

RECORTES DE PRENSA O PERIODICOS - Dan cuenta de la noticia pero no son documentos que conlleven a la certeza de la información en ellos contenidos / RECORTES DE PRENSA O PERIODICOS - No pueden ser valorados

Respecto a los recortes de periódico obrantes a folios 49 a 50 del cuaderno No. 5, que no serán abstraídos para su apreciación, ya que por sí solos no revisten valor de plena prueba y la noticia de la que dan cuenta es objeto de análisis ampliado en conjunto, conexidad y consecuencia, con los demás medios aportados.

VALORACION COPIAS SIMPLES APORTADAS POR UNA ENTIDAD PUBLICA - Pleno valor probatorio / PRUEBAS APORTADAS POR LAS PARTES - Que han obrado en el expediente. Pleno valor por haberse surtido el principio de contradicción

El aporte de documentos en copia simple que haga una entidad pública se tienen en el proceso como documentos auténticos, porque provienen de una autoridad estatal que les impregna esta condición y validez, por la sola circunstancia de haberlos aportado. No obstante, la misma regla aplica cuando la entidad pública, sin haberlos aportado, al contestar la demanda o en otra actuación procesal, manifiesta que se acoge a los medios de prueba aportados por la otra parte. Éste es el caso sub iudice. ii) Además, y sólo en gracia de discusión para este proceso, también se valorarán como auténticas las pruebas aportadas por el actor, porque frente a la demandada la Sala observa que los documentos han obrado en el expediente desde el auto de pruebas y, por consiguiente, respecto de ellos se surtió el principio de contradicción.

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Regulación normativa / VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil

En relación con las normas que regulan la materia, es preciso señalar que la regulación vigente es la contenida en los artículos 254 y 252 del C.P.C. (...) las disposiciones contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., resultan aplicables a los procesos de naturaleza contencioso administrativa en curso, de conformidad con la regla de integración, normativa contenida en el artículo 267 del C.C.A. (...) la Sala insiste en que –a la fecha– las disposiciones que regulan la materia son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., ya que la ley 1395 fue derogada, razón por la cual deviene inexorable que se analice el contenido y alcance de esos preceptos a la luz del artículo 83 de la Constitución Política y los principios contenidos en la ley 270 de 1996 –estatutaria de la administración de justicia.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 83 / LEY 1395 DE 2010 / LEY 270 DE 1996 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 267

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Artículo 11 de la Ley 1395 de 2010

Es necesario destacar la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, que cambió el inciso cuarto del artículo 252 del C.P.C., para señalar que los documentos privados elaborados o suscritos por las partes, incorporados al proceso en original o copia se presumen auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación, salvo los que provienen de terceros que revisten la condición de dispositivos.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252 /

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Artículo 215 de la Ley 1437 de 2011

Con la promulgación de la ley 1437 de 2011 –nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo- se profirió una disposición especial aplicable a los asuntos de conocimiento de esta jurisdicción (...) la citada disposición resultaba aplicable a los procesos contencioso administrativos que estuvieran amparados por la regla de transición contenida en el artículo 308 de la misma ley 1437 de 2011. Lo relevante del artículo 215 de la ley 1437 de 2011 – C.P.A.C.A.– era que incorporaba o concentraba la regulación legal del valor probatorio de las copias en una sola disposición, que no se prestaba para interpretaciones o hermenéuticas en relación bien con la clase o naturaleza del documento –público o privado– así como tampoco con su autor, signatario o suscriptor –las partes o terceros–. (...) con el artículo 215 de la ley 1437 de 2011, se permitía que las partes aportaran los documentos que tenían en su poder en copia, sin importar que los mismos fueran elaborados por aquéllas, por terceros o inclusive que provinieran de una autoridad administrativa o judicial. Era el reconocimiento pleno del principio de confianza que debe imperar en toda sociedad moderna, siempre y cuando se otorguen las herramientas para surtir de manera efectiva el derecho de contradicción. (...) las regulaciones contenidas en las leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011, eran el reflejo de una concepción del proceso más moderna, alejada de los ritualismos y formalismos que tanto daño le han hecho a la administración de justicia, puesto que atentan contra los principios de celeridad y eficacia.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 215 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 308 / LEY 1395 DE 2010

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Ley 1564 de 2012. Nuevo Código General del Proceso / VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Artículo 16 del Decreto 1736 de 2012 que derogó el inciso primero del artículo 215 de la Ley 1437 de 2011

Con la expedición de la ley 1564 de 2012 –nuevo código general del proceso– corregido mediante el Decreto 1736 de 2012, se derogó expresamente el inciso primero del artículo 215 de la ley 1437 de 2011, C.P.A.C.A. (...) al haber derogado el Código General del Proceso C.G.P., la disposición contenida en la ley 1437 de 2011, resulta incuestionable que las normas para la valoración de las copias son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., preceptos que mantienen vigencia, ya que sólo la perderán a partir del 1º de enero de 2014, según lo dispuesto en el artículo 627 de la codificación general citada.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 215 / LEY 1564 DE 2012 / DECRETO 1736 DE 2012

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Ley 1564 de 2012. Nuevo Código General del Proceso a partir de la entrada en vigencia. 1 de enero de 2014

Las reglas relativas a la valoración de las copias, que podrán entrar en vigencia el 1º de enero de 2014, según lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 627 del C.G.P., son las siguientes: (...). Cuando entre en vigencia el acápite correspondiente a la prueba documental, contenida en el C.G.P., se avanzará de manera significativa en la presunción de autenticidad de los documentos, lo que es reflejo del principio de buena fe constitucional; lo anterior, toda vez que de los

artículos 243 a 245 del C.G.P., se pueden extraer algunas conclusiones: i) los documentos públicos o privados, emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, se presumen auténticos, ii) es posible que las partes los tachan de falsos o los desconozcan, lo que originará que se surta el respectivo trámite de la tacha, iii) los documentos se pueden aportar al proceso en original o en copia, iv) las copias, por regla general, tendrán el mismo valor probatorio que el documento original, salvo disposición especial en contrario, v) cuando se aporta un documento en copia, corresponde a la parte que lo allega indicar –si lo conoce– el lugar donde reposa el original para efectos de realizar el respectivo cotejo, de ser necesario, y vi) las partes pueden solicitar el cotejo de los documentos aportados en copias. Por consiguiente, el legislador ha efectuado un constructo que busca superar la rigidez y la inflexibilidad de un sistema procesal basado en los formalismos, que distancia a las partes en el proceso, crea costos para los sujetos procesales y, en términos de la teoría económica del derecho, desencadena unas externalidades que inciden de manera negativa en la eficiencia, eficacia y la celeridad de los trámites judiciales.

FUENTE FORMAL: LEY 1564 DE 2012 - ARTICULO 243 / LEY 1564 DE 2012 - ARTICULO 245 / LEY 1564 DE 2012 - ARTICULO 627.6

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Procedencia. Aplicación del principio constitucional de la buena fe

La entidad demandada pudo controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada por los demandantes y, especialmente, la copias simples en comento, sin embargo, su validez no fue objeto de cuestionamiento alguno y, por el contrario, solicitó expresa y oportunamente la acumulación de los tres procesos, de allí que se colija su complicidad para la práctica de las pruebas rogadas por las partes demandantes –adhesión que, por demás, se hizo expresa en oportunidad de contestar la demanda– y su asentimiento con la valoración integral del acervo probatorio que compuso el proceso acumulado. Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal, reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso –incluidas las providencias de la Procuraduría delegada para las Fuerzas Militares, y lo concerniente a la investigación y providencias de la Jefatura de Estado Mayor Conjunto y Tribunal Superior Militar-, que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su autenticidad por el ente territorial demandado, cuando por el contrario gozó de su aquiescencia para el respectivo análisis. El anterior paradigma, como se señaló, fue recogido por las leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011, y 1564 de 2012, lo que significa que el espíritu del legislador, sin anfibología, es modificar el modelo que ha imperado desde la expedición de los Decretos leyes 1400 y 2019 de 1970. En otros términos, a la luz de la Constitución Política abstenerse de adoptar una decisión de fondo en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar –de modo significativo e injustificado– el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.). Lo anterior no significa que se estén aplicando normas derogadas (ultractividad) o cuya vigencia se encuentra diferida en el tiempo (retroactividad), simplemente se quiere reconocer que el modelo hermenéutico de las normas procesales ha sufrido cambios significativos que permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio, para lo cual puede valorar documentos que se encuentran en copia simple y frente a los cuales las partes han guardado silencio, por cuanto han sido ellas mismas las que con su silencio, así como con la referencia a esos documentos en los actos procesales (v.gr. alegatos, recursos, etc.) los convalidan, razón por la que, mal haría el juzgador en desconocer los principios de buena fe y de lealtad que han imperado

en el trámite, con el fin de adoptar una decisión que no refleje la justicia material en el caso concreto o no consulte los postulados de eficacia y celeridad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 83 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 228 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 229 / DECRETO LEY 1400 DE 1970 / DECRETO LEY 2019 DE 1970 / LEY 270 DE 1996 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254 / LEY 1395 DE 2010 - ARTICULO 11 / LEY 1437 DE 2011 / 1564 DE 2012

PROCESOS EJECUTIVOS - Obligación de aportar original o copia auténtica del documento público o privado

No quiere significar en modo alguno, que la Sala desconozca la existencia de procesos en los cuales, para su admisión y trámite, es totalmente pertinente el original o la copia auténtica del documento respectivo público o privado. En efecto, existirán escenarios –como los procesos ejecutivos– en los cuales será indispensable que el demandante aporte el título ejecutivo con los requisitos establecidos en la ley (v.gr. el original de la factura comercial, el original o la copia auténtica del acta de liquidación bilateral, el título valor, etc.). Por consiguiente, el criterio jurisprudencial que se prohíba en esta providencia, está relacionado específicamente con los procesos ordinarios contencioso administrativos (objetivos o subjetivos) en los cuales las partes a lo largo de la actuación han aportado documentos en copia simple, sin que en ningún momento se haya llegado a su objeción en virtud de la tacha de falsedad (v.gr. contractuales, reparación directa, nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho), salvo, se itera, que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas como por ejemplo el artículo 141 del C.C.A., norma reproducida en el artículo 167 de la ley 1437 de 2011 –nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo–. No obstante, el legislador del año 2011, al reconocer la importancia de los principios constitucionales y la función que ejercen o cumplen en la armonización de los postulados legales del orden procesal, determinó en la nueva disposición del artículo 167 ibídem, que “no será necesario acompañar su copia [la de las normas de alcance no nacional], en el caso de que las normas de carácter local que se señalen como infringidas se encuentren en el sitio web de la respectiva entidad, circunstancia que deberá ser manifestada en la demanda con indicación del sitio de internet correspondiente”.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 167 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 141

COPIA SIMPLE QUE NO HA SIDO TACHADA DE FALSA - Valor probatorio. Valoración probatoria

La tesis que se acoge en esta oportunidad ha sido avalada por otras Secciones del Consejo de Estado, de manera concreta, la Segunda, al establecer que el hecho de que no se hubieran tachado de falsas las copias simples permite deducir la anuencia frente a los citados documentos. (...) constituye una realidad insoslayable que el moderno derecho procesal parte de bases de confianza e igualdad de armas, en las que los aspectos formales no pueden estar dirigidos a enervar la efectividad del derecho material, sino que deben ser requisitos que garanticen la búsqueda de la certeza en el caso concreto y, por lo tanto, impidan que el juez adopte decisiones inhibitorias. Así las cosas, se debe abogar por un derecho procesal dinámico, en el que las partes asuman sus responsabilidades a partir de un escenario serio en el que se defiendan los intereses subjetivos que se

debaten al interior del litigio, sin que el operador judicial promueva rigorismos formales que entorpezcan la aplicación del mismo. Ahora bien, todo cambio o unificación de jurisprudencia genera una aplicación de la nueva hermenéutica adoptada, razón por la cual el posible argumento referente a la modificación de la línea jurisprudencial que sobre la materia ha sostenido esta Sección y, de manera concreta, una de sus Subsecciones, no puede constituir razón suficiente para mantener la vigencia de una tesis que no consulta los postulados constitucionales y los lineamientos procesales modernos. Una de las finalidades principales del orden jurídico o normativo reside en la efectividad de los derechos y las garantías de los sujetos procesales, por lo tanto, una postura excesivamente formal deslegitima los fines esenciales del derecho procesal o adjetivo, máxime si las partes han guardado silencio a lo largo de la actuación, lo que ha permitido convalidar su postura frente a los documentos que reposan en el plenario en copia simple. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencia del 2 de agosto de 2007, exp. (1926-04).

TRASLADO DE LAS PRUEBAS PRACTICADAS EN EL PROCESO PENAL - Valor probatorio. Valoración probatoria

La copia de las pruebas practicadas en el proceso penal militar, investigación a la que dieron lugar los hechos a que se refiere el presente caso, fueron solicitadas como prueba trasladada por la parte actora, si bien a dicha petición se adhiriera la entidad demandada. Así las cosas, pueden ser valoradas en consideración a que la Sala ha determinado, en jurisprudencia reiterada, que los medios suasorios obrantes en ellos fueron practicados con audiencia de la demandada, por cuanto esa entidad intervino en el proceso original. Asimismo, se itera, las indagatorias de los guardianes implicados en el hecho, tampoco podrán ser valoradas ya que carecen del requisito del juramento, necesario para poder ser tenidas como declaraciones de terceros, conforme al artículo 227 del Código de Procedimiento Civil.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL - ARTICULO 227

TESTIMONIOS RENDIDOS EN EL PROCESO PENAL MILITAR - Valor probatorio. Valoración probatoria

Respecto a los testimonios rendidos en el proceso penal militar –que si serán objeto de valoración en la presente instancia-, el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal consagra: (...) Como se observa, del numeral uno del artículo citado se deducen dos requisitos que deben concurrir para encuadrar en el marco descrito por la norma, i) que los testimonios se hayan rendido en otro proceso y ii) que se hayan practicado sin audiencia de la persona contra la que se pretende acreditar en el presente. Sin embargo, si bien es cierto que los testimonios que se tendrán bajo consideración se rindieron en un proceso diferente, lo es también que la demandada en el presente proceso asistió a la práctica de las declaraciones, por tanto, se trata de testimonios cuya ratificación es inocua, de allí que serán valorados y llamados a integrar el criterio de la Sala. Por consiguiente, la Sala armonizará el acervo probatorio que compone el proceso, sin distinción de los documentos allegados en copia simple, y fallará de acuerdo al valor integral que se les confiera, de acuerdo al análisis sano y crítico que a partir de aquí se surta.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL - ARTICULO 229

DAÑO ANTIJURIDICO - Muerte y lesiones a guardianes del Inpec. Prisión de máxima seguridad La Catedral / DAÑO ANTIJURIDICO - Imputación / RESPONSABILIDAD DEL EJERCITO NACIONAL - Configuración

Con el fin de establecer a quien se le debe atribuir la muerte del Sargento de Prisiones Olmedo Mina, se concluye que, si bien no es posible individualizar el responsable directo que accionó el arma que le dio de baja, si resulta indudable que los dos primeros impactos los recibió de frente, y que de frente se encontraban los integrantes del grupo élite de las Fuerzas Especiales Urbanas que asaltaron el puesto principal de guardia. La defensa de tal circunstancia niega este hecho arguyendo que la muerte de Mina no fue producto de disparos a quemarropa y que los efectivos no ingresaron a rematarlo, hecho que presumen es muy claro por la ausencia de tatuaje. No obstante, como ya se evidencio, la falta de tatuaje solo confirma que los disparos que ocasionaron la muerte a Mina no se produjeron a contacto, semicontacto, ni a distancia intermedia. Es evidente que la muerte del Sargento Mina fue determinada por el ingreso de la tropa al centro carcelario y que, por consiguiente, se debe verificar si se dio alguna causal de exoneración que libere a la Administración de la responsabilidad de indemnizar el daño que ciertamente produjo, o si el mismo se presentó en condiciones obrantes de ilicitud, al margen de los riesgos normales a los que se somete el guardián de prisiones en cumplimiento de sus funciones.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Fuerza pública / CONFIGURACION DE LA FALLA DEL SERVICIO - La muerte del guardián de prisiones se produjo en circunstancias excepcionales, estando sometido a un riesgo que no debía asumir, por encontrarse más allá de sus funciones

No resulta coherente que, como consta en diversos testimonios, los guardianes hayan permitido el acercamiento de la tropa hasta la puerta misma de la guardia - aún cuando se percataron de su aproximación al penal al tiempo que se efectuaba la avanzada-, para luego de tener a la Fuerza Especial Urbana apostada a unos pocos metros, oponer resistencia con el armamento exiguo al que accedían y las pocas unidades que se encontraban de servicio. Hacer frente a los militares en esas circunstancias constituía un fracaso irracional -poco menos que un acto colectivo suicida-, y tal como se dice que afirmó el Sargento Mina, un enfrentamiento muy desigual. (...) Observa la Sala el conjunto de las declaraciones, concluyendo que es fácilmente perceptible -a partir de su valoración integral-, que la muerte del Sargento de Prisiones Olmedo Mina se produjo en circunstancias excepcionales, sometido a un riesgo que no debió asumir por encontrarse, evidentemente, más allá de sus funciones, máxime si se tiene en cuenta que, -resulta de un razonamiento básico de sentido común-, las funciones de un guardián de prisiones giran en torno a garantizar la reclusión de las personas privadas de la libertad y a prestar seguridad a las mismas, tanto de posibles amenazas internas como de aquellas provenientes de afuera, de allí que sería un craso error de éste juzgador interpretar que un guardián de prisiones esté compelido, en virtud de sus funciones, a soportar un ataque externo, aún por parte de las autoridades militares del Estado, o aún tratándose de un operativo que comprometa la seguridad nacional, en cuyo caso sigue siendo incontrovertible la obligación de reparar los daños que se hayan causado a partir de la ejecución del mismo. (...) se hace necesario concluir que el daño antijurídico causado le es imputable a la Administración, pues el mismo se produjo como consecuencia de la falla del servicio que auspiciaran las agencias militares y gubernamentales el 21 y 22 de julio de 1992, durante la operación de asalto a la Cárcel de Máxima Seguridad de Envigado, mejor conocida como "La Catedral".

FALLA DEL SERVICIO - Omisión en el deber constitucional de limitar el uso de la fuerza pública, y demás medidas coercitivas, para evitar incurrir en excesos desproporcionados

Con el propósito de acreditar o desvirtuar la responsabilidad por parte del Estado

en el desarrollo de las circunstancias en que se produjo el deceso del Sargento de Prisiones Olmedo Mina y las lesiones de los demás guardianes, la Sala se detendrá en las declaraciones rendidas por los funcionarios del Gobierno Nacional y los cuadros militares, que orientaron el desenlace de la situación generada a partir de la operación tendiente a recuperar el control de la Cárcel de Máxima Seguridad de Envigado. (...) no existe en esta declaración certeza suficiente que permita establecer, más allá de cualquier duda razonable, la concertación de los guardianes del orden nacional, ni de todos los del orden municipal-, para cooperar con los delincuentes allí retenidos -ni mucho menos de qué manera esa eventualidad pudo guiar el deceso de Olmedo Mina-, no obstante la pasividad que demostraron con las irregularidades descomunales que se estaban sucediendo. Sin embargo, si fue taxativo al expresar que le consta el pleno acatamiento de las órdenes impartidas por el Director de la Cárcel al Sargento Mina y al Cabo Giraldo. Más allá de esta situación, si los guardianes municipales –personal que custodiaba directamente a los internos- se encontraban o no cooperando con los criminales, lo mismo no exonera la responsabilidad, por el contrario, expone la ausencia de planificación y ejecución improvisada del operativo, donde no solo internos y guardianes confabulados fueron víctimas de un trato deshumanizado, sino también los demás funcionarios ajenos a la situación. Es decir, si bien es cierto que los hechos que allí acontecieron ocurrieron con la cooperación de algunos guardianes -como tristemente también del personal militar-, es evidente que la fuerza con que impelió el asalto fue desbordada y excesiva, así como el trato que proporcionó a las personas que sometieron al interior del penal.

FALLA DEL SERVICIO - Se configura cuando a los funcionarios se les somete a un riesgo superior al que normalmente deben soportar con ocasión de su actividad

La Sala ha entendido que al Estado no se le puede atribuir responsabilidad alguna por la concreción de esos riesgos, a menos que se demuestre que la lesión o muerte deviene de una falla del servicio, que consiste en el sometimiento del afectado a un riesgo mayor que al de sus demás iguales. (...) Así que, tal como ya se dijo, por tratarse de una clara y evidente falla del servicio, puesto que el daño ocasionado le es atribuible a la Administración toda vez que, si bien las circunstancias que rodeaban la ocurrencia de graves irregularidades en la Cárcel Municipal de Máxima Seguridad de Envigado eran aberrantes y se requería una solución por parte del Gobierno, se esperaba del Ejército Nacional un uso metódico y un manejo ordenado y sistemático tendiente a neutralizar los posibles riesgos a que se pudieran someter, no solo ellos mismos, sino además los funcionarios delegados del Gobierno, internos y guardianes del orden municipal tanto como nacional.

DAÑO MORAL - No puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto. Reiteración jurisprudencial / TASACION DEL DAÑO MORAL - Aplicación del arbitrio juris / APLICACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - No constituye la herramienta o instrumento jurídico pertinente para la valoración y tasación del perjuicio moral

Se reitera la jurisprudencia –acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de la Sala Plena de la Sección Tercera y la posición mayoritaria de la Subsección C– 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 (...) 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 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 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.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Noción. Definición. Concepto / SUBPRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Método de ponderación / METODO DE PONDERACION - Elementos de estructuración / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Aplicación jurisprudencial constitucional

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 (...) 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. (...) 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. (...) 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. 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.

APLICACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Afectaría el derecho fundamental a la igualdad / APLICACION DEL ARBITRIO JURIS - fundamento / TASACION DEL DAÑO MORAL - Aplicación de los principios del arbitrio juris y la equidad

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 iudicis 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. (...) 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 (...) 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 principios del arbitrio juris y la equidad (...) 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.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D.C., treinta (30) de enero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 05001-23-31-000-1994-00288-01(24530)

Actor: NANCY CHANTRE GONZALEZ

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 15 de mayo de 2002, proferida por la Sala Quinta de Decisión del

Tribunal Administrativo de Antioquia, en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y trámite procesal en la primera instancia

1.1 El 28 de febrero de 1994, mediante apoderado judicial, los señores: Nancy Chantre González, quien interviene en nombre propio y en el de su hija menor, Angeli Mina Chantre; así como Heliodora Mina Fori; Pablo Emilio, María Celmira y Sabina Caicedo o Mina, solicitaron que se declarara patrimonialmente responsable a la Nación -Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, Fuerzas Especiales Urbanas del Comando General de las Fuerzas Militares-, por la muerte de su esposo, padre, hijo y hermano, el señor Olmedo Mina, en hechos ocurridos la noche del 21 y la madrugada del 22 de julio de 1992, en la Cárcel Municipal de Máxima Seguridad de Envigado, conocida como "La Catedral", cuando se produjo la fuga, entre otros reclusos, de Pablo Escobar Gaviria.

Como consecuencia de la anterior declaración, los demandantes deprecaron las siguientes condenas:

"(...) Condénase a la NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL – MIEMBROS DE LA AGRUPACIÓN FUERZAS ESPECIALES URBANAS DEL COMANDO GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES a pagar a: la menor ANGELI MINA CHANTRE, y a los señores NANCY CHANTRE GONZÁLEZ, HELIODORA MINA FORI, SABINA CAICEDO O MINA, de todos los daños y perjuicios tanto materiales como morales en el orden que se indicará más adelante, que se les ocasionó con la muerte violenta de que fuera víctima el Sargento de Prisiones OLMEDO MINA, conforme a la siguiente liquidación, o la que resulte probada en el proceso:

a. CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$40'000.000.00) por concepto de lucro cesante, que se liquidaran directamente a favor de la hija del extinto, la menor ANGELI MINA CHANTRE y la compañera del mismo por unión libre, señora NANCY CHANTRE GONZÁLEZ, en la proporción que ha determinado la jurisprudencia nacional, correspondiente a las sumas de dinero que el fallecido dejó de producir por razón de su muerte violenta y prematura, y por todo el resto posible de vida que le quedaba, en su condición de Sargento, con grado póstumo de Sub Teniente de la Dirección General de Prisiones, habida cuenta de su edad al momento del insuceso (38 años) y a la esperanza de vida calculada conforme a las tablas de mortalidad aprobadas por la Superintendencia Bancaria.

b. Daños y perjuicios patrimoniales directos o daño emergente, por

concepto de gastos funerarios, diligencias judiciales, honorarios, y en fin todos los gastos que sobrevinieron con la muerte del Sargento, con grado póstumo de Sub Teniente OLMEDO MINA, que se estiman en la suma de DOS MILLONES DE PESOS (\$2'000.000.00) y que se liquidaran directamente a favor de la señora NANCY CHANTRE GONZÁLEZ, en su condición de compañera por Unión Libre, del extinto.

c. El equivalente en moneda nacional de 1.000 gramos de oro fino para CADA UNO de los demandantes, o sea para la menor ANGELI MARÍA CHANTRE, la señora NANCY CHANTRE GONZÁLEZ y los señores HELIODORA MINA FORI, SABINA CAICEDO o MINA, MARÍA CELMIRA CAICEDO o MINA y PABLO EMILIO CAICEDO o MINA, por concepto de perjuicios morales o "pretium doloris", consistente en el profundo trauma psíquico que produce el hecho de saberse víctima de un acto arbitrario por acción o por omisión, nacida de la falta de responsabilidad de la fuerza pública, en aplicación del art. 106 del C. Penal, máxime cuando el hecho produjo la muerte de un ser querido (padre, compañero, hijo y hermano), por incumplimiento de un deber constitucional a través de la comisión de delitos como el homicidio, las lesiones personales, etc., por parte de las Fuerzas Militares demandadas.

d. Todas las condenas serán actualizadas al momento del fallo conforme a la evolución del índice de precios al consumidor.

En igual forma se pagarán los intereses a que hubiera lugar".

TERCERO: LA NACIÓN dará cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta días siguientes al de su ejecutoria" (fls. 13 y 14 del cdno. No. 2)

Como fundamento de las pretensiones se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos:

1.1.1. El 21 de julio de 1992, el Sargento Olmedo Mina, al servicio de la Dirección General de Prisiones, se encontraba al comando del cuerpo de guardia que custodiaba la Cárcel Municipal de Envigado, también conocida como "La Catedral" donde, hasta ese día, se hallaba recluido el jefe narcotraficante del cartel de Medellín, Pablo Escobar Gaviria.

1.1.2. Durante el transcurso de esa noche y el amanecer del 22 de julio del mismo año, el delincuente de marras con la connivencia de la guardia militar integrada por miembros de las Fuerzas Especiales Urbanas del Comando General de las Fuerzas Militares –a quienes habría sobornado y cuya misión consistía en custodiar las afueras del penal-, se fugó de la llamada Catedral, provocando el caos que tras de su huída desencadenaría en la muerte del Sargento Olmedo Mina y las lesiones a los guardianes: Javier Giraldo Flórez, José Manuel Fonseca Buelvas, Argemiro Serna Torres, Yamid Arturo Marín Monsalve, Luis Ernesto Camacho Días, Pedro Fidel Delgado Mendoza, Luis Guillermo Toro Zapata, Víctor

Hugo América Olaya, Jaime Alonso López Hincapié, Oscar de Jesús Giraldo López y Julio Alberto Romero Polo.

1.1.3. Durante la fuga del narcotraficante Pablo Escobar, los militares que cooperaron con el extinto capo enfrentaron con armas de fuego de largo alcance a la guardia de prisiones. Se afirma por el actor que la investigación de la Procuraduría General de la Nación corroboró que los miembros de las Fuerzas Especiales Urbanas del Comando General del Ejército irrumpieron a sangre y fuego en el penal, ante la renuencia del comandante de guardia, Olmedo Mina, a permitir un ingreso de las tropas de manera irregular, habida cuenta de la ausencia de autorización formal que les exigía el reglamento. Adujo también, que, en efecto, el Régimen Carcelario exige autorización del juez competente para el traslado de quien está siendo procesado, y de la Dirección Nacional de Prisiones, en caso de tratarse de un condenado.

1.1.4. La guardia de la Cárcel Municipal de Envigado, comandada por el Sargento Olmedo Mina, no fue informada de la orden impartida por el Gobierno Nacional, por lo que al momento de oponerse al ingreso del grupo élite de las Fuerzas Militares, solo cumplió con el deber, en clara observancia del reglamento.

1.2 La Sección Primera del Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda en auto del 9 de marzo de 1994, y allí mismo ordenó su fijación en lista; de igual manera, la notificación se surtió en debida forma el 19 de julio de 1994.

1.3 La parte demandada presentó su contestación el 18 de julio de 1994, considerando que no era posible atribuir responsabilidad alguna a la Nación, toda vez que la actuación de la Guardia Nacional Penitenciaria fue contraria a la ley y separada de los reglamentos internos. Posteriormente, el Tribunal determinó la apertura a pruebas del proceso, mediante proveído del 27 de julio de 1994.

1.4 Durante el transcurso de esa etapa procesal, mediante memorial presentado el 11 de julio de 1995, el apoderado de la parte demandante solicitó la acumulación de los procesos con radicados 940.288 y 940.200, comoquiera que se configuraban los requisitos consagrados en el C. de P.C., toda vez que los dos procesos se tramitaban en el Tribunal bajo igual procedimiento, las pretensiones de los dos eran acumulables, se basaban en los mismos hechos y los identificaba la convergencia frente a la parte demandada. De allí que, verificado el cumplimiento de tales exigencias, en proveído del 3 de agosto de 1995, el Tribunal

Administrativo de Antioquia, decretó la acumulación de los procesos.

En el mismo auto, la Sala ordenó la suspensión del proceso con radicado 940.288, en aras de adelantar la tramitación del 940.200 hasta igualarlo a aquél, y se definió que seguiría conociendo de los acumulados el ponente del primero de ellos, de tal suerte que el 5 de septiembre de 1995, la Secretaría de la Sección Primera, le remitió el expediente para su respectiva acumulación (fl. 61 del cdno No. 8)

1.5 Así las cosas, se tiene que el 7 de febrero de 1994 -debidamente representados por apoderado judicial-, las señoras Heliodora Mina Fori y Fabiola Quinayas Homen, ésta última actuando en nombre propio y en representación de su hijo, Rubén Olmedo Mina Quinayas, por una parte, en calidades de madre, compañera permanente e hijo –respectivamente-, quienes demandaron en razón de la muerte de Olmedo Mina; igualmente, Javier Giraldo Flórez y Luz Marina Ospina Trujillo, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos menores: Lucas y Natalia Giraldo Ospina, por otra, también acudieron mediante acción de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa, Ejército Nacional-, para que se le declarara patrimonialmente responsable de las lesiones sufridas por Giraldo Flórez, en los hechos ocurridos el 21 y 22 de julio de 1992 en la Cárcel Municipal de Máxima Seguridad de Envigado, como consecuencia del operativo desplegado por parte del Ejército Nacional, y de la fuga del delincuente Pablo Escobar Gaviria.

Como consecuencia de la anterior declaración, los demandantes deprecaron las siguientes condenas:

“(...) se condene a LA NACIÓN COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL), a pagar a cada uno de ellos:

a. POR DAÑOS MORALES: El equivalente de un mil gramos oro, en pesos colombianos, de la fecha de la ejecutoria de la sentencia para cada uno de los demandantes.

b. POR DAÑOS MATERIALES:

Para FABIOLA QUINAYAS HOMEN (compañera permanente del occiso): Las cantidades de \$28'079.624,00 por concepto de lucro cesante, que comprende los perjuicios causados y futuros (causados la suma de \$2'193.378,00 y futuros la suma de \$25'886.246,00).

Para RUBEN OLMEDO MINA QUINAYAS (hijo del occiso): Las cantidades de \$19'385.851 por concepto de lucro cesante, que comprende los perjuicios causados y futuros (causados \$2'193.378, 00

y futuros, la suma de \$17'192.473)" (fls. 20 y 21 del cdno. No. 8)

Así mismo, respecto de Javier Giraldo Flórez, Luz Marina Ospina Trujillo, Lucas y Natalia Giraldo Ospina, se solicitó la siguiente condena, para cada uno de ellos:

a. POR DAÑOS MORALES: el equivalente de un mil gramos oro en pesos colombianos, para cada uno de los demandantes, de la fecha de ejecutoria de la sentencia.

2.2 LA NACIÓN COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL), dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A." (fls. 24 y 25 del cdno. No. 8)

Como fundamento de las pretensiones se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos:

1.5.1. El Sargento, Olmedo Mina y el Cabo, Javier Giraldo Flórez, se desempeñaban como funcionarios de la Dirección Nacional de Prisiones, y para el 21 de julio de 1992 se encontraban asignados a la Cárcel Municipal de alta seguridad de Envigado donde, para ese entonces, estaba recluso el criminal, Pablo Escobar Gaviria.

1.5.2. Aseguraron que durante el transcurrir del 21 de julio de 1992, aproximadamente sobre las tres de la tarde, más de seiscientos hombres de las Fuerzas Especiales Urbanas y Rurales del Comando General de las Fuerzas Militares, equipados con armas sofisticadas de largo alcance, empezaron a rodear el penal en actitud amenazante.

1.5.3. Refirieron que, tanto el Director (E) de la prisión, Señor Jorge Armando Rodríguez González, como la comandancia de la guardia y su personal en servicio, desconocían el objetivo de la operación encargada a las tropas apostadas alrededor de la cárcel.

1.5.4. El Viceministro de Justicia de la época, Eduardo Mendoza de la Torre, en compañía del Director Nacional de Prisiones, TC. Hernando Navas Rubio, ingresaron a la Catedral con la misión de coordinar el traslado de Pablo Escobar Gaviria a una base militar en Bogotá. A las afueras del reclusorio, se dieron cita con el BG. Gustavo Pardo Ariza, quien se encontraba al mando de las Fuerzas Especiales del Ejército allí acantonadas, y cuya misión era asumir el control

interno y externo de la cárcel, relevando a la guardia de prisiones del mando hasta ese momento.

1.5.5. El Viceministro de Justicia y el Director Nacional de Prisiones, ingresan a la Catedral, y una vez allí le comunican a Pablo Escobar que el Ejército relevaría a la guardia de la prisión por razones de seguridad, pero éste se opone a dicho ingreso, comoquiera que en el acuerdo para su rendición el Ejército tenía expresamente prohibida la entrada a ese sitio de reclusión.

1.5.6 No obstante, durante el desarrollo de estos sucesos, se emite de manera radial un comunicado de prensa de la Presidencia de la República donde se informa la orden de trasladar a los internos de la Cárcel Municipal de Máxima Seguridad de Envigado a una base militar en la ciudad de Bogotá, por lo cual el narcotraficante y sus hombres retienen a los funcionarios que se encontraban intermediando, como garantía de protección para sus vidas.

1.5.7. Con la excusa de liberar a los funcionarios que Escobar había tomado como rehenes -luego de más de 15 horas de asediar “La Catedral”-, el 22 de julio a las 7:30 de la mañana, haciendo caso omiso de los llamados que hizo por radio Jorge Armando Rodríguez González para que se respetaran las vidas de las personas al interior de la prisión-, las Fuerzas Especiales irrumpieron violentamente, a sangre y fuego, al interior de la cárcel, sin necesidad de hacerle frente a resistencia alguna y dejando como saldo la muerte del Sargento Olmedo Mina -quien comandaba la guardia- y produciendo heridas a varios guardianes, entre ellos al Cabo Javier Giraldo Flórez.

1.5.8 La Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Antioquia inadmitió la demanda el 25 de febrero de 1994, exigiéndole al demandante la estimación razonada de la cuantía, luego de lo cual, verificado el cumplimiento del requisito, la admitió en auto del 23 de mayo de 1994, y allí mismo ordenó su fijación en lista. De igual manera, la notificación se surtió en debida forma el 6 de julio de 1994. Posteriormente, se admitió la adición de la demanda mediante proveído del 21 de febrero de 1995, luego de lo cual, el 16 de mayo de 1995, le fue notificada al demandado, que presentó su contestación el 11 de octubre de 1994 –donde solicitó que los hechos alegados fueran probados y se adhirió a las pruebas invocadas por la parte demandante, considerándolas suficientes para desvirtuar los hechos-, guardó silencio frente a la adición de la demanda.

Encontrándose en esta etapa, mediante auto del 25 de agosto de 1995, el proceso fue remitido a la sección segunda, para que continuara el trámite correspondiente, de acuerdo a su acumulación al proceso 940.288, conforme se había decretado.

1.6 Mediante memorial presentado el 29 de mayo de 1997, la apoderada de la parte demandada solicitó la acumulación del proceso con radicado 940.646, a los ya acumulados 940.288 y 940.200, toda vez que los supuestos jurídicos se configuraban, de acuerdo a las normas del C. de P.C. que así lo regulan. Así las cosas, verificado el cumplimiento de los requisitos contenidos en los artículos 157 y 158 de dicho estatuto, en proveído del 5 de marzo de 1998, el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sección Segunda, decretó la acumulación del mencionado proceso al 940.288 acumulado al 940.200, bajo el conocimiento del Magistrado sustanciador de estos últimos. (fl. 406 del cdno. 2)

En el mismo auto, la Sala determinó la suspensión del proceso con radicado 940.646, en atención a que era el más adelantado, y con el propósito de igualar la tramitación del 940.288 -acumulado con el 940.200-. Así las cosas, comoquiera que el 940.646 entró para fallo el 26 de agosto de 1997, el 15 de septiembre siguiente el despacho sustanciador de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Antioquia, dispuso la remisión del proceso a la Sección Segunda, para su acumulación. (fls. 160 al 163 del cdno. No. 1).

1.7 Así las cosas, se tiene que el 25 de mayo de 1994 por intermedio de apoderado, los señores: José Manuel Fonseca Buelvas y Fredelina Chávez Palomino, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos: Javier José y Yuri José Fonseca Chávez; Argemiro Serna Torres, actuando en nombre propio y en representación de sus hijas menores: Mónica Lliceide y Lina Marcela Serna Hernández; y María Yolanda Hincapié; Yamid Arturo Marín Monsalve; Camilo Arturo Marín Amaya y Ana de Dios Monsalve Tabares; Luís Ernesto Camacho Díaz y Omaira de Jesús Montoya Ortiz, actuando en nombre propio y en representación de su hija menor, Luisa Fernanda Camacho Montoya; Pedro Fidel Delgado Mendoza y María del Carmen Suaza Arias, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos menores: Pedro Alejandro y Carlos Julio Delgado Suaza; Luís Guillermo Toro Zapata y Omaira Barrada Bedoya, actuando en nombre propio y en representación de sus hijas menores: Lady Viviana, Izabel Cristina y Yuliet Lorena Toro Barrada; Víctor Hugo América Olaya y Luz Estella Molina Ortiz, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos menores: Iván Darío y Leidy Johana América Molina; Jaime Alonso López

Hincapié; Oscar de Jesús Giraldo López y María Dolores López Castañeda; Julio Alberto Romero Polo y Betty del Carmen Hernández Mayoriano, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos menores: Luís y Harold David Romero Hernández, demandaron en acción de reparación directa a la Nación – Ministerio de Defensa, Ejército Nacional-, para que se le declarara patrimonialmente responsable de todos los daños y perjuicios materiales y morales que se les ocasionó con motivo de las lesiones sufridas por José Manuel Fonseca Buelvas, Argemiro Serna Torres, Yamid Arturo Marín Monsalve, Luis Ernesto Camacho Díaz, Pedro Fidel Delgado Mendoza, Luis Guillermo Toro Zapata, Víctor Hugo América Olaya, Jaime Alonso López Hincapié, Oscar de Jesús Giraldo López y Julio Alberto Romero Polo –quienes encabezan en la demanda su respectivo grupo familiar-, en desarrollo del operativo que realizaron las Fuerzas Especiales Urbanas y Rurales del Comando General de las Fuerzas Militares los días 21 y 22 de julio de 1992 en las instalaciones de la Cárcel Municipal de Máxima Seguridad de Envigado, en el marco de la fuga del delincuente Pablo Escobar Gaviria y sus secuaces, quienes se encontraban allí reclusos.

Como consecuencia de la anterior declaración, deprecaron, para cada uno de ellos, el equivalente en pesos colombianos a mil gramos de oro a la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso, y su cumplimiento de acuerdo a lo consagrado por los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. (fls. 62 a 71 del cdno. No. 1)

1.8 Como fundamento de las pretensiones se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos:

1.8.1 El 21 de junio de 1992, el Sargento Olmedo Mina y el Cabo Javier Giraldo se encontraban al mando de la guardia de prisiones encargada de la seguridad de la Cárcel Municipal de Máxima Seguridad de Envigado, conocida como “La Catedral”.

1.8.2. A eso de las tres de la tarde de ese día, fuerzas especiales -urbanas y rurales- del Ejército Nacional, empezaron a rodear el establecimiento de reclusión, sin que se informara al personal de la guardia de prisiones la misión que traían encomendada.

1.8.3. El Viceministro de Justicia y el Director Nacional de Prisiones se dieron

cita a las afueras del penal, donde el BG. Gustavo Pardo Ariza les informó que la orden impartida a sus hombres era relevar al personal de la guardia de prisiones y asumir el control interno y externo de la cárcel. Así las cosas, los funcionarios ingresaron a “La Catedral” por instrucción del militar, con el objeto de comunicar a Pablo Escobar y sus secuaces sobre el procedimiento que adelantaría el Ejército.

1.8.4. Sin embargo, durante las conversaciones que adelantaban los funcionarios con el narcotraficante, el Gobierno Nacional emitió un comunicado de prensa donde publicaba la orden impartida a las Fuerzas Especiales de retomar el control de la Cárcel Municipal de Envigado, suceso que varió el status de los funcionarios a rehenes de Escobar y sus bandidos, quienes los retuvieron para garantizar su seguridad.

1.8.5. A las 7:30 de la mañana siguiente, las tropas apostadas en las afueras de la cárcel, reciben la orden de ingresar a la misma y procurar la liberación de los funcionarios retenidos, acción durante la cual, a pesar de no oponer resistencia alguna, resultaron heridos varios de los guardianes de la prisión y perdió la vida el Sargento Olmedo Mina.

1.8.6. El personal de la guardia de la Cárcel Municipal de Máxima Seguridad de Envigado fue retenido en los calabozos de la Cuarta Brigada del Ejército en Medellín, donde fueron maltratados y permanecieron incomunicados durante 14 días, al cabo de los cuales fueron trasladados a “La Catedral”, pero esta vez en condición de reclusos, inculcados de la fuga de Pablo Escobar Gaviria. Allí permanecieron 15 días más.

1.8.7. Posteriormente, mientras se surtieron las respectivas investigaciones, las personas acusadas fueron trasladadas a diferentes sitios de reclusión, distribuidos a lo largo y ancho del territorio nacional, después de lo cual, el Fiscal Regional de Orden Público que investigó la fuga de Pablo Escobar y sus secuaces, definió la situación jurídica de los imputados, concluyendo que, de acuerdo al material probatorio recaudado, ninguno de ellos pudo actuar de manera activa o pasiva a fin de coonestar con la conducta delictiva investigada.

Afirmaron que la falla en el servicio y el daño especial se produjeron en atención a varias razones:

a. La decisión de trasladar a Pablo Escobar fue precipitada, y su ejecución fue improvisada.

b. Las órdenes impartidas fueron ambiguas y la misión del Ejército nunca estuvo clara, así como tampoco lo fue la intervención de los altos funcionarios allí citados.

c. A las autoridades a cargo de la dirección y seguridad de la Cárcel Municipal de Envigado no se les tuvo en cuenta y por tanto no se les informó del carácter ni del procedimiento del operativo, por el contrario, el ejército mantuvo una postura hostil frente a los miembros de la guardia, presumiéndolos como antagonistas de su misión.

d. Aseguran que se configuró un daño especial, en atención a la zozobra y angustia que padecieron los hombres de la guardia al interior del penal, así como sus propias familias -quienes oían y veían el cubrimiento de los hechos en los medios de comunicación-. A los miembros de la guardia de prisiones se les engañó sobre la verdadera naturaleza del operativo que se encontraba en marcha -porque los militares lo consideraron inconveniente para la misión-, lo cual degeneró en la desinformación de los protagonistas, y el caos que tuvieron que afrontar, lo cual configuró un daño especial, pues a pesar de que el propósito del operativo fuera correcto, su puesta en marcha y ejecución expuso a los demandantes a un riesgo que no estaban en el deber jurídico de soportar.

1.8.8 La Sección Primera del Tribunal Administrativo de Antioquia inadmitió la demanda el 1 de junio de 1994, y exigió nuevo certificado de nacimiento de Isabel Cristina y Julieth Lorena Toro Barrada, donde constara el nombre de quienes afirmaron ser sus padres, Luis Guillermo Toro Zapata y Omaira Barrada Bedoya. Subsanada la falencia advertida, mediante proveído del 5 de julio de 1994 se admitió la demanda y allí mismo se ordenó su fijación en lista. También así, la notificación se produjo en debida forma, mediante aviso que se desfijó el 25 de octubre de 1994.

Posteriormente, en auto del 8 de noviembre de 1994, el Tribunal decretó la apertura a pruebas, y ordenó el traslado de las recaudadas en el proceso con radicado 940.200, tramitado en la Sección. Las mismas fueron allegadas por el apoderado de los demandantes, mediante memorial del 9 de abril de 1996.

La audiencia de conciliación se realizó el 30 de abril de 1997, y no se llegó a ningún acuerdo, por lo cual en proveído de esa fecha, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir su concepto.

El apoderado de la parte demandante insistió en los hechos narrados en la demanda, enfatizando el alto grado de tensión y de miedo –y el considerable impacto psicológico-, que vivieron los guardias de la prisión y sus familias, enterados de la situación por el cubrimiento de los medios de comunicación -lo cual convirtió lo narrado en los hechos notorios-, en las más de 17 horas durante las que se prolongó la toma de “La Catedral” por parte del Ejército Nacional.

Afirmó que se demostró en el proceso la apostada del Ejército Nacional alrededor de la Cárcel Municipal de Envigado a partir de las 3:00 pm del 21 de julio de 1992 hasta las 7:30 am del día siguiente. Así también, adujo que se probó, a través de la declaración rendida por el Director Nacional de Prisiones ante la Fiscalía, que ninguno de los miembros de la Guardia Nacional Penitenciaria fue informado, entre otras cosas porque se consideró inconveniente para la misión. La declaración en cita fue corroborada por el Director (E) de la Cárcel Municipal de Envigado, cuando afirmó que él mismo se iba enterando de la misión a medida que recorría la prisión acompañando al Viceministro de Justicia y al Director Nacional de Prisiones.

Aseguró igualmente que logró acreditarse que los miembros de la Guardia Nacional Penitenciaria no opusieron resistencia a la toma de la prisión por parte de las Fuerzas Especiales del Ejército, y que los únicos disparos realizados fueron hechos por parte de la tropa. Este hecho se corroboró en la declaración de Iván Velásquez, Procurador de Antioquia para ese entonces, quien manifestó haber presenciado la instrucción de un militar a otro, pidiéndole que no dejara entrar a nadie para ponerle un arma al Sargento Olmedo Mina, quien, aseguró, fue abaleado cuando se prestaba a colaborar con los soldados.

Afirmó que se demostraron las lesiones e incapacidades sufridas por integrantes de la Guardia Nacional de Prisiones, y el impacto que los hechos y las torturas a las que fueron sometidos, les causó un devastador impacto psicológico, al igual que a sus familias.

Como corolario de su intervención, adujo que los elementos probatorios aportados son suficientes para declarar la responsabilidad de la Nación –Ministerio de Defensa, Ejército Nacional-.

De otro lado, la parte demandada arguyó que la responsabilidad le es atribuible al Director de la Dirección General de Prisiones, por no haber dado aviso a la guardia sobre las intenciones de trasladar al recluso Pablo Escobar Gaviria, y que el Ejército sólo cumplió con la misión de custodiar las afueras de “La Catedral”.

Además, adujo que en consideración a la misión que allí desempeñaba la Guardia Nacional Penitenciaria, no existen razones suficientes para concluir que sus hombres no estaban preparados para cumplir su deber y misión, sometiéndose al riesgo propio del servicio que desempeñaban y cuyas consecuencias fueron entendidas por la entidad como un riesgo propio del servicio.

Finalmente alega que es inconveniente en extremo indemnizar la zozobra padecida por los hombres de la Guardia Penitenciaria cuando cumplen con su deber, aún cuando han sido preparados para afrontar situaciones de extrema dificultad y, en razón de su profesión, han asumido los riesgos que la misma conlleva.

Mediante oficio No. 341 de la Secretaría de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Antioquia, se informó a la Secretaría de la Sección Primera, de la misma Corporación, la orden de remitir el proceso a dicha Sección para su acumulación con el 940.200 acumulado al 940.288. La remisión se efectuó el 15 de septiembre de 1997.

2. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 15 de mayo de 2002, la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, negó las pretensiones de la demanda, y consideró que no eran suficientes las pruebas practicadas en el proceso para determinar la responsabilidad de la Nación –Ministerio de Defensa, Ejército Nacional-, comoquiera que por la remisión expresa del Art. 168 del C.C.A., que armoniza las disposiciones, en lo relacionado con la admisibilidad de los medios

de prueba, consignadas en los Art. 185 y 229 del C. de P.C., los testimonios practicados en un proceso diferente de aquél en el que se pretende su valoración, sólo podrán ser considerados por el juez cuando sean 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 requisito, son ratificados en el nuevo proceso. Así las cosas, se adujo que ninguna de las pruebas practicadas en el proceso penal adelantado por el homicidio de Olmedo Mina y las lesiones de Javier Giraldo, pueden ser practicadas, toda vez que no fueron trasladadas conforme a lo consagrado en el estatuto de procedimiento civil. Además, se afirmó que las víctimas no hicieron parte del proceso penal, por lo cual frente a ellos no se surtió el principio de contradicción respecto a los testimonios que se pretende hacer valer.

De otro lado, afirmó que el hecho de que la parte actora hubiera solicitado como prueba las diligencias penales adelantadas por esos acontecimientos, no conlleva la aceptación tácita del contenido de los mismos, ni sule el requisito de la ratificación.

Así mismo, desechó la apreciación de los artículos publicados en los periódicos, toda vez que estos no se encuentran consagrados como medios probatorios.

Concluyó asegurando que la parte demandante no cumplió con la obligación de probar los supuestos de hecho consagrados en las normas que pretendió hacer valer, y por tanto no existió suficiente certeza que permitiera atribuir la responsabilidad al Estado por los acontecimientos alegados.

3. Recurso de apelación

Inconforme con la decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación el 5 de junio de 2002 y lo sustentó, de manera oportuna, el 2 de agosto siguiente (fls. 522 al 525 cdno. ppal.). El recurso les fue concedido el 9 de los mismos mes y año (fl. 527 cdno. ppal.), y se admitió por esta Corporación mediante proveído del 10 de abril de 2003.

La parte impugnante consideró que el Tribunal Administrativo de Antioquia violó lo preceptuado por el artículo 304 del C. de P.C., pues para la motivación del fallo ignoró el examen crítico de algunas de las pruebas obrantes en el plenario, desconociendo su existencia y excluyéndolas de la debida valoración en conjunto,

consagrada en el artículo 187 del C. de P.C., aún cuando las mismas, a pesar de no haber sido ratificadas, obraron a lo largo del proceso sin que se presentara ninguna clase de objeción por parte de la demandada, en cuyos alegatos por demás, las tuvo presentes para elaborar la defensa.

Planteó que para desestimar las pretensiones, el Tribunal se basó en el indebido traslado de las pruebas, y la falta de ratificación de las declaraciones que realizaron los guardias ante la Fiscalía de Medellín, ignorando pruebas de gran importancia como la sentencia de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares, en donde efectivamente se sancionan las irregulares acciones del Ejército y se condena a varios de los militares que intervinieron.

Por todo lo anterior, consideró que aspectos que se encuentran plenamente acreditados fueron ignorados y desechados sin mayor consideración por parte del fallador, quien a pesar de la marcada evidencia de algunos hechos, evitó relacionar el resultado de la operación con la negligencia y arbitrariedad de las Fuerzas Especiales y sus comandantes, así como al total desconocimiento, por parte de la Guardia Nacional Penitenciaria, del operativo que involucraba su relevo por las tropas y las acciones hostiles y violentas de éstas, que terminaron con la vida del Sargento Olmedo Mina y con la exposición de los demás guardias y sus familias a condiciones de profundo miedo, intensa presión y temor por sus vidas.

4. Alegatos de conclusión en la segunda instancia

En el traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión, hizo uso del término la parte demandada. La demandante y el Ministerio público guardaron silencio.

4.1 Alegatos de la parte demandada

Sostuvo que, como se afirmó en la sentencia de primera instancia, no obran en el proceso suficientes pruebas que permitan predicar una responsabilidad, ni por acción ni por omisión, de parte del Estado colombiano, comoquiera que el operativo en que resultó muerto el Sargento Olmedo Mina y lesionado el Cabo Javier Giraldo Flórez y otros guardianes más, se trató de un procedimiento militar de orden legal.

Informó que los resultados arrojados por las jurisdicciones ordinaria y penal militar, una vez agotados los procedimientos de ley, concluyeron con la exoneración del personal militar vinculado a las investigaciones.

Adicional a esto, resaltó que para la fecha de los hechos que se demandan, el Sargento Olmedo Mina y el Cabo Javier Giraldo Flórez, así como los demás guardianes, se encontraban en cumplimiento de sus funciones, con conocimiento previo de la actividad riesgosa que ejercían y cuya aceptación fue voluntaria al momento de engrosar las filas de la Guardia Nacional Penitenciaria, por lo cual se concluye que la muerte de aquél y las lesiones de éstos ocurrieron en el cumplimiento de un deber legal.

Complementó aduciendo que tampoco se logró demostrar que las heridas se hubieran causado por arma de dotación oficial, ni se conoció de miembro alguno de la institución que haya realizado esos disparos, lo que además se aúna al hecho de que varios reclusos, e incluso guardianes, se encontraban al servicio de Pablo Escobar, y el cadáver de Olmedo Mina fue encontrado con un arma de fuego de largo alcance.

5. Trámite común en los procesos 940.288 y 940.200 acumulados.

5.1 En proveído del 18 de mayo de 2001, el Tribunal Administrativo de Antioquia fijó fecha para la celebración de la audiencia de conciliación, la cual se llevó a cabo el 10 de julio siguiente. La conciliación fracasó ya que la parte demandada no presentó fórmula de arreglo.

5.2 En auto del 13 de julio de 2001, el Tribunal corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos finales y al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

La parte demandada realizó un recuento de los hechos, sugiriendo que la operación llevada a cabo por las Fuerzas Especiales del Ejército Nacional implicó que las tropas sitiaron la cárcel a la espera del Director General de Prisiones y el Viceministro de Justicia, cuya presencia en el lugar obedeció a la necesidad de gestionar el ingreso de las Fuerzas Militares para cumplir con la misión de controlar el penal. Desafortunadamente Pablo Escobar se enteró del objetivo de la operación militar, lo que le llevó a retener a los funcionarios mediadores, y determinó el cambio de objetivo para el Ejército, cuya misión se convirtió en

rescatar a los rehenes. Así las cosas, las Fuerzas Especiales Urbanas del Ejército, ante la resistencia que opuso la guardia, se abrieron paso a la fuerza al interior de la cárcel, registrándose la muerte del Sargento Olmedo Mina y el lesionamiento del Cabo Javier Giraldo. El cese al fuego se produjo ante las insistentes súplicas que el Director General de Prisiones realizó por radio al comandante de la Cuarta Brigada, pero para ese entonces 10 reclusos, entre ellos Pablo Escobar, habían logrado huir.

Alegó que, con base en el anterior repaso, y de acuerdo al acervo probatorio –del cual elaboró un detallado resumen-, se demostró que la muerte del Sargento Olmedo Mina se produjo entre la noche del 21 y el amanecer del 22 de julio de 1992, en las instalaciones de la Cárcel Municipal de Máxima Seguridad de Envigado.

Que también se acreditó, a partir de la declaración del BG. Pardo Ariza, que las tropas tenían conocimiento solamente de la primera fase del operativo, es decir, retomar el control interno de la cárcel, no así, del traslado del recluso Pablo Escobar Gaviria.

