuestra Colegiatura Mayor en lo Contencioso Administrativo, así:

De manera reiterativa, ha dicho el Honorable Consejo de Estado que el perjuicio moral puede ser acreditado aun **INDICIARIAMENTE**, “...construyendo la prueba indirecta, mediante la aplicación de reglas de la experiencia”<sup>25</sup>

*““Ha entendido la jurisprudencia de esta Corporación, fundada en principios de justicia y equidad que probada una relación de parentesco cercano entre dos personas, puede presumirse la existencia de vínculos de afecto y alianza, y que, al causarse un daño a una de ellas, también la otra resulta afectada. De esta manera y con base en las reglas de la experiencia, se construyen indicios sobre la existencia y aun la intensidad del perjuicio moral: por ser lo común, puede inferirse que los familiares cercanos se aman entre sí, y sufren los unos con la ausencia o padecimiento de los otros. Y dado que estas reglas pueden subvertirse, en situaciones concretas, no obsta al razonamiento anterior la demostración de circunstancias especiales que permitan llegar a conclusiones contrarias a las que se obtendrán en aplicación de aquellas.”*

---

<sup>25</sup> Sentencia de marzo 19 de 2001 Exp: 13.147 Consejero Ponente: Dr. ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

*“Estas circunstancias especiales, obviamente, deben ser de tal naturaleza que resulten demostrativas de una situación excepcional, es decir, deben tener la virtud de quebrantar la regla general. En estas condiciones, sólo circunstancias que permitan concluir que, a pesar del parentesco, no existen tales vínculos de afecto y alianza, pueden llevar al juez a la convicción de que el daño no se produce o su intensidad es inferior a la del que, generalmente, sufren quienes se encuentran en las mismas condiciones de familiaridad.””*

Posteriormente, el 29 de enero de 2004<sup>26</sup>, señaló:

*“Esta Sala ha expresado, en otras ocasiones, que, demostrada las relaciones de parentesco muy cercanas entre la víctima directa del daño, que resulta muerta, y los demandantes, puede inferirse, aplicando las reglas de la experiencia, que estos tenían un nexo afectivo importante con aquella, que determinaba la existencia de lazos de alianza y solidaridad de ellos. Por esa razón, se ha considerado que, en la mayor parte de los casos, con base en la prueba del parentesco, puede inferirse la afectación espiritual y el profundo pesar sufrido por los actores, de modo que dicha prueba puede considerarse suficiente para acreditar indiciariamente la existencia y la intensidad del perjuicio moral reclamado”.*

*“En ciertos eventos, sin embargo, la demostración del parentesco puede resultar insuficiente, cuando hay evidencia en el proceso de que las reglas de la experiencia se encuentran subvertidas, por encontrarse probado de modo directo que las relaciones de afecto nunca se crearon o que, habiéndose establecido, en virtud de acontecimientos posteriores resultaron rotas o gravemente deterioradas. Sin embargo, ha precisado la Sala que la insuficiencia de la prueba en el parentesco para acreditar el perjuicio moral sufrido no puede derivarse del sólo hecho de que los parientes no convivan, ni de la circunstancia de que habiten en una ciudad diferente, dado que las relaciones entre parientes y aún entre personas que no pertenecen a una misma familia pueden ser muy estrechas, a pesar de la lejanía, cuando con anterioridad, se*

---

<sup>26</sup> Consejo de estado. Sección Tercera Exp: 13.831. Actor: RICARDO ISAAC RENDON ESTRADA. Con Pon: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ.

*han creado fuertes lazos de afecto y alianza que, según las reglas de la experiencia, no se rompen o debilitan con la falta de contacto permanente”.*

Esta posición jurisprudencial, continúa aún vigente, concluyéndose que una vez demostrado el parentesco y reforzado con la prueba testimonial, se deben aplicar **los máximos jurisprudenciales**, que para los hermanos es de 50 salarios para cada uno. Las Sentencias que a continuación se relacionan dan fe de su aplicación: la primera, mediante la cual fue revocada sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño; y, la segunda, corrió la misma suerte en relación con el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Veamos<sup>27</sup>:

*“En este caso, el Tribunal Administrativo de Nariño condenó a la entidad demandada a pagar, a favor de los padres de Fabio Arcos Muñoz, 800 gramos de oro fino por concepto de perjuicios morales, cuantía que en criterio de los recurrentes debe ser aumentada a 1.000 gramos de oro dado el vínculo familiar existente entre personas que ostentan dicho grado de consanguinidad y teniendo en cuenta las pautas señaladas sobre el particular por el Consejo de Estado.*

*Advierte la Sala que en este caso se encuentra debidamente acreditado el parentesco alegado por los demandantes respecto de la víctima. En efecto, obra en el proceso el certificado del registro civil de nacimiento de Fabio Arcos Muñoz, el cual indica que era hijo de los señores Segundo Juan Arcos y Aura Muñoz. A su vez, se encuentra acreditado el dolor sufrido por los padres del menor a raíz de la muerte de su hijo menor, con las declaraciones de los señores Marco Antonio Arcos Gallardo, Javier Edison Arcos Muñoz, Yoni Hernando Arcos Muñoz, Hildebrando Leyton Bolaños, quienes dieron cuenta de los lazos de amor existentes entre el menor Fabio Arcos Muñoz y sus padres y de los sentimientos*

---

<sup>27</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de junio de 2009. Demandante: SEGUNDO JUAN ARCOS GALLARDO Y OTROS, RAD.: 5200123310001997841701. Consejero Ponente: DR. MAURICIO FAJARDO GOMEZ.

*de dolor y angustia que les produjo a estos demandantes la muerte de su hijo, de forma tal que en este caso se encuentra acreditado el daño moral reclamado por ellos y la magnitud del mismo, toda vez según las máximas de la experiencia que entre personas que ostentan dicho grado de consanguinidad los vínculos son más fuertes y en consecuencia la muerte de uno de ellos causa un gran dolor en el otro (Fls. 185-190, 201 c. ppañ.).*

*Acerca de la cuantía de las indemnizaciones procedentes respecto de los perjuicios morales, la Sala<sup>7</sup> ha sostenido que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en salarios mínimos legales mensuales vigentes y que en cada caso corresponderá a éste, dadas las condiciones del caso concreto y según su prudente juicio, establecer el monto de la misma para o cual se ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales en los eventos en los cuales el daño presente su mayor grado de intensidad, lo cual ocurre respecto de los padres que pierden a un hijo. En efecto, la Sala considera, teniendo en cuenta las reglas de la experiencia, que la muerte de un hijo produce un dolor muy grande en los padres que, en algunos casos, puede ser irreparable porque el vínculo que se mantiene entre unos y otros es muy estrecho, más aún si como ocurrió en este caso se trata de quien todavía no alcanzaba la mayoría de edad, que estaba en pleno desarrollo de su juventud, que no tenía problemas médicos que hicieran probable o previsible su muerte y que aún convivía con sus padres, circunstancias éstas que revisten mayor notoriedad en el dolor de un padre que no prevé bajo circunstancia alguna la posibilidad de perder a un hijo por un hecho irregular que es atribuible a la Administración Pública.*

*Por lo anterior, la Sala considera que les asiste razón a los demandantes y, en consecuencia, se modificará la condena impuesta por el Tribunal y se condenará a la entidad demandada a pagar por concepto de perjuicios morales 100 SMLMV par cada uno de los padres de la víctima, señores Segundo Juan Arcos y Aura Muñoz Bravo.*

*También se modificarán las condenas impuestas en gramos de oro fino a favor de los abuelos y la hermana de la víctima por*

---

<sup>7</sup> Ver sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 6 de septiembre de 2001, expedientes 13.232-15.646.

*ese mismo concepto, sin estudiar el fondo del asunto por carecer la Sala de competencia para ello toda vez que no se formuló recurso de apelación en relación con ese aspecto, en razón a que, como se anotó, esta Sala abandonó la aplicación de los criterios según los cuales se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980 para establecer el valor de la condena por esta clase de perjuicios y consideró procedente que la valoración se hiciera en salarios mínimos legales mensuales, lo cual impone modificar en este aspecto la sentencia de primera instancia.”.*

\*\*\*\*

*“La Sala accederá al reconocimiento de los perjuicios morales pretendidos por los demandantes en la cuantía equivalente a cien salarios mínimos legales vigentes para cada uno de ellos.*

*Frente a la señora LUZ MARINA LAFAUX CUERO, quien no prueba 'de forma idónea la condición de hija de la causante con el respectivo registro civil de nacimiento, pues adjuntó como prueba de tal condición la partida eclesiástica de bautismo, se le reconocerá la suma equivalente a cien salarios mínimos legales vigentes, teniendo en cuenta que las afirmaciones contenidas en el documento aportado resultan ser un indicio concluyente sobre el parentesco entre la fallecida y ella en condición de demandante sumado a que, de las pruebas recaudadas en la actuación, se infiere que la fallecida señora Anatilde Cuero, tenía 8 hijos a la fecha en que entró al Hospital para iniciar el trabajo de parto de su hijo No. 9 quien iba a nacer, al proceso concurren nueve hijos y su esposo encontrándose de esa forma completo el núcleo familiar aludido en los documentos de prueba, por otra parte, a lo largo del proceso, la parte demandada en ningún momento adujo la falta de legitimación en la causa por activa de la señora Luz Marina Lafaux Cuero.”.*<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 01 de octubre de 2008, RAD.: 760012331000206401. Demandante: JOSÉ CLEMENTE LAFAUX OROZCO y otros. Consejero Ponente: DRA. MIRYAM GUERRERO DE ESCOBAR.

Recientemente, en sentencia del año 2010, reiteró el Honorable Consejo de Estado, que la indemnización proviene del parentesco, sin discriminación alguna, en lo relativo a los hermanos:

*“La prueba de la relación de consanguinidad permite suponer la existencia de afecto y unión entre el occiso, sus padres, sus hermanos y sus abuelos. La jurisprudencia ha considerado que el daño corporal de alguno de los miembros de la familia afecta a los demás, en lo que concierne al perjuicio moral.*

*Establecido el parentesco con los registros civiles, la Sala da por probado el perjuicio moral en los demandantes con ocasión de la muerte de su hijo, hermano y nieto, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que el daño sufrido por un pariente cercano causa dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, entendida la familia como núcleo básico de la sociedad.*

*Las reglas del común acontecer, y la práctica científica han determinado de manera general, que cuando se está ante un atentado contra la integridad física o psíquica de un ser querido, se siente aflicción. En efecto, en la sentencia de 17 de julio de 1992 donde sobre el particular, y con fundamento en la Constitución, se analizó el tópico, se consideró:*

*““En punto tocante con perjuicios morales, hasta ahora se venía aceptando que estos se presumen para los padres, para los hijos y los cónyuges entre sí, mientras que para los hermanos era necesario acreditar la existencia de especiales relaciones de fraternidad, o sea, de afecto, convivencia, colaboración y auxilio mutuo, encaminados a llevar al fallador la convicción de que se les causaron perjuicios resarcibles. Ocurre sin embargo, que la Constitución Nacional que rige en el país actualmente, en su artículo 2º., señala que Colombia como Estado Social de Derecho que es, tiene como fines esenciales el de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma; también el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecte y en la vida económica, política, administrativa y cultural de decisiones que los afecte y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la*



*Nación; al igual que defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

*Por su parte el artículo 42 de la Carta Política, establece que el Estado y la sociedad tienen como deber ineludible el de garantizar la protección integral de la familia, núcleo fundamental de la sociedad, que “se constituye por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.” Y agrega que “Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes”.*

*La ley no ha definido taxativamente las personas que integran la familia que goza de la especial protección del estado y de la sociedad en general. Así las cosas, podría adoptarse como criterio interpretativo el concepto amplio de la familia, como aquellos parientes próximos de una persona a los que se refiere el artículo 61 del c.c., que es del siguiente tenor:*

*En los casos en que la Ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van él expresarse y en el orden que sigue:*

*1º. Los descendientes legítimos;*

*2º. Los ascendientes legítimos;”*

*“...*

*“ “Así las cosas, la Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues ninguna razón para que en un orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestran la solidaridad o afecto hasta hoy requeridos, para indemnizarlos. Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que el daño antijurídico inferido a una persona, ascendientes, descendientes o colaterales.*  
*(Subrayas fuera del texto)*

*Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en concreto, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones “filiales y fraternales” se han debilitado notoriamente, se ha tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente. En síntesis, la Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental” de tener por establecido lo anormal y de requerir prueba de lo anormal. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencian.”*

*Así las cosas, como la entidad demandada no desvirtuó la presunción de aflicción propiciada a los demandantes por la muerte de su pariente, padres, hermanos y abuelos, en primer y segundo grado de consanguinidad, de acuerdo con los registros civiles, y certificados, allegados al proceso, la Sala da por probado el daño moral con fundamento en la presunción judicial o de hombre, que constituye un criterio de valoración; en el derecho americano a dichas presunciones judiciales, se les llama “inferencias”; la presunción es un razonamiento que está basado enteramente en la lógica y la experiencia, por ello no se puede confundir con el indicio ya que este es un hecho. Sin embargo, en su estructura lógica-deductiva, participa de la naturaleza de los indicios, como quiera que el juez las deriva de premisas mayores y de inferencias lógicas.”*

*“...*

*“En ese orden de ideas, respecto de los gramos de oro solicitados como indemnización se hará la equivalencia a salarios mínimos legales mensuales del 2009 y se condenará, a la demandada, a pagar la suma equivalente a 100 salarios a los padres de la víctima, y 50 a cada uno de los hermanos y abuelos. Lo anterior, de acuerdo con las circunstancias del hecho, la muerte de un niño de 12 años en un accidente de tránsito.”*

Finalmente, insiste este apoderado en el contenido de la sentencia T-441 de 2003, mediante la cual la Corte Constitucional, señaló que el **desconocimiento del precedente**, torna inconstitucional la decisión judicial, por cuanto desconoce los principios de igualdad y seguridad, aunque los jueces ordinarios gozan de un razonable margen de apreciación, cuya intensidad es mayor frente a los asuntos fácticos y decrece frente al propio precedente y termina en la sujeción al precedente de los órganos de cierre<sup>29</sup> y al que, en materia constitucional, fije la Corte Constitucional.<sup>30</sup>

Precisamente el 14 de marzo de 2012, la Subsección C, de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado **reiteró** la jurisprudencia vigente al pronunciarse en contra de la aplicación del principio de oportunidad, que ha aplicado insularmente una de las subsecciones<sup>31</sup>:

*En relación con el perjuicio moral, la Sala de manera reiterada<sup>32</sup> ha señalado que este tipo de daño se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. De allí que, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con los daños irrogados a uno de sus miembros, lo cual es constitutivo de un perjuicio moral. En ese orden de ideas, habrá lugar a reconocer, vía presunción de aflicción, perjuicios morales a favor de los demandantes quienes ostentan la condición de padres y hermanos del occiso.*

---

<sup>29</sup> Sentencia C-836 de 2001.

<sup>30</sup> Corte Constitucional. SENTENCIA T-599/2009 RAD. 2271680. Peticionario. BEATRIZ CAVIEDES. Demandado. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA. Magistrado. DR. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

<sup>31</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 14 de marzo de 2012. Exp. 0500123250001994207401. Actor: FELISA LLANO GONZÁLEZ. Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO.

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera: sentencias del 15 de octubre de 2008, exp. 18586, del 13 de agosto de 2008, exp. 17042, y del 1º de octubre de 2008, exp. 27268.

*Así las cosas, se accederá a los requerimientos elevados en la demanda, motivo por el que los perjuicios morales serán decretados, previa aclaración de que conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral, y ha considerado que la valoración del mismo debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y con apoyo en el arbitrio juris, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado<sup>33</sup>.*

*De manera que, la Subsección aprovecha esta oportunidad para reiterar la jurisprudencia –acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y de la Sala Plena de la Sección Tercera– sobre la materia, según la cual el daño moral al hacer referencia a la órbita interna del sujeto, no puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto, razón por la que para su liquidación se ha optado por la aplicación del arbitrio juris, postulado que se integra a la nomoárquica jurídica, y que, lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez normativa encuentra fundamento en la sana crítica y en la reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía compensación una afectación a un bien tan personalísimo como las lesiones a la esfera u órbita interna y afectiva de la persona.*

*En esa línea de pensamiento, la Subsección con apoyo en los lineamientos conceptuales acogidos de manera sistemática por esta Corporación, considera que el principio de proporcionalidad no constituye la herramienta o instrumento jurídico pertinente para la valoración y tasación del perjuicio moral, por las siguientes razones:*

*Los perjuicios morales no pueden ser objeto de ponderación, toda vez que: i) en su liquidación no se trata de solucionar una tensión o conflicto entre principios, valores o derechos*

---

<sup>33</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

*fundamentales que entran en pugna, ii) tampoco se pretende definir los deberes jurídicos impuestos al legislador desde la Carta Política en la determinación de la constitucionalidad de una ley, y iii) el daño moral constituye una lesión a la órbita individual e íntima del ser humano, razón por la cual no es susceptible o pasible de ser fijada o establecida a través de un criterio de proporcionalidad, puesto que, se insiste, el dolor o la aflicción no son conmensurables.*

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

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

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

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

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

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

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

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

*constitucionalidad de las leyes, tal como observaremos a continuación.*<sup>34</sup> (Se destaca).

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

*En el subprincipio de proporcionalidad se desarrolla el método de la ponderación<sup>35</sup>, como un tipo de juicio mediante el cual se determina cuál derecho o principio debe prevalecer en una colisión entre derechos fundamentales o principios. Esta técnica contiene tres elementos que la estructuran y desarrollan: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación<sup>36</sup>. El primero se explica así: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”<sup>37</sup>. El segundo elemento hace referencia a una fórmula matemática en la cual se les atribuye a unas variables un valor numérico que permite calcular el peso de los principios enfrentados. Finalmente, el tercer elemento consiste en las cargas argumentativas que los principios tienen “per se” y se utilizan si con la fórmula del peso existe un empate entre los principios enfrentados<sup>38</sup>.*

<sup>34</sup> BERNAL Pulido, Carlos “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pág. 37 a 39 y 77.

<sup>35</sup> La ponderación es el “procedimiento de aplicación jurídica mediante el cual se establecen las relaciones de precedencia entre los principios en colisión. En la ponderación son tenidos en cuenta todos los argumentos que juegan a favor y en contra de la prevalencia de cada uno de los principios en conflicto y se determina cuál de ellos tiene mayor peso en el caso concreto” Ibidem, pág. 575.

<sup>36</sup> Bernal Pulido, Carlos. El derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 99.

<sup>37</sup> Cita de Robert Alexy dentro del texto de Carlos Bernal Pulido. Ibidem pág. 99.

<sup>38</sup> Ibidem, p. 101 a 103.

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

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

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

*“Así mismo y sin que con ello la Corte renuncie a sus responsabilidades o permita la supervivencia en el ordenamiento de regulaciones inconstitucionales, ha buscado racionalizar el examen constitucional a fin de respetar la potestad de configuración de los órganos políticos, modulando la intensidad del juicio de proporcionalidad. En este sentido ha concluido que en aquellos campos en donde la Carta confiere a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, una amplia potestad de apreciación y configuración el escrutinio judicial debe ser más dúctil, a fin de no afectar la discrecionalidad legislativa, que la propia Constitución protege. Por el contrario, en aquellos asuntos en que la Carta limita la discrecionalidad del Congreso, la intervención y control del juez constitucional debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por la Constitución. En esas situaciones, el escrutinio judicial debe entonces ser más estricto, por cuanto la Carta así lo exige.”<sup>39</sup>*

---

<sup>39</sup> Corte Constitucional, sentencia C-421 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.



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

*Ahora bien, como desde la teoría jurídica y la filosofía del derecho, los principios y los derechos fundamentales tienen igual jerarquía constitucional, no es posible que uno derogue o afecte la validez del otro, motivo por el que es preciso acudir a instrumentos como la ponderación o la proporcionalidad para determinar cuál tiene un mayor peso y, por lo tanto, cuál debe ceder frente al otro en casos de tensión o en hipótesis de intervenciones o limitaciones contenidas en las leyes.*

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

*“Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distintas. Cuando dos principios entran en colisión –tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido– uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado no que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro... Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios –como sólo pueden entrar en colisión principios válidos– tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.”<sup>40</sup>*

*En ese orden de ideas, el manejo del principio de proporcionalidad en sede de la tasación del daño moral no está orientado a solucionar una tensión o colisión de principios o de derechos fundamentales, y menos a determinar la constitucionalidad y legitimidad de una intervención del legislador.*

---

<sup>40</sup> ALEXY, Robert “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 89.

*Así las cosas, la defensa de la aplicación del principio de proporcionalidad para la determinación y cuantificación del daño moral parte de un argumento que confunde el arbitrio judicial con la noción de arbitrariedad.*

*Y ello no es correcto, puesto que el arbitrio juris ha sido empleado desde la teoría del derecho de daños, de la mano con el principio de equidad, para solucionar problemas como el analizado, esto es, la liquidación del perjuicio moral debido a la imposibilidad de definir el grado de afectación interior o que produce el daño antijurídico.*

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

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

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

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

**arbitrariedad, sin quebrantamiento de preceptos, sin daño de nadie, y sin contorsiones, ni distorsiones jurisprudenciales.”<sup>41</sup>**

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

*“El arbitrio es un criterio de la toma de decisión. El juez adopta sus resoluciones siguiendo o bien un criterio de legalidad o bien un criterio de su propio arbitrio o bien – como es lo más frecuente- combinando ambos de tal manera que la decisión es fijada con su arbitrio dentro de las posibilidades que le ofrece la legalidad. Si la ley diera una solución precisa y unívoca al conflicto, no habría lugar para el arbitrio. Pero como esto sucede muy pocas veces, dado que la naturaleza general y abstracta de la ley no le permite entrar en las peculiaridades del caso concreto, es imprescindible la intervención de un ser humano que conecte ambos polos de la relación –la ley y el caso- utilizando al efecto primero la técnica de interpretación de la norma y luego su adaptación al caso concreto... El arbitrio es el factor humano que el juez añade a los datos aportados por el ordenamiento jurídico. El arbitrio es fruto del árbol de la prudencia, madurado al sol de la justicia (del sentimiento de justicia) con el transcurso de la experiencia. El arbitrio hace que la sentencia sea una obra humana y no el mero resultado de una ecuación lógica o de un proceso mecanístico. Rechazar el arbitrio no es sólo desconocer una práctica manifiesta, es negar la condición ética del juez, del que se desconfía hasta el punto que se supone que cuando se introduce un elemento distinto de la lógica tradicional, se despeña inevitablemente en la arbitrariedad.”<sup>42</sup>*

---

<sup>41</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 414.

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

<sup>42</sup> NIETO, Alejandro “El arbitrio judicial”, Ed. Ariel, 2001, Pág. 219.

*Esta orientación jurisprudencial, es la misma que ha trazado la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, que por su importancia se transcribe, in extenso<sup>43</sup>:*

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

*“El ordenamiento jurídico en cuanto base estructural indisociable de un orden justo, la paz, la justicia y la armónica convivencia en la vida de relación, encuentra por centro motriz al sujeto de derecho, sea físico, ora jurídico, dotado de personificación normativa, derechos e intereses, libertades, garantías, y deberes.*

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

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

---

<sup>43</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 18 de septiembre de 2009, exp. 2005-00406, M.P. William Namén Vargas.

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

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

*“En efecto, el daño moral, aún en la hipótesis de provenir de la lesión concurrente de otros intereses, por ejemplo, los derechos de la personalidad, la salud e integridad, es una entidad separada e independiente, cuyo resarcimiento es diferente, al tratarse recta y exclusivamente, del detrimento experimentado por el sujeto en su espectro interior, afectivo y sentimental, sin comprender su órbita exterior, proyecto, calidad de vida, actividad o desarrollo vivencial.*

*“En sentido análogo, su reparación es singular e individual y no se contiene en la de otros daños, respecto de los cuales se*

*distingue por su especificidad al recaer únicamente en los sentimientos y afectos, a consecuencia del quebranto de derechos, intereses o valores de naturaleza, ya patrimonial, bien no patrimonial, con los cuales no se confunde.*

*“Un problema distinto se plantea a propósito de la reparación del daño no patrimonial, y en particular del moral.*

*“La cuestión es que la lesión inferida a la interioridad del sujeto, es inasible e inconmesurable, concierne a las condiciones singulares de la persona, a su sensibilidad, sensaciones, sentimientos, capacidad de sufrimiento y no admite medición exacta e inflexible, desde luego que el sujeto experimenta un menoscabo no retroaible y el dolor deviene irreversible, cuya existencia se considera en ciertas hipótesis señaladas por la jurisprudencia in re ipsa y cuya valoración se efectúa ex post sin permitir la absoluta reconstrucción del status quo ante.*

*“4. Las anotadas características relevantes del daño moral, evidencian la complejidad y delicadeza de su reparación.*

*“Por ello, la Corte, partiendo del legítimo derecho a la reparación del daño moral causado, ante las vicisitudes que su apreciación económica apareja, al “no referirse al daño pecuniario en la hacienda y patrimonio del damnificado” (XXXI, p. 83) y tratarse de valores “... económicamente inasibles ...” (CXLVIII, p. 252 y CLII, p. 143, CXLVIII, p. 252 y CLII, p. 143), en cuanto “esta especie de daño se ubica en lo más íntimo del ser humano, por ende, como medida de relativa satisfacción, que no de compensación económica, desde luego que los sentimientos personalísimos son inconmensurables y jamás pueden ser íntegramente resarcidos, es dable establecer su quantum a través del llamado arbitrium iudicis”, “tarea que, por lo demás, deberá desplegarse teniendo en cuenta que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre, de modo que ciertos incidentes que a una determinada persona pueden conllevar hondo sufrimiento, hasta el extremo de ocasionarle severos trastornos emocionales, a otras personas, en cambio, puede afectarlos en menor grado. “Aparte de estos factores de índole interna, dice la Corte, que pertenecen por completo al dominio de la psicología, y cuya comprobación exacta escapa a las reglas procesales, existen otros elementos de carácter*

*externo, como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar, las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada ...' (G. J. Tomo LX, pág. 290)". (sentencia del 10 de marzo de 1994)" (cas.civ. sentencias de mayo 5 de 1999, exp. 4978; 25 de noviembre de 1999, exp. 3382; diciembre 13 de 2002, exp. 7692; 15 de octubre de 2004, S-165-2004, exp. 6199).*

***"5. Superadas algunas corrientes adversas y, admitida por esta Corte la reparación del daño moral sin más restricciones para fijar su cuantía que las impuestas por la equidad (ex bono et aequo) conforme al marco concreto de circunstancias fácticas (cas.civ. sentencias de 21 de julio de 1922, XXIX, 220; 22 de agosto de 1924, XXXI, 83), a partir de la sentencia de 27 de septiembre de 1974, es su criterio inalterado, la inaplicabilidad de las normas penales para su tasación, remitiéndose al arbitrium iudicis, naturalmente, ponderado, razonado y coherente según la singularidad, especificación, individuación y magnitud del impacto, por supuesto que las características del daño, su gravedad, incidencia en la persona, el grado de intensidad del golpe y dolor, la sensibilidad y capacidad de sufrir de cada sujeto, son variables y el quantum debeat se remite a la valoración del juez.***

*"(...) En el empeño de encarar directamente el asunto, la Sala precisa que, para la valoración del quantum del daño moral en materia civil, estima apropiada la determinación de su cuantía en el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador.*

***"Por consiguiente, la Corte itera que la reparación del daño causado y todo el daño causado, cualquiera sea su naturaleza, patrimonial o no patrimonial, es un derecho legítimo de la víctima y en asuntos civiles, la determinación del monto del daño moral como un valor correspondiente a su entidad o magnitud, es cuestión deferida al prudente arbitrio del***

*juzgador según las circunstancias propias del caso concreto y los elementos de convicción.*

*“Por lo anterior, consultando la función de **monofilaquia**, hermenéutica y unificadora del ordenamiento que caracteriza a la jurisprudencia, la Sala periódicamente ha señalado al efecto unas sumas orientadoras del juzgador, no a título de imposición sino de referentes (cas.civ. sentencia de 28 de febrero de 1990, G.J. No. 2439, pp. 79 ss; así en sentencia sustitutiva de 20 de enero de 2009, exp. 170013103005 1993 00215 01, reconoció por daño moral, cuarenta millones de pesos).*

*“Para concluir, en preservación de la integridad del sujeto de derecho, el resarcimiento del daño moral no es un regalo u obsequio gracioso, tiene por causa el quebranto de intereses protegidos por el ordenamiento, debe repararse in casu con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa según el ponderado arbitrio iudicis, sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador.*

*“6. Por todo cuanto se ha dicho, no siendo aplicables las normas del Código Penal ni la jurisprudencia invocada para la reparación del daño moral en asuntos civiles, no prospera el cargo.”*

*En esa perspectiva, la forma que hasta el momento ha encontrado la doctrina y la jurisprudencia para resarcir –vía compensación– el daño moral es a través de los principios del arbitrio juris y la equidad, razón por la cual la aplicación de un criterio de proporcionalidad o ponderación, lejos está de introducir elementos objetivos que permitan identificar parámetros indemnizatorios con fundamento en el dolor o la aflicción padecida.*

*Este criterio se reafirmó de manera reciente en fallo de la Corte Suprema de Justicia, en el que con particular *sindéresis* se indicó:*

*“En el caso concreto, por la gravedad del marco de circunstancias en que falleció el joven Aream Alexander Verano, lo que de suyo generó intensa aflicción a sus parientes*



*y vinculados, así como los estrechos vínculos familiares y los nexos afectivos con los padres, hermanas e hijo, padecimientos interiores, congoja, angustia, impotencia y profundo dolor, la Sala estima pertinente ajustar el valor de referencia para reparar el daño moral a la suma de cincuenta y tres millones de pesos (\$53.000.000) moneda legal colombiana.*

*“Adviértase que no se trata de aplicar corrección o actualización monetaria a las cifras señaladas por la Corte de antaño, por cuanto el daño moral no admite indexación monetaria, sino de ajustar el monto de la reparación de esta lesión, como parámetro de referencia o guía a los funcionarios judiciales, a las exigencias de la época contemporánea, sin que, además, se presenten inexplicables e inconvenientes diferencias para los administrados por el hecho de que el conocimiento de una jurisdicción en particular, reparación cuya definitiva fijación en términos monetarios corresponderá al juez de conocimiento, de conformidad con el particular marco de circunstancias que sea objeto de su decisión y atendiendo al tradicional criterio del arbitrio iudicis.”<sup>44</sup>*

*Ahora bien, es posible que por la vía de aplicación de manera incorrecta del principio de proporcionalidad para la liquidación del daño moral, se llegue a introducir criterios subjetivos de valoración del perjuicio por parte del funcionario judicial, tales como la convivencia, y aunque si bien la misma es un hecho objetivo y apreciable empíricamente, lo cierto es que aquélla no puede constituir un criterio o variable para la cuantificación del perjuicio moral.*

*A modo de ejemplo, baste indicar que es perfectamente posible que exista una familia que, por circunstancias laborales o personales de sus miembros, éstos convivan en distintas zonas de una misma ciudad, o de un mismo país o incluso en el extranjero, sin que esto altere el fuerte y cercano vínculo afectivo y sentimental que existe entre ellos, esto es, la distancia geográfica no significa desamor o falta de afecto<sup>45</sup>.*

<sup>44</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 17 de noviembre de 2011, exp. 1999- 533, M.P. William Namén Vargas.

