

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TREINTA Y CINCO (35) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
- SECCIÓN TERCERA -

Bogotá, D.C., cinco (5) de junio de dos mil veinte (2020)

Radicado	11001 3336 035 20170000700
Medio de Control	Reparación Directa
Demandantes:	Robinson Montoya y otros
Demandado:	Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y Policía Nacional –

SENTENCIA

Agotadas las etapas procesales, sin que se advierta irregularidad o vicio que invalide lo actuado y acreditados los presupuestos procesales de este medio de control, se procede a dictar sentencia dentro del proceso de la referencia, de acuerdo con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

I. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

Robinson Montoya, María Francinelda Montoya y Luz Mary Montoya, por conducto de apoderado judicial, presentaron demanda de reparación directa en contra de la Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y Policía Nacional, con el fin de que se declare su responsabilidad administrativa y patrimonial por la desaparición forzada y posible muerte del señor Roberto Montoya.

1.2. PRETENSIONES

La parte actora solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

"Las pretensiones de los demandantes en la presente corresponden a las siguientes:

4.1. Declarar que la Nación – Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional – Policía Nacional-, son administrativa y solidariamente responsables, de los perjuicios de todo orden y daños causados a la parte demandante, con motivo de la desaparición forzada y posterior muerte del señor Roberto Montoya (q.e.p.d.), en hechos ocurridos el día de fecha 23 de septiembre de 2000, en la ciudad de Puerto Berrio - Antioquia.

4.2. Como consecuencia de lo solicitado la parte demandada debe de pagar al núcleo familiar del desaparecido señor Roberto Montoya (q.e.p.d.) a título de perjuicios y daños las siguientes sumas de dinero:

4.2.1. PERJUICIOS MORALES:

Conforme a la unificación de la Jurisprudencia que para esta clase de hechos de lesa humanidad la reparación integral del daño, se solicita el tope máximo autorizado (Consejo de Estado Sentencia 28 de agosto de 2014, CP Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, Exp. 05001-23-25-000-1999-00163 (32988).

4.2.2.1. Para los señores Robinson Montoya, María Francinelda Montoya, Luz Mary Montoya, en su condición de hermanos de la víctima, la suma equivalente a Cien (100) S.M.M.L.V., es decir \$68.945.500 para cada uno de ellos respectivamente.

4.2.2. DAÑO A LA SALUD:

4.2.2.1. Para los señores Robinson Montoya, María Francinelda Montoya, Luz Mary Montoya en su condición de hermanos de la víctima, la suma equivalente a Cien (100) S.M.M.L.V., es decir \$68.945.500 para cada uno de ellos respectivamente.

4.2.4. PERJUICIOS A BIENES O INTERESES CONSTITUCIONALES:

4.2.4.1. Para los señores Robinson Montoya, María Francinelda Montoya, Luz Mary Montoya en su condición de hermanos de la víctima, la suma equivalente a Cien (100) S.M.M.L.V., es decir \$68.945.500 para cada uno de ellos respectivamente.

4.3. Las anteriores sumas se actualizarán a la fecha del respectivo pago.

4.4. Que se ordene dar cumplimiento al fallo, dentro de los términos establecidos en el artículo 192 del CPACA.

4.5. Si no se efectúa el pago en forma oportuna, la entidad liquidará los intereses comerciales y moratorios como lo ordena el artículo 195 del CPACA.

4.6. Se condene a la parte demandada en costas y agencias en derecho, conforme el artículo 188 del CPACA."

1.3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

El fundamento fáctico de la demanda (Fl. 16-22), es el que a continuación se sintetiza.

- Que el desaparecido Roberto Montoya (q.e.p.d.) vivía en la ciudad de Puerto Berrío (Antioquia), junto con su esposa e hijo, teniendo además una relación directa y muy cercana con sus padres (hoy fallecidos) y hermanos, para la época de los hechos.
- El señor Montoya (q.e.p.d.), en la fecha de los hechos se encontraba trabajando en venta de chance y oficios varios, de cuyos ingresos aportaba ayuda económica para suplir algunos gastos de su casa.
- El 23 de septiembre de 2000, el señor Roberto Montoya (q.e.p.d.) salió aproximadamente a las 6 a.m. a ejercer su actividad de venta de chance, realizando la ruta diaria entre Puerto Berrio y San Pedro de la Paz, sin que regresara a su casa desde ese día.
- Agrega que la familia del señor Roberto Montoya estuvo averiguando por su paradero, en los lugares que frecuentaba, sin poder encontrarlo. Que luego de una serie de indagaciones dieron con el paradero de la motocicleta en que se transportaba el señor Montoya, encontrándose personas al parecer al margen de la Ley que les sugirieron que no lo buscaran más o correrían con la misma suerte.
- Que los hechos se atribuyen a grupos Paramilitares y la convivir que merodeaban la zona donde residía el señor Roberto Montoya, hecho que era notorio en la región y del cual el Estado no desplegó fuerzas de protección y seguridad para los ciudadanos. La familia del señor Montoya denunció los hechos ante las autoridades competentes, habiéndole correspondido a la Fiscalía 37 Seccional de Puerto Berrio,

Antioquia, pero no se adelantó por ésta, una investigación eficaz, a fin de dar con el paradero o con los restos de aquél.