Que no existe claridad sobre cuál de los actores armados originó la confrontación, que de cualquier manera era previsible, teniendo en cuenta la dimensión de la operación y la influencia de Pablo Escobar sobre los demás reclusos y la misma guardia de la prisión. De esta manera, argumentó que no es posible endilgar con certeza al personal militar la muerte del Sargento Olmedo Mina ni las heridas del Cabo Javier Giraldo, de allí que no se pueda afirmar la antijuridicidad del daño que sufrieron.

Que el ingreso al penal, por parte de las Fuerzas Especiales, debía producirse, comoquiera que se trataba de la orden del superior al mando, y en materia castrense este tipo de instrucciones son incuestionables, en virtud del predominio de los valores protegidos por la ley frente a los intereses particulares, de tal suerte que ante la renuencia por parte del personal de guardia de “La Catedral” para su ingreso, el Ejército, en cumplimiento de su legítimo deber, ejecutó la orden impartida por encima de la resistencia que opuso el personal de guardias.

Sintetizó considerando que del presente caso no es posible determinar la responsabilidad del Estado por falla en el servicio, ni por daño especial, habida cuenta de la condición de funcionarios públicos que ostentaban, de lo que se

colige el riesgo propio del servicio, que debieron asumir voluntariamente para desempeñar las funciones de la Guardia Nacional Penitenciaria y para lo cual, además, fueron altamente capacitados. Tan es así que precisamente, en casos como el ocurrido, estos funcionarios reciben las correspondientes indemnizaciones a que haya lugar.

II. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 15 de mayo de 2002 -proferida por la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia-, a través del siguiente derrotero: 1) posición de la Sala sobre el valor probatorio de las copias simples y la prueba trasladada, 2) análisis probatorio y conclusiones, y 3) condena en costas.

1. Valor Probatorio de Artículos Publicados en la prensa

La Sala advierte, respecto a los recortes de periódico obrantes a folios 49 a 50 del cuaderno No. 5, que no serán abstraídos para su apreciación, ya que por sí solos no revisten valor de plena prueba y la noticia de la que dan cuenta es objeto de análisis ampliado en conjunto, conexidad y consecuencia, con los demás medios aportados, tal como recientemente sostuvo al respecto esta Corporación:

“(…) Debido a que para este caso definir el alcance de una publicación de prensa representa la esencia a fin de establecer la posible configuración de la causal de pérdida de investidura alegada, la Sala comienza por este análisis.

Conforme el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil y a lo que ha sostenido la doctrina procesal, la publicación periodística que realice cualquiera de los medios de comunicación puede ser considerada prueba documental¹. Sin embargo, en principio solo representa valor secundario de acreditación del hecho en tanto por sí sola, únicamente demuestra el registro mediático de los hechos. Carece de la entidad suficiente para probar en sí misma la existencia y veracidad de la situación que narra y/o describe. Su eficacia como plena prueba

(¹) Esta Corporación ha reiterado que los artículos publicados en la prensa escrita pueden apreciarse por el juez como prueba documental solo para tener “(…) certeza sobre la existencia de la información, pero no de la veracidad de su contenido”. Sobre el mérito probatorio de las publicaciones de prensa como prueba en los procesos se encuentran también las siguientes providencias: sentencia de 27 de junio de 1996, rad. 9255, C. P. Carlos A. Orjuela G.; sentencia de 15 de junio de 2000, exp. 13.338, C. P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia de 10 de noviembre de 2000, rad. 18298, actor: Renata María Guadalupe Lozano, C. P. Ricardo Hoyos Duque, y sentencia del 16 de enero de 2001, aad. ACU-1753, C. P. Reinaldo Chavarro; sentencia de 25 de enero de 2001, rad. 3122, C. P. Alberto Arango Mantilla; sentencia de 6 de junio de 2002, rad. 739-01, C. P. Alberto Arango Mantilla.

depende de su conexidad y su coincidencia con otros elementos probatorios que obren en el expediente. Por tanto, individual e independientemente considerada no puede constituir el único sustento de la decisión del juez.²

En la jurisprudencia de esta Corporación existen precedentes que concuerdan con esta posición. Se ha estimado que las publicaciones periodísticas *“...son indicadores sólo de la percepción del hecho por parte de la persona que escribió la noticia”,* y que si bien *“...son susceptibles de ser apreciadas como medio probatorio, en cuanto a la existencia de la noticia y de su inserción en medio representativo (periódico, televisión, Internet, etc.) no dan fe de la veracidad y certidumbre de la información que contienen”³.*

Lo anterior equivale a que cualquier género periodístico que relate un hecho (reportajes, noticias, crónicas, etc.), en el campo probatorio puede servir solo como indicador para el juez, quien a partir de ello, en concurrencia con otras pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, podría llegar a constatar la certeza de los hechos.

Consecuentemente, a las noticias o informaciones que obtengan los medios de comunicación y que publiquen como reportaje de una declaración, no pueden considerarse por sí solas con el carácter de testimonio sobre la materia que es motivo del respectivo proceso.

En relación con este último punto el Consejo de Estado ha indicado que *“...las informaciones publicadas en diarios no pueden considerarse dentro de un proceso como prueba testimonial porque carecen de los requisitos esenciales que identifican este medio de prueba, en particular porque no son suministradas ante un funcionario judicial, no son rendidos bajo la solemnidad del juramento, ni el comunicador da cuenta de la razón de la ciencia de su dicho...”* por cuanto es sabido que el periodista *“...tiene el derecho de reservarse sus fuentes.”⁴*

En este sentido, ha sostenido que las declaraciones que terceros hacen a los medios de comunicación *“...tan sólo constituyen evidencia de la existencia de la información (...) por lo que no ostentan valor probatorio eficaz merced a que se limitan a dar cuenta de la existencia de la afirmación del tercero, pero las afirmaciones allí expresadas deben ser ratificadas ante el juez, con el cumplimiento de los demás requisitos para que puedan ser apreciadas como prueba testimonial...”⁵.*

Lo anterior, debido a que en sí mismas las publicaciones periodísticas representan *“...la versión de quien escribe, que a su vez la recibió de otro desconocido para el proceso”,* condición que no permite otorgarles

⁽²⁾ En sentencias de 15 de junio de 2000 y de 25 de enero de 2001, al igual que en auto de noviembre diez de 2000, según radicales 13338, 11413 y 8298, respectivamente, el Consejo de Estado, Sección Tercera, expuso una tesis según la cual una versión periodística aportada al proceso sólo prueba que la noticia apareció publicada en el respectivo medio de comunicación.

⁽³⁾ Sentencia de 6 de junio de 2007, expediente AP-00029, M. P. María Elena Giraldo Gómez. Sección Tercera.

⁴ Sentencia de 15 de junio de 2000, expediente 13338, M. P. Ricardo Hoyos Duque. Sección Tercera.

⁵ Sentencia del 2 de marzo de 2006, expediente 16587, CP. Ruth Stella Correa Palacio. Sección Tercera.

valor de plena prueba debido a que “...son precisamente meras opiniones...”⁶.

5.- Del caso concreto

En el *sub examine*, la periodista autora del artículo “*El ventilador apagado de Tapia*”, explicó en su declaración que su contenido se funda en varias fuentes a las que tuvo acceso, las cuales se abstiene de revelar porque gozan de protección de la reserva.

A partir de lo obrante en el proceso, y de la síntesis jurisprudencial efectuada sobre el mérito probatorio de las publicaciones periodísticas, la Sala concluye que el cargo de tráfico de influencias que en el presente evento la demanda plantea, el cual, como único soporte probatorio parte de un artículo periodístico, que además solo se allegó válidamente al proceso tras su decreto de oficio en el auto de pruebas y no con la demanda, carece de la suficiencia probatoria de constituir acreditación sobre la imputación atribuida a los demandados y, que por tanto, no alcanza a conferir la convicción que se requiere para poder dar por configurada la conducta prohibida que se les reprocha.

A las voces del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, plenamente aplicable a este proceso de naturaleza sancionatoria, la carga de la prueba sobre la estructuración de la causal que se les atribuye a los demandados: tráfico de influencias debidamente comprobado, recae en el demandante que es quien la alega. Y en este caso, comoquiera que el artículo periodístico es el único soporte de la aseveración, se quedó aislado sin conexidad ni correspondencia con ningún otro elemento probatorio que lo fortalezca y lo consolide (...)⁷.

2. El valor probatorio de las copias simples

Advierte la Sala que, en lo referente a los documentos que obran en el expediente, respecto de los cuales aseguró el *a-quo* que no se trasladaron al proceso de acuerdo a las normas prescritas -en especial el cuestionario de preguntas absueltas por el Procurador Regional de Antioquia de la época, Dr. Iván Velásquez Gómez, obrante a folios 83 a 88 del cdno No. 5-; los informes que rindió el General Gustavo Pardo Ariza ante la Fiscalía Regional de Medellín y ante el Ministro de Defensa, a folios 49 a 54 y 55 a 65 del cuaderno No. 2 de las fuerzas militares; la declaración, y ampliación, rendida por el Director de “La Catedral”, Jorge Armando González, a folios 66 a 77 y 166 a 180 del mismo cuaderno; la declaración y ampliación rendida por Hernando Navas Rubio, Director Nacional de Prisiones, a folios 109 a 137 de igual cuaderno; y la declaración rendida por el General Manuel Alberto Murillo González, obrante a folios 140 a 142 del cuaderno No. 4-, constituyen una circunstancia que, *prima facie*, hace invalorable estos medios de

⁶Sentencia del 15 de junio de 2000, expediente 13338, CP. Ricardo Hoyos Duque. Sección Tercera.

⁷ Sentencia del 29 de mayo de 2012, Exp. 2011-01378 CP. Dra. Susana Buitrago Valencia – Sección Tercera

convicción. No obstante, de conformidad con los lineamientos legales y jurisprudenciales recientes de la Subsección, se reconocerá valor a estos documentos, porque:

i) Fueron admitidos por la parte demandada y la Sección Tercera tiene establecido, en forma pacífica y reiterada, que en estos casos el aporte de documentos en copia simple que haga una entidad pública se tienen en el proceso como documentos auténticos, porque provienen de una autoridad estatal que les impregna esta condición y validez, por la sola circunstancia de haberlos aportado. No obstante, la misma regla aplica cuando la entidad pública, sin haberlos aportado, al contestar la demanda o en otra actuación procesal, manifiesta que se acoge a los medios de prueba aportados por la otra parte. Éste es el caso *sub iudice*.

ii) Además, y sólo en gracia de discusión para este proceso, también se valorarán como auténticas las pruebas aportadas por el actor, porque frente a la demandada la Sala observa que los documentos han obrado en el expediente desde el auto de pruebas y, por consiguiente, respecto de ellos se surtió el principio de contradicción.

En relación con las normas que regulan la materia, es preciso señalar que la regulación vigente es la contenida en los artículos 254 y 252 del C.P.C., normas cuyo sentido literal es el siguiente:

“ARTÍCULO 252. DOCUMENTO AUTÉNTICO. Artículo modificado por el artículo 26 de la Ley 794 de 2003. El nuevo texto es el siguiente: Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado. El documento público se presume auténtico, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad.

“El documento privado es auténtico en los siguientes casos:

“1. Si ha sido reconocido ante el juez o notario, o si judicialmente se ordenó tenerlo por reconocido.

“2. Si fue inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó.

“3. Si habiéndose aportado a un proceso y afirmado estar suscrito, o haber sido manuscrito por la parte contra quien se opone, ésta no lo tachó de falso oportunamente, o los sucesores del causante a quien se atribuye dejaren de hacer la manifestación contemplada en el inciso segundo del artículo 289.

Esta norma se aplicará también a las reproducciones mecánicas de la voz o de la imagen de la parte contra quien se aducen, afirmándose que corresponde a ella.

“4. Si fue reconocido implícitamente de conformidad con el artículo 276.

“5. Si se declaró auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, o en la diligencia de reconocimiento de que trata el artículo 274.

“Se presumen auténticos los libros de comercio debidamente registrados y llevados en legal forma, el contenido y las firmas de pólizas de seguros y recibos de pago de sus primas, certificados, recibos, bonos y títulos de inversión en establecimientos de crédito y contratos de prenda con éstos, cartas de crédito, contratos de cuentas corrientes bancarias, extractos del movimiento de éstas y de cuentas con aquellos establecimientos, recibos de consignación y comprobantes de créditos, de débitos y de entrega de chequeras, emitidos por los mismos establecimientos, y los títulos de acciones en sociedades comerciales y bonos emitidos por estas, títulos valores, certificados y títulos de almacenes generales de depósito, y demás documentos privados a los cuales la ley otorgue tal presunción.

“Inciso modificado por el artículo 11 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente: En todos los procesos, los documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se presumirán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Esta presunción no aplicará a los documentos emanados de terceros de naturaleza dispositiva.

“Se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 488, cuando de ellos se pretenda derivar título ejecutivo.

“Los memoriales presentados para que formen parte del expediente se presumirán auténticos salvo aquellos que impliquen o comporten disposición del derecho en litigio y los poderes otorgados a apoderados judiciales que, en todo caso, requerirán de presentación personal o autenticación.” (Negrillas y subrayado adicionales).

“

“ARTÍCULO 254. VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. Artículo modificado por el artículo 1, numeral 117 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente: Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos:

“1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.

“2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente.

“3. Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa.” (Negrillas del original).

Como se aprecia, las disposiciones contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., resultan aplicables a los procesos de naturaleza contencioso

administrativa en curso, de conformidad con la regla de integración, normativa contenida en el artículo 267 del C.C.A.

De otro lado, es necesario destacar la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, que modificó el inciso cuarto del artículo 252 del C.P.C., para señalar que los documentos privados elaborados o suscritos por las partes, incorporados al proceso en original o copia se presumen auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación, salvo los que provienen de terceros que revisten la condición de dispositivos.

No obstante, con la promulgación de la ley 1437 de 2011 –nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo– se profirió una disposición aplicable a los asuntos de conocimiento de esta jurisdicción, precepto cuyo contenido y alcance era el siguiente:

“ARTÍCULO 215. VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que las copias tendrán el mismo valor del original cuando no hayan sido tachadas de falsas, para cuyo efecto se seguirá el trámite dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

“La regla prevista en el inciso anterior no se aplicará cuando se trate de títulos ejecutivos, caso en el cual los documentos que los contengan deberán cumplir los requisitos exigidos en la ley.”

De allí que la citada disposición resultaba aplicable a los procesos contencioso administrativos que estuvieran amparados por la regla de transición contenida en el artículo 308 de la misma ley 1437 de 2011⁸.

Lo relevante del artículo 215 de la ley 1437 de 2011 –C.P.A.C.A.– era que incorporaba o concentraba la regulación legal del valor probatorio de las copias en una sola disposición, que no se prestaba para interpretaciones o hermenéuticas en relación bien con la clase o naturaleza del documento –público o privado– así como tampoco con su autor, signatario o suscriptor –las partes o terceros–.

⁸ “ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

“Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

“Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.” (Se destaca).

En esa lógica, la normativa mencionada constituía un régimen de avanzada en el que el principio de buena fe contenido en el texto constitucional (artículo 83) y desarrollado ampliamente en el Código Civil –en sus vertientes objetiva y subjetiva– se garantizaba plenamente, toda vez que correspondía a las partes o sujetos procesales tachar de falsas las copias que, en su criterio, no correspondían con el original y, por lo tanto, dar paso al incidente de tacha de falsedad del respectivo documento.

Es así como, con el artículo 215 de la ley 1437 de 2011, se permitía que las partes aportaran los documentos que tenían en su poder en copia, sin importar que los mismos fueran elaborados por aquéllas, por terceros o inclusive que provinieran de una autoridad administrativa o judicial. Era el reconocimiento pleno del principio de confianza que debe imperar en toda sociedad moderna, siempre y cuando se otorguen las herramientas para surtir de manera efectiva el derecho de contradicción.

En esa línea de pensamiento, las regulaciones contenidas en las leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011, eran el reflejo de una concepción del proceso más moderna, alejada de los ritualismos y formalismos que tanto daño le han hecho a la administración de justicia, puesto que atentan contra los principios de celeridad y eficacia.

La confianza, en el sentido filosófico y sociológico, ha sido delimitada en los siguientes términos:

“La confianza, en el más amplio sentido de la fe en las expectativas de uno, es un hecho básico de la vida social. Por supuesto que en muchas situaciones, el hombre puede en ciertos aspectos decidir si otorga confianza o no. Pero una completa ausencia de confianza le impediría incluso levantarse en la mañana. Sería víctima de un sentido vago de miedo y temores paralizantes. Incluso no sería capaz de formular una desconfianza definitiva y hacer de ello un fundamento para medidas preventivas, ya que esto presupondría confianza en otras direcciones. Cualquier cosa y todo sería posible. Tal confrontación abrupta con la complejidad del mundo al grado máximo es más de lo que soporta el ser humano.

“Este punto de partida puede considerarse como referencia, como una afirmación incontrovertiblemente verdadera. Cada día ponemos nuestra confianza en la naturaleza del mundo, que de hecho es evidente por sí misma, y en la naturaleza humana. En este nivel que es el más básico, la confianza (Zutrauen) es un rasgo natural del mundo, parte integral de los límites dentro de los cuales vivimos nuestras vidas cotidianas, aunque no es un componente intencional (y, por lo tanto, variable) de la experiencia.

“En segundo lugar, la necesidad de confianza puede considerarse como el punto de partida correcto y apropiado para la derivación de reglas para la conducta apropiada. Si el caos y el temor paralizante son las únicas alternativas para la confianza, hay que concluir que el hombre por naturaleza tiene que otorgar confianza, aun cuando esto no se haga ciegamente y sólo en ciertas direcciones. Por medio de este método uno llega a las máximas éticas o a la ley natural...”⁹ (Negrillas del original).

En efecto, los lineamientos procesales modernos tienden a valorar la conducta de los sujetos procesales en aras de ponderar su actitud y, de manera especial, la buena fe y lealtad con que se obra a lo largo de las diferentes etapas que integran el procedimiento judicial¹⁰. Sobre la valoración de la conducta procesal de las partes, la doctrina ha señalado lo siguiente:

“(...) Los sujetos procesales pueden asumir, según sea la ocasión, papeles principales –actores, demandados, terceristas- o eventuales –terceros con interés jurídico relevante- que les otorgan facultades, deberes y cargas.

Los modos en que ejecutan esas conductas no resultan irrelevantes para la suerte de sus pretensiones individuales y la finalidad del proceso judicial.

Las leyes de procedimiento contienen normas particulares que, de ordinario, prevén las consecuencias del incumplimiento de las conductas esperadas, pero también normas más amplias y abarcadoras, llamadas principios, que permiten extraer las consecuencias de aquellas que aluden los principios, los contradicen abiertamente o, por el contrario –por qué no-, los respetan.

Con esto queremos decir que la conducta desarrollada por quienes se ven involucrados en un pleito puede y debe ser valorada por el juez, tanto positiva como negativamente.

También, que el espacio-tiempo a considerar es el que va desde la interposición de la demanda hasta el dictado de la sentencia. No es posible, sin lesionar la unidad del proceso, separarlo a estos efectos en etapas inconexas entre sí.

El principio de adquisición procesal, si bien adquiere su máxima utilidad en materia probatoria, es plenamente operativo a partir del primer acto introductorio de la instancia.

En lo que toca al actor, su conducta se dejará ver en los términos de la demanda, en la claridad de su pretensión, en el cumplimiento de las formas iniciales, en su esfuerzo por cumplir con las notificaciones de manera real y eficaz, en la coherencia de sus actos durante todo el juicio que ha decidido llevar adelante.

⁹ LUHMANN, Niklas “Confianza”, Ed. Anthropos, Ciudad de México, 2005, Pág. 5 y 6.

¹⁰ Consejo de Estado - Sección Tercera, sentencia de 27 de agosto de 2008, Exp. No. 25.276 C.P. Enrique Gil Botero.

Durante el periodo de prueba, las reglas estáticas le imponen cierta actividad ineludible. Pero sin duda, una “actitud” de aportación –o facilitación- de pruebas cuya carga correspondería, según la clásica división de los hechos, al demandado, habla en favor del respeto por su parte al principio de colaboración.

Contrariamente, una posición de excesiva pasividad en circunstancias de prueba difícil, por ejemplo, podría ser considerada negligencia, y poner en marcha alguna de las reglas dinámicas de la carga.

Asimismo y dependiendo de las particularidades del caso, el pedido de clausura del término probatorio con aprovechamiento de la imposibilidad material de producir la prueba dentro de los exiguos plazos que otorga la ley, en comparación con las atestadas agendas judiciales –una verdadera situación de fuerza mayor procesal-, podría estar indicando una especie de ejercicio abusivo de un derecho, por anti funcional y violatorio de los principios de buena fe, lealtad y economía.

El demandado, esa parte que viene el juicio por exclusiva voluntad del actor, puede optar por asumir distintas conductas que serán causa de otros tantos efectos.

Ese amplio espectro de actitudes posibles conforma lo que se denomina en forma genérica el derecho de reacción o de defensa en juicio.

Durante su ejercicio, se encontrará también con cargas, deberes y facultades susceptibles de ser cumplidos –aún estratégicamente- dentro de los carriles de los principios finalistas del proceso o deslizándose fuera de ellos”. (...) ¹¹

En el caso sub examine, por ejemplo, la parte demandada pudo controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada en la etapa probatoria, circunstancia que no acaeció, tanto así que los argumentos expuestos para oponerse a las pretensiones, no se relacionan con el grado de validez de las pruebas que integran el plenario, sino con aspectos sustanciales de fondo que tienen que ver con la imputación del daño y con las condiciones para atribuir la eventual responsabilidad al riesgo propio del servicio.

No obstante el análisis anterior, con la expedición de la ley 1564 de 2012 –nuevo Código General del Proceso– corregido mediante el Decreto 1736 de 2012, se derogó expresamente el inciso primero del artículo 215 de la ley 1437 de 2011, C.P.A.C.A.

En efecto, el artículo 16 del Decreto 1736, estableció:

¹¹ Miryam T. Balestro Faure. *La valoración Judicial de la Conducta en Juicio*. En: Valoración Judicial de la Conducta Procesal de Jorge W. Peyrano. Ed. Rubinzal – Culzoni. Pags. 25 a 44.

“ARTÍCULO DÉCIMO SEXTO. Corrijase el literal a) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012, el cual quedará así:

"Artículo 626.

“A partir de la promulgación de esta ley quedan derogados: artículos [126](#), [128](#), la expresión "y a recibir declaración a los testigos indicados por los solicitantes" del [129](#), [130](#), [133](#), [la expresión "practicadas las diligencias indicadas en el artículo 130"](#) del 134, las expresiones "[y no hubiere por este tiempo de practicar las diligencias de que habla el artículo 130](#)" y "[sin tales formalidades](#)" del 136 y [202](#) del Código Civil; artículos [9º](#) y [21](#) del Decreto 2651 de 1991; los artículos [8º inciso 2º](#) parte final, [209 A](#) y [209 B](#) de la Ley 270 de 1996; el artículo [148](#) de la Ley 446 de 1998; [211](#) y [544](#) del Código de Procedimiento Civil; el numeral [1](#) del artículo 19 y la expresión "por sorteo público" del artículo 67 inciso [1º](#) de la Ley 1116 de 2006; el inciso [2º](#) del artículo 40 de la Ley 1258 de 2008; la expresión "[que requerirá presentación personal](#)" del artículo 71, **el inciso 1º del artículo 215** y el [inciso 2º](#) del artículo 309 de la Ley 1437 de 2011; la expresión "No se requerirá actuar por intermedio de abogado" del artículo 58 numeral [4](#), el literal [e\)](#) del numeral 5 del artículo 58 y el numeral [8](#) del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011; el artículo [34](#) del Decreto-ley 19 de 2012; y, cualquier norma que sea contraria a las que entran en vigencia a partir de la promulgación de esta ley.,

“(…)”

Así las cosas, al haber derogado el Código General del Proceso C.G.P., la disposición contenida en la ley 1437 de 2011, resulta incuestionable que las normas para la valoración de las copias son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., preceptos que mantienen vigencia, ya que sólo la perderán a partir del 1º de enero de 2014, según lo dispuesto en el artículo 627 de la codificación general citada¹².

¹² **Artículo 627. Vigencia.**

"La vigencia de las disposiciones establecidas en esta ley se regirá por las siguientes reglas:

"1. [Corregido por el art. 18, Decreto Nacional 1736 de 2012](#). Los artículos 24, 30 numeral 8 y párrafo, 31 numeral 2, 33 numeral 2, 206, 467, 610 a 627 entrarán a regir a partir de la promulgación de esta ley.

"2. La prórroga del plazo de duración del proceso prevista en el artículo 121 de este código, será aplicable, por decisión de juez o magistrado, a los procesos en curso, al momento de promulgarse esta ley.

"3. El Consejo Superior de la Judicatura dispondrá lo necesario para que los expedientes de procesos o asuntos en los que no se haya producido actuación alguna en los últimos dos (2) años anteriores a la promulgación de este código, no sean registrados dentro del inventario de procesos en trámite. En consecuencia, estos procesos o asuntos no podrán, en ningún caso, ser considerados para efectos de análisis de carga de trabajo, o congestión judicial.

"4. Los artículos 17 numeral 1, 18 numeral 1, 20 numeral 1, 25, 30 numeral 8 y párrafo, 31 numeral 6 y párrafo, 32 numeral 5 y párrafo, 94, 95, 317, 351, 398, 487 párrafo, 531 a 576 y 590 entrarán a regir a partir del primero (1º) de octubre de dos mil doce (2012).

"5. A partir del primero (1º) de julio de dos mil trece (2013) corresponderá a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura la expedición de las licencias provisionales y temporales previstas en el Decreto 196 de 1971, así como la aprobación para la constitución de consultorios jurídicos prevista en el artículo 30 de dicho Decreto.

"6. Los demás artículos de la presente ley entrarán en vigencia a partir del primero (1º) de enero de dos mil catorce (2014), en forma gradual, en la medida en que se hayan

Las reglas relativas a la valoración de las copias, que podrán entrar en vigencia el 1º de enero de 2014, según lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 627 del C.G.P., son las siguientes:

“Artículo 243. Distintas clases de documentos.

“Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

“Los documentos son públicos o privados. Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. Así mismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública.

“Artículo 244. Documento auténtico.

“Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.

“Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.

“También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución.

“Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo.

“La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.

“Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones.

ejecutado los programas de formación de funcionarios y empleados y se disponga de la infraestructura física y tecnológica, del número de despachos judiciales requeridos al día, y de los demás elementos necesarios para el funcionamiento del proceso oral y por audiencias, según lo determine el Consejo Superior de la Judicatura, y en un plazo máximo de tres (3) años, al final del cual esta ley entrará en vigencia en todos los distritos judiciales del país.

“Artículo 245. Aportación de documentos.

Los documentos se aportarán al proceso en original o en copia.

“Las partes deberán aportar el original del documento cuando estuviere en su poder, salvo causa justificada. Cuando se allegue copia, el aportante deberá indicar en dónde se encuentra el original, si tuviere conocimiento de ello.

“Artículo 246. Valor probatorio de las copias.

“Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.

“Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente.

“(...)” (Negrillas y subrayado del original).

Así las cosas, cuando entre en vigencia el acápite correspondiente a la prueba documental, contenida en el C.G.P., se avanzará de manera significativa en la presunción de autenticidad de los documentos, lo que es reflejo del principio de buena fe constitucional; lo anterior, toda vez que de los artículos 243 a 245 del C.G.P., se pueden extraer algunas conclusiones: i) los documentos públicos o privados, emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, se presumen auténticos, ii) es posible que las partes los tachén de falsos o los desconozcan, lo que originará que se surta el respectivo trámite de la tacha, iii) los documentos se pueden aportar al proceso en original o en copia, iv) las copias, por regla general, tendrán el mismo valor probatorio que el documento original, salvo disposición especial en contrario, v) cuando se aporta un documento en copia, corresponde a la parte que lo allega indicar –si lo conoce– el lugar donde reposa el original para efectos de realizar el respectivo cotejo, de ser necesario, y vi) las partes pueden solicitar el cotejo de los documentos aportados en copias.

Por consiguiente, el legislador ha efectuado un constructo que busca superar la rigidez y la inflexibilidad de un sistema procesal basado en los formalismos, que distancia a las partes en el proceso, crea costos para los sujetos procesales y, en términos de la teoría económica del derecho, desencadena unas externalidades que inciden de manera negativa en la eficiencia, eficacia y la celeridad de los trámites judiciales.

Ahora bien, una vez efectuado el recorrido normativo sobre la validez de las copias en el proceso, la Sala insiste en que –a la fecha– las disposiciones que regulan la materia son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., ya que la ley 1395 fue derogada, razón por la cual deviene inexorable que se analice el contenido y alcance de esos preceptos a la luz del artículo 83 de la Constitución Política y los principios contenidos en la ley 270 de 1996 –estatutaria de la administración de justicia–¹³.

Como ya se dijo, en el caso sub examine, la entidad demandada pudo controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada por los demandantes y, especialmente, la copias simples en comento, sin embargo, su validez no fue objeto de cuestionamiento alguno y, por el contrario, solicitó expresa y oportunamente la acumulación de los tres procesos, de allí que se colija su complicidad para la práctica de las pruebas rogadas por las partes demandantes – adhesión que, por demás, se hizo expresa en oportunidad de contestar la demanda– y su asentimiento con la valoración integral del acervo probatorio que compuso el proceso acumulado.

Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal, reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso –incluidas las providencias de la Procuraduría delegada para las Fuerzas Militares, y lo concerniente a la investigación y providencias de la Jefatura de Estado Mayor Conjunto y Tribunal Superior Militar–, que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su autenticidad por el ente territorial demandado, cuando por el contrario gozó de su aquiescencia para el respectivo análisis.

El anterior paradigma, como se señaló, fue recogido por las leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011, y 1564 de 2012, lo que significa que el espíritu del legislador, sin anfibología, es modificar el modelo que ha imperado desde la expedición de los Decretos leyes 1400 y 2019 de 1970.

En otros términos, a la luz de la Constitución Política abstenerse de adoptar una decisión de fondo en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar – de modo significativo e injustificado– el principio de la prevalencia del derecho

¹³ Consejo de Estado - Sección Tercera, ibídem.

sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.).

Lo anterior no significa que se estén aplicando normas derogadas (ultractividad) o cuya vigencia se encuentra diferida en el tiempo (retroactividad), simplemente se quiere reconocer que el modelo hermenéutico de las normas procesales ha sufrido cambios significativos que permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio, para lo cual puede valorar documentos que se encuentran en copia simple y frente a los cuales las partes han guardado silencio, por cuanto han sido ellas mismas las que con su silencio, así como con la referencia a esos documentos en los actos procesales (v.gr. alegatos, recursos, etc.) los convalidan, razón por la que, mal haría el juzgador en desconocer los principios de buena fe y de lealtad que han imperado en el trámite, con el fin de adoptar una decisión que no refleje la justicia material en el caso concreto o no consulte los postulados de eficacia y celeridad.

De allí que, no puede el juez actuar con obstinación frente a los nuevos lineamientos del derecho procesal o adjetivo, en los que se privilegia la confianza y la lealtad de las partes, razón por la cual esa es la hermenéutica que esta Subsección ha favorecido en pluralidad de decisiones, entre ellas vale la pena citar *in extenso*:

“(…) Ahora, la Sala observa que con la demanda la parte actora aportó en copia simple un documento que contiene la valoración de los daños ocasionados por la toma guerrillera al corregimiento de Tres Esquinas, realizado por el Comité Técnico para la Valoración de Daños, el cual fue suscrito por el Alcalde Municipal, el Secretario de Planeación, el Presidente de la Cruz Roja, el Secretario de Obras Públicas y el Promotor Comunitario. En dicho documento se incluyó el listado de las personas afectadas y el presupuesto establecido por el comité para el resarcimiento de los daños, correspondiéndole a la señora Gloria Orjuela de Lozano la suma de \$55'000.000, con la constancia de que *“el Comité Local de Emergencias del Municipio de Cunday, unánimemente da por aceptado los valores presentados por el Comité Técnico de Valoración para los fines pertinentes”* (fls. 12 a 14 c. 1).

En principio dicho documento carecería de valor probatorio al obrar en copia simple tal como la Sala lo ha explicado en numerosas providencias, comoquiera que no cumple con las reglas contenidas en el artículo 254 del C. de P.C., según las cuales los documentos públicos y privados aportados en fotocopia simple por personas que no los suscriben no pueden ser tenidos en cuenta, en consideración a que únicamente tienen valor probatorio aquellos aportados en original o en copia autorizada por notario, director de oficina administrativa o de policía, secretario de oficina judicial o autenticada por notario, previa comparación con el original o con la copia autenticada que se le

presente.

No obstante lo anterior, en este caso la Nación, al contestar la demanda admitió tenerlo como prueba y aceptó el hecho al que se refería dicho documento. Así se advierte del escrito presentado oportunamente por la Nación:

“Los hechos números 1-2-3-4-5-6-7 y 9 son ciertos de acuerdo a los documentos que se anexan, los hechos números 8-10-11 y 12 no me constan y por lo tanto me atengo a lo que legalmente resulte probado dentro del proceso.

(...).PRUEBAS.

Además de las solicitadas y aportadas con la demanda, muy respetuosamente me permito anexar fotocopia del informe 00711/030498 y sus anexos, por medio del cual se informó a la Dirección Operativa de la Policía Nacional, el hecho ocurrido el 21 de febrero de 1998 en la localidad de Tres Esquinas.

Así mismo me permito solicitar se decrete la siguiente prueba: (...).”

Y en la demanda, en el hecho 6, que fue aceptado como cierto por parte de la Nación, se narró lo siguiente:

“6. El 27 de febrero a las 9 A.M., según acta No. 006 se reúne nuevamente el CLE para escuchar el informe de los señores Jhon Jenry Morales y Ferney Figueroa G., destacándose en dicha acta que la pérdida de la vivienda de mi poderdante Gloria A. Orjuela de Lozano, asciende a cincuenta y cinco millones de pesos, después de haberse reajustado el precio inicial que daba cuenta de cincuenta millones de pesos”.

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

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

Es dable precisar que la interpretación que hoy se efectúa no puede entenderse como la exoneración de la carga de cumplir con las reglas contenidas en la ley procesal civil frente a la aportación de copias de documentos que siguen vigentes y en pleno rigor. **Lo que sucede en esta ocasión ambas partes aceptaron que ese documento fuera apreciable y coincidieron en la valoración del mismo en forma recíproca no solo al momento de su aportación, sino durante el transcurso del debate procesal.**

Cabe agregar que la autenticación de las copias tiene por objeto que éstas puedan ser valoradas bajo el criterio de la sana crítica como si se tratara de documentos originales, de manera que frente a la parte contra quien se aducen, ese requisito tiene por finalidad garantizar su derecho de defensa, máxime cuando con tal prueba se pretende probar un hecho que en principio se aduce en su contra. Siendo esto así, cuando las partes de común acuerdo solicitan la apreciación y valoración de un documento aportado en copia simple, como en este caso, no sería dable soslayar ese interés para exigir el cumplimiento de una formalidad y las partes no podrían desconocer la decisión que con sustento en tal documento se adoptare por cuanto esa conducta atentaría contra el principio de la buena fe e implicaría atentar contra sus propios actos.

Frente a esto último resulta necesario recordar que en la contestación de la demanda la Nación, no solo aceptó el hecho que se pretendía probar con el documento aportado en copia simple, sino que además admitió a éste último como prueba, sin haber alegado en momento alguno que tal documento no se podía valorar, circunstancia que por demás, hubiere significado la trasgresión al principio constitucional de buena fe que protege la confianza que los particulares depositan al deber de coherencia en el actuar de quien tiene la carga de respetar y de someterse a una situación creada anteriormente por su propia conducta. En estos términos la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha pronunciado:

“En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias. En estos casos, la actuación posterior es contraria al principio de la buena fe, pues resulta contraria a lo que razonablemente se puede esperar de las autoridades estatales, conforme a su comportamiento anterior frente a una misma situación. ()”¹⁴.

Al respecto cabe resaltar el siguiente texto doctrinal:

“La conducta contradictoria es una contravención o una infracción del deber de buena fe. Ya antes hemos señalado que el hecho de que una persona trate, en una determinada situación jurídica, de obtener la victoria en un litigio, poniéndose en contradicción con su conducta anterior, constituye un proceder injusto y falto de lealtad. He aquí por donde la regla según la cual nadie puede ir contra sus propios actos, se

¹⁴ Sentencia C-836 que dictó la Corte Constitucional el 9 de agosto de 2001. Exp: D-3374. Actor: Carlos Alberto Maya Restrepo. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

anuda estrechamente con el principio de derecho que manda comportarse de buena fe en las relaciones jurídicas”

Cabe destacar igualmente el reciente pronunciamiento de la Sala en relación con el valor probatorio de las copias en similares eventos excepcionales:

“Cabe señalar que aunque esas pruebas obran en el expediente en copia simple y fueron aportadas por la parte demandante, las mismas pueden ser valoradas en este proceso, porque:

-La exigencia legal de los requisitos para que una copia simple tenga valor probatorio en un proceso fue declarada exequible por la Corte Constitucional al resolver la demanda presentada en contra del numeral 2 del artículo 254 y el numeral 3 del artículo 268, por considerar que esas disposiciones no quebrantan los artículos 83 y 228 de la Constitución que, respectivamente, consagran la presunción de buena fe de los particulares en todas las gestiones que éstos adelanten ante las autoridades públicas y el principio de la primacía del derecho sustancial: (...).

-No obstante, la Sala, sin desconocer las disposiciones que fueron declaradas exequibles, pero aplicando, entre otros, los principios de equidad y de buena fe y como protección al derecho de defensa, ha considerado que las copias simples de un documento tienen valor probatorio, cuando le resulte imposible a quien las aporte obtener la copia auténtica, porque la parte contra la que se aduce sea justamente quien conserve el original y se niegue a aportarlo al expediente, sin aducir una razón jurídica atendible (...).

-En esa misma providencia destacó la Sala, otros eventos en los cuales el ordenamiento jurídico le confiere valor probatorio a las copias simples: a) en el numeral 6 del artículo 133 del C. de P. Civil a propósito del trámite de reconstrucción por pérdida total o parcial de un expediente, se establece que si sólo concurriere a la audiencia que para el efecto se cita una de las partes o su apoderado, se declarará reconstruido el proceso con base en su exposición jurada y las demás pruebas que se aduzcan en aquélla, dentro de las cuales pueden ser aportadas copias simples de documentos que obraban en el proceso y que estuvieren en su poder; o b) en el artículo 274 ibídem, cuando una vez citado al autor del documento para su reconocimiento, se presenta renuencia por parte del mismo porque no concurre a la diligencia, o si a pesar de comparecer se niega a prestar juramento o a declarar, o da respuestas evasivas, en cuyos casos no obstante la amonestación del juez, se tendrá por surtido el reconocimiento, y así se declarará en nota puesta al pie del documento.

-Pero, además, se añade en esta oportunidad, que con fundamento en el artículo 255 del Código de Procedimiento Civil es posible, sin contrariar lo dispuesto en los artículos 244 y 268 ibídem, conferir valor probatorio a las copias simples, **cuando la parte contra la cual se aducen conserva el original de las que se señala fueron reproducidas y puede por lo tanto, efectuar su cotejo y tacharlas de falsedad cuando no estén conformes, sin necesidad de que practique la inspección judicial de que trata la norma.** (...).

Sin embargo, resultaría superfluo que la misma parte que tiene bajo su

guarda los documentos originales, de los cuales la parte contraria afirma haber obtenido las copias que aporta, solicite una inspección judicial para que se practique el cotejo, cuando esa misma parte puede practicar la confrontación sin intervención judicial y en caso de encontrar disconformidad, proponer la tacha de falsedad de que tratan los artículos 289 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. (...).

-Más evidente aún resulta la carencia de necesidad de que se autenticen las copias simples aportadas en contra de quien tiene a su disposición los originales o copias auténticas anteriores, o de que éstas se cotejen en diligencia de inspección judicial, **en aquellos eventos en los que quien tiene bajo su guarda esos originales o copias auténticas y en contra de quien se aducen las copias simples, en vez de tachar éstas de falsedad, se remite a las mismas para fundamentar su defensa, con ese comportamiento procesal, ha de entenderse que la parte contra quien se aducen las copias ha verificado su autenticidad y las acepta como pruebas válidas del proceso.**

(...). Esa actuación de la parte contra la cual se aducen las copias debe ser valorada atendiendo el principio de lealtad procesal, que debe gobernar el comportamiento de las partes en toda la actividad procesal, principio que la Sala ha aplicado, por ejemplo, para flexibilizar las exigencias legales en relación con la prueba trasladada, por considerar que en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas recaudadas dentro de otro proceso es solicitado por ambas partes, éstas pueden ser valoradas, aun cuando hayan sido practicadas sin citación o intervención de alguna de ellas en el proceso original y no hayan sido ratificadas en el proceso al cual se trasladan, considerando que, en tales eventos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio, bien sea por petición expresa o coadyuvancia pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión.

-Finalmente, que para la Sala no cabe duda de que las pruebas traídas por las partes en copia simple, pueden ser apreciadas sin limitación alguna en lo que le resulten desfavorables, en aplicación, igualmente, del principio de lealtad procesal. Por lo tanto, todas las consideraciones anteriores resultan relevantes pero cuando esas copias simples se aducen en contra de la otra parte, que, se reitera, tiene en su poder los originales en las que ellas reposan o las copias auténticas de los mismos". (...)"¹⁵⁻¹⁶ (negritas fuera del texto).

Lo anterior, no quiere significar en modo alguno, que la Sala desconozca la existencia de procesos en los cuales, para su admisión y trámite, es totalmente pertinente el original o la copia auténtica del documento respectivo público o privado. En efecto, existirán escenarios –como los procesos ejecutivos– en los cuales será indispensable que el demandante aporte el título ejecutivo con los

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 18 de enero de 2012. Rad. 1999-01250 C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁶ Ver entre otras, Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Rad. No. 1996-0142 y 1994-0845. C.P. Enrique Gil Botero.

requisitos establecidos en la ley (v.gr. el original de la factura comercial, el original o la copia auténtica del acta de liquidación bilateral, el título valor, etc.). Por consiguiente, el criterio jurisprudencial que se prohija en esta providencia, está relacionado específicamente con los procesos ordinarios contencioso administrativos (objetivos o subjetivos) en los cuales las partes a lo largo de la actuación han aportado documentos en copia simple, sin que en ningún momento se haya llegado a su objeción en virtud de la tacha de falsedad (v.gr. contractuales, reparación directa, nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho), salvo, se itera, que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas como por ejemplo el artículo 141 del C.C.A., norma reproducida en el artículo 167 de la ley 1437 de 2011 –nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo–.

No obstante, el legislador del año 2011, al reconocer la importancia de los principios constitucionales y la función que ejercen o cumplen en la armonización de los postulados legales del orden procesal, determinó en la nueva disposición del artículo 167 ibídem, que “no será necesario acompañar su copia [la de las normas de alcance no nacional], en el caso de que las normas de carácter local que se señalen como infringidas se encuentren en el sitio web de la respectiva entidad, circunstancia que deberá ser manifestada en la demanda con indicación del sitio de internet correspondiente.”

Como se aprecia, el derecho procesal moderno parte de la confianza que existe en la sociedad, se trata de una visión filosófica que encuentra su fundamento en la dimensión de la filosofía y sociología funcionalista, así como en la teoría de los sistemas sociales.

En otros términos, la hermenéutica contenida en esta sentencia privilegia –en los procesos ordinarios– la buena fe y el principio de confianza que debe existir entre los sujetos procesales, máxime si uno de los extremos es la administración pública.

En otros términos, desconoce de manera flagrante los principios de confianza y buena fe el hecho de que las partes luego del trámite del proceso invoquen como justificación para la negativa de las pretensiones de la demanda o para impedir que prospere una excepción, el hecho de que el fundamento fáctico que las soporta se encuentra en copia simple. Este escenario, de ser avalado por el juez, sería recompensar una actitud desleal que privilegia la incertidumbre sobre la

búsqueda de la certeza procesal. De modo que, a partir del artículo 228 de la Constitución Política el contenido y alcance de las normas formales y procesales – necesarias en cualquier ordenamiento jurídico para la operatividad y eficacia de las disposiciones de índole sustantivo– es preciso efectuarse de consuno con los principios constitucionales en los que, sin hesitación, se privilegia la materialización del derecho sustancial sobre el procesal, es decir, un derecho justo que se acopla y entra en permanente interacción con la realidad a través de vasos comunicantes¹⁷.

De allí que, el proceso contencioso administrativo y, por lo tanto, las diversas etapas que lo integran y que constituyen el procedimiento judicial litigioso no pueden ser ajenas al llamado de los principios constitucionales en los que se hace privilegiar la buena fe y la confianza. Esta circunstancia de la superación fáctica frente a lo normativo, fue puesta de presente por la teoría del método científico del derecho (antiformalista) de Francois Geny, quien con total claridad sobre la materia, puntualizó:

“Así considerado el problema, se reduce a los términos siguientes: la legislación, esté o no codificada, y entendiéndola en su sentido más amplio, esto es, tomándola como todo acto de la autoridad que tenga por fin dictar reglas jurídicas generales en forma de imposición obligatoria, ley propiamente dicha, decretos, reglamentos legalmente dictados, el *jus scriptum*, en una palabra, ¿puede, en nuestro estado social y constitucional ser suficiente para la revelación del derecho, permitiendo su completa aplicación, que hace completamente inútil para la práctica toda jurisprudencia positiva? ¿No descubrimos, por el contrario, en la naturaleza y en la acción de la ley, lagunas y

¹⁷ “Concierne por igual a los filósofos y a los juristas la cuestión de determinar los requisitos que un ordenamiento jurídico tiene que llenar para poder ser considerado como un “derecho justo” o, lo que es lo mismo conforme con la justicia en la medida de lo posible. Concierne esta cuestión a los filósofos, porque por lo menos desde Platón el tema de los contenidos de justicia y de la ordenación “justa” de la convivencia humana es uno de los problemas centrales de la ética. Y concierne a los juristas, porque, si bien es cierto que los juristas pueden limitarse a cumplir las normas de un concreto derecho positivo, o las decisiones judiciales que en ese derecho positivo sean vinculantes, no pueden evitar que se les coloque incesantemente ante el problema de saber si lo que hacen es o no “justo”, sobre todo cuando las relaciones vitales cambian y los casos no se plantean ya de un modo igual. La perspectiva que en esta materia arroja más luz es, sin embargo, otra. De acuerdo con una larga tradición de la filosofía occidental, la tarea de los filósofos consiste en buscar la “unidad” que subyace bajo la multiplicidad de las normas y de las decisiones, en buscar dónde está la razón última de la validez. La tarea del jurista, en cambio, consiste en encontrar decisiones justas de casos concretos. De esto modo los unos apenas tienen noticia de lo que los otros hacen y ello es igualmente nocivo para ambos. Si los filósofos hubieran tenido en cuenta el material que los juristas han puesto a su disposición al reflexionar sobre puntos de vista que tienen que utilizar en la búsqueda de decisiones “justas”, hubieran podido ofrecernos algo más que unas formulaciones de una indeterminación tan grande que no siempre sin razón se les reprocha ser poco más que simples “fórmulas vacías”. Y si los juristas hubieran contemplado los puntos de vista que buscan y que utilizan, desde la perspectiva de una ética jurídica que vaya más allá de cada concreto derecho positivo, hubieran apreciado mejor y más conscientemente el “valor” de tales puntos de vista. Hace falta, pues, tender un puente...” LARENZ, Karl “Derecho Justo”, Reimpresión, Ed. Civitas, Madrid, 1985, proemio.

limitaciones esenciales, que hagan necesarias otras fuentes de derecho, tal como la costumbre, o bien cuando menos la intervención de la libre investigación científica, dirigida a la elaboración del sistema jurídico, capaz de dar satisfacción a todas las necesidades de la vida social?

“Este campo de investigación que descubrimos parece poco explorado. Y esto, si no me equivoco, procede de que se han contentado fácilmente con el principio de omnipotencia legislativa. Se ha pensado indudablemente que este dogma constitucional excluía *a priori* toda idea de medida de la acción del poder en materia de revelación del derecho, y se ha considerado además que en nuestro estado político y social el legislador creía manifiestamente reservar para sí solo el monopolio de toda innovación jurídica”¹⁸.

Esta hermenéutica jurídica que permite la interacción permanente de los principios constitucionales con los aspectos legislativos, máxime si existen lagunas o puntos oscuros en el derecho, tales como saber si es posible a la luz de diáfanos y sistemáticas modificaciones normativas aplicar un sistema interpretativo en el que las copias simples tengan valor probatorio en los procesos ordinarios en materia contencioso administrativa, es lo que el neo iusnaturalismo, en cabeza de Ronald Dworkin ha señalado como la necesidad de estructuración de un sistema jurídico en el que las reglas o normas –en sentido estricto– devienen insuficientes, razón por la cual los operadores jurídicos “echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otro tipo de pautas.”¹⁹

Por último, la tesis que se acoge en esta oportunidad ha sido avalada por otras Secciones del Consejo de Estado, de manera concreta, la Segunda, al establecer que el hecho de que no se hubieran tachado de falsas las copias simples permite deducir la anuencia frente a los citados documentos. Sobre el particular, la mencionada Sección señaló:

“En el sub-lite las copias simples corresponden a documentos que obran en los archivos de la Gobernación del Departamento de Boyacá, como son las Órdenes de Prestación de Servicios y la petición ante la Gobernación Departamental del reconocimiento de las prestaciones reclamadas, entre otros. Además, se trata de copias de documentos públicos que no fueron tachados de falsos y tienen el reconocimiento implícito de quien los aporta (artículo 276, ejusdem), por lo que no puede descartarse de plano su valor probatorio. El Tribunal desconoció el valor probatorio de las copias aportadas sin valorar lo antes dicho y olvidando, además que en materia de

¹⁸ GENY, Francois “Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo”, Ed. Biblioteca de autores españoles y extranjeros, 2ª edición, Madrid, 1925, pág. 111.

¹⁹ DWORKIN, Ronald “Los derechos en serio”, Ed. Ariel, Barcelona, 1999, pág. 72.

conciliación podía solicitar en forma oficiosa los documentos. Así, el sólo aporte en copia simple de algunos documentos no constituía óbice para improbar el Acuerdo Conciliatorio. Entrando al fondo del asunto conviene indicar que, según reiterada jurisprudencia, cuando se trata del contrato realidad es el valor pactado en el contrato y no otro el que sirve de base para la liquidación de la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que devenga cualquier docente y que el tiempo a reconocer en el “*contrato realidad*” es el efectivamente laborado.”²⁰

En esa perspectiva, constituye una realidad insoslayable que el moderno derecho procesal parte de bases de confianza e igualdad de armas, en las que los aspectos formales no pueden estar dirigidos a enervar la efectividad del derecho material, sino que deben ser requisitos que garanticen la búsqueda de la certeza en el caso concreto y, por lo tanto, impidan que el juez adopte decisiones inhibitorias. Así las cosas, se debe abogar por un derecho procesal dinámico, en el que las partes asuman sus responsabilidades a partir de un escenario serio en el que se defiendan los intereses subjetivos que se debaten al interior del litigio, sin que el operador judicial promueva rigorismos formales que entorpezcan la aplicación del mismo.

Ahora bien, todo cambio o unificación de jurisprudencia genera una aplicación de la nueva hermenéutica adoptada, razón por la cual el posible argumento referente a la modificación de la línea jurisprudencial que sobre la materia ha sostenido esta Sección y, de manera concreta, una de sus Subsecciones, no puede constituir razón suficiente para mantener la vigencia de una tesis que no consulta los postulados constitucionales y los lineamientos procesales modernos. Una de las finalidades principales del orden jurídico o normativo reside en la efectividad de los derechos y las garantías de los sujetos procesales, por lo tanto, una postura excesivamente formal deslegitima los fines esenciales del derecho procesal o adjetivo, máxime si las partes han guardado silencio a lo largo de la actuación, lo que ha permitido convalidar su postura frente a los documentos que reposan en el plenario en copia simple.

Ahora bien, respecto al traslado de pruebas, el Código de Procedimiento Civil²¹ consagra de la siguiente manera:

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 2 de agosto de 2007, exp. 2003-01162-01(1926-04), M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

²¹ La Sala en sentencia de 30 de mayo de 2002, expediente radicado al No. 13476, retomando lo dicho en providencia 21 de septiembre de 2000, precisó lo siguiente:

“El artículo 168 del Código Contencioso Administrativo dispone que “En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo, se aplicarán, en cuanto resulten compatibles con las normas de este código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración”.

ARTÍCULO 185. PRUEBA TRASLADADA. 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 de ella.** (Negrillas fuera del texto original)

Así las cosas, se tiene que a folio 109 del cuaderno No. 1 –proceso 940.646-, acápite de pruebas de la contestación de la demanda, se constató que en esta se rogaron piezas de la investigación disciplinaria adelantada por parte de la Procuraduría Delegada, pero solo aquellas en contra de los miembros de la Dirección General de Prisiones o INPEC, omitiendo la investigación realizada a miembros de las fuerzas militares que participaron en el operativo. No obstante, a folio 55 del cuaderno No. 8 –proceso 940.200-, en la contestación, se solicitan las mismas pruebas rogadas, entre las que se incluye el proceso disciplinario completo (fl. 41 del mismo cuaderno). Este mismo acontecer se puede verificar en las actuaciones respectivas del proceso 940.288 (fl. 18 y 27 del cuaderno No. 2). Valga concluir, entonces, que lo concerniente al proceso disciplinario constituye prueba a valorar en la presente instancia.

De otro lado, el Comando General de las Fuerzas Militares – Jefatura de Estado Mayor Conjunto-, dando cumplimiento al exhorto No. 503, allegó al proceso copia auténtica de las providencias de primera y segunda instancia proferidas dentro del sumario adelantado por dicha institución en contra del Capitán César Enrique de la Cruz Páez, Teniente Mario Fernando Barcenás Suancha, Sargento Viceprimero Horacio Becerra Parra, Sargento Viceprimero Jorge Eliecer Pérez Casas, Sargento Segundo Oriel Rodríguez, Sargento Segundo Miguel Ángel Miranda Valencia, Sargento Segundo José Rodrigo Inagan, Sargento Segundo Jorge Alberto Espinosa Quiroz, Sargento Segundo Omar Torres Florián, Cabo Primero Robin Edilberto Torres Rojas y Sargento Segundo Jorge Eliecer Giraldo Arias, por los delitos de homicidio y lesiones personales, en los hechos que sucedieron el 21 y 22 de julio de 1992, con ocasión de la retoma de la cárcel “La Catedral”.

Se deja constancia que de la copia del expediente correspondiente al proceso adelantado por el Juzgado 20 de Instrucción Penal Militar -donde también reposan las indagatorias practicadas a los militares que participaron en la toma de “La Catedral”-, se reproducen las siguientes citas. No obstante, se advierte desde ya que las versiones libres no podrán ser tenidas en cuenta, comoquiera que se trata

de declaraciones injuradas, a las que la ley no otorga ningún valor probatorio (fls. 68 al 128 del cdno. de las Fuerzas Militares No. 1).

Debe precisarse que la copia de las pruebas practicadas en el proceso penal militar, investigación a la que dieron lugar los hechos a que se refiere el presente caso, fueron solicitadas como prueba trasladada por la parte actora, si bien a dicha petición se adhiriera la entidad demandada. Así las cosas, pueden ser valoradas en consideración a que la Sala ha determinado, en jurisprudencia reiterada, que los medios suasorios obrantes en ellos fueron practicados con audiencia de la demandada²², por cuanto esa entidad intervino en el proceso original.

Asimismo, se itera, las indagatorias de los guardianes implicados en el hecho, tampoco podrán ser valoradas ya que carecen del requisito del juramento, necesario para poder ser tenidas como declaraciones de terceros, conforme al artículo 227 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, respecto a los testimonios rendidos en el proceso penal militar –que si serán objeto de valoración en la presente instancia-, el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal consagra:

“ARTÍCULO 229. RATIFICACION DE TESTIMONIOS RECIBIDOS FUERA DEL PROCESO. Sólo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos:

1. Cuando se hayan rendido en otro, sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzca en el posterior (...).”

Como se observa, del numeral uno del artículo citado se deducen dos requisitos que deben concurrir para encuadrar en el marco descrito por la norma, i) que los testimonios se hayan rendido en otro proceso y ii) que se hayan practicado sin audiencia de la persona contra la que se pretende acreditar en el presente. Sin embargo, si bien es cierto que los testimonios que se tendrán bajo consideración se rindieron en un proceso diferente, lo es también que la demandada en el presente proceso asistió a la práctica de las declaraciones, por tanto, se trata de testimonios cuya ratificación es inocua, de allí que serán valorados y llamados a integrar el criterio de la Sala.