<sup>45</sup> Al respecto, la Sala en otrora oportunidad indicó: “C. Se confirmará el reconocimiento que hizo el Tribunal en favor del padre, por perjuicios morales, pues la distancia geográfica no necesariamente significa desamor o falta de afecto. No existe prueba que destruya la presunción del dolor moral que causa en el padre la muerte de su hijo.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de octubre de 1991, exp. 6451, M.P. Juan de Dios Montes. “Se presume judicialmente que la madre y los hermanos de Carlos sufrieron con su muerte; pues de la misma presunción de hombre se infiere que la muerte de una de esas personas causa congoja; además como se probó que todos aquellos se preocupaban mutuamente, se puede deducir que la pérdida de

*A partir del ejemplo anterior, extraído de la experiencia, y con aplicación irrestricta del llamado test de proporcionalidad, se concluiría que al margen de la muerte de uno de los integrantes de ese núcleo familiar, habría que reducir la indemnización por el daño moral porque la convivencia es factor determinante en la liquidación del mismo<sup>46</sup>.*

*Si se profundiza en el ejercicio hermenéutico, habría que concluir que si el daño antijurídico proviene de la muerte de un hijo cuyos padres residen en otro país, sin importar el profundo y real afecto existente entre ellos, habría que reducirles la indemnización frente a los padres de otra víctima que aunque convivía con éstos era objeto de maltrato de parte de los mismos, puesto que en este último supuesto tendrían derecho a una mayor indemnización en virtud de la idoneidad y la variable convivencia que impacta significativamente la reparación según los cuadros y la argumentación contenida en la sentencia.*

*La concreción o aplicación de la ponderación generaría los siguientes interrogantes: ¿por qué según el supuesto principio de proporcionalidad o ponderación, hay lugar a indemnizar en mayor grado los eventos en que se predica convivencia respecto de los que no la hay? ¿Esto no introduce un parámetro injusto de diferenciación?*

*Entonces, la aplicación del principio de proporcionalidad para la valoración de un daño subjetivo e interno, sí que afectaría un derecho fundamental que es la igualdad, razón por la cual el criterio válido para la tasación del daño moral son los*

---

uno de los integrantes de la familia primigenia produce en los otros un sentimiento negativo de pesadumbre. El hecho relativo a que Carlos Ernesto no vivió siempre con ellos no es hecho que desvirtúe el hecho social de afecto entre hijo y madre y hermanos y hermanos, pues la relación humana cercana no se deriva del aspecto meramente territorial, sino del vínculo espiritual" Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de mayo de 2001, exp. 13109, M.P. María Elena Giraldo.

<sup>46</sup> "Porque en la Constitución de 1991, más claramente que en el Código Civil, la familia no es un producto necesariamente surgido de manifestaciones afectivas. Es un producto y es una institución en donde está clara una visión de solidaridad entre seres humanos y una visión de solidaridad que adquiere todo su sentido, sobre todo frente a los niños, porque los niños tienen el derecho fundamental y prevalente a tener una familia. Tienen ese derecho fundamental y prevalente por encima de las coyunturas en los afectos de sus padres... Aquí viene a ponerse de presente, como la concepción de familia de la Constitución de 1991, es una concepción solidarista – no individualista–. No depende del íntimo querer del marido y mujer o, de hombre y mujer. Depende de lo que exija esa realidad social de la familia. Los conflictos son importantes, muestran desacuerdos, malformaciones, a veces hasta patologías, pero no son los límites a la existencia de esa unidad familiar." ANGARITA Barón, Ciro "La familia en la nueva Constitución", Talleres Macroregionales sobre Conciliación – Memorias, ICBF, Pág. 4 y 6.

*principios del arbitrio juris y la equidad, de conformidad con lo sostenido en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13232 y 15646, oportunidad en la que se discurrió de la siguiente forma:*

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

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

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

*“(…) Por otra parte, no puede perderse de vista el principio de equidad, también previsto en la norma transcrita para ser*

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

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

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

*“En cuanto a la jurisdicción contencioso administrativa, ha quedado clara su sujeción directa al artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que, conforme a lo expresado, hace no sólo innecesario, sino improcedente, el recurso a la analogía, para aplicar el Código Penal vigente, a fin de decidir aspectos relativos a la valoración del daño moral.*

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

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

*“Establecido, por lo demás, el carácter inadecuado del recurso al precio del oro, la Sala fijará el quantum de las respectivas condenas, en moneda legal colombiana, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales...”<sup>47</sup> (Se destaca).*

*El arbitrio iuris siempre será necesario en cualquier ordenamiento jurídico puesto que el legislador no puede contemplar todas y cada una de las hipótesis y variables que se pueden presentar en el proceso judicial, razón por la cual queda un margen de maniobra a cargo del operador judicial que, lejos de ser catalogado como arbitrariedad, constituye un campo de discreción racional en el que con fundamento en las reglas de la experiencia y la sana crítica traza derroteros para colmar esas lagunas o vacíos que están contenidos en la ley<sup>48</sup>.*

<sup>47</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp. 13232-15646, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

<sup>48</sup> “Es el momento de poner punto final. No quiero hacerlo, sin embargo, sin proclamar muy alto y muy claro mi radicar desacuerdo con esa idea que puso en circulación K.C. Davis y que se repite desde entonces con injustificado entusiasmo de que el Derecho termina donde comienza la discrecionalidad. Esa idea pudo ser cierta mientras estuvo vigente el paradigma del Estado legal de Derecho; hoy, en cambio, es inaceptable. El cambio de paradigma, el paso del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de derecho, ha cambiado radicalmente las cosas. Las reglas, que en cuanto razones perentorias para la acción hacen innecesario el razonamiento porque ellas mismas han resuelto de antemano el conflicto de intereses que plantea el supuesto de hecho que regulan, han cedido su anterior protagonismo a los principios, cuya aplicación reclama inexcusablemente un esfuerzo de ponderación y, por lo tanto, de argumentación racional para encontrar una solución del caso que ya no viene dada de antemano y que, por lo tanto, sólo puede sostenerse sobre la base de razones, de las razones que se revelen más fuertes en su inevitable confrontación con las que se les opongan en el concreto escenario procesal en el que el conflicto se plantee.” FERNÁNDEZ, Tomás – Ramón “Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial”, Ed. Iustel, Madrid, 2005, pág. 131 y 132.

*En el presente caso, se decretarán perjuicios morales tasados en salarios mínimos mensuales vigentes para todos los demandantes como quiera obran los registros civiles que dan cuenta de la relación de parentesco que los vincula. En efecto, de estos documentos, la Sala da por probado el perjuicio moral en los actores con ocasión de la muerte de su esposo, padre y abuelo, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir<sup>49</sup> que el óbito de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, además de la importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad.*

*En consecuencia, establecer y fijar la condena –en la parte resolutive de la sentencia en salarios mínimos mensuales legales vigentes– no constituye un capricho del juzgador, ni supone el desconocimiento del artículo 178 del C.C.A., norma aplicable única y exclusivamente a las decretadas en sumas líquidas de dinero, es decir, en pesos colombianos, toda vez que esa circunstancia garantiza y permite que al momento del pago –que de conformidad con el artículo 177 del C.C.A. puede estar diferido en el tiempo por aspectos presupuestales– la condena mantenga su actualidad y, por lo tanto, no se altere o afecte en virtud de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda<sup>50</sup>.*

<sup>49</sup> Sobre el carácter de la presunción bajo las reglas de la experiencia el tratadista Gustavo Humberto Rodríguez manifestó: “La presunción como regla de experiencia. – La acción humana va siempre acompañada de conocimiento. El hombre conoce la realidad en la cual actúa, por medio de dos instrumentos: la experiencia y la ciencia. Con la experiencia conoce empíricamente, objetivamente, llevando por la observación a que se ve impelido por la acción. Con la ciencia sistematiza sus conocimientos, profundiza críticamente en ellos, los verifica y los explica metódicamente. El análisis empírico lo lleva a formular juicios de experiencia; el científico lo conoce a expresar juicios científicos, que serán absolutos mientras la misma ciencia no los desvirtúe. A su vez, los juicios o reglas de la experiencia, en virtud de ese carácter meramente empírico o práctico, solo expresan un conocimiento inconcluso o de probabilidad. **La experiencia es un conjunto de verdades de sentido común, dentro de las cuales hay muchos grados que lindan con el científico...**” (Gustavo Humberto Rodríguez. Presunciones. Pruebas Penales Colombianas Tomo II. Ed. Temis, Bogotá 1970 pag 127 y s.s. Quiceno Álvarez Fernando. Indicios y Presunciones. Compilación y Extractos. Editorial Jurídica Bolivariana. Reimpresión 2002 ) (negrilla de la Sala)

<sup>50</sup> Y, si bien a lo largo de la jurisprudencia del Consejo de Estado algunos Magistrados han profesado la interpretación contraria, lo cierto es que la misma siempre ha sido minoritaria, de modo que el contenido y alcance del artículo 178 del C.C.A., se ha restringido o limitado a los perjuicios materiales que son fijados, como se ha señalado, en sumas líquidas de dinero. En efecto, uno de los representantes de la posición minoritaria fue el Conjuez Hugo Palacios Mejía, quien en un salvamento de voto del expediente No. 9764, precisó: “Por fortuna, no puede decirse hoy, como se dijo en 1978, que no existe antecedente legislativo que indique cómo debe actualizarse las condenas. En efecto, el artículo 178 del código Contencioso Administrativo es terminante al prescribir que: “La liquidación de las condenas que se resuelvan mediante

*En este punto son ilustrativas las consideraciones plasmadas por el insigne profesor Fernando Hinestrosa, en la aclaración de voto realizada frente a la sentencia del 25 de febrero de 1982, proferida en el proceso radicado con el número 1651, oportunidad en la que con particular sindéresis expresó:*

*“(…) Igualmente pienso que, no obstante el efecto práctico valioso de la tesis de actualizar la suma del código penal de 1936, por la vía de la conversión monetaria o de su conversión en oro o en el precio del oro, empleada con valor, imaginación y argumentos especiosos, en su orden, por la Corte y el Consejo de Estado, para superar la limitación y la exigüidad de la condena por daño moral, atado al art. 95 de dicho código, las jurisdicciones contencioso administrativa y civil no necesitan ni de esas muletas ni de esos circunloquios para administrar justicia en el campo de la responsabilidad por encuentro social ocasional o aun contractual o por incumplimiento de una obligación, cualquiera que sea la fuente de ésta, en lo atañadero al daño moral.*

*“(…)*

*Es muy comprensible el temor, el sagrado temor a equivocarse que debe estar siempre presente en la conciencia del juzgador, que asalta al juez para decir, según su convicción personal, la cuantía exacta de la condena por daño moral. En especial, por tratarse de apreciar los sentimientos ajenos, para lo cual, indefectiblemente ha de emplear o le cabe emplear el patrón propio: cada cual juzga y aprecia el sentimiento –dolor– ajeno procurando colocarse en el lugar del otro, con riesgos de conmoverse en demasía o de ser en exceso duro. Empero, es deber del juez superar esas cohibiciones, y cuando se trata de*

---

sentencias de la jurisdicción en lo contencioso administrativo deberá efectuarse en todos los casos, mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia y cualquier ajuste de dichas condenas solo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor. // “La manera de hacer el ajuste de valor en las condenas debe ser, pues, por medio del índice de precios al consumidor, o al por mayor, según haya solicitado y justificado el demandante. El artículo 106 del código penal, como dijo el Consejo de Estado en la sentencia arriba citada, solo es aplicable por extensión o analogía. El artículo 178, en cambio tiene aplicación directa en estos procesos. En síntesis, a mi juicio, la forma correcta de aplicar los artículos 106 del código penal, y 178 del código contencioso administrativo, que no son contradictorios sino complementarios, consiste en determinar el valor que tenían 100 gramos oro en 1980, y actualizar ese valor, expresado en pesos, utilizando para hacer la actualización el índice de precios al consumidor, y no el precio del oro”.

*las máximas corporaciones jurisdiccionales, sentar las pautas, inclusive con audacia.*

*“(...)*

*“En fin, el remitirse al oro, directamente o en su valor en moneda nacional, se me antoja caprichoso e infundado económica y políticamente. El oro dejó de ser mucho ha moda (sic) o respaldo de papel moneda. Ya no es siquiera unidad o medida de cuenta. Es una mercancía y una mercancía de especulación: baste ver las oscilaciones bruscas y enormes de su precio en el mercado internacional: en el curso del último año, en comprobación de este comentario, el precio de la onza troy llegó a estar próximo a los ochocientos dólares para descender últimamente a trescientos sesenta, por influjo de las situaciones y conflictos de la política internacional, que no de la economía, y de la actitud de determinados gobiernos que constituyen sus reservas en oro y no en divisas, con lo cual resultan muy sensibles a las variaciones del precio de aquel. Todo lo cual hace más azarosa la remisión al oro o al precio del oro como medida del monto de la indemnización del daño moral.*

*“Conviene pues la afirmación de la discrecionalidad de la jurisdicción contencioso administrativa, igual que la civil, para aceptar la presencia de un daño moral y graduar la magnitud individual de su reparación, con fundamento en el buen sentido y en hechos ciertos sobre las circunstancias de víctimas directa e indirecta de la agresión, derechamente en moneda corriente, muy sobre el caso y su prueba, de donde podrá surgir para examen retrospectivo, una visión estadística, y no a la inversa, sobre tablas arbitrarias en cuanto abstractas, o por cauces de sentimentalismo...”*

*En ese orden de ideas, la Sala insiste en su jurisprudencia según la cual, en aras de respetar el principio de igualdad, es imperativo que se haga la conversión automática de gramos oro –de la condena de primera instancia– a salarios mínimos, según la cual 1.000 gramos de oro corresponden a 100 SMMLV.*

Ahora bien, científicamente, ese tipo de pérdidas es conocida como duelo, que se caracteriza por tener un componente de aflicción o dolor, el cual la doctrina médica ha definido en cuanto a su contenido y alcance en los siguientes términos:



*“El duelo (la pérdida de alguien a quien la persona siente cercana y el proceso de ajustarse a ésta) afecta prácticamente todos los aspectos de la vida de un sobreviviente. A menudo, el duelo acarrea un cambio de estatus y de papel (por ejemplo, de esposa a viuda o de hijo o hija a huérfano). También tiene consecuencias sociales y económicas (la pérdida de amigos y en ocasiones de ingreso). En primer lugar se presenta la aflicción, que es la respuesta emocional experimentada en las primeras fases del duelo.*

*“La aflicción, al igual que la muerte es una experiencia personal. La investigación actual ha cuestionado las nociones previas de un solo patrón “normal” de aflicción y un programa “normal” de recuperación. El hecho de que una viuda hablara con su difunto marido era considerado como una señal de perturbación emocional, que ahora se reconoce como una conducta común y útil (Luna, 1993b). Aunque algunas personas se recuperan con bastante rapidez después del duelo otras nunca lo hacen”.<sup>51</sup>*

*Las reglas de la experiencia, y la práctica científica<sup>52</sup> han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo, presunción que se hace extensiva inclusive a los abuelos y nietos, razón por la cual se modificará en este sentido la providencia impugnada para reconocer perjuicios morales a favor de estos últimos.*

---

<sup>51</sup> PAPALIA Diane E., Wendkos Olds Rally y Duskin Feldman Ruth. Desarrollo Humano. Ed. Mc Graw Hill. Novena Edición. México D.F. 2004. pag. 766 y s.s.

<sup>52</sup> Fernández Liria, B. Rodríguez Vega. Intervenciones sobre problemas relacionados con el duelo para profesionales de Atención Primaria: El proceso del duelo. Universidad Autónoma de Madrid. [Http://www.medicinadefamiliares.cl/Protocolos/DUELO%201.pdf](http://www.medicinadefamiliares.cl/Protocolos/DUELO%201.pdf) “Aunque es difícil establecer inequívocamente relaciones causa-efecto, numerosos estudios han relacionado las pérdidas de diverso tipo con alteraciones de la salud<sup>1</sup>. Hoy se acepta generalmente que en torno a un tercio de los pacientes que acuden a las consultas de Atención Primaria presentan problemas de salud mental que requerirían algún tipo de tratamiento y, aproximadamente una cuarta parte del total presenta problemas que podrían considerarse relacionados con algún tipo de pérdida<sup>1</sup>.”

Por todo lo anterior, se ruega indemnizar por los menos con 100 salarios a cada uno de los hijos y 50 a cada uno de los hermanos.

**2º POR DAÑOS A LA SALUD.** Se solicita para la señora **ALBA CECILIA MÉNDEZ DE FRADES** (madre), **CIEN (100) SALARIOS MÍNIMOS**, toda vez que ha debido soportar todos los pormenores relacionados con las amenazas y posterior muerte de sus hijos y específicamente por la que ahora se demanda, deteriorándose su salud física y psíquica, lo mismo que sus condiciones de existencia y sus relaciones sociales.

En Sentencia del 14 de septiembre de 2011. Radicado 05001232500019940002001. Actor: **ANTONIO JOSÉ VIGOYA**. Consejero Ponente: Dr. ENRIQUE GIL BOTERO, se registró el importantísimo cambio jurisprudencial, de daños a la vida de relación, por **daños a la salud**, en términos que se hace preciso transcribir:

*“7.4. En relación con el perjuicio inmaterial derivado de una lesión a la integridad psicofísica de la persona, la Sala considera necesario recoger la denominación “alteración a las condiciones de existencia”, para avanzar en el estudio de esta clase de daños”.*

*“En efecto, el daño a la vida de relación o la alteración a las condiciones de existencia no **pueden comprender**, de ninguna forma, el **daño a la salud** –comúnmente conocido como perjuicio fisiológico o biológico– **como quiera que este último está encaminado a la reparación de cualquier lesión o***

*afectación a la integridad psicofísica”. (Negrillas fuera de texto)*

*“Así las cosas, yerra el a quo al señalar que el daño a la vida de relación está integrado por: i) el perjuicio fisiológico, ii) el daño a la vida de relación sexual, iii) el daño a la vida de relación social, iv) el daño a la vida de relación familiar y v) el daño estético”.*

*“El problema de asimilar la tipología del daño a compartimentos abiertos en los que se pueden llenar o volcar una serie de bienes o intereses legítimos genera problemas en sede de la reparación integral del daño y los principios de igualdad y dignidad humana que deben orientar el resarcimiento de aquél. En efecto, con la implementación en Colombia de los conceptos de “daño a la vida de relación” de raigambre Italiano y la “alteración a las condiciones de existencia” de estirpe Francés, se permitió que se implementaran en nuestro ordenamiento jurídico unos tipos de daños abiertos que en su aplicación pueden desencadenar vulneraciones al principio de igualdad material”.*

*“Entonces, resulta necesario que se sistematice la indemnización del perjuicio inmaterial en Colombia para determinar cuáles son los perjuicios inmateriales resarcibles – diferentes al daño moral–, pues con la tipología vigente no se define con claridad: i) si se indemniza el daño por sí mismo o lo que la doctrina denomina el “daño evento”, o si por el contrario se reparan las consecuencias exteriores de ese daño “daño consecuencia”, ii) cuáles son los bienes, derechos o intereses legítimos que tienen cabida en el plano de la responsabilidad y, por lo tanto, que ostentan el carácter de indemnizables, y iii) si el daño derivado de lesiones psicofísicas es posible resarcirlo a través de criterios objetivos y que contengan estándares que garanticen el principio de igualdad, toda vez que frente a una misma lesión podría eventualmente declararse una idéntica o similar reparación”.*

*“Así las cosas, con la aserción contenida en la sentencia de primera instancia según la cual el “perjuicio fisiológico” debe entenderse incluido en “el daño a la vida de relación” o la “alteración de las condiciones de existencia” –nombre acogido de manera reciente en algunas providencias para denominar el daño a la vida de relación pero con idéntico contenido y alcance– genera una mayor problemática en el manejo de la*

*tipología del perjuicio inmaterial, pues no es adecuado entender que el perjuicio fisiológico, daño biológico o a la salud es una expresión de la mencionada categoría. Asimilar el daño a la salud o perjuicio fisiológico como una expresión del daño a la vida de relación, entroniza la entropía en materia de ontología jurídica, cuando no se distingue que el daño a la vida de relación y la alteración de las condiciones de existencia no son ni perjuicio moral, ni fisiológico, sino entidades con autonomía que no amparan o protegen la órbita interna o afectiva de la persona, como tampoco su integridad psicofísica o derecho a la salud, sino otra gama de intereses legítimos que son relevantes para la responsabilidad”.*

*En efecto, es forzoso regresar a tipos indemnizatorios reconocidos de tiempo atrás por la jurisprudencia y, a partir de ellos, crear unos nuevos que permitan coherencia en la aplicación del principio de reparación integral, establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998. Esto es, recuperar el significado primigenio del daño fisiológico o a la salud, que es el hilo conductor del daño inmaterial diferente del moral que se pretende establecer, y a partir de allí indemnizar de acuerdo con los derechos fundamentales afectados patrimonialmente por el hecho dañoso.*

*La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en varias providencias que han sido proferidas desde el año 2007<sup>1</sup>, ha reconocido que el perjuicio fisiológico, hoy daño a la vida de relación, se encuentra inmerso dentro de lo que se denomina perjuicio a las **alteraciones a las condiciones de existencia**.*

*El citado criterio parte de la interpretación de dos providencias proferidas en el año 2007<sup>2</sup>, en las cuales la Sala se refirió a la alteración a las condiciones de existencia como un perjuicio autónomo e independiente al daño a la vida de relación, para dar a entender que simplemente operó un cambio en la denominación del perjuicio, sin que puedan existir de manera autónoma. En otros términos, pareciera que el criterio fijado en la jurisprudencia es a que el daño a la vida de relación*

---

<sup>1</sup> Sobre la referida problemática, se pueden consultar los siguientes documentos: aclaración de voto a la sentencia del 4 de junio de 2008, exp. 15.657, M.P. Myriam Guerrero de Escobar, aclaración de voto a la sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003 – 385 M.P. Mauricio Fajardo Gómez, y aclaración de voto a la sentencia de 1º de diciembre de 2008, exp. 17.744, M.P. Enrique Gil Botero.

<sup>2</sup> Sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003 – 385 M.P. Mauricio Fajardo Gómez y sentencia del 18 de octubre de 2007, exp. AG-029.

*adopte un nuevo nombre, bajo el epígrafe de alteración a las condiciones de existencia, circunstancia que no es precisa.*

*En efecto, el principio de reparación integral en Colombia (artículo 16 ley 446 de 1998) impone la obligación de que el juez, con apoyo en los cánones y principios constitucionales, establezca una “justa y correcta” medición del daño ocasionado, de tal forma que opere su resarcimiento o indemnización plena, sin que ello suponga, de otro lado, un enriquecimiento injustificado para la víctima.*

*“...*

*La anterior circunstancia motivó a que el Constituyente de 1991 diseñara y adoptara en el artículo 90 de la Carta Política, un sistema de responsabilidad estatal fundamentado en el daño antijurídico, en donde el elemento esencial de la responsabilidad se traslada de la conducta de la administración pública, para concentrarse en el producto de la misma, esto es, en la lesión o afectación que padece la persona. En ese orden de ideas, el paradigma del derecho de daños sufrió una significativa modificación con la expedición de la Carta Política de 1991, en donde el daño se eleva a la condición de elemento y punto central a la hora de analizar la responsabilidad de la organización estatal.*

*“..*

*En consecuencia, la cuantificación del daño en que se ha inspirado el ordenamiento jurídico interno, obedece al criterio de la restitutio in integrum cuyo objetivo es el restablecimiento patrimonial y/o espiritual, dañado por un hecho ilícito, o que el perjudicado no tenga la obligación de padecer, lo cual encuentra su fundamento y límite, se itera, en dos principios generales del derecho que además tienen soporte normativo: **la reparación integral del daño** (art. 16 ley 446 de 1998 y art. 2341 C.C.) y **el enriquecimiento injusto** (art. 8 ley 153 de 1887); por ello el resarcimiento debe cubrir nada más que el daño causado, pues si va más allá, representaría un enriquecimiento ilegítimo del afectado, y si es menor, constituiría un empobrecimiento correlativo, desnaturalizándose así los principios de dignidad humana y de*

*igualdad, que constituyen pilares basilares del modelo Social de Derecho<sup>3</sup>.*

“...

*Definido lo anterior, es claro que para efectuar el análisis del perjuicio, se debe abordar el estudio de lo que se conoce como la “tipología del perjuicio”, esto es, el examen, valoración y fijación de los estándares de indemnización que pueden ser objeto de reconocimiento, lo que se hace a partir de la respuesta a los siguientes interrogantes: i) ¿Qué se indemniza?, ii) ¿Cuál es el criterio para determinar la necesidad de reconocimiento de un perjuicio indemnizable?, iii) ¿Se indemniza el perjuicio por sí mismo, o las consecuencias apreciables que él produce (internas o externas), siempre y cuando sean valorables?, iv) ¿Cuál orientación tiene el ordenamiento jurídico Colombiano en relación con la reparación del perjuicio; **se indemnizan las consecuencias del daño** o se reparan las afectaciones a los diferentes bienes o intereses jurídicos? (Negrillas fuera de texto)*

“...

*“(...) 26. Es preciso aclarar que la unificación de criterios en torno al uso de la expresión “alteraciones graves a las condiciones de existencia” no obsta para que en cada caso particular se identifique de manera clara el origen del daño que se pretende indemnizar el que, en todo caso, puede tener su causa en afectaciones físicas o fisiológicas de la persona, por lo que **no puede pretenderse que la utilización de la expresión “perjuicios fisiológicos” esté totalmente proscrita de la jurisprudencia de la Sala, y deberá ser utilizada cuando las “alteraciones graves a las condiciones de existencia” tengan origen en afectaciones de carácter físico o fisiológico.***

“...

---

<sup>3</sup> “En otras palabras, el juez, al considerar como de recibo una demanda resarcitoria, puede dar cabida dentro de los intereses sociales dignos de tutela a un cierto comportamiento, una expresión, un anhelo, de un individuo o de un grupo, que antes no la tenía, con lo que establece o fija un límite para la sociedad; este límite también se establece, como es obvio, en el caso contrario, es decir, cuando el juez niega la inclusión de un interés discutido, en la escala de los valores sociales.” CORTÉS, Edgar “Responsabilidad Civil y daños a la persona – El daño a la salud en la experiencia italiana ¿un modelo para América Latina?”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pág. 13.