- Los hermanos del desaparecido sufren una constante incertidumbre de no saber de su familiar, así como de no haber podido vivir su duelo, al no tener sus restos, y claman para que las autoridades adelanten las pesquisas requeridas para localizarlos y darle cristiana sepultura.
- Que para la época de desaparición del señor Roberto Montoya, existían graves indicios relacionados con la participación de los grupos al margen de la Ley en actividades bajo la modalidad criminal que involucra delitos como la desaparición forzada, amenazas, intimidación y homicidio de varios habitantes de los municipios de Puerto Boyacá y Puerto Berrio. Agrega que lo sabía el Estado y las fuerzas del orden público – Policía y Ejército Nacional, pues eran hechos notorios, no solo a nivel local, sino también nacional, los que daban cuenta de la grave situación de orden público – zona roja- que se vivía en el municipio de Puerto Berrio, Antioquia.
- Asimismo, manifiesta que el Juzgado Promiscuo de Familia de Puerto Berrio – Antioquia, bajo sentencia No. 2007-0086 y radicado 2005-0271-00, declaró la muerte presunta por desaparecimiento del señor Roberto Montoya, confirmada por el Tribunal Superior de Antioquia, Sala Civil y de Familia, según consta en el Registro Civil de Defunción, indicativo serial No. 5201971, con fecha de defunción 22 de septiembre de 2002. Que pese a lo anterior, los restos del señor Roberto Montoya no aparecieron, se desconoce su paradero, y que el proceso se inició para efectos sucesorales.

1.4. ARGUMENTOS DE LA PARTE ACTORA

Indicó que el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia es la cláusula general de responsabilidad del Estado, por medio de la cual se establece que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por acción u omisión de sus agentes.

Argumentó que se ha de declarar la responsabilidad estatal y su consecuente indemnización a favor de los demandantes, pues era conocida la existencia de grupos armados al margen de la ley en los municipios de Puerto Boyacá y Puerto Berrio para la época de los hechos, sin que las autoridades militares y policiales hayan ejercido alguna actividad de prevención y protección de la ciudadanía, lo que facilitó la materialización de la desaparición del señor Roberto Montoya.

1.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.5.1. Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional

Guardó silencio.

1.5.2. Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Presentó oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que no se aportó registro de defunción de la supuesta víctima siendo inexistente el daño deprecado. Agregó que frente a los hechos supuestamente acaecidos el 23 de septiembre de 2000, impera la existencia de causal de ausencia de responsabilidad de la Institución como lo es la culpa exclusiva de la víctima lo cual rompe el nexo de causalidad y en nada toca la esfera de responsabilidad de la administración, pues ninguna actuación suya, positiva o negativa por acción u omisión ha generado un daño.

Agregó que la parte demandante no prueba daño, existencia de un nexo causal y menos aún falla del servicio por parte de la Policía Nacional por lo cual faltan los requisitos legales y probatorios que permitan establecer la responsabilidad del Estado de conformidad con los parámetros jurisprudenciales, constitucionales legales y probatorios por lo cual el llamado al principio de confianza legítima y calificativos dados a la Institución son meras posturas de ese extremo.

1.5.3. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Guardó silencio.

1.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.6.1. Parte Accionante

Guardó silencio.

1.6.2. Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional (fls. 184-186, c. 1)

Manifestó que en el presente proceso no surge una falla del servicio, por una actividad legítima, pues la Policía Nacional no actuó ni participó en los hechos narrados por la parte demandante en el escrito de la demanda, pues no obra antecedente de investigación penal o disciplinaria donde se haya responsabilizado a algún activo de la Policía Nacional por los presuntos hechos narrados en el libelo.

Que frente a la presunta desaparición forzada del señor Roberto Montoya, la Policía Nacional no le causó la muerte, ni tampoco su desaparecido, ni torturado, ni rehén por parte de algún miembro de la Policía Nacional, como responsable directo de las operaciones o procedimientos que se manifiestan por los demandantes. Que no existe un daño antijurídico en el presente caso por parte de esa Institución, en atención a que las narraciones realizadas por los demandantes, son de orden subjetivo, y es ese extremo quien señala de manera directa la entidad pública del Estado al parecer responsable del hecho sin soporte probatorio.

Concluye que se está frente a un hecho exclusivo y determinante de un tercero, lo cual se sustenta en los hechos narrados en la demanda, ya que presuntamente fueron grupos al margen de la ley (grupos paramilitares), quienes desaparecieron al señor Roberto Montoya, sin que en ello haya tenido participación la Policía Nacional. Por lo anterior, solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda y se exonere de toda responsabilidad a la Policía Nacional.