²² Ver sentencias de 18 de septiembre de 1997, expediente 9666; de 8 de febrero de 2001, expediente 13.254; de 17 de mayo de 2001, expediente 12.370; de 21 de febrero de 2002, expediente: 05001-23-31-000-1993-0621-01(12789).

Por consiguiente, la Sala armonizará el acervo probatorio que compone el proceso, sin distinción de los documentos allegados en copia simple, y fallará de acuerdo al valor integral que se les confiera, de acuerdo al análisis sano y crítico que a partir de aquí se surta.

3. Elementos de la responsabilidad y análisis probatorio, régimen aplicable y conclusiones

3.1. El Daño antijurídico

Sin duda, el daño constituye el primer elemento o supuesto de la responsabilidad, cuya inexistencia, o falta de prueba, hace innecesario el estudio de la imputación frente a la entidad demandada; esto es, ante la ausencia de daño se torna estéril cualquier otro análisis, comoquiera que es el umbral mismo de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Siendo el daño el primer elemento de la responsabilidad, cuando se adjetiva de antijurídico, da lugar a estudiar su imputación al ente demandado, de lo contrario el análisis de la misma se agota en ese primer presupuesto, toda vez que resulta inocuo cualquier consideración adicional a su imputación y al régimen aplicable.

Así las cosas, mediante copia auténtica de la hoja de vida, allegada por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, en respuesta al exhorto 078-8, se comprobó que el Sargento Olmedo Mina estuvo vinculado con el establecimiento desde el 28 de agosto de 1978 hasta el 22 de julio de 1992, fecha en la que se produjo su deceso mientras cumplía con sus funciones en la Cárcel Municipal de Máxima Seguridad de Envigado (fls. 55 al 245 del cdno No. 2)

La muerte de Olmedo Mina se constató mediante el registro civil de defunción No. 1508, del 30 de julio de 1992, suscrito por el Notario Primero del Círculo de Envigado (fl. 7 del cdno. No. 2), donde se certificó que su muerte aconteció el 22 de los mismos mes y año.

El Instituto de Medicina Legal de Medellín allegó al proceso copia de la necropsia practicada al cadáver del Sargento Olmedo Mina. Del documento se destaca:

“Cadáver de sexo masculino, edad 35 años, talla 1.74 metros, con frialdad, rigidez, livideces dorsales. Presenta orificios de entrada de proyectil de arma de fuego así: de 9x9 mm paraescapular interna izquierda; de 8x8 mm en región suprapúbica derecha; de 8x7 mm en cara anterior y superior del muslo derecho; dos orificios de salida de bala así: de 33x4 mm paraumbilical derecha y de 48x55 en glúteo derecho, del cual se recuperan fragmentos blindados y de plomo. **No hay ahumado ni tatuaje macroscópico por pólvora en las manos.** Gran edema y deformidad del tercio superior del muslo derecho. Erosión de origen contuso de 4x1.5 mm en rodilla izquierda (...)

“(...) DIAGNÓSTICO MACROSCÓPICO

Evidencia de heridas por proyectil de arma de fuego de alta velocidad así: una que entró por muslo anterior derecho y siguió atrás fracturando el fémur y destrozando vasos femorales y músculos. Otro entró por pared abdominal inferior y siguió por la misma unos seis centímetros hacia arriba, recuperándose allí. La última entró por región paraescapular interna izquierda y siguió abajo, adelante y a la derecha, lesionando pulmón, diafragma, aorta e hígado. Hemotórax y hemoperitoneo.

CONCLUSIÓN:

La muerte de OLMEDO MINA fue consecuencia natural y directa del choque traumático resultante de los destrozos de aorta, hígado, pulmón y vasos femorales por proyectiles de arma de fuego de alta velocidad, causando lesiones esencialmente mortales.

Esperanza de vida: 30 años más.

Nota: por el gran hematoma y edema femoral se puede afirmar que la herida del muslo derecho fue primero que la de la región torácica izquierda (...)” (fls. 47 a 51 del cdno. No. 2 o fls. 150 y 151 del cdno. de las Fuerzas Militares))

De la lectura del acta de necropsia practicada al cadáver de Olmedo Mina, resulta concluyente que la muerte del Sargento se originó por el choque traumático causado por tres proyectiles de arma de fuego de largo alcance y alta velocidad, dos de los cuales le impactaron por el frente de su humanidad, y uno por la espalda, del cual confirma el informe fue el último que le impactó. Uno de los proyectiles no causó orificio de salida y fue hallado alojado contra la pared paraumbilical.

Así mismo, componen el acervo probatorio los certificados suscritos el 22 de julio de 1992, allegados por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses –Regional Noroccidente, Medellín-, donde se comprueba el estado de cada uno de los demandantes, luego de que se les practicara el reconocimiento físico. Allí mismo se consignó la incapacidad definitiva estimada de cada uno, en la proporción que seguidamente se enuncia (fls. 121 a 130 del cdno. No. 1 y 84 del cdno. No. 8)

NOMBRE	DÍAS DE INCAPACIDAD
Argemiro Serna Torres	20 días
Víctor Hugo América Olaya	12 días
Luis Ernesto Camacho	20 días
Pedro Fidel Delgado Díaz	Sin incapacidad
Luis Guillermo Toro Zapata	15 días
José Manuel Fonseca Buelvas	Sin incapacidad
Yamid Arturo Marín	Sin incapacidad
Jaime Alonso López	Sin incapacidad
Oscar de Jesús Giraldo López	12 días
Julio Romero Polo	Sin Incapacidad
Javier Giraldo Flórez	35 días

3.2. Imputación fáctica

En segundo lugar, probado el deceso del Sargento Olmedo Mina y las lesiones de Javier Giraldo Flórez, Argemiro Serna Torres, Luis Ernesto Camacho Días, Luis Guillermo Toro Zapata, Víctor Hugo América Olaya y Oscar de Jesús Giraldo López, mientras desempeñaban sus funciones como Guardias Penitenciarios, es preciso verificar la ocurrencia de la nota de antijuridicidad de las mismas.

Se abordará, entonces, el análisis de imputación fáctica tendiente a establecer la atribuibilidad del daño antijurídico al Estado.

3.2.1 Del compendio probatorio que motivó la decisión del colegiado castrense, se deben destacar, en primer lugar, las declaraciones que rindieron los guardianes penitenciarios que se encontraban en turno el día de los hechos, de donde se considera indispensable resaltar los siguientes apartes, en relación con el ingreso del Ejército a la Cárcel Municipal de Máxima Seguridad de Itagüí, la manera en que se adelantó el procedimiento y la reacción de los guardianes:

Declaración juramentada de Bernardo Edwin Quiroz Jaramillo:

“(…) El ataque empezó como a las ocho de la mañana, yo estaba en los dormitorios de los guardianes, sentí la balacera, yo escuché

detonaciones muy fuertes no sé, entonces yo al sentir esto me levanté rápidamente y me coloqué las botas y la camisa, porque yo estaba durmiendo, me había tocado estar de guardia en el cuarto turno y me tocó en la reja del salón de juegos, entre las siete de la noche a la una de la mañana, salí por el corredor despacio pero asustado, cuando vi en la ventana del corredor hacia atrás entonces vi que saltaron dos soldados con sus fusiles, entonces salí hacia la puerta de los baños y me dijeron "quieto maricón" y me hicieron un rafa gaso, entonces yo me extendí en el piso con las manos abiertas, entonces me colocaron varios fusiles apuntándome (...) los soldados amenazaban y uno de ellos me levantó de la camisa y me colocó encima de una mesa de billar que hay dentro del restaurante donde comemos los guardianes, me colocó boca abajo y me colocó una pistola perteneciente al Capitán y me preguntó que donde estaba el túnel, y al darle la respuesta me disparó en seco varias veces. Ahí me bajó de la mesa y me volvió a tender en el piso, nos bajaron hacia la guardia y al llegar allí vi a un guardián herido que es cabo, no tengo presente el nombre de él, entramos a la cárcel por la puerta grande o principal entonces había un señor vestido con un camuflado como blanco, gris y negro y me dijo que eso nos iba a pasar a nosotros y me señaló a mi Sargento MINA extendido en el suelo ya estaba muerto (...)" (fls. 3 y 4 del cdno. de las Fuerzas Militares) (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

Declaración juramentada de Jorge Alonso Molina Molina:

"(...) todo sucedió desde las siete de la mañana cuando el General llamó por radio al Coronel que está encargado de la seguridad de la cárcel que salieran pues que salieran de inmediato ellos manifestaron esperar un momento ya que tenían comunicación directa con la Presidencia para relatarle lo último sucedido se comentaba que ellos estaban en calidad de rehenes lo cual el Coronel Navas habló con un alto funcionario del gobierno tiene que estar relacionado con el Ejército donde él le comunicó que ellos habían estado dentro del centro carcelario a la espera de un comunicado que iba a hacer Pablo Escobar el Coronel Navas le comunicó a ese alto funcionario que ellos no estaban en calidad de retenidos que ellos solamente estaban ahí de mediadores y a petición de cinco detenidos y de siete guardianes le manifestamos formalmente que se quedarán hasta que se solucionara el problema porque si ellos salían entraban dándole a lo que se moviera bueno el Coronel Navas habló con el General que esperara un tiempo que él estaba esperando llamada de la presidencia porque según en la llamada le dijeron a Navas esperemos como se van desarrollando los acontecimientos en ese momento nos encontrábamos en la pieza de Pablo Escobar nos salimos para el balcón el Coronel Navas el Viceministro de Justicia el Coronel de la prisión cuando no se hicieron esperar nos comunicaron por el radio de la comunicación interna de la cárcel que se estaban entrando el Ejército y un grupo de comando el Viceministro no creía que se fueran a entrar en un tiempo de cinco minutos escuchamos disparos de todas partes, eso fue una confusión ensordecedora ya que todo el mundo o las personas que estábamos con el Coronel Navas y el Viceministro nos dijo quién está armado, le dijimos no señor ni los detenidos ni los guardianes que estamos aquí tenemos armas el Coronel navas nos comunicó que entráramos a la pieza de Pablo y nos tiráramos al suelo en medio de esa confusión el Coronel que maneja la prisión le gritaba por el radio que no dispararan

que los guardianes no estaban disparando el Coronel Navas se quitó la chaqueta y se dirigió a la puerta con el radio en la mano diciendo que no dispararan el cual yo le comuniqué que le dijeran al grupo ese de reacción que no nos fueran hacer daño el cual él les dijo ahí hay un personal civil y de guardianes que están desarmados (...)(fls. 7 y 8 del cdno. de las Fuerzas Militares) (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

Declaración juramentada de Humberto Quintero Mantilla:

"(...) yo no me encontraba en el lugar de los hechos mientras el Sargento Mina era dado de baja y yo era retenido en ese momento por un grupo de comandos especiales en el alojamiento donde me encontraba durmiendo las explosiones y los disparos que hacían impacto en la pared de mi alojamiento y en la ventana me despertaron cuando fui a salir para salvar la vida fui retenido por ese grupo de comandos como dije anteriormente empujado y golpeado tirado al suelo donde me colocaron los fusiles en la cabeza mientras me requisaban para verificar que no tenían ningún tipo de arma (...). Fui conducido con las mayores medidas de seguridad hasta la guardia interna del penal donde el resto de guardianes y compañeros permanecían amarrados y tirados en el suelo boca abajo, unos golpeados con contusiones escalabrados nos habían pateado (...)" (fls. 9 y 10 del cdno. de las Fuerzas Militares) (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

Declaración juramentada de Héctor Jaime Jaramillo Ochoa:

"(...) yo me encontraba detrás de la garita que queda a la entrada de la guardia porque me iba ir a orinar hacia el lado de un muro que se encuentra junto a la guardia (...) cuando yo voltie [sic] a mirar hacia la puerta de la guardia estaban los soldados esos señores enmascarados y gritaron abran la puerta entonces el Cabo GIRALDO que también estaba ahí con el guardián HUMBERTO QUINTERO MARTÍNEZ entonces yo cuando oí que dijeron abra la puerta entonces el Cabo GIRALDO dijo le voy a avisar al Director y no le dio tiempo de nada porque detrás de la garita ya le habían rodeado y cuando la estaban rodeando yo me tire detrás del muro que queda cerca a la garita y clavé la cabeza en el piso como el muro me tapó toda la visibilidad yo no vi nada sentí la plomacera toda la balacera y entonces lo único era que me caían era como pedazos de piedras y polvo y disparaban y disparaban cuando en medio de toda esa plomacera llegaron dos soldados y me jalaban de la chaqueta y me encañonaron en la cabeza me lo pusieron y me buscaban en todo el cuerpo y me decían el arma el arma dónde está el arma y como vieron que no tenía nada me esposaron y me dijeron que agachara la cabeza me pusieron boca abajo en el piso y me dijeron agache la cabeza y si la levanta lo mato y así con la cabeza agachada en el piso me arrastraron hacia el frente de la garita volvieron y me repitieron si levanta la cabeza lo mato un movimiento de su cabeza y lo mato y seguían sonando disparos y explosiones cuando yo estaba tendido ahí (...)". (fls. 11 a 13 del cdno. de las Fuerzas Militares) (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

Declaración juramentada de Humberto Quintero Martínez:

“(…) Yo estaba ahí en la portería de la guardia, estábamos el Cabo GIRALDO, el Sargento MINA, el Guardián Jairo Daza y el Guardián HÉCTOR JARAMILLO y yo, el Sargento MINA y GIRALDO eran el Jefe de Guardia y Oficial de Servicio, y yo estaba en la garita disponible, eran como las siete o siete y media del día, ya estaba claro completamente cuando fueron llegando unos encapuchados, y dijeron abran la puerta abran la puerta, y empezaron a disparar, yo ahí mismo me tiré al suelo en la garita y los otros compañeros también se tiraron, siguieron dando bala hasta que entraron, no sé cómo entraron porque yo estaba agachado, cuando ya entraron nos pusieron boca abajo hasta que ya pasó más o menos todo y nos dejaron levantar ya vi al Sargento MINA muerto y al Cabo GIRALDO herido (…). Ninguno de nosotros ni los detenidos dispararon contra la tropa. (…)
PREGUNTADO: sírvase decirnos si usted sabe quién dio muerte al Sargento MINA.
CONTESTÓ: los que le dieron muerte fueron los que tenían uniforme negro y blanco y pasamontañas, esos fueron los que entraron disparando, pero concretamente no sé quien porque tenían tapadas las caras (…)”. (fls. 14 y 15 del cdno. de las Fuerzas Militares) (Negritas y subrayas fuera del texto original).

Declaración juramentada de Bernardo de Jesús Valencia Montoya:

“(…) PREGUNTADO: sírvase manifestar al Despacho si tiene conocimiento de que haya personal herido por parte de los guardianes y militares. CONTESTÓ: Heridos varios guardianes hay uno con contusiones en las costillas, yo con la cabeza rota porque me pegaron un cachazo, patadas en la cabeza también me dieron cuando estaba en el suelo (…)”. (fls. 16 y 17 del cdno. de las Fuerzas Militares).

Declaración juramentada de Eugenio de la Cruz Agudelo Zuluaga:

“(…) yo estaba en mi habitación la cual queda dentro de la cárcel, estaba acostado dormido, en el alojamiento del enfermero (…)
sentí disparos, me puse el pantalón y abrí la puerta de la habitación y al instante entraron unos militares ordenándome que me tendiera en el piso y que pusiera las manos en la espalda, cuando lo hice me patieron [sic] sobre el costado izquierdo y luego me esposaron (…)
después oí que el Cabo GIRALDO decía que se encontraba herido y pedía autorización para yo atenderlo inicialmente me soltaron las manos y cuando me fui a arrimar al Cabo me ordenaron nuevamente que me tendiera en el piso y no pude atenderlo (…)”. (fls. 18 y 19 del cdno. de las Fuerzas Militares) (Negritas y subrayas fuera del texto original).

Declaración juramentada de Juan Guillermo Gómez Giraldo:

“(…) estábamos junto a la reja interna que da a los billares, cuando escuchamos disparos, fue cuando entraron los del Comando Especial echando bala, nosotros los tres, y otro más que no recuerdo quien era,

nos metimos a una pieza hasta que nos sacaron y nos amarraron y nos tiraron al suelo (...)" (fls. 20 y 21 del cdno. de las Fuerzas Militares)

Declaración juramentada de Luis Fernando Velásquez Quiroz:

"(...) Ayer yo me encontraba en el alojamiento que queda en la parte externa de la cárcel donde duermen los guardianes y los servicios, eran como las siete y media de la mañana y yo bajaba como de costumbre a hacer el aseo dentro de la cárcel, claro que yo presto mis servicios en la parte de la administración, yo no trabajaba allá en la parte interna, cuando ya iba llegando a la guardia yo vi que iban unos soldados diferentes a los de la Catedral, porque vestían prendas diferentes a las de los otros militares, tenían pasamontañas, tenían camuflado diferente es de color gris, blanco y negro, tenían gafas y unas cosas en las orejas, todos iban muy bien armados y como agachados y estaban gritando que les abrieran la puerta, yo sentí un tiroteo y cuando uno de esos señores me cogió del pelo y me tiró al suelo y me colocó el arma en la cabeza, me dijo que no levantara la cabeza porque si no me mataban (...) Ya de ahí me hicieron bajar arrastrado y me decían que no levantara la cabeza, me llevó hasta el frente de la guardia y ahí me hizo quedar y ahí ya tenían como a otros cuatro o cinco de los guardias tirados todos en el suelo con la cabeza contra el piso, cuando oí que uno de los que entraron dijo que había un muerto y era el Sargento MINA, también hubo un herido el Cabo GIRALDO, él estaba herido en un pie y se lo llevó uno de esos camuflados decían que era enfermero, porque uno de los guardianes dijo que ahí había un enfermero pero los militares no dejaban que lo atendiera ese enfermero que porque ellos también llevaban uno (...)" (fl. 30 y 31 del cdno de las Fuerzas Militares)

Declaración juramentada de Sánder León Sánchez Ochoa:

"(...) Aproximadamente a las ocho de la mañana del día veintidós de julio de mil novecientos noventa y dos el General dio autorización a la guardia militar de los Comandos de inteligencia a entrar hacia la cárcel de envigado mientras estábamos con el señor Coronel Navas Rubio el Viceministro de Justicia y el Director de la Cárcel que teníamos contacto con la Presidencia de la República, y el Coronel Navas Rubio había conversado con el asesor de la presidencia le iba a hacer una explicación al General Pardo Ariza y en el momento en que nos encontrábamos en la cárcel se presentaron los Comandos de inteligencia tirando explosivos granadas y disparando las punto cincuenta nos tiramos todos al piso diciéndole que no nos maten que no nos maten y le pedimos el favor al Coronel Navas Rubio que se levantara con las manos hacia arriba que la salvación de la vida de los guardianes y la de ellos era la de ellos mismos en el momento que salió Navas Rubio se sentían explosiones en las piezas de los presos maltrato quebrando cuanta cosa había nos amarraron con las manos en la cabeza hacia la parte de atrás nos arrastraron dándonos patadas nos hicieron llegar hacia la guardia nos pusieron boca abajo, no estaban tratando muy mal y el que levantaba la cabeza le daban su buena patada (...). PREGUNTADO: Hay información de que el personal que se encontraba dentro de la cárcel estaba secuestrado, qué sabe usted sobre estos hechos: CONTESTÓ: él en ningún momento estaba

secuestrado ni estaba de rehén de ninguno (...) sino que ellos se quedaron voluntariamente en la cárcel para darnos una mayor garantía y seguridad. PREGUNTADO: Sírvase decirnos si el personal de guardianes disparó contra la tropa. CONTESTÓ: **Eso es negativo porque desde las siete horas de ese día entregamos armamento a la guardia o sea al puesto de guardia y el señor Coronel Navas Rubio dijo en compañía con el Director y el Viceministro que no fuéramos a disparar y ese mensaje se lo recibimos como orden y como respeto a la autoridad (...)**". (fls. 22 a 24 del cdno. de las Fuerzas Militares) (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

Declaración juramentada de Jairo Raúl Daza Moreno:

"(...) entre las siete y las siete y treinta de la mañana se presentó un comando de asalto del Ejército, dichas personas con palabras soeces **abran la puerta hijueputas [sic] o sino los matamos, de un momento a otro empezaron a disparar y en vista de eso como empezó el tiroteo nadie pudo abrir la puerta, yo me arrojé al piso me cubrí con un mesón que hay en la oficina de la guardia** ya después alguien dijo que no disparen que estamos heridos entonces ellos ya estaban adentro y **a mí me sacaron de la guardia, me pegaron una palmada en la cara y me tiraron al suelo, que me pusiera boca abajo con las manos en la nuca que si nos movíamos nos mataban, en ese momento del asalto nos encontrábamos en la guardia, conmigo el Sargento OLMEDO MINA, el Cabo GIRALDO FLÓREZ JAVIER, a quien también hirieron,** no supe en qué parte del cuerpo lo hirieron, tampoco sé dónde esté ahora y el guardián HUMBERTO QUINTERO, no recuerdo de más, estando boca abajo oí decir a mi Cabo GIRALDO que mi Sargento estaba muerto (...). Cuando a mí me sacaron de la guardia y me tiraron al suelo me quitaron el revólver de dotación que era un 38 largo, yo en ningún momento hice uso de él, ahí al lado de la guardia había quedado mi Sargento muerto (...). PREGUNTADO: Sírvase decirnos si el señor Sargento MINA disparó o trató de disparar contra la tropa cuando llegaron éstos a la garita de la guardia. CONTESTÓ: **Yo no vi que él hubiera disparado, el portaba en la pretina un revolver de dotación**". (fls. 25 a 27 del cdno. de las Fuerzas Militares) (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

Declaración juramentada de José Wilmar Muñoz Sánchez:

"(...) PREGUNTADO: Sírvase decirnos si sabe quién dio muerte al Sargento MINA y por qué. Y si los guardias o el personal de internos disparó contra los militares para impedirles la entrada a la cárcel. En caso positivo, quiénes dispararon y qué clase de armas. CONTESTÓ: No sé quien lo mató, nosotros no hicimos ningún disparo, ni los guardias ni los internos los únicos que dispararon fueron los militares tanto que el Sargento nos había dicho que no disparáramos, que nos entregáramos porque las llevábamos de perder (...)" (fls. 37 a 39 del cdno. de las Fuerzas Militares)

3.2.2 Es preciso analizar las pruebas técnicas que fueron adelantadas con el fin de establecer si el Sargento Mina disparó o no el arma que le fue encontrada, y si la misma correspondía a su dotación personal. También es necesario determinar si

resulta suficiente la experticia para desestimar la responsabilidad de los militares por los disparos que segaron la vida del Sargento Mina.

Para el efecto, obra copia del acta de diligencia de levantamiento de cadáver, elaborada por la Unidad Especializada de Previa y Permanentes de la Fiscalía General de la Nación, donde se consigna una detallada descripción del lugar. El equipo contó con el apoyo logístico de dactiloscopista, fotógrafo, topógrafo, balístico y manipulador, técnicos adscritos al Cuerpo de Investigación de la localidad, y quienes dejaron constancia de la primera inspección a la escena. Ante las posibles irregularidades que se evidencian en el informe, en él se dejó constancia de que el despacho de la Fiscal Coordinadora arribó al lugar de los hechos poco más de cuatro horas después del ingreso del Ejército al penal. Así se quedó registrado en el acta:

“(…) ORIENTACIÓN DEL CADÁVER: Se encuentra en el primer piso pero por fuera de la garita, con cabeza al sur y en posición de cúbito lateral izquierda, con rotación del cuerpo al lado izquierdo y el miembro superior derecho semiflexionado, el izquierdo por debajo del tórax. 3). PRENDAS DE VESTIR: Examinada la parte externa del cadáver, se le observan como prendas las siguientes: una reata negra con chapuza y seis cartuchos calibre 38; uniforme azul oscuro que corresponde al que utiliza la Dirección General de Prisiones, para todos sus guardianes; botas negras, tipo militar, con medias negras; reata o cinturón de lona color azul oscuro en la pretina del pantalón; chaqueta impermeable de doble fondo, por un lado azul oscuro y naranjado por el otro, con capota, la que se ve bastante ensangrentada. Igualmente presenta rigidez cadavérica generalizada (...). 5). DESCRIPCIÓN DE LAS HERIDAS: Una herida en región mesogástrica lado derecho, en el plano anterior del cadáver b). Otra en el tercio superior del muslo derecho, en el mismo plano; c). Otra herida en la región pubiana.- Dentro, se corrige, en el miembro presenta esquirlas.- Heridas en el plano posterior del cadáver: a). Orificio en región infraescapular izquierda; b). Herida en región glútea derecha, la que presenta bordes evertidos e irregulares, que no se sabe si es orificio de entrada o de salida. Las mismas parecen ser acarreadas por arma de fuego (...). 8). ANOTACIONES FINALES: En esta diligencia se hizo presente el doctor HERNANDO MORALES HINCAPIÉ, Juez 20 de Instrucción Penal Militar, persona que solicitó la entrega de las pertenencias que se le hallaron al occiso en sus prendas de vestir (...), así lo hizo el Despacho. El occiso portaba un fusil M.L. adaptado a 7.62 milímetros, era su arma de dotación la que igualmente se entregó al balístico, para su estudio pertinente, especialmente si había sido recientemente disparada (...)” (fls. 155 a 159 del cdno. de las Fuerzas Militares).

Respecto al tipo de heridas que le causaron la muerte al Sargento de Prisiones Olmedo Mina, resultan pertinentes las apreciaciones del catedrático Roberto Solórzano Niño, quien precisa de la siguiente manera:

“(...) Cuando se dispara un arma de fuego se producen gases, llama, humo, metales vaporizantes y residuos de pólvora no combustionada.

Las lesiones son producidas por la energía cinética que desplaza al proyectil, esta energía depende de la masa del proyectil y de la velocidad que lleva. También son importantes el movimiento helicoidal del proyectil, el movimiento giroscópico que por la fuerza de gravedad desvía el proyectil del centro de gravedad y el grado de fragmentación del proyectil dentro del cuerpo.

Características

Las heridas con arma de fuego presentan: orificio de entrada, orificio de salida y el recorrido del proyectil. (...) El orificio de entrada es de menor diámetro que el orificio de salida. Es de forma circular si el disparo se hace perpendicular al blanco y ovalado si el arma tiene angulación; en los disparos a larga distancia tiene forma de ojal o hendidura lineal.

Los bordes son invertidos por la mayor retractabilidad de la epidermis con relación a la dermis (...). El orificio de entrada presenta además, anillo de contusión en la periferia, el anillo de enjugamiento y tatuaje.

1. Anillo de contusión o anillo equimótico es debido a la presión ejercida por el proyectil sobre la piel, puede faltar cuando ésta está recubierta por la ropa (...), es frecuente que se halle equimosis o hemorragia producida por la ruptura de pequeños vasos.

2. anillo de enjugamiento o “collarete de limpieza” como lo designa SIMONIN, son elementos extraños que puede encontrarse en el tubo del cañón del arma tales como óxido, polvo, mugre, restos de grasa, etc, que son arrastrados por el proyectil en el momento de la salida y quedan impregnados del orificio.

3. Tatuaje o “taraceo” está formado por el negro de humo, por las granulaciones de pólvora no quemadas, por la llama y por los gases de explosión.

- a. El negro de humo es un depósito de carboncillo muy fino u hollín que se adhiere a la piel, tanto de la herida como de la mano que hizo el disparo. Desaparece con el lavado. Cuando la pólvora usada no es negra, sino blanca o piroxilada el negro de humo es de color gris.
- b. Las granulaciones de pólvora no quemadas se encuentran únicamente en los disparos hechos a distancia intermedia, se incrustan en la piel, haciéndola sangrar (petequias) que se ven como puntos rojizos alrededor del orificio (...). Las granulaciones de pólvora no caen por el lavado. A mayor calibre del proyectil y longitud del arma, el tatuaje será mayor.
- c. La llama tiene forma cónica cuya base corresponde a la boca del cañón del arma, generalmente su longitud es igual a la del cañón, su efecto se aprecia como una quemadura superficial de primer grado en torno al orificio de entrada (...).
- d. Los gases salen a presión empujando el proyectil. Los gases

desgarran y abomban la piel y el tejido celular subcutáneo, originando una lesión conocida como “boca de mina”.

4. Orificio de salida: Falta en muchas oportunidades, cuando existe su diámetro es mayor que el del orificio de entrada, es más irregular, los bordes son evertidos, no presenta anillo de contusión, anillo de enjugamiento, quemadura ni tatuaje. Sus bordes son de color rojo cereza. El diámetro es mayor por varias razones, el proyectil al ser disparado presenta un movimiento helicoidal sobre su propio eje que va aumentando su tamaño al progresar, por tanto, a mayor distancia mayor diámetro del orificio. Además, el proyectil al chocar contra los diferentes planos se achata especialmente, si lo hace contra huesos.

Clasificación de las heridas por arma de fuego. De acuerdo con la distancia a la cual se hace el disparo y a las características del orificio de entrada, estas heridas se clasifican en:

- | | | |
|----|----------------------------|-------|
| a. | ros por Contacto | Dispa |
| b. | ros por semicontacto | Dispa |
| c. | ros a distancia intermedia | Dispa |
| d. | ros a larga distancia | Dispa |

Anteriormente a las tres primeras se les denominaba a corta distancia que comprendía los disparos a boca de jarro y a quemarropa, y a la cuarta, si a larga distancia.

(...) Disparos a larga distancia: son aquellos en los cuales hay una distancia mayor de 1 metro entre el blanco y el arma; mejor, entre víctima y victimario. Este disparo no produce tatuaje. Solo hay anillo equimótico que siempre está en todo disparo independiente de la distancia que se haga (...)23.

De lo anterior se puede concluir que, teniendo en cuenta que los tatuajes únicamente se presentan en disparos hechos a distancia intermedia -tal como lo observa en su explicación el profesor Solórzano-, la ausencia del tatuaje sólo lleva a entender que los disparos fueron realizados a larga distancia -es decir mediando espacio superior a un metro entre la boca del cañón y el objetivo-, y lo cierto es que quienes mayor distancia del Sargento Mina guardaban, eran los miembros de las Fuerzas Especiales Urbanas, -teniendo en cuenta que sus compañeros de guardia le acompañaban en el mismo recinto-, y que son contundentes las declaraciones que afirman que nadie allí se atrevió a disparar. Bajo tales circunstancias, resulta irrelevante si la distancia desde la que se le disparó fue de uno, dos o tres metros, ningún disparo realizado desde los cuatro metros de distancia aproximada que separaban a los militares de la guardia, podría por sí

²³ SOLORZANO NIÑO, Roberto - Medicina Legal, Criminalística y Toxicología para Abogados. Editorial TEMIS, sexta edición, Bogotá – 2009 Pág. 110 y ss.

generar el estigma del tatuaje, al tiempo que ningún disparo que se hubiese efectuado por sus compañeros -quienes le antecedian a su espalda- hubiera logrado impactarle de frente y sin dejar el signo.

Hecho el anterior análisis, con el fin de establecer a quien se le debe atribuir la muerte del Sargento de Prisiones Olmedo Mina, se concluye que, si bien no es posible individualizar el responsable directo que accionó el arma que le dio de baja, si resulta indudable que los dos primeros impactos los recibió de frente, y que de frente se encontraban los integrantes del grupo élite de las Fuerzas Especiales Urbanas que asaltaron el puesto principal de guardia.

La defensa de tal circunstancia niega este hecho arguyendo que la muerte de Mina no fue producto de disparos a quemarropa y que los efectivos no ingresaron a rematarlo, hecho que presumen es muy claro por la ausencia de tatuaje. No obstante, como ya se evidencio, la falta de tatuaje solo confirma que los disparos que ocasionaron la muerte a Mina no se produjeron a contacto, semicontacto, ni a distancia intermedia.

Es evidente que la muerte del Sargento Mina fue determinada por el ingreso de la tropa al centro carcelario y que, por consiguiente, se debe verificar si se dio alguna causal de exoneración que libere a la Administración de la responsabilidad de indemnizar el daño que ciertamente produjo, o si el mismo se presentó en condiciones obrantes de ilicitud, al margen de los riesgos normales a los que se somete el guardián de prisiones en cumplimiento de sus funciones.

Por otro lado, el Laboratorio de Balística del Cuerpo Técnico de Investigación rindió el informe No. LB.SC.00112, calendado el 27 de julio de 1992, respecto de los elementos hallados en la escena inspeccionada, donde estaba el cadáver de Olmedo Mina, concluyendo los expertos:

“(...) Las partículas halladas en el ánima del cañón del arma incriminada remitida a estudio (nitritos y nitratos, elementos constitutivos de la pólvora), fueron sometidas a estudio físico-químico bajo la acción del reactivo de sulfodifenilamina (LUNGE), arrojando coloración positiva. Lo anterior indica que el arma de fuego tipo fusil marcado con el Nro. R-IM 82-34-34-5717, fue disparado recientemente, es decir entre uno y treinta días aproximadamente, sin poderse determinar tiempo exacto, debido a que dichas partículas están sujetas a variación a causa de diversos factores tales como el clima, almacenamiento, entre otros.”

Se efectuaron disparos de prueba con el arma tipo fusil marca STEYR, calibre 7.62, número R-IM 82-34-34-5717, obteniéndose vainillas patrón para ser cotejadas con los elementos incriminados. Posteriormente, dichas vainillas obtenidas como patrón, se sometieron a estudio comparativo con la vainilla incriminada calibre 7.62, a través del microscopio de comparación para Balística Forense, con el fin de determinar las características de identidad en las zonas aptas para estudio (huellas dejadas por la contrarrecámara y aguja percutora en el fulminante), encontrándose signos de identidad y concateneidad [sic] entre la vainilla incriminada y las obtenidas como patrón. Con base en lo anterior, se conceptúa que la vainilla calibre 7.62, de constitución cobre militar, incriminada, fue percutida por el arma de fuego tipo fusil, marca STEYR, Nro. R-IM 82-34-34-5717, calibre 7.62 (...).”

Del anterior experticio se estableció que el estudio forense de las armas y fragmentos de proyectil hallados en la escena, y que se dice, portaba Olmedo Mina, ello podría significar que el arma fue disparada ese día. Sin embargo, nada se menciona sobre pruebas complementarias que ofrecieran certeza sobre si Mina disparó o no arma alguna -como la absorción atómica-, y lo que es más inquietante, no existe vestigio de la respectiva cadena de custodia que se debió practicar. Por el contrario, de acuerdo a la declaración del Procurador Regional de la época, Dr. Iván Velásquez Gómez, la escena del crimen permaneció, por más de 4 horas, expuesta a la contaminación. Incluso, el Procurador Regional atestigua un hecho al que, por la entidad de su cargo y la gravedad de la denuncia que efectúa, sería más que reprochable dejar de asignársele la relevancia pertinente y censurar la credibilidad que le merece, máxime teniendo en cuenta que la presencia del Delegado en el lugar obedecía a la necesidad de garantizar la efectiva legalidad de los procedimientos realizados. Dicha declaración -calendada el 18 de agosto de 1992-, refiere los hechos de la siguiente manera²⁴:

“(...) El 21 de julio de 1992 me trasladé en un vehículo del Batallón Pedro Nel Ospina –según entiendo- a la cárcel de la Catedral, en compañía del Capitán Lasprilla. Llegamos un poco antes de las 8 p.m. y allí me informaron que acababan de arribar el Viceministro de Justicia y el Director General de Prisiones, quienes se encontraban a unas tres cuadras, en la zona que se me dijo era de “comunicaciones”. Esperé en la caseta del último puesto militar, a todo el frente de la puerta de ingreso a la cárcel a que los mencionados funcionarios, quienes se hallaban con el General Pardo Ariza, se desocuparan. Al cabo de 20

²⁴ La declaración del Procurador Departamental de Antioquia, allegada en respuesta al cuestionario formulado por la Fiscalía Regional de Medellín y que el funcionario suscribió bajo la gravedad de juramento -adelantada por la Unidad de Investigación de la Fiscalía Especializada de Previa y Permanentes No. 1 de la Fiscalía Regional de Medellín-, conformó el acervo probatorio desde el 26 de marzo de 1996, comoquiera que se trataba de una prueba debidamente decretada. En la presente providencia se le concederá el valor probatorio resultante de su análisis juicioso, pues la prueba fue practicada, debidamente controvertida y su autenticidad y veracidad nunca fue materia de cuestionamientos, por el contrario, la parte demandante hizo uso de la misma para ensamblar los argumentos de defensa.

minutos aproximadamente se dirigieron los tres hacia el sitio en que me encontraba y yo salí a su encuentro. Les manifesté que desconocía la razón de mi presencia, por cuanto había recibido una lacónica instrucción del señor Procurador General en el sentido de que me dirigiera a la Cuarta Brigada, sin comentario adicional alguno y de allí me había enviado el Coronel Palacios, jefe de Estado Mayor Conjunto: El doctor Mendoza me afirmó que se había dispuesto el cambio de vigilancia interior de la cárcel, que tenían guardianes nacionales de la Dirección General de Prisiones y guardianes municipales pagados por el municipio de Envigado, por el Ejército. Se trataba, pues, que el Ejército asumiera el control interno de la cárcel. El Coronel Navas dijo que él iba a entrar a hablar con los reclusos, que la guardia estaba muy inquieta... el doctor Mendoza afirmó que él lo acompañaba, el Coronel Navas insistió en entrar solo, el general Pardo dijo que entraríamos los tres; el Coronel Navas insistió que él entraría primero y que, de ser necesario, él llamaría luego al doctor Mendoza quien aceptó.

El Coronel Navas se alejó de nosotros con dirección a la puerta y luego el Viceministro y yo nos dirigimos a la caseta que inicialmente mencioné.

Casi media hora después, se escuchó que llamaban al doctor Mendoza para que ingresara. Nos despedimos, él salió hacia la puerta y yo me quedé en la caseta.

Aproximadamente una hora después alguien dijo “necesitan al Procurador, que entre el Procurador”. Salí de la caseta hacia la puerta y, cuando estaba llegando a ella, el General Pardo Ariza se adelantó y le pidió al Coronel Rodríguez, Subdirector de la cárcel, que saliera porque necesitaba hablar con él. El Coronel Rodríguez dijo que se le había quedado una de las llaves y por tanto no podía salir, a lo que repuso el General: “entonces, cómo iba a entrar el Procurador?”. El Coronel Rodríguez le repitió que se le había quedado una llave, que iría por ella y luego regresaría, lo cual no hizo.

Yo volví a la caseta, a la espera que el Coronel Rodríguez retornara o salieran el Coronel Navas y el doctor Mendoza.

De la caseta podía observar, cuando ocasionalmente me asomaba por una ventana, que las personas que habían ingresado y los reclusos (lo cual deduje por las conversaciones que el General Pardo sostuvo con aquellos, a lo que me referiré luego) se encontraban en la casa fiscal.

En una oportunidad se fue la energía por unos minutos. Segundos después del apagón, escuché el ruido de un avión y alguien explicó que era la razón para irse la luz, pues así estaba dispuesto que se haría para evitar la ubicación de la cárcel en caso de ataque aéreo. Escuché por los radios que tenían el Coronel Espitia y otros oficiales: “tranquilos, el avión es nuestro. No hay problema, el avión es nuestro”. El General Pardo se comunicó con el Coronel Navas a través del teléfono interno o citófono que se hallaba en la caseta y en la casa fiscal y le preguntó qué pasaba con la luz, que fue nuevamente encendida instantes después.

Luego llamó otra vez el General Pardo y averiguó que ocurría. Dijo que salieran (Navas y Mendoza). Navas le contestó que estaban esperando una llamada de la Presidencia, de Miguel Silva. El General Pardo dijo

que entonces saliera uno. No sé qué respondió el Coronel Navas pero el General Pardo me dijo que no salían, que estaban esperando la llamada de Miguel Silva.

Más tarde el General Pardo volvió a comunicarse con el Coronel Navas. Le preguntó si ellos podían salir o si los tenían secuestrados. Entiendo que Navas dijo que no, pero Pardo Ariza me comentó: "como que están de rehenes".

La luz se fue por segundos otras dos veces.

Después de la 1:00 o 1:30 a.m. vi que las personas que se encontraban en la casa fiscal salieron con dirección a la cárcel propiamente dicha y cerraron la puerta (después el Coronel Rodríguez me diría que fue él quien lo hizo). Yo no distinguía bien, por los potentes reflectores instalados entre la casa fiscal y la cárcel propiamente dicha.

Hacia las tres de la mañana el General me dijo que me recostara en el carro que estaba estacionado entre la caseta y la puerta de la cárcel, lo cual hice hacia las cuatro de la mañana. Permanecí en el vehículo unos cuarenta minutos.

Cuando aún las personas se hallaban en la casa fiscal, la batería antiaérea que estaba dirigida hacia el Valle de Aburra fue orientada hacia la casa fiscal. Esa batería se encuentra cerca de la caseta.

Por una radio emisora escuché que subían más refuerzos. Luego vi algunos de ellos, que tenían boinas rojas. Eran las Fuerzas Especiales Rurales.

Después el reportero anunció la llegada de otros uniformados de blanco y negro, vestido camuflado, con pasamontañas. A los minutos vi dos de ellos que se acercaron al General Pardo que se encontraba en el sector que al principio denominé de "comunicaciones". Eran las Fuerzas Especiales Urbanas.

(...)

Los comandos –tal vez unos cuarenta- se dirigieron en fila por el costado derecho, seguidos de muchos soldados. Dos de los comandos se ubicaron al lado derecho de la puerta de la cárcel y sacaban elementos de unos estuches de tela en forma de guitarra. Vi que cada uno armaba sobre su trípode una metralleta. Se tendieron en el suelo y a su lado hicieron lo mismo dos soldados, armados de fusiles.

Hacia las 7:30 a.m., las Fuerzas Especiales Urbanas iniciaron el asalto y yo me parapeté detrás de la caseta. Vi cuando derribaron la malla del lado derecho y penetraron. Empezó un tiroteo, que no puedo precisar de dónde provenía. Los soldados se fueron hacia la parte superior, por el dormitorio de guardianes, mientras los comandos se dirigían hacia la construcción donde se encontraban las habitaciones de los presos. Escuché muchos disparos y explosiones. De cuando en cuando me asomaba un poco y a las explosiones seguía una columna de humo en la parte posterior de la construcción.

Oí que decían que ya había salido el Viceministro, pero no lo vi en ese instante. Luego observé que venía por la carretera, escudado por un

comando, el Coronel Navas. También vi lo mismo con relación al Coronel Rodríguez. Eran más o menos de 8 a 8:30 a.m.

(...) Más o menos hacia las 9:30 o 10:00 a.m. bajé a la cárcel. Antes de la puerta de acceso a la cárcel propiamente dicha, un comando atendía a un guardián. Llegó un vehículo y montaron al guardián, que estaba muy asustado. Yo arrimé con el Coronel Rodríguez y el guardián le dijo que no lo dejara matar como mataron al Sargento Mina. Le pidió que llamara a la esposa y le dijera que estaba bien, que solo tenía una herida en la pierna. Cuando se enteró que yo era el Procurador, me suplicó que lo ayudara, que para dónde se lo llevaban. En ese momento se encontraba también allí el Capitán Suárez, quien dijo que lo trasladaban a la enfermería de la Cuarta Brigada. Me dijo el guardián que lo iban a matar; le repuse que ya lo había visto, que se tranquilizara porque nada le iba a pasar. Me gritó: "soy el Cabo Giraldo Flórez Javier, apunte mi nombre, Giraldo Flórez".

Al lado de la garita ubicada a la izquierda de la puerta, había un guardián que me dijeron estaba muerto. No le vi arma. Más tarde, cuando me hallaba en compañía del Coronel Rodríguez, el Capitán Suárez y dos comandos de las Fuerzas Especiales urbanas, todos los cuales relacionaban el armamento que se encontraba amontonado en el suelo, llegaron los funcionarios de Fiscalía para hacer el levantamiento del Cadáver. Uno de los comandos dijo a otro que se hallaba en la puerta controlando el acceso, que no los dejara entrar todavía. Su compañero de inventario de armas le dijo que le colocara al muerto el arma que tenía, que recordara que la de él tenía un proyectil en la recámara. Le pasó una, que su compañero colocó al lado de Mina. Después el otro le dijo que esa no era, sino esta otra. Retiró la primera y colocó la segunda. Luego ordenó abrir la puerta, para que ingresaran los funcionarios que esperaron frente a la puerta, en sus vehículos, mientras todo esto acontecía. Los funcionarios ingresaron a pié, porque solo dejaron entrar el furgón de cadáveres.

(...)

No observé la salida de ningún vehículo del interior de la cárcel. La puerta siempre permaneció cerrada hasta las 9:00 a.m. aproximadamente. Sólo se abrió para el ingreso del Viceministro de Justicia y el Director General de Prisiones. El primer vehículo que vi salir fue el que sirvió de ambulancia al Cabo Giraldo Flórez.

Únicamente hablé con los cinco detenidos que permanecieron en la cárcel. Me dijeron que querían continuar con el programa de sometimiento a la justicia, que ellos no habían opuesto resistencia, que permanecieron porque querían quedar en paz con la justicia, que los abogados ya estaban tramitando la negociación de la pena.

En ese momento, yo aún creía que todo el operativo dispuesto era para sumir el control interno de la cárcel por parte del Ejército. Nunca se habló de traslado en mi presencia y nadie –ni el General, ni el Viceministro, ni el Coronel Navas- me mencionó nada sobre traslado (...). (fls. 83 al 88 del cdno. No. 5)

3.2.3 Seguidamente, obran las declaraciones juramentadas de algunos miembros de las Fuerzas Especiales que participaron en la toma de “La Catedral”, y que a continuación serán apreciadas en su contexto más relevante.

Declaración juramentada del Teniente del Cuerpo de Infantería Marina Ramón Gerardo Moncayo Trujillo:

“(…) el hecho es que llegamos a las seis de la mañana al sitio donde se encontraba mi General Pardo Ariza en la cual nos emitió la orden de operaciones nos puso al tanto de la situación y ordenó efectuar la toma de la cárcel por orden del Presidente con el fin de rescatar al Viceministro y al Coronel Navas entonces fue cuando procedí a recibir órdenes directas del Comandante mi Mayor DÍAZ TELLO REYNOL que consistía en efectuar una aproximación por el costado derecho de las instalaciones junto con el elemento de la Fuerza Aérea cabe anotar que yo conformaba el equipo de asalto de la Armada Nacional. Una vez tomada posición para entrar al área sin haber cruzado la malla eléctrica esperamos la orden de asalto pero entonces fue cuando sentimos los disparos por el costado principal donde ingresarían los elementos del Ejército y de la policía y fue entonces cuando en cuestión de dos minutos hicimos la toma del objetivo llegando hasta el lugar donde se encontraban los cuartos principales de Pablo Escobar y sus compañeros, durante ese lapso de tiempo se despejaron varios puntos críticos (...). Cabe recalcar que durante ese lapso de **tiempo fuimos objeto de ataque por parte de los guardianes o no sé de quién de todos modos sabíamos que nos estaban disparando** y era puro ruido de 9mm debido a que era de trescientos sesenta grados en dirección a donde disparaban los reclusos y que ante tal situación actuamos de manera rápida y segura lo que ocasionó la toma de las instalaciones, vuelvo y lo repito en dos minutos sin importar de dónde nos disparaban ya que nuestra misión era rescatar a los rehenes (...) **sin embargo no tuvimos necesidad de disparar debido a que no había personal en ninguno de ellos (cuartos) y entonces fue cuando recibimos la orden de cese al fuego** y se nos ordenó registrar de manera profunda las partes aledañas a la edificación teniendo por resultado que encontramos cuatro guardianes que se entregaron a los cuales se les dio buen trato y fueron entregados en la guardia donde tenían reunido al personal de reclusos que se habían encontrado más los otros guardianes. Cabe anotar que tanto mi elemento como el de la Fuerza Aérea entramos por la parte posterior de la edificación tuvimos control absoluto de esa área sin comprometer en ningún momento la integridad del personal de rehenes que fueron rescatados por el personal del Ejército y la Policía Nacional (...). PREGUNTADO: Sírvase manifestar al Despacho si usted sabe quién le disparó al Sargento OLMEDO MINA. CONTESTÓ: No porque nosotros estábamos por el lado opuesto y eso fue en forma simultánea. PREGUNTADO: De acuerdo a las declaraciones recibidas por el personal de guardianes manifiestan que en ningún momento ellos dispararon sus armas de dotación (...). CONTESTÓ: Bueno la verdad es que nosotros íbamos por una dirección definida pero en esos momentos uno no se da cuenta que le están disparando lo primero que hace es de encubrirse por lo que repito nuestra misión era ante todo rescatar los rehenes y al darnos cuenta que nos estaban disparando no respondimos al fuego porque no sabíamos en qué dirección venía lo sentíamos era por encima no

tiramos al suelo para poder avanzar ya que si disparábamos de golpe le pegábamos a uno de nuestros compañeros y no sabemos de dónde nos disparaban ni quienes porque íbamos en la parte o por la parte de atrás (...). PREGUNTADO: Sírvase decirnos el personal militar que se acercó a la cárcel por la parte del frente o sea por la guardia a que fuerza pertenecía. CONTESTÓ: Al Ejército y a la Policía (...). (fls. 65 a 67 del cdno. de las Fuerzas Militares) (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

Declaración del Sargento Segundo del Cuerpo de Infantería Marina Edinson Navia

Parra:

“(...) nosotros llegamos al sitio aproximadamente a las seis de la mañana ahí recibimos la orden de mi General PARDO el Comandante de la Cuarta Brigada de entrar a la cárcel para liberar unos rehenes que se encontraban ahí cada uno o a cada elemento se le asignó una misión y el elemento de la Armada al cual pertenezco nos dieron la orden de entrar por la parte de atrás de la edificación. Comenzamos a hacer el avance aproximadamente a las seis cincuenta o siete de la mañana entramos por la parte de atrás por un hueco que existía en la malla de alta seguridad al hacer entrada escuchamos disparos en repetidas ocasiones y buscamos protección inmediatamente en una sanja [sic] que había ahí posteriormente seguimos avanzando hasta llegar a la cancha de football [sic] y hicimos el despeje de los patios y de los cuartos posteriores a la primera edificación o a la edificación general o principal pues tuvimos que disparar para abrir las puertas porque estaban con seguros los cuartos y tuvimos que volar las chapas en estos cuartos que despejamos se utilizaron granadas de aturdimiento pero no encontramos a nadie dentro de estos cuartos (...) hasta el momento que nosotros salimos del patio interior nos enteramos de que el personal de rehenes habían sido rescatados por el personal del elemento del Ejército y la Policía quienes habían entrado por la parte principal y también de que había un guardián muerto yo desconozco las circunstancias como murió (...). **PREGUNTADO: Sírvase manifestar al Despacho si los guardianes dispararon sus armas de dotación. CONTESTÓ: Yo personalmente no los vi pero si escuchamos unos disparos de la parte interior (...).** PREGUNTADO: Sírvase decirnos exactamente en qué consistía la misión de las Fuerzas Especiales. **CONTESTÓ: Exactamente la misión que recibimos dada por parte de mi General PARDO era la de sacar sanos y salvos los rehenes utilizando los medios que fueran necesarios esa era la misión de nosotros (...)**” (fls. 76 y 77 del cdno. de las Fuerzas Militares) (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

Declaración rendida por el Mayor Reynol Díaz Tello:

“(...) viajé en unos camiones hasta la Cárcel de Envigado para presentármele al Señor Mayor General PARDO, allí el señor General me leyó la orden de operaciones que consistía en el cual me ordenaba

que entrara a la cárcel y tomar el control de ella, aproximadamente a las siete de la mañana el señor General Manuel Murillo González me llamó por microondas y me ordenó que escribiera tres órdenes, primera rescatar los rehenes vivos, de la cual yo era responsable de la vida de ellos, segunda cortar cualquier amenaza armada que hubiera dentro de la cárcel y tercera tomar el control total de la cárcel, inmediatamente y después de un pequeño planteamiento ubique el personal hasta el punto de entrada el Ejército y la Policía que está organizado cada uno a un elemento táctico, entrarían por la puerta principal, Armada y Fuerza Aérea pasando por detrás de la casa de guardianes entrarían por la parte oeste, cuando ordené entrar a la cárcel lo hice desde el lugar donde se encontraba el señor General PARDO y rápidamente por el mismo sector que entró el Ejército entré yo (...). **PREGUNTADO: Sírvase decirnos si usted sabe quién o quiénes dieron muerte al Sargento de Prisiones OLMEDO MINA y lesionó al Cabo de Prisiones JAVIER GIRALDO.** **CONTESTO: Esto es difícil de establecer porque varios de los hombres míos, cuando sintieron que los estaban atacando con fuego de diferentes armas reaccionaron hacia donde venían los disparos, de manera que no se sabe quién o quiénes hicieron blanco en ellos.** **PREGUNTADO: Sírvase decirnos si usted o alguno de sus hombres constató terminada la misión, quién o quiénes habían disparado.** **CONTESTO: No se pasó revista no se estableció quienes dispararon porque somos cuarenta los atacantes y el operativo no permite establecer realmente quién disparó hacia los atacantes o quién disparó hacia diferentes sitios donde estaban registrando esto es parte de la forma como pueden entrar a un lugar desconocido permitiéndoles seguridad (...)** (fls. 129 a 131 del cdno. de las Fuerzas Militares) (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

3.2.4 Con el propósito de analizar las circunstancias originarias que condujeron al forzoso desenlace de la operación en la que perdió la vida el Sargento de Prisiones Olmedo Mina y resultaron heridos el Cabo Giraldo Flórez y los guardianes José Manuel Fonseca Buelvas, Argemiro Serna Torres, Yamid Arturo Marín Monsalve, Luis Ernesto Camacho Días, Pedro Fidel Delgado Mendoza, Luis Guillermo Toro Zapata, Víctor Hugo América Olaya, Jaime Alonso López Hincapié, Oscar de Jesús Giraldo López y Julio Alberto Romero Polo, se valorarán las declaraciones juradas que rindieran los delegados por el Gobierno, encargados de adelantar el procedimiento.

Las declaraciones del Director Nacional de Prisiones, Teniente Coronel (r) Hernando Navas Rubio; del Viceministro de Justicia, Eduardo Mendoza De la Torre; y del Director de la Cárcel, Teniente Coronel (r) Jorge Armando Rodríguez González, acreditarán o desvirtuarán la legalidad de las circunstancias en que se gestó y ejecutó la decisión adoptada por el Consejo de Seguridad -de la que fueron responsables el Ministerio de Justicia y las Fuerzas Militares del Estado-, así como de las consecuencias a las que conllevó. Cobran gran importancia, igualmente, las declaraciones rendidas por el Procurador Regional de Antioquia,

Dr. Iván Velásquez Gómez y lo afirmado en el informe que rindiera el BG. Gustavo Pardo Ariza al Ministro de Justicia, Dr. Rafael Pardo Rueda.