*“(...) 31. En el sub lite, la expresión “perjuicios fisiológicos” utilizada por el demandante y por el a quo para referir los daños cuya indemnización se reconoció en la sentencia de primera instancia y que son materia de apelación, debe entenderse como incluida dentro de los perjuicios denominados por la jurisprudencia de la Sala como “alteraciones graves a las condiciones de existencia”, en la medida que se trata de daños surgidos de afectaciones de carácter físico sufridos por uno de los sujetos pasivos del daño, que generaron cambios en la forma en como normalmente se desenvolvía su vida antes de que ocurriera el hecho generador del daño.*

*“...*

*Como se aprecia, en este último pronunciamiento se reconoce de manera expresa la importancia de la noción de “perjuicio fisiológico” o daño a la salud, toda vez que “además de facilitar la prueba en relación con este particular tipo de perjuicio –de origen psicofísico–, también proporciona al juez mejores criterios para establecer la tasación del perjuicio.”; no obstante, a continuación, la Sala señala que ese perjuicio se encuentra incluido dentro de la “alteración a las condiciones de existencia”, lo que genera un problema hermenéutico y de aplicación jurídica, pues, se insiste, al margen de reconocer la relevancia del daño a la salud se retorna de inmediato a la denominación tradicional. (Negrillas Adicionales)*

*Como se desprende de los anteriores pronunciamientos, la línea jurisprudencial que se ha trazado en torno a la tipología del perjuicio inmaterial, diferente al moral, ha supuesto una **naturaleza dual**, consistente en que se indemniza la lesión a la integridad corporal del sujeto –daño evento– (artículo 49 C.P. derecho a la salud), así como las consecuencias que el daño produce tanto a nivel interno (alteración a las condiciones de existencia) como externo o relacional (daño a la vida de relación).*

*“...*

*Como se aprecia, el equívoco en la determinación del contenido y alcance del perjuicio a la salud (fisiológico o biológico), operó en una traspolación jurídica del derecho francés e italiano al ámbito nacional, pero se dejó de lado que*

en el primero de los países mencionados se ha reconocido, dependiendo el caso concreto, de una multiplicidad de daños que pretenden cubrir las esferas del individuo afectadas con el mismo (v.gr. daño estético, daño sexual, alteración a las condiciones de existencia, perjuicio de agrado, entre otros), mientras que en el segundo, dada la redacción rígida del artículo 2059 del Código Civil de ese país<sup>4</sup>, el propósito de la doctrina y jurisprudencia recayó en la forma de abrir nuevas perspectivas y hermenéuticas que permitieran ir más allá del simple reconocimiento del daño moral en cuanto se refiere al resarcimiento del daño no patrimonial. Como se aprecia, los conceptos de perjuicio de agrado (*préjudice d'agrément*), frente al perjuicio corporal (*dommage corporel*) si bien parecieran tener puntos de encuentro y semejanzas, lo cierto es que el primero cubre una esfera interna del individuo, mientras que el segundo está estructurado sobre la necesidad de resarcir la órbita de la salud del ser humano, entendida esta última, según la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS) como “el estado completo de bienestar físico, psíquico, y social, no circunscrito a la ausencia de afecciones y enfermedades.”<sup>5</sup>

“...

De modo que, el “daño a la salud” –esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica– ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista **en una lesión a la salud**, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.) para determinar una indemnización por ese aspecto, **sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños** (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos. (Negrillas adicionales)

Se reconoce de este modo una valoración del **daño a la persona** estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral. Es decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén

<sup>4</sup> “El daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley.”

<sup>5</sup> [www.who.int/en/](http://www.who.int/en/)



*probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional.*

*En otros términos, un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia -antes denominado daño a la vida de relación- precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.*

*Es así como la doctrina, sobre el particular señala:*

***“Hecha esta identificación, entre el daño corporal y el daño a la salud, vemos que también se identifica con el perjuicio fisiológico; terminología que impera en la doctrina francesa para referirse al daño en la esfera funcional, como sinónimo del daño a la integridad física y psíquica de la persona; se denomina así porque afecta, como decimos, la esfera funcional con independencia de la pérdida de rentas que pueda ocasionar.***

***“Pero esta terminología es peligrosa porque se desliza hacia una realidad diferente. Como se ha precisado por la doctrina italiana, hay que matizar que, si bien a veces se utiliza como sinónimo del llamado daño biológico, la doctrina italiana más especializada, ha señalado que este último, es un concepto médico – legal, mientras que el daño a la salud es un concepto jurídico, normativo, que se encuentra consagrado en el artículo 32 de la Constitución...”***<sup>6</sup> *(Se destaca).*

*En esa perspectiva, se insiste, la noción de **daño a la vida de relación** que sirvió al Consejo de Estado para indemnizar los perjuicios inmateriales sufridos por el sujeto, diferentes al moral, no es más que un concepto que ya no es utilizado por la doctrina y jurisprudencia italianas, en la medida en que se ha reconocido independencia entre el perjuicio biológico o fisiológico –relacionado con la órbita psicofísica del individuo– y otros perjuicios que afectan valores, derechos o intereses de la persona que, en la actualidad, en Italia, serían indemnizados*

---

<sup>6</sup> VICENTE Domingo, Elena “Los daños corporales: tipología y valoración”, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, Pág. 139.

*bajo la panorámica del daño existencial (v.gr. la tranquilidad del ser humano, la seguridad, las condiciones de existencia, entre otros)<sup>7</sup>, sin que esta última categoría se encuentre lo suficientemente decantada en otras latitudes, razón para rechazar en esta instancia su adopción en el derecho colombiano, máxime si de manera reciente fueron proferidas cuatro sentencias de la Sección Unida (Sala Plena) de la Corte de Casación Italiana, en la que se recoge el daño existencial dado, precisamente, de la amplitud y falta de delimitación conceptual que implicaba (imposibilidad de objetivización)<sup>8</sup>.*

*Desde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica puesto que parten de confrontar, o mejor de un parangón entre la esfera individual y la externa o social; el primero en la carga relacional del sujeto (relaciones sociales) lo que llevó a que fuera considerado en Italia como un daño subjetivo, inequitativo e desigualitario –dado que una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, sin que eso suponga que deba indemnizarse diferente el daño–, y el segundo, por referirse a una alteración grave y significativa del proyecto de vida, es decir, a los planes y objetivos de la persona hacia el futuro.*

*Entonces, como se aprecia, el daño a la salud gana claridad, exactitud y equidad donde los precisados perjuicios la pierden, puesto que siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y **está encaminado a cubrir no sólo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que las mismas generan, razón por la que, sería comprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables,***

---

<sup>7</sup> “Allí se define el daño existencial [se refiere a la sentencia de la Sala Plena de la Corte de Casación Italiana No. 6572 del 24 de marzo de 2006] como todo perjuicio causado en el hacer no reductivo del sujeto, susceptible de ser constatado de manera objetiva, que altera sus hábitos y su modo de relacionarse, induciéndolo a alternativas de vida distintas, que inciden en el despliegue y realización de su personalidad en el mundo exterior.” KOTEICH Khatib, Milagros “El daño extrapatrimonial”, en “Diritto Romano Comune e America Latina”, Universidad Externado de Colombia, Pág. 259.

<sup>8</sup> Ver: Corte de Casación Italiana, sentencia del 24 de junio de 2008, publicada el 11 de noviembre de 2008, No. 26972.

*con lo que se conseguiría una sistematización del daño no patrimonial<sup>9</sup>.*

*En otros términos, se insiste, en Colombia el sistema indemnizatorio está limitado y no puede dar lugar a que se abra una multiplicidad de categorías resarcitorias que afecten la estructura del derecho de daños y la estabilidad presupuestal que soporta un efectivo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, motivo por el que, se itera, **cuando el daño se origine en una lesión psíquica o física de la persona el único perjuicio inmaterial, diferente al moral que será viable reconocer por parte del operador judicial será el denominado “daño a la salud o fisiológico”, sin que sea posible admitir otras categorías de perjuicios en este tipo de supuestos y, mucho menos, la alteración a las condiciones de existencia, categoría que bajo la égida del daño a la salud pierde relevancia, concreción y pertinencia para indemnizar este tipo de afectaciones.** (Negrillas fuera de texto)*

*En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo **está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos**, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica<sup>10</sup>. Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista.*

*De allí que no sea procedente indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que se deriva del daño a la salud, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que el daño a la salud se repara con base en dos componentes: i)*

<sup>9</sup> Fruto del trabajo jurisprudencial en Italia, se llegó a establecer dentro de este orden que el concepto daño biológico agrupa entre otros: el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a la esfera sexual y el daño a la incapacidad laboral genérica, todo lo cual ha sido recogido y reconocido por la Corte Suprema de Casación de ese país. Ver entre otras, las sentencias: No. 2761 de 1990, 1341 de 1991, 11133 de 1990, 9170 de 1994, y 7262 de 1991.

<sup>10</sup> “Este estado de cosas no sólo deja la sensación de desorden, sino que también crea desigualdades entre víctimas, cuyos intereses aparecen, en igual medida, dignos de protección; así pues, el problema de fondo es el de establecer los límites, que deben ser “límites razonables”, determinados sí, en términos jurídicos.” CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 57.

*uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada.*

*Así las cosas, el daño a la salud permite estructurar un criterio de resarcimiento fundamentado en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima “a igual daño, igual indemnización”<sup>11</sup>.*

*En consecuencia, se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo.*

*“... ”*

*Es decir, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, el daño a la salud surge como categoría autónoma y, por lo tanto, desplaza por completo denominaciones o tipos de perjuicios abiertos que han sido empleados en otras latitudes, pero que, al igual que en esta ocasión, han cedido paso al daño corporal como un avance jurídico que permite la reparación efectiva y objetiva del perjuicio proveniente de la lesión al derecho constitucional y fundamental a la salud.*

*“... ”*

---

<sup>11</sup> “En el histórico fallo 184 de 1986 la Corte Constitucional italiana afirmó que el criterio de liquidación que debe adoptarse para el resarcimiento del daño biológico “debe, de un lado, responder a una uniformidad pecuniaria de base (el mismo tipo de lesión no puede valorarse de manera diferente para cada sujeto) y, de otro, debe ser suficientemente elástico y flexible para adecuar la liquidación del caso concreto a la incidencia efectiva de la lesión sobre las actividades de la vida cotidiana, por medio de las cuales se manifiesta concretamente la eficiencia sicofísica del sujeto perjudicado.” ROZO Sordini, Paolo “El daño biológico”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 209 y 210.

*En consecuencia, el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y aflictiva del ser humano; el daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona; y, por último, será oportuno que se analice la posibilidad por parte de esta Corporación –siempre que los supuestos de cada caso lo permitan– de que se reparen los demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima directa o de los perjudicados que logren acreditar efectivamente que padecieron ese daño autónomo e independiente, sin que quede cobijado por la tipología antes delimitada (v.gr. el derecho al buen nombre). La aplicación de esta tipología del daño garantiza la reparación estática y dinámica del perjuicio, esto es los efectos internos y externos, subjetivos y objetivos, individuales y colectivos que la lesión antijurídica o injusta desencadena en el sujeto y las personas que constituyen su entorno.*

“...

*Esta es, precisamente, la importancia del daño a la salud, ya que como se ha explicado permite reconducir a una misma categoría resarcitoria todas las expresiones del ser humano relacionadas con la integridad psicofísica, como por ejemplo las esferas cognoscitivas, psicológicas, sexuales, hedonísticas, etc., lo que evita o impide que se dispersen estos conceptos en rubros indemnizatorios autónomos.*

*Así las cosas, el daño a la salud posibilita su reparación considerado en sí mismo, sin concentrarse de manera exclusiva y principal en las manifestaciones externas, relacionales o sociales que desencadene, circunstancia por la cual este daño, se itera, gana concreción y objetividad en donde las categorías abiertas la pierden y, por lo tanto, **permite garantizar los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad material.***

*Por lo anterior, y de conformidad con el acta de la junta médica laboral, en la que consta la **amputación de la pierna derecha con conservación de la rodilla** realizada a Antonio José Vigoya Giraldo, se hace evidente el daño a la salud, por el cual se le reconocerá por este concepto el valor de 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes, **de conformidad con los parámetros jurisprudenciales que han sido trazados***

*sobre la materia,<sup>12</sup> teniendo en cuenta la gravedad de la lesión y, por lo tanto, la magnitud del perjuicio que supone una significativa variación en el estado de salud del demandante principal.*

**3° POR INTERESES.** Se cancelarán a cada uno de los demandantes, o a quien o quienes sus derechos representaren a la fecha de la ejecutoria de la sentencia, o del auto aprobatorio de la conciliación judicial.

De conformidad con el art. 1653 del C.C. todo pago se imputará primero a intereses.

En cuanto a los intereses se observarán las siguientes normas: el art. 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone “*Las sumas de dinero reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación, devengarán intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF desde su ejecutoria. No obstante, una vez vencido el término de los diez (10) meses de que trata el inc. 2 del art. 192 de este código o el de los cinco (05) días establecidos en el numeral anterior, lo que ocurra primero, sin que la entidad obligada hubiese realizado el pago efectivo del crédito judicialmente reconocido, las cantidades líquidas adeudadas causarán un interés moratorio a la tasa comercial*” (inc. 4 art. 195); y el art. 192 de la misma codificación que señala que las cantidades líquidas reconocidas en la sentencia o en el auto que apruebe conciliación “*devengarán intereses moratorios*” a partir de la ejecutoria de la sentencia o del auto (inc. 3 art. 192)

---

<sup>12</sup> Al respecto, se pueden consultar: sentencias del 17 de agosto de 2007, exp. 30114, M.P. Ramiro Saavedra Becerra, del 4 de diciembre de 2007, exp. 17918, M.P. Enrique Gil Botero, del 19 de octubre de 2007, exp.

**4o. CONDENA EN COSTAS.** De conformidad con el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo y de Procedimiento Administrativo, condénese a LA NACIÓN COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN), si resultaren vencidas en la presente litis, a cancelar las costas correspondientes en los términos del Código de Procedimiento Civil.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Valle Jaramillo y otros vs. Colombia”, del 27 de noviembre de 2008, condenó a la Nación Colombiana al pago de costas y gastos debidamente probados, tomando en consideración las especiales características del caso, por cuanto éstas *“están comprendidas dentro del concepto de reparación consagrado en el art. 63.1 de la Convención Americana, puesto que la actividad desplegada por las víctimas, sus familiares o sus representantes con el fin de obtener justicia, tanto a nivel nacional como internacional, implica erogaciones que deben ser compensadas cuando la responsabilidad internacional del Estado es declarada mediante una sentencia condenatoria”* (Negrilla fuera de texto).

Por consiguiente, corresponderá al operador jurídico que conozca en primera y segunda instancia *“...apreciar prudentemente su alcance, el cual comprende los gastos generados ante las autoridades de la jurisdicción interna...”*, apreciación que puede ser

---

30871, M.P. Enrique Gil Botero, del 1º de octubre de 2008, exp. 27268 y del 4 de mayo de 2011, exp. 17396, M.P. Danilo Rojas Betancourth, entre muchos más.

realizada con base en el principio de equidad “y tomando en cuenta los gastos señalados por las partes, siempre que su quantum sea razonable”<sup>13</sup>.

Al fijar la cuantía en equidad, se tendrán en cuenta el monto de los gastos futuros relativos al cumplimiento de la sentencia, como por ejemplo, las costas en caso de un proceso ejecutivo.

**5º. CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA.** LA NACIÓN COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN), darán cumplimiento a la sentencia dentro de los diez (10) meses siguientes a la fecha de su ejecutoria, de conformidad con el inc. 2 del art. 192 del Código Contencioso Administrativo y de Procedimiento Administrativo, que determina: “*Las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo máximo de diez (10) meses contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia*”, quedando la parte actora obligada a la presentación de la solicitud de pago correspondiente.

De igual manera, se recuerda que “*el incumplimiento a las disposiciones relacionadas con el reconocimiento de créditos judicialmente reconocidos y con el cumplimiento de la totalidad de los requisitos acarrearán las sanciones penales, disciplinarias y fiscales a que haya lugar*” (Parágrafo 1 art. 195)

---

<sup>13</sup> Caso Garrido y Baigorria VS Argentina. Reparaciones y costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. serie C No. 39, párr. 82; caso Bayarry, Supranota 13, párr. 192 y caso Aptiz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo), supranota 141, Párr. 257.



## CAPITULO II. LEGITIMACIÓN

**1° ALBA NUBIA FRADES MÉNDEZ**, nació el 26 de abril de 1973 en Guacarí (Valle del Cauca), constando que es hija de **JOSE ISIDRO FRADES Y ALBA CECILIA MÉNDEZ**, razón suficiente para que se encuentre legitimada su progenitora para actuar como convocante y reclamar la indemnización correspondiente.

**2° ADRIANA FRADES MÉNDEZ**, nació el 24 de julio de 1978, inscrita en la Notaría Única de Guacarí (Valle del Cauca), constando que es hija de **JOSÉ ISIDRO FRADES y ALBA CECILIA MÉNDEZ**, razón suficiente para que se encuentre legitimada como hermana, para actuar como convocante y reclamar la indemnización correspondiente.

**3° JOSÉ HUGO MORA FRADES**, nació el 22 de abril de 1988, inscrito en la Notaría Única de Guacarí (Valle del Cauca), constando que su madre es **ALBA NUBIA FRADES MÉNDEZ**, por tanto legitimado como hijo, para actuar como convocante y reclamar la indemnización correspondiente.

**4° OSCAR MARIO MORA FRADES**, nació el 28 de mayo de 1992, inscrito en la Notaría Única de Guacarí (Valle del Cauca), constando que su madre es **ALBA NUBIA FRADES MÉNDEZ**,

por tanto legitimado como hijo, para actuar como convocante y reclamar la indemnización correspondiente.

En conclusión, quienes demandan y suplican indemnización son: la madre, los hijos, y la hermana respectivamente, habida consideración del parentesco acreditado documentalmente.

### III. HECHOS

1° ALBA NUBIA FRADES MÉNDEZ, se encontraba residenciada en Guacarí (Valle del Cauca) para el año 2010.

2° En contra de toda su familia se llevaron a cabo una serie de amenazas contra sus vidas.

3° Las amenazas se materializaron con la muerte de varios miembros de la familia a saber: **JORGE LUIS FRADES MÉNDEZ** (hermano) el 16 de agosto de 2009, **JOSÉ ISIDRO FRADES** (padre) el 11 de noviembre de 2009, **CLAUDIA VIVIANA FRADES MÉNDEZ** (hermana) 02 de enero de 2010 y a un cuñado de nombre **JULIÁN ANDRÉS ESCOBAR** el 04 de noviembre de 2009; y la de **JOSÉ FERNANDO FRADES MÉNDEZ** el 14 de septiembre de 2010, todos asesinados en Guacarí (Valle del Cauca).

4° JOSÉ FERNANDO FRADES MÉNDEZ fue amenazado en forma directa, procediendo de inmediato a elevar queja N° 764, del 29 de enero de 2010 ante la oficina de atención al ciudadano en los siguientes términos *“me han amenazado hace doce días, me llamaron a mi celular como a eso de las 2:30 p.m. y me dijeron ‘seguis voz’ y luego me colgaron y a la madrugada del día siguiente me dejaron por debajo de la puerta de mi casa un panfleto en que me amenazan, me dicen **que falto yo por matarme quiero informar que ya han asesinado a cuatro (04) miembros de mi familia** a tres de ellos el año pasado, mi hermano JORGE LUIS FRADES MENDEZ, el 16 de agosto, mi papá JOSÉ ISIDRO FRADES el 12 de diciembre y mi cuñado JULIÁN el 11 de septiembre, a mi hermana CLAUDIA VIVIANA FRADES MENDEZ la asesinaron el 02 de enero de este año, todos ellos fueron muertos mediante la modalidad del sicariato en el municipio de Guacarí (Valle), yo no sé el motivo de esta situación y realmente **tengo mucho miedo de que me maten a mí también** entonces quiero **DEJAR CONSTANCIA** de esto para que se investigue el caso y me presten ayuda para proteger mi vida mientras que gestiono la forma de irme de este lugar con mi familia. Es todo.”*

Anexó el quejoso un panfleto que dice:

*“**MUERTE A LOS FRADES... NO QUEREMOS MAS FRADES EN EL PUEBLO, YA ACABAMOS CON 4 SEGUIMOS CON EL RESTO, CUÍDENSE** especialmente los 2 hp de nando y **ALBA NUBIA**. le damos 2 meses para que **ABANDONEN** el pueblo junto con su familia... ya casi terminamos con todos. fuera fuera estamos limpiando el pueblo”*  
(Resaltado fuera de texto)

5° La queja anterior fue recepcionada por la Intendente **MARÍA JANETH OSPINA GARCÉS** y el Teniente **RAÚL SUSA TORRES**, miembros de la Policía Nacional.

6° El 11 de febrero de 2010, la Fiscal Tres Seccional de Buga, Dra. CARMEN ALICIA URIBE NAVIA, remitió al comandante de la Estación de Policía de Guacarí Valle, un oficio que dice *“Bajo el Código único de la referencia, esta delegada viene adelantando investigación penal en calidad de indagación, por el delito de AMENAZAS, razón por la cual me permito solicitarle se sirva ordenar a quien corresponda se inicien los procedimientos de SEGURIDAD Y PROTECCIÓN en la persona, familia y entorno laboral de las personas que se relacionan a continuación: JOSÉ FERNANDO FRADES MÉNDEZ, C.C. 6.319.182 de Guacarí, Valle, ocupación maestro de construcción, residente en la Cl. 2 No. 3-60 de esa municipalidad. Lo anterior para su conocimiento y demás fines pertinentes. Le solicito además mantener informada a esta seccional de manera constante los procedimientos llevados a cabo...”* (Lo destacado es nuestro).

7° La Fiscal Tres, extrañamente ofició al Comandante de la Policía de Guacarí (Valle del Cauca), **PERO OMITIÓ CUALQUIER REFERENCIA EN RELACIÓN CON ALBA NUBIA FRADES MÉNDEZ, AUNQUE LA AMENAZA IBA DIRIGIDA CONTRA TODA LA FAMILIA Y ESPECÍFICAMENTE CONTRA “NANDO Y ALBA NUBIA”.**

8° No obstante las quejas, y las órdenes impartidas por la Fiscalía, se omitió brindar protección, a **JOSÉ FERNANDO y ALBA NUBIA FRADES MÉNDEZ**, resultando asesinado el primero, en el municipio de Guacarí (Valle del Cauca); y, la segunda,

en el municipio de Buga, cuando reclamaba el cadáver de su hermano en la sede de Medicina Legal el mismo 14 de septiembre de 2010.

9° Es de tanta certidumbre lo anterior, que en el formato único de noticia criminal, por la muerte de **JOSÉ FERNANDO FRADES MÉNDEZ**, se encuentra la queja que fuera formulada y a la que ya se ha hecho referencia.

10° Asesinado **JOSÉ FERNANDO**, el 16 de septiembre, la Fiscalía solicitó al C.T.I., información acerca de las actuaciones desplegadas, sin obtener respuesta efectiva.

11° Registrados el quinto y sexto asesinatos en contra de la familia **FRADES**, en los meses de septiembre y octubre de 2010, se registraron atentados con explosivos a las viviendas donde residen algunos miembros de la familia **FRADES**.

12° El 21 de octubre de 2010, un mes y siete días luego del asesinato de **JOSÉ FERNANDO**, la Procuraduría General de la Nación, mediante oficio firmado por el Procurador Provincial Dr. **JAIME ALBERTO OCHOA CARDONA**, resolvió **IMPLEMENTAR EL PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PREVENTIVA**, frente a la señora **MÓNICA MARÍA MONTOYA**, sus hijos **FABIÁN ANDRÉS FRADES MONTOYA**, **MARIO GERMÁN FRADES MONTOYA** y su progenitora **ALBA CECILIA MÉNDEZ**, como quiera que **LAS AMENAZAS SE**

EXTENDIERON MEDIANTE UN PANFLETO EN CONTRA DE SU HIJO FABIÁN ANDRÉS FRADES.

La Procuraduría Provincial, dispuso en primer lugar la no viabilidad de la protección y ordenó su remisión a la justicia ordinaria a efecto de dar por cumplido el programa de protección a víctimas y testigos por acciones delincuenciales; y, resolvió:

*“ARTÍCULO PRIMERO.-Implementar PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PREVENTIVA EN MATERIA DE LOS PROCESOS PARA GESTIONAR MEDIDAS DE AUTOPROTECCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS DEL CONFLICTO ARMADO, frente a la señora MÓNICA MARÍA MONTOYA, FABIÁN ANDRÉS FRADES MONTOYA, MARIO GERMÁN FRADES MONTOYA, la señora ALBA CECILIA MÉNDEZ, madre de ALBA NUBIA FRADES MÉNDEZ, quien tiene a su cargo tres hijos de ésta (hoy fallecida), JOSÉ HUGO MORA FRADES, OSCAR MARIO MORA FRADES, LUIS ENRIQUE FRADES, también tiene a KENNER ANDRÉS FRADES CARVAJAL hijo de JORGE LUIS FRADES MÉNDEZ (fallecido), así como a los dos niños de CLAUDIA VIVIANA FRADES (fallecida), que son ISABELA RODRÍGUEZ FRADES y JHOAN CAMILO RODRÍGUEZ FRADES, residentes en la calle 2ª N° 3-60, donde pueden ser contactado el resto del grupo a través de la señora MÓNICA MARÍA MONTOYA”.*

*“ARTÍCULO SEGUNDO.-Ordenar la REMISIÓN de ésta actuación a la Dirección Seccional de Fiscalía de Buga, para que de su parte se adelante la investigación pertinente y se informe a esta dependencia sobre las decisiones adoptadas, frente al asunto hoy planteado y de las amenazas **QUE CONOCE LA FISCALÍA TERCERA SECCIONAL QUE FUERAN DENUNCIADAS POR EL HOY OCCISO JOSÉ FERNANDO FRADES MÉNDEZ.** Al igual que lo atinente a la protección a víctimas y testigos en procura de salvaguardar al grupo familiar enunciado. (Mayúsculas y negrillas fuera de texto)”.*

*“ARTÍCULO TERCERO.-Oficiar a La Policía Nacional Segundo Distrito en Buga, para que informe a este Despacho, lo*

*actuado sobre el particular y disponga las medidas de protección respectivas para la signataria y su grupo familiar, en lo tocante a la situación hoy denunciada y de igual manera se informe y aporte copia de lo actuado por esa entidad ante las amenazas que en su oportunidad denunciara el señor JOSÉ FERNANDO FRADES MÉNDEZ. Del mismo modo se establecerá el nivel de riesgo informando su resultado y medidas adoptadas a esta dependencia”.*

*“ARTÍCULO CUARTO.-Compulsar copia de la queja y sus anexos para ante la Oficina de Control Interno de la Policía en Cali en lo tocante a establecer el trámite dado a la implementación de medidas de protección ante las amenazas que denunciara el señor JOSÉ FERNANDO FRADES MÉNDEZ, hoy occiso”.*

**13°** La relación histórica de los hechos, nos ubican en la existencia de un **HECHO NOTORIO**, como lo eran las amenazas y su materialización, lo que imponía adoptar medidas de seguridad inmediatas y efectivas de protección.

**14° LA FAMILIA FRADES** y específicamente **JOSÉ FERNANDO** y **ALBA NUBIA FRADES MÉNDEZ**, no recibieron respuesta ni protección por las amenazas públicas de que fueron objeto por un grupo de limpieza social.

**15°** Varias circunstancias ponen de presente la inercia de la Policía Nacional, pues no fueron suficientes: **(i)** Las numerosas amenazas públicas en contra de la **FAMILIA FRADES**. **(ii)** El ajusticiamiento sistemático del grupo familiar. **(iii)** Las órdenes emitidas por parte de la Fiscalía. **(iv)** No hubo estudio de seguridad. **(v)** No hubo entrevistas personalizadas con **LOS FRADES** a efecto de determinar los

niveles de riesgo y por consiguiente las medidas a adoptar. (vi) No fueron ilustrados en medidas de autoprotección, que era lo mínimo que debían hacer. (vii) No fueron evaluados los niveles de riesgo.

16° La Fiscalía incurrió en iguales o peores omisiones pues: (i) Se limitó a recibir la queja o denuncia correspondiente. (ii) Emitió una orden a la Policía Nacional. (iii) No investigó adecuadamente los hechos motivo de denuncia, como para establecer el nivel de riesgo en que se encontraban **LOS FRADES** sobrevivientes de la masacre sistemática. (iv) No exigió informes a la Policía Nacional. (v) No verificó que se estuviera prestando la protección ordenada. (vi) No exigió estudio de seguridad.

17° La Fiscalía General de la Nación, **POR COMPETENCIA**, tiene una serie de **FUNCIONES**, las cuales se destacan en el capítulo siguiente y las cuales fueron **INCUMPLIDAS**, surgiendo por consiguiente **LA POSICIÓN DE GARANTE**.

18° En fin, desde enero 29 de 2010, hasta el 14 de septiembre de la misma anualidad, trascurrieron siete meses y quince días sin desplegar medidas efectivas en favor de **LOS FRADES**.

19° Los hechos anteriores, acreditan la responsabilidad de la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa – Policía Nacional y de la Fiscalía General de la Nación), por la **OMISIÓN**



en el cumplimiento del deber de protección en cabeza de **JOSÉ FERNANDO FRADES MÉNDEZ y ALBA NUBIA FRADES MÉNDEZ.**

**20°** Observados los hechos generadores de responsabilidad; la omisión en el cumplimiento del deber por parte de las demandadas; la calidad de los demandantes (parientes próximos y legítimos); los daños y perjuicios reclamados, se concluye la responsabilidad de la ADMINISTRACIÓN y desde luego la relación de causa a efecto.