1.6.2. Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

En la audiencia inicial celebrada el 27 de marzo de 2019 (fls. 122-126, c. 1) se declaró terminado el proceso respecto a esta demandada, por ende no presentó escrito de alegatos de conclusión.

1.6.3. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Guardó silencio.

1.6.4. Ministerio Público

No emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

2.1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

El artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo¹ en adelante CPACA, consagra un criterio mixto para establecer los litigios que debe conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

De un lado, fijó el criterio material, disponiendo que son de conocimiento de esta jurisdicción las controversias originadas en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones sujetos al derecho administrativo y particulares cuando ejerzan funciones administrativas, es decir, aquellos que se causen por el ejercicio de dicha función; y de otro, un criterio orgánico, según el cual basta la presencia de una entidad sujeta al derecho administrativo para que el proceso sea tramitado ante esta jurisdicción.

Igualmente, conforme al numeral 1º del artículo 104 ibídem, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conoce de aquellos procesos en que se debate la responsabilidad extracontractual del Estado, asunto sobre el que versa el *sub judice*. Así las cosas, basta que se controvierta aquella respecto de la Nación - Ministerio De Defensa – Policía Nacional – Ejército Nacional, para que se tramite la controversia ante esta jurisdicción, por estar sometido al derecho público.

Este Juzgado es competente para conocer el presente asunto según el artículo 155 del CPACA², que dispone que los juzgados administrativos son competentes en los casos de reparación directa, inclusive aquellos provenientes de la acción u omisión de los agentes judiciales, cuando la cuantía no exceda de 500 SMLMV.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Según como quedó establecido el problema jurídico en la audiencia inicial llevada a cabo el 27 de marzo de 2019, respecto del cual las partes manifestaron estar conformes (fl. 123 vto., c. 1), el Despacho resolverá si la desaparición de la que fue víctima el señor Roberto Montoya corresponde a un delito de desaparición forzada. Y si ello es así, establecer si es administrativa y patrimonialmente responsable la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, por la desaparición forzada del señor Roberto Montoya, ocurrida el 23 de septiembre de 2000, en el municipio de Puerto Berrio, Antioquia.

2.3. TRÁMITE DEL PROCESO

- La demanda fue radicada el 16 de enero de 2017 (Fl. 47) y mediante auto del 22 de febrero de 2017 fue admitida. (Fls. 49-50).

- El Ejército Nacional contestó la demanda dentro del término de ley, concretamente el 16 de noviembre de 2017 (Fls. 75-86, c. 1) y posteriormente el 20 de marzo y 27 de marzo de 2019, se realizó la audiencia inicial, oportunidad en la cual se declaró terminado el proceso respecto de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, y continuó únicamente contra la Policía Nacional (Fls. 115-117 y 122-126, c. 1).

¹ CPACA artículo 104: *La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. Igualmente conocerá de los siguientes procesos:*

1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable.

² "Artículo 155. *Competencia de los jueces administrativos en única instancia 6. De los de reparación directa, inclusive aquellos provenientes de la acción u omisión de los agentes judiciales, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes"* (...)

- El 30 de octubre de 2019, se abrió el proceso a pruebas como consta a folios 182-183, c.1, en donde se clausuró por completo el periodo probatorio y corrió el término para la presentación de alegatos de conclusión.
- La Policía Nacional presentó alegatos de conclusión dentro del traslado y para la parte demandante venció el término en silencio. (Fls. 184-186, c. 1).
- El 15 de enero de 2020, según constancia secretarial vista a folio 192, el proceso ingresó al Despacho para proferir sentencia.

2.4. DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

El artículo 90³ de la C.P., constituye la cláusula general de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano, de acuerdo con el cual se acogió la teoría del daño antijurídico; entendiéndolo no como *"aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado, sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo"*; siempre y cuando exista título de imputación por acción u omisión a una autoridad pública⁵.

De esta manera, para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado, se deben cumplir varios presupuestos, a saber: que el daño exista, sea antijurídico e imputable por acción u omisión al Estado. En consecuencia, se procederá a realizar el estudio de todos los elementos dentro del presente caso, a fin de soportar la decisión a adoptar.

2.4.1. Del daño y sus elementos

El daño es entendido como *"la lesión del derecho ajeno, consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrido por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que lo acongoja"*⁶. Este concepto señala dos situaciones, la primera consiste en que el daño es la lesión del derecho ajeno; y la segunda, que el daño conlleva o genera una merma patrimonial, haciendo referencia a sus consecuencias negativas o adversas.