Declaración del Teniente Coronel Hernando Navas Rubio, Director Nacional de Prisiones de la época:

(...) Llegamos al aeropuerto militar de Catam, saliendo en un avión pequeño para Medellín, llegando más o menos a las dieciocho horas pasadas, allí en dos carros de la Policía Nacional uno de ellos blindado particulares, nos dirigimos a la Cárcel de Envigado. Se cumplieron los procedimientos de control establecidos por la Cuarta Brigada, hasta llegar al último retén donde estaba el General Gustavo Pardo Ariza, Comandante de la Cuarta Brigada. **Hablamos con él quien nos manifestó que tenía instrucciones distintas a las nuestras, las de él eran asumir el control interno y externo de la cárcel, es decir relevando en sus funciones a la Guardia Penitenciaria Nacional y Municipal así como a la Dirección misma de la cárcel,** ante esta situación se consultó a Bogotá para definir cuál era la misión que debía cumplirse quedando entonces que la cárcel debía ser tomada, ocupada y consolidada. El señor General Pardo solicitó al Comando con el cual estaba hablando que se hiciera en horas luz pues ya era de noche, comoquiera que la situación implicaba ante la presencia de tropas que continuaban llegando y tomaban posiciones alrededor de la cárcel el que se garantizara la vida de quienes hasta ese momento estaban por cuenta del Ministerio de Justicia y en manos de la Dirección General de Prisiones amén del éxito de la operación ordenada por el Gobierno Nacional **se recomendó conjuntamente con el Doctor EDUARDO MENDOZA DE LA TORRE que buscáramos un dialogo, ya que la Guardia Penitenciaria Nacional y Municipal también estaba armada (...) y reaccionarían ante un asalto para tomarse la cárcel, pues según me lo manifestó el General Pardo, nadie podía saber de esta operación. El General Pardo me manifestó que quería conocer la actitud de los detenidos y de la misma guardia, por lo que se decidió inicialmente que yo hablara con el Director de la Cárcel y con el Comandante de vigilancia Teniente Coronel Jorge Armando Rodríguez González y Sargento Olmedo Mina respectivamente, como en efecto lo hice aproximadamente a las veinte horas** (...) la actitud de los internos era de bastante excitación, según me lo manifestaron, pues no se sabía la razón de por qué tanta tropa (...), luego de unos varios minutos salí de la cárcel y tanto el señor Viceministro como el señor General Pardo les expliqué la situación **recibí instrucciones de no hablar con los internos de parte del Señor General Pardo y mucho menos comentar la situación que se iba a desarrollar. Analizamos la situación entre los tres y se consideró que para buscar evitar fugas o intentos de esta, pero principalmente la pérdida de vidas humanas, y confirmar a la vez la presencia de todos los detenidos allí recluidos era conveniente que se buscara a través del diálogo el que los detenidos facilitaran el relevo de la guardia penitenciaria por las tropas del Ejército el que el señor General Pardo asumiera el control de la cárcel en forma total y absoluta y que se les hiciera saber que se les respetarían sus derechos, la integridad y su vida, que para tener varias instancias en el diálogo primero ingresaría yo, luego el señor Viceministro y como garantía legal de los procedimientos a cumplirse de último entraría el señor Procurador Regional de Antioquia quien había llegado unos minutos**

después de nosotros y estaba retirado a unos ochenta (80) metros del sitio donde estábamos sosteniendo esta conversación, así se hizo, entré en la cárcel y me reuní en la habitación-celda de Gustavo Escobar con él, con Pablo Escobar Gaviria y unos tres internos más que no conozco su nombre, de notar especialmente mucha preocupación por parte de ellos frente a lo que les planteaba (...) con las personas que hablé en ese momento ninguna estaba armada ni tenían equipo de comunicaciones, por lo menos a la vista, la posición de los internos era radical en no aceptar el relevo de la guardia, manifestaban su temor a que cumplido esto los trasladarían pues ya por noticias de radio se había dicho esto, ellos sabían perfectamente que el Viceministro ya se encontraba en el área, pidieron entonces que para tener una comunicación con la presidencia de manera directa era conveniente que el Viceministro estuviera presente allí en ese diálogo, por lo tanto le pedí al Director Encargado de la cárcel Teniente Coronel (r) JORGE ARMANDO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ para que llamara al señor Viceministro (...) el Señor Viceministro nuevamente les hizo saber a los detenidos la garantía de sus vidas, el respeto a su integridad y a sus derechos, el que se les daría con la presencia del Ejército mayor seguridad, así como un control a las informaciones que salían en los medios de comunicación, los internos manifestaron la misma posición que me habían planteado, los mismos temores y que ellos aceptaban si era necesario que entrara el señor General Pardo con diez (10) unidades de soldados desarmados al Procurador y las personas que nosotros quisiéramos, para verificar que ellos todos los detenidos estaban allí en la cárcel, que se inspeccionaran todas las instalaciones si era necesario, pero que no podían aceptar que se relevara la guardia municipal particularmente pues era su seguridad inmediata ya que ellos de alguna manera eran conocidos por las autoridades de Envigado quienes los habían seleccionado para ese cargo. El señor Viceministro hizo algunas llamadas a Bogotá al Palacio de Nariño manifestando lo solicitado por los internos en cuanto a su no salida de la cárcel de Envigado y el no relevo de ninguna de las guardias, mientras esto sucedía, uno de los internos a quien denominaban "Popeye" se encontraba muy exaltado y con una subametralladora se desplazaba por toda la alcoba del Director donde nos encontrábamos, ocasionalmente se paraba frente al Viceministro y dirigía su arma en dirección a donde éste se encontraba apuntándole, fue esta la primera oportunidad cuando vi un arma en manos de uno de los internos posteriormente y ante informaciones que traían elementos de ellos es decir de los mismos internos de que subían más y más camiones con ejército, aparecieron dos (2) internos los cuales no conozco sus nombres, uno con un (1) fusil R-15 y otro con una escopeta de repetición, vale la pena recalcar que en estos momentos Pablo Escobar y Gustavo Escobar servían de tranquilizadores de los que estaban armados especialmente del denominado "Popeye", diciéndole que "tranquilo, no se desespere que estamos buscando solucionar esto, esto lo repetían por varias veces", simultáneamente alguien llegó con un (1) teléfono móvil, ese alguien era un interno, este teléfono es de las mismas características que el que había en la pieza del Director pero aclaro ya era un segundo teléfono móvil, Popeye sacó de sus bolsillos tres (3) beeper y los colocó sobre la cama del Director manifestaba y demostraba que hacía llamadas a distintas personas, dando instrucciones para el alistamiento y posible reacción de estas con el propósito de que se hicieran atentados dinamiteros en el supuesto caso de que algo pasara dentro de la cárcel y que esto debía hacerse a orden de él, yo creo que se buscaba con las supuestas llamadas crear

un estado de sosobra [sic] y de tensión con el propósito de influir en nuestro estado de ánimo para presionar el que se tomara una decisión tanto por parte del Gobierno Nacional como del Comando de la Brigada que estaba con las tropas. Estando en esta situación el señor Pablo Escobar manifestó que él nos pedía nuestra colaboración al Viceministro, al Director (e) de la cárcel y a mi para que mantuviéramos la conversación con el Gobierno y con la Brigada, que él garantizaba nuestras vidas y dirigiéndose al resto de internos que estaban allí les dio la orden de que bajo ninguna situación podrían atacar contra nuestra vida, concluyendo que de todas maneras mientras no se resolviera la situación nosotros debíamos permanecer dentro de la cárcel. Aproximadamente a la una de la mañana del 22 de julio perdimos todo contacto personal con Pablo Escobar, con su hermano Gustavo Escobar ya no está Popeye y otros internos, quedándonos solamente con cinco (5) de ellos los cuales a la vista ya no estaban armados, a las dos y media de la mañana propuso que saliéramos de la cárcel, el Viceministro y yo con el propósito de hacer las llamadas desde afuera de la cárcel por teléfono llevándonos uno de los móviles que estaban allí, fue entonces cuando uno de los internos manifestó que nosotros no podíamos salir de la cárcel y dijo que tenía instrucciones sin indicar de quién de qué debíamos desplazarnos a la habitación celda de Pablo Escobar, ya eran las tres de la mañana cuando esto se realizó, nos acompañaba además dos elementos de la Guardia Municipal, uno que me comentó que había pensado en lanzarse a la alcaldía de Envigado, joven atlético, trigueño, pelo corte tipo militar, quien tenía una (1) miniusi [sic] y otro ya de edad quien decía que había sido capitán en la Armada Nacional Infantería de Marina y tenía una (1) pistola o un (1) revolver ya en la habitación – celda de Pablo Escobar estos dos personajes se retiraron y quedaron dos nuevos elementos de la Guardia Municipal armados, uno con un (1) fusil Famage y el otro con una (1) miniusi [sic] (...) Aproximadamente a las cinco y media de la mañana o seis que llamó el señor General Pardo para que saliéramos de la cárcel el Viceministro y yo, le propuse a los internos que me quedaba y que el señor Viceministro saliera para que sirviera de interlocutor personalmente ante el señor General Pardo, frente a cualquier eventualidad de toma por la fuerza de la cárcel, pues a través de unos radios tipo Handy que tenían los guardianes municipales y el Director de la Cárcel, oían los internos que estaban con nosotros o los mismos guardianes municipales que a esa hora estaba llegando más ejército, así las cosas hubo un acuerdo inicial de que el señor Viceministro podía salir, pues ellos los internos manifestaban que nosotros no estábamos secuestrados ni éramos rehenes, pero cuando fue a salir el Viceministro que expresó al salir ya de la habitación que quién lo acompañaba afuera frente de la pieza, alguien le dijo que no podía salir, yo estoy seguro que el señor Viceministro puede describir a esa persona porque yo estaba adentro, manifesté entonces para tranquilizar a los internos que se trataba simplemente de una propuesta que así las cosas la situación se iba a complicar porque se trataba claramente de un secuestro, ellos manifestaron que no era eso, simplemente que si nos dejaban salir pues no tenía el ejército otra alternativa que entrar y matarlos, por lo tanto nosotros estábamos colaborándoles para buscar una solución a las cosas. Puesto que estábamos esperando alguna posición del Gobierno frente a la situación, la hice buscando contacto con el Dr. Tomas Concha con quien en varias oportunidades ya había hablado del conmutador de Palacio me manifestaron que no estaba, pedí entonces al Dr. Miguel Silva, tampoco fue posible, entonces me dijeron que estaba allí el señor

General Murillo Comandante de las Fuerzas Militares Encargado, se me había dicho por parte de uno de los internos que al parecer era el encargado de los otros o por lo menos actuó así que el señor Pablo Escobar iba a dar un comunicado para que lo transmiéramos a Palacio (...) Al tomar contacto telefónico con el señor General Murillo le manifesté que la situación nuestra seguía sin cambios, que estábamos esperando un comunicado que se me había anunciado expediría Pablo Escobar, pero que no había llegado, que el señor General Pardo nos habían pedido al Viceministro y a mi que saliéramos de la cárcel pero que no nos habían dejado salir, que los internos estaban preocupados porque habían llegado más tropas y que si él sabía de alguna posición del Gobierno me manifestó que seguían hablando y que tuviéramos mucho cuidado con nuestras vidas. A las siete y treinta de la mañana que se esperaba que el señor Presidente de la República hablara por televisión pedí que me trajeran un equipo de estos, lo trajeron, lo prendimos pero como no hubo nada se apagó, pasados unos pocos minutos se inició la operación militar, fue entonces cuando los guardianes municipales que estaban fuera de la pieza, armados, entraron a esta y a todos les grité que se protegieran, que se tiraran al suelo, que tiraran las armas, yo me senté en un butaco alto con el propósito de ver como se desarrollaba esa situación para dominar a esas personas, las explosiones y el tiroteo era intenso, ya en la sala creo que habían una o dos personas los otros que eran guardianes, internos, el Viceministro y el Director de la Cárcel, se metieron a la alcoba de Pablo Escobar y al baño, oía gritos allá adentro sin poder establecer de que se trataba, solamente que el Director de la cárcel trataba de comunicarse con mi General Pardo, vi unas armas que les habían tirado al suelo dentro de lo que recuerdo, un (1) revólver y un (1) fusil punto treinta, en ese momento le quité el radio prácticamente a uno de los internos y al Director de la cárcel, todo esto sucedía en segundos, les dije que iba a salir para darles seguridad de sus vidas y efectivamente salí de la pieza diciéndoles a las tropas que ya estaban adentro que no fueran a disparar dentro de la pieza, que allí la gente estaba desarmada y que todos se entregaban, finalmente los detenidos fueron esposados y sacados por las tropas el Viceministro y el Director de la cárcel, yo me quedé y me hice en un balcón descubierta frente a la pieza de Pablo Escobar (...)

PREGUNTADO: Sírvase decirnos señor Coronel, en qué momento exacto ustedes se sintieron retenidos, secuestrados o inmovilizados? CONTESTADO: Nosotros podíamos movernos dentro de la cárcel sin ningún problema, lógicamente acompañado por los internos y por guardianes. Considero que nuestra retención se hace efectiva cuando quisimos salir con el Viceministro para coordinar las llamadas desde fuera de la cárcel y eso fue más o menos tipo dos, dos y media de la mañana. PREGUNTADO: Sírvase decirnos en resumidas cuentas quién impartió la orden para que se movilizaran hacia la cárcel y cuál era la misión concreta. CONTESTADO: La orden de desplazarme la recibí del señor Viceministro de Justicia, la misión que él mismo me encomendó era la de conseguir a través del diálogo el traslado de la cárcel de Envigado a una guarnición militar exclusivamente del señor PABLO ESCOBAR GAVIRIA. PREGUNTADO: El armamento que usted vio en poder de los internos incluso en los guardias municipales, corresponde al oficialmente asignado a ese establecimiento carcelario o son armas diferentes? CONTESTADO: Dentro de la dotación de la guardia no se tienen fusiles R-15 ni escopetas de repetición tipo guacharaca, y estas armas la tenían algunos internos, la guardia si tenía armas de su dotación, sin embargo no podría decir si son las asignadas.

PREGUNTADO: Sírvase decirnos si durante su retención y la trágica acción cumplida por los internos usted observó algún tipo de colaboración de parte de la Guardia Municipal o Nacional con los internos? CONTESTADO: Era manifiesta la actitud de respaldo por parte de la Guardia Municipal hacia los internos, por ejemplo, ellos no tenían porque estar acompañando a los internos en los desplazamientos que nosotros hacíamos, tampoco colocarse de intermediarios entre internos y funcionarios del Estado como éramos nosotros, así como de insinuar que llamáramos o no llamáramos, de la Guardia Nacional no había elementos cercanos a nosotros, pero si noté acatamiento a las instrucciones del Director de la Cárcel cuando éste le dijera al Sargento MINA OLMEDO y al Cabo que hacía las veces de Oficial de Servicio, que fue le herido finalmente que enviaran a descansar a quienes estaban reforzando los puestos en las garitas. PREGUNTADO: sírvase decirnos ese tipo de radios que usted observó dentro del penal son los asignados al establecimiento? CONTESTADO: Si son del mismo tipo, inclusive detrás del radio en una cinta verde decía cárcel, pero me llamó la atención que a máquina y sobrepuesto un contact decía un nombre que no recuerdo, pero decía escolta y fue el radio que le entregué al señor General PARDO. PREGUNTADO: Sírvase decirnos, quien inició el fuego y hacia qué objetivos? CONTESTADO: No podría decirlo, inicialmente oí unos disparos de arma larga, inmediatamente una explosiones [sic], pero lo que sí puedo afirmar es que tanto la guardia que era municipal, como los cinco internos que estaban con nosotros ninguno disparó. PREGUNTADO: En su relato anterior, usted afirmó que vio arrojar unas armas, díganos de parte de quién? CONTESTADO: no podría decirlo porque fue en los momentos más álgidos y de tensión, solo vi o recuerdo haber visto un revólver y un fusil Famage. PREGUNTADO: Díganos si los cinco internos que permanecieron con ustedes entregaron armamento, si se resistieron a la entrega, si huyeron de la pieza que ocupaban? CONTESTADO: No se si entregarían armas, pues a éstos yo nunca les vi armas, no huyeron y tampoco se resistieron en ningún momento (...). PREGUNTADO: durante los diálogos que ustedes sostuvieron directamente con el señor PABLO ESCOBAR éste les manifestó su secuestro, retención o que estaban en calidad de rehenes? CONTESTADO: minutos antes de que se perdiera el mencionado personal con él, manifestó que nos pedía la colaboración de que (dos palabras ilegibles) buscando una solución (...). (fls. 6 al 12 del anexo No. 1).

En ampliación de sus declaraciones, el Coronel (r) Hernando Navas Rubio detalló aún más sobre las circunstancias que rodearon la retoma de "La Catedral", que finalizaría con la muerte del Sargento Olmedo Mina. Así se refirió:

"(...) PREGUNTADO: Dígale al Despacho si existía un manual específico para el manejo de las cárceles de la naturaleza con la que se viene indagando y si éste se ajustaba al Código de prisiones. CONTESTÓ: No existe. El veinticinco de febrero del año en curso, elaboré reajustando el que ya existía, actualizándolo e imponiendo unos controles adicionales, el plan de seguridad para este centro especial (...). PREGUNTADO: dirá usted cómo pretendían ejecutar esta tarea a la que efectivamente se trasladaron la tarde del veintiuno de julio y por qué se decidió proceder de otra manera no dando lugar a lo que usted dice era el traslado de un interno.

CONTESTÓ: Con el respeto que me merece el Despacho, le expresé al Viceministro delante de las personas a las cuales me referí cuando él me informó de lo que íbamos a hacer, que me parecía estúpido y absurdo que los dos fuéramos a hacer cumplir ésta misión; cuando llegamos con el Viceministro a la cárcel de Envigado nos encontramos al señor General Pardo Ariza quien le preguntó al Viceministro que qué instrucción traíamos, él comentó la que ya manifesté y el señor General Pardo manifestó que él tenía otra instrucción, le pregunté, que cuál era, y me dijo que debía asumir el control interno y externo de la cárcel haciendo un relevo de la Guardia Penitenciaria Municipal y Nacional, le solicité que se comunicara con Bogotá para que definieran cuál era la orden en concreto, pues en ninguna de las dos órdenes, las del Viceministro y la del Señor General yo había estado presente cuando se las comunicaron (...) y finalmente le comunicaron la orden (...), debía ocupar, mantener y consolidar la cárcel, **a lo cual le manifesté, esto es una operación militar y el Viceministro y yo no tenemos nada que hacer (...)**. PREGUNTADO: Por qué accede usted Coronel como Director Nacional de Prisiones, a hablar directamente con los internos especialmente con Pablo Emilio Escobar, y no procede a coordinar como usted dijo el relevo de guardia con el Director y los funcionarios subalternos. CONTESTÓ: En la charla discusión o análisis que se hacía sobre la operación militar que debía desarrollar la Cuarta Brigada, **en un momento dado el señor General Pardo manifiesta que debemos entrar tres personas, para definir el procedimiento que se va a cumplir en éste relevo de la guardia.** Esas tres personas debían ser el Viceministro de Justicia, el Procurador Regional de Antioquia y yo. Recomiendo entonces o sugiero a dos personas que son mis superiores el uno en el orden jerárquico militar y el otro en mi calidad de funcionario público que si toca entrar a hablar con los internos que establezcamos unas instancias para esa conversación y para las decisiones que se vayan a tomar, **que si eso era así, aunque yo no lo comparto porque se lo manifesté al señor General Pardo y al Viceministro que si entrábamos no salíamos, pero entonces que entro yo primero, que soy el de menor rango, luego el Viceministro y para legalizar el procedimiento de relevo, entraría finalmente el Procurador Regional. Mi sugerencia es aceptada y es así como el señor General Pardo nuevamente autoriza mi ingreso, no lo hago a motu proprio (...)**. PREGUNTADO: Podría entonces precisarnos en qué momento, por qué medio y en qué lugar, se enteró Pablo Emilio Escobar Gaviria, qué iban a ser trasladados de ese centro penitenciario a otro lugar. CONTESTÓ: Cuando ya ingresado el Viceministro de Justicia y nos encontrábamos en la pieza o dormitorio del Director de la Cárcel quien se encontraba también allí, pero el encargado no recuerdo si un interno, creo que sí, manifestó y acercó un radio comercial, un transistor y por Caracol, se decía de un comunicado en donde se informaba que Pablo escobar iba a ser trasladado, porque ni el Viceministro ni yo habíamos hablado de esto, pues ya la misión era otra, con base en la consulta que el señor General Pardo había hecho a Bogotá (...). PREGUNTADO: Qué explicación ha encontrado al resultado de la evasión de diez internos de ese penal a que nos hemos venido refiriendo, luego de todo éste desarrollo y viendo las medidas de seguridad dispuestas para el mismo. CONTESTÓ: Aunque es muy subjetiva la apreciación lo cierto es que mientras la Dirección General de Prisiones tuvo la responsabilidad de mantener en ese centro de reclusión a estos personajes, allí estuvieron, cuando el control pasó a manos del ejército, éstos se escaparon. Que no descarto lo que el señor Fiscal General de la Nación dice respecto a la ejecución de

actividades fuera del régimen penitenciario, pero que considero que debió en su momento o tomarse la cárcel como era la orden, o adoptar un dispositivo tal que garantizara que de allí no se evadiera y luego si ya cerrada la posibilidad de fuga, adelantar las investigaciones correspondientes y estableciendo las responsabilidades necesarias, porque es innegable que los no autorizados que yo vi, en cuanto a armas, uniformes, medios de comunicación y control interno, se salía de los parámetros penitenciarios esa noche. Que quiero recalcar que en mi participación inicialmente, era la de un acompañante y posteriormente la de un subalterno que cumplió instrucciones (...) PREGUNTADO: Se está investigando dentro de este proceso, la posible participación que en esos hechos pudieron haber tenido algunos o todos los guardianes tanto Municipales como Nacionales, que prestaban sus servicios en la Catedral, como se trata precisamente de establecer responsabilidades concretas y de individualizar las mismas y según lo ha entendido el Ministerio Público, usted ha lanzado cargos contra algunos de ellos, sírvase concretar en lo posible esos cargos, qué actividad concreta realizó cada uno de esos ciudadanos, si usted los logró obviamente identificar, si prestaron una colaboración abierta o si se vieron de pronto con peligros a esa actitud, en virtud de la reacción que estaban tomando en ese momento los mismos internos, y además, si algunos guardianes fueron despojados de sus armas por lo internos o si se las entregaron voluntariamente. CONTESTÓ: Vale la pena decir que la primera acción que para mi no es clara, pero no la puedo precisar, distinta a que el Comandante de la Guardia Interna, para la hora que yo hago mi segunda entrada a la cárcel, permitió que los internos tuvieran acceso a la parte externa de esa guardia, no sé en qué condiciones lo facilitó (...), **no vi una actitud de respaldo hacia el Director General de Prisiones que era su jefe, la verdad sea cierta que tampoco yo nunca les pedí a ellos que me aseguraran mi salida, porque era evidente que no la iba a obtener, no vi ni que un interno le quitara el arma a ellos, ni que ellos de manera voluntaria o soterrada le pasaran sus armas de dotación por el contrario, cuando la operación se desarrolló es decir entre las siete y cuarenta y cinco y ocho y cuarto de la mañana, yo di la orden que se tendieran, que votaran [sic] las armas, que no dispararan, así lo hicieron. También quiero agregar que más o menos a las dos de la mañana, el Sargento Olmedo Mina y el Cabo Giraldo se acercaron a la casa del Director donde nos encontrábamos y el Coronel Jorge Rodríguez les dio la orden que relevaran los refuerzos de los guardianes que estaban en las garitas para que al otro día hubiera gente descansada, estos saludaron militarmente y dijeron como ordene mi Coronel y salieron a cumplir la orden. Del resto de la guardia no puedo decir nada porque no estaban dentro del ámbito de mi conocimiento directo.** PREGUNTADO: Se dio cuenta usted Coronel por algún medio, directa o indirectamente, si los guardianes que al momento del ingreso de la tropa se hallaban en las garitas y en los demás puestos de guardia se opusieron o repelieron por medio de sus armas ese ingreso. CONTESTÓ: Realmente la guardia que estaba con nosotros en el momento del desarrollo de la operación, eran unos dos o tres, cuando el Ejército ya avanzaba simplemente le indicaron que ya estaban muy cerca, yo les dije que nos entráramos al cuarto, estos obedecieron así como el resto de órdenes que ya comenté, no vi entonces ninguna unidad de guardia distinta a éstos, tampoco me enteré que hubieran ofrecido algún tipo de resistencia, pues repito, estaban fuera del alcance de mi observación. Lo cierto es, que cuando entraron las fuerzas especiales al cuarto donde estábamos yo salía y

me ubiqué al frente de la terraza o balcón y oía explosiones y disparos sin saber exactamente quien los hacía. A la media hora o veinte minutos de estar ya expuesto [sic] los internos y los guardianes que estaban con nosotros y otros que encontré muy próximos a la puerta número dos o guardia interna, también expuestos [sic] en el suelo y allí vi un no sé si era muerto o herido, como con sangre en la nalga, pero éstos no disparaban, **sin embargo, saliendo de esta puerta y acompañado de un elemento de las fuerzas especiales comencé a recibir fuego, y lo puedo decir por los silbidos de las balas y estos venían de la parte de abajo donde estaba el Ejército.** En ese momento si me agaché y me enganché al elemento de las fuerzas especiales y corrí unos cien metros, pero no puedo decir tampoco quien me disparó (...)" (fls. 109 al 137 del anexo No. 1) (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

El Teniente Coronel (r) Jorge Armando Rodríguez González, Director (e) de la Cárcel de Máxima Seguridad de Envigado, rindió su declaración sobre los hechos *sub examine*, de donde resulta indispensable recalcar:

"(...) existían 52 guardianes de los cuales aproximadamente la mitad eran municipales y la otra mitad nacionales, los nacionales prestaban la seguridad en las garitas externas y los municipales en la parte interna prestándole seguridad cercana a los internos, la razón de distribución o de asignación de estas funciones era motivada porque los guardias municipales se consideraban de más confianza para la misma seguridad de los internos, y que muy seguramente obedecía a parte de los acuerdos que inicialmente se discutieron para el proceso de sometimiento a la justicia (...) - . Con relación al aspecto disciplinario los guardianes municipales como nacionales siempre mostraron un gran respeto y espíritu de obediencia que en este momento no podría determinar si por convicción o por conveniencia (...) - . El día martes 21 de julio aproximadamente a las 10:00 de la mañana subió el señor General Pardo Ariza Comandante de la Cuarta Brigada, con el Coronel Espitia Sotelo Comandante del Batallón de Policía Militar no. 4 a pasar revista del anillo externo de la cárcel, yo estuve pendiente de la hora que bajaba para salir, saludarlo y presentármele, esta actividad se cumplió al mediodía y bajaba un poco disgustado porque había visto dos internos sin guardianes cerca, yo le expliqué que el lugar donde estaban en ese momento un grupo de internos, estaba custodiado mínimo por seis guardianes pero por la diferencia del relieve del lugar donde nos encontrábamos no podía verse el sitio donde se encontraban los guardianes (...), posteriormente el General preguntó de quién era un vehículo Jeep verde yo le respondí que era de uno de los abogados del señor Pablo Escobar y se disgustó enormemente porque habían dejado salir ese carro ya que entendí en ese momento que cuando él subió por los retenes dio la orden de que ningún vehículo o ninguna persona podía entrar o salir, esta orden fue emitida al anillo externo, al Ejército, pero la guardia no estaba enterada de esa orden y simplemente cuando el vehículo con el abogado llegó al establecimiento carcelario, ingresó normalmente (...), aproximadamente a las 3 de la tarde, empezaron a subir vehículos con tropa en forma continua lo que motivó gran preocupación en el sector de internos que querían saber qué estaba pasando en la parte externa, les manifesté que era un operativo de rutina que permanecieran en calma y tranquilos porque hasta el momento no había sucedido nada extraño, pero si en forma personal

analicé que algo podía estar pasando y me dediqué a tratar de establecer comunicación telefónica con el Director General de Prisiones o con el Viceministro de Justicia sin que finalmente lo lograra, porque no se encontraban en sus dependencias, estando en esta actividad se conoció la subida de más tropas y los medios de comunicación hablados empezaban a dar noticias en directo sobre un despliegue militar en la zona de Envigado, aproximadamente a las 7 de la noche o 7:30 logré comunicación con el Ministerio de Justicia y me informan que tanto el Viceministro como el Director de Prisiones están en camino hacia el penal, lo anterior me permitió calmar un poco el alto nivel de preocupación que tenían en ese momento los internos (...) - El Coronel Navas se ausentó momentáneamente mientras seguramente fue a informarle al mando militar sobre la situación planteada, al rato bajó nuevamente con la intención de entrar al penal, conocida esa intención procedí a disponer que las personas responsables de las llaves aquí aclaro que la puerta externa después de las 18 horas queda con tres cadenas y tres candados, y que las llaves quedan repartidas así, una el guardian de esa puerta, otra el Comandante de Guardia que permanece en la guardia interna y otra el Oficial de Servicio, todos de la Guardia Nacional de Prisiones, volviendo a lo anterior, se presentaron en la puerta externa para abrir la puerta y una vez presentes los tres guardianes que tenían las llaves procedí a abrir la puerta para que ingresara el Director General de Prisiones, acto seguido se cerró la puerta y cada hombre con su llave se desplazó a su respectivo puesto (...), en ese momento estábamos en la habitación aproximadamente cinco o seis guardianes, cuatro o cinco internos, el Viceministro, El Director de Prisiones y yo, aclaro que aquí los guardianes mantenían sus armas de dotación en mano que eran subametralladoras miniusi [sic] y revólveres, a los internos que estaban ahí en ese momento yo no les vi armas, aproximadamente diez quince minutos después se inicia a oír disparos al oír el primer disparo por el radio interno de contacto con la guardia ordené y repetí dos o tres veces guardia no dispare, guardia no dispare, guardia no dispare, al mismo tiempo por el otro radio de comunicación con el Ejército y teniendo en cuenta que la actitud asumida tanto por internos como por guardianes después de oír los primeros disparos fue de rendición le solicité al señor General Pardo que ordenara un alto al fuego él respondió que a quien saliera con las manos en alto no se le disparaba, pero ya las fuerzas especiales estaban adentro el personal que estaba en la pieza donde nos encontrábamos los más cercanos a la puerta externa empezaron a salir siendo capturados por las fuerzas especiales todavía se oía fuego por diversas partes del penal el Viceministro y yo nos identificamos ante las Fuerzas Especiales quienes iniciaron el proceso de evacuarnos del interior del penal (...). PREGUNTADO: Cuál cree usted que fue la falla en los mecanismos de seguridad existentes en la cárcel o el motivo que permitió la fuga de Pablo Escobar y sus lugartenientes. CONTESTÓ: Aproximadamente a las 10:00 pm ordené reforzar los puestos de guardia para lo cual le di instrucciones claras al Sargento MINA con el propósito de que mantuviera las garitas reforzadas buscando el máximo control sobre el personal, ese refuerzo de guardia no sé si se mantuvo como lo ordené a partir de la media noche y la falla en el sistema de seguridad yo lo tomo por las declaraciones dadas tanto por el señor General Pardo como por el Ejército en donde se manifiesta que algunos elementos militares se prestaron para esta fuga (...) - PREGUNTADO: Sírvase decir si tiene algo más que agregar, corregir o enmendar a la presente diligencia. CONTESTÓ: Deseo agregar dos cosas (...), la segunda

es que dentro de las normas de prisiones para efectuar el traslado de un interno o para relevar a un personal de guardianes debe siempre producirse una resolución emanada de la Dirección de Prisiones documento que esa noche en ningún momento recibí (...) (fls. 66 al 67 del anexo No. 1) (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

En ampliación a la declaración rendida, el teniente Coronel Jorge Armando Rodríguez González, insistió nuevamente en la organización de la guardia interna, haciendo claridad en que quienes prestaban la guardia al interior del penal, en contacto con los internos eran los miembros de la Guardia Municipal, y la responsabilidad de la seguridad en el perímetro del penal, sin contacto con los internos, correspondía a la Guardia Nacional, sugiriendo que los guardianes del orden municipal, por conformar el cerco inmediato de Escobar –quien así lo exigió para su entrega-, se avenían con el capo y sus secuaces por prebendas económicas. Así mismo, afirmó que existía un protocolo de seguridad para ese centro carcelario de máxima seguridad, donde se especificaban las funciones tanto de la Guardia Municipal como de la Guardia Nacional, normas de seguridad interna que suscribieron el Director de la Cárcel y el Director General de Prisiones. Sostuvo, además, que para el día de los hechos, ante la presencia y continuo alistamiento de tropa a las afueras del centro carcelario, la angustia y preocupación no solo se manifestó en los internos, sino que él mismo se vio afectado, pues como Director (e) de la prisión no se le puso en conocimiento del procedimiento que se estaba adelantando, al punto que insistió, en más de diez llamadas sin éxito, establecer contacto con los funcionarios del Gobierno responsables del operativo, para que finalmente se le informara que debía esperar la presencia del Viceministro de Justicia y del Director General de Prisiones, sin más detalle.

Comenta que el despliegue de los medios de comunicación en la zona de “La Catedral” fue efectivo, realizando un cubrimiento de los acontecimientos prácticamente en directo.

Narra los acontecimientos que se subsiguieron a las llamadas que realizó en busca de respuestas al despliegue militar, así:

“(…) PREGUNTADO: Quien lo llamó del Ministerio, quien recibió la llamada, en dónde se encontraba usted cuando se produjo ese aviso?
CONTESTÓ: La llamada la recibí estando en la casa fiscal, estaba solo (...), la persona con la que hablé del Ministerio fue el doctor MANUEL CÁCERES y quien palabras más palabras menos, me dijo que tranquilo, que si no habían llegado lo harían de un momento a otro el Viceministro

y el Director de Prisiones. PREGUNTADO: En algún momento el doctor CÁCERES le dio a conocer a usted por qué razón se iban a hacer presentes a esas horas de la noche de ese día el señor Viceministro y el Director General de Prisiones. Si usted le hizo saber la situación respecto de la llegada de tropas y la inquietud que tenían los internos, además si el doctor CÁCERES en algún momento le advirtió que no le fuera a comentar a los reclusos la llegada de esos funcionarios? CONTESTÓ: Los únicos tratados de acuerdo a lo que tengo en mi memoria fue que la llamada de él obedecía a la cantidad de llamadas que yo había hecho al Ministerio, le informé sobre la subida de tropas muy fuera de lo normal y que debido a eso había una preocupación grande en la población carcelaria y la información que me suministra es que el Viceministro y el Director de Prisiones se harán presentes en cualquier momento, no recuerdo que en algún momento me haya advertido de no comunicar esta situación a los internos. **PREGUNTADO: Antes de las siete de la noche usted tuvo la oportunidad de ver y conversar algo sobre lo que ocurría en el área externa de la cárcel por el Comandante de la Cuarta Brigada, General retirado Gustavo Pardo Ariza?** **CONTESTÓ: Con él dialogué aproximadamente al medio día, dialogué personalmente, cuando el terminaba de pasar una revista en el área externa pero en ningún momento me informó o me comunicó o me ordenó ninguna actividad de las que se desarrollarían esa noche (...).** PREGUNTADO: Desde las dos de la tarde de ese día 21 de julio de este año, que empezaron a subir carros con tropa del Ejército, usted recuerda qué personal de guardianes municipales estaban con los internos, dónde permanecieron, comportamientos asumidos por ambos grupos y si hubo relevo en los guardianes? CONTESTÓ: Durante toda la tarde permanecieron con los internos los guardianes municipales asignados por la orden del día de ese día, no recuerdo ahoritica los nombres (...) pero no hubo relevos porque los guardianes que entraban a las seis de la tarde no lo pudieron hacer por cuanto fueron retenidos en el primer retén del Ejército u obstruida su subida, en cuanto a la actitud o comportamientos asumidos por ambos grupos fue el de preocupación el de inquietud bastante marcada, de evidenciar la presencia nutrida de tropa sin conocer la razón de la misma (...).

Al continuar la narración de los hechos, el Coronel (r) Jorge Armando Rodríguez González, indicó que ante la negativa de los internos a permitir el relevo de la guardia por el Ejército, Pablo Escobar les comunicó que mientras intentaban un acercamiento con el Gobierno, para procurar un acuerdo, debían permanecer en las instalaciones de la cárcel, pues de su presencia allí dependía la seguridad de los internos, y una garantía para sus vidas. Aduce que desde ese momento los internos se vieron armados, y en los guardianes se evidenció una conducta solidaria. Resalta así:

“(...) Antes de esta situación yo había mandado llamar al Sargento MINA y al Cabo GIRALDO de la Guardia Nacional y les había ordenado que reforzar las garitas y buscar la forma de neutralizar cualquier intento de fuga (...). Aproximadamente a las seis y quince de la mañana el Coronel Navas en sus llamadas a palacio logra comunicarse con el General Murillo, está hablando con él y por el radio, el General Pardo

me ordena que el Viceministro, el Coronel Navas y yo, salgamos inmediatamente a la parte externa de la cárcel, yo le informo que el Coronel Navas está hablando en ese momento con el General Murillo, él me preguntó que por qué y yo le informo que fue él quien le contestó, que tan pronto terminara esa conferencia telefónica le comunicaba la orden que él había impartido, cuando el Coronel Navas terminó de hablar con el Coronel Murillo le pasé el radio y él le informó lo que había hablado con el General Murillo (...) aproximadamente treinta minutos, cincuenta minutos después, se inician a oír los primeros tiros, yo por el radio de comunicación con la guardia salgo al aire diciendo: Guardia, habla el Director no disparen, repetí esta frase tres o cuatro veces, **así mismo veo que oídos los primeros tiros la reacción inicial de la gente es el de no hacer enfrentamiento** entonces por el radio de comunicación con el General Pardo le solicitó que no disparen que la gente se va a entregar, el me responde: que a quien salga con las manos en alto no se le disparará, en ese momento los disparos se oyen en cantidad, más cerca, al mismo tiempo que algunas explosiones bastante fuertes (...) en ese momento entran dos hombres de las fuerzas especiales, uno coge al doctor Mendoza y otro a mi y se dirigen a sacarnos a lo largo del corredor, prácticamente gateando porque hay disparos muy cerca, hasta que finalmente nos saca al área externa y nos lleva a donde está el General Pardo (...). PREGUNTADO: dentro de la casa fiscal permanecieron siempre los guardianes municipales en número de seis que usted menciona. Y si ellos se percataron de los comportamientos asumidos por Pablo Escobar y lo internos? CONTESTÓ: Para mi el grupo de guardianes que estuvo con nosotros fue siempre el mismo, de pronto había momentos en que había menos, de pronto más, básicamente los guardianes municipales en grupo de seis u ocho fueron testigos presenciales de los hechos tanto dentro de la casa fiscal como posteriormente en la celda de Pablo Escobar (...) en términos generales los guardianes municipales fueron no solamente testigos sino que su actitud y sus armas también limitaban nuestra libertad, por tanto ellos fueron conscientes todo el tiempo de lo que estaba pasando (...)

Al preguntársele por el tipo de violencia que ejercieron los internos y guardianes que presenciaron los acontecimientos, el Coronel (r) Rodríguez González dio preponderancia a la connivencia y silente aprobación que mostraron los guardianes cuando le pidieron que entregara su arma. Agrega que a partir de allí evidenció la complicidad de los guardianes.

(...) PREGUNTADO: (...) una vez fueron llevados a ese sitio (la celda de Pablo Escobar) con quién permanecieron y en qué condiciones? CONTESTÓ: "cuando el interno ESCOBAR GAVIRIA salió de la casa en forma definitiva con los internos no se si tomó hacia la parte interna del penal o hacia el sector de los refugios, desconozco esto por visibilidad no existente del sitio donde estábamos hacia allá, allí permanecemos con cinco o seis internos y unos cuatro o cinco guardianes, esos internos prácticamente fueron los mismos que fueron identificados al día siguiente esos internos permanecieron todo el tiempo tanto en la casa fiscal como en la celda de PABLO ESCOBAR con nosotros vigilando nuestra actividad al igual que los guardianes y sirviendo como intermediarios a la búsqueda de conexión con el interno PABLO ESCOBAR. (...) PREGUNTADO: Usted puede emitir un concepto en el

sentido a qué causa se puede atribuir la evasión de PABLO ESCOBAR GAVIRIA y de nueve internos más en esa ocasión de este año teniendo en cuenta la abundancia de tropa que había llegado allí desde las horas de la tarde del 21 del mismo mes y año? CONTESTÓ: a ver un análisis muy personal (...), ante los riesgos que existían de ataques externos, de intervención de la DEA, de arrojar las bombas papayas sobre el penal hubo un momento en que pienso el interno PABLO ESCOBAR se sintió engañado en las negociaciones y desconfió de ahí en adelante de todo lo que pasara o estuviera pasando y seguramente analizó que lo que estaba sucediendo era con miras a otra situación tal como la entrega a la DEA, o algo por el estilo. **Ya en cuanto a una evasión física yo atribuyo en mi análisis personal a dos cosas: la primera es que la Cárcel de Máxima Seguridad de Envigado no era cárcel de máxima seguridad iría a ser cárcel de máxima seguridad en el lapso de otros meses y que el anillo de seguridad externo falló en el momento más importante en que se requería su efectividad, cuando me refiero al anillo externo me refiero al Ejército.** PREGUNTADO: tiene algo para agregar, añadir o enmendar en esta declaración. CONTESTÓ: si me parece importante agregar que en el penal yo llevaba tres semanas, que durante todo ese tiempo cuando me movilizaba solo los guardianes monitoreaban mis movimientos, comunicándose entre sí por el radio, y diciendo más o menos va de tal parte a tal parte, va de tal puesto a tal puesto, ojo ahí va la cuchilla, desconozco si eran municipales, no puedo determinar exactamente qué tipo de guardias eran porque el acento era paisa. Los guardianes municipales esa noche, perdón, los guardianes nacionales debieron haber permanecido en las garitas externas todo el tiempo (...)" (fls. 166 al 185 del anexo No. 1) (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

El 20 de abril de 1993, el General (r) Manuel Alberto Murillo González –ex Comandante de las Fuerzas Militares-, rindió declaración ante el Juzgado Segundo de Instrucción Penal Militar. Sobre el particular sostuvo:

"(...) Ante la complicación surgida en la operación de toma de control militar de la citada cárcel, al presentarse el secuestro por parte de los reclusos de los dos funcionarios enviados por el Gobierno desde la ciudad de Bogotá, el Ministro de Defensa Nacional ordenó la ejecución de una operación de rescate de los mismos. Al efecto se decidió que la misma fuera adelantada por la Agrupación Fuerzas Especiales Urbanas, dándose las órdenes del caso para su desplazamiento a Medellín y agregación operacional a la Cuarta Brigada. Cuando el Comando de esa Unidad Operativa Menor, reportó la disponibilidad del citado elemento y su disposición para asumir la misión encomendada, se emitió por parte del Comando General Encargado, la siguiente orden recibida personalmente por el señor BG. GUSTAVO PARDO ARIZA, Comandante de la Brigada, la siguiente orden: **Efectuar con las Fuerzas Especiales Urbanas una operación de rescate de rehenes, eliminar toda resistencia armada y establecer la seguridad interna del penal por parte del Ejército. Orden que fue repetida en exactos términos al MY Díaz Reynold, Comandante de dicha Unidad.** Hacia las 7:30 de la mañana, el Comandante de la Brigada me informó que la operación había concluido con total éxito, habiendo sido rescatados, sanos y salvos los tres funcionarios que permanecían como rehenes y que dentro del desarrollo de la operación, se habían presentado algunas bajas no determinadas en el momento (...)- El informe inicial

presentó los hechos como la reacción natural ante el empleo de armas de fuego por parte de las personas que estaban dentro del penal (...)- Para mayor claridad el informe verbal recibido del Comando de la Cuarta Brigada, presento los hechos aseverando que más precisamente el difunto había querido impedir empleando su arma de dotación, el ingreso de la tropa al penal; el citado sujeto se encontraba según el informe en una de las garitas desde donde quiso hacerse fuerte (...)- Desde el punto de vista militar y como Comandante de las Fuerzas Militares, encargado del Ejército entonces, puedo asegurar que la operación de las Fuerzas Especiales Urbanas es totalmente válida y dentro de los cánones de las operaciones especiales, que apartado de otras circunstancias la operación de rescate de rehenes fue un total éxito ya que los rehenes fueron liberados sanos y salvos, las bajas mínimas dado el estado de riesgo que se vivía y cumplían dentro de los términos de tiempo y sorpresa necesarios para proteger la integridad misma de la unidad que la realizaba (...)" (fl. 140 a 142 del cdno. No. 4)

El 24 de julio de 1992, como Comandante de la Cuarta Brigada del Ejército Nacional -con sede en Medellín – Antioquia-, el Brigadier General Gustavo Pardo Ariza, rindió informe sobre lo acontecido ante el Ministro de Defensa de la época, Rafael Pardo Rueda. De lo narrado en dicho informe por el BG. Pardo Ariza se destaca lo siguiente:

“(...) El 21 a las 12:30 horas aproximadamente, recibí una llamada por microondas de mi General MURILLO, donde me ordenaba lo siguiente: Que dispusiera el traslado del Comandante del Batallón de Policía Militar No. 4 a la Cárcel de ENVIGADO, que a partir de ese momento nadie ni nada entraba o salía de la cárcel, que era necesario ser muy estricto en esto, que allí habían situaciones especiales (...); le manifesté a mi General que yo iría personalmente a instalar al señor Teniente Coronel ESPITIA (Comandante del Batallón de Policía Militar No. 4 en la cárcel (...)). A las 16:30 horas, recibí otra llamada de mi General MURILLO, en la cual me ordenó lo siguiente:

Que me trasladara a la cárcel y que la misión era asumir el control interno de la cárcel, que de Bogotá irían dos personas quienes vendrían a coordinar lo correspondiente para la entrada del Ejército a la cárcel, que debía estar allí a las 17:15 horas, que si alcanzaría a estar allí a esa hora, le dije que creía que si, y le pregunté: la entrada del Ejército a la cárcel suponía la salida de los guardianes y que nosotros asumíamos el control directo de los reclusos? Me contestó que si, que dejara en el teléfono una persona de mi entera confianza para que sirviera de enlace entre él y el Comandante de la Brigada; designé al señor Mayor FONSECA B-2 de la Unidad, ordené el desplazamiento de la Contraguerrilla Urbana a la cárcel inmediatamente inicié desplazamiento hacia la misma a donde llegué a las 17:10 horas aproximadamente, anotando que durante el desplazamiento ordené el traslado a la cárcel del Grupo Especial del Batallón No. 4 de Policía Militar, ya en el área de la Cárcel me reuní con el Teniente Coronel ESPITIA, lo enteré de la misión, le ordené alertar las tropas y me reuní con los soldados disponibles a quienes les dije que era necesario estar alertas porque se presumía una fuga masiva, esto para mantener frente a ellos el secreto de la verdadera misión, a las 17:15 horas llamé mi

General MURILLO para averiguar si yo ya había llegado, se informó que si.

A las 17:50 horas aproximadamente, mi General MURILLO llamó al Mayor FONSECA y le dijo lo siguiente:

Que el Procurador departamental estaba autorizado para subir y que iba a revisar todos los procedimientos, que de Bogotá venían el Señor Viceministro de Justicia y el Director Nacional de Prisiones, que ellos venían en un avión y llegaban al aeropuerto OLAYA HERRERA, que la Policía Nacional los recogería y los llevaría a la cárcel, que cuando yo me reuniera con esas tres personas, se iniciaba el cumplimiento del plan (...).

A las 19:55: horas aproximadamente, llegan a la cárcel el señor Viceministro de Justicia y el Director Nacional de Prisiones, después del saludo, les pregunté cuál es la misión que ellos traen, a lo cual se me informa que vienen a llevarse a PABLO ESCOBAR para Bogotá, ante esta respuesta, yo les informo que la misión que yo tengo es la de asumir el control interno de la cárcel, mediante el relevo y salida de todo el personal de prisiones del área de la cárcel y que ellos vienen a la cárcel a coordinar ese relevo; les digo que es necesario llamar a Bogotá y hacer claridad sobre esta situación, ellos están de acuerdo y se procede a llamar al mayor FONSECA para ordenar que llame a Bogotá y haga claridad sobre la misión que recibió el Comandante de la Brigada y la que traen el señor Viceministro de Justicia y el Director Nacional de Prisiones de Bogotá. El Mayor habla con mi General YANINE y él dice que la primera fase consiste en asumir la guardia, reemplazar los guardianes y consolidar el control de la cárcel (...). A las 20:10 horas aproximadamente llega al área de la cárcel el Procurador Departamental, él manifiesta que recibió una llamada de Bogotá, donde le ordenan trasladarse a la cárcel, pero que no sabía qué era lo que pasaba o lo que iba a pasar. Reunidos con las personas que vienen de Bogotá, se hace una apreciación de la situación en ese momento y se informa que el señor Teniente Coronel NAVAS está hablando con el Director (E) de la cárcel, la situación que se aprecia es de expectativa [sic], tensión y preocupación, que no se ha hecho hasta ahora conocer el proyecto del plan, porque se considera que no es conveniente en ese momento y se recomienda que las actividades a desarrollar allí, se hagan en horas luz, ya que esto facilita el control visual más efectivo sobre los movimientos de los guardianes y reclusos dentro de la cárcel, que se apreciaba que la respuesta a la ejecución voluntaria del plan iba [sic] a ser negativa (...).

Aproximadamente a las 21:20 horas, se escucha por radio un comunicado que informa de la situación en la cárcel y la intención del Gobierno de que PABLO ESCOBAR sea trasladado a otro lugar, inmediatamente dedusco [sic] que el plan se debe iniciar a desarrollar inmediatamente y así se lo manifesté al señor Viceministro y Director Nacional de Prisiones, ellos dos se ponen de acuerdo y deciden que entra primero el Teniente Coronel Navas (...).

A las 23:10 horas aproximadamente, mi General YANINE informa que la compañía que viene el primer vuelo queda en RIONEGRO como reserva luego dictó la segunda fase de la operación, así:

A las 23:20 horas se debe desalojar la cárcel y a la 1:00 horas del día 22 iniciar el movimiento de reclusos con destino a la Cuarta Brigada, con las máximas medidas de seguridad; que se debía alistar alojamiento para recibirlos y que la BR-4 debía responder por ellos, que le comunicáramos al Teniente Coronel NAVAS que los guardianes debían ser desarmados y perdían la responsabilidad sobre los detenidos. A esta hora se sigue observando al personal reunido con el Viceministro, el Director Nacional de Prisiones y el Director encargado de la cárcel, en la casa de éste último. Cuando me disponía a dar la orden para alistar la tropa para iniciar la entrada, en ese momento entró una llamada, donde el Mayor FONSECA me dijo que mi General MURILLO había ordenado lo siguiente:

Que se confirmara si a las dos personas que habían entrado las tenían encañonadas, porque esa era la impresión que se había tenido cuando se habló por teléfono con el Viceministro; que las cosas que se hicieran se debían hacer con firmeza y que ir mirando el desarrollo de la situación, que si la cosa se pone muy difícil se debe manejar con flexibilidad, dijo que él necesitaba hablar con los dos funcionarios que salieran de la cárcel y que la situación ordenada para las 23:20 horas quedaba aplazada. Recibidas estas órdenes, yo bajé al citófono y llamé a la casa del Director, hablé con el Director (E) y le pregunté cuál era la situación, él me contestó que estaban dialogando, le pedí que me pasara al Teniente Coronel NAVAS y le dije a NAVAS:

Cuál es la situación, ustedes están como rehenes o qué? Él me dijo que no, que la situación era tensa pero manejable y que estaban dialogando. Llamé al señor Mayor FONSECA y le dije que dijera que yo apreciaba que la única forma de entrar y cumplir el plan era por la fuerza que ya se estaba preparando todo para que una vez se lograra sacar a los dos funcionarios, actuar, y que se apreciaba que los guardianes y reclusos estaban dispuestos a hacerse matar. También dije que había ordenado a las Fuerzas Especiales tan pronto llegaran, se movieran al área de la Cárcel. Volví a hablar con el Teniente Coronel NAVAS y este me dijo que los reclusos estaban armados y muy nerviosos, lo que confirmaba la apreciación de mi General MURILLO (...).

Aproximadamente a las 00:40 minutos me informa el señor mayor FONSECA lo siguiente:

QUE LLAMÓ MI General MURILLO y dio las siguientes órdenes: Que el procurador no debe entrar (se le comunicó inmediatamente) que se le informara a los dos (2) funcionarios que se salieran de la cárcel, que no había nada que negociar y que no esperaran ninguna llamada de Bogotá, que una vez estuvieran afuera informáramos, que si no los dejaban salir se estaba configurando un delito de secuestro y ordenó que yo no estuviera muy próximo, porque me podían coger como rehén también.

Aproximadamente a la 1:00 horas, yo le informé que las condiciones atmosféricas eran malas en el área de la cárcel porque todo estaba muy cerrado de neblina, que continuaban dialogando en la casa del Director, que yo estaba estudiando la viabilidad para que los dejaran salir, que cualquier tipo de acción bélica, recomendaba que se hiciera en horas luz, que en ese momento estaba rodeada toda la cárcel para evitar evaciones [sic] (...).

A las 1:25 horas, se me informa que mi General MURILLO llamó y dio las siguientes órdenes: Que una vez lleguen las Fuerzas Especiales Urbanas, se les debe dar una información sobre la situación que se les debían describir muy bien los rehenes y que me alistara para hacer la penetración a orden (...), que las Fuerzas Especiales Urbanas debían actuar directamente sobre el objetivo (...).

A las 3:40 horas aproximadamente, se vuelve a hablar por el citófono con el Teniente Coronel NAVAS y se le dice que si no están como rehenes que salgan de la cárcel porque no va a haber diálogo, éste manifiesta que si que están en calidad de rehenes. Es de anotar que durante todo el periodo desde cuando se trasladaron a la casa del Director, siempre hubo desplazamientos de personal entre esta edificación y las instalaciones de la cárcel. Aproximadamente a las 3:35 horas, fui a contestar una llamada y cuando regresé observé que la casa del director estaba desocupada y cerrada, informándome el personal que tenía observado que se habían ido hacia las instalaciones de la cárcel (...).

A las 5:45 horas aproximadamente, llama mi General MURILLO y ordena que el cumplimiento de la misión debe tener tres (3) prioridades, así: Primero, liberar los rehenes, segundo, eliminar toda resistencia armada y tercero, establecer la guardia de la cárcel.

A las 6:00 horas se me informa que el primer vehículo de las Fuerzas Especiales alcanza el retén de la "Y" (desvió en la casa de la CATEDRAL), se le informa a mi General MURILLO y él ordena iniciar la operación. Aproximadamente a las 6:15 minutos llegan las Fuerzas Especiales al área de reunión y se inicia la información de la situación y de la misión por cumplir, se describen muy claramente los rehenes, se recalca sobre las prioridades de la misión y se pasa a hacer el reconocimiento el Señor Mayor DÍAZ sugirió un cambio en el plan, que consistía en que su grupo solamente fuera el que atacara el objetivo principal, se aceptó la recomendación, se dispuso que las Fuerzas Especiales Rurales se tomaran los refugios cerca a la cañada y la casa del Director sin sobrepasar la malla interior que rodea las instalaciones de la cárcel. Acto seguido se ordenó al señor Mayor DÍAZ iniciar la operación, él inmediatamente inició a distribuir sus hombres con las misiones específicas de cada uno. **Antes de iniciar la operación el señor Teniente Coronel NAVAS me llamó por radio y pidió que esperara, que él había hablado con mi General MURILLO y que mi General MURILLO estaba consultando, esta solicitud no fue atendida pues, era de suponer que si yo ya tenía comunicación directa con mi General él era quien debía llamarme.**

Cuando ya se iniciaba la operación, mi general MURILLO llamó y ordenó que quería hablar con el Mayor DÍAZ, se llamó al Mayor y éste le informa que ya todo estaba listo, que ya había recibido todas las órdenes, instrucciones y explicaciones de parte mía, y que iniciaba en ese instante, mi General le recalcó las prioridades de la misión y se inició la operación; a los cinco (5) minutos de iniciada la operación, se hace contacto telefónico con mi General MURILLO para informarle que las tropas habían penetrado sobre el objetivo y que la operación iniciaba su pleno desarrollo. **Esta operación en su parte inicial duró entre 10 y 15 minutos el Teniente Coronel NAVAS llamó por radio y pidió que no dispararan más que la gente se entregaba, ante esta**

solicitud, se le dijo al Teniente Coronel NAVAS que las tropas no dispararían a quien tubiese [sic] los brazos arriba y se le ordenó al Mayor DÍAZ dar esta orden y así se cumplió. Más o menos a los veinte minutos de iniciada la operación, las tropas de asalto sacaron a los rehenes sanos y salvos, seguidamente iniciaron a sacar a todo el personal a la parte exterior para reunirlos a todos en el mismo lugar; hasta este momento se apreció que la operación había sido todo un éxito, pues se habían logrado los tres objetivos (...)" (fls. 49 a 65 del anexo No. 1) (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

Declaración rendida el 22 de julio de 1992 por Eduardo Mendoza De la Torre, Viceministro de Justicia de la época:

"(...) PREGUNTADO: Sírvase manifestar cuáles son las labores que desarrolla en su cargo y específicamente las efectuadas el día de ayer 21 de julio de 1992. CONTESTÓ: Una de las funciones del Ministerio de Justicia es la de administrar y controlar las cárceles nacionales en el país, y para buscar una mejora de las condiciones de seguridad en la de Envigado, me desplazé [sic] a dicho sitio en compañía del Director de Prisiones, Coronel Hernando Navas por orden del Ministro de Justicia. El Gobierno Nacional, en un Consejo de Seguridad que se realizó en horas de la tarde decidió que para terminar las obras de adecuación de la cárcel de Envigado era imprescindible que las Fuerzas Militares tomaran el control interior del penal. Para que el cambio de mando, de la guardia de prisiones a el [sic] Ejército se hiciera de manera ordenada y con todas las garantías de seguridad para los internos se me encargó que junto con el Coronel Navas cumpliéramos dicha misión. Llegamos al penal aproximadamente a las seis y media de la tarde e inmediatamente establecimos contacto con el General Gustavo Pardo Ariza, Comandante de la IV Brigada con sede en Medellín quien se encontraba al mando de toda la operación militar. Para notificar a los internos de los cambios que se iban a realizar con la mayor seguridad para todos, el Coronel Navas entra a la prisión; aproximadamente 45 más tarde, envía razón con el Coronel Rodríguez, subdirector del establecimiento de que los internos se sentirían más tranquilos con la presencia del Viceministro de Justicia. Inmediatamente entre al penal y me dirigí al sitio donde se encontraban los reclusos en compañía del Director de Prisiones. Después de saludarlos, me dirigí a Pablo Escobar y claramente le dije que nuestra presencia en el interior de la cárcel era una garantía que al Ministerio de Justicia quería darles para hacer la transición pacífica y ordenadamente al mando militar, decisión que se tomó por la necesidad de ejercer un control mucho más estricto sobre toda el área mientras se terminaban las construcciones de alta seguridad y además la guardia penitenciaria venía siendo demasiado permisiva. También se les informó que el Procurador Regional de Antioquia se encontraba junto al General Pardo para garantizar que todos los procedimientos se realizaran dentro de toda la legalidad.