#### **CAPITULO IV. FUNDAMENTOS JURIDICOS**

Artículos 1º “Caracteres del Estado Colombiano”, 2º “Fines esenciales del Estado”, 5º “Primacía, Derechos de la persona. Familia, institución básica de la sociedad”, 6º “Responsabilidad de particulares y Servidores Públicos”, 11º “Derecho a la Vida”, 13º “Derecho a la igualdad”, 22 “Derecho a la paz”, 42 “Familia”, 43 “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades”, 90 –Responsabilidad Patrimonial del Estado-, 217 – Estructura, finalidad y régimen interno de las fuerzas militares- y 365 – Prestación de Servicios Públicos- de la Constitución Política de Colombia ; arts. 86, 131, 265, 1613 al 1617 y 2341 del C.C. ; arts. 4º. Y 8º. de la Ley 153 de 1887; Ley 446 de 1998; Código de Procedimiento

Civil en sus artículos 174 “necesidad de la prueba”, 177 “carga de la prueba”, 178 “rechazo in limine”, 179 “Prueba de oficio”, 180 “decreto de práctica de la prueba de oficio”, 181 “Juez que debe practicar las pruebas”, 183 “Oportunidades probatorias”, 184 “Oportunidad adicional para la práctica de pruebas a instancia de la parte y preclusión”, 185 “Prueba trasladada”, 187 “apreciación de las pruebas”; Decreto 85 de 1989; Ley 836 de 2003. Decreto Ley 1437 de 2011 ó Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, arts. 104 numeral 1º **“De la jurisdicción contencioso Administrativa”**; art. 140 **“Reparación Directa”**; art. 152 numeral 6º **“Competencia de los Tribunales Administrativos”**; art. 155 numeral 6º **“Competencia de los Jueces Administrativos”**, art. 161 **“Requisitos previos para demandar”**, art. 162 numeral **“Contenido de la demanda”**, art. 163 **“Individualización de las pretensiones”**, art. 164 numeral **“Oportunidad para presentar la demanda”**, art. 188 numeral **“Condena en Costas”**, art. 192 **“Cumplimiento de la sentencia”**, art. 195 **“Trámite para el pago de condenas o conciliaciones”**, art. 196 **“Notificación de Providencias”** y ss., Resolución No. 00911 del 01 de abril de 2009, por medio de la cual se aprueba el manual de patrullaje urbano, Resolución No. 00912 del 01 de abril de 2009, “Por la cual se aprueba el Reglamento del Servicio de Policía”, Resolución No. 2067 del 08 de julio de 2009, por medio de la cual se adoptan los procedimientos del proceso de primer nivel, convivencia y seguridad ciudadana y sus despliegues para la Policía Nacional; Resolución No. 01113 del 27 de mayo de 2044 manual del servicio policial, Directiva Permanente No. 022 DIPON-OGESI del 16 de noviembre de 2044, que

establece las normas de coordinación operacional para Fuerzas Militares y Policía Nacional.

El art. 250 Constitucional, contempla las funciones de la Fiscalía General de la Nación, encontrándose obligada a *“...realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”* e igualmente en ejercicio de sus funciones **deberá:** *“6. Solicitar ante el Juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito”* *“7. Velar por la protección de las víctimas, ...”* *“8. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumple la policía nacional y los demás organismos que señale la ley”*; y, en todo caso, la Fiscalía **podrá actuar en forma preferente.**

El Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), dispone en relación con este tema:

a. En el artículo 114, que la Fiscalía tiene las siguientes atribuciones *“1. Investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito”* *“5. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente ejerce su cuerpo técnico de investigación, la policía nacional y los demás organismos que señalen la ley”* *“6. Velar por la protección de las víctimas, testigos y peritos que la fiscalía pretenda presentar”* *“12. Solicitar ante el*

*juez del conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, ...”.*

b. El art. 117 determina que los organismos que cumplan funciones de Policía Judicial actuarán bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía General de la Nación, acatando las órdenes de los Fiscales en cada caso concreto, a efectos de la investigación y el juzgamiento, constituyendo causal de mala conducta la omisión del cumplimiento de las instrucciones.

c. En el art. 132 se encuentra definido, todo lo que constituye **el término víctimas**, encontrándose comprometida la Fiscalía General de la Nación a adoptar todas las medidas necesarias para su atención, *“La garantía de su seguridad personal y familiar”* (Art. 133).

d. El art. 134 dispone que las víctimas en garantía de su seguridad, el Fiscal de control de garantías le podrá solicitar al Juez las medidas indispensables para su seguridad y protección.

e. El art. 200, modificado por la Ley 142 de 2007, en su art. 49 dispuso que corresponde a la Fiscalía General de la Nación realizar la indagación e investigación de los hechos que revistan características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, querella, petición especial o por cualquier otro medio idóneo.

f. El art. 205 dispone que *“Los servidores públicos que, en ejercicio de sus funciones de policía judicial, reciban denuncias, querellas o informes de otra clase, de los cuales se infiera la posible comisión de un delito, realizarán de inmediato todos los actos urgentes...”*.

POR SU PARTE LA RESOLUCIÓN 0-5101 DE 2008 REGLAMENTÓ EL PROGRAMA DE PROTECCIÓN Y ASISTENCIA A TESTIGOS, VÍCTIMAS E INTERVINIENTES EN EL PROCESO PENAL, del cual se destaca:

*“Artículo 3°. Principios. Toda actuación en materia de protección y asistencia, que se adelante en el marco del presente reglamento se regirá por los siguientes principios:*

*2. Igualdad. Ninguna persona podrá ser discriminada por razones de sexo, raza, religión, origen nacional o familiar, lengua, opinión política o filosófica.*

*“...*

*4. Celeridad. Los procedimientos de protección y asistencia se realizarán en el menor lapso posible y sin dilaciones injustificadas.*

*“...*

*7) Eficacia. La realización del objeto de la presente resolución demandará la ejecución de los procedimientos idóneos y la utilización racional de los recursos por parte del Programa de Protección de la Fiscalía General de la Nación.”*

Del Art. 4, se retienen, **CIERTAS DEFINICIONES:**

*“...*

*“4. **Amenaza.** Para los efectos del Programa de Protección de la Fiscalía, es amenaza la manifiesta intención de alguien de atentar contra la vida o la integridad de una persona o de sus parientes, en razón del conocimiento directo o indirecto de esta respecto de las circunstancias de tiempo, modo o lugar en que se desarrolló una conducta tipificada en la ley penal como punible, y que sea objeto de conocimiento por la Fiscalía General de la Nación.*

*El Programa de Protección debe evaluar los siguientes elementos objetivos y subjetivos, con el fin de determinar si existe un riesgo extraordinario o extremo frente a los derechos fundamentales del peticionario y si hay lugar o no a la protección especial.*

*a) **Realidad de la amenaza:** Que haya sido comunicada o manifestada al destinatario y que se pueda convalidar objetivamente.*

*b) **La individualidad de la amenaza:** Que haya sido dirigida contra un sujeto o un grupo determinado o determinable de personas, pudiéndose establecer que el peligro que corren es excepcional en relación con el riesgo general que debe soportar la población o el grupo o sector al cual pertenecen. Las amenazas, indeterminadas deben ser asumidas por la población como parte de la convivencia en sociedad, en razón al principio de solidaridad.*

*c) **La situación específica del amenazado:** El Programa de Protección determinará, de acuerdo con los elementos de juicio existentes, si debido a las circunstancias específicas del solicitante, este se encuentra expuesto a una situación de mayor vulnerabilidad, en relación con el resto de la población.*

*d) **El escenario en que se presentan las amenazas:** Características que aumentan la probabilidad de cumplimiento de amenaza, en relación con el lugar de residencia del evaluado: (I) Es una zona donde hay un alto nivel de conflicto; (II) Los ataques del potencial agresor en la zona son considerados sistemáticos; (III) Si es una zona de importancia estratégica para los grupos al margen de la ley, y (IV) Si no existe presencia suficiente de la fuerza pública para mantener el orden público.*

e) ***Inminencia del peligro:*** Que la amenaza sea individualizada y que se presente en una zona de presencia activa de los grupos ilegalmente armados, aumenta la probabilidad de su ocurrencia.

5. ***Riesgo.*** Es la probabilidad objetiva de que un peligro se materialice en daño o agresión a una persona. El riesgo es limitado a un espacio y momento determinados. El Programa reevaluará periódicamente el nivel de riesgo.

*El Programa de Protección de la Fiscalía General de la Nación vinculará a las personas sobre las que recae un riesgo extraordinario o extremo para sus vidas e integridad personal, definidos como aquellos que ameritan la intervención excepcional del Estado para preservar el derecho afectado.*

*Para efectos de la presente reglamentación, se puede considerar como Riesgo Extraordinario, aquel que amenaza la seguridad de las personas y reúne las siguientes características:*

a) ***Específico e individualizable,*** se trata de un riesgo sobre un objeto específico o determinado y no general;

b) ***Concreto,*** el riesgo deberá estar sustentado en acciones o hechos particulares y manifiestos y no en suposiciones abstractas.

c) ***Presente,*** no será remoto ni eventual.

d) ***Importante,*** que amenace con lesionar la vida o integridad del sujeto.

e) ***Serio,*** de materialización probable por las circunstancias del caso, por lo cual no puede ser improbable.

f) ***Claro y discernible,*** no de una contingencia o peligro difuso.

g) ***Excepcional,*** en la medida en que no es uno de aquellos que deba ser soportado por la generalidad de los individuos.

h) ***Desproporcionado,*** frente a los beneficios que deriva la persona de la situación por la cual se genera el riesgo.

*Riesgo extremo es el que reúne las características del nivel de riesgo extraordinario y, además, es grave e inminente.*

“...

**11. Evaluación de Amenaza y Riesgo.** *Es el estudio técnico sobre la situación de peligro y vulnerabilidad a las que se encuentra expuesta la persona natural a favor de quien se ha solicitado protección. La efectúan los investigadores asignados a la Oficina de Protección y Asistencia.*

“...

En el art. 14, se dispone que la protección podrá ser solicitada por el funcionario judicial que viene conociendo del proceso:

*“Artículo 14. Solicitud. El procedimiento de protección podrá ser solicitado por el funcionario judicial que esté conociendo el proceso, cualquier otro servidor público o directamente por el interesado”.*

“...

Los niveles de seguridad dependen del grado de peligrosidad, de la capacidad de agresión y son el resultado de la evaluación de amenaza y riesgo (Art. 21 y 22)

*“Artículo 21. El nivel de seguridad aplicable depende del grado de peligrosidad, de la capacidad de agresión y el área de influencia del potencial agresor”.*

*“Artículo 22. Niveles. Los niveles de seguridad para los protegidos, como resultado de la evaluación de amenaza y riesgo, son los siguientes:*

**1. Máximo.** *Es la especial sujeción del protegido al control absoluto del Programa, en consecuencia, sus actividades las debe realizar dentro de un espacio intramural y sujeto a los procedimientos de seguridad desarrollados en su caso particular.*

**2. Mediano.** *Es aquel en el que el protegido puede realizar actividades extramurales, pero sometido a la orientación y a*



*los sistemas de seguridad que disponga el Programa de Protección y Asistencia.*

*3. **Supervisado.** Es el nivel aplicable para los beneficiarios del cambio de domicilio, previa instrucción sobre medidas de autoprotección. El Programa de Protección continúa obligado a pagar el traslado y a disponer un esquema de seguridad para que el titular acuda a las diligencias judiciales en las que deban participar”.*

g. El Decreto 3570 de 2007, proferido por el señor Presidente de la República, determina en el art. 1 el objeto del programa de protección, entre los que se encuentra **las víctimas**, sobre todo cuando se encuentra en situación de amenaza o riesgo (Art. 2), debiéndose articular las entidades del Estado para atender su protección (Art. 3), garantizando la celeridad y teniendo en cuenta la amenaza, el riesgo y su tipificación (Art. 4)

*“**Artículo 4º. Definiciones.** Para la adopción y aplicación de las medidas y protección a que se refiere el presente decreto, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:*

***Amenaza.** Es el anuncio o indicio de acciones inminentes que puedan llegar a causar daño a la vida, integridad, libertad o seguridad de una persona o de su familia.*

***Riesgo.** Es la probabilidad objetiva de que un peligro contra un individuo o un grupo de individuos se materialice en daño o agresión que lo expone a situación de mayor vulnerabilidad, en relación con aquella a la que está sometida la generalidad de las personas. El riesgo es limitado a un espacio y momento determinados.*

***Riesgo Extraordinario.** Es aquel que atenta contra el derecho a la seguridad personal de la víctima o testigo en el marco de la Ley 975 de 2005 y que se adecua a las siguientes características:  
Que sea específico e individualizable.*

*Que sea concreto, fundado en acciones o hechos particulares y manifiestos y no en suposiciones abstractas.*

*Que sea presente, no remoto ni eventual.*

*Que sea importante, es decir, que amenace con lesionar bienes o intereses jurídicos valiosos para la víctima o testigo.*

*Que sea serio, de materialización probable por las circunstancias del caso.*

*Que sea claro y discernible.*

*Que sea excepcional en la medida en que no debe ser soportado por la generalidad de los individuos.*

*Que sea desproporcionado, frente a los beneficios que deriva la persona de la situación por la cual se genera el riesgo.*

**Riesgo Extremo.** *Es aquel que, además de ser extraordinario, es también grave, inminente y dirigido contra la vida o la integridad de la víctima o testigo.*

**Mapa de riesgo.** *Es una herramienta metodológica de identificación de los municipios afectados y priorizados para la atención preventiva de los riesgos en que se encuentra la población objeto del Programa creado por el presente decreto.*

**Estudio de nivel de riesgo y grado de amenaza.** *Es el resultado del experticio técnico de seguridad sobre la situación de riesgo o amenaza en que se encuentra una persona natural, realizado por el Grupo Técnico de Evaluación de Riesgo creado por el presente decreto.*

El art. 5 contiene los órganos que integran este programa, dentro de los que se encuentra el grupo técnico de evaluación del riesgo, en concordancia con el art. 7 y constituyendo sus funciones las que determina el art. 8.

La Honorable Corte Constitucional en sentencia T-496 de 2008, se refirió al tema de la **SEGURIDAD PERSONAL, COMO UNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL PARA EL**

**ESTADO COLOMBIANO**, incorporada a nuestro ordenamiento en los arts. 93 y 94 de la Constitución, en términos que se hace preciso citar:

“ ...

*“4.2. Así mismo el reconocimiento y protección del derecho a la seguridad personal constituyen obligaciones internacionales para el Estado colombiano, y por lo mismo, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que tal derecho se incorpora a nuestro ordenamiento en virtud de los artículos 93 y 94 de la Constitución”<sup>14</sup>.*

*“En tal sentido la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948<sup>15</sup>, establece en su artículo 3° que “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.*

*“La Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José<sup>16</sup>, establece en su artículo 7°: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales...”*

*“El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>17</sup>, dispone en su artículo 9: “1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales...”.*

*“Al determinar el alcance del derecho a la seguridad personal en el orden constitucional colombiano, a la luz de los instrumentos internacionales reseñados, la Corte señaló:*

*(i) El derecho a la seguridad personal está incorporado al ordenamiento jurídico colombiano en virtud de los artículos de la Constitución citados e interpretados a la luz de los instrumentos de derechos humanos ratificados por Colombia que crean obligaciones internacionales para el país (artículos 93 y 94 de la Constitución)”; (Negrilla fuera de texto)*

*(ii) Además de manifestarse como un derecho humano fundamental de todas las personas, el derecho a la seguridad personal adquiere especial importancia en el caso de ciertos sujetos que, dada su condición o su contexto, han recibido*

---

<sup>14</sup> *Ibídem*

<sup>15</sup> Aceptada como costumbre desde la Proclamación de Teherán del 13 de mayo de 1968.

<sup>16</sup> Incorporada al ordenamiento colombiano mediante la Ley 16 de 1972.

<sup>17</sup> Aprobado mediante Ley 74 de 1968.

*especial protección tanto por la Carta como por otras fuentes de derecho internacional vinculantes para Colombia; y*

*(iii) El contenido específico del derecho a la seguridad personal es históricamente variable, y se ha de determinar de conformidad con el contexto socio - político y jurídico en el cual se vaya a aplicar”.*

*4.3. Al pronunciarse sobre el contenido, ámbito de aplicación y límites del derecho a la seguridad personal<sup>18</sup>, la Corte definió este derecho como aquél que tienen las personas a recibir protección frente a ciertos tipos de riesgo para su vida e integridad personal. Y al caracterizar los tipos de riesgo frente a los cuales protege tal derecho a la seguridad personal a fin de diferenciar su campo de aplicación de las órbitas de otros dos derechos fundamentales con los cuales está íntimamente relacionado, como la vida y la integridad personal, la Corte concluyó:*

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

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

---

<sup>18</sup> Sentencia T-719 de 2003, fundamento jurídico 4.2.3.

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

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

*Bajo tales parámetros estableció cinco niveles de riesgo: (i) un nivel de riesgo mínimo<sup>19</sup>; (ii) un nivel de riesgo ordinario, soportado por igual por quienes viven en sociedad<sup>20</sup>; (iii) un nivel de riesgo extraordinario, que las personas no están obligadas a soportar; (iv) un nivel de riesgo extremo que amenaza la vida o la integridad personal<sup>21</sup>; y (v) un nivel de riesgo consumado<sup>22</sup>.*

*A partir de tal caracterización estimó la Corte que “el derecho fundamental a la seguridad personal opera para proteger a las personas de los riesgos que se ubican en el nivel de los riesgos extraordinarios, que el individuo no tiene el deber jurídico de soportar”. A fin de establecer si un riesgo puesto en conocimiento de las autoridades tiene una intensidad suficiente como para ser extraordinario, el funcionario competente debe analizar si confluyen en él algunos de los siguientes atributos: específico e individualizable<sup>23</sup>, concreto<sup>24</sup>, actual<sup>25</sup>,*

<sup>19</sup> Se trata de un nivel en el cual la persona sólo se ve amenazada en su existencia e integridad por factores individuales y biológicos.

<sup>20</sup> Se trata de los riesgos ordinarios, implícitos en la vida social.

<sup>21</sup> Este es el nivel de los riesgos que, por su intensidad, entran bajo la órbita de protección directa de los derechos a la vida e integridad personal.

<sup>22</sup> Este es el nivel de las violaciones a los derechos, no ya de los riesgos, a la vida e integridad personal: la muerte, la tortura, el trato cruel, inhumano o degradante, representan riesgos que ya se han concretado y materializado en la persona del afectado.

<sup>23</sup> Es decir que no debe tratarse de un riesgo genérico.

*importante<sup>54</sup>, serio<sup>55</sup>, claro y discernible<sup>56</sup>, excepcional<sup>57</sup>, desproporcionado<sup>58</sup>, además de grave e inminente.*

*En relación con el umbral que separa el derecho a la seguridad personal de otros derechos como la vida y la integridad personal a partir de la presencia e intensidad de los referidos atributos, dijo la Corte;*

*“En la medida en que varias de estas características concurren, la autoridad competente deberá determinar si se trata de un riesgo que el individuo no está obligado a tolerar, por superar el nivel de los riesgos sociales ordinarios, y en consecuencia será aplicable el derecho a la seguridad personal; entre mayor sea el número de características confluyentes, mayor deberá ser el nivel de protección dispensado por las autoridades a la seguridad personal del afectado. Pero si se verifica que están presentes todas las citadas características, se habrá franqueado el nivel de gravedad necesario para catalogar el riesgo en cuestión como extremo, con lo cual se deberá dar aplicación directa a los derechos a la vida e integridad personal, como se explica más adelante. Contrario sensu, cuandoquiera que dicho umbral no se franquee - por estar presentes sólo algunas de dichas características, mas no todas- el riesgo mantendrá su carácter extraordinario, y será aplicable –e invocable - el derecho fundamental a la seguridad personal, en tanto título jurídico para solicitar la intervención protectora de las autoridades”.*

*4.4. Con base en los mandatos constitucionales mencionados, en los instrumentos internacionales que vinculan al estado colombiano, y en el desarrollo jurisprudencial que ha tenido la protección de la seguridad de las personas en nuestro ordenamiento jurídico, la Corte ha concluido que “la seguridad personal, en el contexto colombiano, es un derecho fundamental de los individuos. Con base en él, pueden exigir, en determinadas condiciones, medidas específicas de protección de parte de las autoridades, con el objetivo de*

---

<sup>24</sup> Basado en acciones o hechos particulares y manifiestos, y no en suposiciones abstractas.

<sup>53</sup> En el sentido que no debe ser remoto o eventual.

<sup>54</sup> Que amenace con lesionar bienes o intereses jurídicos valiosos para el sujeto, por lo que no puede tratarse de un riesgo menor.

<sup>55</sup> De materialización probable por las circunstancias del caso, por lo cual no puede ser improbable.

<sup>56</sup> No debe tratarse de una contingencia o peligro difuso.

<sup>57</sup> No se trata de un riesgo que deba ser soportado por la generalidad de los individuos.

<sup>58</sup> Teniendo como parámetro de comparación los beneficios que deriva la persona de la situación por la cual se genera el riesgo.

*prevenir la materialización de cierto tipo de riesgos extraordinarios contra su vida o integridad personal, que no tienen el deber jurídico de soportar, y que las autoridades pueden conjurar o mitigar”<sup>59</sup>.*

“...

También estableció la citada sentencia que el DERECHO A LA SEGURIDAD PERSONAL, genera obligaciones constitucionales para las autoridades:

“...

*“8.1. Principios orientadores de una estrategia de protección de las mujeres víctima y testigos de grave criminalidad.*

*8.1.1. La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el derecho fundamental a la seguridad personal genera, entre otras, las siguientes obligaciones constitucionales para las autoridades, frente a quien se ve potencialmente afectado por un riesgo extraordinario:*

*“1. La obligación de identificar el riesgo extraordinario que se cierne sobre una persona, una familia o un grupo de personas, así como la de advertir oportuna y claramente sobre su existencia, a los afectados. Por eso, no siempre es necesario que la protección sea solicitada por el interesado.*

*2. La obligación de valorar, con base en un estudio cuidadoso de cada situación individual, la existencia, las características (especificidad, carácter individualizable, concreción, etc.) y el origen o fuente del riesgo que se ha identificado.*

*3. La obligación de definir oportunamente las medidas y medios de protección específicos, adecuados y suficientes para evitar que el riesgo extraordinario identificado se materialice.*

*4. La obligación de asignar tales medios y adoptar dichas medidas, también de manera oportuna y en forma ajustada a*

---

<sup>59</sup> Ibídem.

*las circunstancias de cada caso, en forma tal que la protección sea eficaz.*

*5. La obligación de evaluar periódicamente la evolución del riesgo extraordinario, y de tomar las decisiones correspondientes para responder a dicha evolución.*

*6. La obligación de dar una respuesta efectiva ante signos de concreción o realización del riesgo extraordinario, y de adoptar acciones específicas para mitigarlo o paliar sus efectos.*

*7. La prohibición de que la Administración adopte decisiones que creen un riesgo extraordinario para las personas en razón de sus circunstancias, con el consecuente deber de amparo a los afectados”<sup>60</sup>.*

Para culminar todo lo relativo a acreditar **LAS GRAVÍSIMAS OMISIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, en sentencia del 23 de abril de 2009, rad: 76001-23-31-000-1996-02664-01 (16.923) Actor: Josefa Hurtado de Téllez y otros. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez, en un caso similar se dijo en relación con **LA RESPONSABILIDAD DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, AL NO ADOPTAR MEDIDAS DE PROTECCIÓN, FRENTE A QUIEN HABÍA EXPRESADO AMENAZA POR SU VIDA E INTEGRIDAD PERSONAL**, lo siguiente:

“...

*“En consideración del asunto que ocupa la atención de la Sala, resulta pertinente hacer mención a los señalamientos que se han efectuado en punto a la determinación de la responsabilidad estatal por los daños que, siendo inferidos por un tercero, se atribuyen a la falta de protección de la víctima”.*

*Así, en sentencia del 3 de febrero de 2000, dijo la Sala<sup>61[10]</sup>:*

<sup>60</sup> Corte Constitucional sentencia T-719 de 2003.

<sup>61[10]</sup> Expediente No. 14.787. Magistrado Ponente Dr. Alier E. Hernández Enríquez.



*“El mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º. inc. 2º., de que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades..., “ debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc, para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera.”<sup>62[11]</sup>*

*Es que las obligaciones que son de cargo del Estado-y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión-, han de mirarse en concreto, frente al caso particular que se juzga, tomando en cuenta las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo.*

*Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de dichos medios, surgirá su obligación resarcitoria; si el daño ocurre, pese a su diligencia, no podrá quedar comprometida su responsabilidad.” (Se subraya)*

*De igual manera, en sentencia del 18 de marzo de 2004<sup>63[12]</sup>, se hicieron las siguientes precisiones:*

*“Para que surja para la entidad pública la obligación de reparar un daño resulta necesario que la lesión pueda serle imputada jurídicamente. Para valorar este punto es indispensable acudir tanto al desenvolvimiento físico de los hechos como al deber ser o conducta exigida normativamente a la Administración, de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso y los instrumentos al alcance de la Administración.*

<sup>62[11]</sup> Cita original de la sentencia citada: “Sentencia del 8 de abril de 1998, expediente No. 11837.”

<sup>63[12]</sup> Expediente No. 13.318. Magistrado Ponente Dra. María Elena Giraldo Gómez.

*La doctrina y la jurisprudencia, con base en la ley, expresan que tratándose de hechos ocasionados por terceros para que surja el deber de indemnización a cargo de la Administración, se requiere demostrar que el daño, por cuya indemnización se reclama, sea imputable al Estado (...).*

*Esta Sección se ha pronunciado sobre el tema y ha señalado, entre otras, en sentencia de 10 de agosto de 2000 que para determinar si el [Estado] es responsable del daño ocasionado por terceros es preciso determinar las circunstancias en que tuvieron lugar los hechos y el alcance de las obligaciones del Estado:*

*“...es necesario el estudio de las circunstancias en que ocurren los hechos, en cada caso concreto, para establecer si el Estado es responsable del daño sufrido por los demandantes. Adicionalmente, es claro que para la Sala que reflexiones similares a las expuestas en tales providencias, con base en los regímenes antes referidos, permiten obtener, con fundamento en el artículo [90](#) de la Constitución Política vigente, conclusiones parecidas, en la medida en que antes, como ahora, el punto central de la discusión se sitúa en uno de los elementos fundamentales de la responsabilidad, la imputabilidad del daño. En efecto, con base en el análisis de los casos antes citados, se concluye que el Estado sólo fue condenado en aquéllos en que no se pudo establecer la existencia del hecho de un tercero, como causal de exoneración de responsabilidad, dado que el mismo no resultaba ajeno a la acción u omisión del Estado. Y para ello, la Sala debió precisar, en cada caso, cuál era el alcance de su deber de vigilancia y protección. Es ésta la razón por la cual se acudió, en algunos eventos, al concepto de relatividad de la falla del servicio, que más precisamente alude a la relatividad de las obligaciones del Estado y, por lo tanto, permite determinar, en cada situación particular, si el daño causado resulta o no imputable a la acción u omisión de sus agentes. En otros eventos, como se vió, la imputabilidad surge de la creación de un riesgo, que es considerado excepcional, en la medida en que supone la puesta en peligro de un grupo particular de ciudadanos, como consecuencia del desarrollo de una actividad dirigida a proteger a la comunidad en general. No se trata aquí, entonces, de la existencia de una acción u omisión reprochable de la administración, sino de la producción de un daño que, si bien es causado por un tercero, surge por la realización de un riesgo excepcional, creado*

*conscientemente por ésta, en cumplimiento de sus funciones. Y es la excepcionalidad del riesgo lo que hace evidente la ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas y posibilita el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado”* (64[13])

*Entonces cuando la imputación se refiere, como en este caso, a la actuación falente o irregular de la Administración por su actuar omisivo, al no utilizar los medios que tenía a su alcance, con conocimiento previo (previsible) para repeler, evitar o atenuar el hecho dañoso del tercero, se hace necesario analizar si para la Administración era previsible que se desencadenara el acto de desbordamiento de fuerzas ajenas al Estado Colombiano.”*

*De igual manera, en sentencia del 30 de noviembre de 2006*<sup>65[14]</sup>, *consideró la Sala que:*

*“En casos como éste, en los que se discute la responsabilidad del Estado, por la muerte de una persona, es necesario acreditar que ésta se debió a una falla imputable a la Administración, por acción u omisión de sus agentes, como por ejemplo cuando alguien siente amenazada su integridad personal y pide protección a las autoridades públicas, y éstas la omiten sin ninguna justificación. De llegar a materializarse el hecho, esto es, si la persona muere o sufre lesiones como consecuencia de un atentado, surge llana y claramente la responsabilidad del Estado, a título de falla en el servicio, por omisión.”* (Se resalta)

*Y en sentencia del 3 de octubre de 2007*<sup>66[15]</sup>, *se sostuvo lo siguiente:*

*“No obstante que la muerte del señor Chacón fue obra de un tercero, pues como se anotó, no obra prueba de que en dicho crimen hubieran participado miembros de la Fuerza Pública, la responsabilidad de aquella recae directamente en el Estado Colombiano, como quiera que a pesar de tener conocimiento de que los militantes del Partido Comunista se encontraban amenazados de muerte, entre ellos la víctima, luego de las denuncias formuladas por los dirigentes de ese partido político, éste omitió negligentemente adelantar las respectivas*

<sup>64[13]</sup> Cita original de la sentencia citada: “Expediente 11.585. Actor: Noemí Revelo de Otálvaro y otros.”