Ahora, respecto del daño como primer elemento de la responsabilidad, Juan Carlos Henao⁷, señala:

*... "El daño, es entonces, el primer elemento de la responsabilidad, y de no estar presente torna inoficioso el estudio de la misma, por más que exista una falla del servicio. La razón de ser de esta lógica es simple: si una persona no ha sido dañada no tiene por qué ser favorecida con una condena que no corresponda, sino que iría a enriquecerse sin justa causa. El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil."*⁸

Con lo señalado, se colige que el daño debe ser entendido como la lesión, menoscabo, aminoración o detrimento que sufre una persona y que genera un resultado negativo en su patrimonio material o inmaterial.

Sobre los elementos del daño, el Consejo de Estado⁹ ha indicado que éste existe, en la medida que cumpla varias características; una de ellas es que sea cierto e incuestionable;

³ El artículo 90: El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que les sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste"

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-333/96. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero.

⁵ *Ibidem*.

"Son dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del año a alguna de ellas:"

⁶ Fernando Hinestroza Forero. Derecho Civil obligaciones. Pág. 538

⁷ Jurista Colombiano, Magistrado de la Corte Constitucional y Rector de la Universidad Externado de Colombia.

⁸ El Daño. Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés. Universidad Externado de Colombia. Págs. 36-37.

⁹ Entre otras: Sentencia 14 de marzo del 2012. Rad. 21859 C.P. Enrique Gil Botero. Sentencia 1 de julio del 2015. Rad. 30385 C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

así mismo debe ser personal, en atención a que el que lo haya sufrido sea el que manifieste interés en su reparación, y subsistente, en tanto no haya sido reparado.

2.4.2. De la imputación fáctica y jurídica del daño

La imputación fáctica o material del daño se predica cuando se encuentra demostrado el nexo de causalidad entre el actuar de la entidad demandada, bien sea por acción u omisión, y el daño sufrido por la víctima.

En el juicio de responsabilidad estatal debe analizarse la imputación desde el ámbito fáctico y la imputación jurídica. En esta última se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico que opera conforme a los distintos títulos de imputación: la falla o falta en la prestación del servicio —simple, presunta y probada—; daño especial —desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal—; riesgo excepcional. Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Sobre los criterios a tener en cuenta para identificar la causa del daño, el Consejo de Estado¹⁰ ha señalado:

"en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica.

6.5. En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que "parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones" (66) . Siendo esto así, la imputación objetiva implica la "atribución", lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de "cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta" (67) .

6.6. Sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de "excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar" (68) . Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no (69) . Es más, se sostiene doctrinalmente "que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños" (70).

6.7. Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad (71) es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación (72) que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: "Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro" (73).

6.8. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que "el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad o de protección (74) frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible (75). Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 14 de marzo de 2016. Rad.: 50001-23-31-000-2002-00094-01 (40744) CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

muerte no le es imputable a pesar de la inevitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano” (76).

6.9. 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” (77) .

6.10. Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcarse por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal (78) , teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la administración, puesto que no puede considerarse (...) que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales” (79) , y que además debe obedecer a la cláusula del Estado social de derecho (80) .

Ahora bien, el criterio jurídico de la imputación es sin lugar a dudas indispensable para la determinación de la responsabilidad, dado que no basta con establecer la relación fáctica entre el daño y la acción u omisión del demandado, sino que además es necesario identificar el régimen jurídico aplicable; es decir, realizar la atribución jurídica.

2.5. DEL CASO EN CONCRETO

2.5.1. Hechos Probados

1) A folio 5 obra registro civil de defunción del señor Roberto Montoya (q.e.p.d.), donde se indica que el Juzgado Promiscuo de Familia de Puerto Berrio, en sentencia No. 2007-0086 Y Radicado 2005-0271-00, declaró la muerte presunta por desaparecimiento del señor Roberto Montoya, confirmada por el Tribunal Superior de Antioquia, Sala Civil y de Familia, pero en la misma ordenan cambiar la fecha de presunción de muerte.

2) Según constancia suscrita por el Asistente de Fiscal con Funciones de Policía Judicial Allan Albert Rojas Segura, Fiscalía 37 Seccional de Puerto Berrío, en esa Unidad de Fiscalías, se adelantó investigación previa por el delito de desaparición forzada, donde fuera víctima el señor Roberto Montoya en hechos ocurridos el día 23 de septiembre de 2000. El 5 de enero de 2009, se ejecutorió resolución inhibitoria, quedando archivadas las diligencias (fl. 6, c. 1).

3) A folio 127 del cuaderno 1 obra oficio proveniente de la Fiscalía Seccional 11 mediante el cual allega copia de toda la investigación previa 8187 y SIJUF 139104, adelantada por la extinta Fiscalía Seccional 70, por el presunto delito de desaparición forzada, donde figura como víctima el señor Roberto Montoya (fls. 129-171, c. 1). Sobre la denuncia de la señora Nora Alba Vásquez Rodríguez, compañera permanente del señor Montoya, por la desaparición del señor Roberto Montoya el 26 de septiembre de 2002 en Puerto Berrio, Antioquia, se consigna¹¹:

“El día 10 de mayo de 1998, mi hijo Eleuterio salió de la casa con sus ventas ambulantes y no regresó (...) Tenía un bluyín azul y camiseta blanca. PREGUNTADO: Dígame al Despacho si el señor Roberto tenía enemigos o había recibido amenazas. CONTESTÓ: Durante que vivió con migo (sic) no. PREGUNTADO: Dígame al Despacho porqué hasta ahora viene a formular denuncia después de transcurrido casi seis años. CONTESTO: Porque me habían dicho que la mujer que convivió con él antes de desaparecerse ella ya empezó hacer tramite de lo que él dejó y ami (sic) mis hijos no les dio nada sabiendo que yo tengo cinco hijos con él reconocidos (...) PREGUNTADO: Dígame al Despacho si usted hizo algunas indagaciones sobre el paradero de su compañero. CONTESTO: Si estuve preguntando pero nadie nos daba razón de él. (...)

¹¹ Folio 154

PREGUNTADO: Dígame al Despacho cuánto tiempo convivido (sic) usted con el señor Roberto. CONTESTO: Yo conviví con él 9 años, desde el año 1990 hasta el año 2000...”

Mediante auto de 5 de enero de 2009, la Fiscalía General de la Nación – Unidad Seccional 70 Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio dispuso:

*“Si bien es cierto que el artículo 325 del C. de PP., señala que la investigación previa se realizará en un término máximo de 6 meses, tampoco es cierto que diga que antes de los mismos no se pueda realizar y así optar por la determinación que corresponda, que no es otra que la resolución inhibitoria, pues se carece de elementos de juicio en el expediente, para abrir formalmente la instrucción y con eso evitar el desgaste del aparato judicial, y hasta la fecha no ha sido posible siquiera conseguir que la ofendida comparezca a fin de ser escuchada en ampliación de denuncia, no obstante haberse librado sendos Oficios
(...)*

RESUELVE

PRIMERO: Proferir RESOLUCIÓN INHIBITORIA dentro de la presente investigación, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta resolución.

SEGUNDO: Ejecutoriada la presente, archívense las diligencias en forma provisional y en el evento de que surja prueba sobreviviente, esta actuación puede reabrirse...”

4. En la audiencia de pruebas celebrada el 30 de octubre de 2019 se recibió el testimonio de la señora Yuliana Chaverra Monsalve quien manifestó ser allegada a una de los hermanas del señor Roberto Montoya, y que cuando ella iba a visitarla, ahí llegaba el señor Roberto quien se dedicaba a vender chance, y que la familia le contó que lo desaparecieron grupos al margen de la Ley. Afirmó que el señor Roberto Montoya continúa desaparecido, y que en Puerto Berrio, donde ocurrió el hecho, se encuentra presencia de la Policía y del Ejército Nacional, hace mucho tiempo y aún para la fecha del desaparecimiento. Agrega que le han contado que en la zona hay grupos al margen de la Ley, y que los actos cometidos por ellos eran conocidos, afirmando que en esa época se desaparecía mucha gente, por lo que supone que no había mucha presencia del Ejército y de la Policía, aunque afirma que tenían conocimiento de esos grupos al margen de la Ley.

Sobre la relación afectiva de los demandantes con el señor Roberto Montoya manifestó que eran muy unidos, incluso afirmó que cuando él podía les colaboraba, sobre todo a la señora Luz Mary. Manifestó que desde la fecha que desapareció el señor Roberto, la familia estuvo muy preocupada, se desplazaban a los lugares que les decían para ir a buscarlo, desde eso vivían intranquilos. La testigo manifestó que para el año 2000, cuando ocurrieron los hechos, tenía 13 años de edad y que no le consta el conflicto de la fuerza pública con los grupos armados, pero que se lo contaron.

2.5.2. De la acreditación del daño en el sub lite

Recuérdese que el daño consiste en *“la lesión del derecho ajeno, consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrido por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que lo acongoja”*⁴².

De las pruebas aportadas en el expediente, el daño se encuentra acreditado por cuanto se tiene certeza que el Roberto Montoya se encuentra desaparecido desde el 23 de septiembre de 2000, sin que hasta el momento se sepa de su paradero o se tenga noticias de él.

Pero si bien se planteó lo anterior, la comprobación de la existencia de daño no genera *per se* la responsabilidad del Estado, por cuanto falta acreditar el nexo de causalidad respecto a la acción u omisión de la entidad demandada y que el daño sea antijurídico, es decir que la víctima no debía soportarlo, característica necesaria para que el daño sea indemnizable.

⁴² Fernando Hinestrosa Forero. Derecho Civil obligaciones. Pág. 538

2.5.3. De la imputación del daño en el caso concreto

La imputación fáctica o material del daño se predica cuando se encuentra demostrado el nexo de causalidad entre el actuar de la entidad demandada, bien sea por acción u omisión, y el daño sufrido por la víctima.

En el juicio de responsabilidad estatal debe analizarse la imputación desde el ámbito fáctico y la imputación jurídica. En esta última se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico que opera conforme a los distintos títulos de imputación: la falla o falta en la prestación del servicio —simple, presunta y probada—; daño especial —desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal—; riesgo excepcional.

Respecto de la imputación del daño a las entidades demandadas, conforme a las pruebas que obran en el expediente, se tiene que en principio ninguna de ellas demuestra directamente la relación fáctica causal con las entidades demandadas. No obstante, en lo que atañe a la responsabilidad del Estado por las conductas o actos violentos de terceros dentro del conflicto armado interno, y para los casos cuando no existan elementos probatorios que indiquen que la víctima haya sufrido amenazas previas, y que su condición o funciones no la enmarquen en una categoría que requiera protección especial, la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha apoyado su análisis en el contexto de violencia para medir el grado de previsibilidad de posibles actos contra la ciudadanía, y que en tal medida impliquen a cargo del Estado el desarrollo de actividades especiales y tácticas de defensa por las condiciones del territorio, estableciendo que:

"...Esta Subsección ha tenido en consideración el contexto en que se suceden los hechos, de tal suerte que si estos se desarrollan en zonas de conflicto armado donde la asechanza de los grupos ilegales contra la población civil es evidente, persistente y escalada, ha encontrado fundada la obligación de responder, en aquellos casos en que a partir de las mentadas condiciones se pueden establecer o identificar deberes de protección especial que el Estado debía cumplir y no lo hizo.

... De lo que se trata es que, cuando exista una cadena de sucesos previos, debidamente conocidos y comprobados, con base en los cuales se haya estimado un riesgo exponencial que haga previsible la vulnerabilidad de la población y, por ende, la necesidad de emprender acciones de protección acordes a la situación evidenciada, si estas no se promueven; es decir, si no se adoptan las medidas procedentes y pertinentes, se configura la falla por omisión en los deberes especiales de asegurar las condiciones en tan particular escenario.

De esta forma, la responsabilidad no se erige per se en la situación de contexto sino que el entorno sirve para develar la inactividad del Estado, o si se prefiere, "la variable del contexto no define la responsabilidad pero sí la vulnerabilidad" y esta a su vez, la previsibilidad de los hechos a partir de la cual se realiza el análisis de la posible inadvertencia, descuido, negligencia u omisión en la implementación y realización de los deberes de protección. En otras palabras, el contexto no es el fundamento de la falla del servicio sino el vector de descubrimiento de la inactuación Estatal...

Definir las condiciones de vulnerabilidad jurídica, que es a la vez, definir las condiciones de previsibilidad del daño en un contexto de alteración del orden público o de conflicto armado es algo más complejo, requiere de un ejercicio que trascienda lo meramente circunstancial (contextual) e involucre elementos de lo consubstancial (jurídicos). Atendiendo esa complejidad, Estupiñán Silva, por ejemplo, ha propuesto un "test de vulnerabilidad jurídica" a partir de los insumos jurisprudenciales de la CIDH que, en nuestro caso, puede tener una doble aplicación, es decir, que así como sirve para identificar condiciones de fragilidad social de personas o grupos, también puede utilizarse para evaluar las condiciones de previsibilidad del daño y, su utilidad se resume en que aplica de igual manera tanto para individuos como para grupos o colectivos.

El test pondera tres factores, a partir de los cuales la Sala establecerá tres dimensiones del contexto; dichos factores son: i) las causas subyacentes (circunstancias históricas, políticas y sociales), que como ya se dijo, aunque necesarias no son suficientes para edificar un supuesto de falla y por esta vía la responsabilidad del Estado; ii) la exposición a presiones variables, a partir de las cuales la vulnerabilidad entra en una espiral de progresión, que se inicia en las causas subyacentes pero va tomando fuerza hasta alcanzar condiciones de riesgo o inseguridad. Por el lado de las omisiones, se

toma en cuenta la ausencia institucional o lagunas de protección que ejercen presión sobre otras variables pero, por sobre todo, en el factor "riesgo o inseguridad". Por el lado de la acción aparecen los "peligros aleatorios de diversa índole, entre ellos, "las macro- fuerzas" de naturaleza política, entre las que se encuentran los conflictos armados internos que se conciben como "factores de exacerbación de la exposición a la amenaza de violación de los derechos humanos para algunas personas o grupos de personas"

Hasta aquí, se han abordado dos elementos de vulnerabilidad que se equivalen a dos elementos del contexto: las causas de una realidad dada y la forma como el Estado debe intervenir en esa realidad. Sin embargo, como ya se dijo, estos elementos no son suficientes, ya que aun cuando son útiles para determinar deberes de protección y peligros aleatorios, los datos que arrojan siguen dando reportes de una realidad ampliada, indispensable pero deficitaria al momento de determinar la vulnerabilidad o exposición de un individuo o un colectivo específico (micro realidad) a un riesgo mayor, del cual pueda predicarse, por un lado, la previsibilidad del hecho dañoso y, por otro, la necesidad de acentuar y reforzar la protección y la adopción de medidas. En otras palabras:

[La] hipótesis de una vulnerabilidad inherente a los seres humanos nacida de contextos estatales más o menos expuestos a la amenaza de violación de los derechos humanos no es suficiente. Además de las causas y las presiones variables que exponen más o menos a un sujeto de derecho frente a una amenaza, la Corte IDH ha estimado que es necesario abordar la cuestión del grado de sensibilidad del individuo o del grupo en sí mismo vis -à - vis las mencionadas causas y presiones para determinar si su grado de vulnerabilidad supone (o no) la existencia de obligaciones positivas reforzadas por parte del Estado en virtud de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. Sólo los sujetos que presenten un alto grado combinado de afectación por las causas de la vulnerabilidad, de sensibilidad a la amenaza de violación de sus derechos y de exposición a la amenaza en sí misma, serán calificados por la Corte IDH como sujetos vulnerables [y, para lo que aquí interesa, sujetos expuestos a un riesgo previsible y resistible].

De esta forma aparece, por extensión, el tercer elemento, que aun cuando en estricto sentido no pertenece al contexto, emana de éste; se trata de, iii) el grado de sensibilidad del individuo o del grupo a las causas subyacentes y las presiones existentes en un contexto dado, en este caso, un contexto de conflicto armado. Ello implica establecer en "cuestión de grado", la sensibilidad del sujeto a los dos primeros factores (causas subyacentes y presiones) y "si su grado de vulnerabilidad supone (o no) la existencia [de un riesgo extraordinario que genere] obligaciones positivas reforzadas por parte del Estado", de cara a las exigencias constitucionales y convencionales. De esta manera, se llega a la determinación del "sujeto vulnerable" (expuesto a un riesgo previsible), entendida así:

Sólo los sujetos que presenten un alto grado combinado de afectación por las causas de la vulnerabilidad, de sensibilidad a la amenaza de violación de sus derechos y de exposición a la amenaza en sí misma, serán calificados (...) como sujetos vulnerables. (...).

Con todo esto se quiere significar que el asunto de la previsibilidad o la imprevisibilidad de los hechos, depende por exclusivo de los supuestos fácticos de cada caso y que, de conformidad con lo expuesto, el contexto (en sus tres dimensiones) es relevante para afirmar el nivel de previsibilidad y los deberes de protección especial, a partir de los cuales debe comprobarse la omisión del Estado, so pena de que el caso se atribuya por exclusivo al hecho del tercero. En otras palabras, a partir de una visión integral del contexto se verifica lo que el Estado estaba obligado a hacer pero, además, debe verificarse que no lo hizo (omisión); por tanto, una vez explorado el contexto, el paso a seguir es analizar si el Estado incurrió o no en falla.¹³

Atendiendo lo anterior, corresponde estudiar las tres dimensiones del contexto en el caso concreto a fin de determinar si en los hechos en los que se dio la desaparición forzada y posterior muerte del señor Roberto Montoya, existe un grado mayor de vulnerabilidad individual a las causas subyacentes (contexto histórico) y a las presiones variables (condiciones de riesgo e inseguridad de la zona), que infieran un riesgo extraordinario a partir del cual pueda predicarse un determinado modo de actuar de las entidades demandadas atendiendo la previsibilidad del hecho.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "B", sentencia del 03 de agosto de 2017, expediente 44302, C.P: Ramiro Pazos Guerrero.

Descendiendo al caso concreto, se tiene conocimiento que, debido al conflicto armado interno que por muchos años ha afectado a gran parte del territorio nacional, en la región del Magdalena Medio y particularmente en Puerto Berrío, el orden público por la fecha de los hechos del desaparecimiento de Roberto Montoya se encontraba turbado por la presencia de grupos armados al margen de la Ley, tanto grupos guerrilleros como Autodefensas o paramilitares. Tal situación de violencia fue descrita por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala de Justicia y Paz en sentencia proferida el 16 de diciembre de 2014¹⁴, en el proceso transicional adelantado contra Arnubio Triana Mahecha y otros 26 postulados de las Autodefensas Campesinas de Puerto Boyacá (ACPB), en la que se hizo un recuento histórico de los problemas que aquejaron la región del Magdalena Medio a manos de paramilitares. Inclusive en dicha providencia se dejó evidenciado que en varios casos hubo connivencia de algunos integrantes de la Fuerza Pública con los grupos paramilitares.

En medio de esa turbulencia de violencia armada se encuentra la población civil, donde muchas personas, en mayor o menor grado, dependiendo de su actividad laboral o su injerencia o posición de liderazgo en la comunidad, son sujetos especialmente vulnerables a las acciones violentas de los grupos armados ilegales. Tal acciones violentas dependían de si accedían o no a colaborar con su causa armada ilegal, asegurándose de esa manera de ejercer el control social, territorial y de recursos de la región.

Pero si bien es cierto el nivel de alteración del orden público en el lugar de los hechos, no se puede inferir que por ese hecho toda persona que resulte desaparecida o muerta tenga como causa el accionar de los grupos armados al margen de la ley. En efecto, también puede haber víctimas de esa naturaleza cuya causa pueden deber a otros motivos, como lo pueden ser venganzas o riñas personales.

Y en el caso de Roberto Montoya, con las pruebas obrantes en el expediente, no se observa el nexo de causalidad entre su desaparición y muerte y el accionar –activo u omisivo de la Fuerza Pública. No basta hacer afirmaciones generales para concluir que el desaparecimiento del mencionado señor Montoya sea atribuible a la Fuerza Pública porque se tenía conocimiento que las Autodefensas actuaban con la complacencia de ella.

En el sub lite, se desconocen las razones por las cuales fue desaparecida la víctima, esto es, si fue por causa del conflicto interno o por razones personales. En este caso no se demostró que respecto de Roberto Montoya existieran “riesgos inminentes y cognoscibles” y, que por ello, haya habido omisión del Estado para adoptar todas las medidas razonables para evitar que se concretara el riesgo al que estaba expuesto. Así que, al no demostrarse la ocurrencia concreta de los hechos, no se puede inferir que el desaparecimiento del señor Montoya ocurrió a causa de la omisión del Estado en prestarle protección.

Conforme a lo dicho, en el presente caso no se avizora ninguna participación por parte de las entidades demandadas en el referido desaparecimiento. Si bien en el lugar de los hechos el orden público sufría perturbaciones por el accionar de grupos armados al margen de la ley, también lo es que por la actividad laboral que desarrollaba el señor Roberto Montoya, prima facie, no hacía previsible que estuviera una especial exposición al riesgo del desaparecimiento; pero que en todo caso, no aparece demostrado en el proceso que haya informado a alguna entidad algún riesgo especial para que se hubieran adoptado las medidas de seguridad pertinentes. Lo único que aparece demostrado es que salió a laborar como todos los días y nunca más volvió, nunca más se volvió a saber de él.

Así las cosas, el daño alegado en la demanda, desde el ámbito del artículo 90 constitucional, no resulta imputable a las entidades demandadas, por cuanto no se demostró la falla en el servicio por la omisión de prestarle al desaparecido las medidas de protección alegadas en la demanda.

¹⁴ Rad. 11001-22-52000-2014-00058-00 Rad. Interno 2358 - Magistrado Ponente: Eduardo Castellanos Roso.

En consecuencia, como la parte demandante no cumplió con la carga afirmativa de la prueba establecida en el artículo 167¹⁵ del Código General del Proceso, tendiente a acreditar la causa adecuada del daño alegado, que conllevaría a establecer una falla del servicio por parte de la Policía Nacional, el Despacho denegará las pretensiones de la demanda.

3. COSTAS

En cuanto a la condena en costas, en aplicación del criterio objetivo señalado por el artículo 188 de la ley 1437 de 2011 en concordancia con el artículo 365 del Código General del Proceso, y como quiera que la sentencia es desfavorable a las pretensiones de la demanda, se condenará en costas a la parte vencida.

Dado que en la sentencia debe fijarse el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación, el Despacho atendiendo a lo normado para la materia en el Acuerdo No PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (arts. 2, 3 y 5), condenará al pago de agencias en derecho por el valor que resulte de aplicar el tres por ciento (3%) al valor de los perjuicios reconocidos en la sentencia.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado (35) Administrativo del Circuito de Bogotá - Sección Tercera**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por los motivos señalados en la parte considerativa.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte vencida, liquídense por Secretaría. Se fija como agencia en derecho el equivalente al 3% del valor de los perjuicios solicitados.

TERCERO: Por Secretaría del Juzgado, procédase a la notificación de la sentencia en la forma dispuesta en el artículo 203 de la ley 1437 de 2011.

CUARTO: De no ser apelada la presente providencia y ejecutoriada la misma, por Secretaría procédase a expedir copia auténtica del fallo en mención, una vez cancelada la suma pertinente para dicho trámite y realícese el archivo del expediente, haciéndose las anotaciones del caso.

QUINTO: En firme esta sentencia, liquídense los gastos por la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá y en caso de existir remanentes entréguese a la parte interesada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ IGNACIO MANRIQUE NIÑO
JUEZ

¹⁵ Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.