Pablo Escobar respondió que por ningún motivo permitiría que el Ejército entrara a la cárcel, y que si era preciso se haría matar para que eso no sucediera. Después de insistir en que la medida era para su propia seguridad, le comuniqué que me pondría en contacto con Bogotá para pedir instrucciones, a lo que él contestó que eso era algo que debería hacer a través de un teléfono instalado en la Dirección de la

Cárcel porque desde ese momento yo, el Coronel Navas y el Coronel Rodríguez éramos sus rehenes. Esto lo hizo delante de los catorce reclusos del penal y un número indeterminado de guardias penitenciarios que no hicieron nada para impedir que se nos retuviera contra nuestra voluntad. A continuación entramos a la casa de la Dirección en compañía de reclusos, guardia y rehenes, e hice la primera llamada a Bogotá. Pude hablar con el doctor Miguel Silva y mientras le estaba explicando la situación que estábamos viviendo, uno de los reclusos, conocido como Popeye cargó una subametralladora UZI, la puso contra mi cara y me dijo que me iba a matar porque toda la vida había querido matar un Viceministro. Yo continué hablando con el doctor Silva mientras este hombre continuaba amenazándome. Nadie hizo nada para impedir que estas amenazas continuaran. A continuación, Popeye utilizó el teléfono portátil que estábamos utilizando para hacer varias llamadas y en todas estas daba instrucciones para que se armaran y colocaran carros bombas, especialmente cerca a los colegios. Al mismo tiempo varios de los reclusos recibían llamadas a beepers y Pablo Escobar repetía incesantemente que se iba a hacer matar junto con todos nosotros antes de salir de Envigado. Debido a que otro recluso me tenía encañonado con una MP-5 y otro con un AR-15, no recuerdo a quienes se hicieron estas llamadas. Hubo un silencio largo, que fue roto cuando Pablo Escobar se dirigió a mí para advertirme nuevamente que éramos sus rehenes y que a menos de que el Gobierno ordenara el retiro de todas las tropas y la permanencia de la guardia penitenciaria en el interior del penal nos íbamos a morir todos.

En ese momento Escobar se retiró del sitio donde nos encontrábamos y los rehenes nos quedamos vigilados por aproximadamente cinco hombres, que se iban rotando y eran auxiliados en todo momento por la guardia penitenciaria. **Esta situación se prolongó aproximadamente hasta las tres de la mañana cuando recibimos una llamada de Bogotá en la que nos decían que el Gobierno no retiraría por ningún motivo las tropas y que el plan de tomar el control de la prisión se haría de cualquier manera.** Los hombres que nos estaban reteniendo cambiaban constantemente de armamento y utilizaban apodos como EL PERRO, LA GARRA e ICOPOR; se encontraba también el hermano de Pablo Escobar, Roberto Gaviria quien estaba al mando de la operación durante las ausencias temporales de Pablo Escobar. Estos hombres constantemente nos decían que estaban llegando más tropas y que por eso todos nos íbamos a morir.

Como a las tres de la mañana Escobar y su hermano se retiraron supuestamente a descansar y nosotros quedamos bajo la vigilancia de las personas que he mencionado. Aproximadamente a las cuatro de la mañana nos pasaron a otro bloque de edificios donde se encuentra la habitación de Pablo Escobar donde fuimos recluidos. Esta operación fue adelantada por cinco reclusos y varios guardias. Ahí permanecemos encañonados hasta aproximadamente las ocho de la mañana cuando se inició el operativo militar que nos rescató.

Lo primero que oí fue un tiro, luego varias explosiones y más tiros; se oían gritos diciendo que no nos mataran, y más explosiones. Yo me tiré al piso cuando el tableteo de las ametralladoras saturó el ambiente. La casa se estremeció con las explosiones y alguien gritaba que mataran al hijueputa [sic] del Viceministro. No sé cuánto tiempo duró esto, pero si recuerdo que el Coronel Navas gritaba que mantuviéramos la calma.

De repente alcé mi cabeza y vi a un militar que me decía que venían a rescatarnos, mientras sus compañeros reducían al resto de los presos y de la guardia. El soldado me dijo que no me le despegara y salimos al corredor donde estaban pegando muchos balazos. Nos arrastramos a toda velocidad aproximadamente 150 metros y logramos salir de la cárcel (...)". (fls. 2 al 5 del cdno. 2 anexo al 940.288).

3.2.5 El fallador de primera instancia, Jefe de Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Militares, en sentencia proferida el 18 de diciembre de 1995, luego del análisis de rigor al caudal probatorio que se allegó al proceso, concluyó que el uso de las armas se presentó con ocasión del servicio, y que el Ejército actuó en cumplimiento de su deber legal, toda vez que su finalidad era rescatar a los rehenes –como efectivamente ocurrió–, orden que, impartida de manera legítima por un superior, excluye el dolo de la conducta asumida por los militares.

Es decir, afirmó el Tribunal, que el uso de las armas por parte de los militares obedeció al peligro inminente en que se encontraban y al que se vieron compelidos en virtud del cumplimiento de su deber, y de la resistencia que opusieron los guardianes e internos para su ingreso a "La Catedral".

Determinó incuestionable la legalidad de las órdenes, desde la impartida por el Ministro de Defensa, hasta la que entregó el Mayor Díaz al grupo que finalmente asaltó las instalaciones de la cárcel, comoquiera que fue impuesta en virtud de una norma jurídica -lo que la cubre de licitud-, y se emitió por autoridad facultada para ello, al igual que competente fue la Fuerza Especial que la ejecutó, obteniendo como resultado una operación limpia y exitosa, teniendo en cuenta que los rehenes fueron rescatados sanos y salvos, y sólo se presentó una baja y algunas lesiones menores.

Así mismo, por disposición legal, la justificación del hecho se atribuye a una causal general, de acuerdo al principio de interés general preponderante, que salvaguarda los valores protegidos por la ley, por encima de intereses de carácter particular.

Finalmente, sostuvo que dada la dinámica de los hechos y su desarrollo, se colige que el personal militar investigado actuó conforme a derecho, por lo cual se abstuvo de endilgar cargo alguno en contra de los implicados, toda vez que no consiguió certeza sobre la autoría de la muerte del Sargento Olmedo Mina, ya que, de acuerdo al informe de balística, no se logró determinar la clase de proyectil ni individualizar el arma detonante que ocasionó su muerte, por lo cual no

es posible predicar la antijuridicidad de la conducta ni dolo alguno en el proceder, como tampoco respecto a las lesiones de Javier Giraldo Flórez. (fls. 429 al 497 del cdno. No. 2).

El Tribunal Superior Militar, en providencia del 28 de agosto de 1996, resolviendo el grado de consulta, una vez evaluado el caudal probatorio, confirmó integralmente la sentencia de primera instancia, corroborando la cesación del procedimiento en contra de los militares investigados.

De otro lado, mediante Resolución No. 420, del 18 de julio de 1994, la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares, puso fin en primera instancia al proceso disciplinario adelantado en contra de los militares que tenían a su cargo la seguridad externa de la Cárcel de máxima Seguridad de Envigado, y aquellos que participaron en los hechos irregulares de la toma de "La Catedral", incidente que terminó con la fuga de Pablo Escobar Gaviria y algunos cómplices más. De dicha providencia, vale la pena destacar:

"(...) el malogrado operativo contaba con dos fases, como en varias piezas del informativo consta: en primer lugar, lograr el control interno de la Catedral y en segundo lugar, trasladar a pablo Escobra [sic] y sus acompañantes a otro sitio (...). Es obvio que el General Murillo González sabía de esa conclusión porque había participado en el mencionado Consejo de Seguridad. (...) **Sabiendo el General Murillo, como en realidad sabía que el propósito era trasladar a Pablo Escobar y a sus hombres a otro sitio, y que asumir el control interno de la Catedral no era sino un medio o una etapa del verdadero propósito, por qué no le dijo toda la verdad al Comandante de la Cuarta Brigada?**

Quando en una orden militar se omite la parte esencial de la verdad, no se puede decir que esta sea oportuna, clara y precisa. En el caso particular que nos ocupa, la verdad que el general Pardo Ariza ha debido saber a las 12:30 del día y directamente del boca de su superior inmediato, no la supo sino un poco menos de ocho (8) horas más tarde, es decir a las 8 de la noche y de labios de un tercero y no propiamente superior jerárquico del militar que debía cumplir el operativo. **En estas condiciones lo mínimo que puede decirse de esa orden militar es que careció de oportunidad en lo que respecta al propósito final del operativo, es decir, el traslado de Pablo Escobar.** La orden, es si se quiere oportuna, clara y precisa en la primera fase, o sea en el hecho de asumir el control interno del penal, pero no es oportuna, clara y precisa en el objetivo final, como es lograr sacar a Pablo Escobar del sitio desde donde continuaba delinquiendo y llevarlo a una reclusión de verdad (...). **Pero esa falta de verdad completa, no es una simple formalidad. Ese recorte a la verdad sustancial en el momento oportuno, es lo que contrarió profundamente a Pardo Ariza y entorpeció el operativo** (...).

"(...) Debido a que el General Murillo González no le dijo toda la verdad al Comandante de la Cuarta Brigada, la orden militar en lo esencial fue

recortada en oportunidad, claridad y precisión, y en consecuencia no se pueden aceptar las exculpaciones presentadas por el implicado en lo que respecta al primera cargo (...)”.

(...) La delegada observa que a pesar de la agotadora labor descrita por el General Murillo González, hubo por lo menos un tanto de descuido en muchas de las acciones adelantadas y un alto grado de omisión como lo hemos sostenido a lo largo de estas consideraciones. Reiteramos que desde el primer contacto, y hasta las 7:55 de la noche , se omitió parte esencial de la verdad al comandante de la Cuarta Brigada, y asimismo al enterarse del viaje del Viceministro a Medellín, el General Murillo González, omitió dialogar con él porque subestimó el viaje y en consecuencia consideró inocuo y sin razón alguna el dialogo.

Por otra parte, en el análisis del malogrado operativo militar, encuentra ese juzgador disciplinario que a las omisiones ya mencionadas se agrega la deficiencia de los medios de comunicación utilizados. En efecto, estos no fueron los más idóneos, ya que se conoce, que entre los señores General Murillo y Brigadier General Pardo Ariza no hubo comunicación directa en los inicios del procedimiento militar, sino en dos oportunidades a las 12:30 del día y a las 4:30 de la tarde. Los demás contactos que entre ellos se hicieron, fueron transmitidos a través de los señores Farouk Yanine Díaz y Mayor Samuel Eladio Fonseca Guevara, con los probables errores humanos que una comunicación a través de dos personas diferentes a los interlocutores supone. **Lo que impone la lógica, es que la presencia del señor Comandante del Ejército, en el anillo exterior de la Cárcel de Máxima Seguridad de Envigado, Antioquia era necesaria, en garantía que como conocedor del objetivo propuesto al interior del Consejo de Seguridad, dada la gravedad de lo denunciado por el señor Fiscal General de la Nación, personalmente impartiera órdenes claras, precisas, oportunas y directas.**

Con el arribo del General Murrillo González a los linderos del establecimiento carcelario, el secreto de la misión y su finalidad se habrían guardado y logrado, y se habrían evitado, las confusiones entre los funcionarios administrativos y el militar. La comunicación de órdenes al Comandante de la Cuarta Brigada, a través de una o dos personas más, determinó que se echara a perder el operativo. Por el contrario, persona de tan alta investidura militar y experiencia, le hubiera dado al operativo, la seriedad y afianzamiento requerido (...)

“(...) La concordancia entre las manifestaciones del personal militar, que directamente tuvo conocimiento, participación y se beneficio de los dineros y dádivas provenientes del personal de internos de la Cárcel de Máxima Seguridad de Envigado, Antioquia, a través del sujeto de confianza de PABLO ESCOBAR GAVIRIA, de quien se acreditó prestaba sus servicios como guardián municipal; la aceptación expresa de haber recibido sumas altas de dinero, radios, comida del interior del penal, la reiteración plural en las aseveraciones vertidas a la investigación, respecto de la autorización irregular de ingreso del automotor cubierto, incluso en la madrugada, considera el Despacho que constituye caudal probatorio de tal entidad, que no deja duda sobre la reiterada comisión de conductas violatorias de los deberes militares, por parte de los señores Oficiales y Suboficiales, que les hace incursos en faltas disciplinarias, conductas reprochables en mayor grado de los oficiales por su calidad de superiores y de los suboficiales, por cuanto,

conociendo con antelación, como en el caso de los señores Sargento Segundo FILIBERTO JOYA ABRIL Cabo Primero ORLANDO MONGUI RIVERA y Cabo Segundo DANILO GUSTAVO TORRES FARIAS, las irregularidades permanentes en el anillo de seguridad, cohonestaron el hecho, ocultando y omitiendo informar a sus superiores sobre lo acaecido, además que lograron un provecho personal repudiable, en su condición de militares al servicio del Ejército Nacional (...)"(fls. 249 a 393 del cdno. No. 2).

Es preciso aclarar que, en la mencionada providencia, el órgano disciplinario halló culpable de los cargos contra él elevados al Brigadier General Gustavo Pardo Ariza, quien para la fecha de los hechos se desempeñaba para la Institución como Comandante de la Cuarta Brigada. No obstante, obra en el expediente la Resolución No. 358 del 31 de agosto de 1995, proferida por la misma Delegada, mediante la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por el Capitán Gabriel Arturo Suárez Venegas, Capitán Germán Alfredo Martínez Marcos, Teniente Juan Carlos Otero Mantilla, Teniente Germán González Miranda, Sargento Segundo Carlos Enrique Durán Guerrero, Cabo Segundo Franco Solarte Lucero, General Manuel Murillo González y el Brigadier General Gustavo Pardo Ariza, de cuyo caso se expresó así el ente disciplinario:

"(...) Es evidente, para el señor Brigadier General (r) PARDO ARIZA, que si se le había dicho que esperara a los dos personajes provenientes de esta ciudad, esto significaba que era prioritaria la función administrativa que los dos conocían y desplegarían con antelación al ingreso de las tropas al penal, de manera que lo que debían hacer los señores MENDOZA DE LA TORRE Y NAVAS RUBIO, no podía ser obstaculizado por el señor Brigadier General ni las tropas a su cargo, así entonces era incuestionable que el señor Comandante de la Cuarta Brigada, estaba sujeto a las actividades de los funcionarios administrativos, así él obtuviese otras órdenes, puesto que se repite, estas eran subsiguientes al despliegue que harían los señores Viceministro y Director General de Prisiones (...)".

"(...) Y este juzgador disciplinario encuentra que en verdad no se presenta certeza, es decir una prueba de tal calidad, de tal poder probatorio que aleje de la mente del fallador toda posible duda razonable. La certeza, es un estado de convicción que se produce en el Juez o autoridad competente, y que le indican que el hecho no pudo ser de otra manera, y que el infractor obró con dolo. Existiendo cualquier duda razonable, esto es prueba de cargos, y pruebas que demuestran la inocencia a la vez, no queda otro camino lógico que la absolución. Para el despacho no hay plena prueba o certeza de la culpabilidad del Brigadier General PARDO ARIZA, la prueba no arroja la absoluta claridad deseable, por el contrario existen pruebas de descargo, como las declaraciones del Ministro de Justicia, del Ministro de Defensa, ante el Congreso y ante la Procuraduría que demuestran que **la falla fundamental y determinante gravitó en el Consejo de Seguridad que coordinó mal la actuación, que careció de la comunicación ágil y oportuna, y que impartió órdenes confusas y contradictorias** (...)"(fls. 176 a 258 del cdno. No. 5).

Así las cosas, la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares revocó la condena impuesta al Brigadier General Gustavo Pardo Ariza, y en sus demás disposiciones confirmó la Resolución atacada, en donde los demás impugnantes fueron condenados.

3.3 Conclusiones

Se encuentra acreditado que la muerte del Sargento Olmedo Mina aconteció el 22 de julio de 1992, en las instalaciones de la Cárcel Municipal de Máxima Seguridad de Envigado –mejor conocida como “La Catedral”-, durante el ingreso de las tropas del Ejército Nacional al lugar donde permanecía recluso Pablo Escobar Gaviria y sus lugartenientes, con el objetivo de hacerse con el control externo e interno de la cárcel, relevar la guardia penitenciaria nacional y municipal y trasladar de prisión al narcotraficante.

De igual manera, se comprobó que allí mismo -bajo tales circunstancias-, el Cabo de Prisiones, Javier Giraldo Flórez, recibió un impacto de bala en el muslo izquierdo, así como trece heridas en el resto del cuerpo, causadas por partículas sólidas, que le provocaron una incapacidad de treinta y cinco días.

Así mismo, se acreditaron las lesiones sufridas por los guardianes de prisión: Argemiro Serna Torres, Luis Ernesto Camacho Días, Luis Guillermo Toro Zapata, Víctor Hugo América Olaya y Oscar de Jesús Giraldo López, quienes en consideración a su diagnóstico sufrieron incapacidades certificadas por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Se aprecia que las declaraciones de los guardianes: Bernardo Edwin Quiroz Jaramillo y Bernardo de Jesús Valencia Montoya, concuerdan al afirmar que nadie al interior del penal hizo uso de las armas cuando se presentó la incursión armada por parte del Ejército, al igual que coinciden al sostener que todos los guardianes fueron sometidos a tratos humillantes, vejatorios y degradantes por parte de la tropa al momento de irrumpir violentamente al centro de reclusión. Incluso el enfermero de turno, Eugenio de la Cruz Agudelo Zuluaga, quien estaba descansando en su alojamiento, narra cómo fue sacado de allí violentamente, aún sin haberse resistido de manera alguna, y que no se le permitió atender a Giraldo Flórez, quien se encontraba herido de bala en el lugar donde, uno por uno, fueron tendidos los guardianes, demás funcionarios e internos de la cárcel capturados.

El guardián de prisiones Humberto Quintero Mantilla, en su declaración, relató su experiencia particular sobre el ingreso del Ejército al centro carcelario, enfatizando en la violencia ejercida por parte de los soldados que asaltaron el penal en contra de los guardianes que allí se encontraban. Así mismo, Héctor Jaime Jaramillo Ochoa narra que, estando bajo la garita cuya custodia le fue asignada, junto a los demás guardianes que se encontraban en la portería principal, escuchó la solicitud del Ejército para que abrieran la puerta de la prisión, requerimiento que el Cabo Giraldo Flórez intentó atender pero –tal como se ha señalado-, se requería de tres llaves para abrir la puerta principal, cada una en poder de un funcionario diferente, por lo que era necesaria la presencia simultánea de los tres funcionarios que las portaban para proceder al acceso-. Sin embargo, en el momento en que se dirigía a comunicar al Director de la Prisión la orden del Ejército, la tropa apostada tras la puerta ingresó violentamente abriendo fuego. También dejó constancia sobre los tratos denigrantes que soportaron de parte de los soldados que les capturaron.

La declaración de Humberto Quintero Martínez, quien se encontraba en la portería de la guardia al momento del ingreso de la tropa, coincide con lo relatado por sus compañeros que también hacían presencia allí, al afirmar que se escuchó la voz del militar que demandó el libre ingreso de la tropa e inmediatamente después, sin pausa alguna, inició el tiroteo. Sostuvo que cuando le fue posible levantar la cabeza para observar lo sucedido el Sargento Mina ya estaba muerto, y Giraldo Flórez se encontraba herido. Finalmente arguyó que los responsables de la muerte del Sargento y las lesiones del Cabo fueron los hombres con pasamontañas y camuflado negro y blanco que asaltaron el penal por el frente.

A través de su declaración, Jairo Raúl Daza Moreno, uno de los hombres que se encontraba en la guardia principal al momento del asalto, constató que ante la amenazante y soez arremetida de la tropa para que se les abriera la puerta del penal, ni siquiera hubo espacio de reacción, ya que al tiempo que pedían entrar impusieron su ingreso disparando. Allí afirmó, igualmente, que él no hizo uso en ningún momento de su arma de dotación, y que tampoco le consta que el Sargento Mina haya intentado usar la suya -la que identificó como un revólver que llevaba al cinto-.

José Wilmar Muñoz, sostuvo enfático que ninguno de los guardianes que se encontraban en la cárcel disparó, acentuando que nadie lo habría hecho después

del aviso del Sargento Mina quien, advirtiendo la posible entrada del Ejército, los instó a rendir las armas, en consideración a que carecía de sentido oponerse en tales condiciones de desigualdad.

Luís Fernando Velásquez Quiroz y Eugenio de la Cruz Agudelo Zuluaga, coinciden en afirmar que a éste último, quien se desempeñaba como enfermero, se le negó la posibilidad de prestar primeros auxilios a Giraldo Flórez -quien se encontraba herido-, así como también concuerdan sus declaraciones en el trato humillante y degradante del que fueron víctimas por parte de los elementos del Ejército Nacional.

De lo desglosado hasta aquí, no resulta coherente que, como consta en diversos testimonios, los guardianes hayan permitido el acercamiento de la tropa hasta la puerta misma de la guardia -aún cuando se percataron de su aproximación al penal al tiempo que se efectuaba la avanzada-, para luego de tener a la Fuerza Especial Urbana apostada a unos pocos metros, oponer resistencia con el armamento exiguo al que accedían y las pocas unidades que se encontraban de servicio. Hacer frente a los militares en esas circunstancias constituía un fracaso irracional -poco menos que un acto colectivo suicida-, y tal como se dice que afirmó el Sargento Mina, un enfrentamiento muy desigual.

No obstante, las versiones de los elementos del Ejército que participaron en el operativo de asalto a la Cárcel de Máxima Seguridad de Envigado, difieren ostensiblemente en la descripción de los hechos, de tal suerte que se enfatizarán las mayores discrepancias.

El Teniente del Cuerpo de Infantería Marina, Ramón Gerardo Moncayo Trujillo, declaró que el General Pardo Ariza dispuso los hombres a su cargo -como también los elementos de la Fuerza Aérea- bajo el mando del Capitán Reynol Díaz Tello, que recibieron la instrucción de asaltar la cárcel por el costado derecho y que fue instantes antes de atravesar la malla eléctrica que sintieron los disparos que se produjeron por el frente -flanco a cargo de las Fuerzas Especiales Urbanas-, situación que los obligó a tomarse el lugar en menos de dos minutos. El Teniente resalta que durante ese lapso fueron blanco de ataque desde el interior de la cárcel, sin embargo aclara también que no le consta quien disparó y que sin importar, la actuación de su equipo fue inmediata, pues pasara lo que pasara su misión era rescatar a los rehenes con vida. Agregó que su equipo no tuvo necesidad de disparar en ningún momento, y que fue estando dentro de la cárcel

que escucharon la orden de cese al fuego. Añadió que capturaron cuatro guardianes, a los que les dieron buen trato durante su custodia y fueron entregados en el puesto de guardia principal de la cárcel.

Estas declaraciones fueron ratificadas por el Sargento Segundo Edinson Navia Parra, también perteneciente al Cuerpo de Infantería Marina, quien agregó que no le consta si los guardianes dispararon o no, pero que si escucharon disparos desde el interior de la cárcel.

Por su parte, el Mayor Reynol Díaz Tello, afirmó que entró por el frente, momentos después de que ingresara el Ejército y la Policía, pero que aun así le es imposible establecer quién dio de baja al Sargento Mina, máxime cuando los hombres a su cargo eran más de cuarenta y que, viéndose compelidos a responder el ataque, varios de ellos usaron sus armas.

Observa la Sala el conjunto de las declaraciones, concluyendo que es fácilmente perceptible -a partir de su valoración integral-, que la muerte del Sargento de Prisiones Olmedo Mina se produjo en circunstancias excepcionales, sometido a un riesgo que no debió asumir por encontrarse, evidentemente, más allá de sus funciones, máxime si se tiene en cuenta que, -resulta de un razonamiento básico de sentido común-, las funciones de un guardián de prisiones giran en torno a garantizar la reclusión de las personas privadas de la libertad y a prestar seguridad a las mismas, tanto de posibles amenazas internas como de aquellas provenientes de afuera, de allí que sería un craso error de éste juzgador interpretar que un guardián de prisiones esté compelido, en virtud de sus funciones, a soportar un ataque externo, aún por parte de las autoridades militares del Estado, o aún tratándose de un operativo que comprometa la seguridad nacional, en cuyo caso sigue siendo incontrovertible la obligación de reparar los daños que se hayan causado a partir de la ejecución del mismo.

En relación con dicho análisis, vale la pena evocar algunas consideraciones de ésta Sección, con fundamento en las cuales decidió un caso similar respecto del deber cardinal de limitar el uso de la fuerza y demás medidas coercitivas, por parte de la fuerza pública, para evitar incurrir en excesos que desborden el equilibrio que enarbola y le legitima:

“(…) De lo expuesto, se tiene que para la Sala es evidente que Rafael María Calle Maldonado, murió en un operativo policial en el cual los agentes de policía pretendían la captura de un delincuente, asesinando

a una persona desarmada que no estaba involucrada en los hechos. Y aún cuando la entidad demandada alega la presencia de una causal de justificación para la actuación policial, ésta se desvirtuó con el acervo probatorio allegado, además, el respeto al derecho a la vida debe ser absoluto e incondicional como lo ha expresado esta Corporación en varios pronunciamientos²⁵.

De lo anterior, se infiere con nitidez o claridad, que de lo que dan cuenta los hechos y las pruebas que se vienen de relacionar y analizar, es de la ejecución de un ciudadano desarmado en un operativo policial, quedando de forma palmaria evidenciada la existencia de una falla toda vez que el policía que ocasionó el daño, incumplió con un deber propio del servicio. Es inhesitable que los miembros de la fuerza pública, en razón a su condición y por la actividad que prestan, tienen una obligación esencial de emplear cuidadosamente sus armas de dotación cumpliendo las indicaciones establecidas en el manual de seguridad y el decálogo para las mismas.

Adicionalmente, si ello no fuera así, aunque en verdad lo fue, se demostró que en el asunto *sub examine* se presentó un exceso en el uso de la fuerza pública²⁶, como quiera que el resultado fue desproporcionado en relación con la inminencia de la circunstancia.

(²⁵) "En numerosas oportunidades la Sala ha hecho una verdadera apología de la vida, exaltando las hermosas palabras del inolado TÓMAS Y VALIENTE: "No hay nada en la creación más importante ni más valioso que el hombre, que todo hombre, que cualquier hombre". Y lo seguirá haciendo, cada vez que encuentre, como en el presente caso, que se sigue aplicando en el país la pena de muerte, proscrita por la Carta Fundamental desde hace más de un siglo.

"La vida de cualquier hombre es digna de respeto, aún se trate del peor de los delincuentes. Dijo en alguna ocasión Eca de Queiroz: "El Niágara, el monte de cristal color de rosa de Nueva Zelanda, las selvas del Amazonas son menos merecedoras de nuestra admiración consciente que el hombre más sencillo". Y Federico Hegel resaltó: "El pensamiento más malvado de un criminal es más sublime y más grandioso que todas las maravillas del cielo"

"La muerte injusta de un hombre no podrá considerarse más o menos admisible dependiendo de la personalidad, de la identidad, de la influencia o de la prestancia de ese hombre. La muerte injusta de una persona con antecedentes delictivos, continúa siendo injusta a pesar de los antecedentes que registre y lo será tan injusta, tan insoportable y tan repudiable como la del hombre bondadoso de irreprochable conducta." Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 10 de abril de 1997, expediente 10.138.

(²⁶) "A la luz de la realidad que se deja expuesta, el sentenciador encuentra que el caso *sub examine* no permite concluir prima facie, que por haberse dado la legítima defensa, la administración no responde. Si ella resultó excesiva, como en puridad lo fue, el centro de imputación jurídica demandado debe llevar su cuota de responsabilidad, y, por lo mismo, indemnizar los perjuicios causados en la proporción que corresponda. **La ley colombiana, se enseña, sólo reconoce como legítima la que resulta proporcionada a la agresión. En ningún caso bendice o patrocina los excesos.** Por ello el profesor Alfonso Reyes Echandía, en su obra "Derecho Penal, Parte, General. Editorial Temis", enseña:

"La correspondencia entre defensa y agresión debe subsistir tanto en relación con los medios empleados, como respecto de los bienes puestos en juego. Esta proporción, en todo caso, no ha de entenderse en forma abstracta y de manera absoluta; es necesario determinar concretamente cuándo la defensa de un determinado bien o el empleo de cierto instrumento justifican el sacrificio del interés perteneciente al agresor. En todo caso la valoración judicial de esta adecuación ataque-defensa, aunque obviamente se realiza *ex post facto*, requiere por parte del funcionario que deba calificarla un juicio *ex ante*, vale decir, un esfuerzo mental que lo sitúe idealmente en el escenario de los hechos, en forma tal que su decisión se ajuste en la medida de lo posible a la situación vivida por los protagonistas" (Obra citada, p. 170) (Destacado de Sala).

"Dentro de la misma perspectiva discurre el profesor Juan Fernández Carrasquilla, cuando predica: "En cuanto a los bienes en conflicto, la proporcionalidad es la misma necesidad de la defensa. El agredido solo está autorizado para causar el menor mal posible en las circunstancias del caso, de ningún modo para el "revanchismo", y esto quiere decir que ha de dirigir su reacción contra el bien menos importante del agresor dentro de los que es necesario lesionar, conservando la utilidad de la defensa para suprimir el peligro de la agresión. Así, si es suficiente con matar al perro azulado, no se

Dicha providencia, de otro lado, ha puntualizado el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en identidad con lo señalado por esta Corporación:

“74. El artículo 4.1 de la Convención estipula que “[n]adie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. La expresión “arbitrariamente” excluye, como es obvio, los procesos legales aplicables en los países que aún conservan la pena de muerte. Pero, en el caso que nos ocupa, el análisis que debe hacerse tiene que ver, más bien, con el derecho del Estado a usar la fuerza, aunque ella implique la privación de la vida, en el mantenimiento del orden, lo cual no está en discusión. Hay abundantes reflexiones en la filosofía y en la historia sobre cómo la muerte de individuos en esas circunstancias no genera para el Estado ni sus oficiales responsabilidad alguna. Sin embargo, como aparece de lo expuesto con anterioridad en esta sentencia, la alta peligrosidad de los detenidos en el Pabellón Azul del Penal San Juan Bautista y el hecho de que estuvieren armados, **no llegan a constituir, en opinión de esta Corte, elementos suficientes para justificar el volumen de la fuerza que se usó en éste y en los otros penales amotinados y que se entendió como una confrontación política entre el Gobierno y los terroristas reales o presuntos de Sendero Luminoso (supra párr. 52), lo que probablemente indujo a la demolición del Pabellón, con todas sus consecuencias, incluida la muerte de detenidos que eventualmente hubieran terminado rindiéndose y la clara negligencia en buscar sobrevivientes y luego en rescatar los cadáveres.**

“75. Como ya lo ha dicho esta Corte en casos anteriores, [e]stá más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. **Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de**

tolerará la lesión corporal de quien lo incita; si lesionar es suficiente, no se permitirá matar; si basta con asustar o amedrentar, no se toleran lesiones o muerte...” (Derecho Penal Fundamental. Volumen II. Temis, pp. 337 y ss.).

“(…)”

“Pero es más: La valoración de la realidad fáctica exige, igualmente, que el juez aprecie las condiciones subjetivas de las personas comprometidas en el conflicto, pues la comunidad demanda que la autoridad policiva esté especialmente educada y preparada para hacerle frente a situaciones con el universo que tiene la que se estudia. Ella no puede acudir a excesos como los que ahora se deploran. **Los que infringen la ley deben ser sometidos en la forma más razonable posible, tratando de evitar, hasta el exceso, el uso de las armas.** La ley y los reglamentos de la policía señalan, en forma muy precisa, en qué casos puede darse la legítima defensa. Esta es lícita, pero tiene contornos jurídicos muy claros. En esta oportunidad la Corporación reitera la filosofía que ha recogido en muchos fallos en los cuales ha predicado:

La administración, cualquier que sea la forma de actuación y cualquiera que sea la realidad social sobre que recaiga, ha de respetar como algo Sagrado e inviolable, la dignidad de la persona humana, que es fundamento del orden político y de la paz social. **El Estado puede utilizar, con toda energía, dentro de los límites impuestos por el principio de proporcionalidad, todos los medios de que dispone para impedir que el hombre realice conductas antijurídicas, pero no tiene el poder de segar la vida humana, ni de torturar al hombre.** La autoridad no es en su contenido social, una fuerza física. Los integrantes de la fuerza física deben actuar siempre con la especial consideración que demanda la persona humana, pues como lo dijeron Tomas y Valiente, al terminar una conferencia sobre la tortura judicial, en la Universidad de Salamanca, en 1971, no hay nada en la creación más importante que el hombre, que todo hombre, que cualquier hombre” (Resaltado fuera del texto). Sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, el 4 de marzo de 1993, expediente 7237.

determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana (Caso Velásquez Rodríguez, supra 63, párr. 154 y Caso Godínez Cruz, supra 63, párr. 162).²⁷

Finalmente, el siguiente antecedente enmarca la exégesis de la Sala respecto al llamado uso desproporcionado de la fuerza, supuesto al que apunta el estudio de las pruebas.

“Como se desprende de los anteriores planteamientos, el uso de la fuerza y, concretamente, la necesidad de segar una vida humana se establece como un criterio de *ultima ratio*, es decir, que se trata del último recurso al cual debe acudir la fuerza pública para neutralizar o repeler un delito o agresión. No debe perderse de vista que el artículo 2 de la Carta Política asigna en cabeza de las autoridades públicas la protección genérica de la vida, honra y bienes de todos los asociados, inclusive frente a aquellos que pueden ser catalogados como delincuentes (...)²⁸.”

Ahora bien, con el propósito de acreditar o desvirtuar la responsabilidad por parte del Estado en el desarrollo de las circunstancias en que se produjo el deceso del Sargento de Prisiones Olmedo Mina y las lesiones de los demás guardianes, la Sala se detendrá en las declaraciones rendidas por los funcionarios del Gobierno Nacional y los cuadros militares, que orientaron el desenlace de la situación generada a partir de la operación tendiente a recuperar el control de la Cárcel de Máxima Seguridad de Envigado.

Obra en el expediente la declaración del Teniente Coronel Hernando Navas Rubio, Director Nacional de Prisiones de la época, quien en virtud de su cargo se vio compelido a asistir a los hechos *sub examine*. Narró que a su arribo al lugar, en compañía del Viceministro de Justicia, se encontraron con el General Pardo Ariza, con quien evidenciaron de inmediato la divergencia de la misión que se les había encomendado, en comparación con la que él debía ejecutar. A partir de ese momento, le quedó claro que debían lograr un acercamiento con los internos y con la guardia misma, ya que tenían por cierto que ante un intento de asalto reaccionarían con sus armas, y que la operación se debía ejecutar con total discreción. Especificó que la manera de ejecutar las órdenes fue discutida y aprobada con el General Pardo Ariza, lo cual determinó la inminente necesidad del

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corteidh), sentencia Caso Neira Alegria y otros vs. Perú, sentencia del 19 de enero de 1995.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia proferida el 26 de mayo de 2010, expediente 18.888.

ingreso a “La Catedral” por parte de los funcionarios del Gobierno, situación que encuentra indiscutible la Sala como desencadenante del riesgo al que estuvieron sometidos en la ejecución de los lineamientos trazados.

Aún así, a pesar que detalló holgadamente el desarrollo de la situación, no existe en esta declaración certeza suficiente que permita establecer, más allá de cualquier duda razonable, la concertación de los guardianes del orden nacional, ni de todos los del orden municipal-, para cooperar con los delincuentes allí retenidos -ni mucho menos de qué manera esa eventualidad pudo guiar el deceso de Olmedo Mina-, no obstante la pasividad que demostraron con las irregularidades descomunales que se estaban sucediendo. Sin embargo, si fue taxativo al expresar que le consta el pleno acatamiento de las órdenes impartidas por el Director de la Cárcel al Sargento Mina y al Cabo Giraldo. Más allá de esta situación, si los guardianes municipales –personal que custodiaba directamente a los internos- se encontraban o no cooperando con los criminales, lo mismo no exonera la responsabilidad, por el contrario, expone la ausencia de planificación y ejecución improvisada del operativo, donde no solo internos y guardianes confabulados fueron víctimas de un trato deshumanizado, sino también los demás funcionarios ajenos a la situación. Es decir, si bien es cierto que los hechos que allí acontecieron ocurrieron con la cooperación de algunos guardianes -como tristemente también del personal militar-, es evidente que la fuerza con que impelió el asalto fue desbordada y excesiva, así como el trato que proporcionó a las personas que sometieron al interior del penal.

Prosiguió afirmando que en medio de la búsqueda continua e infructuosa de comunicarse con un mando del Gobierno, finalmente logró contacto con el General Murillo, Comandante de las Fuerzas Militares, a quien puso al tanto de la situación, pero de aquél solo recibió la instrucción de resguardarse para proteger la vida.

De igual manera, sostuvo con firmeza que ni el personal de la guardia municipal ni los internos que se encontraban con él en la misma habitación –los únicos que no se anexaron a la fuga-, repelieron en momento alguno el ataque a la prisión.

Sostuvo que, en cuanto conoció la misión que los reunía allí, consideró que la operación tenía carácter militar, y que su ingreso al centro de reclusión como civiles les generaba un altísimo riesgo de no salir con la misma facilidad que se ofrecía para su ingreso, pero que aún así cumplió con lo acordado, comoquiera que el General Pardo consideró necesaria la entrada de los tres funcionarios para

“...definir el procedimiento que se va a cumplir en éste relevo de la guardia...”, lo que lleva a cuestionar el liderazgo del General, la improvisación de los agentes y la precaria y deficiente comunicación entre las personas cuya misión era coordinar el operativo. Tan es así, que Pablo Escobar se enteró del verdadero propósito de las Fuerzas Militares y de los funcionarios del Gobierno –es decir, lograr su traslado a una reclusión militar-, a través de un informativo radial transmitido en una de las cadenas de noticias más prestigiosas del país. Es decir, la confidencialidad y reserva de la misión, antes de ser ejecutada o descubierta por los aludidos, ya había sido develada por el propio Gobierno, poniendo en riesgo no solo el éxito de la misma, sino las vidas de los actores involucrados directamente.

Concluyó su intervención asegurando que al momento de su salida, escoltado por elementos de las Fuerzas Especiales, pudo percatarse de los silbidos de las balas que pasaban sobre él, pero que estos venían de la parte donde se hallaba el Ejército, situación que no pasa desapercibida pues para el momento de su rescate, como se seguirá insistiendo más adelante, resulta muy improbable que existieran guardianes aún sin neutralizar, y no había presencia de más delincuentes que ofrecieran resistencia.

A través de la declaración rendida por el Director (e) de la Cárcel, Teniente Coronel (r) Jorge Armando Rodríguez González, se pudo conocer que la mitad de los 52 guardianes eran del orden Municipal, y cuya misión era prestar seguridad cercana a los internos, ya que eran considerados de mayor confianza por parte de los mismos, situación que los mandos Militares no advirtieron oportunamente, previo a definir las posibles dificultades que encontrarían a su ingreso, a pesar de constituir parte esencial y definitiva para el éxito de la operación.

Llama la atención de la Sala que, como narró el Teniente Coronel Rodríguez González, haya sostenido una conversación con el General Pardo Ariza, quien el martes 21 de julio en horas de la mañana, mientras inspeccionaba el perímetro de la cárcel, le cuestionó algunas situaciones que le parecieron anormales, pero nada le informó sobre el objeto de la presencia de toda la tropa ni le comunicó orden alguna al respecto. Agregó que en esa oportunidad le quedó claro que el General al mando estaba entregando instrucciones sobre la entrada y salida de personal y visitantes de la cárcel, pero que de todas maneras dichas medidas no le fueron notificadas en ningún momento -situación fácilmente presumible si se tiene en cuenta el grado de confidencialidad que exigía la operación-. Sin embargo, no resulta menos que contradictorio que esa misma tarde haya iniciado el cubrimiento

completo de la situación por parte de los medios de comunicación, con la anuencia de los mandos militares y el Gobierno Nacional.

Mediante su declaración se pudo conocer que la puerta de la prisión, después de las seis de la tarde, queda con tres candados, y que las llaves respectivas quedan bajo la custodia de tres guardianes del orden nacional.

Anotó, igualmente, que cuando fueron trasladados a la habitación de Pablo Escobar, no observó que ningún interno tuviera armas y que encontrándose ahí presencié la comunicación del Teniente Coronel Navas Rubio con el General Murillo, con el que se procuró la cesación del procedimiento militar, diálogo que se puso en conocimiento del General Pardo Ariza, quien omitió dicha conversación e inició la operación. Y con razón, pues como bien lo afirmó en su declaración, no tenía ningún sentido que su superior le transmitiera una orden por intermedio de uno de los rehenes, máxime si se tiene en cuenta que existía comunicación directa entre los dos Generales.

Agrega que al momento del asalto, cuando se escucharon los primeros disparos, ordenó por radio a los guardianes –en repetidas ocasiones-, que no hicieran frente al fuego. Aclaró que aún cuando estaban siendo evacuados, con el acompañamiento de hombres del Ejército, continuaba escuchando disparos.

Al verse reiterada la misma afirmación, no es descabellado concluir que los disparos se prolongaron durante el tiempo que tomó el rescate de los secuestrados, que no pudo ser menos de diez minutos desde que se escuchó la primera detonación –suficiente así mismo para la captura y neutralización de los guardianes, pues como se acreditó mientras las Fuerzas Especiales Urbanas entraban por el frente, los elementos de la Armada Nacional y la Fuerza Aérea ingresaban por la retaguardia-, lo que permea aún de más certeza que el origen de tantos disparos no correspondió al fuego de un enfrentamiento, sino a la creación de confusión para desequilibrar al enemigo. Resulta abiertamente ilógico que en un presunto enfrentamiento, de la magnitud y duración que se cuenta, no se hayan registrado más bajas, como insulso es que al tiempo que ningún soldado puede precisar de dónde provinieron los disparos que presuntamente los hostigaron, las demás circunstancias conduzcan a establecer que ninguno de los guardianes disparó –ya sea porque eran del orden nacional, es decir de aquellos sin influjo de parte de los criminales; porque estuvieran en sus alojamientos, también porque simplemente se encontraban desarmados o porque internos y

guardianes municipales involucrados con la mafia hayan permanecido confinados en la habitación del capo, junto a los funcionarios del Gobierno, cuyos valiosos testimonios coinciden también en ello-.

Debe tenerse en cuenta también que los primeros disparos alcanzaron a ser escuchados por el contingente que asaltó la cárcel por detrás, cuando aún no atravesaban la malla eléctrica, es decir que, de acuerdo a ello, el primer ingreso militar se produjo por el frente del penal, donde todos los guardianes allí ubicados –únicos al frente de la situación-, coinciden en afirmar que no opusieron resistencia, por tanto sus capturas fueron las primeras que debieron producirse.

Relató el declarante que la noche anterior al asalto militar ordenó al Sargento Mina y al Cabo Giraldo –cuya obediencia siempre fue estricta- que se reforzaran las garitas, con el objeto de reducir al máximo las posibilidades de fuga, hecho que no fue cuestionado y se presenta acorde con las funciones de la Guardia Nacional Penitenciaria y las declaraciones de los guardianes asignados a las garitas.

Afirmó que -de acuerdo a las normas de prisiones existentes a la fecha-, para efectuar el traslado de un interno o para relevar a un personal de guardianes debía producirse una resolución emanada de la Dirección de Prisiones, y que dicha solemnidad en ningún momento se cumplió. Este argumento es apenas comprensible, debido a que la formalidad requerida no se podía entender suplida con la presencia del Director Nacional, ya que aún cuando a la llegada de éste el Director (e) de la cárcel se supo relevado de las funciones de su cargo, era claro que su superior se encontraba, igualmente, supeditado al influjo de los bandidos. De ello se comprueba, aún más, la arbitrariedad del procedimiento que se adelantó, quedando manifiesto que todos en el país sabían que la visita de los altos funcionarios a “La Catedral”, obedecía al traslado de Pablo Escobar, menos los guardianes de la prisión a quienes, se omitió entregárseles instrucciones para su proceder.

Amplía su inconformismo manifestando que, a pesar de la dimensión de la operación y del cargo que lo investía, nunca fue informado de qué se trataba la misma, de manera que viéndose afectado por la angustia y la zozobra, y a pesar de sus esfuerzos por aclarar la situación atípica con funcionarios del Gobierno, antes de la llegada del Director Nacional de Prisiones y el Viceministro de Justicia, ninguna certeza tuvo sobre la operación que se adelantaba.

Finalmente, al referirse a los guardianes que les acompañaron durante toda la noche –y que asemejó, más que subalternos, a la figura de captores-, aclaró que fue un grupo constante de 6 a 8 guardianes municipales, lo cual debilita la improbable tesis de que todos los guardianes, incluso del orden municipal –mucho más improbable los de orden nacional-, se encontraban auspiciando su secuestro, la fuga de los criminales ni, en general, las atrocidades que allí ocurrían.

Finalizó su declaración atribuyendo la fuga de los internos a la falla que se presentó en el anillo externo de seguridad -conformado por elementos del Ejército Nacional-, y aseverando que la Cárcel Municipal de Envigado aún no era una cárcel de máxima seguridad, pues con las obras de infraestructura que se tenía programado adelantar, esa condición la adquiriría algunos meses más adelante.

De otro lado los hechos, como los percibió el Viceministro de Justicia, arrojan que el funcionario arribó al lugar acompañado por el Director Nacional de Prisiones, por órdenes del Ministro de Justicia –de acuerdo a lo decidido en el Consejo de Seguridad-, con la misión de notificar a los internos que se iba a relevar la guardia del penal con el propósito de prestarles mayor seguridad a los internos durante las obras de adecuación de la cárcel.

Sin embargo, está claro que el Viceministro de Justicia, tanto como el Coronel Navas Rubio -al momento de arribar a la cárcel-, tenían clara la verdadera naturaleza de la misión, por lo cual su cometido era ingresar al penal para examinar y tranquilizar a los criminales; pero el operativo, aún con el riesgo y gravedad que revestía, sufrió enorme improvisación al punto que, mientras los emisarios delegados trataban de contener a Escobar Gaviria, el Gobierno Nacional emitía un comunicado en el que se informaba el talante de la operación, para justificar ante la opinión pública la presencia de todos los elementos armados apostados a las afueras del lugar de reclusión, sometiendo a un riesgo inconmensurable a todos los inocentes que allí se encontraban.

Es importante resaltar que en su declaración, al referirse al momento del asalto al penal, el Viceministro de Justicia aludió a las explosiones y el tableteo de las ametralladoras, sin tener mucha noción del tiempo transcurrido desde que escuchó el primer disparo, pero seguro de que los continuó escuchando incluso hasta el momento en que fue escoltado por un hombre del Ejército a través del corredor, donde afirmó que los disparos se sentían con mayor intensidad.

En su declaración, el Brigadier General Gustavo Pardo Ariza, dejó en evidencia la exigua y precaria comunicación entre él y su superior, Comandante de las Fuerzas Armadas, General Manuel Murillo González, de quien recibió instrucciones la mañana del 21 de julio de 1992 para disponer el traslado del Comandante del Batallón de Policía Militar a “La Catedral”. Horas más tarde le ordenó trasladarse en persona con la misión de tomar control interno y externo de la Cárcel de Envigado, pero le advirtió que debía esperar dos funcionarios del Gobierno, quienes facilitarían el ingreso de la tropa. Así mismo, le ordenó disponer como puente de comunicación a un oficial de confianza. De esta manera, resulta más que evidente la desinformación a la que fueron sometidos, desde la primera llamada, los mandos militares que debían ejecutar el operativo, a quienes se les omitió información determinante, en atención a la dificultad que debían enfrentar. No obstante, para guardar la reserva de la información, alertó a los soldados de una posible fuga, desconociendo que la verdadera razón de la presencia suya y de sus hombres a las afueras del centro de reclusión aún no le había sido develada.

Caída la tarde, el Mayor Fonseca, quien fue designado como enlace de comunicación entre Murillo y Pardo, recibió instrucción de comunicar a este último que en cuanto llegaran los tres funcionarios del gobierno se iniciaba el operativo. No obstante, al arribo de éstos, se percatan aún más del carácter soterrado de la información que han recibido, sin embargo, la siguiente instrucción consiste en esperar la luz del siguiente día para garantizar mejor el éxito de la operación, ya que era de esperarse una resistencia, de parte de guardianes e internos, a la ejecución del plan, y además las Fuerzas Especiales Urbanas tendrían más tiempo para su arribo.

La pregunta sin resolver sigue siendo de dónde el General Murillo obtuvo la certeza suficiente para asegurar que la guardia –entendido el total de los hombres que la conformaban-, opondría resistencia –lo que le llevó a dar la orden de eliminar toda resistencia armada-, y cómo el General Pardo, hasta el último momento antes del asalto violento al penal -ya vulnerada la confidencialidad de la operación por parte del mismo Gobierno-, no instó a los guardianes, por lo menos, para que abandonaran el penal sin sus armas, pues la actitud de todos siempre sugirió un completo desconocimiento de la situación, actitud que, con la información debida, seguramente les hubiera proporcionado la certeza necesaria del peligro que corrían.

Se observa, a partir de las declaraciones, que la logística de la operación adoleció de graves falencias tácticas y se destacó por la improvisación que hubo de dársele cuando la situación se había salido de control. Incluso, la presencia de los medios de comunicación, la alocución presidencial informando a la opinión pública del operativo -a pesar de haberse restringido la información a los mandos militares-, la presencia de civiles en medio de una situación militar de alto riesgo, la falta de diplomacia con el Director (e) de la Cárcel -y con los mismos guardianes- quien abstraído de la situación y en medio del desconcierto que seguía generando el arribo de más escuadras militares, procuró insistentemente la comunicación con el Gobierno en busca de una explicación a lo que acontecía, con el ánimo de dar un parte de tranquilidad a los internos y guardianes, cuyos ánimos evidentemente se vieron trastornados.

Cuando el General resalta que la orden inmediata, a las 23:11 del mismo día, es desarmar a los guardianes y trasladar a los internos bajo la responsabilidad de la Cuarta Brigada de Medellín, insiste también en que momentos después la misma cambió, y se ordenó observar el desarrollo de la situación, teniendo en cuenta que los funcionarios se encontraban como rehenes, y que cautelosamente se debía procurar su salida de "La Catedral". Relata a continuación que su apreciación fue que el ingreso y rescate de los funcionarios se debía hacer por la fuerza, aún cuando apreciaba que guardianes y reclusos estaban dispuestos a "hacerse matar", situación que dio por confirmada una vez el Coronel Navas le comunicó que los reclusos portaban armas y estaban muy nerviosos. Se observa que la conclusión del General Pardo en verdad fue tan apresurada como la misión misma, y nuevamente reunía en ella a todo el conglomerado de la guardia, sin diferencia alguna de sus hombres, todos considerados al servicio de Pablo Escobar Gaviria, fundamento que efectivamente se desvirtuó posteriormente. Valga aclarar que tal dimensión de la situación fue apoyada por el Coronel Navas Rubio, quien con su apreciación restringida e inexacta ayudó a la confusión que, *per se*, ya traían los militares.

Posteriormente, la orden varió una vez más. Ahora se le prohibía el ingreso al Procurador Regional de Antioquia y se debía exigir la salida de los otros dos funcionarios puesto que el Gobierno Nacional no tenía nada que negociar, y caso contrario la situación a la que se le haría frente sería al secuestro de los emisarios.

Los hechos se continuaron sucediendo con la seguridad que ofrecía el cinturón militar que rodeaba la cárcel, lo que prácticamente eliminaba cualquier posibilidad

de fuga. Durante el resto de la noche la constante fue el flujo de información a medias, especulaciones, e improvisación. La situación que se logró tener clara, casi a las seis de la mañana, fue que los funcionarios estaban de rehenes, que en el operativo se debían preservar sus vidas, eliminar la resistencia armada y hacerse con el control de la cárcel, aún así el grupo de asalto no se encontraba completo pues aún no arribaban las Fuerzas Especiales Urbanas, que se tardaron más de 15 horas en llegar.

Se observa que la constante durante el período en que se prolongó la situación fue la improvisación e incertidumbre que se vio afianzada por la ineficiente comunicación, lo cual condujo a los mandos militares y a los funcionarios del Gobierno a inventar una solución tras otra a la seguidilla de equivocaciones que desde el principio se cometieron, fallando en sus apreciaciones por la ausencia de suficientes elementos de juicio razonable que solo les pudo proporcionar la disciplina castrense de que carecieron y, en consecuencia, constituyendo la falla en el servicio que condujo a la muerte del Sargento Olmedo Mina.

Minutos después, a la llegada de la Contraguerrilla Urbana, se informó a todos los hombres acerca de la operación y, previo a que se le diera inicio al operativo, el Coronel Navas entabló comunicación con el General Pardo, informándole de la conversación que acababan de sostener con el General Murillo, en la que el Comandante prometió darle pronta respuesta a la posibilidad de un tiempo mayor de espera -con el objeto de lograr una salida dialogada al conflicto en que estaban enfrascados sin arriesgar las vidas de los que allí se mantenían-, pero manifestó Pardo que no tenía sentido que su superior le ordenara algo por intermedio de uno de los rehenes, máxime cuando ya sostenían entre ellos comunicación directa.

Concluyó su relato afirmando que el propio General Murillo ordenó la puesta en marcha de la operación, que en su calidad de máximo Jefe de las Fuerzas Militares estuvo informado constantemente y que la duración de la misma fue de aproximadamente 10 a 15 minutos. Especificó que Navas se comunicó con él durante la operación para pedir el cese al fuego, y que a él le informó que se le garantizaba la vida al que saliera con las manos en alto, orden que se le comunicó al Mayor Díaz, quien ya había ingresado al penal. Afirma que aproximadamente a los 20 minutos de iniciada la operación, las Fuerzas Especiales lograron evacuar a los rehenes sanos y salvos.

El Procurador Regional de Antioquia, Dr. Iván Velásquez Gómez, confirmó que a su llegada a “La Catedral” ignoraba la naturaleza de su misión, y que la misma le fue puesta en conocimiento por el General Pardo Ariza, el Viceministro de Justicia y el Director Nacional de Prisiones, quienes le aseguraron que consistía en tomarse el control interno y externo del penal, pero deja en evidencia que la manera de proceder no se encontraba clara para ninguno de los funcionarios, ni aún para el General Pardo, al punto que, de manera algo improvisada, se concertó una primera fase que obedecía el ingreso del Coronel (r) Navas Rubio y posteriormente, si era necesario, el Viceministro de Justicia y el mismo Procurador.