<sup>65[14]</sup> Expediente No. 16.626. Magistrado Ponente Dr. Alier E. Hernández Enríquez

<sup>66[15]</sup> Expediente No. 15.985

*investigaciones del caso; si bien el Ministerio de la Defensa aseguró haberlas ordenado, no hay prueba que así lo indique. Tampoco está acreditado que se hubieran tomado medidas para proteger la vida de las personas amenazadas de muerte...” (Se resalta)*

*Se hace necesario entonces evaluar si a la FISCALIA GENERAL DE LA NACION le era exigible la protección de la vida del señor LUIS JAIRO TELLO HURTADO y si tal circunstancia tuvo una incidencia causal determinante en el hecho fatal de su muerte, para cuyo efecto habrá de verificarse la normatividad vigente para la época en que tuvieron ocurrencia los hechos, así como la situación fáctica del caso a partir de las pruebas que obran en el expediente:*

*El artículo [250](#) de la Constitución Política, vigente antes de la reforma introducida por el [Acto Legislativo 2 de 2003](#), disponía que en ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:*

*4º. “Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso”.*

*En esta materia, el [Decreto 2699 del 30 de noviembre de 1991](#)<sup>67[16]</sup>, dispuso:*

**ARTICULO 23.** *La Oficina de Protección y Asistencia será responsable de asesorar al Fiscal General en definir políticas de protección y asistencia social para funcionarios de la Fiscalía, víctimas testigos e intervinientes en el proceso. Una vez aprobadas, implementar normas y coordinar con los organismos de seguridad social y otras instituciones pertinentes.*

*Para cumplir con estas funciones será responsable de:*

*1. Recolectar y estudiar la veracidad, el posible origen y la gravedad de las amenazas contra víctimas, testigos, funcionarios de la Fiscalía e intervinientes en el proceso.*

*2. Tomar las medidas necesarias para que los organismos de seguridad del Estado brinden la protección y seguridad en aquellos casos en que se requiera.*

---

<sup>67[16]</sup> Diario Oficial No. 41.190 de 30 de noviembre de 1991

(...)”

A su turno, el Código de Procedimiento Penal vigente para la época-[Decreto 2700 de 1991](#)<sup>68[17]</sup>-, disponía lo siguiente:

**ARTÍCULO 11. PROTECCIÓN DE VÍCTIMAS Y TESTIGOS.** La Fiscalía General de la Nación dentro de la actuación penal proveerá la protección y asistencia a las víctimas, testigos y demás intervinientes en el proceso que lo requieran, para garantizar el restablecimiento del derecho y la cooperación judicial plena y libre.

**ARTÍCULO 120. ATRIBUCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.** Corresponde a la Fiscalía General de la Nación:

6. Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso.

**ARTÍCULO 130. MEDIDAS DE PROTECCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS.** El fiscal general de la nación, directamente, o a través de sus delegados puede tomar las medidas necesarias para prevenir la intimidación de víctimas, testigos y demás intervinientes en el proceso, y proveerles protección y asistencia.”

Posteriormente se estableció el programa de protección a testigos, víctimas e intervinientes en el proceso penal, de conformidad con lo dispuesto por la [Ley 104 del 30 de diciembre de 1993](#)<sup>69[18]</sup>, en los siguientes términos:

**“Artículo 63.** Créase con cargo al Estado y bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía General de la Nación, el "Programa de Protección a Testigos, Víctimas, Intervinientes en el Proceso, y Funcionarios de la Fiscalía", mediante el cual se les otorgará protección integral y asistencia social, lo mismo que a sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad, primero de afinidad, primero civil y al cónyuge y a la compañera o compañero permanente, **cuando se encuentren en riesgo de sufrir agresión o que sus vidas corran peligro por causa o con ocasión de la intervención en un proceso penal.**

<sup>68[17]</sup> Diario Oficial No. 40.190 de 30 de noviembre de 1991

<sup>69[18]</sup> Diario Oficial No. 41.158 de 30 de diciembre de 1993

**Artículo 66.** El Juez o el Fiscal que adelantan la actuación o el propio interesado en forma directa, podrán solicitar a la Oficina de Protección de Víctimas y Testigos la vinculación de una persona determinada al programa.

*La petición será tramitada conforme al procedimiento que establezca dicha oficina, mediante resolución que expida el Fiscal General, a quien compete decidir sobre el fondo de la solicitud.”*

*El funcionamiento de dicho programa fue reglamentado por la Fiscalía General de la Nación mediante la Resolución No. 2700 del 22 de noviembre de 1996<sup>70[19]</sup><sup>71[20]</sup>, derogada a su vez por la Resolución No. 5101 del 15 de agosto de 2008<sup>72[21]</sup>, precisamente en atención al mandato contenido en el numeral 4º del artículo 250 de la Constitución Política y a lo dispuesto en el artículo 11 del [Decreto 2700 de 1991](#), el cual, según lo dicho en la parte considerativa de la citada Resolución “señala como norma rectora proveer la protección de las víctimas ... de acuerdo con las disposiciones legales que establecen el Programa de Protección y Asistencia.”*

*Visto lo anterior se concluye que para la época de los hechos la Fiscalía General de la Nación tenía atribuido, constitucional y legalmente, el deber de velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en los procesos penales, deber que se concretaba en la obligación de evaluar las condiciones de la amenaza a efectos de solicitar a los organismos de seguridad del Estado, en caso de ser necesario, la protección del afectado, así como su inclusión en el Programa de Protección a cargo de dicha entidad, el cual está destinado precisamente para quienes, con ocasión del proceso penal, tengan el riesgo de sufrir algún atentado contra su vida o integridad personal.*

“...

<sup>70[19]</sup> Diario Oficial No. 42.932 de diciembre 4 de 1996

<sup>71[20]</sup> Dicha Resolución en el artículo 2º señalaba que el fundamento de la protección era “la verificación de los nexos entre participación procesal, amenaza y riesgo; en el artículo 3º se definía *víctima* como “el sujeto pasivo del delito” y como *riesgo* “la amenaza o peligro que se cierne contra la vida o integridad del testigo, la víctima, o el interviniente, originada por su participación en el proceso penal.”

<sup>72[21]</sup> Diario Oficial No. 47.089 de 22 de agosto de 2008

Declaración Universal de los Derechos Humanos: arts. 1, 2, 4, 5, 8, 10, 17, 11, 13, 16, 23, 26; Convención Americana de Derechos Humanos arts. 1 (obligación de respetar los derechos), 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), 4 (Derecho a la vida), 5 (Derecho a la integridad personal), 8 (Garantías judiciales), 10 (Derecho a indemnización), 17 (Protección a la familia), 24 (Igualdad ante la Ley); Ley 16 de 1.972 por medio de la cual se aprueba la Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” firmado en San José de Costa Rica el 26 de noviembre de 1969; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos arts. 2, 7, 9, 12, 17, 23, 24, 26 (Ley 74 de 1.968); Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” arts. 1 (Obligación de adoptar medidas), 2 (Obligación de adoptar disposiciones de derecho interno), 4 (No admisión de restricciones) y 15 (Derecho a la constitución y protección de la familia), (Ley 319 de septiembre de 1.996).

En el artículo 1º de la Carta Política se maneja el concepto del Estado Social de Derecho con un profundo respeto por la dignidad humana y la solidaridad de las personas con una prevalencia del interés general, sobre el particular, norma que debe concordarse con el artículo 2º en su inciso 2º al determinar que “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”. Y precisamente en la sentencia C-587 de

Noviembre 12 de 1992 con ponencia del Magistrado Ciro Angarita se dijo: “Si mientras la Constitución protege el derecho a la vida, el legislador no hace punible el delito de homicidio y el Juez no cumple eficazmente con su función judicial, un homicidio impune es, no solamente la vulneración de un derecho fundamental por parte de un particular, sino, en última instancia, un hecho cuya responsabilidad compromete directamente al Estado”.

A lo anterior se agrega que el artículo 6º de la misma Carta estatuye que los servidores públicos no sólo son responsables por la infracción de la Constitución y la ley, sino por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Y el artículo 90 estableció por primera vez la responsabilidad patrimonial por los daños antijurídicos que le sean imputables bien sea por acción o por omisión de las autoridades públicas.

También reza nuestra Carta Política de 1991, que las autoridades de la República, se encuentran instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes, y para asegurar concretamente el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, norma que debe estar en plena concordancia con el principio de **SOLIDARIDAD**, al consagrar nuestro país como un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la



dignidad humana, en el trabajo y en la **Solidaridad de las personas que la integran.**

Igualmente se reconoce no sólo la primacía de los derechos inalienables de la persona humana, sino que **ampara a la familia** como una “Institución Básica de la Sociedad”; anotando además que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, estando garantizada su protección por el Estado, proscribiendo cualquier forma de violencia, por cuanto se considera destructiva de su armonía y de su unidad, siendo sancionada conforme a la ley.

**DE LOS PRINCIPIOS Y FUNDAMENTOS DEL SERVICIO POLICIVO,** acudimos en primer lugar a los de orden filosófico (art. 14), los cuales se encuentran primariamente en la Constitución Nacional (art. 218) al entender que el orden público que protege la Policía Nacional es el que resulta entre otras de la PREVENCIÓN, excluyendo la violencia en las relaciones humanas y obrando “... al margen de la intimidación...” (art. 14).

Este servicio público, está orientado a “... *mantener y garantizar el orden público interno de la Nación, el libre ejercicio de las libertades públicas y la convivencia pacífica de todos los habitantes del territorio nacional*” (art. 17). Es esta la razón por la cual se le define en el art. 34 del Decreto 1355 de 1970 como esencialmente público, obligatorio, monopolizado, primario, directo, permanente, inmediato e indeclinable.

Por lo anterior, recuerda este manual en el art. 20 que el CÓDIGO DE ÉTICA POLICIAL ordena a los miembros de esta Institución como obligación fundamental la de “... servir a la sociedad; proteger vida y bienes; ... emplear la paz contra la violencia o el desorden...”, debiendo llevar el funcionario una vida irreprochable que sirva de ejemplo, mostrando valor y calma frente al peligro, practicando la moderación y **teniendo como norma constante el bienestar de los demás**. El Policía debe ser un ejemplo en el cumplimiento de las leyes y **reglamentos de la Institución**, no actuando ilegalmente ni permitiendo que los sentimientos, prejuicios o animosidades que puedan influir en sus decisiones. Debe por consiguiente, ser inflexible, pero justo con los delincuentes “... sin emplear violencia o fuerza innecesaria”.

LOS VALORES POLICIALES SON HONESTIDAD, RESPETO, VOCACIÓN DEL SERVICIO, LEALTAD, TOLERANCIA Y RESPONSABILIDAD (arts. 21 y ss.), de los que se desprende que el policía debe actuar con rectitud, sinceridad, transparencia y legalidad (art. 21), reconociendo la dignidad de la persona (art. 22), actuando conforme a derecho (art. 23), protegiendo la vida (art. 24), defendiendo principios y valores institucionales (art. 25), teniendo habilidad para solucionar conflictos, para comprobar las equivocaciones de otro (art. 26) y haciendo buen uso de la libertad para elegir un proceder conveniente de acuerdo a las exigencias del servicio (art. 27).

En cuanto al servicio de vigilancia tenemos que el policía debe desarrollar “... *espíritu de observación, sagacidad e iniciativa en el inicio de sus tareas de vigilancia*” (art. 32), debiendo tratar con respeto y cultura a todas las personas con quienes tenga que intervenir (art. 40), desplegando iniciativas que procuren la prevención del delito (art. 41), empleando un criterio profesional, interpretativo de la norma legal, omitiendo hacer uso de rigores innecesarios (art. 43).

En cuanto a la DISCIPLINA debe recordarse que ésta implica “...*la observancia de las disposiciones constitucionales, legales, reglamentarias y órdenes que consagran el deber policial*” (art. 22).

Además, se tiene como una falta gravísima (art. 37), violar los derechos fundamentales (num. 2); realizar conducta tipificada como delito a título de dolo (num. 3).

Por su parte el art. 54 de la “Resolución No. 9960 o Reglamento de Vigilancia Urbana”, dispone en cuanto al PLANEAMIENTO que “*Los comandantes de las unidades policiales planearán y distribuirán los servicios, **teniendo en cuenta los análisis y conclusiones del Comité de Vigilancia. Los planes de policía serán objeto de elaboración y revisión permanente, de acuerdo con las tendencias delincuenciales y contravencionales en su respectiva jurisdicción.** La elaboración y ejecución de los planes para el control de las modalidades delictivas y contravencionales, requieren atención y especial cuidado, con el fin de determinar en ellos criterios e instrucciones de procedimiento, para que el personal uniformado tenga unidad de pensamiento y acción poniendo en práctica las políticas institucionales. Con lo anterior se evita que las unidades policiales actúen improvisadamente, incurriendo muchas veces en*

*acciones que causan desprestigio de la Institución, proyectando en la opinión pública la sensación de ineficiencia y falta de profesionalismo”.*

Se hace referencia a las anteriores normas, por cuanto la Disciplina es la condición esencial de las fuerzas Militares y de la Policía, consistente en mandar y obedecer dentro de las atribuciones del superior y las obligaciones del subalterno, por tanto se deben cumplir los propios deberes y apoyar a los demás en el cumplimiento de los suyos (Art. 7 Decreto 85 de 1989).

Constituye falta el desconocimiento a las órdenes y reglamentos del servicio, además porque afectan la obediencia, demuestran negligencia o descuido.

En nuestro caso, la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** tuvo conocimiento, de las gravísimas amenazas que se cernían en contra de los hermanos **FRADES MÉNDEZ**, por cuanto **JOSÉ FERNANDO** dio noticia mediante denuncia o queja que formulara, acreditando la prueba documental correspondiente y de la cual se dispuso traslado o conocimiento a la **POLICÍA NACIONAL**, quien tenía igualmente el deber de evaluar y definir las políticas a seguir.

Ambos entes públicos –**FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** y **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL**-, adoptaron la **POSICIÓN DE GARANTES**, por cuanto tuvieron conocimiento que la vida de un ciudadano corría peligro, con

antecedentes tan graves y delicados como las amenazas escritas, que ponían de presente el ajusticiamiento de cuatro miembros de la misma familia, luego se trataba de un hecho con **NOTORIEDAD PÚBLICA** en el municipio de Guacarí (Valle del Cauca), que ni siquiera necesitaba requerimiento escrito para actuar.

Sin embargo, el señor **JOSÉ FERNANDO FRADES MÉNDEZ** (Q.E.P.D.), cumplió con el deber de poner en conocimiento de las autoridades, lo que ellos mismos conocían, en consideración al ajusticiamiento sistemático de un grupo familiar, que implicaba el desconocimiento del **DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO**.

En efecto, debieron actuar los Comandantes de turno de la **POLICÍA** de Guacarí (Valle del Cauca), pero no lo hicieron, como tampoco lo hizo, quien recibiera la orden expresa de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, perpetrándose el homicidio y desde luego el de una hermana en el mismo día de los hechos.

El Juez Administrativo, no tiene como única función sancionar económicamente por los daños antijurídicos ocasionados a los administrados; tiene además, una labor de pedagogía que lleve a los entes públicos a no repetir actuaciones que pongan en peligro la vida y la integridad de los residentes en nuestro país. Se dice lo anterior, por cuanto las aquejadas víctimas, tal como consta ya documentalmente, han tenido que insistir en la solicitud de protección,

en consideración a que los hijos de **JOSÉ FERNANDO FRADES**, ya han sido víctimas de nuevas amenazas.

**Falla por omisión, responsabilidad Estatal por el hecho cometido por un tercero. Posición de Garante.**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que los Estados que adquieren obligaciones en el marco del Derecho Internacional, deben indemnizar y reparar a las víctimas cuando se produce una violación de los derechos humanos<sup>45</sup>, que en este caso se traduce en una **OMISIÓN** que permitió que terceros infringieran las normas internacionales.

El artículo 63.1 de la Convención Americana ha dispuesto que al producirse un hecho internacionalmente ilícito imputable a un Estado, surge la responsabilidad internacional de éste, con el deber consecuente de reparar y hacer cesar las consecuencias de la violación.

La reparación debe ser **INTEGRAL**, es decir, procurando la plena restitución y determinando medidas para garantizar los derechos conculcados, de tal manera que se compensen los daños procurando evitar su repetición.

Se procura entonces, a través de la reparación, hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, **sin que ello**

---

<sup>45</sup> Caso Acosta Calderón, párrafo 145; Caso Yatama, párrafo 230 y Caso Fermín Ramírez, párrafo 122.

implique ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima y sus sucesores y en todo caso, guardando relación con la violación<sup>4</sup>.

Luego de la expedición de la Constitución de 1991, la efectividad de los tratados y pactos de derechos humanos fue reconocida con fundamento en el art. 93 y aunque el Código Contencioso Administrativo consagra el medio de control de reparación directa, para obtener la reparación por las faltas del servicio, en realidad se ha dado un paso mas adelante, manejándose temas como este, dentro de la órbita de la violación a los derechos humanos, tal como fue señalado por la CIDH en el caso Valle Jaramillo, párrafo 76 y ss., **AL DISPONER QUE HAY RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR ACTOS VIOLATORIOS DE DERECHOS HUMANOS COMETIDOS POR TERCEROS Y PARTICULARES**, cuando **EL ESTADO HA INCUMPLIDO CIERTO TIPO DE OBLIGACIONES ORIENTADAS A GARANTIZAR EL RESPETO DE ESOS DERECHOS**, pues el Estado tiene “...la obligación positiva... de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones interindividuales” Por tanto, la atribución de responsabilidad por actos particulares, puede darse cuando “el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes” el cumplimiento de los deberes de protección; es decir, surge la posición de garantes conforme a las obligaciones contenidas en los arts. 1.1. y 2 de la Convención.

---

Se dice lo anterior, por cuanto el ajusticiamiento sistemático de este grupo familiar, y en especial la de **JOSÉ FERNANDO FRADES MÉNDEZ**, fue cometido por un **TERCERO**, gracias a la **GRAVÍSIMA OMISIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y DE LA POLICÍA NACIONAL** en adoptar verdaderas medidas de seguridad y de protección para quien las había requerido, con fundamento en antecedentes bien delicados, como era la ejecución de otros miembros de la familia y que hacían previsible, lo que finalmente ocurrió.

Los Estados partes de la Convención, entre ellos Colombia, se encuentran en la obligación de **ADOPTAR MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN**, cuando son **conocedores de un riesgo**. Aunque las obligaciones estatales no tienen un carácter erga omnes, como lo señaló la CIDH en la sentencia citada en el párrafo 78, pero en nuestro caso sí surge, por cuanto el Estado conocía **LA SITUACIÓN DE RIESGO**, latente para quienes resultaron finalmente ajusticiados, surgiendo **LA POSICIÓN DE GARANTE**<sup>46</sup>.

La Corte Europea de Derechos Humanos, ha señalado que los Estados tienen la obligación “...*de tomar medidas preventivas operativas para proteger a un individuo o grupo de individuos, cuya vida esté en riesgo...*”, pero para “*que surja esa obligación positiva, debe ser establecido que al momento de los hechos las autoridades sabían, o debían haber sabido, de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo identificado...*”. (Negrillas son nuestras)

---

<sup>46</sup> Corte IDH, caso Gutiérrez Soler contra Colombia, sentencia del 12 de septiembre de 2005.



Al recordar que en el municipio de Guacarí (Valle del Cauca), existía un grupo de limpieza social que amenazaba **PÚBLICAMENTE, MEDIANTE PANFLETOS A TODA LA FAMILIA FRADES Y ESPECÍFICAMENTE A LOS QUE AÚN SOBREVIVÍAN**, ello constituía razón suficiente para que **SE ACENTUARAN ESPECIALMENTE LOS DEBERES DE PROTECCIÓN ESTATAL**.

Por mandato del art. 93 de la Carta Política, los Pactos y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos, prevalecen en el orden interno y su desconocimiento compromete la responsabilidad por violación de los mismos. La CIDH ha dicho que por actos u omisiones de las autoridades públicas, se genera un ilícito internacional, sin que se requiera determinar *“la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención, u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones”*<sup>47</sup>.

La jurisprudencia de nuestra colegiatura mayor se ha pronunciado en repetidas oportunidades en relación con este

---

<sup>47</sup> Corte IDH, caso 19 comerciantes, sentencia del 5 de julio de 2004; caso Maritza Urrutia, sentencia del 27 de noviembre de 2003; caso de los niños de la calle, sentencia del 19 de noviembre de 1999; caso Juan Humberto Sánchez, sentencia del 28 de noviembre de 2002; caso de la masacre de Mapiripan, sentencia del 15 de septiembre de 2005.

tema de la **FALLA POR OMISIÓN** y ahora con la **POSICIÓN DE GARANTE**.

En sentencia del 23 de agosto de 1993<sup>48</sup>, se dijo *“Se compromete la responsabilidad de la administración, en este caso de la fuerza pública, cuando uno de sus agentes tiene la obligación constitucional y legal de intervenir a fin de evitar que se perpetre la comisión de un delito y no lo hace, por el solo hecho de portar un uniforme distintivo de la fuerza pública esté o no de servicio, ... hace sentir seguridad al ciudadano”*.

En 1998<sup>49</sup>, se dijo que al conocer la fuerza pública los sucesos iniciales, se encontraba obligada a prestar custodia o protección a las personas involucradas.

En sentencia del 28 de abril del 2010<sup>50</sup>, se concluyó la responsabilidad, derivada de la obligación de seguridad de la fuerza pública en relación con los particulares al conocer una situación de peligro que se cernía sobre ellos, surgiendo igualmente la **POSICIÓN DE GARANTE**.

*Acerca del contenido y alcance de la obligación de seguridad y protección de la fuerza pública respecto de los particulares, la Sala puntualizó:*

---

<sup>48</sup> Consejo de Estado Sección Tercera expediente 6482 actor: María Offir López mesa. Consejero Ponente Dr. Juan de Dios López Hernández.

<sup>49</sup> Sentencia del 23 de julio de 1998 expediente 11990, actor Flor maría Restrepo León, Consejero Ponente Dr. Daniel Suárez Hernández.

<sup>50</sup> Rad: 470012331000199403808-01 (18.072) Actor: Gustavo Hernán Gómez. Ponente. Dra. Miriam Guerrero Escobar

*“A pesar de las constantes amenazas contra las vidas y los bienes de los demandantes, las autoridades militares y de policía que conocían de la situación peligro por la que atravesaban, y ante quienes con insistencia habían acudido en demanda de protección, guardaron silencio y no asumieron conducta alguna tendiente a brindar la protección pedida, con los medios disponibles para ello. Sin justificación alguna omitieron dar respuesta, de cualquier naturaleza que fuese, a las peticiones que días antes de la toma guerrillera les hicieran los demandantes. Surge clara, pues, en este caso, la omisión del Estado en brindar protección a los bienes de los demandantes, la cual fue determinante en la producción del daño antijurídico que se reclama. Los demandantes presentaron varias solicitudes concretas de protección a las autoridades, las cuales fueron desatendidas, sin tener en cuenta que existían circunstancias especiales ( como la muerte del administrador de la finca y las constantes denuncias que por boleteo, presentaron los actores, etc.), que hacían necesaria una protección inmediata a sus vidas y a sus bienes por parte de las autoridades competentes, teniendo en cuenta para ello, como se dijo anteriormente, los medios con que contaba el Estado para realizar dicha tarea, habida cuenta que las vidas y los bienes de un grupo de personas, se encontraban expuestas a una situación de inminente peligro, el cual se concretó, con la muerte de tres personas y la destrucción de las viviendas, los muebles y el hurto de semovientes y otros bienes, propiedad de los actores.”<sup>51</sup>*

*“(…)*

*"El (sic) relación con el deber de seguridad que corresponde prestar al Estado, cabe señalar que el mismo está contenido en el inciso segundo del artículo 2 de la Constitución que establece que "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 6 ibídem establece que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. De acuerdo con el mandato constitucional, la razón de ser de las autoridades públicas es la defender a todos los residentes en*

---

<sup>51</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de febrero de 2000, exp. 14787.

*el país y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. De tal manera que, omitir el cumplimiento de esas funciones no sólo genera responsabilidad personal del funcionario sino además responsabilidad institucional, que de ser continua, pone en tela de juicio su legitimación. Por lo tanto, el Estado debe utilizar todos los medios de que dispone para lograr que el respeto a la vida y demás derechos de las personas por parte de las autoridades públicas y particulares sea una realidad y no conformarse con realizar una simple defensa formal de los mismos.”<sup>52</sup>(Negrillas adicionales). ”*

*“En ese orden de ideas, en el caso concreto falla el deber de protección y seguridad ínsito en este tipo de situaciones, pues para la entidad demandada el daño producido no le resultó inesperado y sorpresivo, pues conocía las amenazas que recaían sobre el señor Gustavo Hernán Gómez y el riesgo que éstas comportaban para su vida e integridad; es precisamente allí, en ese conocimiento actualizado en donde se recalca la posición de garante asumida por el Estado, así como la vulneración y desconocimiento de la suficiente y necesaria protección que debió suministrársele a la víctima”.*

En octubre de 1998<sup>53</sup>, se dijo que la fuerza pública debía actuar en casos de **notoriedad pública** y ante el inminente peligro que corra un ciudadano, que hace necesaria la intervención del organismo armado.

Al conocerse el riesgo, la fuerza pública debe actuar, por cuanto nace para el Estado una “*Exigencia mayor de diligencia en la obligación especial de protección de seguridad...*”, razón para que también surja la **solidaridad por el hecho del tercero**. Así lo precisó la Sala de lo Contencioso Administrativo<sup>54</sup>:

<sup>52</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 de marzo de 2008. Exp.14443.

<sup>53</sup> Expediente 10747 actor: Carlos E. Michelle Consejero Ponente. Dr. Ricardo Hoyos Duque

<sup>54</sup> Consejo De Estado. Sección tercera. Sentencia de 11 de diciembre de 2002. Exp.: 05001-23-24-000-1993-0288-01. Actor: Ana Lucia Reinoso Castañeda. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez.

*“Habiéndose probado que los hermanos Reynosa Castañeda informaron a los guardianes de las amenazas que pesaban contra sus vidas (previsibilidad), nació para el Estado una exigencia mayor de diligencia en la obligación especial de protección de seguridad; más, sin embargo, cuando la cárcel del distrito judicial dio cumplimiento a la solicitud de traslado hecha por la Fiscalía 35 de Fresno y al día siguiente se dispuso el traslado de los hermanos Reynosa fueron transportados en un bus de servicio público de la empresa Arauca, pese a la existencia de dos vehículos en el centro carcelario para la remisión de presos y la prohibición administrativa, contenido en la Resolución de 9 de agosto de 1991 y proferida por el Comando Superior de la Guardia Nacional Penitenciaria, sobre las remisiones de internos en vehículos de servicios públicos y particulares, por ser situaciones constitutivas de inobservancia al plan permanente de seguridad carcelaria.” (Negrilla fuera de texto)*

*“Es indudable entonces que la falla administrativa es por omisión en sus deberes de seguridad en la vigilancia, acrecidos por la situación conocida de amenaza frente a la vida de los reclusos Reynosa Castañeda que debió poder el demandado en especial alerta (previsibilidad), y en la forma de transportación en la remisión de reclusos. Esas conductas son imputables jurídicamente solo a la dependencia administrativa del Ministerio de Justicia y no del D.A.S, pues como se vio no hay prueba que determine como lo afirmó la demanda que el hecho de muerte causado a los hermanos Reynosa Castañeda fue ocasionado por agentes de dichos departamento administrativo de la Nación.” (Negrilla fuera de texto)*

*“Se desconocieron con esas conductas por omisión no solo las normas legales y administrativas antes indicadas sino también el artículo 2 de la Constitución Política.”*

*“En relación con los hechos que participan en la producción de un daño es importante diferenciar, como lo explicado la Sala (sic), las imputaciones  fácticas y jurídicas  entendidas las primeras como las indicaciones históricas referidas a los hechos en los cuales el demandante edifica sus pretensiones, o el simple señalamiento de las causas materiales, en criterio de quien imputa, que guardan inmediatez con el hecho y que, se consideran contribuyeron desde el punto de vista físico a la*

*concreción del daño. En tanto que las segundas imputaciones, las jurídicas, aluden a la fuente normativa de deberes y de obligaciones (constitucionales, legales, administrativas, convencionales o contractuales) en las cuales se plasma el derecho de reclamación.”*

*“En materia del nexo causal que participan de una condición especial, como lo indican las pruebas consistente en que la muerte de Wilson y William desde el punto de vista de la causalidad meramente física no fue un acto proveniente del Estado y tampoco se cumplió con la partición material de este, por tanto se trata inicialmente del hecho de un tercero. No obstante, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado, el análisis que debe hacerse para determinar la obligación de la Administración de reparar o compensar un daño causado a un particular, según el caso, no puede quedarse en el simple terreno de la fenomenología física, ya que existe otras causas no necesariamente materiales, las cuales se relacionan con el incumplimiento, por acción o por omisión, o extralimitación de las autoridades públicas a su carga obligacional y que pueden constituirse en un momento determinado en causas eficientes en la producción de un daño; estas causas son las denominadas “causas jurídicas””*

*“Particularmente en este proceso se está en presencia de tal situación (causalidad jurídica), porque aunque desde el punto de vista material o físico la muerte de los hermanos Reynosa Castañeda solo puede ser imputada a un tercero no identificada, quien les dio muerte al examinar la carga obligacional legal que pesaba en la Nación (Ministerio de Justicia), expuesta ampliamente en el capítulo de falla, se encuentra que su conducta omisiva fue determinante y eficiente en la producción del hecho y que, por lo tanto, existe un claro nexo de causalidad entre las omisiones estatales ya concluidas antes y los daños ocasionados a la parte actora. Como lo ha indicado la Sala en anteriores oportunidades de no haberse omitido por el Estado el deber u obligación que le era exigible y previsible se habría interrumpido, con su acción, el proceso causal<sup>55</sup>.”*

---

<sup>55</sup> Sentencias proferidas por la Sección Tercera: \*) el 23 de agosto de 2001. Rad. 12975. Actor: Campo Elías Zúñiga Rivera y otros. Demandado: Nación. \*) del 21 de febrero de 2002. Exp. 12789. Actor: Argemiro de Jesús Giraldo y otros. \*) el 2 de mayo de 2002. Rad. 68001-23-15-000-1995-3251-01. Actor: Seguros la Andina S.A. Demandado: Nación.

*“Al respecto es pertinente recordar en primer término que la autoridad administrativa enjuiciada era conocedora de las amenazas que pesaban contra los hermanos Reynosa Castañeda y en segundo termino que pese al conocimiento de tal situación el demandado en desarrollo de su competencia de brindar seguridad y adoptar medidas dirigidas a prevenir omitió sus deberes de diligente vigilancia sobre la vida de esos hermanos y además creó un riesgo para ellos al transportarlos en un bus de servicio público cuando tal forma de transportación estaba prohibida, omitiendo así una instrucción administrativa que buscaba implementar el plan permanente de seguridad carcelaria. Por tanto como la ley indica, en el artículo 2344 del C.C. que,*

*““Si un delito o culpa a sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvas las excepciones de los artículos 2350 y 2355.”*

*“Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce acción solidaria del precedente inciso”.*”

*“No cabe duda que las conductas de omisión de la Nación (Ministerio de Justicia) fueron causas determinantes y eficientes en la producción de los daños ocasionados a los demandantes para responder el cuestionamiento que hizo la Nación (Ministerio de Justicia), en el memorial de contestación de la demanda, sobre que en realidad el hecho lo causó un tercero no identificado, no sobra advertir que aunque las obligaciones de seguridad carcelaria por lo general son de resultado y por tanto su responsabilidad es objetiva, que en el caso concreto las imputaciones se hicieron bajo el título de falla, causadas en el conocimiento previo de amenazas contra los hermanos Reynosa (previsibilidad) y las omisiones en la transportación de los mismos en bus de servicio público, creando un riesgo no permitido, hechos que son relevantes en la caución del daño.”*

*“Por otra parte y si bien puede considerarse que en este caso participaron en la producción del daño dañoso, tanto la conducta del tercero quien lo provocó materialmente, como la conducta de omisión del Estado quien no adoptó las medidas previsibles que de haberlas adoptado la imputabilidad del daño ya no caería en el, tratándose del concurso de conductas distintas a las de las víctimas, se genera una obligación solidaria y, por lo tanto, el dañado puede*

exigir la obligación de indemnización a cualquiera de las personas que participaron en su producción del daño, como ya se indicó (art. 2344 y 1568 código civil).” (Subrayado fuera de texto)

*“Por consiguiente, cuando la conducta del tercero no es única y por tanto no es exclusiva sino coparticipada o cooperada en forma eficiente y adecuada con la de otra (s) persona (s), el afectado puede pedir la declaratoria de responsabilidad a cualquiera de los los (sic) deudores solidarios (art. 1571 ibidem). Por lo tanto la actuación de intercelero cooperada con otra persona no es constitutiva de exonerante de responsabilidad, pues para que constituyera exonerante se requeriría que además de que fuera exclusiva rompiera el nexo de causalidad, entre la conducta demostrada contra el demandado y el daño causado a los demandantes”*

En relación con la responsabilidad del Estado por el **HECHO DEL TERCERO** en sentencia<sup>56</sup>, que se cita, se afirmó la responsabilidad del Estado, derivada de la *“Posición de garante institucional”*, por cuanto en ciertas circunstancias el Estado permite que el acto se realice sin adoptar medidas de prevención, haciendo a un lado su capacidad de actuar ante la amenaza, incumpléndose *“De modo omisivo puro el deber de poner fin o impedir hechos o actos ajenos a su actuación que pueden provocar situaciones que como el desplazamiento forzado afecta los derechos de las personas”*.

Es que el **HECHO DEL TERCERO** concurre con la falta de la administración, por la obligación de seguridad y por la **PREVISIBILIDAD DEL HECHO**.

---

<sup>56</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. del 18 de enero de 2012. Actor: María Consuelo Duran Gómez. Rad: 680012315000199511029-01 (21196) Magistrado Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



Una vez conocido el peligro o la amenaza, la administración tiene la obligación de actuar, **SURGIENDO LA POSICIÓN DE GARANTE** e igualmente, el deber de desplegar conductas dinámicas, para que luego no se argumente en la contestación de la demanda que la Policía Nacional lleva a cabo simplemente rondas de vigilancia, cuando en realidad lo que se requería era un verdadero esquema de seguridad, olvidándose, que se trata de una obligación jurídica superior en cabeza de la administración<sup>57</sup>. Veamos:

*2.4. De otro lado, del contrato del conjunto de testimonios recibidos en el proceso se puede inferir, de manera convergente y congruente, que el señor Herrera García sí reclamó de las autoridades públicas, por el grave peligro que corría su vida, dadas las constantes amenazas que venía recibiendo.*

*2.5. En ese contexto, es claro que la administración pública incumplió el deber de protección y cuidado que se generó una vez el señor Herrera García comunicó el peligro que corría como resultado de las múltiples intimidaciones que se presentaban en su contra, principalmente, vía telefónica, motivo por el cual, se puede señalar que aquella asumió posición de garante<sup>58</sup> frente a la integridad del ciudadano.*

<sup>57</sup> Consejo de estado, sección tercera. Sentencia del 4 de diciembre de 2007. Rad.: 16894. Exp.: 5042222331000069201. Actor: cruz elena garcía de herrera. Consejero ponente: dr. Enrique gil botero.

<sup>58</sup> 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 análogas: si la conducta activa es ajena al servicio, también deberá serlo el comportamiento omisivo. **Un miembro de la fuerza pública puede ser**

*Acerca del contenido y alcance del concepto de posición de garante, recientemente esta Sección puntualizó:*

*“ 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 ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho<sup>59</sup>.*

*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 desconocida.”<sup>60</sup>*

---

**garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgo 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 aun 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.

<sup>59</sup> “La posición de garante trata de dar una explicación y respuesta teórica y coherente a la cuestión de cuáles son las condiciones que deben darse para que el no impedir la entrada de un resultado sea equiparable a la causación positiva del mismo. Según la opinión de aquí será defendida, sólo se puede alcanzar una solución correcta si su búsqueda se encamina directamente en la sociedad, pero ésta entendida como un sistema constituido por normas, y no si la problemática toma como base conceptos enigmáticos basados en el naturalismo de otrora, pues la teoría de la posición de garante, como aquí entendida, busca solucionar solamente un problema normativo-social, que tiene su fundamento en el concepto de deber jurídico.” Cf. PERDOMO Torres, Jorge Fernando “La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión”, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2001, Pág. 17 a 20. Ver igualmente: LÓPEZ Díaz Claudia “Introducción a la Imputación Objetiva”, Ed. Universidad Externado de Colombia; JAKOBS, Gunther “Derecho Penal – Parte General”, Ed. Marcial Pons; ROXIN, Claus “Derecho Penal – Parte General “Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito”, Ed. Civitas.

<sup>60</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de octubre de 2007, exp. 15567.

*“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 rodeaban 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, 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”. Dentro de esa lógica fatalista e inexorable, la institución de la Policía estaría llamada a desaparecer. No se pueden hacer apriorísticamente aseveraciones absolutas por parte del juzgador, dejando de lado el examen del caso concreto sometido a su estudio”. (Subrayas fuera del texto)*

*“En efecto, el realizar rondas de vigilancia en la dirección donde se localizaba el domicilio del inspector del trabajo, no puede entenderse, desde el punto de vista lógico o formal, como el cumplimiento cabal e íntegro de la obligación de protección, en tanto la misma supone una conducta dinámica de la autoridad, concretamente de la fuerza pública, en relación con la verificación de la existencia de las amenazas, su periodicidad, como su seriedad, etc., para establecer así cuál era el esquema de seguridad que se ameritaba y, en todo caso desplegar una conducta íntegra en todo el sentido y significado tendiente a salvaguardar los derechos amenazados”.* (Subrayas fuera del texto)

*“La relatividad de la falta, en estos eventos, se relaciona con la imposibilidad de exigir de manera absoluta a la organización estatal, prevenir cualquier tipo de daño o resultado antijurídico, como quiera que el Estado no se encuentra en capacidad de brindar una protección personalizada a cada individuo que integra el conglomerado social. No obstante lo anterior, el deber de protección de la vida, honra y bienes que*

*se radica en cabeza del Estado, se torna más exigente en tratándose de personas frente a las cuales es posible o probable que se concrete o materialice un riesgo de naturaleza prohibida. 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 precaver el delito sino también a responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que, pudiéndose evitar, se concreten por omisión en el cumplimiento del deber legal contenido los artículos 2 y 218 de la Carta Política. (Subrayas fuera del texto)*

*No se trata frente a los deberes y obligaciones de las autoridades, y para el caso, de los que correspondían concretamente a la Policía Nacional, de calificarlos como lo hace la entidad en las alegaciones ante esta instancia (fls. 276 y 277 cdno. Ppal. 2ª instancia) de obligaciones de medios. La perspectiva es diferente, es lo que en la doctrina constitucional contemporánea se denominan obligaciones jurídicas superiores y que: “son aquellas que acompañan a la propia concepción del sistema jurídico político, constituyendo la expresión de sus postulados máximos, hasta tal punto que el propio ordenamiento equipara su revisión a la de todo el texto constitucional”<sup>61</sup>. En efecto, la relación del Estado frente al ciudadano implica, no sólo necesariamente la existencia de poderes y deberes”, que en el derecho anglosajón se denominan “obligaciones funcionales del Estado”, y que son verdaderas obligaciones jurídicas cuyo cumplimiento acarrea algún tipo de consecuencia o sanción. No podría ser de otra manera, para el caso objeto de juzgamiento, como quiera que el deber del Estado se traducía en su poder, y en la necesidad de proteger los derechos del ciudadano, en este caso, a la vida, aún sin que hubiera mediado solicitud por parte del señor Luis Alonso Herrera, cosa que además no es cierta como se ha visto, toda vez que de habersele prestado, o al menos de haberse desplegado las medidas tendientes a una efectiva y cabal protección del derecho a la vida, se realizaba así el fin plausible del ordenamiento. Esa es la razón que justifica la existencia de las autoridades, el proteger los bienes jurídicos de los asociados en los términos que los consagra el ordenamiento jurídico en su integridad, por ello la doctrina, con especial *sindéresis*, ha puntualizado que:*

---

<sup>61</sup> DE ASIS Roig, Rafael “Derechos y Obligaciones en la Constitución”, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, Pág. 453.

*““El deber u obligación de un buen gobierno en su aspecto general no es otra cosa que la resolución de las necesidades y pretensiones individuales, políticas, económicas, sociales y culturales, así como el establecimiento de las obligaciones propias de los individuos a él sometidos, teniendo como punto de apoyo el constituido por el respeto, en la libertad y la igualdad, la dignidad humana como expresión de la comunicación intersubjetiva. **Este deber no es sólo de protección sino también de promoción**<sup>62</sup>” (destaca la Sala)<sup>63</sup>.”*

Cuando se conoce el peligro y no se actúa, se compromete la responsabilidad, por la presencia de un **RIESGO INMINENTE Y COGNOSCIBLE**, persistiendo la **POSICIÓN DE GARANTE**, dados los deberes positivos y negativos<sup>64</sup>

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

[...]

*“No se trata de endilgar una obligación de imposible cumplimiento al Estado, en los términos de la relatividad de la falla del servicio, sino que, **en el caso concreto, se infiere que la administración pública tenía conocimiento de la situación y no adoptó las medidas necesarias para proteger la vida del ciudadano**”.*

[...]

---

<sup>62</sup> Vid. Gregorio Peces – Barba “Los deberes fundamentales”, Doxa, No. 4, Alicante, Pág. 338.

<sup>63</sup> De ASIS Roig, Rafael, Ob. Cit, Pág. 276.

<sup>64</sup> Consejo de Estado Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de julio de 2011. Rad: 54001233100019950911001. Actor: Bertha Sarmiento Viuda de Martínez. Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

*“La relatividad de la falla, en estos eventos, se relaciona con la imposibilidad de exigir de manera absoluta a la organización estatal, prevenir cualquier tipo de daño o resultado antijurídico, como quiera que el Estado no se encuentra en capacidad de brindar una protección personalizada a cada individuo que integra el conglomerado social. No obstante lo anterior, el deber de protección de la vida, honra y bienes que se radica en cabeza del Estado, se torna más exigente en tratándose de personas frente a las cuales es posible o probable que se concrete o materialice un riesgo de naturaleza prohibida.”<sup>65</sup> (Resaltado propio).*

*En el mismo sentido, la Sala ha afirmado:*

*“Así las cosas, para la entidad demandada el daño producido no le resultó inesperado y sorpresivo, ya que, se insiste, conocía las circunstancias de violencia generalizada que azotaban a la población del municipio de San Alberto, y el riesgo que circundaba a los servidores públicos que estaban trabajando para la supresión de la barbarie que imperaba en ese momento en la mencionada entidad territorial; es precisamente allí, en ese conocimiento actualizado en donde se recalca la posición de garante asumida por el Estado, así como la vulneración y desconocimiento de la suficiente y necesaria protección que debió serle suministrada a quienes, desde uno u otro ámbito hacían frente a los grupos protervos”<sup>66</sup>.*

---

<sup>65</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2007, C.P.: Dr. Enrique Gil Botero. Radicado: 05001-23-24-000-1993-00692-01(16894).

Igualmente es preciso resaltar la sentencia de 22 de julio de 1996, exp: 11934, en cuya oportunidad la Sala precisó:

*“...la víctima envió numerosos oficios a las distintas autoridades gubernamentales, de seguridad y militares, para informar de la constante alteración del orden público en su jurisdicción y de las amenazas contra su vida y su familia.*

*(...)*

Por el contrario, ninguna acción positiva tomaron las autoridades requeridas por el aludido funcionario. Las amenazas contra su vida, ocasionadas precisamente por el cumplimiento de sus obligaciones públicas, no fueron suficientes frente a la indolencia de la administración. El Inspector de Policía continuó seriamente amenazado pero cumpliendo con sus obligaciones, hasta que en ejercicio de las mismas resultó asesinado, sin contar en ningún momento con la custodia, apoyo o vigilancia que las circunstancias específicas exigían y que en numerosas oportunidades suplicara.

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

<sup>66</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de febrero de 2010, C.P.: Dr. Enrique Gil Botero, Radicado: 20001-23-31-000-1997-03529-01(18274)

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

*“En el caso concreto, el daño irrogado a los demandantes es imputable a la omisión de la Policía Nacional, toda vez que había adquirido posición de garante en relación con la protección de la vida e integridad del señor ..., como quiera que está demostrado que no tomó las medidas de seguridad necesarias para brindar un servicio de protección eficiente y permanente a quien era un destacado político, comerciante y ganadero del municipio de Fundación Magdalena”.<sup>67</sup>*

*Sobre la necesidad de que concurra un “riesgo inminente y cognoscible” en concreto para imputar el incumplimiento de*

*los deberes que emanan de la posición de garante a cargo de las autoridades públicas, la Sala ha afirmado:*

*“La Sala abordará el estudio del caso desde la tesis de la posición de garante, partiendo de la base de la existencia, en abstracto, del deber jurídico del Estado y de sus órganos de proveer, precaver y prevenir la amenaza y vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos con ocasión de la acción de terceros, en este evento, de la acción de grupos armados al margen de la ley.... **Para encuadrar al supuesto mencionado, es necesario que se haya demostrado en el caso concreto la existencia de los hechos, de los “riesgos inminentes y cognoscibles” y de la omisión del Estado de adoptar todas las medidas razonables para haber precavido y prevenido la ocurrencia de las amenazas y/o vulneraciones de los derechos fundamentales, o de los derechos humanos de los demandantes,...**”<sup>68</sup> (Resaltado propio).*

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

---

<sup>67</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de abril de 2010, C.P: Dra. Myriam Guerrero de Escobar. Radicado: 47001-23-31-000-1994-03808-01(18072)

<sup>68</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 de febrero de 2011, Radicado: 50001-23-31-000-2001-00171-01(31093).

*criterios normativos de atribución, se pueda afirmar que no evitar el resultado lesivo equivale a la realización del mismo.*

*En efecto, la imputación de responsabilidad del Estado por violar los deberes que surjan a partir de la posición de garante no pueden ser valorados a partir de escenarios abstractos o genéricos. Si bien se ha precisado que el Estado se encuentra vinculado jurídicamente a la protección y satisfacción de los derechos humanos y/o fundamentales, es menester precisar que, de acuerdo a una formulación amplia de la posición de garante, se requiere, adicionalmente i) que quien es obligado no impida el resultado lesivo, siempre que ii) esté en posibilidad de hacerlo. En ese orden de ideas, es admisible la postura según la cual un sistema de responsabilidad objetiva puede traer para el presunto responsable la obligación de adoptar medidas de prevención en razón a la carga social que asume al desarrollar sus actividades, esto implica exigir un despliegue de medidas de cuidado más allá de la diligencia debida, como tradicionalmente ha sido concebida.*

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

*“La protección activa del derecho a la vida y de los demás derechos consagrados en la Convención Americana, se enmarca en el deber estatal de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado, y requiere que éste adopte las medidas necesarias para castigar la privación de la vida y otras violaciones a los derechos humanos, así como para prevenir que se vulnere alguno de estos derechos por parte de sus propias fuerzas de seguridad o de terceros que actúen con su aquiescencia.”<sup>69</sup>*

*“El cumplimiento del artículo 4 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1 de la misma, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente*

---

<sup>69</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso 19 Comerciantes*, (...), párr. 183; y *Caso Bulacio*, (...), párr. 111.



*(obligación negativa), sino que además requiere que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), bajo su deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción.*

*[...]*

*“Esta protección integral [o activa] del derecho a la vida por parte del Estado no sólo involucra a sus legisladores, sino a toda institución estatal, y a quienes deben resguardar la seguridad, sean éstas sus fuerzas de policía o sus fuerzas armadas.”<sup>70</sup>*

*Al mismo tiempo, de acuerdo a la jurisprudencia Interamericana, los Estados no son responsables por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implican una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía<sup>71</sup>, sobre este tópico la jurisprudencia interamericana ha precisado:*

*“Por otro lado, para la Corte es claro que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, el carácter erga omnes de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica*

<sup>70</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Huilca Tecse*, (...), párr. 66.

<sup>71</sup> *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrafo 280; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párrafo 123; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párrafo 155; y *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192, párrafo 78.

*una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía.”<sup>72</sup> (Resaltado propio).*

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

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

*“Se trata de un derecho a una acción positiva fáctica cuando se considera el derecho del propietario de una escuela privada a recibir subvenciones estatales<sup>73</sup>, cuando se fundamenta la existencia de un derecho a un mínimo vital<sup>74</sup> o se considere una <<pretensión individual del ciudadano a la creación de plazas de estudio>><sup>75</sup>. Que la satisfacción de este tipo de derechos se lleve a cabo de una forma, que en ciertos aspectos (sic) es jurídica, no altera en nada el carácter del derecho como un derecho a una acción fáctica.”<sup>76</sup>*

<sup>72</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006.

<sup>73</sup> BVerwGE 27, 360 (362 ss.).

<sup>74</sup> G.Dürig en Maunz/ Dürig, Grundgesetz, Artículo 1, observación al margen 43 s,

<sup>75</sup> BVerwGE 33,303 (333).

<sup>76</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008. [Traducción de Carlos Bernal Pulido], 2º Edición, pág. 171.

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

*“Para la satisfacción del derecho es indiferente la forma como ella se lleve a cabo. Lo decisivo es únicamente que después de la ejecución de la acción, el propietario de la escuela privada disponga de medios suficientes; que el necesitado disponga de las condiciones mínimas de existencia y que le que desea estudiar disponga de una plaza de estudios. La irrelevancia que la forma jurídica de la ejecución de la acción tiene para la satisfacción del derecho<sup>77</sup> es el criterio para delimitar de los derechos a acciones positivas fácticas y a acciones positivas normativas”.<sup>78</sup>*

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

*Lo anterior es explicable por cuanto que la responsabilidad de la administración, a no dudarlo, se erige contemporáneamente como pieza fundamental de cierre de la cláusula del Estado Social de Derecho, a partir de la cual la situación de la víctima deviene en primordial, máxime en un Estado garante de los derechos fundamentales, lo que lleva a imponer, como se esbozó, que en estricto sentido, la cláusula de responsabilidad*

<sup>77</sup> De la indiferencia para el satisfacción del derecho no se infiere la indiferencia para el satisfacción de otras normas.

<sup>78</sup> ALEXY, Robert. *Ibidem*. Pág. 171. Y continúa precisando: “Quien habla de <<derechos prestacionales>> se refiere, por lo general, a acciones positivas fácticas. Este tipo de derechos que están referidos a prestaciones que, en principio, también podría llevar a cabo un sujeto particular, serán llamados <<derechos a prestaciones en sentido estricto>>.” Pág. 172.

*encuentra su límite frente a las cargas generales o comunes de la propia vida en sociedad (general life risk), cuando el actuar de la propia víctima o de un tercero generan una compensación de culpas; y, por último, circunscrito a la demostración cierta, real y personal de la afectación de un interés jurídicamente tutelado, esto es, el daño.*

El 15 de abril de 2010<sup>79</sup>, se responsabilizó a la Nación Colombiana, debido a la **FALLA POR OMISIÓN**, derivada de haber recibido noticia **DE CIERTAS AMENAZAS EN CONTRA DE UN CIUDADANO, POR GRUPOS DE LIMPIEZA SOCIAL**, habiéndose concluido que en éstas circunstancias, la Policía Nacional tenía la obligación de actuar.

*“En suma, está demostrado que dos meses antes de que se perpetrara dicho homicidio, la víctima puso en conocimiento de las autoridades POLICIALES las amenazas que pesaban en su contra. A lo cual se agrega que no está acreditado que la Policía Nacional adelantara gestiones para averiguar la seriedad de la denuncia, el origen de la misma, el nivel de riesgo. La entidad demandada no demostró que la investigación tuviera un sustento real y tampoco aparece probado que hubiera brindado protección alguna al señor JOSE ELIECER MARTINEZ OSPINA”.*

*“Independientemente de que los autores del delito fueran o no integrantes de una banda de limpieza social, no hay duda que la autoridad policía, omitió sus deberes de conducta, olvidó que el Estado es el principal garante de los derechos humanos, y por esa razón debe establecer mecanismos de protección específicos a los ciudadanos inertes frente al poder armado de otros particulares, o de organizaciones delictivas, pues es a él a quien le corresponde ejercer conductas positivas dirigidas a que se respete y garantice la libertad y la vida de los ciudadanos, y otros derechos del mismo linaje. El Estado deberá promover las condiciones para garantizar la protección*

---

<sup>79</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 15 de abril de 2010. Actor: Ena Teresa Ruíz de Martínez Rad. 97-06651-00. Consejera Ponente: Dra. Miriam Guerrero de Escobar.

*de todas las personas, cuando así lo requieran, independientemente de su origen, raza, sexo o aún de sus condiciones de pobreza, dicho tratamiento no constituye un privilegio de ciertos sectores de la sociedad. En conclusión, en este caso se observa que la conducta asumida por la entidad estatal resultó negligente, si se tiene en cuenta que cuando los ciudadanos recurren a las autoridades estatales para que los proteja, la fuerza pública deberá desplegar todas las actuaciones dirigidas a impedir que se materialice la amenaza, o al menos a minimizar el nivel de riesgo”.*

*“Resulta excesiva la consideración del Tribunal, en cuanto sostuvo que el señor MARTINEZ OSPINA debía formalizar una solicitud de protección distinta a la denuncia presentada, para que el Estado quedará obligado a tomar las medidas de protección necesarias, pues, la sola denuncia imponía a la autoridad pública el deber de investigar la veracidad de la misma, en el entendido de que la Policía Nacional también ejerce funciones de policía judicial”.*

*“Para la época en que sucedieron los hechos se encontraba vigente el decreto extraordinario No. 2700 de 1991, el cual en lo relativo a las competencias sobre policía judicial, dispuso en su artículo 310 que dicha función era ejercida de manera permanente por la policía judicial de la Policía Nacional; el cuerpo técnico de investigación de la Fiscalía General de la Nación y todos los servidores públicos que integran las unidades fiscales, y el Departamento Administrativo de Seguridad. La misma codificación previó que los servidores públicos que ejercieran funciones de policía judicial podían ordenar y practicar pruebas sin necesidad de una providencia previa. Con la expedición de la Ley 906 de 2004, se mantuvieron las mismas competencias, así que el artículo 201 dispuso que “Ejercen permanentemente las funciones de policía judicial los servidores investidos de esa función, pertenecientes al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, a la Policía Nacional y al Departamento Administrativo de Seguridad, por intermedio de sus dependencias especializadas”.*

*“La competencia atribuida en materia de policía judicial tiene como propósito que la entidad actúe con prontitud, diligencia y eficacia, para garantizar la efectividad de los derechos de los ciudadanos. En este caso, la entidad no acreditó que hubiera cumplido con su carga policiva, en el entendido de que no*

*está probado que hubiera desplegado alguna actuación encaminada a esclarecer la veracidad de la denuncia, y menos aún hizo lo necesario para proteger la vida del señor MARTÍNEZ OSPINA, al punto que se materializó el hecho punible y en la fecha indicada fue ultimado por delincuentes desconocidos. La Policía Nacional incumplió los deberes impuestos por las normas superiores, de manera que este solo hecho conduce a inferir la responsabilidad de la administración por falla probada del servicio.”*

Existen criterios para **DETERMINAR EL RIESGO**, precisados en sentencia de la Corte Constitucional T-683 del 30 de junio de 2005 Exp. T-884432. Accionante: MIRIAM SERNA CORREA. Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO SIERRA PORTO y en el que además

*“(i) debe ser específico e individualizable, es decir, no debe tratarse de un riesgo genérico; (ii) debe ser concreto, es decir, estar basado en acciones o hechos particulares y manifiestos, y no en suposiciones abstractas; (iii) debe ser presente, esto es no remoto ni eventual; (iv) debe ser importante, es decir, que amenace con lesionar bienes o intereses jurídicos valiosos para el sujeto, por lo cual no puede tratarse de un riesgo menor; (v) debe ser un riesgo serio, de materialización probable por las circunstancias del caso, por lo cual no puede ser improbable; (vi) debe tratarse de un riesgo claro y discernible, no de una contingencia o peligro difuso; (vii) debe ser un riesgo excepcional, en la medida en que no es uno que deba ser soportado por la generalidad de los individuos; y (viii) debe ser desproporcionado, frente a los beneficios que deriva la persona de la situación por la cual se genera el riesgo.” (...)<sup>80</sup>.*

Revisado el texto anterior, se tiene que, en nuestro caso el riesgo que existía en **LOS HERMANOS FRADES MÉNDEZ** era específico e individualizable, pues provenía de un grupo

de limpieza social, era concreto porque ya se habían producido algunos hechos de violencia que habían terminado con la vida de varios de sus familiares; era presente, por cuanto recientemente le habían llegado panfletos a sus manos; era importante, porque era una amenaza contra su vida; era serio, hasta el extremo de haberse materializado; era excepcional, porque no podía predicarse que debía soportarlo el administrado, e igualmente era desproporcionado.

Lo cierto es que la autoridad, ni siquiera lo evaluó, como para que hiciera posible la aparición de medidas de seguridad, que protegieran la vida de quien finalmente resultó sacrificado.

En circunstancias como la que se anota, al recibir noticia las autoridades de la amenaza y al tener derecho a recibir protección, **LA OBLIGACIÓN ESTATAL DE PRESERVAR LA VIDA, ES DE RESULTADO PARA EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA:**

*Así, este Tribunal ha establecido que quienes se encuentran seriamente amenazados contra su vida y han puesto en conocimiento de tal situación a las autoridades estatales, tienen derecho a recibir protección, hasta el punto de que la obligación del Estado de preservar su vida se convierte en una obligación de resultados para efectos de responsabilidad administrativa”.*

“...

---

<sup>80</sup> Sentencia *ibídem*.

*“Desea destacar de nuevo esta Sala de Revisión que cuando se trata de personas expuestas a riesgos excepcionales, éstas últimas cuentan con el derecho a la seguridad personal, lo cual las faculta para recibir protección adecuada por parte de las autoridades. Además, cuando los niveles de peligro rebasan aquellos implícitos en la vida en sociedad, la obligación del Estado de garantizar la seguridad de los sujetos expuestos a riesgos excepcionales se convierte en una obligación de resultados – para efectos de responsabilidad administrativa-, no ya de medios como la que tiene en relación con la población que no se encuentra en dichas circunstancias especiales”. (Sentencia ibídem)*

Conforme a lo discurrido con anterioridad, se tiene que las amenazas no iban en contra de **JOSÉ FERNANDO**, sino de toda la familia **FRADES**, hasta el extremo de haberse materializado con la muerte de varios miembros, luego se imponía actitudes de verdadera protección.