Narró cómo, posterior al ingreso del Viceministro de Justicia -cuándo le fue requerida su entrada por parte del Director (e) de la cárcel-, y ante la exigencia que realizara el General Pardo al Coronel Rodríguez González para que saliera de la cárcel, éste -que venía custodiado por los internos-, no logró abrir la puerta, gracias a lo cual su ingreso nunca se produjo.

Sin embargo, el Procurador Regional, se pudo mantener a distancia prudente –en la caseta de comunicaciones-, conservó una posición atrincherada desde donde pudo observar el inicio de la operación, marcada por algunos disparos -que no sabe bien de dónde se produjeron-, explosiones y humo. Más allá de tales sucesos no se pudo percatar de mucho más, hasta su ingreso a las instalaciones, cuando todo había ocurrido ya. Al respecto, mencionó su encuentro con el Cabo Giraldo Flórez, quien se encontraba herido en una pierna y profundamente asustado por lo que le pudiera ocurrir en manos de la tropa.

Detalló que pudo observar el cadáver del Sargento Mina, al que no le observó ningún arma. Sin embargo, anotó que al arribo de los funcionarios de la Fiscalía, quienes se disponían a hacer el levantamiento del cadáver, uno de los soldados le mencionó a otro que controlaba el acceso que no dejara entrar a nadie mientras le colocaban al cadáver el arma que tenía, a lo cual repuso éste que recordara que la del Sargento tenía un proyectil en la recámara, y le pasó una que aquél puso al lado de Mina. Seguidamente se la cambiaron una vez más.

Finalizó arguyendo que siempre tuvo claro que el objetivo de la operación era hacerse con el control de la cárcel, y que en ningún momento se habló de traslado alguno en su presencia, lo cual hace presumir que su ingreso a la cárcel se hubiera producido en dichas condiciones –a espaldas de su consentimiento-, pues hasta el instante en que el Coronel (r) Rodríguez González salió para permitir su

ingreso –con la fortuna de no haber logrado abrir la puerta-, nadie le había complementado la información, de allí que en ningún momento se haya auto cuestionado la certeza que tenía sobre la situación.

Se afirma en el fallo penal militar que se trató de una operación limpia y exitosa, comoquiera que se rescataron los rehenes y solo se presentó una baja, omitiendo que esa única baja correspondió a un funcionario público, adscrito a la Guardia Penitenciaria Nacional, que ostentaba una intachable hoja de vida y al que las meras sospechas del Ejército Nacional, en las que se vio incluido sin descarte, le invistieron de una halo de sospecha que lo convirtió en blanco inobjetable, en una operación que eminentemente pudo tener una mejor ejecución y desenlace.

Se pregunta la Sala si, teniendo en cuenta que los internos se encontraban armados y que gozaban de la complicidad de algunos guardias -hasta ahora presumiblemente del orden municipal-, el cuerpo de la guardia de prisiones, sin tan siquiera tener conocimiento de las circunstancias que convocaban al Ejército en las afueras del penal, habría tenido la oportunidad de abandonar libremente la cárcel para ponerse a disposición de las Fuerzas Militares. No obstante, lo cierto es que no consta en el proceso que de parte de los mandos militares se le haya solicitado, durante el período en que se prolongó la situación, una rendición o algún comportamiento particular a los guardianes en servicio, pero si comprueban las declaraciones que durante la fase inicial del asalto a penas si se les requirió que abrieran la puerta, cuando tal procedimiento, por la complejidad que revestía, necesitaba del tiempo prudente para que los encargados se dieran cita con el fin de abrir los cerrojos, protocolo que no fue tenido en cuenta por los efectivos del Ejército cuando apresuraron a cuenta y riesgo su ingreso al penal, con las consecuencias ya conocidas.

Aún si se tuviera por cierto el presunto ataque que realizaron los guardianes – excluidos los internos que aún se encontraban al interior de la prisión, comoquiera que se acreditó en las declaraciones de los funcionarios del Gobierno que los mismos permanecieron en la habitación del capo Escobar y que se encontraban desarmados-, salta a la vista que el accionar del Ejército no configuró una respuesta proporcional, ya que no puede ser proporcional un ataque que se extendió por más de diez minutos, durante los cuales se neutralizó a gran cantidad de aquellos que se encontraban en sus alojamientos, y los demás -incluidos los que se encontraban en el puesto principal de la guardia-, solo tuvieron ocasión de resguardar su vida ante la perplejidad sufrida durante el asalto.

De allí que tampoco merece credibilidad el informe verbal que refirió haber recibido el Comandante de las Fuerzas Militares, General (r) Manuel Murillo, y que ratificó en su declaración, al sostener que el guardia dado de baja –Olmedo Mina- se quiso hacer fuerte resguardado en la garita, haciéndole frente a las Fuerzas Especiales Urbanas con su arma de dotación, máxime cuando reiteran las demás declaraciones que Mina fue el primero en sugerir a sus compañeros deponer las armas ante cualquier acción hostil por parte del Ejército. Es evidente que el Sargento Mina, hombre de familia con una intachable hoja de vida, no ostentaba un perfil suicida, menos de tan absurdo alcance.

Resulta enjuiciable la ligereza de los mandos militares, encabezados por el General Manuel Murillo –Comandante de las Fuerzas Militares-, que aplicada a la intercomunicación de mandos provocó un estado de desinformación entre los mismos, determinante a la postre de las decisiones improvisadas que enmarcaron la vergüenza nacional del episodio. Y es que se impone más que razonable que una orden militar que omite información y se asigna con argucias soterradas no conlleva el carácter de oportuna, clara y precisa. Es innegable que la trascendencia e importancia de la operación -máxime cuando se da por cierto que la confidencialidad de la misma era fundamental-, ameritaba la claridad y precisión de las órdenes, si no la presencia indefectible del Comandante de las Fuerzas Militares –tal como lo sostuvo el fallo disciplinario-, la cual ciertamente habría correspondido al alcance y relevancia que revestía la misión.

Así las cosas, elaborado el análisis anterior, se hace necesario concluir que el daño antijurídico causado le es imputable a la Administración, pues el mismo se produjo como consecuencia de la falla del servicio que auspiciaran las agencias militares y gubernamentales el 21 y 22 de julio de 1992, durante la operación de asalto a la Cárcel de Máxima Seguridad de Envigado, mejor conocida como “La Catedral”.

3.4 Régimen Aplicable

La jurisprudencia de esta Corporación ha determinado para estos eventos la aplicación del régimen de falla del servicio, que se configuró cuando a los funcionarios se les sometió a un riesgo superior al que normalmente debían soportar con ocasión de su actividad. La Sala ha entendido que al Estado no se le puede atribuir responsabilidad alguna por la concreción de esos riesgos, a menos que se demuestre que la lesión o muerte deviene de una falla del servicio, que

consiste en el sometimiento del afectado a un riesgo mayor que al de sus demás iguales. Sobre el tema, en sentencia del 20 de septiembre de 2001, se dijo:

“Así las cosas, es claro que Luis Alfonso Gutiérrez Pinilla, en su condición de agente asignado a la subestación mencionada, fue sometido a un riesgo excesivo e innecesario, por causa de una falla en la prestación del servicio de Policía. Si bien los miembros de la Fuerza Pública deben soportar el riesgo de sufrir daños como consecuencia del ejercicio de sus funciones, el cual, por la naturaleza de éstas, asumen al aceptar sus cargos, y al ocurrir, no da lugar al surgimiento de la responsabilidad del Estado –pues, por lo general, se configura una de las causales de exoneración, normalmente hecho de tercero o fuerza mayor–, debe precisarse que ello no autoriza a éste último para abandonarlos a su suerte, imponiéndoles cargas imposibles de cumplir; por el contrario, es su deber dotarlos de los elementos necesarios para permitir el cabal cumplimiento de sus obligaciones, con mayor razón en los casos en que es previsible un enfrentamiento armado, y poner en práctica planes y estrategias tendientes a la adopción oportuna de medidas preventivas, para garantizar el éxito de las operaciones y proteger la integridad de los combatientes legítimos.

“Al resolver una situación similar, expuso esta Sala los siguientes argumentos, que resultan pertinentes en el presente caso:

“...recuerda la Sala que la administración para exigirle resultados a los miembros de la fuerza pública en la prevención y represión del delito, debe dotarlos no solamente de los medios idóneos sino además ofrecerles riguroso entrenamiento y formación académica para el manejo apropiado de los elementos de dotación oficial, aprovechando al máximo los recursos económicos que para tal fin se destinen. Por demás, se advierte que a los uniformados no se les puede someter de buenas a primeras a contingencias que desborden los riesgos que normalmente tienen que asumir en la defensa de la vida, honra y bienes de los ciudadanos, menos cuando los agentes carecen de los instrumentos idóneos para cumplir cabalmente con los impuestos por la Constitución.

“En el sub-lite no puede admitirse que la incursión guerrillera en la estación... constituya fuerza mayor, pues era de conocimiento público que en el territorio... operaban diferentes frentes de la Coordinadora Guerrillera, los cuales tenían como objetivo militar los cuarteles de la fuerza pública..., que hacía previsible un ataque de la subversión... El accionar de la subversión no reviste la condición de irresistible por el número de guerrilleros que perpetraron la actividad delictual (más de 200), pues siendo un hecho previsible la misma autoridad no proporcionó a tiempo el armamento necesario, ni asignó suficientes uniformados para vigilar la estación...

(...)

“La Sala desea aprovechar la oportunidad para indicar que al igual que a los asociados, a los miembros de la fuerza pública también les asiste el derecho de reclamar con fundamento en la Constitución Nacional que se protejan y respeten sus derechos humanos, cuando resulten vulnerados por un trato degradante o indigno bien que la acción se derive por la conducta de sus superiores, de los particulares que desempeñen funciones públicas, de la comunidad en general e incluso de quienes actúan al margen de la ley.

“Los principios jurídicos, morales y éticos sobre los cuales se cimienta la educación y formación tanto de los soldados como de los agentes de la Policía Nacional y de sus superiores, no solo deben tener aplicación hacia el exterior, sino... al interior de la institución, en cuya tarea ha de prodigar a sus servidores trato digno, de modo que no exponga ni lesione injustamente su integridad física y moral.

“Si bien a los uniformados por naturaleza se les exige... una exposición excepcional de su seguridad personal dadas sus funciones constitucionales, tal situación no habilita a los superiores a que impongan a los miembros de la fuerza pública cargas adicionales distintas de los riesgos que normalmente deben afrontar en el control o restablecimiento del orden público, pues se iría en contravía de tales principios colocando no solo en juego el respeto de los derechos humanos sino de paso la vida e integridad física de los agentes, los cuales por esa mera condición no significa que deban asumir a toda costa los riesgos derivados de la falta o falla del servicio imputable a la administración, pues la actividad profesional de agente de la policía o de militar reviste contornos especiales que tampoco deben sobreponerse a lo imposible²⁹30.

Así que, tal como ya se dijo, por tratarse de una clara y evidente falla del servicio, puesto que el daño ocasionado le es atribuible a la Administración toda vez que, si bien las circunstancias que rodeaban la ocurrencia de graves irregularidades en la Cárcel Municipal de Máxima Seguridad de Envigado eran aberrantes y se requería una solución por parte del Gobierno, se esperaba del Ejército Nacional un uso metódico y un manejo ordenado y sistemático tendiente a neutralizar los posibles riesgos a que se pudieran someter, no solo ellos mismos, sino además los funcionarios delegados del Gobierno, internos y guardianes del orden municipal tanto como nacional. De allí que, la sentencia impugnada seá revocada.

4. Indemnización de perjuicios

Establecido lo anterior, para los deudos del fallecido Sargento de Prisiones

²⁹ Sentencia del 7 de septiembre de 1998, expediente 10.921.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre de 2001, expediente 13.553.

Olmedo Mina se les tasará el perjuicio moral, así como el material sufrido en la modalidad de lucro cesante.

En este orden, se accederá a los requerimientos deprecados 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 grado³¹.

De manera que, la Subsección aprovecha esta oportunidad para reiterar la jurisprudencia –acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de la Sala Plena de la Sección Tercera y la posición mayoritaria de la Subsección C³²– 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,

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencias del 1º de febrero de 2012, exp. 20106 y del 14 de marzo de 2012, exp. 21859, M.P. Enrique Gil Botero.

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

Así las cosas, 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 aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para conseguir el objetivo propuesto. Por último, evalúa si las ventajas que se pretende obtener con la intervención estatal, compensan los sacrificios que se derivan para los titulares de los derechos fundamentales afectados y para la propia sociedad.

“(…) El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución. **El significado de esta función sólo puede comprenderse cabalmente sobre la base del entendimiento previo de la estructura de los derechos fundamentales y de la estructura del control de constitucionalidad de las leyes, tal como observaremos a continuación.**”³³ (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”*.

³³ 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.

En el subprincipio de proporcionalidad se desarrolla el método de la ponderación³⁴, 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 argumentación³⁵. 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”*³⁶. 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 enfrentados³⁷.

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

³⁴ 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.

³⁵Bernal Pulido, Carlos. El derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 99.

³⁶Cita de Robert Alexy dentro del texto de Carlos Bernal Pulido. Ibidem pág. 99.

³⁷Ibidem, p. 101 a 103.

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.”³⁸

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.”³⁹

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-421 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

³⁹ ALEXY, Robert “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 89.

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.

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.”⁴⁰

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 414.

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 mecanicista. Rechazar el arbitrio no es sólo desconocer una práctica manifiesta, es negar la condición ética del juez, del que se desconfía hasta el punto que se supone que cuando se introduce un elemento distinto de la lógica tradicional, se despeña inevitablemente en la arbitrariedad.”⁴¹

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*⁴²:

“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.

En similar sentido, se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 17 de junio de 1938, en la que se discurrió 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.”

⁴¹ NIETO, Alejandro “El arbitrio judicial”, Ed. Ariel, 2001, Pág. 219.

⁴² 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 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*).

“(…) 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 retroable 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 aparece, 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 iudicis* 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*.”⁴³

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 aquella 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 afecto⁴⁴.

⁴³ 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.

⁴⁴ 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

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 mismo⁴⁵.

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?

De modo que, la aplicación del principio de proporcionalidad para la valoración de un daño subjetivo e interno, sí que afectaría un derecho fundamental que es la

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 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.

⁴⁵ "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 Macrorregionales sobre Conciliación – Memorias, ICBF, Pág. 4 y 6.

igualdad, razón por la cual el criterio válido para la tasación del daño moral son los 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 aquella 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 tansen 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...”⁴⁶ (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

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp. 13232-15646, M.P. Alir E. Hernández Enríquez.

fundamento en las reglas de la experiencia y la sana crítica traza derroteros para colmar esas lagunas o vacíos que están contenidos en la ley⁴⁷.

Por consiguiente, la distinción que por vía de una eventual aplicación del principio de proporcionalidad en esta materia, sí que afectaría o afecta un derecho fundamental que es la igualdad, razón por la cual las providencias que sean proferidas con fundamento en el citado criterio podrían ser –ellas sí– pasibles de un análisis de proporcionalidad en una eventual vía de hecho, en caso de que por cuenta de la aplicación del mencionado instrumento se resquebraje la mencionada garantía esencial⁴⁸.

En el presente caso, se decretarán perjuicios morales tasados en salarios mínimos mensuales vigentes para todos los demandantes comoquiera que obran los registros civiles que dan cuenta de la relación de parentesco que los vincula. En efecto, de estos documentos, se da por probado el perjuicio moral en los actores con ocasión de la muerte de su esposo, padre y hermano, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir⁴⁹ 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

⁴⁷ "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.

⁴⁸ "Buscando las cosas inciertas, perdemos las ciertas." Plauto.

⁴⁹ 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)

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 moneda⁵⁰.

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 atañedor al daño moral.

⁵⁰ 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 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”.

“(...)

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 conmovirse en demasía o de ser en exceso duro. Empero, es deber del juez superar esas cohibiciones, y cuando se trata de 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...”

No es posible acoger o aplicar un sistema que intrínsecamente se torne injusto porque no se cumplen una serie de requisitos formales como la convivencia, el número de años compartidos, la cercanía afectiva de los integrantes del núcleo familiar, etc⁵¹.

Entonces, el perjuicio moral no puede ser valorado a través del criterio de proporcionalidad porque no hay principios ni derechos en tensión, simplemente se trata de sopesar las relaciones familiares o de convivencia, es un daño eminentemente subjetivo porque es ínsito al ser humano, hace parte de su esfera

⁵¹ “¿Sabes qué decía mi padre? Él se encoge de hombros. Instintivamente enciendo la grabadora. *Que no es la distancia sino la proximidad lo que nos hace invisibles.*” Efraim Medina.

interna, es por ello que el juez no puede emplear el mismo sistema que se usa para definir si una ley es constitucional o si un derecho prevalece sobre otro, que para medir –vía compensación– el dolor, el sufrimiento, la aflicción que genera un daño, es precisamente por ello que los testigos, las presunciones y los indicios son el elemento o mecanismo principal para establecer la cuantificación de esta clase de perjuicio inmaterial, aunado a la propia experiencia, la sabiduría, la madurez y el comportamiento sosegado que la sociedad le exige al administrador de justicia.

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. O que el juez de segunda instancia al revocar o modificar la sentencia del *a quo*, determine los perjuicios morales en salarios mínimos.

La fuerza vinculante de esta regla jurídica se encuentra en el precedente horizontal que desde el año 2001 ha trazado o fijado la Corporación, por consiguiente, es deber del Juez de lo Contencioso Administrativo ceñirse a los parámetros fijados por su propia jurisprudencia que es vinculante. Una postura contraria, tendría que ser sometida a la Sala Plena de la Sección Tercera –y eventualmente ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo– para que se definiera a partir de los principios de suficiencia y razonabilidad si es preciso o no un cambio en la línea jurisprudencial.

Sobre el particular, la doctrina nacional especializada, *mutatis mutandi*, ha sostenido en relación con el precedente constitucional y administrativo:

“(…) de los trabajos jurisprudenciales de la Corte Constitucional en relación con el concepto de *precedente judicial o jurisprudencial* derivados del concepto de doctrina probable latente en el marco material de la Constitución Política de 1991, institución retomada de los desarrollos jurisprudenciales anglosajones, y que fundada entre nosotros en los principios constitucionales de legalidad, igualdad, buena fe, pretende ofrecer seguridad jurídica a los asociados, reconociendo fuerza vinculante a la jurisprudencia constitucional en los eventos en que un caso o asunto a ser resuelto por la autoridad judicial coincida en sus razones fácticas con otro ya resuelto por la Corte Constitucional, sin que dicho precedente sea inmutable, ya que la propia Corte Constitucional ha reconocidos que “por razones de justicia material y adecuación de sus fallos a los cambios históricos y sociales” puede “modificar un precedente constitucional.”

“En materia judicial, el imperativo del precedente constituye una determinante para la motivación de decisiones judiciales posteriores

que aborden la misma materia previamente tratada y resuelta por la Corte Constitucional. La motivación de la decisión judicial está predeterminada, en estos casos, por las directrices jurisprudenciales previamente establecidas, en casos similares, de manera que pueda generar continuidad en los criterios constitucionales establecidos por la corporación.

“(…) El carácter vinculante del precedente judicial está en directa relación con los razonamientos obligatorios incorporados en la parte motiva de las sentencias, relacionados con la situación fáctica que envuelve el caso y que fueron determinantes para la solución del litigio, esto es, en la denominada *ratio decidendi* de la misma, cuya identificación si bien es cierto debe ser el producto de la interpretación constitucional, de todas maneras la jurisprudencia ha decantado reglas para su ubicación e identificación en aras de la seguridad jurídica y su perfecta delimitación con los aspectos de la sentencia no vinculantes.

“(…) **El capricho del operador judicial, desconociendo el precedente judicial constitucional, no puede explicar más que situaciones de abuso de poder y de posible desvío del mismo, que pone en riesgo no solo el interés general de la comunidad, los derechos de la colectividad, sino también los derechos subjetivos de los asociados (debido proceso y acceso a la administración de justicia), la libertad individual, la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, de tal manera que los asociados no pueden quedar bajo estas circunstancias sometidos a los cambiantes criterios de los jueces, en detrimento de la autonomía individual; y, sobre todo, violentando el principio constitucional de igualdad, en la medida en que se estaría sometiendo a tratamientos jurídicos diferentes situaciones fácticas similares.**”⁵² (Se destaca).

En similar sentido, la Corte Constitucional ha señalado en relación con el denominado precedente horizontal, lo siguiente⁵³:

“12- En el caso del *precedente horizontal*, es decir aquel determinado por un mismo cuerpo colegiado o por una misma autoridad judicial de igual jerarquía, se concluye que tanto los jueces, como los magistrados pueden apartarse sabiamente del precedente de otra sala o de un pronunciamiento establecido por sí mismos, siempre y cuando se expongan argumentos razonables para ello. De allí que se requiera que el juez en su sentencia, justifique de manera suficiente y razonable el cambio de criterio respecto de la línea jurisprudencial que su mismo despacho había seguido en casos sustancialmente idénticos, quedando resguardadas con ese proceder tanto las exigencias de la igualdad y como las garantías de independencia judicial exigidas.

“La sentencia T-688 de 2003, señaló con respecto al precedente horizontal en el caso específico de Tribunales y de la relación entre sus Salas, que:

⁵² SANTOFIMIO Gamboa, Jaime Orlando “La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho positivo colombiano”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pág. 34 y s.s.

⁵³ Corte Constitucional, sentencia T-698 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes (E)

“En materia de precedente horizontal deben tenerse en cuenta dos factores. De una parte, el órgano que realice el cambio de precedente y, por otra, las condiciones de realización del mismo. En cuanto al primero, cabe distinguir entre un precedente dictado por un juez unipersonal de aquellos precedentes dictados en corporaciones judiciales, integradas por distintas salas de decisión. En el primer evento no existe dificultad en aceptar la vinculación del precedente al propio juez. Lo mismo no ocurre respecto de corporaciones con diversas salas de decisión. ¿Está la sala de decisión de un Tribunal 2 sometida al precedente fijado en la sala de decisión 1 del mismo Tribunal? La Corte Constitucional considera que sí, por dos razones independientes entre sí.

“11.1 La estructura judicial del país y el funcionamiento de los tribunales:

“11.1.1 De acuerdo con el Reglamento de los Tribunales del país, las salas de decisión están conformadas de tal manera que un mismo magistrado es presidente de una sala, en la cual presenta sus ponencias, y a la vez participa de otras salas. De esta manera existe un sistema de encadenamiento entre las distintas salas de decisión, que permiten que, en términos globales, todas las decisiones sean conocidas por los integrantes de la Corporación. El modelo parte de la idea de que una posición asumida por una sala X, será defendida por sus integrantes en las salas en que ellos participan, generándose un efecto multiplicador, pues los otros integrantes de las salas de decisión defenderán la misma posición en sus respectivas salas. Este es un mecanismo institucional para asegurar la uniformidad de la jurisprudencia de cada tribunal del país.

“11.1.2 Los Tribunales son la cúspide judicial dentro de sus respectivos distritos judiciales. Por lo mismo, dentro de dicho ámbito territorial, cumplen la función de unificación jurisprudencial. Es decir, la realización del principio de igualdad. Teniendo en cuenta lo anterior, no se explica que dicha función (unificación) y el respeto al derecho a la igualdad pueda ser abandonada por el Tribunal. Es a éste, sin considerar que tenga diversas salas de decisión, a quien le corresponde definir las reglas jurídicas aplicables dentro de su jurisdicción.

“En conclusión, y de manera general, para efectos de separarse del precedente horizontal o vertical, son necesarios entonces, dos elementos básicos: i) referirse al precedente anterior y ii) ofrecer un argumento suficiente para el abandono o cambio si en un caso se pretende fallar en un sentido contrario al anterior en situaciones fácticas similares, a fin de conjurar la arbitrariedad y asegurar el respeto al principio de igualdad. En este sentido, no debe entenderse que el deber del juez es simplemente el de ofrecer argumentos contrarios al precedente, sino que es su deber probar con argumentos por qué en un caso concreto el precedente puede ser aplicable y en

otros no. Proceder de manera contraria, esto es, hacer caso omiso del precedente, -cualquiera que este sea-, de manera intencional, por desconocimiento o por despreocupación, permite que la discrecionalidad del juez en su área pueda llegar a introducir criterios de diferenciación no avalados por la constitución. Sólo este proceso permite superar la barrera que el derecho a la igualdad impone en la aplicación e interpretación del derecho para casos similares, en los estrados judiciales.

“Ahora bien, también ha determinado esta Corporación, que no se puede alegar válidamente la vulneración del derecho a la igualdad, cuando el criterio de comparación no está dado por el propio juez, como ocurre en el caso de dos jueces municipales o del circuito, por ejemplo, pues en esta situación, ante la imposibilidad de unificar la doctrina en esa instancia, prima evidentemente el principio de autonomía e independencia del juez. Sin embargo, acorde con lo indicado hasta el momento, sí le es exigible al fallador en estos casos, que la providencia esté debidamente motivada y se ajuste a derecho (artículo 230 de la Constitución).

“En mérito de lo expuesto, tenemos que a fin de garantizar el principio de igualdad y asegurar igualmente la autonomía e independencia judicial, los operadores jurídicos que resuelvan un caso de manera distinta a como fue decidido por ellos mismos en eventos semejantes, o si se apartan de la jurisprudencia sentada por órganos jurisdiccionales de superior rango sin aducir razones fundadas para esa separación, incurrirán necesariamente en una vía de hecho, susceptible de protección a través de la acción de tutela.”

“.....
.....

“La Corte admite la posibilidad de que los jueces y magistrados no compartan las posiciones definidas en los precedentes. Existe la garantía de la posibilidad de salvar el voto. Sin embargo, el derecho a la igualdad y el sistema de precedente que de él se desprende, no les autoriza a actuar de manera desleal con el ordenamiento jurídico. Si se ha adoptado una posición determinada, tiene el deber de respetarla hasta que presente argumentos suficientes para cambiarlo. Si ello no fuere posible, está obligado a proyectar respetando el precedente. El juez, aunque sea autónomo, no es una rueda suelta dentro del sistema jurídico, sino que tiene que integrarse a éste y someterse a los lineamientos fijados de manera sistémica.

“12. Frente a las condiciones del cambio de jurisprudencia, la Corte, como se reseñó antes, ha precisado que el precedente vincula horizontalmente, y que la separación del mismo puede operar de diversas maneras. Por una parte, mediante la introducción de distinciones que lleven a la conclusión de que el precedente no es aplicable en el caso concreto. Por otra parte, la revisión del precedente.

“Para efectos de separarse del precedente por revisión son necesarios dos elementos. De una parte referirse al precedente anterior y, por otra, ofrecer un argumento suficiente para el abandono o cambio. El primer requisito es respuesta al principio de interdicción de la arbitrariedad, pues sólo puede admitirse una revisión de un precedente si se es consciente de su existencia. El ciudadano tiene derecho a que sus jueces tengan en mente las

reglas judiciales fijadas con anterioridad, pues ello garantiza que sus decisiones no son producto de apreciaciones ex novo, sino que recogen una tradición jurídica que ha generado expectativas legítimas. Proceder de manera contraria, esto es, hacer caso omiso, sea de manera intencional o por desconocimiento, introduce un margen de discrecionalidad incompatible con el principio de seguridad jurídica, ahora sí, producto de decisiones que han hecho tránsito a cosa juzgada y que han definido rationes decidendi, que los ciudadanos legítimamente siguen.

“A partir de la referencia al precedente anterior, es posible entrar a ofrecer argumentos suficientes que justifiquen su abandono o revisión. No se trata, en este orden de ideas, simplemente de ofrecer argumentos en otro sentido, sino que resulta indispensable demostrar que los argumentos que soportan el precedente no son válidos, suficientes, correctos, etc. El juez tiene la obligación de motivar sus decisiones. Ello implica el justificar su postura frente a otras consideraciones que han sido base de decisiones anteriores. Sólo este proceso permite superar la barrera que el derecho a la igualdad impone en la aplicación e interpretación del derecho. Sin dichas razones, el cambio de jurisprudencia será simplemente la introducción de un acto discriminatorio, incompatible con la Constitución. En el fundamento 10 b) de esa sentencia se han presentado razones que hacen válido y admisible el cambio o separación del precedente.”⁵⁴ (Negrillas adicionales).

Como se aprecia, la necesidad de que se unifique la jurisprudencia de la Sección Tercera en relación con el criterio aplicable para la cuantificación del perjuicio moral es imperativa, máxime si las diversas Subsecciones que integran la Sección Tercera han venido aplicando el criterio del *arbitrio iuris*, en armonía con los principios de equidad, razonabilidad y racionalidad, en los términos que ha acogido la Corte Constitucional en diversas oportunidades de manera reciente.

En efecto, el Tribunal Constitucional ha exigido que la valoración del daño moral se haga de conformidad con la línea jurisprudencial fundada en la sentencia del 6 de septiembre de 2001 –ya mencionada– así como con apoyo en las subreglas desarrolladas en el citado pronunciamiento judicial. En consecuencia, la sentencia fundamente del precedente y los lineamientos o derroteros que han sido expuestos por la Sección Tercera mantienen vigencia, sin que ello suponga irracionalidad.

Por lo tanto, mal se hace en confundir o entender que la exigencia de razonabilidad y racionalidad, así como de aplicar los principios de equidad y reparación integral de manera conjunta con el arbitrio judicial configura una falencia por carencia de justificación del *quantum* del perjuicio moral. *A contrario*

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia T-688 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

sensu, la Corte Constitucional avala el razonamiento mayoritario de esta Sección que ha defendido la libertad probatoria y el prudente arbitrio judicial, aplicado conforme a los precedentes judiciales y a las presunciones o inferencias fijadas por esta Corporación.

De manera que, se itera, arbitrio iuris no puede ser asimilado a arbitrariedad, por el contrario a partir del arbitrio se aplica una discrecionalidad que exige del funcionario judicial un altísimo razonamiento para: i) identificar si de conformidad con los supuestos fácticos existe un precedente aplicable, ii) si existe el pronunciamiento vinculante, aplicarlo y justificar por qué es pertinente para la solución del caso concreto, o iii) en caso de que no sea pertinente, indicar las razones y circunstancias –de forma explícita y suficiente– por las cuales se aparta del mismo⁵⁵.

El funcionario judicial no puede convertirse en un autómata en tratándose de la liquidación del perjuicio moral; resulta evidente que las situaciones fácticas que se relacionan con este tipo de daños vinculan las fibras más sensibles del ser humano, esto es, la existencia, la familiaridad, la solidaridad, la angustia, el sufrimiento, el dolor del alma, el miedo, el temor, la soledad, entre muchas otras⁵⁶.

Ahora bien, el hecho de que la Corte Constitucional en fallos recientes⁵⁷ haya prohijado la necesidad de que el operador judicial de lo contencioso administrativo aplique los principios de razonabilidad y racionalidad no puede ser entendido –o darle una lectura– en el sentido de que sólo el principio de proporcionalidad es el que garantiza la materialidad de esos postulados; lo anterior, comoquiera que existen diversas formas de razonamiento y de justificación de las decisiones

⁵⁵ “La vinculación al precedente no impedirá que el órgano judicial cambie la interpretación de una norma, y con ello dé entrada a un nuevo proceso de normalización jurisprudencial. La sucesión de paradigmas interpretativos en aplicación de idéntico texto legal viene exigida por la historicidad de la realidad social y jurídica, constituyendo una exigencia de justicia. Para garantizar ésta y –subsidiariamente– preservar la seguridad jurídica, el juez ha de aportar una fundamentación objetiva y razonable. Deberá hacerlo en todos los casos en que cambie de criterio interpretativo diacrónicamente; a diferencia del legislador, cuyo enlace directo con la soberanía popular hace presumir legítimo cualquier cambio normativo, debiendo justificar tan sólo aquellos que impliquen un tratamiento sincrónico desigual entre los ciudadanos.” OLLERO, Andrés “Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pág. 77.

⁵⁶ “Hacer justicia o pedirla –cuando se procede de buena fe, es lo mismo – constituye la obra más íntima, más espiritual, más inefable del hombre. En otros oficios humanos actúan el alma y la física, el alma y la economía, el alma y la botánica, el alma y la fisiología; es decir, un elemento material y externo. En la abogacía actúa el alma sola, porque cuanto se hace es obra de la conciencia y nada más que ella. No se diga que operan el alma y el Derecho, porque el Derecho es cosa que se ve, se interpreta y se aplica con el alma de cada cual; de modo que no yerro al insistir en que actúa el alma aislada.” OSORIO, Ángel “El Alma de la Toga”, Ed. Difusión Jurídica Editores, Bogotá, 2003, pág. 16 y 17.

⁵⁷ Corte Constitucional, sentencias T-351 de 2011, T-464 de 2011 y T-212 de 2012.

judiciales, entre otros: i) la lógica formal, ii) el silogismo, iii) la lógica de lo razonable, iv) la analogía, v) la interpretación gestáltica, vi) las reglas de la argumentación, vii) el test de razonabilidad, viii) los test de igualdad propuestos, ix) el principio de proporcionalidad, x) la sana crítica, xi) las reglas de la experiencia y, tal vez el más importante para los abogados que es, xii) el sentido común⁵⁸.

En ese sentido, es importante citar *in extenso* los pronunciamientos del Tribunal Constitucional para verificar –sin anfibología– que éste respeta los lineamientos trazados por el Consejo de Estado a partir de la sentencia del 6 de septiembre de 2001, según los cuales la principal herramienta para valorar la existencia y el monto del perjuicio moral es el arbitrio judicial. En efecto, sobre el particular la Corte precisó:

“En ese orden de ideas, es posible identificar con plena claridad, la existencia de una línea jurisprudencial consolidada en el Consejo de Estado (Sección Tercera) en materia de daño moral y tasación de perjuicios morales. Esa jurisprudencia fue sentada en fallo de 6 de septiembre de 2001⁵⁹ y ha sido reiterada en un amplio número de pronunciamientos posteriores. En esa sentencia es posible, además, identificar *subreglas* concretas, a partir de las cuales puede efectuarse el análisis sobre la configuración del defecto o defectos alegados por el lcfes.

“En el fallo citado, la Sección Tercera recoge la forma en que se ha entendido el daño moral y se han tasado los perjuicios de carácter moral en la jurisprudencia de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa en el transcurso del tiempo. A partir de ese desarrollo histórico consideró el Consejo de Estado que, en materia de daño administrativo resultaba pertinente separarse de los criterios establecidos en el ámbito penal, y dejar de lado la tasación del mismo en *gramos oro* para utilizar, en cambio, el salario mínimo como vía de cálculo, por razones de índole económica y, principalmente, por la conexión que se mantiene entre el salario mínimo y el costo de vida.

“Por su importancia, transcribe la Sala, *in extenso*, las consideraciones sentadas en el fallo de 6 de septiembre de 2001 de la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre el daño moral y la tasación de los perjuicios correspondientes:

“La reparación, en efecto, conforme a nuestro sistema legal, sólo debe atender a la entidad del daño mismo; debe repararse todo el daño causado, y sólo el daño causado, independientemente de la culpabilidad de su autor, o de la existencia de circunstancias de agravación o atenuación punitiva, y éste es un principio común a todos los casos, al margen de que la reparación se efectúe en un proceso penal, civil, laboral, contencioso administrativo o de otra

⁵⁸ “VII. Aprecia como el mejor de los textos el sentido común.” OSORIO, Ángel Ob. Cit. Pág. 336.

⁵⁹ Radicación: 66001-23-31-000-1996-3160-01(Expedientes 13232-15646).

índole. Este postulado básico (...) fue consagrado de manera expresa por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en los siguientes términos: “Art. 16.- Valoración de los Daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”. No puede perderse de vista el principio de equidad, también previsto en la norma transcrita para ser tenido en cuenta en la labor de valoración del daño. Su importancia resulta mayor cuando se trata de la indemnización de un perjuicio que, por la naturaleza de éste, no puede ser restitutoria ni reparadora, sino simplemente compensatoria. En efecto, la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia. Se impone al juez, entonces, el ejercicio de una cierta discrecionalidad, que, sin embargo, debe encontrarse suficientemente razonada y fundada en las probanzas que, en el proceso, obren sobre la existencia del perjuicio y su intensidad. No se trata, en efecto, de una facultad arbitraria; por ello, en su desarrollo, debe buscarse también la garantía del principio de igualdad, lo que hace necesaria la comparación de la situación debatida con otras ya decididas, con fundamento en el análisis de los diferentes aspectos que determinan aquella y éstas, dentro de los cuales deberá tomarse en cuenta, por supuesto, el valor real de la indemnización. Ahora bien, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 es de obligatoria observancia para todas las jurisdicciones. En cuanto a la jurisdicción contencioso administrativa, ha quedado clara su sujeción directa al artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que, conforme a lo expresado, hace no sólo innecesario, sino improcedente, el recurso a la analogía, para aplicar el Código Penal vigente, a fin de decidir aspectos relativos a la valoración del daño moral. Considera esta Sala que debe abandonarse el criterio adoptado por ella desde 1978, conforme al cual, para efectos de la indemnización del perjuicio moral, se daba aplicación extensiva a las normas que, al respecto, traía el Código Penal. (...) Se afirma, entonces, la independencia del juez contencioso administrativo para fijar, en cada caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral. (...) Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales (...) cantidad que servirá de directriz a los jueces y tribunales de la misma jurisdicción.

“De la jurisprudencia del Consejo de Estado se desprenden, al menos, las siguientes conclusiones: el daño moral puede probarse por cualquier medio probatorio. Sin embargo, la prueba solo atañe a la existencia del mismo, pero no permite determinar de manera precisa el monto en que deben reconocerse los perjuicios morales que, por su naturaleza (no puede intercambiarse la aflicción por un valor material) no tienen un carácter indemnizatorio sino compensatorio (en alguna manera intentan recomponer un equilibrio afectado). **Para la tasación del daño, el juez se debe guiar por su prudente arbitrio, pero está obligado a observar, por expreso mandato legal los principios de equidad y**

reparación integral. El Consejo de Estado ha decidido establecer las condenas por perjuicios morales en términos de salarios mínimos, considerando que es un parámetro útil en tanto el salario mínimo se fija de acuerdo con el IPC, y de esa forma mantiene un poder adquisitivo constante (o al menos se acerca a ese ideal). Para la alta Corporación es útil establecer el máximo de 100 smlmv como tope, con el fin de que exista un parámetro que evite el desconocimiento al principio de igualdad. Sin embargo, esa suma no **vincula** de forma absoluta a los jueces quienes, como ya se explicó, deben tomar en cuenta consideraciones de equidad al tasar ese tipo de condenas.

“En ese marco, el último cargo que aborda la Sala plantea asuntos de especial trascendencia para el derecho constitucional en tanto (i) deja abierta la duda de la vinculación de los jueces administrativos a la jurisprudencia del Consejo de Estado; (ii) formula el problema de si, en la materia, debe aceptarse una discrecionalidad plena del juez, lo que, en principio, podría afectar el derecho al debido proceso y el derecho a la motivación de los fallos judiciales; y (iii) plantea la inquietud de qué debe entenderse por equidad y/o si existen parámetros racionales para que la tasación del daño sea objeto de una justificación susceptible de ser ilustrada intersubjetivamente, y por lo tanto, de control legal y constitucional.

“A juicio de la Sala, la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de daño y perjuicios morales sí establece parámetros vinculantes para los jueces administrativos. En efecto, estos deben seguir la libertad probatoria y utilizar su prudente arbitrio en el marco de la equidad y la reparación integral para tasar los perjuicios morales. Además, al establecer un tope –al menos indicativo- de 100 smlmv, el Consejo de Estado hizo referencia al principio de igualdad, lo que significa que ese tope, unido a análisis de equidad, debe permitir que cada juez no falle de forma caprichosa sino a partir de criterios de razonabilidad, a partir del análisis de casos previos, y de sus similitudes y diferencias con el evento estudiado. El límite, sin embargo, es *indicativo* porque si, a partir de los criterios y parámetros indicados, el juez encuentra razones que justifiquen separarse de ese tope y las hacen explícitas en la sentencia de manera transparente y suficiente, su decisión no se apartaría de la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni sería ajena a la obligación constitucional de motivar los pronunciamientos judiciales.”⁶⁰ (Negrillas adicionales – subrayado del texto original).

“

“7.2.1.5. Finalmente, el Consejo de Estado advierte que existe un parámetro constitucional mínimo para ejercicio de la discrecionalidad judicial. Para hacerlo explícito, reitera la distinción que existe entre discrecionalidad y arbitrariedad presentada por la Corte Constitucional en la sentencia C-031 de 1995, precisamente a partir del análisis de constitucionalidad de una norma legal según la cual los particulares pueden portar armas de manera excepcional, de acuerdo con la ‘potestad discrecional’ de la autoridad competente. Dijo la Corte Constitucional en aquella oportunidad:

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia T-351 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas.

“Así, la discrecionalidad en cabeza de la administración no faculta al funcionario para imponer sus caprichos ni para incurrir en arbitrariedades: ella estriba en la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción dentro de los límites fijados por la ley, uno de los cuales surge del fin que debe presidir toda actividad administrativa, cual es la prevalencia del interés público. En consecuencia, un fin extraño a él es ilícito y susceptible de ser anulado y controvertido judicialmente, como se anotó.

“No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. El poder discrecional por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libertades.

“Dentro de la facultad discrecional, el poder o la competencia no tiene prefijada su decisión de una manera rígida, sino que en atención a la complejidad y variación de los factores de los asuntos sometidos a su jurisdicción, debe aplicar el precepto más adecuado y justo a la situación concreta, ateniéndose a los objetivos fijados por la Constitución y la ley, ajenos a su libre capricho. [...]”⁶¹

“7.2.1.6. La jurisprudencia del Consejo de Estado, como se evidencia, ha sostenido que no basta con demostrar algún tipo de dolor o de afectación, se ha indicado que la misma ha de ser *intensa*, no puede ser cualquier tipo de contratiempo.⁶² En tal medida, por ejemplo, demostrar detrimentos patrimoniales, incluso deterioro en la casa de habitación, no implica comprobar la existencia de perjuicios morales.⁶³ Pueden probar también situaciones contextuales del caso, que

⁶¹ Corte Constitucional, sentencia C-031 de 1995 (MP Hernando Herrera Vergara).

⁶² Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 22 de abril de 2009 (CP Ramiro Saavedra Becerra) [Rad. 05001-23-24-000-1992-00231-01(17000)]. Se dijo al respecto: “a pesar de que los demandantes lograron demostrar la incomodidad que padecieron con ocasión del daño, lo cierto es que ese sentimiento no es de tal envergadura que justifique su reparación. || En efecto, el daño moral es un perjuicio inmaterial que comprende el aspecto interno del individuo, la afección directa a los sentimientos del ser humano, como la congoja, la tristeza, etc., y para que haya lugar a su indemnización, es necesario que la afectación sea intensa, pues no cualquier contratiempo o contrariedad puede ser moralmente compensado, máxime si se tiene en cuenta que el único patrimonio de los demandantes no se destruyó ni se perdió, sino que, por el contrario, los daños generados al inmueble se repararon.”

⁶³ Consejo de Estado, sentencia de marzo 10 de 2011 (CP Hernán Andrade Rincón) [Rad. 19001-23-31-000-1998-00451-01 (20109)]. Se dijo al respecto lo siguiente: “Para probar el reclamado dolor moral por el deterioro de su casa de habitación, la parte actora pidió del ingeniero Juan José Arias Loaiza, único testigo que se refirió al tema en los siguientes términos: *‘En realidad yo conocía a Reinel como una persona jovial, pero luego cuando me pidió el favor de mirar lo que estaba sucediendo en la casa, lo vi bastante preocupado, una de las niñas me comentó que estaba enfermo que tenía inicios de asma, entonces dijo que iba a buscar una casa donde poderse pasar mientras le solucionaban el problema’ (fl. 48 C. 2).* || Como bien puede observarse, de la declaración testimonial antes trascrita no resulta establecido que los demandantes estuviesen pasando por unas circunstancias especiales y fuera de lo común que justifiquen entender que padecían un dolor moral como el reclamado en la demanda, por manera que imperioso resulta para la Sala despachar negativamente su pedimento indemnizatorio por este concepto.”

evidencien los problemas vividos, pero ello no exime a la autoridad de contar con alguna prueba de los perjuicios morales en sí mismos considerados.⁶⁴

“7.2.1.7. Visto lo anterior, puede decirse que cuando la jurisprudencia contencioso administrativa reconoce al juez un espacio para el uso de su arbitrio y discrecionalidad para la definición de los perjuicios morales, está buscando considerar las condiciones especiales y particulares de cada asunto. Son tan especiales y particulares las condiciones del sufrimiento moral de cada persona, que corresponde al juez administrativo en cada caso concreto valorar la existencia del mismo y su magnitud, no *ex ante* y de forma general.

“Pero ello, claro está, no implica que con el tiempo, poco a poco, la jurisprudencia no tenga la capacidad de identificar patrones fácticos similares en varios casos, que, en virtud del principio de igualdad, reclamen soluciones iguales.⁶⁵ **Como lo ha reconocido esta Corporación (ver sentencia T-351 de 2011), la jurisprudencia contencioso administrativa ha encontrado tres principios básicos que han de orientar el cumplimiento de las funciones judiciales fundadas en la discreción judicial, a saber: *equidad, razonabilidad y reparación integral*. Estos principios, en especial la equidad, demandan al juez algún grado de comparación entre la situación**

⁶⁴ Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 26 de 2008 (CP Myriam Guerrero Escobar) [Rad. 19001-23-31-000-1995-02016-01 (15535)]. La sentencia dijo al respecto: “Como bien puede observarse, los testigos no refieren la ocurrencia de especiales circunstancias que le permitan a la Sala siquiera suponer que la ocupación permanente de una parte de los predios de los accionantes les hubiere ocasionado una aflicción distinta al hecho de saber que no podrían ya ejercer sobre la franja de terreno ocupada los derechos derivados de la propiedad, asunto sobre el cual, por demás, tan solo da cuenta uno de los testigos. || De otra parte, se evidencia que la situación de intranquilidad del señor Valencia y la señora Valencia de Castro, a la cual hacen referencia los testigos, deriva de otra causa distinta a la ocupación de sus predios, pues atañe propiamente a las consecuencias propias de las relaciones de vecindad que no únicamente ellos, sino todos quienes colindan o viven en cercanías a la base militar, pueden eventualmente llegar a soportar, máxime si se tiene en cuenta que el conocimiento que los testigos tiene sobre esos hechos es de oídas, pues proviene de lo que sus vecinos les han comentado; pero los testigos no afirman haber presenciado esos entrenamientos, como tampoco los hostigamientos, ni los maltratos que según dicen les infieren los soldados a los demandantes, como tampoco en el expediente se encuentran pruebas que soporten la ocurrencia de tales hechos. || De allí que la Sala se deba abstener de reconocer la existencia de los perjuicios morales que dicen haber sufrido los demandantes, pero no por la razón que sirvió de fundamento al a quo para negar dicha pretensión, sino porque, como acaba de verse, su existencia no está acreditada en el proceso.”

⁶⁵ Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de marzo 7 de 2002 (CP Jesús María Carrillo Ballesteros) [Rad. 25000-23-26-000-2001-0612-01 (20807)]. La sentencia sostiene al respecto lo siguiente: “Tiene establecido de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sala que la naturaleza de la indemnización del perjuicio moral no es reparadora ni restitutoria, sino compensatoria. En este sentido, asiste razón al apelante cuando afirma que todo el oro del mundo es insuficiente para compensar la pérdida que causa la muerte de un inocente niño. || Y es, precisamente, sobre la anterior premisa que la jurisprudencia ha construido su criterio para la valoración e indemnización del perjuicio, en el que reconoce discrecionalidad al juzgador y apela a su buen juicio, pero que exige del mismo la observancia de principios tales como la equidad y la igualdad, en aras de los cuales, y sin que ello implique desconocer las circunstancias propias de cada caso, al entrar a fijar la indemnización debe concederla en un monto similar al reconocido frente a hechos similares. || Aunque por mandato Constitucional los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, la misma Carta reconoce los criterios auxiliares que para la actividad judicial representan los principios generales del derecho, la equidad, la jurisprudencia y la doctrina. || Bajo este universo, para la Sala es claro que, en tanto no contravengan ni el texto ni el espíritu de la ley, las directrices jurisprudenciales constituyen un importante instrumento para quien administra Justicia, además de brindar seguridad a los asociados sobre las pautas que regirán la resolución de sus conflictos.”

evaluada y otras reconocidas previamente. De lo contrario puede llegarse a decisiones inequitativas, desproporcionadas o discriminatorias.

“7.2.1.8. También debe precisar esta Sala que el concepto de ‘razonabilidad’ que impera en el estado social de derecho no es de carácter emocional. Es decir, cuando un juez establece que una decisión es razonable, no puede basarse en que sus emociones le dicen que esa es la respuesta adecuada al caso. **La discrecionalidad no es arbitrariedad. Tampoco, por supuesto es sinónimo de falta de racionalidad y de razonabilidad.**

“Una evaluación de razonabilidad, busca encontrar razones y argumentos fundados no sólo en las reglas de ‘racionalidad’, sino también en reglas de carácter valorativo. Es decir, con la racionalidad se busca evitar las conclusiones y posiciones absurdas, en tanto que con la razonabilidad se busca evitar conclusiones y posiciones que si bien pueden ser lógicas, a la luz de los valores constitucionales no son adecuadas.

“7.2.1.8.1. Durante años, la tradición jurídica abogó por una aplicación de las reglas casi mecánica, que no involucrara, en la medida de lo posible, valoraciones o consideraciones por parte del juez. El silogismo judicial, modelo argumentativo defendido en tal tipo de posturas, se presentaba como la herramienta que permitía aplicar lógicamente los conceptos y categorías jurídicas a los casos concretos para así llegar a la solución correcta de un asunto.

“7.2.1.8.1.2. No obstante, esta forma ‘racional’ de aplicación del derecho comenzó a ser cuestionada, especialmente después de los sucesos acaecidos durante la segunda guerra mundial, por permitir llegar a conclusiones que si bien eran lógicas, desde la perspectiva del silogismo judicial, eran totalmente ‘irrazonables’ desde un punto de evaluación más amplio. Es decir, se criticaba la posibilidad de tener decisiones racionales, desde una perspectiva de deducción conceptual y lingüística, más no razonables, desde una perspectiva instrumental y valorativa.

“7.2.1.8.1.3. La diferencia entre *racionalidad* y *razonabilidad* fue explicada de forma magistral en el contexto iberoamericano por el profesor hispano-guatemalteco Luis Recasen Siches (1903 – 1977), mediante un ejemplo tomado de un gran jurista alemán (Gustav Radbruch) que popularizó en su texto *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho* (1956). Dice así:

“[...] En el andén de una estación ferroviaria de Polonia, había un letrero que transcribía un artículo del reglamento de ferrocarriles, cuyo texto rezaba: ‘*se prohíbe el paso al andén con perros*’. Sucedió una vez que alguien iba a penetrar en el andén acompañado de un oso. El empleado que vigilaba la puerta le impidió el acceso. Protestó la persona que iba acompañada del oso, diciendo que aquel artículo del reglamento prohibía solamente pasar al andén con perros, pero no con otra clase de animales; y de ese modo surgió un conflicto jurídico, que se centró en torno a la interpretación de aquel artículo del reglamento.

“No cabe la menor duda de que, si aplicamos estrictamente los

instrumentos de la lógica tradicional, tendremos que reconocer que la persona que iba acompañada del oso tenía indiscutiblemente derecho a entrar ella, junto con el oso al andén. No hay modo de incluir a los osos dentro del concepto de 'perro'. Si el legislador hubiera querido prohibir también el caso con osos, tenía dos caminos para hacerlo así: o bien haber añadido la palabra 'osos' a continuación de la palabra perros; o bien haber empleado una designación más amplia, por ejemplo 'animales de cierto tamaño'; o 'animales peligrosos' o 'animales que puedan ocasionar molestias a los viajeros', o simplemente 'animales', pero lo cierto es que usó la palabra 'perros', la cual es perfectamente unívoca y no ofrece ninguna posibilidad racional de que se le dé un sentido diverso del que tiene, ni más amplio ni más restringido: ni animales diferentes de los perros, ni una determinada especie de perros: sencillamente cualquier perro y nada más que los perros.

“Sin embargo, no sólo todo jurista, sino incluso cualquier lego en la materia de Derecho, pero con sentido común, habrá de reputar como descabellada esta interpretación, aunque ella sea incontrovertiblemente correcta, la única absolutamente correcta, desde el punto de la lógica tradicional. Este caso, ciertamente tan sencillo, constituye un impresionante síntoma del hecho de que por lo visto la lógica tradicional es inadecuada, al menos en parte, para iluminarnos en la interpretación de los contenidos de los preceptos jurídicos. La contemplación de este caso nos sugiere irresistiblemente las vehementísimas sospechas de que hay problemas de interpretación jurídica, para los cuales la lógica tradicional no sólo no nos sirve, sino que produce consecuencias disparatadas. ¿Por qué? Porque la lógica tradicional [...] no contiene puntos de vista de valor ni estimaciones sobre la corrección de los fines, ni sobre la congruencia entre medios y fines, ni sobre la eficacia de los medios en relación con un determinado fin.”⁶⁶

“7.2.1.8.1.4. A la luz de la aplicación del derecho que demandarían las nociones de subsunción conceptual de la lógica clásica, la solución *racional*, como sostiene Recasens Siches, es claramente *irrazonable*. **Si bien es imposible deducir de la mera aplicación literal de la regla que los osos quedan excluidos de poder ingresar a la estación de trenes, es claro, de acuerdo al sentido común, que si se considera incompatible el ingreso de perros, con mayor razón la de osos. No tiene sentido que ningún guarda deje entrar al oso, así el cartel hable únicamente de perros. Pero, se insiste, esta inferencia es razonable, no racional.**⁶⁷

“7.2.1.8.1.5. Además de mostrar que la aplicación del derecho tiene que ver más **con la 'lógica de lo razonable'**, que con la 'lógica de lo

⁶⁶ RECASENS SICHES, Luis (1956) *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. Editorial Porrúa S.A. México, 1980. pág. 165. Con relación al origen del ejemplo dice Recasens Siches: “Aunque sin sacar de él ni remotamente las consecuencias que me parecen pertinentes, Radbruch [Gustav Radbruch, *Grunzuege der Rechtsphilosophie*, 1914]. –tomándolo creo que de Petrasyski– relata un caso, el cual, aunque muy sencillo, puede servir para ejemplificar con gran relieve la idea que propugno en este libro, y que acabo de bosquejar”.

⁶⁷ Existen diversas formas de usar la expresión 'racional'; acá se hace referencia con esta expresión a la lógica clásica tradicional con base en la cual se construyó buena parte del saber jurídico tradicional.

racional', el ejemplo permite desvirtuar la afirmación según la cual, la interpretación de un texto jurídico sólo tiene lugar en aquellos casos en que el mismo no es claro, y su sentido ha de ser precisado. La vieja regla de interpretación según la cual, no es dado al intérprete buscar el sentido de una norma cuando su sentido literal es claro. Si se aplicara esta regla clásica de interpretación al caso de la estación de trenes citada por Recasens Siches, se tendría que concluir necesariamente que el oso sí puede entrar a la estación de trenes. Es decir, nuevamente la solución racional del caso sería irrazonable. El dueño del oso en el ejemplo, podría insistir diciendo lo siguiente: *—según una aplicación literal del texto (se prohíbe el paso al andén con perros), mi perro puede entrar; el texto es claro en tal sentido. Y es precisamente esa claridad del texto, la que impide que se trate de dar otra solución al caso, cambiando la regla aplicable con base en una interpretación que apele al 'espíritu de la norma'—*.