La omisión afectó no solo a **JOSÉ FERNANDO**, sino a su hermana **ALBA NUBIA**, aniquilada pocas horas después del primero de los nombrados, cumpliéndose las amenazas de exterminio en contra del grupo familiar.

Por estas razones debe responder **SOLIDARIAMENTE** la **NACIÓN COLOMBIANA-MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA NACIONAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, pues tuvieron conocimiento oportuno de los hechos sin desplegar una conducta activa de protección.



## **CAPITULO V. PRUEBAS**

### **A). PRUEBAS DOCUMENTALES O ANEXOS.**

Ténganse como pruebas las que a continuación me permito relacionar:

- 1) Dos juegos de poderes.
- 2) Sustitución de poder.
- 3) Registro civil de **ALBA NUBIA FRADES.**
- 4) Registro civil de **ADRIANA FRADES MÉNDEZ.**
- 5) Registro civil de **JOSÉ HUGO MORA FRADES.**
- 6) Registro civil de **OSCAR MARIO MORA FRADES.**
- 7) Registro de defunción de **ALBA NUBIA FRADES MÉNDEZ.**
- 8) Copias informales de la queja por contravención de amenazas N° 0764.
- 9) Dos (02) constancias de indagación penal No. 761116000165201000223, con varios anexos de la Procuraduría General de la Nación del 21 de octubre del 2010.
- 10) Oficio No. 2651 del 08 de octubre de 2012 de la Procuraduría Provincial de Buga (Valle).
- 11) Oficio No. S-2012-017363/COMAN-DEVAL del 05 de octubre de 2012 de la Policía Departamental de Valle del Cauca.
- 12) Acta de conciliación prejudicial.
- 13) Constancia expedida por la Procuraduría 60 Judicial Administrativa de Buga (Valle) que declara fracasada la conciliación.
- 14) Cd que contiene la demanda.

**B). PRUEBAS DOCUMENTALES A PEDIR.**

- 1) Ofíciase al señor **COMANDANTE DE LA POLICÍA DEL MUNICIPIO DE GUACARÍ (VALLE DEL CAUCA)**, para que con fundamento en los libros que se llevan en esa estación y en los archivos que reposan en la entidad, se sirva remitir y/o certificar:
  - a. Remita todas las constancias que aparezcan en los libros relacionadas con el asesinato del señor **JOSÉ FERNANDO FRADES MÉNDEZ**, según hechos registrados el 14 de septiembre de 2010, en el municipio de Guacarí (Valle del Cauca).
  - b. Remita las órdenes recibidas por parte de sus superiores y de la Fiscalía General de la Nación relacionado con la evaluación del riesgo, seguridad y protección de los señores **JOSÉ FERNANDO FRADES** y **ALBA NUBIA FRADES MÉNDEZ**.
  - c. Remita todas las constancias que aparezcan relacionadas en relación con las quejas elevadas por éste grupo familiar en relación con las amenazas de que fueran víctimas.
  - d. Remita todas las constancias, oficios o certificaciones que posea en relación con la protección que se le haya brindado a éstos dos ciudadanos y a su familia.
  - e. Remita todas las constancias que aparezcan en relación con la muerte de **JORGE LUIS FRADES MÉNDEZ**, el 16 de agosto de 2009, hechos ocurridos en el municipio de Guacarí (Valle del cauca).

- f. Remita todas las constancias que aparezcan en relación con la muerte de **JOSÉ ISIDRO FRADES**, el 11 de noviembre de 2009.
- g. Remita todas las constancias que aparezcan en relación con la muerte de **CLAUDIA VIVIANA FRADES**, el 02 de enero de 2010, hechos ocurridos en el municipio de Guacarí (Valle del cauca).
- h. Remita todas las constancias que aparezcan en relación con la muerte de **JULIÁN ANDRÉS ESCOBAR**, el 04 de noviembre de 2009, hechos ocurridos en el municipio de Guacarí (Valle del cauca).
- i. Remita todas las constancias que posea en relación con las amenazas escritas de que fuera víctima la **FAMILIA FRADES MÉNDEZ**.
- j. Certifique que **PROCEDIMIENTOS DE SEGURIDAD Y PROTECCIÓN** fueron prestados a **JOSÉ FERNANDO FRADES MÉNDEZ y ALBA NUBIA FRADES MÉNDEZ**, según oficio u orden impartida por la Fiscal Tres Seccional **CARMEN ALICIA URIBE NAVIA**.
- k. Certifique que informes, se le remitieron a la Fiscal Tercera Seccional de Buga en relación con las órdenes impartidas por ella misma en relación con la protección de los **FRADES**.
- l. Remita todo lo relacionado con la evaluación del riesgo.
- m. Remita todos los documentos que den cuenta acerca de la existencia de un grupo de limpieza social, que venía aniquilando sistemáticamente a la familia **FRADES**.

- 2) Ofíciase a la **OFICINA DE ATENCIÓN AL CIUDADANO** departamento de Policía Valle, estación Buga, para que:
- a. Se sirva remitir copia íntegra y auténtica de la queja por contravención de amenazas N° 06764, formulada por **JOSÉ FERNANDO FRADES MÉNDEZ C.C. 6.319.182** de Guacarí (Valle del Cauca), con todos sus anexos.
  - b. Se sirva remitir copias íntegras y auténticas de las quejas que en igual sentido hayan formulado **JORGE LUIS FRADES MÉNDEZ, JOSÉ ISIDRO FRADES, CLAUDIA VIVIANA FRADES y JULIÁN ANDRÉS ESCOBAR.**
  - c. Certifique que trámites se le dio a la queja formulada por el señor **FRADES MÉNDEZ.**
  - d. Certifique de que manera se hizo conocer del comandante de la Policía de Buga (Valle), de la queja formulada por el señor **FRADES MÉNDEZ,** remitiendo copias de los oficios correspondientes.
  - e. Certifique de que manera se dio a conocer al señor comandante de la Policía del departamento del Valle del Cauca de ésta queja.
  - f. Certifique si se dispuso de inmediato de alguna medida de protección.
  - g. Certifique si se coordinó con algún programa de protección, la seguridad del quejoso.

- 3) Ofíciase a la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, PROCURADURÍA PROVINCIAL DE BUGA (VALLE DEL CAUCA)**, para que:
- a. Se sirva remitir copia íntegra y auténtica de la queja formulada por la señora **MÓNICA MARÍA MONTOYA RODRÍGUEZ** el 21 de octubre de 2010 y en relación con las amenazas contra su vida de que fuera víctima en compañía de su hijo **FABIÁN ANDRÉS FRADES MONTOYA**.
  - b. Remita todos los informes que en tal sentido le hayan rendido Fiscalía General de la Nación y Policía Nacional.
- 4) Ofíciase al señor **COMANDANTE DE LA POLICÍA DE GUADALAJARA DE BUGA (VALLE DEL CAUCA)**, para que con fundamento en los libros que se llevan en esas dependencias y los archivos se sirva:
- a. Remita copia íntegra y auténtica de todos los documentos relacionados con la solicitud de protección formulada por el señor **JOSÉ FERNANDO FRADES MÉNDEZ** el 29 de enero de 2010.
  - b. Remita copia de todo lo que tenga relacionado con la solicitud de protección de éste ciudadano y de su hermana **ALBA NUBIA FRADES MÉNDEZ**.
  - c. Remita todas las constancias que aparezcan en los libros relacionadas con la muerte de la señora **ALBA NUBIA FRADES MÉNDEZ**, según hechos registrados el 14 de septiembre de 2010, en las afueras del anfiteatro de Medicina Legal.

- d. Remita copia íntegra y auténtica del informe recibido por parte de la Procuraduría Provincial de Buga (Valle del Cauca), con posterioridad al 21 de octubre de 2010.
  - e. Remita copia de los informes, evaluaciones y otros documentos que tengan relación con éste hecho, remitidos por parte del Comando del Segundo Distrito de Buga (Valle del Cauca) a la Procuraduría General de la Nación.
  - f. Señale de manera categórica si se definió algún nivel de riesgo para la señora **MÓNICA MARÍA MONTOYA RODRÍGUEZ** y su hijo.
- 5) Ofíciase al señor **COMANDANTE DE LA POLICÍA DEL VALLE DEL CAUCA**, con sede en Cali (Valle), para que se sirva ordenar al señor Jefe de la Oficina de control interno:
- a. Remita toda la actuación que se halla adelantado por virtud del oficio dirigido por la Procuraduría Provincial de Buga (Valle del Cauca), con posterioridad al 21 de octubre de 2010 y en el que se preguntaba por todas las medidas de protección impartidas a **JOSÉ FERNANDO FRADES MÉNDEZ**.
  - b. De Haberse iniciado un proceso disciplinario por razón de éstos mismos hechos, remitirá copia íntegra y auténtica de la misma.
- 6) Ofíciase a la **FISCALÍA TERCERA SECCIONAL** ubicada en la calle 7 N° 14-32, de Buga (Valle del Cauca), para que:

- a. Remita copia íntegra y auténtica de todo el trámite que se le dio a la queja formulada por el señor **JOSÉ FERNANDO FRADES MÉNDEZ**, bajo el Rad: 733186000176201000260.
  - b. Remita copia íntegra y auténtica de todo el trámite que se le dio a la queja formulada por el señor **JOSÉ FERNANDO FRADES MÉNDEZ**, bajo el Rad: 761116000165201000223, radicado unificado con el que fuera asesinado ese mismo ciudadano, según hechos registrados el 14 de septiembre de 2010.
  - c. Remita copia íntegra y auténtica de todas las comunicaciones cruzadas entre ese despacho y la Policía Nacional a efectos de brindar protección a **JOSÉ FERNANDO FRADES MÉNDEZ** y a su hermana **ALBA NUBIA FRADES**.
  - d. Remita copia íntegra y auténtica de todos los informes que le haya suministrado tanto el señor Comandante de la Policía de Buga (Valle del Cauca) y del señor Comandante de la Policía de Guacarí (Valle del Cauca), y en relación con el mismo tema.
  - e. Remita copia íntegra y auténtica de todos los informes, quejas, evaluaciones, que tengan relación con este tema y cruzados con la Procuraduría Provincial de Buga (Valle del Cauca).
- 7) Ofíciase a la **FISCALÍA TERCERA SECCIONAL BUGA(VALLE)**, para que se sirva remitir copia íntegra de la carpeta del señor Fiscal, relativa a las investigaciones que por amenazas (Rad. 763186000176201000260) y homicidio, las cuales fueron

acumuladas bajo el Rad No. 761116000165201000223, que contenga la totalidad de las evidencias físicas, elementos materiales probatorios, informe ejecutivo, informe del primer respondiente, informe técnico de necropsia, inspección técnica al cadáver, estudio balístico, fijación fotográfica, entrevistas de la totalidad de los testigos, escrito de acusación, escrito de imputación, descubrimiento probatorio, archivo que contiene audiencia preparatoria y en general todo lo que tenga que ver con esta carpeta, así como todas las grabaciones fílmicas y de voz, que hacen parte de la investigación adelantada por la muerte del señor **JOSÉ FERNANDO FRADES MÉNDEZ**, ocurrida el 14 de septiembre de 2010 en el municipio de Guacarí (Valle).

PROCEDENCIA DE ESTA SOLICITUD: A efecto de acreditar la procedencia de la solicitud, se cita decisión de la Sección Cuarta del Honorable Consejo de Estado<sup>73</sup>, mediante la cual se determinó que los Fiscales no pueden negarse a expedir copias cuando lo ordenen los jueces, porque se deslegitima el acceso a la administración de justicia:

*“...Aún cuando el derecho de acceso a los documentos públicos puede ser limitado por el legislador por disposición del artículo 74 de la Constitución Política, como se hizo con relación a la defensa o seguridad nacional, el escrutinio judicial sobre la restricción que a la consulta y expedición de copias de*

---

<sup>73</sup> Rad. 7300123331000200900552-01. Del 25 de noviembre de 2010 Actor: REINALDA SILVA ROMERO. Consejero Ponente: WILLIAM GIRALDO GIRALDO.



*documentos públicos hagan las autoridades, no se agota con la simple verificación de que dicha acción se fundamenta en normas jurídicas y que éstas tengan rango de ley, sino que además debe examinarse la proporcionalidad de la restricción de cara a los derechos, principios y valores constitucionales que resulten afectados con la medida. (...) el operador jurídico no sólo debe valorar que una norma de rango legal autorice la reserva del documento, sino cuáles derechos, principios y valores constitucionales están afectados con la restricción, ya que en algunas ocasiones deberán prevalecer los derechos, valores y principios que inspiran la confidencialidad de la información, y en otros, los que se le oponen. Así las cosas, ponderados los intereses en juego, puede que la reserva de un documento prevalezca ante derechos como a la información; pero debe ceder frente a otros como los derechos a la defensa y de acceso a la administración de justicia, los cuales, prima facie, tienen mayor importancia en las sociedades democráticas modernas”.*

*“La Corte ha considerado que sólo es legítima una restricción del derecho de acceso a la información pública - o el establecimiento de una reserva legal sobre cierta información - cuando: i) la restricción está autorizada por la ley o la Constitución; ii) la norma que establece el límite es precisa y clara en sus términos, de forma tal que no ampare actuaciones arbitrarias o desproporcionadas de los servidores públicos; iii) el servidor público que decide ampararse en la reserva para no suministrar una información motiva por escrito su decisión y la funda en la norma legal o constitucional que lo autoriza; iv) la ley establece un límite temporal a la reserva; v) existen sistemas adecuados de custodia de la información; vi) existen controles administrativos y judiciales de las actuaciones o decisiones reservadas; vii) la reserva opera respecto del contenido de un documento público pero no respecto de su existencia; viii) la reserva obliga a los servidores públicos comprometidos pero no impide que los periodistas que acceden a dicha información puedan publicarla; ix) la reserva se sujeta estrictamente a los principios de razonabilidad y proporcionalidad; x) existen recursos o acciones judiciales para impugnar la decisión de mantener en reserva una determinada información”.*

*“En el caso propuesto, al revisar el oficio por medio del cual la accionada respondió la orden dada por el Juzgado 3° Administrativo de Ibagué (fl. 12), y el escrito de contestación*

*de la demanda de tutela (fl. 64), observa la Sala que la Fiscal 76 Especializada negó el suministro de las piezas procesales que le solicitó mediante una providencia judicial el Juzgado Tercero Administrativo de Ibagué, sugiriendo, apenas, que son reservadas, sin precisar el fundamento legal de la restricción y sin motivar esa negativa para permitir controvertirla. **Es decir, esa negativa es infundada e implica un desacato, sin razón valedera, de una providencia judicial en firme.***

*Por lo expuesto, se tiene que la Fiscalía General de la Nación al no cumplir lo dispuesto en el auto dictado por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Ibagué, entorpece el ejercicio del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de la accionante, plasmado en el artículo 229 constitucional toda vez que le impide al Juez administrativo conocer la totalidad de los elementos probatorios relacionados con la investigación penal que se adelanta en esa dependencia, por los mismos hechos que motivaron la demanda de reparación directa interpuesta por la señora SILVA ROMERO”.*

*“Por lo anterior, y teniendo en cuenta que no existe una disposición legal que prohíba expresamente el suministro de las evidencias documentales solicitadas a la Fiscalía General de la Nación por **la autoridad judicial**, y que no se observa que el descubrimiento de las mismas genere un “perjuicio notable para investigaciones en curso o posteriores” o “afecte la seguridad del Estado”<sup>74</sup> (restricciones al descubrimiento de pruebas), esta Sala concluye que con la negativa al cumplimiento de lo ordenado en el auto del 15 de septiembre de 2009, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Ibagué –Tolima-, la entidad accionada vulneró el derecho de acceso a la administración justicia de la señora SILVA ROMERO. En consecuencia, se revocará el fallo impugnado, y, en su lugar se ordenará a la Fiscal 76 Especializada –Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario-, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contado a partir de la notificación de la presente decisión, dé cumplimiento a lo ordenado en el Auto del 15 de septiembre de 2009, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Ibagué - Tolima-, señalándole, con precisión, ese despacho los documentos que por disposición legal tengan la calidad de reservados.*

---

<sup>74</sup> Numerales 4 y 5 del Artículo 345 de la Ley 906 de 2004.

*Asimismo, se advertirá al Juez Tercero Administrativo de Ibagué de su obligación de proteger la reserva de dichos documentos.”*

Adicionalmente, las víctimas tienen derecho a la expedición de copias, aún durante la indagación preliminar, porque tienen derecho a conocer la verdad<sup>75</sup>.

*“En el presente asunto, como se dejó visto, el interesado acusa a la autoridad accionada de vulnerar el debido proceso, al no haberle suministrado copias de las entrevistas e interrogatorios recogidos en la indagación preliminar, porque argumenta que son reservadas y no se está en la etapa de descubrimiento de pruebas, lo cual -dice- no se compadece con los precedentes constitucionales que indican que las víctimas tienen derecho a acceder al expediente desde el inicio de la investigación.*

...

*“Ahora, debe definirse si los instrumentos recogidos por la Fiscalía en la etapa de la indagación, diferente a la fase Investigativa que comprende entre la audiencia de formulación de imputación y la acusación, tienen el carácter de reservados. Ante la ocurrencia de un hecho, con connotaciones delictivas, se legitima la puesta en marcha del aparato judicial para la indagación o investigación de lo ocurrido, el juzgamiento de los presuntos autores o partícipes y la eventual ejecución de las consecuencias de una declaratoria de responsabilidad penal. En el sistema penal acusatorio, la finalidad de la indagación y de la investigación no es exclusivamente la formulación de una acusación, sino esencialmente, la recopilación de evidencias y elementos materiales probatorios que permitan confirmar o descartar la ocurrencia de un delito y sus posibles responsables, es decir, no impone la obligación de acusar en todos los casos, porque es perfectamente posible que sobre la marcha de la indagación o investigación, aclarar de manera convincente las circunstancias que en su momento legitimaron la actividad de la Fiscalía, pero dado que en principio existieron razones que permitían suponer un reato, puede ocurrir que sobrevenga una decisión de archivo de las diligencias o preclusión de la investigación, la cual debe estar en manos del juez quien ejercerá un*

---

<sup>75</sup> Consejo de Estado. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de marzo de 2011. Exp. No. T-11001020300020110049700. Actor: Iván Velásquez Gómez. Magistrado Ponente: EDGARDO VILLAMIL PORTILLA

control previo sobre la legitimación de esos ejercicios. Esa recopilación de información, evidencias y elementos materiales probatorios recogidos en la Indagación, **no pueden tener carácter reservado, en la medida que cumplen la función de determinar la existencia o no "de una conducta delictuosa que puede conducir al archivo o la investigación propiamente dicha.** En esas labores de verificación pueden "participar los posibles involucrados como víctimas contingentes o sujetos eventuales, bien para esclarecer los hechos o aportar otros elementos de juicio que conduzcan a una resolución que proteja los derechos de todos. Además, ha de tenerse presente que la Ley 906 de 2004, en esta fase del proceso, **no establece ningún tipo de reserva de estas diligencias porque en estricto sentido en esta fase aún no hay proceso como sí sucede en la investigación porque ya está esclarecida la conducta como también quienes son los sujetos procesales.**

**En** el caso de estudio, la negativa de las copias al accionante carece de justificación constitucional, por cuanto ni la **Constitución** o ley establecen ningún tipo de reserva en la fase de indagación, son, además, información, evidencias y **elementos** materiales que condujeron al archivo **de** las diligencias, más no a una investigación **formal** para **formulación** de cargos. **Es** decir, por el carácter de **Información** y al ordenarse su archivo, el actor puede tener acceso a ella, mientras ello no lesione derechos de terceros o la intimidad de las personas."

**"Y aunque en la indagación, como la que hizo la Fiscalía en conjunto con la Policía Judicial, de acuerdo al programa metodológico elaborado por aquella, aún no hay sujetos procesales, es decir, eventuales sindicados, víctimas y demás, el actor constitucional como víctima contingente, tiene derecho a saber la verdad de lo ocurrido como parte de su derecho a la información, máxime cuando las diligencias se archivaron y en cualquier momento ante el aparecimiento de nuevos elementos de juicios podrá reabrirse la indagación inclusive con su colaboración. Por añadidura, el derecho a saber la verdad no sólo opera por la ocurrencia de un hecho delictivo, sino también frente a cualquier otra situación que pueda generar interés para la comunidad, por ejemplo a saber la verdad histórica y la memoria, el deber de recordar, de contribuir a la erradicación de la corrupción y evitar la impunidad en algunos casos; además como medida de preservación, cooperación y consulta de archivos, el restablecimiento de la democracia, contribución a la paz, así como la garantía de no repetición de hechos enderezados al conocimiento de un juez. Sólo así es posible controlar que el Estado -sea el legislador, la administración o la judicatura actúen de conformidad con la Constitución y la ley."**

**"Una de las características del derecho a la verdad, con independencia de la ocurrencia o no de un delito, es el derecho a saber, que es tanto individual como colectivo y el correlato de éste derecho corresponde al deber de los Estados de esclarecer y memoria de los hechos. El derecho individual corresponde a las**

*familias de las víctimas que tienen derecho a conocer la verdad; el colectivo, es que cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer también la verdad. En esa medida el accionante, como el colectivo tienen el derecho a saber lo que verdaderamente ocurrió y lo que condujo al archivo de las diligencias.*

***La Sala de Casación Penal en un caso similar expresó que*** "como se aprecia, le Ley 906 de 2004; en vez de prohibirla expedición de las copias de las actuaciones, autoriza ese proceder, así el proceso se encuentre en la etapa de indagación o investigación preliminar. Lo no permitido 'son las reproducciones escritas, salvo los actos y providencias que este código expresamente autorice', como lo estipula el inciso primero del pluricitado artículo 146. Tal es el caso de la hipótesis prevista en el artículo 156 ibídem, a cuyo tenor las providencias judiciales sólo serán reproducidas a efectos del trámite de los recursos" y Agregó la Corte que "el numeral 7 del artículo 250 de la Constitución Nacional asigna a la víctima la condición de Interviniente y en el Sistema Penal Acusatorio ostenta un *sitio* privilegiado<sup>76</sup>, en esa medida tiene derecho a participar durante todas las etapas del proceso, en aras de hacer valer sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral. La efectividad de esa participación sólo se posibilita si a los damnificados se les garantiza el derecho de acceder a la justicia, la cual comprende la garantía de intervenir desde sus inicios, pues les asiste un evidente interés en lograr el recaudo de sólidos elementos probatorios para soportar una eventual Imputación o acusación, así como para censurar la eventual preclusión de la investigación."

***Asimismo, indico que*** "la anterior facultad de intervención está consagrada como norma rectora en el artículo 11 de la Ley 906 de 2004<sup>77</sup> y es ampliada en el parágrafo único del artículo 146 de la misma ley, cuando le asigna a la Fiscalía la obligación de conservarla) y archivo de los registros durante la actuación previa a la formulación de la imputación, y al secretario de las audiencias el deber que "en todo caso, los Intervinientes tendrán derecho a la expedición de copias de los registros." Esa autorización de permitir a las víctimas obtener copias, de registros, actuaciones adelantadas o evidencias incorporadas durante la fase de indagación o Investigación preliminar "no se afecta la estructura del sistema penal acusatorio, por el contrario hace bien porque posibilita el goce pleno de los derechos de dicho Interviniente a conocer de primera mano los elementos probatorios recaudados por la Fiscalía, con la cual podrá contribuir al aporte de otros que consolide la eventual

<sup>76</sup> Corte Suprema de Justicia, providencia de 23 de agosto de 2007. Rad. 28040.

<sup>77</sup> Art. 11, Ley 906 de 2004. *Derechos de las víctimas». El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia en los términos establecidos en la presente ley.*

*formulación de imputación y acusación" (Sentencia de tutela de 6 de agosto de 2008, Exp. N° 37909).*

*Dé ese modo, resulta claro que la autoridad accionada vulneró el debido proceso del sujeto interesado, por cuanto la información suplicada no aparece como objeto de reserva dispuesta por la Constitución o la ley para las víctimas de la eventual conducta punible, por lo tanto, al no encontrarse razón de orden legal para que la Fiscalía negara las copias pedidas, se advierte una violación que impide el ejercicio de las garantías de verdad, justicia y reparación que le asiste al damnificado.*

*En efecto, frente a la petición del accionante la autoridad accionada contestó parcialmente, pues sólo informó sobre el desarrollo de la investigación, relacionó las diferentes actuaciones, pero negó las copias de las entrevistas e interrogatorio realizados, con lo cual no permitió el acceso efectivo al proceso penal, igualmente imposibilitó el goce pleno de los derechos como interviniente en el proceso penal, pues no conoció el contenido de los elementos probatorios recaudados que llevaron al archivo de la investigación, también se negó la posibilidad de contribuir con otros medios que solidificaran la misma u otra decisión.*

*Por lo demás, en punto al derecho que tienen todas las personas de acceder a los documentos públicos y a obtener copia de los mismos, salvo los casi expresamente señalados por la ley, se ha manifestado por esta Corporación que esta prerrogativa está estrechamente vinculada con el derecho fundamental de petición, pues, el hecho de recibir las copias es una manifestación concreta del derecho a obtener una pronta resolución de la solicitud formulada, que hace parte del llamado núcleo esencial del derecho en mención (Sentencia de tutela de 15 de julio de 2001, Sala de Casación Civil, Exp. N° 0086-01).*

*De acuerdo con lo considerado, la Corte concederá el amparo reclamado, y para la efectividad del mismo, se le ordenará a la autoridad accionada que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia proceda a expedir las copias solicitadas por el accionante."*

- 8) Ofíciase a la **FISCALÍA 6 SECCIONAL DE BUGA (VALLE)**, para que se sirva remitir copia íntegra de la carpeta del señor **FISCAL**, relativa a la investigación por la muerte del señor **JORGE LUIS FRADES MÉNDEZ**, según hechos ocurridos el 16 de agosto de

2009, en el municipio de Guacarí (Valle del Cauca) y bajo el Rad. No. 761116000165200902396, toda vez que esta investigación tiene relación directa con el aniquilamiento sistemático de éste grupo familiar y de las gravísimas omisiones de la Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación. En esta solicitud, se hará toda la relación probatoria solicitada en el numeral 7.

- 9) Oficiése a la **FISCALÍA 2 SECCIONAL DE BUGA (VALLE)**, para que se sirva remitir copia íntegra de la carpeta del señor **FISCAL**, relativa a la investigación por la muerte del señor **JOSÉ ISIDRO FRADES MÉNDEZ**, según hechos ocurridos el 11 de noviembre de 2009, en el municipio de Guacarí (Valle del Cauca) y bajo el Rad. No. 763186000176200980004, toda vez que esta investigación tiene relación directa con el aniquilamiento sistemático de éste grupo familiar y de las gravísimas omisiones de la Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación. En esta solicitud, se hará toda la relación probatoria solicitada en el numeral 7.
- 10) Oficiése a la **FISCALÍA 6 SECCIONAL DE BUGA (VALLE)**, para que se sirva remitir copia íntegra de la carpeta del señor **FISCAL**, relativa a la investigación por la muerte de la señora **CLAUDIA VIVIANA FRADES MÉNDEZ**, según hechos ocurridos el 02 de enero de 2010, en el municipio de Guacarí (Valle del Cauca) y bajo el Rad. No. 76111600016520100012, toda vez que esta investigación tiene relación directa con el aniquilamiento sistemático de éste grupo familiar y de las gravísimas omisiones de

la Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación. En esta solicitud, se hará toda la relación probatoria solicitada en el numeral 7.

- 11) Ofíciase a la **FISCALÍA SECCIONAL DE BUGA (VALLE)**, para que se sirva remitir copia íntegra de la carpeta del señor **FISCAL**, relativa a la investigación por la muerte del señor **JULIÁN ANDRÉS ESCOBAR**, según hechos registrados el 04 de noviembre de 2010, en el municipio de Guacarí (Valle del Cauca), toda vez que esta investigación tiene relación directa con el aniquilamiento sistemático de éste grupo familiar y de las gravísimas omisiones de la Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación. En esta solicitud, se hará toda la relación probatoria solicitada en el numeral 7.

**PROCEDENCIA DEL TRASLADO DE LOS PROCESOS PENAL Y DISCIPLINARIO:** A efectos de evitar que se niegue el traslado de los procesos penal y disciplinario, se citan a continuación reiterados pronunciamientos del Honorable Consejo de Estado, mediante los cuales han sido revocadas decisiones de los Honorables Tribunales, por negar el traslado de dichos procesos:

***SENTENCIA DEL 4 DE MAYO DEL 2.000. EXP.: 17.566. ACTOR: HUMBERTO CALDERÓN OSORIO. CONSEJERO PONENTE: DRA. MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ.***

***“En el caso concreto, el Tribunal adujo que la prueba solicitada por el demandante (copia del expediente penal) reposa en el expediente razón por lo cual estimó que no era necesario decretar lo pedido.***



*Observa la Sala que sólo alguna de las pruebas solicitadas por el actor a que hace alusión el Tribunal, fueron aportadas por el demandado y corresponden a copias de piezas procesales del expediente penal que se tramitó contra el Señor Luis Humberto Henao Aguirre como sindicado del delito de lesiones personales causadas a Humberto Calderón Osorio (fols. 92 a 104).*

***POR LO TANTO COMO ESAS PIEZAS SE CONSTITUYEN EN COPIA PARCIAL DEL EXPEDIENTE PENAL, Y SE APORTARON EN COPIA SIMPLE NO EXISTE RAZÓN JURÍDICA QUE DÉ LUGAR A LA NEGACIÓN DE LA PRUEBA, LA DECISIÓN RECURRIDA SE REVOCARÁ.***  
(negrillas fuera de texto).

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. AUTO DEL 7 DE FEBRERO DE 2002. EXP. 21.645. ACTOR: ROSA MARÍA ROMERO BETANCOURT Y OTROS. CONSEJERO PONENTE: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRIQUEZ.

*“Pretende la parte actora que se oficie a la fiscalía para que remita copia auténtica del expediente donde obran las actuaciones seguidas en contra de la señora Romero Betancourt y que, una vez recibida ésta, se le de a la prueba “el valor que asigna la Ley”.*

*El Tribunal se abstiene de decretar la prueba así solicitada, al considerar que no se cumplen los requisitos previstos en el artículo 185 del C. P. C. en cuanto al traslado de pruebas y, de otra parte, porque estima que en el expediente “se encuentran las piezas procesales penales necesarias para analizar este régimen de responsabilidad extracontractual”.*

*La Sala no comparte los argumentos que sostienen la decisión del a quo para denegar la práctica de la mencionada prueba, por las razones que a continuación de exponen:*

*El artículo 185 del C. P. C., aplicable en los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en virtud de la remisión contenida en el artículo 168 del C. C. A., señala:*

***Art. 185.-*** Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán ser trasladadas a otro en copia auténtica y serán apreciables sin mas formalidades,

*siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella.*

*En cuanto al alcance de dicha disposición, la Sala ha precisado, con fundamento en la normatividad pertinente, lo siguiente:*

*“...los testimonios practicados en un proceso diferente de aquél en el que se pretende su valoración sólo pueden ser tenidos en cuenta por el juzgador cuando son trasladados, en copia auténtica, y siempre que hayan sido practicados con audiencia de la parte contra la cual se aducen, o cuando, sin cumplir este último requisito, son ratificados en el nuevo proceso, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 229 del C. de P. C.. Si no se dan estas condiciones, las pruebas aludidas no podrán apreciarse válidamente.*

*En cuanto a los documentos, públicos o privados autenticados, podrán ser valorados en el proceso contencioso administrativo al cual son trasladados, siempre que se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil. En efecto, una vez allegado el documento, deberá expedirse un auto que ordene tenerlo como prueba; la parte contra la cual se aduce podrá tacharlo de falso dentro de los cinco días siguientes a su notificación. Debe tenerse en cuenta que, según lo dispuesto en la misma norma, no se admitirá la tacha de falsedad cuando el documento impugnado carezca de influencia en la decisión, o se trate de un documento privado no firmado ni manuscrito por la parte a quien perjudica.*

*Sobre los informes técnicos y peritaciones de entidades y dependencias oficiales, el artículo 243 del C. de P. C., establece que deberán ponerse en conocimiento de las partes por el término de tres días, para que puedan pedir su complementación o aclaración, de manera que, una vez trasladados a un proceso administrativo, deberá surtirse este trámite para garantizar el derecho de contradicción de la parte contra la que se pretende hacer valer.*

*Finalmente, las inspecciones judiciales y los dictámenes periciales no pueden trasladarse a procesos distintos de aquéllos en los que fueron practicados, cuando ello no se hizo a petición con audiencia de la parte contra la cual se aducen. En efecto, para garantizar el derecho de contradicción, estas pruebas deben practicarse, en todo caso, dando oportunidad a las partes de estar presentes, según se desprende de lo dispuesto en los artículos 237 y 246 del Código de Procedimiento Civil, lo que obviamente, no podrá lograrse con el simple traslado posterior del acta o del informe respectivos. Por lo anterior, la inspección o el peritazgo deberán practicarse nuevamente en el otro proceso.*

*Conforme a lo anterior, es claro que las pruebas practicadas en un proceso distinto al contencioso administrativo no pueden ser valoradas para adoptar la decisión que corresponda dentro del mismo, salvo que, siendo procedente su traslado, éste se efectúe dando cumplimiento a los requisitos antes referidos. Si éstos no se cumplen, no podrán ser tenidas en cuenta por el juzgador.*

*“...aunque entre tales documentos se encuentra también la copia de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial con sede en esta ciudad... no puede perderse de vista que la copia de una decisión jurisdiccional de tal naturaleza, como lo ha reiterado la Corte, acredita su existencia, la clase de resolución, su autor y su fecha, excluyendo las motivaciones que le sirvieron de soporte, doctrina con arreglo a la cual puede afirmarse que la copia de dicha providencia demuestra que se trata de una sentencia desestimatoria de la pretensión...., proferida por dicha Corporación, en la fecha mencionada, más no sirve para la demostración de los hechos que fundamentaron tal resolución... pues como lo ha reiterado la Sala tener como plenamente acreditados los hechos tenidos como ciertos en la motivación de una sentencia proferida en otro proceso, podría suscitar eventos “... incompatibles con principios básicos de derecho procesal, pues*

*entonces no sería el juez de la causa a quien correspondería valorizar y analizar las pruebas para formar su propia convicción sobre los hechos controvertidos, desde luego estaría obligado a aceptar el juicio que sobre los mismos se formó otro juez, y las partes en el nuevo litigio no podrían contradecir la prueba ni intervenir en su producción” (G.J. LXXV, 78)”.*

*Así las cosas, en atención a la naturaleza del asunto que se debate, se considera admisible la prueba documental solicitada por la parte actora, en los términos ya indicados, razón por la cual se revocará el auto impugnado en cuanto la denegó, para, en su lugar decretarla.” (Subraya fuera de texto).*

**CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. AUTO DEL 27 DE FEBRERO DE 2003. EXP.: 23.240. ACTOR: OVIER MARTÍNEZ RODRÍGUEZ. CONSEJERO PONENTE: DR. GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR.**

*“Analizando el fundamento de la providencia apelada, se advierte que no fue acertada en cuanto negó el decreto de la prueba documental solicitada por el apoderado de la Fiscalía General de la Nación, por cuanto de la lectura de la solicitud, es claro que éste no se refirió a un documento o documentos específicos del proceso penal, SINO QUE POR EL CONTRARIO, LA SOLICITUD ESTÁ REFERIDA A TODA LA ACTUACIÓN SURTIDA EN EL PROCESO QUE SE SOLICITA SE ALLEGUE COMO PRUEBA, LUEGO LA EXIGENCIA PARA QUE EL RECURRENTE SEÑALARA EXPRESAMENTE CUÁLES PIEZAS PROCESALES SOLICITABA DE DICHO PROCESO, CARECE DE ASIDERO LEGAL”.*

**CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. SENTENCIA DEL 31 DE JULIO DE 2003. EXP.: 24.474. ACTOR: OSCAR FERNANDO CÉSPEDES CASTRO. CONSEJERO PONENTE: DRA. MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ.**

*“Por tanto, la Sala partiendo de la solicitud de pruebas y de todo el contexto de la demanda y de la contestación observa que el proceso penal es de importancia para el proceso pues la imputación fáctica recae sobre la supuesta privación injusta de la libertad atribuida a la Fiscalía General y que la demandante*

*deriva de la actuación desplegada por la demandada dentro de la investigación del hecho punible”.*

*“En casos como éste el Juez está llamado a decretar la prueba trasladada debido, de una parte, a que la situación particular de la demandada solicitante de la prueba permite hacerlo y de otra a que no se quebranta el derecho de defensa por la falta de mención específica de cuales medios de prueba pretendía trasladar pues se practicaron o bien con audiencia del encausado o bien a solicitud de éste e incluso a consideración de la Sala no sólo interesa a la demandada sino la parte demandante a fin de evaluar la conducta de la Fiscalía como se evidencia de la solicitud de pruebas de aquellas debido a que lo requerido tiene plena relación de medio a fin con el juicio de responsabilidad que se sigue”.*

*“Por lo tanto, como el recurrente tiene razón en su impugnación, se revocará el penúltimo inciso del auto objeto de alzada, por medio del cual se negó el decreto de prueba trasladada del proceso penal y, en consecuencia, se decretará”.*

**CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. SENTENCIA DEL 24 DE JULIO DE 2003. EXP.: 24.519. ACTOR: JESÚS ALBERTO HERNÁNDEZ ARANGO. CONSEJERO PONENTE: DR. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.**

*“El Tribunal ordenó oficiar al Juzgado Penal del Circuito Especializado de Manizales para que remitiera el proceso 1999-0023 delito 1194/89, la denuncia y ampliaciones de denuncia, de las indagatorias, de las declaraciones y de los dictámenes periciales de balística y actas de allanamiento; esto es, parte del numeral 2.1., el numeral 2.3., parte del numeral 2.5., y parte del numeral 2.8.”*

*“Lo demás fue negado por el Tribunal, por considerar que según el artículo 185 del C. de P.C. “sólo pueden trasladarse de un proceso a otro las pruebas válidamente practicadas; excluyendo en consecuencia esta posibilidad de traslado las providencias judiciales y demás memoriales enlistados por el petionario (fl. 228 c. 2)”.*

*“En otras palabras, para el Tribunal, las providencias judiciales, las actas de audiencia, las notificaciones, las constancias*

*dejadas por funcionarios públicos y demás escritos contenidos en un proceso judicial, **NO SON PRUEBAS.***”

*“El artículo 185 del Código de Procedimiento Civil que le sirvió de fundamento a la decisión, dispone que “las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica...”. Puede resultar obvio que dentro del proceso penal en cuestión, las decisiones del funcionario investigador no pueden catalogarse como pruebas, pero respecto del presente proceso es evidente que tales providencias son pruebas de carácter documental”.*

*“El artículo 251 del Código de P.C. en su inciso 3º dispone que “documento público es el otorgado por funcionario en ejercicio de su cargo o con su intervención”, y al respecto la doctrina ratifica que “resulta claro, entonces, que **el documento público es el que se origina en una actuación oficial del funcionario público en ejercicio de sus funciones, sea que lo elabore directamente, o que se ejecute con su intervención**<sup>81</sup> (se resaltó).”*

*“Tratándose de un proceso en el que se pretende responsabilizar al Estado por la actividad judicial, constituye prueba necesaria precisamente las decisiones cuestionadas, y en este plano no solamente es un derecho del demandante, sino que se convierte en un elemento fundamental para que el Juez tome la decisión que corresponda, porque si no tiene las providencias, constancias y demás piezas procesales en las que puede advertirse la falla, seguramente encontrará dificultad al momento de fallar el proceso de reparación directa”.*

*“Se recuerda además que según el artículo 178 del Código de P. C., las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso, y dispone que el Juez rechazará las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas. En el presente caso, las pruebas relacionadas en la demanda, que se pidieron trasladar del proceso penal No. 1999-0023 delito 1194/89 homicidio, no están prohibidas, ni son ineficaces, ni impertinentes ni superfluas y por el contrario, además de su pertinencia son **NECESARIAS** par la cabal decisión del asunto”.*

---

<sup>81</sup> BETANCUR J. Carlos y GARCÍA S. Alfonso. De la prueba judicial. Señal Editora, 3ª edición, 1.998, p. 511.

“...”

*“La norma lo que pretende repudiar es que, una parte, teniendo en su poder una documentación, no la allegue; pero la deducción hecha por el Tribunal para el caso, no resulta razonable. En primer lugar, porque la Fiscalía es un ente con una estructura compleja, en la que se aprecian unidades especializadas de acuerdo al delito; y en segundo lugar, porque la reserva sumarial no permite que el Abogado de la entidad le exija a un funcionario copia de una investigación, como si se tratara de asuntos de su resorte”.*

*Precisamente el funcionario judicial, trátese de investigador (fiscal) o el encargado del Juicio (Juez), tiene una autonomía, la cual excepcionalmente cede ante situaciones específicas, una de ellas cuando otra autoridad judicial le solicita la remisión de informes, copias, elementos o personas.”*

*“Entonces, no es suficiente razón para negar la prueba solicitada por la Fiscalía, que los documentos pedidos sean parte de una investigación llevada por la fiscalía y de todas maneras la misma no es impertinente, ni manifestante superflua, ni está prohibida ni resulta ineficaz”.*

**CONSEJO DE ESTADO. AUTO DEL 12 DE SEPTIEMBRE DE 2002. EXP.: 22.091. ACTOR: LUZ DARY SIERRA CASTRILLÓN. CONSEJERO PONENTE: DR. GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR.**

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

*“La actora solicitó copia auténtica del proceso penal tramitado en el Juzgado 61 de Instrucción Penal Militar con sede en el Comando Departamental de Policía de Caldas (Manizales), manifestando que es necesario en el sub examine, como quiera que se trata exactamente del mismo hecho que generó la responsabilidad civil debatida en el presente caso”.*

*“Sobre el particular, la Sala considera que hay lugar a ordenar el traslado de la prueba documental solicitado por el actor,*

*toda vez que fue practicada válidamente, con audiencia de la entidad demandada y, por lo demás, tiene relación directa con el sub examine por cuanto se trata de los mismos hechos relacionados con el asesinato del señor CARLOS ARIEL GIRAL MORALES, ocurrida el 18 de junio de 2000.”*

*“Conforme a lo anterior, y respecto del auto del 25 de septiembre de 2001. Dictado por el Tribunal Administrativo de Caldas, la Sala revocará el inciso 5 del literal A referente a la prueba documental solicitada por la parte demandante y, por consiguiente, ordenará el traslado de copia auténtica del proceso penal adelantado contra la Nación - Ministerio de Defensa, - Policía Nacional, por el Juzgado 61 de Instrucción penal Militar con sede en el Comando Departamental de Policía de Caldas (Manizales)”.*

### **C). PRUEBAS TESTIMONIALES.**

1) En audiencia recepciónense los testimonios de **MARÍA JANETH OSPINA GARCÉS** y el Teniente **RAÚL SUSA TORRES**, miembros de la Policía Nacional, quienes se localizan en el Comando de la Estación de Policía de Buga (Valle del Cauca), sin que se pueda suministrar dirección de su residencia, debido a la reserva por motivos de seguridad por tratarse de miembros de la Policía Nacional, afirmación que hago bajo la gravedad de juramento; y, la **FISCAL TRES CARMEN ALICIA URIBE NAVIA**, localizable en la calle 7 N° 14-32 Buga (Valle del Cauca).

#### **TEMA**

a. Indicarán que conocimiento tuvieron, relacionado con la ejecución sistemática de varios miembros de la familia **FRADES MÉNDEZ**.



- b. Indicará si tuvo conocimiento de quejas y solicitudes de protección elevadas por el señor **JOSÉ FERNANDO FRADES MÉNDEZ**.
- c. Indicarán que tramite se le dio a la solicitud.
- d. Indicarán si al mencionado señor **FRADES MÉNDEZ** se le prestó protección.
- e. Indicarán con que entidades u organismos se cruzó información.
- f. Indicarán si en forma efectiva se les prestó algún tipo de protección.
- g. Se les preguntará por todos los hechos de la demanda si los conocieron.
- h. Todo lo demás que estime pertinente el operador jurídico conductor del proceso y las partes intervinientes.

- 2) En audiencia recepciónense los testimonios de, **JORGE ENRIQUE BRAVO** (residente en la calle 3 # 4 – 47), **YESSICA SAAVEDRA BECERRA** (residente en la calle 3 # 5 - 41), **NORMI SÁNCHEZ** (residente en la calle 2 # 6 - 31), **LUIS ALIRIO NARANJO** (residente en la cra. 5 – casa piedra), **GIOVANNI ALEXIS MORENO ECHEVERRI** (residente en la calle 2ª # 5 – 30 Barrio Las Américas), y **LUZ MARY ANDRADE** (residente en la calle 2 # 2 – 16) todos ellos residentes en el municipio de Guacarí (Valle del Cauca).

**COMISIÓN:** Por motivos de seguridad y dado el exterminio familiar, rogamos al señor Juez practicar las pruebas de manera personal, obligándome a sufragar los gastos que se generen por dicha prueba.

**TEMA**

- a. Indicarán si conocían a la familia **FRADES** y desde cuanto tiempo atrás.
- b. Indicarán si conocían específicamente a la señora **ALBA NUBIA FRADES MÉNDEZ** y como estaba conformada su familia.
- c. Donde residían.
- d. Como eran sus relaciones familiares.
- e. Indicarán si se percataron del aniquilamiento sistemático de toda la familia, relatando todo lo que sepan en relación con este tema.

- f. Indicarán si tuvieron conocimiento de la existencia de un grupo de limpieza social en el municipio de Guacarí (Valle del Cauca)
- g. Indicarán si tuvieron conocimiento específico de las amenazas de que fuera víctima la familia **FRADES**.
- h. Indicarán si este hecho era conocido por la comunidad del municipio.
- i. Indicarán si les fueron prestadas medidas de protección por alguna institución.
- j. Indicarán cuál era la ocupación de **ALBA NUBIA** y cuánto devengaba.
- k. Indicarán a que destinada sus ingresos.
- l. Se les preguntará por todos los hechos de la demanda si los conocieron.

**IMPROCEDENCIA DE LA LIMITACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL, AL MOMENTO DE SER DECRETADA.** Ha empezado hacer carrera, la costumbre ilegal de **limitar la prueba testimonial** al proferirse el auto de pruebas, razón que lleva a este apoderado a relacionar amplia jurisprudencia en relación con éste tema, toda vez que por sabido se tiene que **LA LIMITACIÓN, ÚNICAMENTE PUEDE DARSE AL MOMENTO DE LA PRÁCTICA Y PRECISAMENTE CUANDO YA SE HAN ESCUCHADO ALGUNOS TESTIMONIOS.** Veamos la siguiente relación jurisprudencial:

**CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. AUTO DEL 19 DE FEBRERO DE 2004. EXP.: 25.897. ACTOR: RAFAEL TELLO. CONSEJERO PONENTE: DRA. MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ.**

*“En esa medida, el juez tiene la potestad de limitarlos, pero esa limitación no puede ordenarse desde la oportunidad de decretar pruebas, pues entonces se convierte en una negativa parcial. La interpretación de la norma implica que de un determinado número de testimonios ordenados, el funcionario, una vez recibida algunos de ellos, puede “limitar” la prueba si considera “suficientemente esclarecidos los hechos materia de esa prueba”. Pero ese esclarecimiento no puede anticiparlo al momento de decretar los testimonios, o mejor, para excluir algunos, supeditando a una oportunidad futura”<sup>82</sup>.*

**CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. SENTENCIA DEL 1 DE ABRIL DE 2004. EXP.: 25896. ACTOR: PUREZA HERNANDEZ. CONSEJERO PONENTE: DR. GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR.**

*“En cuanto a la decisión adoptada por el a quo, en el sentido de limitar la práctica de la prueba testimonial solicitada por la parte actora con el fin de demostrar cómo estaba conformada la familia del occiso, los lazos de cariño y afecto que los unían, el lugar de residencia, así como los efectos que produjo la muerte del soldado en el núcleo familiar, encuentra la Sala que aunque el artículo 219 del Código de Procedimiento Civil establece que el Juez “podrá limitar la recepción de los testimonios cuando considere suficientemente esclarecidos los hechos materia de esa prueba”, es claro que dicha facultad puede ejercitarse una vez se ha decretado la prueba y se han recepcionado algunos de los testimonios, por cuanto, es sólo hasta ese momento en que el juez puede establecer que el hecho a probar por este medio ya se encuentra acreditado”.*

**CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. AUTO DE 27 DE FEBRERO DE 2003. RAD: 25000-23-26-000-2000-2773-01. ACTOR: FANNY RUBIELA PEREZ ALVAREZ. CONSEJERA PONENTE: DRA. MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ.**

*“De otra parte, no puede limitarse el decreto de la prueba testimonial del señor Luis Carlos Rojas, bajo el argumento de que existen otras pruebas que establecen la explotación económica del camión –al que refiere la demanda- porque tal argumento no tiene respaldo legal. Recuérdese que el Código de Procedimiento Civil señala respecto al testimonio que sólo puede limitarse su práctica y no su decreto; así lo indica el artículo 219 inciso 2º del C.P.C.: “el juez podrá LIMITAR LA RECEPCIÓN DE LOS TESTIMONIOS*

---

<sup>82</sup> Sobre el tema pueden verse, entre otros, autos de esta sección, de 27 de febrero de 2003, exp.: 23.243. actor: Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) y exp.. 22.007. Actor: Fanny Rubiela Pérez Alvarez y otros.

*cuando considere suficientemente esclarecidos los hechos materia de esa prueba.”. Nótese que la ley no dice podrá limitar el decreto de la prueba, sino de la práctica, al indicar la expresión “recepción”.*

**CONSEJO DE ESTADO. SECCION TERCERA. SENTENCIA DEL 30 DE OCTUBRE DE 1997. EXP.: 97 D 13772. DEMANDANTE: ANIBAL CAÑAS ARIAS. MAGISTRADO PONENTE: DR. HECTOR ALVAREZ MELO.**

*“El numeral 3º de la providencia recurrida se revocará y en su defecto se ordenará la práctica de todos los testimonios solicitados, por cuanto le asiste razón al recurrente al afirmar que los testimonios únicamente se pueden limitar siempre y cuando se consideren suficientemente esclarecidos los hechos materia del litigio tal como lo dispone el artículo 219 del C. de P.C., es decir, al momento de la diligencia y no al decretarse la prueba, decisión que debe producirse mediante un auto de cúmplase contra el cual no procede recurso alguno.*

*En principio las partes gozan de libertad para aducir al proceso todas las pruebas que consideren útiles para la defensa de su causa pero esa libertad está condicionada a la pertinencia y utilidad de tales pruebas porque si el número de testigos citado resulta excesivo, porque con los ya oídos es suficiente para adquirir la certeza que el juez necesita para resolver, resulta contrario a la economía procesal y perjudicial para la celeridad de la causa.”.*

Finalmente, se recuerda que para el decreto de las pruebas, el Juez únicamente tiene que examinar conducencia, pertinencia, utilidad y el cumplimiento de los requisitos de cada medio probatorio, y, una vez cumplidos, proceder a su decreto<sup>83</sup>:

*“De conformidad con lo establecido en los artículos 179 y 183 del C.P.C. el decreto de las pruebas a solicitud de parte, se encuentra condicionado, como presupuesto formal, a que dicha solicitud sea presentada en forma oportuna y ajustada a los requisitos exigidos legalmente para el medio de prueba de que se trate.*

*Verificando el cumplimiento de lo anterior, el juez debe verificar que el medio de prueba cuyo decreto se pretende, cumpla con los presupuestos materiales o de fondo correspondientes, esto es, que sea conducente, útil y pertinente.*

---

<sup>83</sup> CONSEJO DE ESTADO. SECCION TERCERA. AUTO DEL 13 DE DICIEMBRE DE 2001. EXP.: 21.444. ACTOR: ELVIA JANETT CAVANZO. CONSEJERO PONENTE: DR. ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ.

*De allí que, si la prueba fue solicitada oportunamente por la parte, la solicitud reúne los requisitos correspondientes y, la prueba es conducente, útil y pertinente para el proceso, el juez debe decretarla, no siendo admisible la exigencia o limitación, para su procedencia, de requisitos adicionales.*

*Entratándose de la prueba documental, es claro que si ésta no es aportada materialmente al proceso por la parte interesada, nada impide que pueda solicitar su incorporación al mismo, por conducto del juez, solicitándolo así en la oportunidad probatoria correspondiente, para lo cual bastará con que indique, si se trata de documento público, la dependencia oficial donde éste se puede obtener.*

*En el caso bajo estudio se encuentra que la parte actora demandó, en acción de reparación directa, a la Nación –Ministerio de Justicia-INPEC con el fin de que se declare su responsabilidad administrativa por la muerte de su "hijo, hermano de crianza, compañero permanente y padre", Yeffrey Méndez Restrepo.”.*

## **CAPITULO VII. ESTIMACION RAZONADA DE LA CUANTIA**

Reclaman cada uno de los demandantes, por daños y **PERJUICIOS DE ORDEN MORAL**, el equivalente en pesos a **CIEN (100) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES**, los que para la fecha de presentación de esta demanda cuestan **\$56.670.000.00**.

Reclama la madre **CIEN (100) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, POR DAÑOS A LA SALUD**, los que para la fecha de presentación de esta demanda cuestan **\$56.670.000.00**.

## **CAPITULO VIII. JURAMENTO ESTIMATORIO**

De conformidad con el art. 206 del Código General de Proceso (Ley 1564 de 2002), estimamos la cuantía de la manera anteriormente determinada Y CON FUNDAMENTO EN LA JURISPRUDENCIA DE NUESTRA COLEGIATURA MAYOR, razón suficiente para que en caso de ser condenado en suma inferior por el arbitrio judicial, no se deduzcan consecuencias desfavorables para la parte demandante.

#### **IX. COMPETENCIA**

Es **competente** para conocer de este proceso **en primera instancia** el Juez Administrativo de Buga (Valle); y, **en segunda instancia** el **Honorable Tribunal Administrativo del Valle del Cauca**.

Territorialmente corresponde tramitar este proceso en la jurisdicción del Valle del Cauca, por haber ocurrido los hechos en el municipio de Guacarí (Valle del Cauca).

Adicionalmente, dispone el num. 6 del art. 152 que la competencia radica en los tribunales, cuando la cuantía exceda de 500 Salarios mínimos, mientras que el art. 155, radica la competencia en los jueces administrativos, cuando la cuantía sea inferior a esta suma.

#### **CAPITULO X. MEDIO DE CONTROL Y PROCEDIMIENTO**

El medio de control incoado es el de reparación directa, consagrado en el Título III, artículo 140 de la Ley 1437 de 2011.

El Trámite de la demanda se encuentra consagrado en el Título V, capítulos IV y V de la misma Ley 1437 de 2011.

## **CAPÍTULO XI. VIGENCIA DEL MEDIO DE CONTROL**

El medio de control se encuentra vigente porque: (i) los hechos ocurrieron el 14 de septiembre de 2010; (ii) la solicitud de conciliación fue presentada el 28 de agosto de 2012; (iii) faltaban 17 **DÍAS** para caducar el medio de control; (iv) la conciliación prejudicial se llevó a cabo el 24 de octubre de 2012; (v) El término de caducidad se reactiva el 25 de octubre de 2012, desde luego, el Paro Judicial se haya levantado, sino se reactivará el primer día que reinicie labores la Rama Judicial; (vi) la demanda se está presentando en esta misma fecha, **LUEGO NO HA OPERADO EL FENÓMENO DE LA CADUCIDAD.**

**NO SE REACTIVAN LOS TÉRMINOS DE CADUCIDAD, POR EL PARO JUDICIAL, SE INSISTE, QUE SE DEBEN CONTAR DESDE EL DÍA QUE SE LEVANTE ÉSTE.**

## **CAPITULO XII. CUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD**



Tal como lo ha ordenado la Ley 1285 de 22 de enero de 2009, se presentó solicitud de conciliación prejudicial, tramitada por la Procuradora 60 Delegada ante los jueces administrativos de Buga (Valle del Cauca), habiéndose declarado fracasada y **cumpliendo de esta manera con el requisito de procedibilidad**, tema del que dan fe el acta de conciliación y la certificación expedida por dicho funcionario.

### **CAPITULO XIII. NOTIFICACIONES**

- 1). Al Señor **DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL** se le notificará por intermedio del señor Comandante del Departamento de Policía Valle del Cauca, quien se localiza en la calle 21 No. 1N – 65.
- 2). A la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, se le notificará por intermedio del Director Seccional Administrativo y Financiero de la Fiscalía General de la Nación, quien se localiza en el Palacio de Justicia, en la calle 25 norte N° 6ª-11 Cali (Valle del Cauca).
- 3). A los actores del proceso en la calle 17ª N° 16-83, de Buga (Valle del Cauca).
- 4). A la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**, de conformidad con el inc. 6 del art. 612 de la Ley 1564 de 2012, modificatoria del art. 199 de la Ley 1437 de 2011 en la Cl. 70 No.

4-60 Bogotá D.C. y a través de la página web: [www.defensajuridica.gov.co](http://www.defensajuridica.gov.co), para cuyos efectos se allega copia de la demanda y sus anexos, así como el CD que contiene la demanda.

- 5). Al suscrito apoderado en la cra 13ª N° 28-38 Bufette 218 Parque Central Bavaria, Bogotá D.C. y a través del correo electrónico [obh.notificaciones@gmail.com](mailto:obh.notificaciones@gmail.com), atendiendo además las voces del art. 201 del C. de p.a, “....*los autos que no se notifiquen por estado, se notificarán por medio de anotación en estados electrónicos para consulta en línea bajo la responsabilidad del Secretario. La inserción en el estado se hará el día siguiente al de la fecha del auto...El estado se insertará en los medios informáticos de la Rama Judicial y permanecerá allí en calidad de medio notificador durante el respectivo día.*” “*De las notificaciones hechas por estado el Secretario dejará certificación con su firma al pie de la providencia notificada y se enviará un mensaje de datos a quienes hayan suministrado su dirección electrónica.*”

Del señor Juez,

**CARLOS ANDRÉS CORREA MONTOYA**

**Apoderado**

Digitó APP. 23/10/12