“Por supuesto, bajo el orden constitucional vigente, ninguna autoridad puede amparar una decisión jurídica que sea irrazonable por el hecho de fundarse en una aplicación racional de los textos. Una lectura de una norma legal que desatienda o desproteja los valores, bienes y principios que son objeto de protección jurídica de la propia norma, por ejemplo, es irrazonable jurídicamente, sin importar cuán racional sean los argumentos que sostengan tal lectura del derecho. Incluso, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, antes del cambio a la Carta Fundamental en el año 1991, el Congreso de la República había excluido de amplias áreas del derecho la centenaria norma de prohibición de interpretación de textos que fueran claros (v. gr., de códigos completos que regían parte importante de la población).⁶⁸

“7.2.1.9. En síntesis, los perjuicios morales son daños que pueden ser reconocidos por el juez administrativo y cuyo pago puede ser ordenado siempre que los mismos se encuentren debidamente probados. No basta con demostrar algún tipo de dolor o de afectación, es preciso probar que la afectación fue *intensa*. Así, demostrar detrimentos patrimoniales, incluso deterioro en la casa de habitación, no implica comprobar la existencia de perjuicios morales. Tampoco es suficiente demostrar situaciones contextuales que evidencien los problemas vividos, pero sin contar con prueba alguna de los perjuicios morales en sí mismos considerados.

⁶⁸ Por ejemplo, a propósito de la aplicación de Código de la Infancia de 1989, la Corte Constitucional indicó lo siguiente: “[...] cuando una persona va a interpretar el sentido de una disposición normativa, para con base en ella tomar una decisión que afecta a la vida de un menor, *el interés superior del menor* se tomará en cuenta por encima de cualquier otra consideración (art. 44, C.P. y art. 20, C. del M.) El artículo 22 del Código del Menor hace explícita esta consideración hermenéutica al imponer al intérprete del texto la siguiente regla de lectura: *'la interpretación de las normas contenidas en el presente Código deberá hacerse teniendo en cuenta que su finalidad es la protección del menor.'* El Código no otorga espacio de discrecionalidad al intérprete para usar o no el parámetro de lectura. || No se trata de una regla de interpretación residual que sólo debe usarse en aquellos casos en que la ley 'no sea clara', se trata de una pauta de interpretación obligatoria en todos los casos. En otras palabras, no es aceptable dentro del orden constitucional vigente entender el significado de una norma del Código del Menor, tanto en general como en el caso concreto, que no implique en efecto, la protección del interés superior del menor, así se trate de una lectura fiel al texto.” Corte Constitucional, sentencia C-507 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa, AV Manuel José Cepeda Espinosa, SV Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Alvaro Tafur Galvis).

“La discrecionalidad judicial en materia de perjuicios morales no es arbitrariedad o mero pálpito o intuición judicial. El ejercicio de la discrecionalidad debe tener en cuenta (a) “las condiciones particulares de la víctima” y (b) “la gravedad objetiva de la lesión”. En cualquier caso, la decisión de definición de los perjuicios morales deben tener en cuenta los principios de equidad, razonabilidad y reparación integral.

“Vistos los presupuestos jurisprudenciales para la definición de los perjuicios morales en materia administrativa, pasa la Sala a analizar las sentencias judiciales acusadas.

“(…)”⁶⁹

De la simple lectura de las recientes sentencias de la Corte Constitucional que se han ocupado del perjuicio moral y su tasación, se pueden extraer varias conclusiones: i) existe una línea jurisprudencial consistente y estable que configura un precedente horizontal que tuvo como sentencia fundadora e hito, la aditada el 6 de septiembre de 2001, y que avala como principal instrumento para la tasación del perjuicio moral el *arbitrio iudice* que refleja una discrecionalidad judicial sin que se pueda caer en la arbitrariedad, ii) el fundamento del arbitrio judicial se encuentra en una lógica de lo razonable, circunstancia por la cual para su concreción se deben exponer justificaciones frente al caso concreto –lo que nunca se ha negado desde el plano del arbitrio judicial–, iii) para la idónea liquidación del perjuicio material es necesario concordar o sopesar el arbitrio judicial con los principios de equidad y de reparación integral, iv) el valor de la indemnización atenderá a las condiciones particulares de la víctima y **v) a la gravedad objetiva de la lesión.**

La Sala comparte el razonamiento y la argumentación de la honorable Corte Constitucional que a partir de los mencionados pronunciamientos ha obligado –vía acción de tutela contra providencias judiciales– a que los jueces respeten el precedente judicial que ha fijado el Consejo de Estado, sin que se puedan adoptar decisiones carentes o con falencias en la motivación. No obstante, se aparta de la última conclusión fijada por el Tribunal Constitucional, toda vez que para el caso concreto que se estudiaba era viable exigir una prueba objetiva de la gravedad de la lesión (en el asunto específico la dificultad que sufrieron unos estudiantes para obtener su grado, ya que el programa académico no estaba registrado). Ahora bien, exigir una prueba objetiva en eventos en los que se estudia la pérdida de un ser querido o las lesiones psicofísicas padecidas, es un requerimiento que

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia T-212 de 2012, M.P. María Victoria Calle.

desborda la misma lógica y razonamiento que tanto prohija la Corte a lo largo de la providencia T-212 de 2012.

Lo anterior, por cuanto las reglas de la experiencia⁷⁰, y la práctica científica⁷¹ han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido o cuando se padecen lesiones se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo, presunción que se hace extensiva inclusive a los abuelos y nietos.

En esa línea de pensamiento, de la mano de las consideraciones expuestas por esta Corporación y por la jurisprudencia constitucional, es posible afirmar sin anfibología que la exigencia de razonabilidad y racionalidad en la valoración y tasación del perjuicio moral no es incompatible con el arbitrio judicial. Por el contrario, el *arbitrio iudicis* en aras de no caer en la arbitrariedad, exige del operador judicial una carga mínima de argumentación a través de la cual, previo el análisis del caso concreto y de las condiciones particulares de las víctimas, se determine la aplicación del precedente a partir de las subreglas que esta Sección ha delimitado, según las cuales en casos de muerte o lesiones, el dolor moral se presume, mientras que para otro tipo de afectaciones es necesario acreditar su existencia o configuración (v.gr. la pérdida de bienes inmuebles, etc.).

En consecuencia, resulta imperativo para esta Sala reiterar su precedente horizontal y, por lo tanto, la línea jurisprudencial sobre la materia, según la cual los perjuicios morales dada su connotación de inconmensurables no pueden ser sometidos a reglas, procedimientos o instrumentos de objetivización, ya que están

⁷⁰ "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." PAPALIA Diane E., Wendkos Olds Rally y Duskin Feldman Ruth. Desarrollo Humano. Ed. Mc Graw Hill. Novena Edición. Méjico D.F. 2004. pag. 766 y s.s.

⁷¹ 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. 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."

encaminados a compensar –no indemnizar– bienes jurídicos de contenido personalísimo –subjetivos– y, por ende, que no pueden ser sometidos a una ponderación, ya que no existen derechos en conflicto o tensión. De este modo, la Sala acoge los planteamientos críticos del profesor Rafael Asís, quien en relación con el principio de proporcionalidad o ponderación ha formulado los siguientes cuestionamientos:

“Resulta enormemente complicado establecer con carácter general cuáles son los fines del desarrollo de un derecho y cuáles son los fines constitucionalmente legítimos. En relación con lo primero, en ocasiones el desarrollo del derecho se hará desde una declaración expresa de los fines que se pretende alcanzar, pero en otras ocasiones, ante la ausencia de esa declaración expresa, habrá que deducirlos del propio desarrollo. En todo caso, lo relevante en este punto es la utilización de las herramientas clásicas de interpretación para la obtención de los fines asociados al desarrollo. A partir de ahí, habrá que poner esos fines en relación con los establecidos con la Constitución.

“De nuevo, en este punto surgen complicaciones. Una primera vía de aproximación, de índole negativa, consiste en afirmar que un fin es ilegítimo cuando está expresamente prohibido por la Constitución. Esta vía permite descartar opciones de desarrollo pero deja abierto un amplio marco de posibilidades. La segunda vía de aproximación, esta vez de índole positivo, consiste en afirmar que son fines legítimos todos aquellos que tienen que ver con la realización de valores, principios, bienes o derechos constitucionales. Por tanto, desde esta vía, se exige que el desarrollo se ponga en conexión con alguno de estos referentes constitucionales. Obviamente, el marco de posibilidades sigue siendo amplio.

“La segunda exigencia de este principio tiene que ver con el medio. De nuevo, debemos ser conscientes del amplio margen de valoración presente en esta exigencia. En efecto, en este punto aparecen una serie de referentes que poseen un amplio margen de indeterminación (eficacia, tiempo, técnicas, etc.). Aun así, la utilidad de esta exigencia (en definitiva de la formalización del principio de proporcionalidad, no es otra que la de establecer eso que más adelante denominaré como cuestiones de agenda. Por otro lado, es importante recordar que en todos los pasos, la cuestión de legitimidad del órgano que desarrolla el derecho es esencial.

“(…) Como hemos visto estos subprincipios plantean una serie de problemas y, difícilmente, puede decirse que con su utilización se garantiza el logro de las únicas decisiones correctas.”⁷²

También es importante aclarar que al proceso confluieron las señoras Nancy Chantre González y Fabiola Quinayas Homen, en calidad de compañeras permanentes de Olmedo Mina. Las dos demandantes allegaron declaraciones extra-juicio ante notario, medios de prueba que no pueden ser valorados por no

⁷² DE ASÍS, Rafael “El juez y la motivación en el derecho”, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pág. 114 a 117.

cumplir con los requisitos establecidos por los artículos 298 y 299 del Código de Procedimiento Civil para ese efecto, por lo que carecen de eficacia probatoria⁷³.

No obstante, obran testimonios debidamente juramentados que acreditan la calidad de compañera permanente, expresada por cada una de las demandantes, para lo cual se hace preciso su análisis correspondiente.

La señora Betty del Carmen Hernández Mayoriano afirmó, en testimonio rendido ante el Tribunal Administrativo de Antioquia el 13 de marzo de 1997, al respecto:

“(…) PREGUNTADO: Conocía usted también al señor Olmedo Mina?
CONTESTÓ: Si lo conocí, en razón de compañero de mi esposo ya que trabajaban juntos. PREGUNTADO: Sabía si era casado o si convivía con alguna persona y si tenía hijos y el nombre de los hijos?
CONTESTÓ: Se que convivía con Fabiola y tenían un niño de aproximadamente dos años de nombre Rubén Olmedo. Si estas personas dependían económicamente del señor Olmedo Mina o sea la señora y el menor (...). PREGUNTADO: Sírvase manifestarnos si tiene conocimiento que tipo de relación tenía el señor Olmedo Mina con la señora Fabiola, en caso afirmativo cuánto tiempo llevaban juntos?
CONTESTÓ: Ellos vivían en unión libre y cuando los distinguía llevaban como dos años y medio más o menos. PREGUNTADO: Sírvase manifestarnos si aparte de la señora Fabiola le llegó usted a conocer al señor Olmedo Mina otra mujer o que sostuviese relación alguna con otra mujer, en caso afirmativo si la conocía el nombre y si sabe dónde vivía?
CONTESTÓ: No le conocí otra mujer, siempre presentó fue a Fabiola y siempre hablaba era de Fabiola (...).” (fls. 78 y 79 del Cdno. No. 8)

De otro lado, Ofelia Daira Muñoz Perea afirmó así ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en testimonio rendido el 3 de mayo de 1995:

“(…) PREGUNTADA: Conoce usted a Olmedo Mina y Nancy Chantré, en caso afirmativo cuánto hace? CONTESTÓ: Los conozco a ambos desde hace siete años que yo vivo allí en el barrio pues somos vecinos. PREGUNTADA: Diga si es verdad, que desde el mismo día que el señor Olmedo Mina le fue adjudicada la casa lote ubicada en Cali, Carrera 48B No. 48-41 del barrio Ciudad Córdoba, entró a ocuparla con su compañera Nancy Chantré González, con quien siguió haciendo vida marital bajo este mismo techo, como marido y mujer, proveyendo todo lo necesario para la subsistencia de esta y luego también para su hija Angeli Mina Chantre, lo cual hizo hasta el día de su muerte. En qué fecha, mes y año si lo recuerda llegaron a vivir en tal residencia los señores Mina y Chantré González. CONTESTÓ: Yo cuando llegué allí a vivir en el año 1987 ya ellos estaban allí en la casa donde siempre han vivido, él era el esposo, incluso yo siempre he creído que fuera el

⁷³ Ver en ese sentido, sentencia de 17 de junio de 2004 Expediente No. 44001-23-31-000-1996-0825-01(15183) y providencia de 19 de noviembre de 2008, Expediente No. 07001-23-31-000-2000-00348-01(28259), proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

esposo porque él siempre el que estaba allí al frente de todo, y es el papá de la niña y él era el que veía por ellos, no soy familiar ni amiga de ellos, soy vecina y los he visto siempre allí. PREGUNTADO: Diga si la única señora que conoció como compañera de Olmedo Mina fue la señora Nancy Chantré González, con quien convivió hasta el día de su fallecimiento, pues no obstante estar trabajando durante los últimos tres años por fuera de Cali, lugar de su residencia, venía periódicamente, les traía o les giraba para sus subsistencia. CONTESTÓ: Allí en esta casa yo le conocí como única compañera a Nancy, y allí vivió él siempre, incluso cuando estuvo trabajando fuera un tiempo, él venía y uno sabía porque oía la moto y lo veía a él, en cuanto lo que daba para la subsistencia no sé porque ya eso es íntimo de ellos. PREGUNTADA: Diga si las relaciones de Olmedo Mina y Nancy Chantré fueron públicas y notorias en la urbanización Ciudad Córdoba de Cali, lugar de su residencia, y si es verdad que se prolongaron hasta el fallecimiento de Olmedo Mina. CONTESTÓ: **Si fueron públicas y notorias allí en la urbanización y duraron hasta que Olmedo se murió, nosotros lo velamos a él allí en la casa de ellos.** PREGUNTADA: Diga cómo fue el impacto psicológico que presentaron al enterarse de la muerte de su compañero y padre Olmedo Mina, así como en los días posteriores el dolor moral. CONTESTÓ: Ella Nancy estuvo muy decaída incluso se enfermó unos días, también la niña eso fue terrible para ella, ese día del entierro y del velorio esa niña lloraba y no tenía sosiego y Nancy también (...)" (fls. 364 a 367 del Cdno. No. 2) (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

En igual sentido, obra el testimonio de Henry Sandoval, del que resulta pertinente destacar:

"(...) PREGUNTADO: Conoce usted a Olmedo Mina y Nancy Chantré, EN caso afirmativo cuánto hace? CONTESTÓ: Los conozco, al señor Olmedo Mina lo conocí en la ciudad de Palmira, en el 86 o en el 86 cuando él era guardián en la cárcel de allá, yo jugaba futbol en el equipo de la policía y él en el de guardianes, a Nancy Chantré la conozco desde el ochenta y ocho más o menos, una vez que Olmedo me invitó a la casa de él, en Palmira, allí vivían ellos en ese tiempo como que pagaban arriendo por allá. PREGUNTADO: Diga si es verdad que desde el mismo día en que el señor Olmedo Mina le fue adjudicada la casa lote ubicada en Cali, Carrera 48B NO. 48-41 del barrio Ciudad Córdoba, entró a ocuparla con su compañera Nancy Chantré González, con quien siguió haciendo vida marital bajo este mismo techo, como marido y mujer, proveyendo todo lo necesario para la subsistencia de ésta y luego para su hija Angeli Mina Chantré, lo cual hizo hasta el día de su muerte. En qué fecha, mes y año, llegaron a vivir en tal residencia los señores Mina y Chantré González. CONTESTÓ: Yo a él me lo encontré después aquí en Cali en la cárcel que él trabajaba allí, y entonces conocí la casa de él en ciudad Córdoba (...9 y allí convivía con la misma señora Nancy Chantré, que tienen una hija de ellos de nombre Angeli Mina Chantré, y era Olmedo el que veía por los gastos de todos ellos (...) PREGUNTADO: Diga si la única señora que conoció como compañera de Olmedo Mina fue la señora Nancy Chantré González (...). CONTESTADO: Bueno yo solo le conocí como esposa a Nancy Chantré, a él lo trasladaron a Medellín y ella quedó viviendo aquí y él le hacía giros para los gastos de Nancy y Angeli, y me consta porque yo cuando él se fue yo mantenía pendiente de la casa de ellos y

ella me comentaba que él le mandaba los giros. PREGUNTADO: Diga si las relaciones de Olmedo Mina y Nancy Chantré González fueron públicas y notorias en la urbanización Ciudad Córdoba de Cali, lugar de su residencia, y si es verdad que se prolongaron hasta el fallecimiento de Olmedo Mina. CONTESTÓ: Si, pues ellos vivían bajo el mismo techo y mucho tiempo allí en esa urbanización, allí todo el mundo lo conocía como el esposo de Nancy Chantré. PREGUNTADO: Diga cuál fue el impacto psicológico que presentaron al enterarse de la muerte de su compañero y padre Olmedo Mina, así como en los días superiores el dolor moral. CONTESTÓ: **Pues ella en esos días estaba recién operada, recayó porque le llegó la noticia y eso la afectó mucho, tanto que ella no pudo ir a Medellín a traer el cadáver sino que mandó por él, allí en la casa lo velaron, en la casa de Ciudad Córdoba y al otro día lo sacaron para la cárcel y lo llevaron luego y lo enterraron. Nancy estuvo bastante deprimida por la muerte de Olmedo y lo mismo la niña (...)**". (fls. 369 a 371 del Cdno. No. 2). (Negrillas y subrayas fuera de texto original).

Se precisa aclarar que no es competencia de ésta Corporación la definición del Estado Civil del Sargento de Prisiones Olmedo Mina, al día de su muerte, el 22 de julio de 1992, no obstante, para efectos de liquidar la indemnización, resulta pertinente para la Sala que dicho señor conformó un hogar con la señora Nancy Chantré González, con quien procreó a Ángeli Mina Chantré –de 11 años de edad al momento de su deceso- y, por otro lado, pero de manera posterior, concibió junto a Fabiola Quinayas Homen a su hijo Rubén Olmedo, quien al momento de su muerte apenas contaba con 1 año y cuatro meses de edad. Sin embargo, una vez analizados los testimonios obrantes, se observa mayor consistencia, solidez y certidumbre en los testigos llamados por Nancy Chantré González, mientras que el solicitado por Fabiola Quinayas Homen es lacónico y exiguo, y de cualquier manera no ofrece mayor convencimiento. No obstante, resulta ampliamente determinante la confirmación, hallada en los testimonios, de haber sido en casa de Nancy Chantré González que se llevó a cabo el velorio de Olmedo Mina, pues dónde sino en su propio hogar se permitirían los dolientes honrar fúnebremente al Sargento. Sin embargo, tal como se mencionó anteriormente, se encuentra plenamente acreditado que Rubén Olmedo Mina Quinayas es hijo del fallecido Sargento.

Ciertamente, se encuentra acreditado -a partir de los registros civiles de nacimiento- el parentesco entre Olmedo Mina y sus hijos, Rubén Olmedo Mina Quinayas y Ángeli Mina Chantré. (fl. 16 del Cdno. No. 8 y fl. 8 del Cdno. No. 2 – respectivamente).

También es del resorte de este acápite –con el propósito de establecer el monto de la indemnización por los perjuicios morales sufridos de parte de quienes dicen

ser parientes de Olmedo Mina-, aclarar la situación que se presenta respecto a los apellidos de la familia -madre y hermanos-, comoquiera que, según parece, se trata de una situación excepcional, cuando de individualizar plenamente la identidad civil se trata, aspecto unívoco e ineludible de la personalidad, e indispensable para acceder efectivamente a la administración de justicia, pero de alteraciones consuetudinarias en las poblaciones afro descendientes del departamento del Valle del Cauca.

Para puntualizar de qué se trata obsérvese lo que se dijo en la demanda:

“(el Sargento Olmedo Mina era hijo de la señora Heliodora Mina Fiori y hermano de los señores SABINA, MARÍA CELMIRA y PABLO EMILIO CAICEDO O MINA.

Los señores SABINA, MARÍA CELMIRA Y PABLO EMILIO, si bien en sus registros civiles de nacimiento aparecen inscritos con el apellido “CAICEDO”, como hijos de HELIODORA CAICEDO, deberá tenerse en cuenta que esta señora es la misma HELIODORA MINA FIORI, con que se inscribió el registro civil de nacimiento de OLMEDO MINA, lo que se debió a las costumbres y tradiciones de las personas de raza negra que desde tiempos coloniales se asentaron en jurisdicción, entre otros, de los municipios nortecaucanos de Caloto y Puerto Tejada”.

En efecto: 1) HELIODORA MINA FIORI, es hija de JUAN DE DIOS MINA CAICEDO e IDELFONSA FIORI, 2) HELIODORA MINA FIORI, desde niña utilizó el segundo apellido de su padre, con el cual éste también se identificaba, esto es, que también se le conocía como JUAN DE DIOS CAICEDO, pues el tomar apellidos que no corresponden a su identidad personal, tratándose de personas de color, es una situación normal en el lugar de su vecindad. De ahí que sus hijos SABINA, MARÍA CELMIRA y PABLO EMILIO fueran inscritos en el registro como hijos de HELIODORA CAICEDO, excepto su hijo OLMEDO quien cuando necesitó aclarar y legalizar su identidad, investigó su ascendencia y se inscribió en el registro con el apellido MINA, que es el que legalmente corresponde a su madre.

NO obstante el error en los registros civiles de nacimiento de SABINA, MARÍA CELMIRA y PABLO EMILIO, no existe la menor duda del estado de hijos de la señora HELIODORA MINA FIORI, conocida como HELIODORA CAICEDO, y por ende, de su condición de hermanos del extinto OLMEDO MINA, pues así se ha conocido y conoce a ésta familia en las poblaciones de Caloto y Puerto Tejad, Cauca, lugares de su vecindad (...)

En efecto, en el registro civil de nacimiento de Olmedo Mina se puede observar que es hijo de la señora Heliodora Mina Fiori, mientras que en los registros civiles de nacimiento de Sabina, María Celmira y Pablo Emilio se lee con claridad que son hijos de Heliodora Caicedo. (fls. 6 a 11 del Cdo. No. 2).

Henry Usuriaga Vásquez, quien rindió testimonio en el Juzgado Primero Municipal de Puerto Tejada, respaldó los hechos y asevero así:

“(…) Diga si conoce a los señores SABINA, MARÍA CELMIRA y PABLO EMILIO CAICEDO, también conocido con el apellido de Mina en la región, como hijos de Heliadora Mina Fory y por ende hermanos del extinto Olmedo Mina? CONTESTÓ: Si conozco a Sabina, Celmira y Pablo Caicedo hijos de la señora Heliadora Mina y Hermanos del extinto Olmedo Mina c).--- Diga cómo es verdad que Heliadora Mina Fory, también es conocida en la población de Puerto Tejada, así como en Caloto como Heliadora Caicedo, son la mismas persona, mujer soltera y madre del extinto Olmedo Mina y de los señores Sabina, María Celmira y Pablo Emilio Caicedo? CONTESTÓ:---Si es cierto. d) Digan si es verdad que la situación de hecho anterior es pública y notoria en esa vecindad, lo cual se prolongado por un período de tiempo superior a los diez (10) años? CONTESTÓ: También es cierto y me consta personalmente por ser personas muy allegadas a mi casa. e) Digan si es verdad que la familia Mina o Caicedo, en especial Sabina, maría Celmira, Pablo Emilio y la señora Heliadora Mina Fory, la muerte de Olmedo Mina, su hermano e hijo, les produjo dolor moral, pues en vida era quien lo socorría tanto moral como económicamente en un todo a su madre? CONTESTÓ: Me consta porque Olmedo Mina era el único en la familia que tenía un trabajo fijo, por ende era quien asumía la responsabilidad de las personas antes mencionadas especialmente por la señora Heliadora Mina, su madre.(fls. 44 y 45 del cdno. No. 2)

A las mismas preguntas, Miguel Ángel Vásquez respondió de la siguiente manera:

“(…) si los conozco a los señores Sabina, María Celmira y Pablo Emilio Caicedo, hace por lo menos quince años en virtud de ser vecinos de mi casa, y siempre con el apellido Caicedo y Mina (...)-. Es cierto y me consta que Heliadora Mina Fory y Heliadora Caicedo son la misma persona, muy conocidos en esta población como en Caloto por haber tenido permanencia en Caloto, madre del extinto Olmedo Mina y de Sabina, María Celmira y Pablo Emilio Caicedo (...)-. Es notoria y pública la situación respecto de la señora Heliadora Fory y Heliadora Caicedo, porque desde hace diez años la conozco con esos mismos apellidos. Diga si es verdad que la familia Mina o Caicedo, en especial Sabina, maría Celmira, Pablo Emilio y la señora Heliadora Mina Fory, la muerte de Olmedo Mina, su hermano e hijo, les produjo dolor moral, pues en vida era quien lo socorría tanto moral como económicamente en un todo a su madre? CONTESTÓ: Me consta porque la cabeza visible de esa casa era Olmedo Mina, quien tenía su trabajo estable, quien le colaboraba a sus hermanos y especialmente a su madre quien se encuentra muy enferma y además muy anciana y anda por las calles pidiendo limosna, caso este que los dejó traumatizados a todos y faltos de ayuda económica, y además el dolor moral que les causó su muerte.

En igual sentido declararon Martha Rocío López Cano y Jaime Luis Ortega Moreno, quienes a su tiempo confirmaron los hechos. La primera así:

“(…) si los conozco de muchos años atrás, por siempre haber sido

vecinos nuestros, conocí a Pablo Emilio con ambos apellidos y al mismo tiempo al extinto Olmedo Mina (...)- si me consta que los conocí primero como Caicedo y después me cuenta que eran Mina, este conocimiento por la vecindad que siempre hemos tenido (...).

Ortega Moreno, por su lado:

“(...) si conozco a Sabina, María Celmira y Pablo Emilio Caicedo, también conocido con el apellido Mina en esta región, y como hijos de Heliadora Mina Fory desde hace más de quince años y por ende hermanos del extinto Olmedo Mina, este conocimiento por estrecha amistad con ella y los muchachos (...)- Es verdad y me consta que Heliadora Mina Fory y Heliadora Caicedo son la misma persona conocida en esta ciudad lo mismo que en Caloto, porque ella tuvo también permanencia en esa ciudad de Caloto y me consta que era la madre de María Celmira, Sabina y Pablo Emilio, lo mismo que del difunto Olmedo Mina (...)- Es cierto que esta situación de hecho anterior es pública y notoria en esa vecindad y aquí mismo tal vez desde hace más de diez (10) años (...)”

La situación que se puso de presente, desde la misma demanda, fue ratificada por los testigos llamados a acreditarla, sin embargo, debido a la ausencia de prueba idónea de la relación de consanguinidad afirmada, estas declaraciones solo serán tenidas en cuenta para demostrar la calidad que les asiste a Pablo Emilio, María Celmira y Sabina Caicedo como terceros damnificados⁷⁴, comoquiera que se acreditó el vínculo de afectividad que les identificaba, en los términos anteriormente expuestos. Es decir, la Sala debe reiterar, línea jurisprudencial vertebral, que la familia no sólo se constituye por vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino que puede tener un sustrato natural o social, a partir de la constatación de una serie de relaciones de afecto, de convivencia, de amor, de apoyo y solidaridad, que son configurativas de un núcleo en el que rigen los principios de igualdad de derechos y deberes para una pareja, y el respeto recíproco de los derechos y libertades de todos los integrantes. En esa perspectiva, es posible hacer referencia a las acepciones de “padres (papá o mamá) de crianza”, “hijos de crianza”, e inclusive de “abuelos de crianza”⁷⁵,

⁷⁴ Si bien no acreditó la condición de cónyuge de la víctima, pues no aportó la prueba idónea, esto es, el registro civil de matrimonio, sino que sólo se aportó la partida eclesiástica de matrimonio, la cual no tiene la virtualidad de demostrar el vínculo marital, demostró su condición de tercero damnificado en el proceso, por cuanto este documento constituye un indicio de la relación existente entre quienes figuran en la partida eclesiástica como contrayentes, indicio que unido al hecho de que la demandante era la madre de los hijos de la víctima, conforme se acredita con los registros civiles de nacimiento, genera en la Sala la certeza de la existencia de la condición de tercero damnificado de la señora León.” Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 25 de febrero de 2009, expediente 18.106.

⁷⁵ “Según el Diccionario de la Lengua Española, crianza tiene, entre otros, los siguientes significados: “Acción y efecto de criar. Con particularidad se llama así la que se recibe de las madres o nodrizas mientras dura la lactancia. // Época de la lactancia. ...”

comoquiera que en muchos eventos las relaciones de solidaridad, afecto y apoyo son más fuertes con quien no se tiene vínculo de consanguinidad, sin que esto suponga la inexistencia de los lazos familiares, pues la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, se itera, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales.

En relación con la legitimación de los daños solicitados por los llamados “hijos de crianza”, la Sección ha puntualizado:

“Para Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico Jurídico, las palabras criar y crianza, tienen las siguientes acepciones:

‘Crianza. Cría o manutención de los hijos por sus madres o nodrizas.// Educación, cortesía, urbanidad.’

‘Criar. Formar de la nada.// Producir. // Nutrir durante la lactancia. // Educar; instruir.// . . .’

“En reciente sentencia de esta Corte, sobre los derechos que reclamaban unos padres de crianza de un soldado fallecido en servicio, además de hacer consideraciones sobre la naturaleza de las relaciones que surgen en esta circunstancia, se señaló que las manifestaciones, públicas y privadas que se dieron entre los padres, demandantes de la tutela, y el hijo, correspondían a las que ordinariamente se dan entre padres e hijos, y de allí los derechos que surgieron para dichos padres.

“En lo pertinente, dijo la sentencia:

‘La situación de abandono en que se encontraba Juan Guillermo en 1979, terminó cuando los demandantes decidieron hacer de él el hijo de familia que no habían tenido; las relaciones que entonces se establecieron entre los actores y el soldado fallecido fueron, hasta la muerte de éste último, las que ordinariamente se dan entre padres e hijos; los peticionarios se preocuparon por proporcionar a Juan Guillermo un hogar, y por brindarle en él la estabilidad emocional, afectiva y económica que ya no recibía de sus padres carnales. A su vez, Juan Guillermo reaccionó a la acogida que Tomás Enrique y María del Carmen le dieron, comportándose para con ellos como si fuera un hijo de esa pareja.

‘Surgió así de esa relación, una familia que para propios y extraños no era diferente a la surgida de la adopción o, incluso, a la originada por vínculos de consanguinidad, en la que la solidaridad afianzó los lazos de afecto, respeto y asistencia entre los tres miembros, realidad material de la que dan fe los testimonios de las personas que les conocieron.

‘De esta manera, si el trato, el afecto y la asistencia mutua que se presentaron en el seno del círculo integrado por los peticionarios y el soldado fallecido, eran similares a las que se predicaban de cualquier familia formalmente constituida, la muerte de Juan Guillermo mientras se hallaba en servicio activo debió generar para sus “padres de crianza”, las mismas consecuencias jurídicas que la muerte de otro soldado para sus padres formalmente reconocidos; porque no hay duda de que el comportamiento mutuo de padres e hijo (“de crianza”) revelaba una voluntad inequívoca de conformar una familia, y el artículo 228 de la Carta Política establece que prevalecerá el derecho sustantivo.’ (sentencia t-495, del 3 de octubre de 1997, Magistrado ponente., doctor Carlos Gaviria Díaz)” Sentencia T-592 proferida por la Corte Constitucional el 18 de noviembre de 1997.

De otro lado, en cuanto al concepto de familia, la Corte Constitucional tiene por establecido: “Puede hablarse de familia legítima para referirse a la originada en el matrimonio, en el vínculo jurídico; y de familia natural para referirse a la que se establece solamente por vínculos naturales. Esta clasificación no implica discriminación alguna: significa únicamente que la propia Constitución ha reconocido el diverso origen que puede tener la familia. No hay duda alguna sobre la igualdad de derechos y obligaciones entre los hijos y sobre cómo esta igualdad comprende a los ascendientes y descendientes.” Sentencia C-595 proferida por la Corte Constitucional, el 6 de noviembre de 1996.

“De la prueba obrante en el proceso, se da por acreditada la condición de “hijo de crianza” de Carlos Mauricio Devia Cerquera, respecto a Rafael Antonio Atara Ortiz, y aunque si bien, es sabido que se encuentra legitimado para intervenir o incoar en el proceso de reparación directa, todo aquel que sea perjudicado directo con el hecho dañoso, al margen del *ius sanguinis* o parentesco, encuentra oportuno la Sala esbozar unos leves lineamientos sobre lo que con inusitada frecuencia en nuestra realidad social se denomina “hijo de crianza”. Condición que puede tener origen no del todo en el marco de la solemnidad de la adopción como institución jurídica, sino en la facticidad de las relaciones sociales propias de nuestra cultura. En efecto: “Tomemos ahora latamente esta palabra, y digamos ¿qué es adopción tomada en este sentido general y lato? Respuesta. Es una acción solemne, por la cual se toma el lugar de hijo o nieto a uno que no lo es por naturaleza”⁴. Y no empece a la ausencia del requisito de la solemnidad propio del Derecho Romano en la medida que dicho acto se hacía en presencia del pueblo en los comicios o por la moneda y el peso delante de cinco testigos, no puede dejarse de lado el hecho, de que la familia aunque se haya iniciado como fenómeno biológico, como unidad reproductiva de los primates, mutó a ser una realidad o categoría social, de allí que como lo enseña el ilustre romanista Lucrecio Jaramillo Vélez:

“Familia en el sentido estricto

“La familia está integrada por personas sometidas a la potestad del pater familias (Ulpiano D. 50, 15, 195, 2) a saber:

(...)

d) Los hijos adoptivos...”⁵.

“No se confunde desde luego, y se advierte nuevamente, la adopción como categoría jurídica regulada en el ordenamiento propio, con la constatación de una realidad social que es manifiesta en nuestro medio y que se ha conocido como hijos de crianza, cuya naturaleza y características se viene de describir. La realidad social es la que impone ese reconocimiento:

“Pero también, y más importante quizás bajo la óptica de las transformaciones del derecho, esa permeabilización de la familia no se realiza bajo la simple fórmula de la regulación jurídica de un espacio privado. Más que ello incluso, es la invasión de la normatividad familiar (la tradición, que no se consideró jamás jurídica) en el derecho, lo que ha terminado transformado el derecho como tal.

(...)

“Otra de las razones aunque no una cualquiera por las que la familia es cada vez menos una institución privada políticamente insignificante es porque ha adquirido la función de “conducto

⁴ HEINECCIO J. GOTTL, “Recitaciones del Derecho Civil según el orden de la Instituta, Paris, 3ª edición, tomo I, 1875, pág. 244.

⁵ Derecho Romano, tomo I, Editorial Universidad de Antioquia, 1965, pág. 94.

regular” que comunica a los individuos con los programas sociales del Estado...

“Es presupuesto de esa función eliminar distinciones de fondo entre familia “legítima” (fundada en matrimonio válido) y las formas de familia de hecho, pues el crecimiento de esta última entre sectores populares así lo exige. La paradoja sirve para entender algunos de los tránsitos del derecho actual: la crisis de la legitimidad jurídica se aprovecha en esta como en muchas otras ocasiones para extender el radio de acción del derecho”⁶.

“Y es en el anterior entendimiento, que acreditado por cualquiera de los medios probatorios, la circunstancia o relación de especial afecto y protección que se adjetiva como “hijo de crianza”, lo que permite se infiera de allí el dolor moral padecido por aquél o por el pater familias.”⁷⁶

Así las cosas, como en el *sub judice* la demandada no desvirtuó la presunción de aflicción ocasionada a los demandantes (madre, esposa, hijos y hermanos) de acuerdo con las pruebas allegadas, habrá que decretar el perjuicio solicitado, según el arbitrio judicial, para lo cual es imprescindible tener en cuenta su naturaleza y gravedad.

Lo anterior 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 éste 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.

De la misma manera, la prueba de la relación de consanguinidad y afectividad permiten inferir el estrecho vínculo entre la víctima y sus deudos. La jurisprudencia ha considerado que el daño corporal de alguno de los miembros de la familia afecta a los demás, en lo que atañe al perjuicio moral.

Establecido el parentesco, se da por probado el perjuicio moral, con motivo de la muerte de Olmedo Mina por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que en este tipo de eventos se causa dolor y angustia a sus parientes cercanos, con quienes conformaba su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, entendida la familia como núcleo básico de la

⁶ ARAMBURO RESTREPO, José Luis, “La familia en las transformaciones del derecho”, en: Pensamiento Jurídico, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, N° 1, sin fecha.

⁷⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 18073, M.P. Enrique Gil Botero.

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.

4.1 Deudos del Sargento de Prisiones Olmedo Mina

4.1.1. En cuanto a la presunción del perjuicio moral de los familiares en los casos de lesionados, la Sala en sentencia de 18 de marzo de 2004, señaló:

“Una situación distinta se presenta cuando tratándose del daño moral derivado de la muerte o lesionamiento grave de un ser querido, la jurisprudencia ha deducido judicialmente éste, de la simple prueba del estado civil - junto con la demostración de la muerte o lesión grave -, tratándose de vínculos de consanguinidad cercanos como los existentes entre padres, hijos, hermanos y abuelos, sin que sea necesario demostrar el padecimiento o dolor moral sufrido. Evento en el cual, la legitimación material en la causa del demandante, podrá aducirse a través de la prueba del estado civil (tratándose de parientes cercanos), junto con la prueba de la muerte o lesión grave del pariente cercano, ya que el juez a partir de estos hechos **infiere el dolor**; de lo contrario deberá demostrarse el padecimiento moral sufrido con motivo del hecho dañoso⁷⁷. En relación con el daño moral sobre lesiones personales la Sala ha distinguido con fines probatorios las graves de las leves.⁷⁸

En cuanto a las lesiones graves y respecto a la víctima directa ha indicado que con la demostración de la gravedad de la lesión se deduce la existencia del dolor moral; y en lo que atañe con las víctimas indirectas ha estimado que sufren dolor moral cuando además de demostrar la gravedad de la lesión del lesionado también prueban su condición o de pariente o de persona cercana, hechos que debidamente probados son indicadores de su padecimiento moral. **En lo que concierne con las lesiones leves y respecto a la víctima directa** ha estimado que la prueba de la lesión es suficiente para deducir el impacto moral; pero respecto a la víctimas indirectas - trátase de parientes o de damnificados - es necesario demostrar a) la lesión leve, b) el parentesco o la condición de damnificado y c) el dolor o padecimiento moral⁷⁹. (Subrayado y negrilla del texto)

⁷⁷Sentencia proferida el día 17 de mayo de 2001. Exp. 12.956. Actor: Hernando Palacios Aroca y otros.

⁷⁸ Pueden consultarse las sentencias dictadas los días: 28 de octubre de 1999 (Exp.12.384. Actor: Luis Eudoro Jojoa Jojoa); 23 de marzo de 2000 (Exp 12.814; demandante: Harold Gómez González y otros. Demandado: INPEC); 17 de agosto de 2000 (Exp 12802; Demandante: Lucila Méndez y otros. Demandado: INPEC); 14 de septiembre de 2000 (Exp 12.166; Actor: Eduardo López Piedrahita y otros. Demandado: ICBF); 8 de noviembre de 2001 (Exp. 13.007; Actor: Orlando Miguel Bermúdez Torres y otros; Demandado: Municipio de Maicao); 27 de noviembre de 2002 (Actor: Vidal Lemus Layton y Otros; Exp 13.874).

⁷⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de marzo de 2004, Exp. No. 14.003, actor: Hernando Francisco Acosta y otros, C.P. María Elena Girado Gómez.

Sin embargo, la Sala ha recogido la anterior tesis jurisprudencial⁸⁰, en el sentido de precisar que para presumir el perjuicio moral de los familiares inmediatos del lesionado, no es necesario establecer si las lesiones causadas fueron graves o leves, toda vez que esta distinción carece de sentido lógico y equitativo, por cuanto no es plausible de ninguna manera que la aflicción pueda establecerse a partir de una condición especial de las lesiones. En efecto, independientemente de la afectación física del lesionado, en una concepción de familia nuclear como la que impera en la sociedad colombiana, no resulta equitativo que ese padecimiento moral, su prueba y reconocimiento se condicione al resultado material del daño en cuanto a su mensurabilidad.

Así las cosas, para lo único que se debe tener en cuenta la gravedad o levedad de las lesiones, es para establecer la graduación del monto del perjuicio que se debe indemnizar.

En ese orden de ideas, respecto de los gramos de oro solicitados como indemnización se hará la equivalencia a salarios mínimos legales mensuales del 2012 y se condenará, a la demandada, a pagar 70 salarios para la madre, e igual cifra para la compañera permanente y adicional para cada uno de sus hijos; también se reconocerán 30 salarios a cada uno de los hermanos.

4.1.2. Lucro Cesante

Con el fin de establecer los ingresos mensuales del señor Olmedo Mina, se aportó al proceso certificación que da cuenta que se desempeñaba como Sargento de Prisiones código 5165 Grado 6 (fls. 75 cdno. No. 2), en la que consta que para la fecha de su muerte devengaba la suma de \$179.854,00, valor que actualizado corresponde a \$1'204.882,00⁸¹

Al salario base de liquidación, de conformidad con la posición de la Sala⁸², se le aumenta un 25% (\$301.220,00), por concepto de prestaciones sociales, en atención a que las mismas son un imperativo de ley y por tal razón deben ser reconocidas, para un total de \$1'506.102,00 suma a la que se le descuenta un

⁸⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre de 2008, expediente: 17.486, actor: Luis Octavio Echeverri Escudero y otros, C.P. Ruth Stella Correa.

⁸¹ Va=\$179.854,00 111,81 (IPC Diciembre 2012)

16,69 (IPC Julio 1992)

⁸² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de octubre de 2007, Exp. No. 16.058 (acumulado 21.112), C.P. Enrique Gil Botero y sentencia de 11 de noviembre de 2009, Exp. No. 18.849, C.P. Enrique Gil Botero.

25% correspondiente a lo que la víctima destinaba a su propio sostenimiento (\$376.525,5), lo que arroja el salario base de liquidación en \$ 1'129.576,5.

El lucro cesante se reconocerá a favor de la compañera permanente de la víctima, Nancy Chantré González, para lo cual se tendrá en cuenta la mitad del salario base de liquidación (\$564.788,25); y para los hijos, Ángeli Mina Chantré y Rubén Olmedo Mina Quinayas, quienes eran menores de edad a la fecha de los hechos hasta el día en la que llegarían a los veinticinco años, la otra mitad del salario base de liquidación (\$564.788,25), discriminada en partes iguales, lo que es igual a una base de \$282.394,12 para cada uno.

Lucro cesante a favor de Nancy Chantré González, compañera permanente del señor Olmedo Mina:

La indemnización consolidada se calculará con base en la siguiente fórmula:

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

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta actualizada que equivale a \$564.788,25

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde el día de los hechos (22 de julio de 1992) hasta la fecha de esta sentencia (enero de 2013), esto es, 246,00 meses.

$$S = \$564.788,25 \frac{(1 + 0.004867)^{246} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$ 267'076.614$$

La indemnización futura se calculará con base en la siguiente fórmula:

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

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta actualizada que equivale a \$564.788,25

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde el día de esta sentencia (enero de 2013) hasta la fecha de vida probable de Olmedo Mina⁸³ (474,96), menos el periodo consolidado (246,00), esto es, 228,96 meses.

$$S = \$564.788,25 \frac{(1 + 0.004867)^{228,96} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{228,96}}$$

$$S = \$77'863.820,5$$

Conforme a lo anterior, la indemnización total por concepto de lucro cesante a favor de Nancy Chantré González equivale a \$344'940.434

Lucro cesante a favor de Ángeli Mina Chantré, hija del señor Olmedo Mina y Nancy Chantré González.

La indemnización consolidada se calculará con base en la siguiente fórmula:

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

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta actualizada que equivale a \$282.394

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde la fecha de los hechos (22 de julio de 1992) hasta la fecha en que cumplió 25 años de edad (2 de julio de 2006), esto es, 167,3 meses.

$$S = \$282.394 \frac{(1 + 0.004867)^{167,3} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$72'703.209,6$$

Conforme a lo anterior, la indemnización total por concepto de lucro cesante a favor de Ángeli Mina Chantré equivale a \$72'703.210

⁸³ La edad del Sargento Serna Camayo al momento de su muerte era de 37 años, y su vida probable era de 39,58 años más.

Lucro cesante a favor de Rubén Olmedo Mina Quinayas, hijo de Olmedo Mina y Fabiola Quinayas Homen.

La indemnización consolidada se calculará con base en la siguiente fórmula:

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

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta actualizada que equivale a \$282.394

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde la fecha de los hechos (22 de julio de 1992) hasta la fecha de esta sentencia (enero de 2013), esto es, 246,00 meses.

$$S = \$282.394 \frac{(1 + 0.004867)^{246,00} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$133'538.248$$

La indemnización futura se calculará con base en la siguiente fórmula:

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

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta actualizada que equivale a \$282.394

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde el día de esta sentencia (enero de 2013) hasta la fecha en la que cumpliría los veinticinco años (7 de marzo de 2016), esto es, 38 meses.

$$S = \$282.394 \frac{(1 + 0.004867)^{38} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{38}}$$

$$S = \$9'775.456$$

Conforme a lo anterior, la indemnización total por concepto de lucro cesante a favor de Rubén Olmedo Mina Quinayas equivale a \$143'313.704

4.1.1 Daño Emergente

No se asignará indemnización por este concepto a los familiares, comoquiera que no obra prueba conducente que dimensione la afectación pecuniaria que sufrieron, y como bien se ha insistido, es del resorte de las partes demostrar los supuestos de hechos alegados. Si bien es cierto que se aportaron comunicaciones escritas entre la viuda de Olmedo Mina y el Jefe de prestaciones Sociales del Ministerio de Justicia, tendientes a establecer el monto por los servicios funerarios prestados, lo cierto es que de lo único que dan cuenta es del reconocimiento de la obligación por parte del ente gubernamental, lo que permite inferir el pago, no solo por virtud del Auxilio Funerario, sino además por el seguro de vida y demás pendientes adeudados a Olmedo Mina (fls. 137 a 144 del cdno. No. 2).

4.2 Cabo Javier Giraldo Flórez

4.2.1 Daño Moral

Para el efecto, se itera lo ya discurrido anteriormente respecto a esta categoría de perjuicio.

De tal manera, en lo que respecta a la indemnización por los perjuicios morales ocasionados a él y a su grupo familiar, se observa que el informe del reconocimiento que le realizara el Instituto Nacional de Medicina Legal al Cabo Giraldo Flórez dictaminó:

“(...) No quedan lesiones que ameriten calificar una secuela funcional. La cicatriz del muslo es muy deprimida, sumamente perceptible, dejando como secuela una deformidad física que afecta el miembro inferior izquierdo, y de carácter permanente. La incapacidad definitiva se conceptúa en 35 /treinta y cinco) días (...)

Teniendo en cuenta lo anteriormente disertado en cuanto a la presunción del perjuicio moral, se verifica en el expediente la existencia de los registros civiles de nacimiento de sus hijos Lucas y Natalia Giraldo Ospina, y testimonio rendido por la señora Betty Hernández donde aseguró:

“(...) PREGUNTADO: Diga si conoce a los señores Javier Giraldo Flórez y Luz Marina Ospina Trujillo y en caso afirmativo por qué razón y qué parentesco tiene con ellos? CONTESTÓ: Si los conozco, porque Giraldo Flórez era compañero de mi esposo Julio Romero Polo. Y a Luz Marina Ospina era la señora de Giraldo Flórez y con ellos solo tengo amistad. Ellos vivían en la urbanización las Vegas de Bello, la familia

estaba constituida por la pareja y dos niños, Natalia y Lucas, en ese entonces 7 y Lucas 4 años más o menos. PREGUNTADO: Diga si frecuentaba la casa de ellos y por qué razón? CONTESTADO: Si la frecuentaba porque yo era muy amiga de Marina y ella también iba a mi casa (...). Interroga: Sírvase decirnos si usted sabe qué tipo de relación tenía Javier Giraldo con la señora Luz Marina, y si sabe cuánto tiempo llevaban juntos? CONTESTÓ: Vivían en unión libre y no sé qué tiempo llevaban juntos, supongo que llevaban mucho tiempo juntos, puesto que habían procreado dos niños (...)" (fl. 78 y 79 del cdno No. 8).

Una vez establecido el parentesco y la afinidad de la familia Giraldo Ospina, respecto de los gramos de oro solicitados como indemnización, se hará la equivalencia a salarios mínimos legales mensuales del 2012 y se condenará, a la demandada, a pagar 15 salarios para el afectado directo, y 5 salarios, tanto para la compañera permanente, como para cada uno de sus hijos.

4.2.3. Lucro cesante

Finalmente, y según certificado aportado en la demanda, la Dirección General de Prisiones constató que el salario devengado en el año de 1992 por el Cabo de Prisiones -Código 5170 Grado 07-, Javier Giraldo Flórez, era de \$160.342,00 (fl. 6 del cdno. No. 8), cifra que actualizada equivale a:

$$Va = \$160.342,00 \times \frac{111,81 \text{ (IPC Diciembre 2012)}}{16,69 \text{ (IPC Julio 1992)}} = \$1'074.166,5$$

Así las cosas, se tiene que la indemnización asciende a:

$$X = \frac{\$1'074.166,5 \text{ (salario mensual)} \times 35 \text{ días}}{30 \text{ días}} = \$1'253.194$$

4.3 Guardianes lesionados

4.3.1 Perjuicios Morales

Los guardianes que demandaron por los perjuicios morales sufridos con ocasión del asalto a la Cárcel Municipal de Máxima Seguridad de Envigado, mejor conocida como "La Catedral", realizado el 22 de julio de 1992 por tropas del Ejército Nacional y, que de acuerdo a la valoración realizada por el Instituto de Medicina Legal, sufrieron incapacidad (fls. 121 a 130 del Cdno. No. 1) determinada por los mencionados hechos, y sus respectivas indemnizaciones, son:

Argemiro Serna Torres, 20 días de incapacidad: Le serán entregados 2 salarios mínimos, 1 salario mínimo para su esposa María Yolanda Hincapié Hincapié, y 1 para cada una de sus hijas Lina Marcela y Mónica Lliceide Serna Hernández (fls. 16 a 20 del cdno No. 1)

Víctor Hugo América Olaya, 12 días de incapacidad: Le serán entregados 2 salarios mínimos, 1 salario mínimo para su esposa Luz Stella Molina Ortiz, y 1 para cada una de sus hijos Iván Darío y Leidy Johana América Molina (fl. 44 a 49 del cdno. No. 1).

Luís Ernesto Camacho, 20 días de incapacidad: Le serán entregados 2 salarios mínimos y 1 salario a su hija Luisa Fernanda Camacho Montoya. No se concede indemnización alguna a quien adujo ser su compañera permanente, comoquiera que para acreditarlo solamente se aportaron declaraciones extra proceso que, como ya se ha dicho, no revisten valor procesal alguno (fls. 26 y 27 del cdno. No. 1).

Luís Guillermo Toro Zapata, 15 días de incapacidad: Le serán pagados 2 salarios mínimos, y 1 salario mínimo para sus hijas Bibiana Toro Barrada y Yuliet Lorena Toro Barrada. No se concede indemnización por monto alguno a Omaira de Jesús Barrada, quien adujo ser la compañera permanente de Toro Zapata puesto que basó su afirmación en una declaración extra proceso, y se insiste en la consecuencia. Tampoco para Isabel Cristina Toro Barrada, puesto que su registro civil de nacimiento aportado no contiene los nombres de los padres, por tanto no hay prueba de su filiación (fls. 36, 37 y 39 del cdno. No. 1)

Oscar de Jesús Giraldo López, 12 días de incapacidad: Entréguensele 2 salarios mínimos y 1 salario mínimo para la señora María Dolores López Castañeda, madre del guardián lesionado (fls. 50 y 51 del cdno. No. 1).

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

FALLA:

REVÓCASE la sentencia del 15 de mayo de 2002, proferida por la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, y en su lugar se decide:

1) Declárase patrimonialmente responsable a la Nación, - Ministerio de Defensa, Ejército Nacional -, por la muerte de Olmedo Mina y las heridas y demás lesiones causadas a los guardianes que servían en la Cárcel Municipal de Máxima Seguridad de Envigado, mejor conocida como "La Catedral".

2) Condénase a la Nación, - Ministerio de Defensa, Ejército Nacional -, a pagar, por concepto de indemnización de perjuicios a Nancy Chantré González \$344'940.434 por concepto de lucro cesante y 70 SMMLV por concepto de perjuicios morales; a favor de Ángeli Mina Chantré \$72'703.210 por concepto de lucro cesante y 70 SMMLV por concepto de perjuicios morales; a favor de Rubén Olmedo Mina Quinayas la suma de \$143'313.704 por concepto de lucro cesante y 70 SMMLV por concepto de perjuicios morales; a favor de Heliodora Mina Fori, por concepto de perjuicios morales, la suma de 70 SMMLV; a favor de Pablo Emilio, María Celmira y Sabina Caicedo o Mina la suma de 30 SMMLV para cada uno, por concepto de perjuicios morales.

De igual manera, a favor de Javier Giraldo Flórez la suma de \$1'253.194 por concepto de lucro cesante y 15 SMMLV por concepto de perjuicios morales; para Luz Marina Ospina Trujillo, Lucas y Natalia Giraldo Ospina la suma de 5 SMMLV, por concepto de perjuicios morales, para cada uno.

Finalmente, para Argemiro Serna Torres 2 salarios mínimos, para su esposa María Yolanda Hincapié Hincapié 1 SMMLV, y 1 SMMLV para cada una de sus hijas Lina Marcela y Mónica Lliceyde Serna Hernández; para Víctor Hugo América Olaya 2 SMMLV, y para su esposa Luz Stella Molina Ortiz y sus hijos Iván Darío y Leidy Johana América Molina 1 SMMLV para cada uno; para Luís Ernesto Camacho 2 SMMLV y para su hija Luisa Fernanda Camacho Montoya 1 SMMLV; para Luís Guillermo Toro Zapata 2 SMMLV y para sus hijas Bibiana Toro Barrada y Yuliet Lorena Toro Barrada 1 SMMLV para cada una; para Oscar de Jesús Giraldo

López 2 SMMLV y 1 SMMLV para María Dolores López Castañeda. Cifras que les serán entregadas por concepto de indemnización por perjuicios morales.

3) Sin condena en costas

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

5) En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala

**SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JAIME ORLANDO SANTOFIMIO
GAMBOA**

HECHO NOTORIO - Debida valoración de testigos sospechosos / HECHO NOTORIO - No amerita prueba

Me aparto decidida y categóricamente de la sentencia adoptada el 30 de enero de 2013 por la Sala, convencido de que los hechos ocurridos los días 21 y 22 de julio de 1992 ameritaban la valoración ajustada a la realidad nacional de la época, y especialmente tener como hecho notorio y público las evidentes y reiteradas irregularidades que existían en la Cárcel municipal de Envigado ("La Catedral"), en donde fue recluido el mayor capo narcotraficante del país (...) con todo respeto por la Sala, me permito analizar el caso desde la perspectiva del (de los) hecho (s) notorio (s) más representativos de la época: 1) la Cárcel municipal de Envigado fue el centro carcelario escogido por el gobierno nacional de la época para recluir al mayor capo narcotraficante de todos los tiempos en Colombia; 2) desde su ingreso al mencionado centro las sospechas, dudas y temores se fueron concretando, lo que no sólo fue denunciado por los medios de comunicación colombianos (radiales y televisivos) de la época. Los órganos de control empezaron, también a advertir serias irregularidades que se producían al interior de dicho centro carcelario; 3) dichas irregularidades llevaron a investigar a dos Ministros de Justicia de la época (Fernando Carrillo y Jaime Giraldo Ángel), al Director de Prisiones (TC. Hernando Navas Rubio), al Director de la Cárcel (TC. Jorge Armando Rodríguez González) y a por lo menos 49 guardianes que prestaban sus servicios para las fechas en que ocurrieron los hechos; 4) olvida la Sala que en la madrugada del 22 de julio de 1992 el mayor capo narcotraficante, acompañado de su primo y de otros de sus lugartenientes se fugó del centro carcelario; y, 5) no tiene en cuenta la estrategia trazada por el capo narcotraficante de doblegar al Estado, a sus instituciones, mediante la penetración corrupta de su

dinero, de sus intimidaciones y de su poder. (...) a situación de anormalidad, las irregularidades presentadas al interior de la Cárcel municipal de Envigado ("La Catedral") eran hechos de público conocimiento, y de necesaria, indiscutible e ineludible consideración por la Sala en la sentencia, so pena de analizar, valorar y apreciar los medios probatorios de manera descontextualizada, esto es, sin atender a hechos que revestían notoriedad y en los que se encontraban involucrados los guardianes que ahora en esta instancia reclaman la indemnización de perjuicios del Estado. De haberse tenido en cuenta esos hechos notorios, la valoración de los testimonios rendidos por los guardianes implicaba un mayor rigor y escrutinio puesto que con otras probanzas debía verificarse lo dicho por ellos ya que a todas luces eran testigos sospechosos. Sin duda, la labor del juez contencioso, cuando está valorando y apreciando las pruebas al interior de un proceso, no puede prescindir del contexto y de la realidad que le enseñan los hechos notorios puesto que estos le pueden señalar, como ocurre en este caso con la versión de los guardianes, que determinadas declaraciones no son creíbles por ser parcializadas (...) la situación de anormalidad y las irregularidades presentadas al interior de la Cárcel municipal de Envigado ("La Catedral") en la que participaron varios guardianes, miembros de las Fuerzas Militares y otros agentes del estado no requerí prueba alguna, y sí exigía de la Sala una labor de mayor rigor al valor la prueba recaudada dentro del proceso para apreciarla ajustada a la realidad material que había, y persiste en la memoria de todos los colombianos como una marca de sangre indeleble".

TESTIMONIO DE TESTIGOS SOSPECHOSOS - Valoración. Aplicación de los artículos 29 de la Carta Política y 217 del Código de Procedimiento Civil

Cuando se trate de testimonios o declaraciones de compañeros de trabajo, por ejemplo, la suposición de lazos de amistad "no resulta suficiente para estimar" que las mismas "fueron parcializadas", como eran los guardianes, pero si exige un mayor rigor en su escrutinio, lo que no ofrece la sentencia de la Sala. Ahora bien, si se evidencia una clara intención del testigo de favorecerse, y a ello se agrega que no es presencial de los hechos y se basa en meras suposiciones, puede considerarse sospechosas las declaraciones "las cuales no gozan de respaldo probatorio alguno", que es lo que ocurre con la mayoría, sino todas, las declaraciones de los guardianes de la cárcel. Por lo tanto, y siguiendo la jurisprudencia contencioso administrativa, "no existe descalificación legal de un testigo que se pueda calificar de "sospechoso", ya que ello sería incompatible con el principio de la sana crítica que gobierna todo el régimen probatorio en nuestro medio, sin embargo, las razones por las cuales un declarante puede tildarse de sospechoso (amistad, enemistad, parentesco, subordinación, etc.), deben ser miradas por el juzgador como aquellas que pueden colocar al testigo en capacidad de engañar a la justicia; pero para ello, el juez debe hacer uso del análisis de la prueba, en su conjunto, a fin de llegar a una convicción aplicando las reglas de la sana crítica de la prueba. Y no resulta procedente desestimar de plano un testimonio, porque el artículo 218 del C.P.C. establece como norma de conducta para el juez apreciar los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, y no desecharlos de plano.

FUENTE FORMAL: CONSITITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 29 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 218

TESTIGO SOSPECHOSO - Calificación / TESTIGO SOSPECHOSO - La ley no impide que se reciba su declaración / DECLARACION DE TESTIGO SOSPECHOSO - Debe evaluarse en conexidad con todos los demás medios de prueba aportados dentro de un proceso

El calificar como sospechoso un testigo no implica necesariamente que este haya incurrido en un falso testimonio, pues, en la práctica, respecto de testigos que en principio puedan ser calificados sin tacha de sospecha, no puede presumir el juez que siempre dicen la verdad; su dicho, como todo medio probatorio.” A lo que cabe agregar, siguiendo la misma jurisprudencia contencioso administrativa, que la “ley no impide que se reciba la declaración de un testigo sospechoso, pero la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un matiz más denso que aquel por el que deben pasar personas libres de sospecha”. “El valor probatorio de toda declaración de un testigo sospechoso de antemano se haya contrarrestado por la suposición de que sus afirmaciones no son verídicas y por consiguiente, por sí solos, jamás pueden producir certeza en el juez. Lo cual autoriza a decir que lo más aconsejable es que el testimonio sospechoso deba analizarse de cara a los demás medios de convicción, para así establecer si éstos, ofreciéndole respaldo, hacen evanescente la incredibilidad”. Por todo lo anterior, y con el mayor respeto por la Sala, debe recordarse que “el juez al momento de apreciar la prueba, tendrá que aplicar las reglas de la sana crítica para su estudio y determinar que tan sospechoso puede ser, pero no puede, de forma anticipada, negar la misma”, ni darle total o plena verosimilitud, ya que las conclusiones que se puedan extraer puede llevar a adoptar una decisión que no se corresponde con la verdad material existente en el proceso (advirtiendo que fundarse en las declaraciones del Procurador Delegado Iván Velásquez Gómez no se pueden sacar del contexto ya que no fue actor presencial, y sólo vino a advertir ciertas situaciones una vez terminó la operación militar adelantada para retomar el control de la Cárcel municipal de Envigado -“La Catedral”- y rescatar a los miembros del Gobierno Nacional ilegal e indebidamente retenidos), que para el caso concreto orienta, sin duda alguna a negar las pretensiones ya que si bien se demostró el daño antijurídico, este no es imputable a las entidades demandadas puesto que en el ámbito fáctico se produjo la ruptura del nexo al haber operado la causal eximente de responsabilidad del hecho o culpa exclusiva de las víctimas, en este caso de los guardianes que vienen a reclamar la indemnización del Estado.

EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD - Culpa exclusiva de la víctima. Configuración

Extracto: “Cuando se trata de la eximente de culpa exclusiva de la víctima el análisis del juez de lo contencioso debe hacerse en el ámbito preciso del juicio de imputación. Este no es otro que el fáctico, en el que las eximentes de responsabilidad al encontrarse acreditadas llevan a la ruptura de la relación de causalidad que en dicho escenario se establece. El hecho o culpa de la víctima como causal exonerativa de la responsabilidad debe examinarse en el ámbito fáctico (escenario propio a la relación de causalidad) de la imputación, y no debe revestir carácter alguno de irresistibilidad e irreversibilidad, sino que debe obedecer a los presupuestos de la culpa que es inherente e intrínseca al sujeto que la comete. (...) En mi criterio, y del análisis y valoración crítica, conjunta y razonable de la prueba obrante en el proceso encuentro que hay varios hechos demostrados que permiten afirmar la existencia y demostración del hecho o culpa exclusiva de la víctima: 1) la relación entre los guardianes y los internos, especialmente con el capo narcotraficante no sólo era un hecho de público conocimiento, sino que se corroboró dentro del expediente, de tal manera que el propio director de la cárcel Jorge Armando Rodríguez González en su declaración lo sostuvo en sus propios términos como la evidencia de “complicidad de los guardianes municipales”; 2) los guardianes portaban armas y cabe la probabilidad de haber sido usadas, como se desprende de las declaraciones de Sander León Sánchez Ochoa (quien dijo recibir la orden del director de la cárcel de no disparar, y por qué tal advertencia?), de Jairo Raúl Daza Moreno quien dijo que Olmedo Mina sí portaba un arma, del Acta de Levantamiento de cadáver en la que se

consignó que Olmedo Mina portaba un fusil 7.62 milímetros, del Informe del Laboratorio de Balística del Cuerpo Técnico de Investigación del CTI (en el que se constató que el mencionado fusil fue percutido); 3) la Cárcel municipal de Envigado ("La Catedral") estaba bajo el dominio pleno del capo narcotraficante (lo que no sólo es un hecho notorio, sino que con las declaraciones del director de la cárcel Rodríguez González, del TC Navas Rubio y del señor Eduardo Mendoza de la Torre se corroboró, así como en las consideraciones de las decisiones de la justicia penal militar, así como de las investigaciones disciplinarias adelantadas por la Procuraduría General de la Nación); 4) finalmente, se constató que hubo participación directa de los guardianes en un plan criminal y atroz orquestado por el capo narcotraficante, y con el único objetivo de lograr su fuga del centro carcelario, la que se produjo el 22 de julio de 1992 y que fue de público conocimiento, lo que permite evidenciar que la credibilidad, certeza y verosimilitud de lo afirmado por los guardianes debía ponerse en cuestión, escrutarse y verificarse, puesto que de lo contrario se podía llegar a una conclusión que no se corresponde con la realidad material y probatoria que indica que lo determinante en la producción del daño antijurídico fue la el hecho o culpa exclusiva de la víctima, por lo que no había razón a endilgar responsabilidad alguna a las entidades demandadas, sino que se debió exonerar de responsabilidad por haber operado la eximente mencionada.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D.C., treinta (30) de enero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 05001-23-31-000-1994-00288-01(24530)

Actor: NANCY CHANTRE GONZALEZ

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO

SALVAMENTO DE VOTO

1 Con el respeto y consideración acostumbrada manifiesto que me aparto de la decisión tomada por la Sala en la sentencia de 30 de enero de 2013, mediante la cual se resolvió revocar la sentencia 15 de mayo de 2002 de la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia que negó las pretensiones, declaró la responsabilidad de las entidades demandadas y las condenó al pago de una indemnización por concepto de perjuicios morales y de lucro cesante (sólo

respecto del fallecido), como consecuencia de la muerte del guardián Olmedo Mina y las lesiones de varios guardianes (Argemiro Serna Torres, Víctor Hugo América Olaya, Luis Ernesto Camacho, Luis Guillermo Toro Zapata y Oscar de Jesús Giraldo López) que prestaban el servicio en la Cárcel Municipal de máxima seguridad de Envigado ("La Catedral") para el 21 y 22 de julio de 1992.

2 Para exponer la postura disidente se analizará: 1) el público conocimiento de las irregularidades y de la situación anormal que existía en la Cárcel Municipal de Envigado ("La Catedral") como hecho notorio; 2) la valoración adecuada de los testimonios de los guardianes que prestaban sus servicios en la cárcel para la fecha de los hechos, que pueden considerarse sospechosos, en aplicación de los artículos 29 de la Carta Política y 217 del Código de Procedimiento Civil; y. 3) la valoración probatoria de los hechos para llegar a la conclusión de la imputación del daño antijurídico sin tener en cuenta el hecho notorio de las irregularidades que existían al interior de la Cárcel municipal de Envigado ("La Catedral"). Se configuró el hecho o culpa exclusiva de las víctimas;

1. El público conocimiento de las irregularidades y de la situación anormal que existía en la Cárcel Municipal de Envigado ("La Catedral") como hecho notorio.

3 Me aparto decidida y categóricamente de la sentencia adoptada el 30 de enero de 2013 por la Sala, convencido de que los hechos ocurridos los días 21 y 22 de julio de 1992 ameritaban la valoración ajustada a la realidad nacional de la época, y especialmente tener como hecho notorio⁸⁴ y público las evidentes y reiteradas

⁸⁴ "se consideran notorios aquellos hechos el conocimiento de los cuales forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el tiempo en que se produce la decisión". CALAMANDREI, Piero, *Definición del hecho notorio. Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945. "a doctrina procesalista define los hechos notorios como aquellos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal de un determinado sector social al tiempo de pronunciar la resolución, por lo que no es preciso para utilizar en juicio la notoriedad de un hecho que el Juez deba conocerlo efectivamente antes de la decisión, o pertenecer el propio Juez a aquel grupo social dentro del cual el hecho es notorio; la razón por la que los hechos notorios son utilizados en las decisiones judiciales sin necesidad de pruebas, no estriba en el conocimiento real de los mismos por parte del Juez, sino en la crítica colectiva que los ha aquilatado fuera del proceso, hasta crear en un determinado círculo social, una opinión común, admitida por todos en orden a su verdad; si el hecho cuya notoriedad se invoca, forma parte de los que un hombre dotado de la cultura de un Juez, puede normalmente conocer, como la fecha de un hecho histórico, el propio Juez puede acudir directamente, cuando no le sea fiel la memoria, a los libros de historia o de cualesquiera otra ciencia, en los que el hecho se consigne, y aun cuando la notoriedad es un concepto esencialmente relativo, puesto que no existen hechos conocidos por todos los hombres, sin limitación de tiempo ni de espacio, debe tenerse en cuenta que lo que determina la notoriedad, no es el número de las personas a que conocen el hecho, sino el carácter de indiscutida y desinteresada certidumbre que este conocimiento lleva para siempre impreso dentro del sector social de que es patrimonio común; la notoriedad de un hecho entre un

irregularidades que existían en la Cárcel municipal de Envigado (“La Catedral”), en donde fue recluido el mayor capo narcotraficante del país.

4 No puedo ocultar la extrañeza que produce el desconocimiento de la Sala de la realidad pública y nacional de la época, que en especial la justicia tuvo que padecer en su propia piel en 1985 cuando ese mismo capo narcotraficante llevó su demencial actividad criminal hasta los estrados de su majestuosidad en la ciudad de Bogotá, consumándose en la “Toma al Palacio de Justicia”. Constituye hecho de público conocimiento, que el capo narcotraficante recluido en la Cárcel municipal de Envigado (“La Catedral”) corrompió las más altas esferas del Gobierno y deterioró gravemente la moral social, asesinando brutalmente a lo mejor de la clase dirigente nacional **RODRIGO LARA BONILLA, ALFONSO REYES ECHANDÍA, MANUEL GAONA CRUZ, JOSÉ GNECCO CORREA, CARLOS MEDELLIN, LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO y ENRIQUE LOW MURTRA** (los siempre recordados profesores), y a miles de ciudadanos colombianos, sacrificados por las horda de secuaces que llevaron al caos institucional y sometieron al Estado colombiano de tal manera que lo llevaron al borde del precipicio.

5 Es un hecho de público conocimiento, también, los hechos ocurridos en la Cárcel municipal de Envigado (“La Catedral”), que representaron la consolidación de un proceso degenerativo que se vino gestando por dos décadas (años ochenta y noventa del siglo XX) con las acciones indiscriminadas, brutales y aberrantes llevadas a cabo por el capo narcotraficante recluido en el mencionado centro carcelario.

6 Y es un hecho de público conocimiento, que en la decisión del capo de entregarse y permitir su reclusión en la Cárcel municipal de Envigado (“La Catedral”) se reveló la profunda penetración que este personaje logró en todas las

determinado sector social no significa conocimiento efectivo del mismo, por parte de todos aquellos que integran este sector, y ni siquiera conocimiento efectivo de parte de la mayoría, ya que no es posible recordar todas las nociones que una persona puede considerar como verdades comprobadas y como patrimonio intelectual definitivamente adquirido por su cultura, y así como no sería factible de improviso precisar en que año murió don Benito Juárez, ni enumerar de memoria los puertos de determinada nación, no obstante que estas nociones siendo parte de la cultura de determinadas personas y notorios dentro de la esfera social a que pertenecen; no las recuerda, sin embargo, tal desconocimiento efectivo no desvirtúa el carácter de notoriedad de esos hechos, porque son datos que existen consignados como indiscutibles en los manuales de historia y geografía, a los que se puede acudir en cualquier momento; así pues, la notoriedad de un hecho entre un determinado círculo social, significa que el mismo forma parte de aquel patrimonio de nociones que todos los miembros de ese círculo saben que podrán obtener cuando sea necesario, con la seguridad de hallarlas dentro del número de verdades tenidas comúnmente como indiscutibles”. CIENFUEGOS SALGADO, David, “Los denominados hechos notorios. Con especial referencia a la actividad jurisdiccional electoral federal”, en [www.juridicas.unam.mx].

instituciones gubernamentales (en todos sus órdenes y a todos los niveles) –no puede olvidarse que el capo llegó a ser elegido y alcanzó una curul en la Cámara de Representantes-, la capacidad que tuvo para doblegar la soberanía y el poder legítimo del Estado, someter a todos los agentes estatales y ciudadanos a una barbarie irracional.

7 La penetración en todos los órdenes sociales y gubernamentales llevó al capo narcotraficante a asociarse con sectores políticos muy conocidos a los que comprometió con su poder corrupto y del que no hizo sino servirse al momento de su falsa entrega para ser recluido en la Cárcel municipal de Envigado (“La Catedral”), desde donde siguió cometiendo los peores actos delictivos con la complacencia de los miembros de la guardia, de las fuerzas militares y de todas aquellas instituciones en las que su mano negra de corrupción alcanzara. Pronto se revelaría como la mayor burla y descrédito no sólo para el sistema carcelario y penitenciario del país, sino para la legitimidad de todo un Estado que se enfrentaba a una maquinaria del terror que se había puesto de presente en diferentes actos terroristas, algunos de los cuales ya ha sido objeto de juzgamiento ante el Consejo de Estado (como el caso del atentado terrorista en Bogotá contra el vehículo y caravana del General (r) Miguel Maza Márquez, Director del DAS de la época, el atentado al avión de Avianca, la bomba contra las instalaciones del DAS, la bomba contra el centro comercial 93, etc).

8 Se trataba de un contexto histórico social que no puede ocultarse, no puede eludirse, ni puede soslayarse porque sería como negar la realidad de una época que colmó de drama, terror, sangre, corrupción y de barbarie no sólo a la justicia, sino a toda la sociedad colombiana. El sometimiento del capo al Estado y su reclusión en la Cárcel municipal de Envigado no fue más que otra estratagema empleada para burlar el orden jurídico, para doblegar nuevamente a las instituciones y ponerlas a su servicio, como lo hizo tanto con el cuerpo de guardianes, como sobre miembros de la fuerza pública, todos ellos procesados por la justicia penal ordinaria y militar. Precisamente, en hecho que fue de público conocimiento a 49 de los guardianes (municipales y nacionales) de la Cárcel municipal de Envigado (“La Catedral”) les fue iniciado proceso penal por el delito de fuga de presos, esto por parte de la Fiscalía Regional de Antioquia en agosto de 1992, profiriéndose medida de aseguramiento consistente en detención preventiva contra 15 de ellos. Finalmente, un Juez Regional de Antioquia condenó a siete (7) de veintinueve (29) ex – guardianes, entre ellos Bernardo Edwin Quiroz Jaramillo, José Wilmar Muñoz Sánchez, Bernardo de Jesús Valencia Montoya,

José Alonso Molina, Edier Antonio Ramírez Rodríguez, Julio César Gil Gómez y Sander León Sánchez Ochoa, a quienes condenaron a una pena privativa de la libertad de 32 años y 6 meses⁸⁵.

9 Por este motivo, y con todo respeto por la Sala, me permito analizar el caso desde la perspectiva del (de los) hecho (s) notorio (s) más representativos de la época: 1) la Cárcel municipal de Envigado fue el centro carcelario escogido por el gobierno nacional de la época para recluir al mayor capo narcotraficante de todos los tiempos en Colombia; 2) desde su ingreso al mencionado centro las sospechas, dudas y temores se fueron concretando, lo que no sólo fue denunciado por los medios de comunicación colombianos (radiales y televisivos) de la época. Los órganos de control empezaron, también a advertir serias irregularidades que se producían al interior de dicho centro carcelario; 3) dichas irregularidades llevaron a investigar a dos Ministros de Justicia de la época (Fernando Carrillo y Jaime Giraldo Ángel), al Director de Prisiones (TC. Hernando Navas Rubio), al Director de la Cárcel (TC. Jorge Armando Rodríguez González) y a por lo menos 49 guardianes que prestaban sus servicios para las fechas en que ocurrieron los hechos; 4) olvida la Sala que en la madrugada del 22 de julio de 1992 el mayor capo narcotraficante, acompañado de su primo y de otros de sus lugartenientes se fugó del centro carcelario; y, 5) no tiene en cuenta la estrategia trazada por el capo narcotraficante de doblegar al Estado, a sus instituciones, mediante la penetración corrupta de su dinero, de sus intimidaciones y de su poder.

10 En un “Primer Informe Oficial” la Procuraduría General de la Nación, de 1993, se concluyó que el capo tenía pleno control sobre el centro carcelario, sus instalaciones, los guardias de prisiones y los efectivos de la IV Brigada asignados a los anillos externos de la cárcel (debe precisarse que los miembros de las Fuerzas Militares que participaron en la toma de control y rescate de los miembros del gobierno al interior de la cárcel no hacían parte de la IV Brigada, sino que se trató de fuerzas especiales desplazadas desde la ciudad de Bogotá). En dicho informe, que fue de público conocimiento, se crítico que el Fiscal General de la Nación (de la época Gustavo de Greiff) había advertido de las irregularidades que se presentaban en la Cárcel municipal de Envigado, de tal manera que el Gobierno tenía conocimiento previo de la situación interna, conocía del poder del

⁸⁵ Puede verse la información de prensa publicada por el periódico El Tiempo el 26 de enero de 1995, y que se consulta en la página web [www.eltiempo.com.co].

capo en la misma, afirmándose que la guardia (sin discriminar) le era fiel, así como había connivencia de miembros de la IV Brigada del Ejército con las actividades del capo al interior y exterior del centro carcelario. Incluso, se llegó a informar que los predios cercanos a la cárcel eran de propiedad de personas cercanas al capo⁸⁶.

11 Como se encuentra demostrado, la situación de anormalidad, las irregularidades presentadas al interior de la Cárcel municipal de Envigado (“La Catedral”) eran hechos de público conocimiento, y de necesaria, indiscutible e ineludible consideración por la Sala en la sentencia, so pena de analizar, valorar y apreciar los medios probatorios de manera descontextualizada, esto es, sin atender a hechos que revestían notoriedad y en los que se encontraban involucrados los guardianes que ahora en esta instancia reclaman la indemnización de perjuicios del Estado.

12 De haberse tenido en cuenta esos hechos notorios, la valoración de los testimonios rendidos por los guardianes implicaba un mayor rigor y escrutinio puesto que con otras probanzas debía verificarse lo dicho por ellos ya que a todas luces eran testigos sospechosos⁸⁷. Sin duda, la labor del juez contencioso, cuando está valorando y apreciando las pruebas al interior de un proceso, no puede prescindir del contexto y de la realidad que le enseñan los hechos notorios puesto que estos le pueden señalar, como ocurre en este caso con la versión de los guardianes, que determinadas declaraciones no son creíbles por ser parcializadas.

13 En efecto, si la Sala hubiera atendido a todos los hechos de público conocimiento, como por ejemplo que cinco de los guardianes que en este proceso han venido a declarar fueron condenados por un Juez Regional de Antioquia (Edwin Quiroz Jaramillo, José Wilmar Muñoz Sánchez, Bernardo de Jesús Valencia Montoya, José Alonso Molina y Sander León Sánchez Ochoa) y que otros fueron sujetos de la misma investigación penal, por estar implicados en las irregularidades que estaban ocurriendo en la cárcel de Envigado y que fueron denunciadas públicamente por el Fiscal General de la Nación como por el Procurador General de la Nación, la conclusión hubiese sido otra.

⁸⁶ Puede verse la información de prensa publicada por el periódico El Tiempo el 22 de marzo de 1993, y que se consulta en la página web [www.eltiempo.com.co].

⁸⁷ El artículo 217 del Código de Procedimiento Civil reza: “Son sospechosos para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas” (subrayado fuera de texto).

14 Los anteriores supuestos fácticos que fueron de público conocimiento, cumplen con las condiciones y características reconocidas a los hechos notorios por la jurisprudencia constitucional, según la cual el hecho notorio “es, aquél cuya existencia puede invocarse sin necesidad de prueba alguna, por ser conocido directamente por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo”⁸⁸. Luego, no se requería prueba en el proceso que acreditara las irregularidades existentes en la Cárcel municipal de Envigado (“La Catedral”) puesto que era conocido directamente por cualquier ciudadano y por el Estado en ejercicio de su capacidad de observar el mismo.

15 A lo anterior cabe agregar lo argumentado en la sentencia T-589 de 2006 donde la Corte Constitucional expone que para “*para determinar el significado de esta figura, se debe recurrir a la definición de “hecho” en términos jurídicos, lo cual indica una modificación del mundo exterior que produce la creación, modificación o extinción de derechos u obligaciones. Por su parte “notorio” significa, según la real academia de la lengua, “Público y sabido por todos – Claro, evidente”*. Así, este concepto se traduce, en virtud de la prescripción dada por la legislación colombiana en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en que este tipo de hechos no requieren prueba dada la claridad con la que se presentan”⁸⁹.

16 Con base en lo anterior no puede admitirse que la Sala considere que no existía certeza suficiente para establecer “más allá de cualquier duda razonable, la concertación de los guardianes del orden nacional, ni de todos los del orden municipal-, para cooperar con los delincuentes allí retenidos –ni mucho menos de qué manera esa eventualidad pudo guiar el deceso de Olmedo Mina-, no obstante la pasividad que demostraron con las irregularidades descomunales que se estaban sucediendo (...) Más allá de esta situación, si los guardianes municipales –personal que custodiaba directamente a los internos- se encontraban o no cooperando con los criminales, lo mismo no exonera la responsabilidad, por el contrario, expone la ausencia de planificación y ejecución improvisada del operativo, donde no solo internos y guardianes confabulados fueron víctimas de un trato deshumanizado, sino también los demás funcionarios ajenos a la situación. Es decir, si bien es cierto que los hechos que allí acontecieron ocurrieron (sic) con la cooperación de algunos guardianes –como tristemente también del personal militar-“ (subrayado fuera de texto).

⁸⁸ Corte Constitucional, auto A-035 de 2 de octubre de 1997, expediente C-239/97. Argumentación reiterada en: Corte Constitucional, sentencia C-145 de 12 de marzo de 2009, expediente RE-137.

⁸⁹ Corte Constitucional, sentencia T-589 de 27 de julio de 2006, expediente T-1326376.

17 La Sala reconoce la existencia de hechos notorios, que como la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa ha argumentado, no requiere de prueba alguna. Pero cuáles que se convirtieron en hechos notorios?: 1) la relación entre los guardianes y los internos; 2) el estado de las irregularidades, la anormalidad manifiesta y la participación en las mismas de los guardianes (municipales y nacionales) y de miembros de la fuerza pública, constituían hechos notorios, por lo que su certeza deviene de su dominio público “y sabido del juez y del común de las personas que tienen una cultura media”, que tenían “determinadas dimensiones y repercusiones suficientemente conocidas por gran parte del común de las personas que tienen una mediana cultura, para que”⁹⁰ (información) fueran notorios. Lo que ocurría en la Cárcel municipal de Envigado (“La Catedral”) comprendía “acontecimientos evidentes, que se convierten en verdades axiomáticas propias, que tienen tal difusión en un medio dado que se hacen incontestables y que llevan a tal grado de certeza que resulta superior a la convicción que nace de la prueba misma, cuestión que no puede predicarse respecto de las relaciones personales”⁹¹. (e imposible su desconocimiento).

18 En mi criterio, la situación de anormalidad y las irregularidades presentadas al interior de la Cárcel municipal de Envigado (“La Catedral”) en la que participaron varios guardianes, miembros de las Fuerzas Militares y otros agentes del estado no requerí prueba alguna, y sí exigía de la Sala una labor de mayor rigor al valor la prueba recaudada dentro del proceso para apreciarla ajustada a la realidad material que había, y persiste en la memoria de todos los colombianos como una marca de sangre indeleble.

19 Luego de fundamentar la existencia de hecho (s) notorio (s), cabe examinar si teniendo en cuenta dicha realidad las declaraciones y testimonios rendidos por los guardianes pueden o no valorarse con la credibilidad y verosimilitud de la que los dotó la Sala.

2. La valoración adecuada de los testimonios que pueden considerarse sospechosos, en aplicación de los artículos 29 de la Carta Política y 217 del Código de Procedimiento Civil.

20 Ahora bien, en la valoración probatoria la Sala debía partir de los hechos notorios señalados anteriormente, para poder escrutar las declaraciones y testimonios rendidos por los guardianes, ya que posiblemente se encontraba ante

⁹⁰ Sección Segunda, sentencia de 27 de noviembre de 1995, expediente 8045.

⁹¹ Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 8 de noviembre de 2001, expediente 1109.

testigos respecto de los cuales cabía afirmar su carácter sospechoso, por lo que debía hacer un ejercicio más riguroso y de contrastación con los demás medios probatorios que el análisis aislado de cada grupo de declaraciones y testimonios como procedió. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional:

“El juez que en primera instancia estudió la presente solicitud de amparo desechó el valor de los testimonios recaudados a las amigas de la accionante por considerarlos supeditados a los intereses de ella. Veamos entonces, de manera breve, cuáles son los parámetros definidos por esta Corporación respecto a la aplicabilidad de la norma procesal que califica a ciertos testigos como sospechosos.

Cuando la Corte tuvo la oportunidad de analizar la Constitucionalidad del artículo 217 del Código de Procedimiento Civil, en la sentencia C-622 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz), consideró que el mismo debía interpretarse como uno de los instrumentos de la autonomía del juez para definir las pautas que rigen la valoración conjunta de todo el acervo que se recaude en la investigación; realzó la importancia del principio de la sana crítica y precisó que tal norma no lo facultaba para prescindir, sin más razón, de los testimonios sospechosos: *“Ese ejercicio de valoración de las pruebas deberá efectuarlo a partir del análisis conjunto de las mismas, exponiendo razonadamente el valor que atribuye a cada una, justificando la ponderación que de ellas hace y descartando sólo aquellas ilegal, indebida o inoportunamente allegadas, pues ello “...implicaría violar el derecho de defensa y el principio de publicidad y la posibilidad de contradicción de los medios probatorios, los cuales son de orden público y por lo tanto de obligatorio cumplimiento”*(Corte Suprema de Justicia, Sentencia de diciembre 2 de 1975)”.

Más adelante, en la misma sentencia y valiéndose de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, advirtió que considerar un testigo como sospechoso requería del juez *mayor severidad* a la hora de valorar la prueba. Al respecto, es importante traer a colación lo siguiente:

“En cuanto al artículo 217 del C.P.C., éste lo que hace es definir como sospechosos a aquellos testigos que se encuentren en circunstancias que puedan afectar su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o intereses que tengan con las partes o sus apoderados, de sus antecedentes personales u otras causas que determine el juzgador; ello por cuanto si bien la sola circunstancia de que los testigos sean parientes de una de las partes, no conduce necesariamente a deducir que ellos inmediatamente falten a la verdad, “...la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha.” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 8 de junio de 1982), *lo que permite concluir que dicha*

norma no es más que una especificación de las reglas de la sana crítica aplicadas al proceso civil”.

Finalmente, esta Corte sostuvo que calificar los testimonios como sospechosos en virtud a la citada norma no vulneraba el principio de buena fe porque: *“la ponderación de una prueba como el testimonio, obliga al juez a desplegar su actividad con miras a determinar la fuerza de convicción del mismo, para lo cual deberá remitirse a criterios de lógica y experiencia que le permitan valorarla en su real dimensión, sin que ello implique, como lo afirma el actor, que se quebrante la presunción de buena fe que se atribuye a todas las actuaciones de los particulares. Si ello fuere así, la labor del juzgador se limitaría al registro de la versión, de la cual no podría dudar, lo que dejaría sin*

sentido su actuación e impediría el objetivo último del proceso, que no es otro que el arribo a la verdad material’.

Obsérvese que conforme a la doctrina constitucional el juez no tiene facultad para abstenerse de valorar un testimonio que considere sospechoso. En su lugar, debe efectuar una práctica más rigurosa del mismo y una evaluación detallada de cada una de las afirmaciones que lo compongan. En conclusión el juez, como director del proceso, debe asumir la responsabilidad de valorar bajo parámetros objetivos todas las pruebas allegadas a la investigación. Sólo puede descartar aquellas respecto de las cuales compruebe su ilegalidad o que se han allegado indebidamente o inoportunamente y, en todo caso, cualquiera que se haya obtenido con la vulneración del debido proceso.

Sobre este aspecto, para terminar, se hace necesario recordar la sentencia SU-132 de 2002, en la cual el pleno de la Corporación comprendió que: *“en la valoración probatoria efectuada por una autoridad judicial, prima la autonomía e independencia del juez que la realiza. Lo que se rechaza de la misma es el posible exceso en que se pueda llegar a incurrir, por un ejercicio arbitrario de esa discrecionalidad. Esto es lógico, puesto que como director del proceso, el juez de la causa es el que está llamado a determinar la utilidad, pertinencia y procedencia del material probatorio, a través de criterios objetivos y razonables, de manera que pueda formar su convencimiento y sustentar la decisión final, utilizando las reglas de la sana crítica (C.P.C., art. 187 y C.P.L., art. 61)⁹² || El ejercicio de ese poder discrecional sería arbitrario si la valoración probatoria fuese resultado de un manifiesto juicio irrazonable, determinante de la decisión final. La negativa a practicar una prueba o a apreciarla dentro de un proceso, sólo puede obedecer a la circunstancia de que las pruebas “no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o que estén legalmente prohibidas o sean ineficaces o versen sobre hechos notoriamente impertinentes o se las considere manifiestamente superfluas (...)”⁹³.*

El ejercicio autónomo de administrar justicia conlleva la responsabilidad de apreciar en su conjunto todos los elementos que se alleguen al proceso. La negativa a practicar o apreciar pruebas es una capacidad excepcional del juez que debe estar justificada explícitamente por la Constitución y la Ley. De otra manera, es decir, si el caudal probatorio no tiene ninguna falencia o anomalía debe ser valorado objetivamente. Además, el papel del juzgador dentro de un proceso que busca amparar los derechos fundamentales requiere del mismo una participación activa y diligente, más si se tiene en cuenta que dentro él los ciudadanos actúan directamente sin la asesoría de un profesional del derecho. En suma, teniendo en cuenta el poco tiempo del que se dispone para practicar las pruebas que se decreten de oficio o conforme a la solicitud de tutela, el juez debe hacer lo posible por maximizar los

objetivos de su práctica evitando en extremo que éstas sean desechadas o no tengan valor al momento de decidir⁹⁴.

21 Cuando el Consejo de Estado ha analizado el testimonio o testigo sospechoso, ha planteado varios criterios que se proyectan al caso: 1) el “valor probatorio de toda declaración de un testigo sospechoso” puede ser contrarrestado y llevar a que sus afirmaciones no sean verídicas, de manera que las declaraciones practicadas en un proceso “carecen de eficacia probatoria pues se presume

⁹² Corte Constitucional, sentencia T-442 de 1994.

⁹³ Corte Constitucional, sentencia T-393 de 1994.

⁹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-1090 de 26 de octubre de 2005, expediente T-1132315. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-790 de 20 de septiembre de 2006, expediente D-6219.

sospechosa” y no producen la “la certeza de que los hechos declarados por los testigos” y que se pretenden demostrar no son ciertos, “además de que no están soportadas mediante otras pruebas documentales”⁹⁵. Para el caso en concreto, las declaraciones rendidas en el “colegiado castrense” por los guardianes Bernardo Edwin Quiroz Jaramillo, José Wilmar Muñoz Sánchez, Bernardo de Jesús Valencia Montoya, Jorge Alonso Molina y Sander León Sánchez Ochoa y las de los demás guardianes (Humberto Quintero Mantilla, Héctor Jaime Jaramillo Ochoa, Humberto Quintero Martínez, Eugenio de la Cruz Agudelo Zuluaga, Juan Guillermo Gómez Giraldo, Luis Fernando Velásquez Quiroz y Jairo Raúl Daza Moreno) debieron ser escrutados rigurosamente y de manera conjunta ya que muchas de sus afirmaciones no logran ser ciertas y no están soportadas con otros medios probatorios (documentales, técnicos o testimoniales). Y es así siguiendo el siguiente ejercicio de análisis y valoración puede encontrarse:

- a) En cuanto a las circunstancias de tiempo (hora y fecha de los hechos), no puede dotarse de credibilidad la declaración rendida por Bernardo Edwin Quiroz Jaramillo, Humberto Quintero Mantilla y Eugenio de la Cruz Agudelo Zuluaga ya que en sus afirmaciones encaminadas a demostrar las circunstancias en las que falleció Olmedo Mina y el trato recibido por las fuerzas especiales resultan contradictorias con las de otros guardianes, pero especialmente con las declaraciones rendidas por el Sargento Segundo de Marina Edinson Navia Parra y el Teniente Ramón Gerardo Moncayo Trujillo, ya que no es cierto que las fuerzas especiales entraron sólo por el acceso principal, sino que también ingresaron para parte de atrás, esto es, por donde estaban ubicados los alojamientos en los que se encontraban Quiroz Jaramillo, Quintero Mantilla y Agudelo Zuluaga. Y tampoco se corresponde con la valoración considera por el Juez Penal Militar de 18 de diciembre de 1995 y las Resoluciones 420, de 18 de julio de 1994 y 358 de 31 de agosto de 1995 de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares.
- b) De igual manera, pierden credibilidad las declaraciones rendidas por los guardianes Jorge Alonso Molina y Sander León Sánchez Ochoa, al contrastarlas con las declaraciones del Teniente Coronel Hernando Navas Rubio y del Eduardo Mendoza de la Torre, puesto que todos se encontraban en la celda del capo, y contrario a lo manifestado por los guardianes éstos tenían relaciones (lo que se refuerza con los hechos de público conocimiento) con los internos, especialmente con el capo

⁹⁵ Sección Cuarta, sentencia de 25 de octubre de 1996, expediente 7627.

narcotraficante y con sus secuaces, tanto es así que los acompañaban en sus desplazamientos internos (con lo que se consumó flagrante y directamente el régimen carcelario y penitenciario), sirvieron como guardia personal del capo, y participaron en durante el día 21 de julio y en la madrugada del 22 de julio de 1992 como vigilantes de los miembros del Gobierno Nacional que había ingresado al centro carcelario. No debe olvidarse que mientras los guardianes, entre ellos los declarantes, realizaban tareas orientadas por el capo narcotraficante (como se revela por el TC Navas Rubio y por Mendoza de la Torre), este ejecutaba su plan de fuga, de ahí que los dos guardianes hayan sido investigados, juzgados y sancionados penalmente por un Juzgado Penal Regional de Antioquia. Es más las afirmaciones de los guardianes pierden certeza y verosimilitud cuando se contrastan con lo declarado por el director de la cárcel Teniente Coronel Jorge Armando Rodríguez González, quien reveló que los guardianes estaban sometidos al capo narcotraficante por cuestiones económicas, y que los delegados del Gobierno Nacional que se encontraban con Molina y Sánchez Ochoa se convirtieron en garantía de seguridad para el capo, para sus secuaces y para los propios guardianes involucrados en tal “treta” gestado por la mente criminal del mayor capo narcotraficante del país en la historia.

- c) Las declaraciones de los guardianes Héctor Jaime Jaramillo Ochoa, Humberto Quintero Martínez y Jairo Raúl Daza Moreno también pierden credibilidad al examinarlas contrastadamente con las declaraciones del Teniente Ramón Gerardo Moncayo Trujillo, del Sargento Segundo de la Marina Edinson Navia Parra, del Mayor Reynol Díaz Tello (quienes participaron en la operación) y del Teniente Coronel Hernando Navas Rubio, ya que no hay elemento alguno que permite credibilidad que los guardianes no portaban armas. Por el contrario, las declaraciones del TC Navas Rubio y de Jairo Raúl Daza Moreno, con lo afirmado por Sándor León Sánchez y lo expresado por el TC Rodríguez González permite llegar a la razonable, ponderada y verosímil conclusión de que los guardianes portaban armas (de diferente tipo), las cuales con cierta probabilidad fueron objeto de uso ya que el Informe del Laboratorio de Balística del Cuerpo Técnico de Investigaciones concluye que el arma con la que se relacionó el cadáver de Olmedo Mina si fue disparada. Y no sólo se corrobora el uso de las armas con la prueba técnica, sino que de las declaraciones de los militares que participaron en la operación, del Informe del Brigadier General Gustavo Pardo Ariza, de la declaración del director de la cárcel Jorge

Armando Rodríguez González (quien ordenó el 21 de julio de 1992 reforzar los puestos de guardia y por radio ordenó no disparar), llevan a la conclusión razonable, pondera y verosímil que desde el interior de la cárcel se realizaron disparos. A lo que cabe agregar, por lo manifestado por el TC Navas Rubio y por el señor Mendoza de la Torre que los internos también portaban armas, luego no constituye un curso causal hipotético pensar que éstos no la usaron durante el momento del ingreso de las fuerzas especiales, lo que debió escrutarse con mayor rigor por la Sala, porque simplemente se hizo ver que no hubo reacción, sino que se ejecutó una operación respecto de unas personas presuntamente en estado de indefensión.

- d) Ninguna de las declaraciones de los guardianes confirma el origen de los disparos, ni da cuenta de las circunstancias de la muerte de Olmedo Mina, ya que ninguno es presencial. Tampoco las declaraciones de los guardianes, con base en las cuales se funda la imputación de la responsabilidad, da cuenta de cómo fue herido el cabo Giraldo, se contradicen entre sí respecto al porte o no de armas por ellos.
- e) Se restó relevancia a las declaraciones del TC Navas Rubio, del TC Rodríguez González y del señor Eduardo Mendoza de la Torre, quienes al encontrarse al interior del centro carcelario, haberse reunido y comunicado con el capo narcotraficante y haber podido conocer la situación de los guardianes y su relación con este y sus secuaces, afirmaron ciertos elementos que en la sentencia no se tuvieron en cuenta para contrarrestar el carácter sospechoso de las declaraciones de los guardianes: i) se esperaba reacción desde el interior de la cárcel (como lo sostuvo el TC Navas Rubio), lo que se confirma con la orden impartida por el director de la cárcel Rodríguez González a sus guardianes de no disparar; ii) la guardia municipal era la seguridad inmediata del capo (lo que confirma el hecho público y notorio); iii) los internos portaban armas (en claro incumplimiento de las normas carcelarias y penitenciarias); iv) los internos tenían elementos de comunicación e impartían órdenes a personas por fuera del centro carcelario (lo que permitió la fuga posterior del capo narcotraficante); v) la guardia estaba armada; vi) los desplazamientos de los internos y de los miembros del Gobierno Nacional se realizaban con acompañamiento de los guardianes; vi) existían una actitud de respaldo, connivencia y complicidad de los guardianes y los internos (lo revelan las declaraciones del TC Navas Rubio y del TC Rodríguez González), de tal manera que no

hicieron nada para impedir la retención de los miembros del Gobierno Nacional (tal como lo revela Eduardo Mendoza de la Torre).

22 Examinadas y analizadas con el esquema anterior las pruebas, cabe reivindicar que cuando se trate de testimonios o declaraciones de compañeros de trabajo, por ejemplo, la suposición de lazos de amistad “no resulta suficiente para estimar” que las mismas “fueron parciales”⁹⁶, como eran los guardianes, pero si exige un mayor rigor en su escrutinio, lo que no ofrece la sentencia de la Sala

23 Ahora bien, si se evidencia una clara intención del testigo de favorecerse, y a ello se agrega que no es presencial de los hechos y se basa en meras suposiciones, puede considerarse sospechosas las declaraciones “las cuales no gozan de respaldo probatorio alguno”⁹⁷, que es lo que ocurre con la mayoría, sino todas, las declaraciones de los guardianes de la cárcel.

24 Por lo tanto, y siguiendo la jurisprudencia contencioso administrativa, “no existe descalificación legal de un testigo que se pueda calificar de “sospechoso”, ya que ello sería incompatible con el principio de la sana crítica que gobierna todo el régimen probatorio en nuestro medio, sin embargo, las razones por las cuales un declarante puede tildarse de sospechoso (amistad, enemistad, parentesco, subordinación, etc.), deben ser miradas por el juzgador como aquellas que pueden colocar al testigo en capacidad de engañar a la justicia; pero para ello, el juez debe hacer uso del análisis de la prueba, en su conjunto, a fin de llegar a una convicción aplicando las reglas de la sana crítica de la prueba. Y no resulta procedente desestimar de plano un testimonio, porque el artículo 218 del C.P.C. establece como norma de conducta para el juez apreciar los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, y no desecharlos de plano. El calificar como sospechoso un testigo no implica necesariamente que este haya incurrido en un falso testimonio, pues, en la práctica, respecto de testigos que en principio puedan ser calificados sin tacha de sospecha, no puede presumir el juez que siempre dicen la verdad; su dicho, como todo medio probatorio, debe evaluarse en conexidad con todos los demás medios de prueba aportados dentro de un proceso”⁹⁸.

25 A lo que cabe agregar, siguiendo la misma jurisprudencia contencioso administrativa, que la “ley no impide que se reciba la declaración de un testigo sospechoso, pero la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie

⁹⁶ Sección Tercera, sentencia de 11 de febrero de 2009, expediente 17407.

⁹⁷ Sección Tercera, sentencia de 29 de enero de 2009, expediente 16319.

⁹⁸ Sección Primera, sentencia expediente 2003-01445.

con mayor severidad, que al valorarla se someta a un matiz más denso que aquel por el que deben pasar personas libres de sospecha". "El valor probatorio de toda declaración de un testigo sospechoso de antemano se haya contrarrestado por la suposición de que sus afirmaciones no son verídicas y por consiguiente, por sí solos, jamás pueden producir certeza en el juez. Lo cual autoriza a decir que lo más aconsejable es que el testimonio sospechoso deba analizarse de cara a los demás medios de convicción, para así establecer si éstos, ofreciéndole respaldo, hacen evanescente la incredulidad"⁹⁹.

26. Por todo lo anterior, y con el mayor respeto por la Sala, debe recordarse que "el juez al momento de apreciar la prueba, tendrá que aplicar las reglas de la sana crítica para su estudio y determinar que tan sospechoso puede ser, pero no puede, de forma anticipada, negar la misma"¹⁰⁰, ni darle total o plena verosimilitud, ya que las conclusiones que se puedan extraer puede llevar a adoptar una decisión que no se corresponde con la verdad material existente en el proceso (advirtiendo que fundarse en las declaraciones del Procurador Delegado Iván Velásquez Gómez no se pueden sacar del contexto ya que no fue actor presencial, y sólo vino a advertir ciertas situaciones una vez terminó la operación militar adelantada para retomar el control de la Cárcel municipal de Envigado -"La Catedral"- y rescatar a los miembros del Gobierno Nacional ilegal e indebidamente retenidos), que para el caso concreto orienta, sin duda alguna a negar las pretensiones ya que si bien se demostró el daño antijurídico, este no es imputable a las entidades demandadas puesto que en el ámbito fáctico se produjo la ruptura del nexo al haber operado la causal eximente de responsabilidad del hecho o culpa exclusiva de las víctimas, en este caso de los guardianes que vienen a reclamar la indemnización del Estado.

3) La valoración probatoria de los hechos para llegar a la conclusión de la imputación del daño antijurídico sin tener en cuenta el hecho notorio de las irregularidades que existían al interior de la Cárcel municipal de Envigado ("La Catedral). La configuración del hecho o culpa exclusiva de la víctima.

27 Cuando se trata de la eximente de culpa exclusiva de la víctima el análisis del juez de lo contencioso debe hacerse en el ámbito preciso del juicio de imputación. Este no es otro que el fáctico, en el que las eximentes de responsabilidad al

⁹⁹ Sección Primera, sentencia expediente 2006-02791.

¹⁰⁰ Sección Primera, sentencia de 2 de septiembre de 2010, expediente 2007-00191.

encontrarse acreditadas llevan a la ruptura de la relación de causalidad que en dicho escenario se establece.

28 El hecho o culpa de la víctima como causal exonerativa de la responsabilidad debe examinarse en el ámbito fáctico (escenario propio a la relación de causalidad) de la imputación, y no debe revestir carácter alguno de irresistibilidad e irreversibilidad, sino que debe obedecer a los presupuestos de la culpa que es inherente e intrínseca al sujeto que la comete.

29 En la sentencia de la Sub-sección C de 24 de agosto de 2012 (expediente 24779) y la sentencia de la Sección Tercera de 17 de octubre de 1991, la causal eximente de responsabilidad de hecho o culpa exclusiva de la víctima presenta los siguientes elementos tipificadores:

“Para que la culpa de la víctima se tipifique se deben dar los siguientes elementos: a) Una relación causal entre el hecho de la víctima y el daño. Si la víctima no contribuye en alguna forma a la producción del evento perjudicial, su conducta no puede tener repercusiones en el campo de la responsabilidad; b) El hecho de víctima debe ser extraño y no imputable al ofensor, y c) Debe ser ilícito y culpable. Cualquier circunstancia particular del caso no puede aceptarse como hecho de la víctima, pues se corre el riesgo de pecar por informalidad jurídica en la aplicación de la ley y el derecho, al caso concreto”¹⁰¹.

30 Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia de la Sección Tercera en la sentencia de 15 de noviembre de 1990 consideró que la culpa de la víctima podría constituirse, fáctica y jurídicamente, en elemento causal concurrente que no permite enervar la responsabilidad, sino delimitar el quantum indemnizatorio. En ese sentido, se argumentó:

“Cuando a más de la conducta negligente de la víctima se prueba la actividad ilegal de la administración, se presenta forzosamente la llamada, concurrencia de culpas, según la cual, el juez subjetivamente reduce la indemnización, teniendo en cuenta el grado de incuria del afectado. La culpa de la víctima no excluye, *per se*, la falla en el servicio, naturalmente si ésta se encuentra debidamente acreditada. La compensación de culpas será total cuando el hecho nocivo se produjo por tal negligencia de la víctima que de todas maneras hubiere acaecido”¹⁰².

¹⁰¹ Sección Tercera, sentencia de 17 de octubre de 1991, expediente 6644.

¹⁰² Sección Tercera, sentencia de 15 de noviembre de 1990, expediente 5990. Dicha concurrencia entre la actividad, omisión o inactividad de la administración pública, y la culpa de la víctima con la sentencia de 28 de febrero de 1991 (expediente 6065) reviste como elemento singular que ninguna de los hechos desplegados causalmente sea exclusivo, o este dotado de exclusividad. Puede verse: “Cabe reiterar, como lo ha precisado la Sala que en los eventos en los cuales la actuación de la víctima resulta ser causa única o concurrente del daño, carece de relevancia la valoración de su subjetividad, porque si la causalidad constituye un aspecto objetivo, material de la responsabilidad, la labor del juez frente a un daño concreto debe limitarse a verificar si dicha conducta fue o no la causa eficiente del daño, sin que para ello importe establecer si al realizarla, su autor omitió el deber objetivo de cuidado que le era exigible, o si su intervención fue involuntaria. Por tal razón, resulta más preciso señalar que la causal de exoneración de

31 Pero en la sentencia de 18 de mayo de 1992, la Sección Tercera planteó que cuando concurre la culpa de la víctima ocurre la compensación de culpas, que cabe diferenciar de la concurrencia en los siguientes términos:

“Cuando el hecho perjudicial ha sido causado por dos o más personas, no se produce una división de la responsabilidad, como si cada uno llevara apenas una parte de la culpa, sino que por mandato legal surge, una obligación solidaria de responder. Cuando concurre el hecho de tercero con la falla de la administración se da la concurrencia de sujetos responsables y por eso se habla de solidaridad entre éstos. Pero cuando el hecho de terceros es exclusivo y determinante será causal de exculpación, porque por sí solo fue el productor del daño. En cambio en la compensación no interviene, el hecho del tercero sino la culpa propia de la víctima en concurrencia con la del otro sujeto responsable para causar el daño. Aquí puede hablarse de esa compensación cuando tanto la conducta de la una como de la otra fueron la causa del perjuicio. Porque cuando la culpa de la víctima tiene nota de exclusividad y puede estimarse como único motivo de ese daño, esa culpa será causa de exculpación del sujeto sindicado de la misma y no compensación”¹⁰³.

32 Ahora bien, cuando se trata de establecer la ocurrencia de la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad, o como elemento concurrente de la misma, la Sección Tercera desde la sentencia de 22 de febrero de 1990 argumentó:

“La culpa de la víctima en el ámbito de la responsabilidad administrativa, no es más que la violación de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado. La violación, entonces por parte de la víctima, de las obligaciones que en cada caso concreto recaen sobre ella como persona administrada, implica la exoneración total de la responsabilidad de la administración si tal violación es imputable de manera exclusiva a la víctima o simplemente parcial cuando la violación incida apenas como causa concurrente o concausa de esa responsabilidad. No puede jamás el juez perder de vista que el parámetro de medición del "menor ideal" debe ser predicable de los menores, y no de los adultos. No se puede jurisprudencialmente exigir que un menor deje de comportarse como tal. No se puede exigir por esta Sala que el "menor ideal" sea reemplazado en el análisis jurídico por el "adulto ideal”¹⁰⁴.

33 En tanto que en la sentencia de 28 de noviembre de 1991, la Sección Tercera consideró:

“La circunstancia de que el Departamento no hubiese podido terminar las obras por falta del presupuesto, no tiene el universo de la fuerza mayor, que libera de responsabilidad. De otro lado, no cabe hablar de culpa del menor,

responsabilidad del demandado es el hecho de la víctima y no su culpa. En pocos términos: en el campo de la responsabilidad patrimonial del Estado la valoración objetiva de la intervención causal tanto de la Administración como de la propia víctima resultan suficientes para determinar si la causa eficiente del daño lo fue la actuación del ente demandado o de la víctima, con el fin de establecer si hay lugar a condenar a aquélla o a absolverla por haberse producido una causal excluyente de responsabilidad, o si ambas concurren en la producción del daño y, entonces, reducir el valor de la indemnización en proporción directa a la mayor o menor contribución de la conducta de la víctima en su producción”. Sección Tercera, sentencias de 18 de febrero de 2010, expediente 17179.

¹⁰³ Sección Tercera, sentencia de 18 de mayo de 1992, expediente 2466.

¹⁰⁴ Sección Tercera, sentencia de 22 de febrero de 1990, expediente 4271.

pues para el momento de la tragedia no tenía diez años de edad, no siendo entonces responsables de delito o culpa, por mandato del artículo 2346 del C.C. Ignora el fallador si hubo culpa de los padres del niño, pues no fueron vinculados al proceso. Aún si en gracia de discusión se abriera la posibilidad de que el menor fuera capaz de cometer culpa, con la filosofía del absurdo no se puede valorar la realidad fáctica que permite a los niños jugar, saltar, pescar o circular libremente por el espacio público. La nueva Constitución en su artículo 44 preceptúa los derechos fundamentales de los niños y señalan que prevaleces sobre los derechos de los demás”¹⁰⁵.

34 En mi criterio, y del análisis y valoración crítica, conjunta y razonable de la prueba obrante en el proceso encuentro que hay varios hechos demostrados que permiten afirmar la existencia y demostración del hecho o culpa exclusiva de la víctima: 1) la relación entre los guardianes y los internos, especialmente con el capo narcotraficante no sólo era un hecho de público conocimiento, sino que se corroboró dentro del expediente, de tal manera que el propio director de la cárcel Jorge Armando Rodríguez González en su declaración lo sostuvo en sus propios términos como la evidencia de “complicidad de los guardianes municipales”; 2) los guardianes portaban armas y cabe la probabilidad de haber sido usadas, como se desprende de las declaraciones de Sander León Sánchez Ochoa (quien dijo recibir la orden del director de la cárcel de no disparar, y por qué tal advertencia?), de Jairo Raúl Daza Moreno quien dijo que Olmedo Mina sí portaba un arma, del Acta de Levantamiento de cadáver en la que se consignó que Olmedo Mina portaba un fusil 7.62 milímetros, del Informe del Laboratorio de Balística del Cuerpo Técnico de Investigación del CTI (en el que se constató que el mencionado fusil fue percutido); 3) la Cárcel municipal de Envigado (“La Catedral”) estaba bajo el dominio pleno del capo narcotraficante (lo que no sólo es un hecho notorio, sino que con las declaraciones del director de la cárcel Rodríguez González, del TC Navas Rubio y del señor Eduardo Mendoza de la Torre se corroboró, así como en las consideraciones de las decisiones de la justicia penal militar, así como de las investigaciones disciplinarias adelantadas por la Procuraduría General de la Nación); 4) finalmente, se constató que hubo participación directa de los guardianes en un plan criminal y atroz orquestado por el capo narcotraficante, y con el único objetivo de lograr su fuga del centro carcelario, la que se produjo el 22 de julio de 1992 y que fue de público conocimiento, lo que permite evidenciar que la credibilidad, certeza y verosimilitud de lo afirmado por los guardianes debía ponerse en cuestión, escrutarse y verificarse, puesto que de lo contrario se podía llegar a una conclusión que no se corresponde con la realidad material y

¹⁰⁵ Sección Tercera, sentencia de 28 de noviembre de 1991, expediente 6809.

probatoria que indica que lo determinante en la producción del daño antijurídico fue la el hecho o culpa exclusiva de la víctima, por lo que no había razón a endilgar responsabilidad alguna a las entidades demandadas, sino que se debió exonerar de responsabilidad por haber operado la eximente mencionada.

En ese sentido dejo presentado mi salvamento de voto.

Fecha ut supra

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA