



Reparación directa
Falla del servicio
Recluso
Tortura

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

Consejero Ponente: Enrique Gil Botero

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013)

Expediente: 26.250

Radicación: 19 0012331000199800242 01

Demandante: Jairo Aponza Guaza y otros

Demandado: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-

Asunto: Acción de reparación directa

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 12 de agosto de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, en la que se denegaron las súplicas de la demanda.

I. Antecedentes

1. En escrito presentado el 30 de abril de 1998, Jairo Aponza Carabalí; Jairo Aponza Guaza; Elida Carabalí Girón; Amparo Carabalí; María Eva, Cenide, Miller e Ingrid Tatiana Aponza Carabalí; Josefina Aponza Ararat; Javier Fernando, Tammy Alejandra y Jhon Steven Aponza Aponza, solicitaron que se declarara patrimonialmente responsable al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC-, por las lesiones sufridas por el primero de ellos, ocurridas entre los días 3 al 18 de abril de 1997, en la Cárcel del Circuito Judicial de Santander de Quilichao, Cauca.



26.250
Jairo Aponza Guaza y otros

En consecuencia, solicitaron que se condenara, por concepto de lucro cesante, a \$200.000.000,00 de pesos; por daño emergente, a \$30.000.000,00; por perjuicios fisiológicos, a \$70.000.000,00; y por perjuicios morales, a 1.000 gramos de oro a la fecha del fallo, para el lesionado. Del mismo modo se deprecó, por concepto de perjuicios morales, la suma que en pesos correspondiera a 1.000 gramos de oro, para cada uno de los demás demandantes.

Como supuesto fáctico de la *causa petendi* indicaron que Jairo Aponza Carabalí, fue detenido en la Estación de Policía de Suárez -Cauca- por orden del Juzgado Promiscuo Municipal de Suárez, por el delito de lesiones personales, y posteriormente, trasladado a la cárcel municipal del circuito de Santander de Quilichao, donde permaneció 15 días, siendo objeto de un trato inhumano y golpeado salvajemente en la cabeza por los guardias del centro reclusorio, lo que le ocasionó un estado de demencia, que le llevó a andar desnudo por las calles, una vez fue dejado en libertad.

Explican que, deambulando por las calles, en el referido estado de enajenación mental, fue reconocido por un amigo de la familia, quien les informó de la situación, por lo que fue conducido al Hospital Universitario Psiquiátrico de Cali, resultando con una merma de la capacidad laboral del 100% y pérdida de goce fisiológico de por vida, situación que compromete la responsabilidad del ente demandado.

2. La demanda fue admitida mediante auto datado el 9 de junio de 1998, y notificada en debida forma.

El Instituto Nacional Penitenciario se opuso a la prosperidad de las pretensiones, esgrimiendo que el daño alegado no le era imputable, toda vez que el interno había adquirido la enfermedad de demencia antes de su reclusión, ya que de conformidad con la información obtenida en el centro carcelario, el joven había



llegado en ese estado, habiendo sido necesario su aislamiento, para evitar problemas con los demás internos.

3. Concluida la etapa probatoria, iniciada por auto del 30 de abril de 1999, y fracasada la conciliación, se dio traslado para alegar.

Los demandantes, guardaron silencio. Por su parte, el Instituto Nacional Penitenciario reiteró lo expresado en la contestación de la demanda.

El Ministerio Público conceptuó que para poder establecer la responsabilidad del demandado era necesario realizar un dictamen pericial para que el médico psiquiatra, después de evaluar al paciente, determinara desde cuando padecía la enfermedad mental, y si en efecto, como se sostenía en la demanda, la misma fue producto de las lesiones que sufrió al interior de la cárcel.

II. Sentencia de primera instancia

El *a-quo* al negar las pretensiones de la demanda, señaló que el hospital psiquiátrico, al examen de ingreso de Jairo Aponza Carabalí no detectó lesión cerebral alguna por lo que la demencia pudo desencadenarse por otras razones; igualmente afirmó que la afectación mental, bien pudo haber sido ocasionada antes de ingresar al centro carcelario, debido al golpe propinado por Diomar Aponza, quien como lo señala la madre de aquél, "lo encendió a plan", lo que dio lugar a que Jairo lo hiriera de una puñalada y fuera detenido por lesiones personales; de otra parte expresó, que de conformidad con el registro de entrada al hospital psiquiátrico, éste "*se había caracterizado por continuar conflictos con su compañera y familiares originados por la irresponsabilidad del paciente; desempeño inadecuado del rol familiar y consumo constante de alcohol y constantes riñas callejeras con múltiples encarcelamientos*", de donde se concluía que ya presentaba comportamientos anormales.

III. Recurso de apelación



26.250
Jairo Aponza Guaza y otros

1. La parte demandante interpuso recurso de apelación, el que fue concedido mediante auto del 26 de septiembre de 2003, y admitido en proveído datado el 27 de febrero del 2004.

El apoderado indicó en la sustentación del recurso, su inconformidad con el fallo de primera instancia, argumentando que en el plenario existía prueba que develaba una falla en el servicio, toda vez que estaba demostrado que Jairo Aponza Carabalí estuvo recluido en la cárcel de Santander de Quilichao entre los días 3 y 18 de abril de 1997, sin que a la fecha de ingreso se reportara ninguna anomalía en su comportamiento, y que existía certificación médica donde constaba el extremo grado de esquizofrenia en que se encontraba el paciente cuatro días después de haber sido liberado; y que de conformidad con la prueba testimonial estaba en perfecto estado de salud antes de ser enviado al centro reclusorio. Expresó que al INPEC le correspondía velar por la integridad física, psíquica y humana del detenido, lo que no había ocurrido en este caso.

2. En el traslado para presentar alegatos de conclusión, el ente demandado reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, destacando que de conformidad con lo señalado en la historia clínica, en el examen de ingreso realizado el día 22 de abril de 1997, esto es, cuatro días después de haber recobrado su libertad, no se hallaron síntomas de trauma ni déficit neurológico, de manera que mal podía indicarse que recibió golpes y malos tratos en el centro penitenciario, ya que de haber sido así, se habrían registrado al ingreso del paciente en el centro hospitalario.

Además, señaló que el registro de entrada al hospital daba cuenta de que Jairo Aponze era una persona que se había caracterizado por tener innumerables conflictos con su compañera y demás familiares, teniendo permanentemente riñas callejeras con múltiples encarcelamientos, de donde se deducía que era una persona pendenciera enfrentada constantemente con terceros, de manera



26.250
Jairo Aponza Guaza y otros

que si presentó contusiones o golpes, pudo haberlas contraído en cualquiera de esas peleas callejeras, así como el trauma cerebral que afirma tener.

El Ministerio Público no conceptuó sobre el particular.

IV. Consideraciones:

1. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 12 de agosto de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, en el caso *sub examine*.

2. De los elementos demostrativos recaudados se destacan los siguientes:

2.1. Historia Clínica No. 74369 de julio 23 de 1999, de Jairo Aponza Carabalí, suscrita por el subgerente científico del Hospital Psiquiátrico Universitario "San Isidro" E.S.E., en la que se señaló:

"HISTORIA CLÍNICA No.: 74369
NOMBRES Y APELLIDOS: JAIRO APONZA CARABALÍ
EDAD ACTUAL: 23 AÑOS
ORIGEN Y PROCEDENCIA: SUAREZ (C)

Paciente conocido en la institución desde el 22 de abril de 1997; remitido del Hospital Local de Suárez (C), posterior a ser recluido en la cárcel por lesiones personales en donde se torna místico, grandioso, con alucinaciones visuales y auditivas formadas, experiencias de pasividad, se tornó nudista, agresivo, hostil y destructivo. Se hizo diagnóstico de Síndrome Esquizofreniforme, se inició tratamiento antipsicótico, los familiares refieren que durante su encarcelamiento recibió trauma en región cefálica por la Policía, además que se ha caracterizado por continuar conflictos con su compañera y familiares originados por la irresponsabilidad del paciente; desempeño inadecuado del rol conyugal y consumo constante de alcohol y constantes riñas callejeras con múltiples encarcelamientos. Al examen de ingreso no se encontraron síntomas de traumas, ni déficit neurológico, se dio salida el 13 de mayo/97. Asistió a último control en mayo 28/97 se solicitó CAT Cerebral, pero por recursos económicos no se ha podido realizar.

Tratamiento: Haloperidol 20 mg/, akineton 4 mg/d, sinogan 25 mg/d, carbamazepina 400mg/d



26.250
Jairo Aponza Guaza y otros

DIAGNOSTICO:

- 1-) SÍNDROME ESQUIZOFRENIFORME
- 2-) SÍNDROME CEREBRAL ORGÁNICO SECUNDARIO A TEE (sic)

CARLOS ALBERTO MIRANDA BATÍDAS

Subgerente Científico

HDPUSI E.S.E" (fl. 20) (Mayúscula sostenida en el original) (Subrayas de la Sala).

2.2. Oficio No. 08904 del 7 de diciembre de 1999, suscrito por el médico laboral del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en el que expresó, que estudiado el resumen de la historia clínica, podía certificar que el paciente presentaba síndrome esquizofreniforme y síndrome cerebral orgánico secundario a TEE, que le producía: deficiencia: 20.0%, discapacidad: 8.0%, minusvalía: 17.0%, para un total de invalidez del 45.0% (fl. 182).

2.3. Certificado de la Junta de Calificación de Invalidez –Regional Valle del Cauca-, del 27 de marzo de 2003, en el que se diagnosticó a Jairo Aponza Carabalí, esquizofrenia catatónica con una deficiencia del 40.0%, discapacidad del 3.60%, minusvalía del 21.25%, para un total de invalidez del 64.85% (fl. 196).

2.4. Oficio No. 0207-2002 de la Junta de Calificación de Invalidez –Regional Valle del Cauca-, datado el 23 de enero de 2003, en el que se explica:

"Cordial Saludo. El "Síndrome Esquizofreniforme" de acuerdo a la clasificación internacional de las enfermedades (CIE-10) se llama "Trastorno Esquizofreniforme" y está clasificada bajo el número 152, pertenece al grupo denominado "Esquizofrenia y otros trastornos psicóticos", generalmente se determina así al primer brote psicótico (locura) que desarrolla una persona y que tiene toda la sintomatología típica del esquizofrénico.

No se califica como Esquizofrenia porque depende de la evolución de la sintomatología en el tiempo y de las características con que quede la persona después de la fase aguda.

En cuanto al síndrome cerebral orgánico, en su diagnóstico que se usa para la sintomatología que presenta una persona cuando ha sufrido una lesión en el cerebro, generalmente a causa de un golpe o trauma en la cabeza.



26.250
Jairo Aponza Guaza y otros

Cuando el Hospital Psiquiátrico (sic) su resumen de la historia clínica del señor APONZA se dice: Síndrome Cerebral Orgánico secundario a TEE, hay un error de mecanografía, puesto que es TEC o TCE que significa Trauma Craneoencefálico o Trauma EncefaloCraneano, en otras palabras atribuye el Síndrome Cerebral Orgánico a un golpe en la cabeza.

Después de revisada la información puesta a la disposición de la Junta de Calificación de Invalidez se puede concluir que estas dos enfermedades son de inicio agudo o de aparición rápida generalmente horas después de la causa que pudo haberlas producido. Por la historia clínica del Hospital Psiquiátrico sabemos que el Síndrome Cerebral Orgánico fue a consecuencia del trauma en el cráneo el cual debió haber ocurrido recientemente (antes de 20 ó 30 días).

En el Síndrome Esquizofreniforme se inicia o se desencadena por varios factores, entre los cuales están: 1. Personalidad premorbida o por un estrés agudo o intenso.

La merma laboral y la capacidad del goce fisiológico esta tácitamente incluido en el dictamen o certificado de la Junta de Calificación que va anexo al presente concepto.

Atentamente,

DR. HUGO SÁNCHEZ PINEDA
Médico Ponente".
(fl. 191) (Mayúscula sostenida en el original).

2.5. Boleta de encarcelación o detención No. 04 del 3 de abril de 1997 (fl. 56).

2.6. Boleta de libertad No. 03 del 18 de abril de 1997 (fl. 55).

2.7. Oficio No. 347 SDQ.AJ del 30 de julio de 1999 suscrito por el asesor jurídico y el director de la cárcel del circuito de Santander de Quilichao en el que se expresó que Jairo Aponza Carabalí estuvo detenido en ese centro carcelario del 3 al 18 de abril de 1997, siendo puesto en libertad en virtud de boleta No. 03 emanada de la Oficina de Apoyo Judicial de Santander de Quilichao –Cauca- en cumplimiento del despacho comisorio No. 04 del Juzgado Promiscuo Municipal de Suárez –Cauca- (fl. 53).



26.250
Jairo Aponza Guaza y otros

2.8. Copia auténtica del folio 378 de la minuta de guardia, en la que consta que a las 17:20 horas del 18 de abril de 1997 se dio de baja por libertad a Jairo Aponza Carabalí, quien se encontraba aislado (fl. 115).

2.9. Copia auténtica de la hoja biográfica de Jairo Aponza del 18 de abril de 1997, remitida anexa al Oficio No. 347 SDQ.AJ del 30 de julio de 1999, en la que se señaló:

"18-IV-97
Jairo Aponza Carabalí
(...)
Aislamiento
"Agrede a los demás arrojando mierda".
Desde hace + - 24 horas
(...)
Arroja excremento a los demás, manifiesta está bajo las ordenes de Dios (...) No responde a interrogatorio (...)
Desorientado en el tiempo y en el espacio
Episodio sicótico agudo
(...)
Valoración por psiquiatría" (fl. 57) (negrillas de la Sala).

2.10. Copia auténtica del folio 372 de la minuta de guardia, en la que se anotó:

"17-IV-97	1:00	Aislado	A esta hora ingresamos a la parte interna al partió #1, para aislar al interno Jhon Jairo Ortiz (sic) quien al parecer se encuentra desquiciado mentalmente o sea (sic) como loco, este procedimiento lo hicimos el o/s inspector Ciprian Fredy, el cdte de guardia Polo Ríos Gabriel y el pabellonero dte Rendon Fredy, quienes procedimos a conducir a dicho interno al sitio de aislamiento ordenado por el o/s, se deja constancia de esto"
-----------	------	---------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

(fl. 109).

2.11. Copia autenticada de la declaración rendida por la directora de la cárcel del circuito de Santander de Quilichao el 19 de mayo de 1997, dentro la investigación preliminar adelantada por la Fiscalía, en la que manifestó:

"PREGUNTADO: Díganos si usted como directora del centro carcelario, recuerda o conoció si el señor JAIRO APONZA estuvo retenido en ese lugar?.
CONTESTÓ: Para mí es difícil decirle concretamente, pues en dicho centro hay



26.250
Jairo Aponza Guaza y otros

más o menos entre doscientos veinte y doscientos cincuenta internos (...) tocará verificar si en el libro de altas aparece el nombre registrado. PREGUNTADO: (...). Qué conocimiento tuvo usted de tal hecho. CONTESTÓ: Yo hablé con el médico de la cárcel llamado ILDER RAUL MINA y él me comentó que éste muchacho, yo hago referencia a él por el trastorno que el médico me comentó que había tenido, había sufrido como un trastorno porque él cogía la materia fecal y se la echó al bolsillo y la tiraba por todas partes, me parece que él me comentó de haberle dado algún tranquilizante, días después vino la boleta de libertad para ese muchacho y se procedió a dejarlo en libertad, inclusive cuando lo iban a sacar para notificarlo no quería salir, inclusive el cabo CIPRIAN quien ese día está de servicio le mostró el oficio y le decía qué dice ahí, y el muchacho leía, no estaba desubicado, el cabo le preguntó el número de la cédula y el muchacho lo repetía, el cabo me decía no él no está despistado, pero ese muchacho decía que él no se quería ir; después se insistió con él para que se fuera, pues estaba libre y él salió del establecimiento, yo no me di cuenta sino que el cabo CIPRIAN me comentó que este muchacho había estado un rato parado en la parte externa de la cárcel y después se fue. El cabo CIPRIAN no me hizo ningún comentario de que hubiera algún problema entre este muchacho y guardianes de la institución" (fl. 126) (Mayúscula sostenida en el original).

2.12. Copia autenticada del informe del Cuerpo Técnico de Investigación -C.T.I.- datado el 11 de agosto de 1997, ordenado mediante auto de apertura de investigación previa, proferido la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Juzgados Penales Municipales de Santander de Quilichao, en el que se indica:

"OBJETO DE LA MISIÓN:

Realizar labores de inteligencia tendientes si (sic) el señor JAIRO APONZA CARABALÍ, quien estuvo detenido en la cárcel del circuito de esta población, incurrió en algún acto de indisciplina en el que (sic) dicho centro carcelario, si el señor Aponza Carabalí, fue objeto de alguna paliza del personal de guardas. Igualmente lograr la identificación del detenido ANIBAL N., quien era amigo de JAIRO APONZA CARABALÍ.

(...)

En diálogo sostenido con el cabo Fredy Cipriano Vías, identificado con la C.C. # 10.727.018 de Pereira (R.), me expuso que para la, fecha en que estuvo recluido el recluso Jairo Aponza Carabalí, había puesto dificultades para la firma de la notificación de la libertad, por lo que les había (sic) tenido que recurrir a una firma a ruego de uno de los reclusos. Que posteriormente este sujeto había salido corriendo y se había subido a un carro que se encontraba en la parte exterior de la cárcel, que al rato había llegado semidesnudo acompañado de un amigo de la ciudad de Suárez, quién lo traía de regresó a la penitenciaría, pensando que se había escapado, posteriormente habían salido sin conocer que rumbo tomaron.

Me entreviste con el recluso ANÍBAL VIDAL BEATO, identificado con la C.C. # 10'370.134 Buenos Aires, quién dice conocer a Jairo Aponza Carabalí hace aproximadamente unos ocho años, en razón de ser conocidos en la población de Suárez, que él fue la persona que le solicitaron firmara a ruego ese día, que no se dio cuenta de que su amigo Jairo Aponza Carabalí, fuera sometido



26.250
Jairo Aponza Guaza y otros

a maltratos por el personal de Guardias de dicha reclusión, pero lo único que se escuchó fue rumores por parte de otros reclusos, de que lo hubieren golpeado, pero que no le consta nada. Ni recuerda nombre de otros reclusos que hayan hechos estos comentarios" (fl. 130) (Mayúscula sostenida en el original).

2.13. Copia autenticada de la resolución del 24 de noviembre de 1997 proferida por la jefe de unidad de la Fiscalía Seccional de Popayán en la que se ordenó la suspensión de la investigación previa en atención a lo consagrado en el artículo 326 del C.P.P¹. (fl. 134).

2.14. Oficio No. 261 suscrito por el Comandante de la Estación de Policía de Suárez –Cauca-, del 13 de agosto de 1999, en el que informó:

"... me permito informar que en esta localidad no existe centro carcelario. Revisados los libros de población del comando de policía Suárez, en el día 04 de marzo de 1997 a las 11:30 horas, mediante orden de detención No. 03 emanada del Juzgado Promiscuo Municipal de Suárez queda detenido en las instalaciones policiales el señor Jairo Aponza Carabalí, C.C.No. 10.472.515 Suárez.

A las 2:20 p.m. mediante oficio No. 223 de la fecha, emanado del Juzgado Promiscuo Municipal de Suárez, es trasladado con destino Cárcel Municipal del Circuito de Santander de Quilichao. Mencionado salió en perfectas condiciones de salud, para constancia firmó; dichas anotaciones figuran en el folio No. 99 –libro de población día 040397 a las 11:30 horas" (fl. 135).

2.15. Declaración de Milton González, quien señaló:

"Sí lo conozco, hace 10 años, lo conozco por ser vecinos del barrio La Esperanza, donde yo vivo. (...). Sí me consta que él convive con la señora Josefina Aponza y tienen tres hijos pero no sé sus nombres. PREGUNTADO: Diga al despacho a qué actividad recreativa se dedicaba el señor Jairo Aponza Carabalí, antes del accidente y si las ha vuelto a practicar o no? CONTESTÓ: Él practicaba el fútbol, antes del accidente, pero ahora no lo practica. PREGUNTADO: Diga al despacho si sabe y le consta que el señor Jairo Aponza Carabalí fue detenido por lesiones personales en el mes de marzo de 1997, en Suárez, para ser dejado en libertad a mediados de abril de 1997, en la población de Santander, Cauca, y cuál era el estado de salud física y mental en que se encontraba tanto al ser detenido como al ser puesto en libertad? CONTESTÓ: Sí, me enteré que fue detenido en esa fecha y luego dejado en libertad, el estado de salud físico y mental era normal antes de ser detenido y estando detenido pero cuando le dieron la libertad estaba loco o con retardo

¹ Artículo 326 del C.P.P. (Decreto 2700 de 1991. Suspensión de la investigación previa por autoridades de la fiscalía. El jefe de la unidad de fiscalía podrá suspender la investigación previa si transcurridos ciento ochenta días no existe mérito para dictar resolución de apertura de instrucción o resolución inhibitoria, con autorización del fiscal.



26.250 Jairo Aponza Guaza y otros

mental, fue tirado a la calle y un tío lo recogió. Hasta que la familia pudo ir donde él estaba" (fl. 165)

2.16. Declaración de Elí Marino Mina Lucumí, quien manifestó:

"Sí lo conozco, hace 11 años lo conocí, por ser vecinos del barrio La Esperanza, y por la profesión de mineros somos compañeros. (...). Sí, Jairo tenía una compañera, aún la tiene, ella se llama Josefina Aponza, y tienen dos hijos, pero el nombre de los niños no los recuerdo. (...) PREGUNTADO: Diga al despacho, si sabe y le consta, a qué actividades se dedicaba el mismo antes de ingresar a la prisión, cuánto devengaba mensualmente en las mismas y qué destino daba a los dineros ganados. CONTESTÓ: Él se dedicaba a la minería, más o menos treinta mil pesos semanal, este dinero lo invertía en el sostenimiento de la familia. PREGUNTADO: Diga al despacho a qué actividad recreativa se dedicaba el señor Jairo Aponza Carabalí, antes del accidente y si las ha vuelto a practicar o no? CONTESTÓ: Él practicaba fútbol, antes del accidente y después lo he visto muy poco jugando. PREGUNTADO: Diga al despacho si sabe y le consta que el señor Jairo Aponza Carabalí fue detenido por lesiones personales en el mes de marzo de 1997, en Suárez, para ser dejado en libertad a mediados de abril de 1997, en la población de Santander, Cauca, y cuál era el estado de salud física y mental en que se encontraba tanto al ser detenido como al ser puesto en libertad? CONTESTÓ: Sí, me enteré que Jairo estuvo detenido, y luego lo dejaron en libertad, antes de ingresar a la cárcel era una persona normal y cuando lo sacaron tenía trastorno mental" (fl. 166).

2.17. Declaración de José Urbano Lucumí, quien señaló:

"Sí, lo conozco hacen (sic) quince años, lo conocí porque hemos trabajado juntos, y somos del mismo pueblo de Suárez. (...). Jairo tiene una compañera permanente, se llama Josefina Aponza y tienen tres hijos (...). PREGUNTADO: Diga al despacho, si sabe y le consta, a qué actividades se dedicaba el mismo antes de ingresar a la prisión, cuánto devengaba mensualmente en las mismas y qué destino daba a los dineros ganados. CONTESTÓ: la profesión de él era la minería, más o menos era trescientos mil pesos (\$300.000) M cte, los destinaba ayudándole a los padres y a la familia de él, es decir a la señora y los tres hijos. PREGUNTADO: Diga al despacho si sabe y le consta que el señor Jairo Aponza Carabalí fue detenido por lesiones personales en el mes de marzo de 1997, en Suárez, para ser dejado en libertad a mediados de abril de 1997, en la población de Santander, Cauca, y cuál era el estado de salud física y mental en que se encontraba tanto al ser detenido como al ser puesto en libertad? CONTESTÓ: Sí me consta que estuvo detenido en Santander, luego le dieron la libertad, y les llegó la mala noticia que estaba loco, y que no conocía a nadie. Y por el día sábado nos fuimos con Amparo y cuando íbamos en el bus, nos enteramos allí, que la noche anterior, casi que atropellan a un loco y vimos que era él, tenía golpes reventado y estaba desnudo, lo encontramos en Lomitas, estaba hinchado y con los ojos grandes y rojos, golpes en la cabeza y en la espalda. Antes de entrar a la cárcel, cuando lo llevaron de aquí de Suárez estaba bien, física y mentalmente" (fl.167) (Subrayas de la Sala).



26.250
Jairo Aponza Guaza y otros

2.18. Declaración de Diego Germán Motta Triviño, quien sostuvo:

"PREGUNTA No. 1.- Diga al Despacho si conoce de vista, trato y comunicación al señor JAIRO APONZA CARBALÍ. CONTESTÓ. Sí lo conozco, porque estuvimos detenidos, en la cárcel de Santander de Quilichao, Cauca, hace varios años, más concretamente en el 97. PREGUNTADO: Diga al Despacho cómo ingresó a la cárcel el señor APONZA CARABALÍ. CONTESTÓ. El ingresó a la cárcel en un estado normal, hablaba normalmente con uno. PREGUNTA No. 3.- Informe al despacho si durante el tiempo que el señor APONZA estuvo detenido le dieron mal trato. CONTESTÓ.- Sí lo maltrataron por parte de la guardia, primero que todo lo discriminaban, cuando formábamos para comer lo sacaban de la fila y lo metían de último, a los rancheros le decían que dieran más poquito y le hacían negar el jugo, no le daban, por cualquier bobada lo hechaban (sic) para el calabozo, también fue golpeado, una vez cuando acabamos de jugar fútbol, nos llegó la hora de la comida y fuimos a formar, resulta que Aponza había formado, como a él no le dejaban formar adelante, uno de los guardianes lo sacó a hijueputazos de la fila, le dijo hijueputa salite de ahí hecha (sic) para atrás, y Aponza le contestó, respéteme, más hijueputa es usted, y el guardián le metió un bolillazo en el pecho y una patada, le dijo negro hijueputa por la noche arreglamos, eso se quedó así, nos entramos al dormitorio, y a eso como de las 9:00 a 8:30 de la noche, entró los guardianes, varios, y los sacaron del pasillo, hacia una parte en donde nosotros no podíamos ver, al ratico de haberlo sacado, escuchábamos gritos de él que decía que no lo mataran, eso se escuchó un rato así, como a los quince minutos lo entraron a rastra (sic), eso se quedó así hasta el otro día, al otro día cuando ya amaneció, que ya salimos todos, llegamos a hablar con él, pero él no nos contestaba, no sabía explicar que era lo que le había pasado, estaba morado, tenía chichones en la cabeza, mejor dicho era otra persona con esos golpes, estaba como un mostro (sic), de ahí en adelante él empezó a desnudarse y como se desnudaba los guardianes lo garrotiaban (sic) para que se volviera a vestir, varios compañeros le pusieron quejas al Director sobre ese maltrato, pero el Director no contestaba nada, en vez de eso hechaban (sic) a la gente para el calabozo. PREGUNTA No. 4.- Coméntele al despacho si el señor Aponza después de ese maltrato de volvió loco. CONTESTÓ. Sí se volvió loco, porque él se desnudaba, y a él le llegó la libertad y les tocó sacarlo fue a la fuerza porque él no se quería ir. PREGUNTA No. 5.- El señor Aponza después de ese maltrato sigue siendo la misma persona que usted había conocido. CONTESTÓ. No era la misma persona, porque el ya se desnudaba, y habían (sic) ratos que no lo conocía ni a uno, no sabía ni donde estaba. PREGUNTA No. 6.- Diga al despacho si al señor Aponza le realizaron algún tratamiento médico. CONTESTÓ. En ningún momento le realizaron tratamiento médico. El tratamiento que recibía era bolillo. PREGUNTA No. 7.-Sírvase manifestar al Despacho por cuánto tiempo estuvo el señor Aponza detenido en la cárcel de Santander Cauca. CONTESTÓ. Aproximadamente un mes, y un cabo de nombre Cipriano N, le obligó a firmar la libertad, a él lo sacaron de allí obligado, la gente de la calle, familiares o amigos que iban a visitarnos nos decían que el muchacho, estaba loco, que se desnudaba en la calle y estaba durmiendo en los andenes, hasta que llegó la noticia de que la familia lo había reconocido y se lo habían llevado para la casa, y hasta ahora como que todavía tiene problemas. PREGUNTADO: Tiene algo más que agregar a la presente diligencia. CONTESTÓ: Que el tratamiento que le daban a él era bolillo" (fl. 225).



3. De acuerdo con el acervo probatorio que obra en el proceso se tiene que Jairo Aponza Carabalí se le diagnosticó síndrome Esquizofreniforme y posteriormente esquizofrenia catatónica, con lo que se logra acreditar el daño como primer elemento estructural de la responsabilidad.

4. En esa perspectiva, el problema jurídico que aborda la Sala se contrae en determinar si en el caso concreto el daño es imputable a la demandada y bajo qué título de imputación jurídica.

En relación con la *imputación*² del daño endilgada por la parte actora en cabeza del Instituto Nacional Penitenciario, resulta imperativo realizar una serie de precisiones, a efectos de determinar si en el caso *sub exámine*, el perjuicio le es atribuible, o si como lo afirma el ente demandado, no existe nexo naturalístico o material que permita endilgarle el detrimento probado, comoquiera que el lesionado adquirió su padecimiento con anterioridad al momento de su reclusión.

En primer lugar, vale la pena determinar que, si bien la causalidad y la imputación son dos categorías diferentes, por cuanto la primera hace alusión a las ciencias del ser, cuyo objeto es la naturaleza, y la segunda a las ciencias del deber ser, cuyo objeto es el derecho, -categorías que se traducen bajo la forma de juicios hipotéticos estableciendo una relación entre una condición y una consecuencia-, no debe olvidarse que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, *prima facie*, un estudio en términos de atribuibilidad material a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar -acción u omisión-. En este sentido, B. Mantilla Pineda expresó³:

“... Las leyes naturales son meramente descriptivas. Las normas son

² Imputación entendida como la operación **material** y jurídica de atribuir o asignar a alguien el resultado producido por una acción (conducta) propia que genera una modificación en el mundo exterior. “Aquello que en una conducta puede ser atribuido como mío” Cf. HEGEL, Friedrich “Grundlinien der Philosophie des Rechts herausgegeben von Georg Lasson”, 3ª edición, Leipzig, 1930, No. 115. Ob. Cit. REYES Alvarado, Yesid “Imputación Objetiva”, Ed. Temis, Pág. 4.

³ Separata de la Revista de Derecho Universidad de Antioquia, No. 60, Editorial U de A, Homenaje a Hans Kelsen. Pág 356 a 360, “el Principio de Retribución y la Ley de la Causalidad”. B. Mantilla Pineda.



26.250
Jairo Aponza Guaza y otros

prescriptivas. Tal es la posición científica actual en el problema de distinción de ley natural y norma. En Kelsen la ley natural cae dentro del orden del ser, la naturaleza o realidad, y la norma dentro del orden del valor, el ideal o el deber ser”.

Es decir, el dualismo entre la naturaleza como orden causal y la sociedad como orden normativo⁴, se rige por los principios específicos, en palabras de Kelsen, en uno y otro caso, se rigen por los principios de la necesidad (del ser) y el de la libertad (del deber ser)⁵, de tal suerte que aunque la causalidad material, difiere de la atribuibilidad material, por cuanto la primera pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación, y la segunda a una forma de conocimiento natural que busca una explicación de los fenómenos, es necesario recordar que cualquier tipo de análisis de imputación, parte de la base de un estudio en términos de atribuibilidad material, aspecto este que es necesario dilucidar, de conformidad con los elementos suasorios, en el asunto *sub examine*.

Analizados los medios probatorios allegados al expediente, concretamente lo señalado en la historia clínica y el dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez, se concluye como verdad apodíctica que el síndrome orgánico o TEC padecido por Jairo Aponza Carabalí se derivó inexorablemente de un golpe en la cabeza.

Ahora, de conformidad con lo señalado en la minuta de guardia, en la hoja biográfica, en el informe del funcionario del C.T.I., y lo manifestado por la Directora de la Cárcel de Santander de Quilichao, no es posible aseverar que la esquizofrenia le advino con posterioridad a la fecha de salida o egreso del centro de reclusión, puesto que como bien lo indican los medios de prueba, estando recluso en el centro penitenciario, incluso, al momento de su salida, evidenció signos determinantes del trastorno mental, con lo que de suyo queda descartada

⁴ Kelsen – Cossio, problemas escogidos de la teoría pura del derecho. Buenos Aires. Editorial Guillermo Kraft Ltda. 1952. Pág. 12.

⁵ Kant los asimila a mandatos de la razón que denomina imperativos. Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Editorial Ariel, Barcelona, Primera Edición, 1996, pág. 62



26.250
Jairo Aponza Guaza y otros

esta hipótesis. Luego, la pregunta que se debe abordar es si Jairo Aponze padecía la enfermedad con anterioridad, o tenía un antecedente de base?

Atendiendo lo indicado en la prueba testimonial, Aponze Carabalí, antes de su reclusión en la cárcel de Santander de Quilichao, gozaba de buena salud, se desempeñaba como minero, jugaba fútbol, tenía una vida normal, y aún cuando los familiares refieren en la historia clínica que tenía problemas con el alcohol, y que se caracterizaba por tener múltiples riñas, el informe de la estación de policía, da fe, de que al salir de la estación detenido, para ser trasladado a la cárcel de Santander –Cauca- estaba en perfecto de estado de salud.

Ahora bien, de la lectura de la minuta de guardia del centro penitenciario, y de la hoja biográfica, así como de lo expresado por la directora del centro, como por el cabo Fredy Cipriano, claramente se observa que en los días que precedieron a su salida tuvo un cambio radical en su comportamiento, evidenciado en el hecho de arrojar materia fecal, en el desconocimiento de las personas con las que se había relacionado, en su desorientación en el tiempo y en el espacio, y en deambular desnudo, a tal punto, que al momento de ordenarse su libertad, se rehusaba a dejar el centro carcelario, lo que demuestra a todas luces que para entonces ya había perdido su juicio.

En lo que concierne a la causas probables de pérdida del juicio, el informe científico de la Junta de Calificación de Invalidez, es diáfano en conceptuar que el síndrome esquizofreniforme se inicia o desencadena por varios factores, entre ellos, por personalidad premórbida, o por un estrés agudo o intenso, del mismo modo, es claro en afirmar que, en la historia clínica, el hospital psiquiátrico atribuyó el síndrome cerebral orgánico de Jairo Aponza Carabalí, a un golpe en la cabeza. Ahora, aun si en gracia de discusión, que no lo está, el desenlace de la enfermedad se quisiera atribuir a otra causa, *verbi gracia*, a una personalidad premórbida, resulta pertinente traer a colación, la declaración de Diego Germán Motta Triviño, en la que sin dubitación alguna narra la forma cruel en que fue tratado Jairo Aponza en el centro carcelario, y en particular, el suceso previo que



26.250
Jairo Aponza Guaza y otros

dio lugar a que los guardias lo llevaran una noche, a un lugar del pasillo donde los demás reclusos no podían ver, a golpearlo brutalmente, escuchando los demás reclusos sus gritos, su voz pidiendo que no lo mataran, y señalando que al día siguiente él joven estaba totalmente desfigurado y no sabía explicar que era lo que le había pasado, momento a partir del cual comenzó a desnudarse y ya no era la misma persona.

Testimonio que muestra coherencia, y concordancia con lo expresado por José Urbano Lucumí, quien refiere que al momento de encontrarlo, una vez dejado en libertad, tenía señales de golpes y una conducta errática.

De esta manera, existen suficientes elementos suasorios que permiten concluir que, en el caso concreto, no hay forma de escindir la actuación de la administración con la ocurrencia del daño antijurídico sufrido directamente por uno de los demandantes, máxime si en términos de *probabilidad determinante*⁶, según lo especificado por el médico de la Junta de Calificación, la afectación mental pudo derivarse, además de un golpe, por un estrés agudo, o una personalidad premórbida, pero aún, en cualquiera de los eventos, no cabe duda de que el trauma ocasionado en la humanidad de Jairo Aponza Carabalí, constituyó un elemento de naturaleza suficiente que desencadenó el síndrome sufrido por éste, con mayor razón si se sabe que, con anterioridad a su reclusión, no padecía del mismo.

Más aún, debe recordarse que la jurisprudencia vernácula ha admitido la existencia de instrumentos de aligeramiento, inclusive de la prueba de la imputación fáctica, tales como la *probabilidad preponderante* y la *regla res ipsa*

⁶ "...el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia, es decir, que la relación de causalidad queda probada cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad...Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa llegue a la convicción de que existe una "probabilidad determinante." DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo "Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil. Con especial atención a la reparación del daño", Ed. Civitas, Madrid, 1995, Pág. 77.



loquitur, entre otros⁷, el primero basado en un criterio de evidencia⁸, y el segundo en la magnitud y desproporción del daño irrogado, que tornan innegable e incuestionable que éste tuvo su génesis en el comportamiento del demandado.

Así las cosas, en el caso objeto de análisis, la Sala advierte que el elemento de imputación fáctica necesario para radicar en cabeza de la administración pública responsabilidad, está demostrado sin que para ello influya, desde luego, el régimen de imputación jurídica aplicable al supuesto de hecho, esto es, bien el subjetivo (falla) o el objetivo (daño especial); lo anterior, comoquiera que tanto en los regímenes objetivos como subjetivo es requisito *sine qua non* que la parte actora demuestre plenamente la ocurrencia del daño antijurídico, así como el nexo que vincula ese perjuicio con la actuación de la administración⁹; la diferencia entre uno u otro régimen estriba, simplemente, en que en los

⁷ Acerca de las reglas de aligeramiento de la culpa y, excepcionalmente, de la imputación fáctica en el derecho comparado y en el sistema nacional, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de agosto de 2009, exp. 18364, M.P. Enrique Gil Botero.

⁸ "La evidencia, más que la abundancia de los datos probatorios, se produce por la intimidad del nexo que los reúne y por la facilidad de aprehensión de la vinculación, en forma que permita valorar el hecho en modo rápido y seguro, y casi dominarlo... Tanto más evidente es la prueba, cuanto más grande es el número de los nexos, de las relaciones que tienen lugar entre varios datos, no sólo sino también cuanto más estrecho, positivo, definido, concreto, es el ligamen que los une a todos juntamente." BRICHETTI, Giovanni "La evidencia en el derecho procesal penal", Ed. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, Pág. 41.

⁹ "En efecto, en las relaciones de jerarquía, el superior con autoridad o mando, tiene el deber de tomar medidas especiales (deberes de seguridad en el tráfico) para evitar que personas que se encuentran bajo su efectivo control, realicen conductas que vulneren los derechos fundamentales. Vg. Si el superior no evita – pudiendo hacerlo - **que un soldado que se encuentra bajo su inmediata dependencia cometa una tortura**, o una ejecución extrajudicial, o en general un delito de lesa humanidad, **por ser garante se le imputa el resultado lesivo del inferior** y no el simple incumplimiento a un deber funcional. El derecho penal internacional consuetudinario, desde el famoso caso Yamashita, en el cual se condenó en 1945 a un general del ejército Japonés por "... omitir ilícitamente y faltar a su deber como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer atrocidades brutales y otros crímenes graves contra la población de Estados Unidos, de sus aliados y dependencias, particularmente las Filipinas...", ha venido reconociendo que el miembro de la fuerza pública **que ostenta autoridad o mando debe adoptar medidas especiales para evitar que las personas que se encuentren bajo su efectivo control o subordinación, realicen conductas violatorias de los derechos humanos.** Jurisprudencia que se ha reiterado en los diversos Tribunales Penales Internacionales, desde Núremberg hasta los ad-hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda. Doctrina que se plasmó normativamente en el art. 28 del Estatuto de Roma. **b) El Estado puede ser garante (competencia institucional) cuando se trata de ciertos deberes irrenunciables en un Estado Social y Democrático de Derecho.** Por ejemplo, es irrenunciable la protección de la vida e integridad de todos los habitantes del territorio y la defensa de la seguridad interior y exterior de la nación. **Como el estado no puede responder directamente en el campo penal, el juicio recae en el titular de la función correspondiente".** CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, expediente No. 30.340, sentencia del 28 de enero de 2009. C.P. Enrique Gil Botero.



segundos (objetivos) no juega el papel de falla o de quebrantamiento de la obligación con que haya actuado la administración pública, es decir, no se torna en requisito indispensable la demostración de una deficiencia del servicio, para configurar la responsabilidad.

En esa perspectiva, debe recordarse, que la denominada imputación jurídica (imputatio iure) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas o regímenes de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia siguiendo los parámetros del artículo 90 de la Constitución Política¹⁰.

Esta Corporación en concordancia con lo sostenido por la Corte Constitucional, ha desarrollado doctrina jurisprudencial en torno a la situación de los reclusos y la responsabilidad propia del Estado, como consecuencia de la violación de derechos fundamentales¹¹.

Los reclusos son conducidos por el Estado a centros penitenciarios para su permanencia en ellos por un determinado período de tiempo, lo que supone límites a ciertas prerrogativas jurídicas, que tienen su razón de ser en el interés estatal por resocializar al delincuente, contribuyendo con ello a la satisfacción del interés general, no obstante, de esta acción puede devenir la responsabilidad establecida en el artículo 90 de la carta política, en el evento en que se conculquen derechos inherentes a la persona que en modo alguno son limitados con la medida punitiva, lo anterior teniendo en cuenta que el interno no pierde su condición de persona y por ende de sujeto de derechos.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de julio 12 de 1993, expediente 7622, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

¹¹ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias T-596 de 1992, T-705 de 1996 y T-153 de 1998. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera, Sentencia de 27 de abril de 2006. Expediente: 20125. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.



Así las cosas, encontrándose en un sitio donde la esfera de sus derechos y la protección de los mismos, no depende de sí mismo, sino en buena medida del Estado que lo recluyó, compele a éste, atender y velar por el respeto y la garantía a sus derechos como la vida, la salud, la seguridad, **la integridad personal**, entre otros¹².

En efecto, el deber de protección de las personas privadas de la libertad, respecto del derecho a la vida, no admite excepciones, así lo ha determinado la Corte Constitucional, en sentencia T-1190 del cuatro de diciembre de 2003 en la que se señaló:

¹² Al respecto, sostuvo la Corte Constitucional en la Sentencia T- 687 de 2003: "De la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Sala identifica seis elementos característicos que procederá a relacionar así: las relaciones de especial sujeción implican (i) la subordinación de una parte (el recluso), a la otra (el Estado); (ii) esta subordinación se concreta en el sometimiento del interno a un régimen jurídico especial (controles disciplinarios¹² y administrativos especiales y posibilidad de limitar el ejercicio de derechos, incluso fundamentales). (iii) Este régimen en cuanto al ejercicio de la potestad disciplinaria especial y a la limitación de los derechos fundamentales debe estar autorizado por la Constitución y la ley. (iv) La finalidad del ejercicio de la potestad disciplinaria y de la limitación de los derechos fundamentales, es la de garantizar los medios para el ejercicio de los demás derechos de los internos (mediante medidas dirigidas a garantizar disciplina, seguridad y salubridad) y lograr el cometido principal de la pena (la resocialización). (v) Como consecuencia de la subordinación, surgen ciertos derechos especiales (relacionados con las condiciones materiales de existencia: alimentación, habitación, servicios públicos, salud) en cabeza de los reclusos, los cuales deben ser especialmente garantizados por el Estado. (vi) Simultáneamente el Estado debe garantizar de manera especial el principio de eficacia de los derechos fundamentales de los reclusos (sobre todo con el desarrollo de conductas activas)."

"Como lo puede apreciar la Sala, entre las **consecuencias jurídicas** más importantes de la existencia **de las relaciones especiales de sujeción**, están: (i) la posibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales de los reclusos (intimidad, reunión, trabajo, educación). (ii) La imposibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales (vida, dignidad humana, libertad de cultos, debido proceso, *habeas data*, entre otros). (iii) El deber positivo en cabeza del Estado de asegurar el goce efectivo tanto de los derechos no fundamentales como de los fundamentales, en la parte que no sea objeto de limitación cuando la misma procede, y en su integridad frente a los demás, debido a la especial situación de indefensión o de debilidad manifiesta en la que se encuentran los reclusos. (iv) El deber positivo en cabeza del Estado de asegurar todas las condiciones necesarias que permitan a su vez condiciones adecuadas para la efectiva resocialización de los reclusos."

"En este sentido, del perfeccionamiento de la "relación de especial sujeción" entre los reclusos y el Estado, surgen verdaderos deberes jurídicos positivos del Estado. Tales deberes se encuentran estrechamente ligados a la garantía de la funcionalidad del sistema penal, que viene dada por la posibilidad real de la resocialización de los reclusos, a partir del aislamiento en condiciones calificadas de seguridad y de existencia vital de la población carcelaria. Deberes positivos de cuyo cumplimiento depende la legitimidad del sistema penal y, ante cuya inadvertencia, este último resulta convertido en una mera sombra de los valores y principios propios del Estado social de derecho".



“3. La privación de la libertad de una persona la coloca en una situación de indefensión, que genera obligaciones de protección por parte de quien adopta la medida o acción restrictiva de la libertad. No importa que se trate de particulares o del Estado, y que la restricción sea lícita o ilícita.

“Esta particular condición de indefensión, en la medida en que impide por completo la satisfacción de las necesidades del privado de libertad por los medios a su disposición en condiciones de generalidad, implica que las obligaciones de protección no necesariamente son de medio¹³. En este sentido, la responsabilidad no se deriva de una relación causal naturalística entre la privación de la libertad y los daños o peligros a los que se ve sometida la persona, sino que tiene como base el mero deber de custodia y protección que se desprende de colocar a la persona en una situación restrictiva de su libertad.

“Lo anterior implica que el custodio tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el mayor disfrute posible de los derechos constitucionales de la persona privada de la libertad. **Tratándose del Estado, supone la obligación de garantizar condiciones de dignidad del recluso.** Garantía que únicamente se cumple si tales condiciones son efectivamente realizadas; es decir, no basta la adopción de medidas programáticas, sino que han de traducirse en realidad. Así, tal como lo ha señalado esta corporación, no pueden aducirse problemas presupuestales, sino que el Estado tiene la obligación de **realizar el trato digno**. Se trata pues, de una obligación de respeto.

(...)

“En relación con el derecho a la vida del recluso, el Estado tiene la **obligación de impedir que otros reclusos** o terceros particulares (obligación de protección), **así como el personal Estatal** -sea personal penitenciario o de otra naturaleza- (obligación de respeto) amenacen contra la vida del interno¹⁴. Dicha obligación apareja la de verificar y, si es del caso, enfrentar efectivamente las amenazas contra la vida de los reclusos¹⁵. Esto apareja la obligación de adoptar medidas generales de seguridad interna dentro del centro de reclusión, así como la de trasladar a los internos cuando resulta imprescindible para proteger su vida. Empero, cuandoquiera que se supera el umbral de riesgo ordinario para el derecho a la vida de los reclusos y se presentan situaciones de amenaza contra determinados grupos de reclusos, el Estado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias que aseguren que dichas amenazas no se hagan efectivas. Se trata, por lo tanto, de obligaciones de resultado¹⁶” (Negritas y subrayas fuera del texto).

¹³ Sentencia T-590 de 1998.

¹⁴ Sentencia T-265 de 1999.

¹⁵ Idem. En igual sentido T-208 de 1999.

¹⁶ Sentencia T-590 de 1998.



La anterior jurisprudencia resulta congruente con lo dicho por la Sala, respecto del fundamento de la responsabilidad patrimonial de la administración, cuando se trata de daños causados a personas detenidas en lugares oficiales:

“En determinados eventos, sin embargo, el Estado asume una obligación específica de protección y seguridad, en virtud de la cual se hace responsable de los perjuicios que sufren las personas. Es el caso de los retenidos, quienes por encontrarse en una situación de particular sujeción frente al Estado en virtud de la cual **ven limitados sus derechos y libertades y la autonomía para responder por su propia integridad**, deben gozar del pleno amparo de las autoridades frente a los posibles daños y peligros que los amenacen.

“Las obligaciones que asumen las autoridades de la República frente a los retenidos son de dos clases: 1) de hacer, esto es, de prever y controlar los peligros que pueda sufrir una persona retenida desde el momento mismo en que se produce la privación material de la libertad, hasta el momento en que ella es devuelta a la sociedad y **2) de no hacer, referida a la abstención de cualquier conducta que pueda vulnerar o poner en peligro los derechos que no hayan sido limitados con la medida cautelar.**

“En síntesis, la retención como ejercicio legítimo del poder punitivo del Estado que afecta algunos derechos de las personas, en sí misma no es una actividad que genere responsabilidad patrimonial derivada de los perjuicios consustanciales a la retención misma, dado que esta es una carga que los ciudadanos deben soportar, daño jurídico y por ende no encuadrable dentro del supuesto general que consagra el artículo 90 de la Carta Política, salvo, claro está, cuando el ejercicio de dicho poder se desborda, v.gr. en los supuestos de retención injusta (art. 68 ley 270 de 1996). Pero así como el ciudadano debe asumir la carga derivada de la restricción de sus derechos, en la medida en que esa retención es una actividad que redunde en beneficio de la comunidad, el Estado se obliga a garantizarle una eficaz protección y seguridad, para lo cual éste goza de posibilidades reales, pues posee también el monopolio de la fuerza y los poderes de coerción que le permiten afrontar tales riesgos.

“En este orden de ideas, considera la Sala que las obligaciones de abstenerse de causar cualquier limitación a los derechos de las personas que no estén implicados dentro de la medida cautelar, así como las de prever y controlar cualquier acto que redunde en perjuicio de los retenidos son de resultado, pues la probabilidad de lograr la eficacia en el cumplimiento de la obligación es alta.

“**Lo anterior significa que si el Estado no devuelve al ciudadano en las mismas condiciones en que lo retuvo**, debe responder patrimonialmente por los perjuicios que éste haya sufrido



26.250
Jairo Aponza Guaza y otros

durante el tiempo de la retención, aunque haya puesto en funcionamiento todos los recursos de que dispone para proteger al retenido y evitarle la causación de cualquier daño, salvo que haya intervenido una causa extraña, pues frente al retenido la obligación del Estado no es un comportamiento sino la realización efectiva de un resultado determinado.

“Frente a las obligaciones de resultado el deudor responde de manera objetiva y por tanto, sólo se exonera si acredita una causa extraña, esto es, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero”¹⁷.

La misma consideración, ha realizado la Sala, al señalar la absoluta compatibilidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional de las llamadas relaciones de especial sujeción, entre el Estado y las personas privadas de la libertad. En este sentido la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 29 de febrero de 2012 precisó:

“De acuerdo con lo dicho, las personas privadas de la libertad se encuentran en relación de especial sujeción frente al Estado, lo que implica que sus derechos y garantías fundamentales se encuentran limitados, y siempre tendrán como frontera infranqueable el respeto a la dignidad humana y los derechos fundamentales.

Si bien es connatural a este tipo de relaciones la restricción de algunos derechos fundamentales, ello no implica su supresión o desconocimiento, ya que tal limitación debe estar soportada en la constitución y la ley. Sin embargo, no se admite limitación alguna frente a los derechos a la vida y la integridad personal, cuya garantía debe ser reforzada, dada la situación de indefensión manifiesta en que se encuentran las personas privadas de la libertad. Allí la administración tiene una obligación específica de protección, seguridad y custodia frente a esos derechos.

En todo caso, siempre que se presenten tensiones entre derechos fundamentales y el cumplimiento de fines estatales, como pasa en el desarrollo de las relaciones de especial sujeción, su solución está sometida a una ardua labor de ponderación por parte de la administración, en la que se deben aplicar los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Otro tipo de razonamiento implicaría considerar a las personas privadas de la libertad como objetos de la administración y no sujetos

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de febrero de 2004, expediente 14.955 (R- 0654), C.P. Ricardo Hoyos Duque.



26.250
Jairo Aponza Guaza y otros

de derecho, sometidos a determinadas restricciones de sus libertades por razón de su condición específica. Conclusión obvia, de lo dicho hasta ahora, es que en este tipo de situaciones la administración no escapa al control judicial y responde por las consecuencias adversas que se causen en su desarrollo.

Así las cosas, el incumplimiento de un deber específico, como es el caso de la protección a la vida y a la integridad personal de quien se encuentra retenido, privado de la libertad, conlleva responsabilidad de la administración y da lugar a la reparación de las víctimas de ese daño antijurídico, por cuanto constituye una carga que no debe soportar¹⁸.

En consecuencia, no cabe duda acerca de la posibilidad de abordar el análisis de imputación, instrumentalizando el título jurídico del daño especial, toda vez que el perjuicio así producido será el resultado de la materialización del rompimiento de las cargas públicas en la medida que la persona o personas afectadas, son sujetos de una relación de especial sujeción. Sin embargo, debe señalarse que cuando el daño es producto del incumplimiento de normas cuya observancia se exige a los agentes estatales, el régimen de imputación se torna subjetivo por falla en el servicio.

Es decir, en relación con el título de imputación aplicable a los daños causados a reclusos, la Sección Tercera de esta Corporación, ha avalado la posibilidad de que sean, de naturaleza objetiva, (daño especial), pero también, de otro lado, de falla del servicio, siempre y cuando de los hechos y de las pruebas allegadas al proceso se encuentre acreditada la misma.

En relación con los preceptos que regulan el cumplimiento de las medidas de aseguramiento, la ejecución de las penas privativas de la libertad personal y de las medidas de seguridad, el Código Penitenciario y Carcelario¹⁹ dispone:

“Artículo 5º. RESPETO A LA DIGNIDAD HUMANA. En los establecimientos de

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 29 de febrero de 2012, expediente 21.721, C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁹ Ley 65 de 1993. Diario Oficial No. 40.999, de 20 de Agosto de 1993.



26.250
Jairo Aponza Guaza y otros

reclusión prevalecerá el respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y a los derechos humanos universalmente reconocidos. **Se prohíbe toda forma de violencia síquica, física o moral**".

ARTÍCULO 6º PENAS PROSCRITAS. PROHIBICIONES. (...). Nadie será sometido a desaparición forzada, **torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes**.

ARTÍCULO 9º. FUNCIONES Y FINALIDAD DE LA PENA Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. La pena tiene función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación.

ARTÍCULO 44. DEBERES DE LOS GUARDIANES. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional tienen los siguientes deberes especiales, además de los que señalen su estatuto y los reglamentos general e interno:

a) Observar una conducta seria y digna;

ARTÍCULO 45. PROHIBICIONES. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia tienen las siguientes prohibiciones:

(...)

d) infligir castigos a los internos, emplear con ellos violencia o maltratamientos" (Negrillas de la Sala).

En esta lógica y orden de pensamiento, para la Sala es claro que el asunto *sub examine* debe analizarse desde la perspectiva del título de imputación subjetivo, toda vez que el supuesto fáctico que se debate se enmarca en la hipótesis de la falla del servicio, pues conforme a las pruebas allegadas al proceso, está demostrado que en el presente caso, el Inpec, no solo, incumplió con su deber de protección del sujeto en relación de especial sujeción con el Estado en su condición de recluso, sino que, transgredió abiertamente las conductas prohibidas antes descritas, al discriminar, maltratar verbalmente y golpear brutalmente al interno.

Sobre el particular, resulta oportuno destacar que los miembros de la fuerza pública²⁰ deben ceñirse estrictamente a los parámetros y postulados fijados por la Carta Política, ya que cualquier distorsión o trasgresión de ese conjunto de principios, valores y derechos contenidos a lo largo del ordenamiento jurídico, sin importar cuál sea el propósito con que subjetivamente se actúe, se traduce en uno de los peores crímenes o delitos reprochados por la humanidad, como en

²⁰ Oficiales, suboficiales y guardianes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional.



efecto ocurrió en el asunto *sub judice*, en el que los guardianes del Inpec, infligieron, intencionalmente a la víctima, padecimiento físico y psicológico, esto es, ejecutaron en su contra actos de barbarie y tortura, golpeándolo hasta desquiciarlo.

Sin lugar a duda, los delitos, los medios de juzgamiento, y las penas han cambiado tanto como las sociedades; la historia ilustra en uno de los grabados de las cuevas paleolíticas de Addaura, Sicilia, varias personas rodeando a un hombre de rodillas, atado de tal forma que se estrangularía si intentara levantarse²¹, esta evidencia, ha sido considerada uno de los primeros registros del castigo²², lo que indica que las sanciones son tan antiguas como las sociedades humanas.

Se sabe que la prisión, la pena corporal, la pena de muerte y la tortura, fueron incorporadas dentro de los sistemas jurídicos y judiciales con el fin de retribuir, inhabilitar y disuadir al infractor; igualmente fue utilizada durante miles de años con el fin de conseguir declaraciones, confesiones e información de interés. Desde los tiempos de Hamurabi, y en otros modelos codificados como las leyes islámicas de la Sharia, las leyes de Grecia²³ y Roma antigua²⁴, y , en occidente,

²¹ LEWIS, Lyons. *Historia de la Tortura*. Editorial Diana, México. 2005, Pág. 7

²² *Ibíd*em, Pág. 7.

²³ "La tortura se ha empleado durante miles de años, notablemente en la antigua Grecia, donde formaba parte esencial del proceso legal. Nunca se torturó a los ciudadanos libres de nacimiento, pues se pensaba que su "noble" naturaleza les impedía mentir. Pero al interrogar a esclavos, la tortura era no solo permisible, sino obligatoria; la declaración de un esclavo era inadmisibles en un tribunal ateniense a menos que se le hubiera torturado.

"Tortura" en griego se decía *básanos*, nombre de una especie de tablilla con la que se probaba la pureza del oro. Frotado contra el básanos, el oro dejaba una marca cuando era puro. De igual forma, un tribunal podía apelar a la honestidad e inteligencia de un ciudadano libre de nacimiento para que dijera la verdad, pero el testimonio de un esclavo era considerado intrínsecamente indigno de confianza a menos que se le "probara" con la tortura.

También en la China imperial se torturaba por órdenes de un juez. El sistema jurídico exigía que el acusado confesara sus delitos para que pudiera dictarse sentencia. A quienes se les declaraba culpables sin que hubieran confesado se les torturaba hasta que lo hicieran. La tortura era frecuente asimismo al interrogar a testigos durante la investigación de un crimen.

La idea de que el cuerpo, más que la inteligencia, era el asiento de la verdad perduró en la Europa medieval, donde la tortura se aplicó regularmente en investigaciones religiosas y civiles. Encerrada en el cuerpo del testigo, no en sus palabras, la "verdad"



hasta la época de la Europa medieval, se tenía instituido penas severas, tales como la lapidación, los azotes, mutilaciones, descuartizamiento, quemaduras (en ordalías), golpes, ahogo (en agua) etc., como métodos primordiales de castigo y de consecución de la prueba, cuyo avance significativo en su proscripción, tuvo lugar en el siglo XVIII, cuando la tortura judicial llegó a su fin en Europa y la prisión se convirtió gradualmente en el principal o único método para sancionar la comisión de los delitos. Acerca de la tortura como procedimiento de obtención de la prueba en la edad media, Piero Fiorelli²⁵, señaló:

“En cambio, en lo penal se abandona el proceso acusatorio y surge el inquisitorio, que se inicia de oficio, con facultad de obtener pruebas y procurar la confesión de lo que resulta el tormento judicial como práctica usual, entronizado tanto en el proceso penal oficial como en esa institución eclesiástica que, para vergüenza de la humanidad imperó durante varios siglos y que se llamó la Inquisición del Santo Oficio, en donde el sadismo y el refinamiento de la crueldad llegaron a los máximos extremos”.

En 1764 uno de los más importantes inspiradores del movimiento de reforma del antiguo derecho penal continental, Cesare Beccaria, escribió el ensayo jurídico *De los Delitos y las Penas*²⁶ considerado como uno de los libros más influyentes en la reforma del derecho penal, que marcaría una pauta en la nueva estructura y concepción del derecho penal continental caracterizado en toda Europa por su extrema crueldad, por su arbitrariedad y falta de racionalidad. En su obra,²⁷ sobre el tópico de interés expresó:

debía ser extraída mediante tortura. Aún en el siglo XV era común que se torturara a un testigo mientras se le interrogaba en el tribunal. En una xilografía de esa época un reo prendido de las muñecas es dolorosamente estirado ante el juez”. LEWIS, Lyons. “Historia de la Tortura”. Editorial Diana, México. 2005, Pág. 127

²⁴ A pesar de lo avanzado del sistema jurídico con que contaba esta civilización, el látigo era frecuentemente utilizado en Roma, así como el *equuleus* o caballo joven, que era un instrumento por el que se ataba a la víctima de sus extremidades y se las estiraba poco a poco haciéndola sufrir, como lo describe Jean Kellaway en su libro *Historia de la Tortura y Ejecución*. [Kellaway, Jean. “The History of Torture and Execution: From Early Civilization through Medieval Times to the Present, The Lyons Press, Nueva York, 2000].

²⁵ Piero Fiorelli. *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Giufre, 1953. Citado por: DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo I. Edit. ABC, Bogotá, 1974, Pág. 20.

²⁶ “*Dei delitti e delle pene*”.

²⁷ CESARE BONESANA, Marqués de Beccaria. *Tratado de los delitos y las penas*. Editorial HELIESTA S.R.L.



26.250
Jairo Aponza Guaza y otros

“Consideradas simplemente las verdades hasta aquí expuestas, se convence con evidencia, que el fin de las penas no es atormentar y afligir un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido. ¿Se podrá en un cuerpo político, que bien lejos de obrar con pasión, es el tranquilo moderador de las pasiones particulares; se podrá, repito, abrigar esta crueldad inútil, instrumento del furor y del fanatismo o de los flacos tiranos? ¿Los alaridos de un infeliz revocan acaso del tiempo, que no vuelve las acciones ya consumadas? El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo²⁸.

(...)

Una crueldad consagrada por el uso entre la mayor parte de las naciones es la tortura del reo mientras se forma el proceso, o para obligarlo a confesar un delito, o por, las contradicciones en que incurre, o por el descubrimiento de los cómplices, o por no sé cuál metafísica e incomprensible purgación de la infamia, o finalmente por otros delitos de que podría ser reo, pero de los cuales no es acusado²⁹.

(...)

Pero yo añado que es querer confundir todas las relaciones pretender que un hombre sea al mismo tiempo acusador y acusado (n), que el dolor sea el crisol de la verdad, como si el juicio de ella residiese en los músculos y fibras de un miserable. Este es el medio seguro de absolver los robustos malvados, y condenar los flacos inocentes. Veis aquí los fatales inconvenientes de este pretendido juicio de verdad; pero juicio digno de un Caníbal, que aún los bárbaros romanos por más de un título reservaban sólo a los esclavos, víctimas de una feroz demasiado loada virtud.

(...)

Otro ridículo motivo de la tortura es la purgación de la infamia. Esto es un hombre juzgado infame por las leyes debe para libertarse de esta infamia confirmar la verdad de su deposición con la dislocación de sus huesos. Este abuso no se debería tolerar en el siglo décimooctavo.

(...)

La tortura misma ocasiona una infamia real a quien la padece; luego con este método se quitará la infamia causando la infamia.

(...)

No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas, y por consiguiente la vigilancia de los magistrados, y aquella severidad inexorable del juez, que para ser virtud útil, debe estar acompañada de una legislación suave. La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad; porque los males, aunque pequeños, cuando son ciertos amedrentan siempre los ánimos de los hombres; y la esperanza, don celestial, que por lo común tiene lugar en todo, siempre separa la

Argentina. 1993.

²⁸ Capítulo XII, fin de las penas, pág. 79

²⁹ Capítulo XVI, Del tormento, pág. 87



26.250
Jairo Aponza Guaza y otros

idea de los mayores, principalmente cuando la impunidad, tan conforme con la avaricia y la flaqueza, aumentan su fuerza. La misma atrocidad de la pena hace se ponga tanto más esfuerzo en eludir y evitarla, cuanto es mayor el mal contra quien se combate: hace que se cometan muchos delitos, para huir la pena de uno solo. Los países y tiempos de los más atroces castigos fueron siempre los de más sanguinarias e inhumanas acciones; porque el mismo espíritu de ferocidad que guiaba la mano del legislador regia la del parricida y del matador³⁰.

(...)

A medida que las penas son más dulces, la clemencia y el perdón son menos necesarios³¹.

Así, la tortura dejó de ser considerada en sí misma un método de castigo, para ser tenida como medio para obtener la prueba, y posteriormente, una vez declarada ilegal³², pasó paulatinamente de los tribunales a los calabozos y cárceles secretas, hasta la época moderna, variando, con el desarrollo de la tecnología, las estrategias de agresión. Sobre el particular, Lewis³³, refirió:

“Aunque una Convención de la ONU de 1984 declaró ilegal la tortura, la Red Sobrevivientes de la Tortura calcula que hoy se practica en 123 países, ningún gobierno lo admitiría, pero la tortura sigue en pie, a puertas cerradas y con la autorización del Estado”.

“La tortura está muy extendida en China, según Amnistía Internacional, como lo ilustra el caso de Zhou Jiangxiong, campesino de 30 años de edad de la provincia de Hunan muerto en 1998 a causa de las torturas a las que fue sometido por agentes del gobierno, quienes lo colgaron de cabeza, lo azotaron, lo golpearon con mazos, lo marcaron con un cautín y le arrancaron los genitales. El “crimen” de Zhou fue ocultar el paradero de su esposa, sospechosa de estar embarazada sin autorización, contra los dictados de la estricta política china de control natal.”

“En un informe de Amnistía Internacional de 1991 se refirió el caso de Roberto, profesor universitario de 50 años de edad, detenido y golpeado por las fuerzas de seguridad de Zaire. Mientras esto sucedía, se presentó

³⁰ Capítulo XXVII, De la dulzura de las Penas, pág. 116

³¹ Capítulo XLVI, Del Perdón, pág. 164

³² “En la gran mayoría de las naciones la tortura fue abolida definitivamente y, de estar regulada por el sistema legal, pasó a configurar un delito. Sin embargo, la tortura siguió en práctica ilegalmente durante muchos años, aun después de su abolición, **sobre todo durante los gobiernos de regímenes totalitarios** o potencias ocupantes. Más tarde, cuando la tortura pasó a ser tipificada como delito en el Derecho interno de varios países, tras la convención contra la Tortura de 1984, su práctica disminuyó aunque no fue erradicada por completo”. BARBERO, Natalia. *Análisis Dogmático –Jurídico de la Tortura*. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires. 2011, Pág 25.

³³ LEWIS, Lyons. *Historia de la Tortura*. Editorial Diana, México. 2005, Pág. 140, 141 y 143.



26.250
Jairo Aponza Guaza y otros

de imprevisto un alto funcionario, quien de inmediato ordenó a los captores que se detuvieran: "Le dejarán cicatrices", dijo, "y recibiremos quejas de Amnistía Internacional". Emplearon entonces la electricidad como instrumento de tortura. Durante las cuatro semanas siguientes, los captores de Roberto usaron bastones para aplicarle descargas eléctricas en la base de la columna, los genitales y otras partes del cuerpo."En casi todas esas ocasiones", continuaba el informe, Roberto "vomitó, perdió el control de sus intestinos y funciones físicas y cayó inconsciente".

Acerca de la tortura mental, el citado autor ilustró³⁴:

"Toda tortura es tortura mental. Infligir dolor puede responder a los impulsos sádicos del captor, pero es un medio para alcanzar un fin: llegar a la mente de la víctima. **La tortura mental es capaz de rebasar el cuerpo y llegar a las profundidades de la psique de la víctima.**

(...)

Los reclusos eran constantemente humillados y tenían siempre agresiones físicas. La menor falta se castigaba con golpes y tortura, aplicados a menudo frente a otros cautivos. Las muertes a causa de tales golpizas eran comunes. **La tortura mental y física que padecían los reclusos condujo en muchos casos a crisis nerviosas y suicidios.** Un ex recluso, médico, dijo haber visto "gritar y aullar a muchas personas". Las autoridades del campamento le prohibían asistirlos" (Negrillas de la Sala).

Desde luego, la tortura hoy por hoy constituye una grave transgresión a los derechos humanos, y ha sido rigurosamente condenada por el derecho internacional, particularmente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos –DUDH-, estableciéndose en el artículo 5º que "*Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*". Dentro de este mismo proceso de internacionalización y positivización de los derechos humanos la Asamblea General de las Naciones Unidas, a fin de superar la dificultad que presentaba la carencia de fuerza vinculante (obligatoria) para los Estados, de la declaración de derechos, intentó la adopción de diversos pactos internacionales, entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP-, consagrándose en el artículo 7º, la prohibición antes enunciada, y adicionalmente estableciéndose que en particular, nadie sería sometido sin su libre

³⁴ Ob. Cit. Pág. 146 y 149.



consentimiento a experimentos médicos o científicos, aludiéndose tácitamente con ello, a la barbarie del nazismo.

En el ámbito del Consejo de Europa también se elaboró un convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales³⁵, en armonía con lo estatuido en la Declaración Universal de la O.N.U de 1948, y aunque su artículo 3³⁶ básicamente reitera lo normado en el artículo 5º de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 7º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el convenio introdujo novedosamente, la posibilidad de que los particulares que se consideraran víctimas de una violación, como la tortura, quedaran legitimados para acudir al organismo por él mismo creado³⁷.

En el mismo sentido, con el propósito de asegurar la protección de los sujetos de derecho frente a los abusos, las Naciones Unidas ha desarrollado, a través de los años, estándares universalmente aplicables; así, el 10 de Diciembre de 1984, la

³⁵ Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (CEDH), adoptado por el Consejo de Europa, en Roma, el 4 de noviembre de 1950.

³⁶ **Artículo 3. Prohibición de la tortura.** Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

³⁷ **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** –TEDH- [también denominado Tribunal de Estrasburgo y Corte Europea de Derechos Humanos]

Artículo 19. Institución del Tribunal. Con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos, se instituye un Tribunal Europeo de Derechos Humanos en adelante denominado "el Tribunal". Funcionará de manera permanente.

Artículo 34. Demandas individuales. El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.

Artículo 35. Condiciones de admisibilidad. 1. Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recurso internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva.

2. El Tribunal no admitirá ninguna demanda individual presentada en aplicación del artículo 34, cuando:

a) sea anónima; o

b) sea esencialmente la misma que una demanda examinada anteriormente por el Tribunal o ya sometida a otra instancia internacional de investigación o de arreglo, y no contenga hechos nuevos.



26.250
Jairo Aponza Guaza y otros

Asamblea General adoptó la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes³⁸, definiendo aquella, como cualquier acto por el cual se ocasiona intencionalmente a una persona implacable dolor o sufrimiento, físico o mental, a fin de obtener información o una confesión de ella o de un tercero, o de castigarla por un acto cometido por ella o por un tercero, o intimidar o coaccionarla por cualquier motivo basado en cualquier tipo de discriminación, cuando tal dolor o sufrimiento sea infligido por o a instancias de o con el consentimiento de un funcionario público u otra persona que actúe con carácter oficial³⁹.

En atención a lo anterior, el tratadista Iñaki Rivera Beiras, describió la tipología de la conducta descrita, señalando, entre otros aspectos, (i) que se trataba de un delito pluriofensivo, en tanto conculcaba una pluralidad de bienes dignos de protección, tales como la integridad personal física y mental, la vida, la dignidad humana y el honor, (ii) que implicaba una conducta dolosa en quien perpetuaba el daño habida cuenta de que exigía la intencionalidad del sujeto agresor, (iii) que se caracterizaba por ser un delito de tendencia, toda vez que en la perpetuación del acto se perseguía un fin cual era, obtener una información, perpetrar un castigo o intimidar, y que además, (iv) el sujeto activo de la conducta, debía ser funcionarios y personas revestidas de autoridad estatal. Sobre el particular, así reflexionó el citado autor:

³⁸ Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 numeral 1º.

³⁹ **Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Artículo 1º** : A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.



26.250
Jairo Aponza Guaza y otros

“En ese sentido pueden señalarse, separadamente, los distintos supuestos que pueden dar lugar a este delito, de la siguiente forma: “se entenderá por el término tortura todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales».

Y este enunciado, de carácter general, se concreta luego al exigirse una intencionalidad específica que puede ser:

- a) «con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión»;
- b) «de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido»;
- c) «de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras»;
- d) «por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación».

Es requisito indispensable para poder tipificar tales actos como constitutivos del delito de tortura, cierta cualidad específica que se exige del autor. En efecto -y sin perjuicio de lo que posteriormente se dirá a propósito del sujeto activo-, éste ha de ser:

- a) «un funcionario público»; u
- b) «otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia».

A continuación se anuncia que

«no se considerarán tortura los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas»; precisión que, sin duda, se refiere a las penas privativas de la libertad (y a los efectos o consecuencias que de ellas se derivan)^{40,41}.

Además de lo expuesto, la Convención especifica que los Estados signatarios⁴² prohibirán la tortura en sus legislaciones nacionales, indicando que estos

⁴⁰ Nota del original: En este sentido, se ha de señalar que la Convención, a diferencia de la Declaración contra la Tortura -aprobada por la Asamblea General en 1975- no contiene la limitación que se estipulaba en ésta. En efecto, en 1975 se establecía su necesaria «consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos», limitación que, como puede observarse, no existe en la Convención de 1984.

⁴¹ RIVERA BEIRAS, Iñaki. *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*. Ed. J.M Bosch Editor, Barcelona. 1997, Pág. 45.

⁴² **Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment**. New York, 10 December 1984. **Entry into force**: 26 June 1987, in accordance with article 27(1). **Registration**: 26 June 1987, No. 24841. **Status**: Signatories: 78. Parties: 153. **Text**: United Nations, *Treaty Series*, vol. 1465, p. 85. **Note**: The Convention, of which the Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish texts are equally authentic, was adopted by resolution 39/46 of 10 December 1984 at the thirty-ninth session of the General Assembly of the United Nations. The Convention is open for signature by all States, in accordance with its article 25.

Participant: Colombia. **Signature**: 10 Apr 1985. Accession (a), Succession (d), Ratification: 8 Dec 1987.

[Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Nueva York, 10 de diciembre de 1984. **Entrada en vigor**: 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (1). **Inscripción**: 26 de junio de 1987, No. 24841. **Estado**: Signatarios: 78. Partes: 153. **Texto**: Naciones Unidas, Serie de tratado, vol. 1465, p.85. **Nota**: La Convención, cuyos textos en árabe, chino, inglés, francés, ruso y español son igualmente auténticos, se adoptó mediante la resolución 39/46 of 10 de diciembre 1984 en el trigésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. La Convención estará abierta a la firma de todos los Estados, de conformidad con su artículo 25.

Partícipe: Colombia. **Firma**: 10 de abril de 1985. **Adhesión, Ratificación**: 8 de diciembre de 1987.]



deberán tomar las medidas legislativas, administrativas, judiciales o de cualquier otra índole, que sean eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción, denotando explícitamente que en ningún caso podrá invocarse una orden de un funcionario superior o una circunstancias excepcional que sirva de justificación a la misma.

Del instrumento en mención, se destaca el siguiente articulado:

Artículo 10. 1. **Todo Estado Parte velará por que se incluyan una educación y una información completas sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley**, sea éste civil o **militar**, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión.

2. Todo Estado Parte incluirá esta prohibición en las normas o instrucciones que se publiquen en relación con los deberes y funciones de esas personas.

Artículo 11. Todo Estado Parte mantendrá sistemáticamente en examen las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como las disposiciones para la custodia y el tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión en cualquier territorio que esté bajo su jurisdicción, a fin de evitar todo caso de tortura.

Artículo 12. Todo Estado Parte velará porque, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial.

Artículo 13. Todo Estado Parte velará porque toda persona que alegue haber sido sometida a tortura en cualquier territorio bajo su jurisdicción tenga derecho a presentar una queja y a que su caso sea pronta e imparcialmente examinado por sus autoridades competentes. Se tomarán medidas para asegurar que quien presente la queja y los testigos estén protegidos contra malos tratos o intimidación como consecuencia de la queja o del testimonio prestado.

Artículo 14. 1. Todo Estado Parte velará porque su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización.



2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a cualquier derecho de la víctima o de otra persona a indemnización que pueda existir con arreglo a las leyes nacionales" (Negrillas y subrayas de la Sala).

Vale la pena señalar, que de conformidad con el principio de interpretación evolutiva⁴³, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH-, en relación con lo que podía ser considerado una tortura, ha venido admitiendo cambios en la concepción inicial indicada en la sentencia del 18 de enero de 1978, en el conocido caso "*Irlanda contra Reino Unido*"⁴⁴, en la que señaló que ciertas técnicas de desorientación o privación sensorial empleadas por las autoridades británicas en el marco de la lucha antiterrorista contra el IRA⁴⁵ sólo constituían tratos inhumanos o degradantes, más no tortura⁴⁶; decisión que contrasta con lo

⁴³ "La Corte [Corte Interamericana de Derechos Humanos –CIDH-] consideró que la interpretación evolutiva se encuentra consagrada en las reglas generales de interpretación de la Convención de Viena de 1969, y afirma que tanto la Corte Interamericana como la Europea han dicho que "los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales". GALDAMEZ ZELADA, Liliana. *Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones*. Revista chilena de derecho, 2007, vol.34, n.3, Pág. 439.

⁴⁴ *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, § ..., Series A no. 25

http://www.echr.coe.int/Documents/Case_law_references_ENG.pdf

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57506>

<http://hdl.handle.net/10171/11970> [Depósito Académico Digital Universidad de Navarra.]

⁴⁵ Ejército Republicano Irlandés -Irish Republican Army-

⁴⁶ "167. (...) In order to determine whether the five techniques should also be qualified as torture, the Court must have regard to the distinction, embodied in Article 3 (art. 3), between this notion and that of inhuman or degrading treatment.

In the Court's view, this distinction derives principally from a difference in the intensity of the suffering inflicted.

The Court considers in fact that, whilst there exists on the one hand violence which is to be condemned both on moral grounds and also in most cases under the domestic law of the Contracting States but which does not fall within Article 3 (art. 3) of the Convention, it appears on the other hand that it was the intention that the Convention, with its distinction between "torture" and "inhuman or degrading treatment", should by the first of these terms attach a special stigma to deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering.

(...)

Although the five techniques, as applied in combination, undoubtedly amounted to inhuman and degrading treatment, although their object was the extraction of confessions, the naming of others and/or information and although they were used systematically, they did not occasion suffering of the particular intensity and cruelty implied by the word torture as so understood.

[¹⁶⁷. (...) Con el fin de determinar si las cinco técnicas también deben ser calificadas como tortura, la Corte debe tener en cuenta la distinción, incorporada en el artículo 3, entre esta noción y la de los tratos inhumanos o degradantes.

En opinión del Tribunal, esta distinción se deriva principalmente de la diferencia en la intensidad del sufrimiento infligido.

El Tribunal considera, de hecho, que, si bien existe, por un lado, violencia que debe ser condenada tanto por razones morales, como por el derecho interno de los Estados Contratantes, la conducta no está inmersa en lo establecido en el artículo 3º de la Convención, pues parece que la intención de la Convención, era



afirmado en posteriores sentencias, como la proferida el 28 de julio 1999, en el conocido caso "*Selmouni contra Francia*"⁴⁷, donde se condenó a este Estado, por los golpes y heridas propinados por la policía francesa a Ahmed Selmouni, que le ocasionaron la pérdida de la visión en uno de sus ojos, así como también por la violación de que fue víctima, perpetrada por dos o más personas durante el tiempo que estuvo detenido; actos altamente censurables respecto de los cuales se determinó que contravenían tajantemente la preceptiva contenida en el artículo 3º de la Convención Europea sobre Derechos Humanos bajo la denominación de tortura⁴⁸ y no sólo de "tratos inhumanos o degradantes", ello en atención al progresivo nivel de exigencia en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales⁴⁹.

distinguir entre "tortura" y "tratos inhumanos o degradantes", asociando al primero de estos términos, un estigma especial en el tratamiento humano que deliberadamente causa un serio y cruel sufrimiento.

(...)

Aunque las cinco técnicas, aplicadas en combinación, sin duda, constituían trato inhumano y degradante, y su objetivo era la obtención de confesiones, (...), no ocasionaron sufrimiento de la particular intensidad y crueldad que está implícita en el entendimiento de la palabra tortura.] **Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Irlanda contra Reino Unido, Sentencia de 18 de enero de 1978.–V, Pág. 167.**

⁴⁷ *Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, § ..., ECHR 1999-V.

http://www.echr.coe.int/Documents/Case_law_references_ENG.pdf

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-62842>

⁴⁸ Aparte 102: "La Corte ha podido convencerse de la multitud de golpes dados al Sr. Selmouni. Cualquiera que sea el estado de salud de una persona, se puede suponer que tal intensidad de golpes causa dolor severo. La Corte nota también de un golpe no provoca automáticamente una marca visible en el cuerpo. Sin embargo, teniendo en cuenta el informe médico realizado 07 de diciembre 1991 por el Dr. Garnier (véanse los párrafos 18 a 20 supra), prácticamente todo el cuerpo del señor Selmouni mostraba los signos de violencia sufridos. (...). 105. En estas circunstancias, el Tribunal considera que los actos de violencia física y mental infligidos a la persona del solicitante, en su conjunto, han causado dolor y sufrimiento "severo" que fue especialmente grave y cruel. Tal comportamiento debe considerarse como actos de tortura en el sentido del artículo 3 de la Convención. **Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Selmouni contra Francia, Sentencia de 28 de julio de 1999, Reports 1999 –V, Pág. 102 y 105.**

⁴⁹ De forma concluyente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo en el aparte 101., que "ciertos actos que fueron calificados en el pasado como tratos inhumanos o degradantes, no como torturas, podrían ser calificados en el futuro de una manera diferente, es decir, como torturas, dado que a las crecientes exigencias de protección de los derechos y de las libertades fundamentales, debe corresponder una mayor firmeza al enfrentar las infracciones a los valores básicos de las sociedades democráticas". **Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Selmouni contra Francia, Sentencia de 28 de julio de 1999, Reports 1999 –V, Pág. 101.**



La doctrina actual sobre la materia, al respectó ha señalado⁵⁰:

“Esta cláusula⁵¹ hace que prevalezca la prohibición indiscutible respecto a la tortura y a los tratos inhumanos, así como su inderogabilidad como se establece en los Tratados de Derechos Humanos. Esta conclusión es confirmada por la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos en instrumentos del DIH⁵², ya que “este cuerpo de leyes constituye un régimen legal específico inderogable particularmente diseñado para regular situaciones de emergencia”. Esto también se confirma en la jurisprudencia del Derecho Penal Internacional (DPI) de acuerdo con la cual la prohibición contra la tortura constituye “un valor indiscutible del cual nadie debe apartarse”. Esto significa, en definitiva, que la distinción entre la tortura y otros tratos inhumanos dentro de las ideas de los artículos 7º PIDCP⁵³, 3º CEDH⁵⁴ y 5º CADH⁵⁵ queda sin efecto legal respecto a posibles excepciones a la prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos. Sin embargo, la distinción entre los diferentes grados de tortura, en línea con la “teoría de grados” de la Corte Europea de Derechos Humanos, no es totalmente irrelevante ya que los malos tratos que no “alcancen un nivel mínimo de severidad no quedan comprendidos en el ámbito de la prohibición establecida en los artículos 7º PIDCP, 3º CEDH y 5º CADH. Por supuesto que los tres grados de maltrato – tortura, trato inhumano y maltrato “ordinario”- no pueden ser distinguidos de manera convincente in abstracto sino sólo caso por caso.”

Adicionalmente, como se alude en el texto en cita, en nuestro sistema americano encontramos la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵⁶ – CADH-, que en su artículo 5º consagró el derecho de toda persona a ser respetada en su integridad física, psíquica y moral, y la prohibición a ser sometido a torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, señalando que toda persona privada de libertad debe ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Del mismo modo debe precisarse que la Organización

⁵⁰ KAI AMBOS. *Tortura y derecho penal. Respuesta en situaciones de emergencia*. Ed. Universidad Externado de Colombia. Centro en Investigación en Filosofía y Derecho. Bogotá. 2009, Pág. 24.

⁵¹ [Referida a la contenida en el artículo 16 de **Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Artículo 16.** (...) 2. La presente Convención se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en otros instrumentos internacionales o leyes nacionales que prohíban los tratos y las penas crueles, inhumanos o degradantes o que se refieran a la extradición o expulsión.]

⁵² Derecho Internacional Humanitario

⁵³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP-.

⁵⁴ Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales- CEDH-.

⁵⁵ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre – CADH-.

⁵⁶ Pacto de San José de Costa Rica de 1949. Creador a su vez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.



de Estados Americanos –O.E.A- con el objetivo de prevenir y sancionar casos de tortura, creó la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁵⁷ –CIPST-, documento dentro del cual se introdujo un nuevo elemento como es el empleo de métodos sobre una persona, con la intención de anular la personalidad de la víctima o de disminuir su capacidad física o mental, aún si estos no causan dolor físico o angustia mental⁵⁸.

No sobra recordar que el 17 de julio de 1998, durante la "*Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*"⁵⁹, se expidió el Estatuto de Roma, aprobado en Colombia mediante la ley 472 de 2002, el cual rotuló la tortura como un crimen de lesa humanidad, y la definió de la forma en que tradicionalmente se venía haciendo, en su artículo 7, numeral 2, literal e), describiéndola como la causación intencional de dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control.

Así las cosas, es palmario que el derecho internacional prohíbe inequívocamente la tortura en diversos instrumentos de Derecho Internacional Humanitario (DIH) y de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DDHH), prohibición que ha logrado el estatus de *ius cogens*⁶⁰ en tanto que su proscripción constituye una norma imperativa que ningún Estado, bajo cualquiera que sea el esquema de argumentación jurídico-político, puede enervar.

⁵⁷ Aprobada mediante la Ley 409 de 1997.

⁵⁸ Cfr. Artículo 2.

⁵⁹ La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 51/207, de 17 de diciembre de 1996, decidió celebrar en 1998 una conferencia diplomática de plenipotenciarios con objeto de dar forma definitiva a una convención sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional –CPI-, y adoptarla.

⁶⁰ "En este sentido, debe existir una distinción entre los derechos que son protegidos por los tratados sobre derechos humanos que sí tienen categoría de *ius cogens* y los que no la tienen. Los primeros no podrán ser derogados, mientras que en los segundos no se podrá hablar de derechos fundamentales. Existe un consenso internacional sobre ciertos derechos y su categorización como fundamentales, ya que constituyen principios reconocidos por los Estados civilizados, más allá de que existan tratados bilaterales o multilaterales sobre ellos. **La regla que prohíbe la tortura forma parte de este mínimo común para todos los Estados** y se torna en prohibición absoluta, por lo cual no se admitirán excepciones." BARBERO, Natalia. *Análisis Dogmático –Jurídico de la Tortura*. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires. 2011, Pág 33.



26.250
Jairo Aponza Guaza y otros

Esta Corporación⁶¹, en relación con el carácter vinculante de los instrumentos internacionales, ha tenido la oportunidad de efectuar un pronunciamiento en los siguientes términos:

“... además, la ley 74 de 1968, ... ratificó los Pactos internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el protocolo facultativo de este último, aprobados por la asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 con el voto unánime de sus asociados, ley en cuyo artículo 9, numeral 6, se establece que “...”. Por tratarse de leyes aprobatorias de tratados públicos, **estas disposiciones tienen un carácter supralegal** de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, ya que no pueden ser desconocidas por leyes ordinarias. Esa prevalencia en el orden interno de los tratados en materia de derechos humanos así como de su carácter de pauta hermenéutica para la interpretación de los derechos y deberes que consagra la Carta Política, se contempla hoy en el art. 93”.

Por su parte, en el ámbito interno, la Constitución Política de 1991, en el título II, capítulo I, “De los Derechos Fundamentales”, prescribió en el artículo 12 “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, derecho en torno al cual, la Corte Constitucional ha venido razonando en el siguiente orden:

“Conscientes de que en la Constitución anterior podía haber un vacío al respecto, y no obstante que Colombia había suscrito la Convención contra la Tortura, los constituyentes decidieron entonces incluir la referencia a la tortura en el hoy Artículo 12.

Junto con la desaparición forzada, los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la Comisión Primera consideró que era relevante elevar a norma constitucional la prohibición de la tortura. Como era de esperarse, a los constituyentes les preocupaba sobremanera las torturas provenientes de los funcionarios del Estado, pero jamás se concibió únicamente como prohibición para los agentes estatales. El tema fue tratado en la Comisión Primera el 16 de Abril de 1991, y en dicho debate se entendió que el término tortura debía cobijar tanto su aspecto físico, como el aspecto síquico o moral. De la misma manera, hubo acuerdo en que las pruebas obtenidas mediante tortura carecían de valor, pero esta regla, por su naturaleza, quedó incluida en la norma sobre debido proceso.

⁶¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, expediente No. 9.617, sentencia del 28 de noviembre de 1996. C.P. Ricardo Hoyos Duque.



26.250
Jairo Aponza Guaza y otros

(...)

El Artículo 12 de la Constitución Nacional es incluso más amplio que los instrumentos internacionales suscritos por Colombia sobre el tema, pues como se dijo arriba, la Carta colombiana prohíbe la tortura incluso en los casos en que el torturador sea un particular. De ahí que el artículo 279 del Código Penal sea, en un todo, acorde con la Constitución.

En efecto, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada en Colombia por la ley 78 de 15 de Diciembre de 1986, define la tortura (...) La misma norma internacional establece, sin embargo, que esa noción de tortura se debe entender sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance. Exactamente eso es lo que ha hecho la Constitución Nacional al prohibir la tortura no sólo cuando esta proviene de un funcionario público o con su consentimiento o aquiescencia, sino cuando proviene también de un particular, como quedo visto en el anterior numeral de esta providencia. De ahí que el artículo 279 del Código Penal esté, también por este aspecto, ajustado en un todo a la Constitución. La consagración constitucional del derecho a no ser torturado, busca, junto con las demás hipótesis consagradas en el mismo artículo 12, proteger el derecho a la integridad personal, cuya vulneración había sido tema de preocupación constante para las altas corporaciones judiciales, en particular para el Consejo de Estado.

(...)

La siguiente es una ilustrativa lista de las posibles conductas que pueden llegar a constituir tortura, realizadas por agentes del Estado. Es, además, reveladora del grado de sofisticación al que pueden llegar ciertos agentes estatales cuando practican la tortura. Se extrae de un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Colombia:⁶²

" plantones al sol en el día y al sereno en la noche"; "ahogamientos y sumergimientos en agua"; "aplicación del 'submarino'"; "venda en los ojos hasta por doce, diez y siete y veinte días"; "vendado y amarrado por cuarenta y siete días en cimitarra"; "sometimiento a golpes en diversas partes del cuerpo con palos y patadas"; "impedimento para dormir hasta por ocho días y falta de reposo"; "amenazas de muerte al detenido, a la familia y a amigos"; "colgaduras atado de las manos"; "prohibición de agua y alimento hasta por cuatro, siete y ocho días seguidos"; "simulacro de dispararles en la cabeza"; "esposados de las manos"; "tortura de otras personas cerca de la celda para que se escucharan los gritos"; "incomunicación"; "palpitación de energía y choques eléctricos en diferentes partes del cuerpo"; "ejercicios hasta el agotamiento"; "permanencia desnudos y de pie"; "provocación de asfixia"; "lavadas"; "caminar de rodillas"; "torturas psicológicas"; "sumergimiento amarrados en un lago"; quemaduras con cigarrillos"; " sacar al detenido a los allanamientos y utilizarlos como 'chaleco antibalas' esposado y vendado"; "simulacros de fusilamientos mientras estaba colgado de un árbol"; "introducción de armas en la boca"; "rotura de nervios como consecuencia de colgamientos"; "desnudo y sumergido en un río"; negativa de asistencia médica para embarazo"; "fractura de costillas"; amarrado, vendado, a veces permanentemente, golpeado con un leño, patadas"; "herida con arma de fuego por la espalda en el sitio de reclusión"; "amenaza de traer a sus familiares para torturarlos en su presencia"; "contemplación de las torturas a otra persona"; ..."

⁶² Informe Colombia, 1981, pág. 111, párr.4



26.250
Jairo Aponza Guaza y otros

(...)

Queda pues claro que, también a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, la tortura es susceptible de ser cometida por particulares o por agentes del Estado, sin perjuicio de la mayor responsabilidad de este en la protección y defensa de todos y cada uno de los derechos fundamentales.⁶³.

Ahora bien, la Corte Constitucional al declarar la inexecutable de la expresión "graves" contenida en el artículo 137 del código penal⁶⁴ -ley 599 de 2000-, expresó que el instrumento internacional a tener en cuenta, para esos efectos, sería el contenido en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, toda vez que en virtud del principio *pro homine* se imponía la preferencia de una hermenéutica que resultara menos restrictiva de los derechos establecidos en los convenios, en ese sentido puntualizó:

"Téngase en cuenta al respecto que dicha Convención no solamente es el texto que mayor protección ofrece a los derechos de las personas víctimas de tortura sino que los demás instrumentos internacionales a que se ha hecho referencia dejan claramente a salvo la aplicabilidad de la referida Convención Interamericana.

Así, el numeral 2 del artículo 1º de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes señala que dicho artículo en que se define lo que se entiende por tortura para dicha Convención suscrita antes de la Convención Interamericana "se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance". Es decir que el texto de la Convención Interamericana prima en esas circunstancias.

A su vez el artículo 10 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional señala que "Nada de lo dispuesto en la presente parte⁶⁵ se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo de derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto". Es decir que el hecho de que en dicho estatuto -cuya aprobación por Colombia es la más reciente- figure una disposición que no es coincidente

⁶³ Nota del original: Sentencia C-587/92

⁶⁴ ARTICULO 178. TORTURA. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1º de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que inflija a una persona dolores o sufrimientos **graves**, físicos o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a doscientos setenta (270) meses, multa de mil sesenta y seis punto sesenta y seis (1066.66) a tres mil (3000) salarios mínimos legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad

⁶⁵ Nota del original: Alude a la PARTE II. del Estatuto "De la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable" en que se contiene el artículo 7 atrás reseñado que define la tortura para los efectos de dicho instrumento internacional.



26.250
Jairo Aponza Guaza y otros

con la definición de tortura establecida en la Convención Interamericana, en nada impide que se tome en cuenta el contenido más garantista que se establece en la referida Convención en cuanto al delito de tortura.

(...)

Al respecto la Corte constata que en el presente caso y contrariamente a lo que se señaló para el delito de genocidio, es clara la contradicción entre el texto de los artículos 173 y 178 de la Ley 599 de 2000 -que tipifican respectivamente los delitos de tortura en persona protegida y tortura- y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura⁶⁶, instrumento internacional que en armonía con el artículo 93 superior y el principio *pro homine* es el que corresponde tomar en cuenta en este caso como se explicó en los apartes preliminares de esta sentencia .

En efecto en dicho instrumento internacional aprobado mediante la Ley 409 de 1997⁶⁷ no solamente se excluye la expresión "graves" para efectos de la definición de lo que se entiende por tortura, sino que se señala claramente que se entenderá como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. Es decir que de acuerdo con la Convención Interamericana configura el delito de tortura cualquier acto que en los términos y para los fines allí señalados atente contra la autonomía personal, incluso si el mismo no causa sufrimiento o dolor".

Así, cuando es el mismo Estado –entidad que detenta el uso legítimo de la fuerza–, quien a través de sus miembros activos emplea sus medios e instrumentos para cercenar, aniquilar y desdibujar las garantías fundamentales del ser humano, se quebranta el principio basilar del Estado Social de Derecho, esto es, la dignidad humana, y ello se presta para definir a la organización pública como ilegítima, ya que actúa en contra de los propios mandatos trazados

⁶⁶ Nota del original: Artículo 1. Los Estados partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención.

Artículo 2. Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

⁶⁷ Nota del original: Ver Sentencia C-351/98 M.P. Fabio Morón Díaz.



por el constituyente primario y directo detentador de la soberanía y del poder político.

Es por ello que la doctrina especializada en la importancia del garantismo estatal ha sostenido:

“Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social. Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman *la esfera de lo indecible* y de lo *indecible que no*; y actúan como factores no sólo de legitimación sino que también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones... Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional... Este es el sentido de la frase ¡Hay jueces en Berlín!: debe haber un juez independiente que intervenga para reparar las injusticias sufridas, para tutelar los derechos del individuo, aunque la mayoría o incluso los demás en su totalidad se unieran contra él; dispuesto a absolver por falta de pruebas aun cuando la opinión general quisiera la condena, o a condenar, si existen pruebas, aun cuando esa misma opinión demandase la absolución.”⁶⁸

En consecuencia, nada resulta más perverso y oprobioso que el empleo de la fuerza pública y de los medios e instrumentos puestos a su servicio con fines ajenos a la protección de los derechos de los asociados, máxime cuando su objetivo constituye el desconocimiento y la supresión de las garantías fundamentales, específicamente el derecho a la vida y a la integridad personal.

Al respecto, vale la pena extraer brevemente una parte de ese sobresaliente pensamiento:

“Ya en el mero nombre de hombre hay una dignidad. Y como esta corresponde en igual medida a todos los hombres, todo hombre es también igual a los otros por naturaleza. Esta igualdad “natural” no es una igualdad de fuerzas, como pensaba Hobbes, sino una igualdad en el

⁶⁸ FERRAJOLI, Lüigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid, 2ª ed., 2001, págs. 24, 25 y 27.



Derecho, cuyo fundamento se halla en el deber de sociabilidad que une igualmente a todos los hombres, ya que está dado con la naturaleza humana como tal...⁶⁹

En consecuencia, la importancia de la dignidad humana entendida como aquel imperativo categórico –en términos Kantianos– que determina que cada ser humano –sin importar su sexo, raza, etnia, clase social, capacidad física y/o mental, capacidad económica, etc.– es un fin en sí mismo y no puede ser utilizado como un medio para alcanzar los fines de otros, radica en que la misma constituye el sustrato de todos los derechos humanos, principalmente de los derechos fundamentales y, por ende, de la vida y la libertad, garantías éstas sin las cuales la existencia y plenitud de la humanidad se vería amenazada. De ahí la importancia de un rechazo contundente a la permisibilidad de conductas tan aberrantes como los actos de tortura, en primera medida, (i) por cuanto transgrede la dignidad de los individuos, razón de la existencia de cualquier sistema normativo, y de otra parte, (ii) porque deslegitima y corroe intrínsecamente al Estado como constructo social, político y jurídico. En torno al asunto la doctrina ha expresado:

“En este punto debe enfatizarse que la racionalidad de la prohibición absoluta de la tortura reside -no obstante el derecho positivo escrito sobre la materia- en que **la aplicación de tortura implica un ataque frontal a la dignidad humana de la víctima**⁷⁰. **No hay ningún otro acto que viole tan profundamente esta dignidad.**

La protección de la dignidad humana se encuentra en el núcleo de la prohibición de la tortura⁷¹, y esta prohibición es por tanto "una de las normas de moralidad más firmes"⁷². Un Estado regido por los principios

⁶⁹ PUFENDORF, Samuel. *De jure naturae et gentium*, citado por WELZEL, Hans "Introducción a la Filosofía del Derecho", Ed. Aguilar, pág. 145.

⁷⁰ Nota del original: Para una excelente explicación de la relación entre dignidad humana y tortura, ver HILGENDORF, ob. cit., p. 337; ver también KREMMTZER. "The Landau Commission Report", cit., pp. 249 y ss.

⁷¹ Nota del original: Israel Supreme Court, cit., §22; ver también DELMAS-MARTY, ob. cit., p. 592 (prohibición de la tortura como expresión del valor universal de la dignidad humana). GRECO, ob. cit., pp. 636 y ss. enfatiza la violación de la libre voluntad.

⁷² Nota del original: M. S. MOORE. "Torture and the Balance of Evils", *Israel Law Review*, n.º 23, 1989, p. 332 ("one of morality's firmest norms"). En el mismo sentido, Waldron, ob. cit., p. 1681: "legal archetype... emblematic of our larger commitment to nonbrutality in the legal system" ["arquetipo legal... emblemático de nuestro mayor compromiso de no brutalidad en el sistema legal"], y pp. 1692-1693, donde considera a la tortura prohibida como "malum in se"; también pp. 1717 y ss. (contra el genio y espíritu de la ley), pp. 1723 y ss. (donde explica el concepto de "arquetipo").



26.250
Jairo Aponza Guaza y otros

del Estado de Derecho no puede permitir la tortura, -inherentemente repugnante y mala⁷³, sin traicionar sus propios principios⁷⁴ ni sin perder credibilidad a nivel internacional."⁷⁵ (Subrayas y negrillas de la Sala).

En consecuencia, uno de los principales mandatos de la institucionalidad es brindar estándares reglados acerca del manejo de la fuerza pública, toda vez que se parte del principio de excepcionalidad en su uso y, por ende, los agentes de los estamentos de seguridad deben ceñirse a los postulados definidos en la Carta Política y en la legislación especial que rige la materia, sin que puedan invocar la obediencia debida o el cumplimiento de un deber legal, en aquellos eventos en que su conducta es constitutiva de crímenes o delitos de lesa humanidad, de guerra o, en general, de cualquier comportamiento que atente contra los derechos humanos, y en particular, contra la dignidad.

Es necesario resaltar que el derecho a un trato digno acompaña a todos los seres humanos en cada una de las circunstancias y facetas en las que se encuentre, es una condición que no lo abandona, máxime cuando es privado de la libertad, circunstancia esta última en la que le corresponde al establecimiento penitenciario velar por el trato digno a los reclusos, ya que éstos se encuentran

⁷³ Nota del original: SHANY, ob. cit., pp. 106-107.

⁷⁴ Nota del original: Ver Commission of Inquiry, cit., p. 182 (§ 4.3: "The law... is the keystone for the existence of a State such as ours, which believes in values of liberty and equality... If we do not preserve the rule of law zealously in this area as well, the danger is great" ["La ley... es la piedra angular para la existencia de un Estado como el nuestro que cree en los valores de libertad y de igualdad... Si nosotros no hacemos que se preserve celosamente el Estado de derecho también en este ámbito, el peligro es enorme"]); p. 184 (§ 4.5: "we are convinced that this [the preservation of the law] is essential for the moral strength of Israeli society" ["estamos convencidos que su preservación [de la ley] es esencial para la fortaleza moral de la sociedad israelita"]); Israel Supreme Court, cit., § 39: "Preserving the Rule of Law and recognition of an individual's liberty constitutes an important component in its understanding of security" ["Conservar el Estado de Derecho y el reconocimiento de la libertad individual constituye un componente importante en su [de los Estados] interpretación de la seguridad". Ver también KINZIG, ob. cit., pp. 807-809 (con referencia a la decisión de la Israel Supreme Court); KRETSCHMER, OB. CIT., P. 108; WALDRON, ob. cit., PP 1737-1738 (Peligro de corrupción del sistema legal), pp. 1739 y ss. (socave del Estado de Derecho).

⁷⁵ KAI AMBOS. *Tortura y derecho penal. Respuesta en situaciones de emergencia*. Ed. Universidad Externado de Colombia. Centro en Investigación en Filosofía y Derecho. Bogotá. 2009, Pág. 27.



en situación de dependencia de quienes deben velar por ellos⁷⁶, y no constituye, desde luego, una excepción al trato digno el hecho de estar purgando una pena por un delito en un centro de reclusión.

En esa línea de pensamiento, la doctrina extranjera ha considerado:

“La condición de persona y la dignidad a ella inherente acompañara al hombre en todos y cada uno de los momentos de su vida, cualquiera que fuere la situación en que se encontrare, aunque hubiere traspasado las puertas de una institución penitenciaria

“(…)

“Es la dignidad de la persona la que impone una ejecución humanitaria de la pena (...).”⁷⁷

Y es que la dignidad de los seres humanos, no puede considerarse como un concepto simplemente teórico, pues precisamente su inclusión como principio y derecho, está encaminado a rescatar su contenido y a su efectiva protección y respeto en todos los ámbitos, en otras palabras, el respeto por la dignidad de las personas debe trascender a las letras que lo definen, y llegar al plano práctico en el que en la interacción de los hombres, cada uno sea capaz de reconocer la dignidad del otro por el simple hecho de ser hombre, sin importar las circunstancias que los rodeen, “[e]n ello se basa la exigencia ética de tratar a cada individuo humano como un fin en sí mismo, como valor supremo, como algo que hay que respetar por encima de cualquier consideración pragmático-utilitaria, como algo que no puede ser eliminado sin más cuando nos estorba en la persecución de nuestros fines particulares contingentes”.⁷⁸

⁷⁶ “La dignidad de la persona no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo; opiniones o creencias. Es independiente de la edad, inteligencia y salud mental; de la situación en que se encuentre y de las cualidades, así como de la conducta y comportamiento. Por muy bajo que caiga el hombre, por grande que sea la degradación, seguirá siendo persona con la dignidad que ello comporta.” GONZÁLEZ Pérez Jesús. *La Dignidad de la Persona*. Ed. Civitas S.A. Primera edición. Madrid. Pág. 25.

⁷⁷ *Ibíd*em, pág. 148 – 149.

⁷⁸ GÓMEZ BOSQUE, Pedro. *En Defensa de la Dignidad Humana*. Ed. Fundación Ramos Castro para el Estudio y Promoción del Hombre. Zamora. Pág. 110.



En ese mismo sentido, resulta ilustrativo lo siguiente:

“En su *Metafísica de las Costumbres*, Kant atribuye un rol determinante a la noción de dignidad humana o de humanidad, entendida como fin en sí. Por ejemplo, aunque él afirma que una persona puede perder su estatuto cívico o su dignidad de ciudadano cometiendo delitos graves, Kant sostiene que esta dignidad no puede privarse a ningún ser humano. Añade que practicando la mentira y la calumnia la persona obra de tal modo que ofende la dignidad de los otros.”⁷⁹

Así las cosas, siendo la dignidad un valor intrínseco del hombre, no se encuentra justificación alguna que permita su desconocimiento, ni su falta de protección. En esa dirección resulta de interés lo afirmado por la doctrina:

“(…) a mediados del siglo XIX, PROUDHON ha definido de modo excelente la justicia *humana* precisamente como *el reconocimiento de la dignidad humana en toda persona, en cualquier circunstancia y bajo cualquier riesgo a que nos exponga su defensa*⁸⁰. Todos tienen derecho – agrega – a exigir de los otros el respeto de su dignidad y la obligación de respetar la de los demás. Y, en efecto, no es posible en la modernidad la existencia de justicia social y de derecho justo – por tanto tampoco de orden justo – sin el reconocimiento incondicional de la personalidad y dignidad de todos los hombres. Se trata, pues, en cuanto a la calidad de persona y la posesión de sus atributos esenciales o valoraciones inherentes, de fenómenos axiológicos que incuben *a todos los hombres y al cualquier hombre*⁸¹, ciertamente en cualquier lugar y, en la modernidad, también en cualquier tiempo.”⁸² (cursivas del original).

Como corolario de todo lo anterior, la dignidad del hombre es un principio ordenador y rector del ordenamiento jurídico, comoquiera que constituye un *prius* del mismo, en atención a su naturaleza ética objetiva que no depende de reconocimiento externo, en cuanto a su existencia.

⁷⁹ TORRALBA ROSELLÓ, Francesc. *¿Qué es la Dignidad Humana?*. Ed. Herder. Barcelona. Pág. 71.

⁸⁰ Nota del original: “Proudhon, “L’idée-force de justice”, en *Ouvres choisies*, Gallimard, Paris, 1967, p.220.

⁸¹ Nota del original: “Así lo sugirió una vez TOMÁS Y VALIENTE, cil. Por Jesús GONZÁLES PÉREZ, *La dignidad de la persona*, Edit. Civitas, Madrid, 1986, p. 26.”

⁸² FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal, Parte General, Principios y Categorías Dogmáticas*. Ed. Ibañez. Bogotá. Pág. 152 a 153.



Ahora bien, tratándose de personas que se encuentran privadas de la libertad, el deber de brindar un trato digno se maximiza, puesto que a pesar de ver limitado uno de sus derechos, el de la libertad, se debe velar por el respeto a los demás derechos que les asiste como seres humanos, y no incurrir en un trato de "ciudadanos de segunda categoría", como los denominó el tratadista Iñaki Rivera Beiras por considerar que "los derechos fundamentales de las personas que se hayan privadas de la libertad se encuentran << devaluados >> respecto de los derechos semejantes de aquellos individuos que se desenvuelven en la vida en libertad"⁸³.

En esa misma línea, para reafirmar su preocupación por los derechos fundamentales de los reclusos este doctrinante, indicó:

"Para ir terminando, puede concluirse con **Sánchez Illeras**, quien precisamente se desempeñaba como Juez de Vigilancia cuando escribió las palabras que siguen al afirmar que

"<<la elaboración de las categorías de derechos de <<aplicación progresiva>> y la <<relación de sujeción especial>>, traducen una doctrina que fundamenta la limitación de los derechos fundamentales (...) Para resolver un conflicto de bienes jurídicos (...) se rescata la vieja doctrina de la <<relación especial de supremacía>> que como guardiana aparece y desaparece como fundamentadora del <<status jurídico del penado>> según conviene (...) Esperemos únicamente que dichas resoluciones no tengan relación alguna con la condición de penados de sus destinatarios porque ello sería reducir y supeditar su ámbito de libertades a la diligencia de la Administración en cumplir los mandatos constitucionales (...). Sólo resta esperar que no hayamos iniciado el descenso por un plano inclinado –el que justifica las limitaciones de derechos por la relación especial de sujeción- cuyo final es difícil adivinar, pero que hace que el preso sea jurídicamente algo distinto a un ciudadano>> (1992, pp. 16-17).⁸⁴

En atención a todo lo expuesto, se impone señalar que el Instituto Nacional

⁸³ RIVERA BEIRAS, Iñaki. La Devaluación de los Derechos Fundamentales de los Reclusos. La Construcción Jurídica de un Ciudadano de Segunda Categoría. José María Bosch Editor. Barcelona. Pág. 390.

⁸⁴ *Ibidem*. Pág. 389.



Penitenciario y Carcelario ha debido velar por un trato digno al recluso, que implicaba una oportuna y adecuada prestación del servicio carcelario⁸⁵, lo que no acaeció, toda vez que de conformidad con lo acreditado en el proceso, el afectado fue víctima de maltrato físico y psicológico durante su detención, configurándose así el delito de tortura prohibido por la Constitución y los Tratados Internacionales, como ya se indicó, atentándose con ello contra la vida e integridad personal del lesionado; y aún cuando, en el caso sub examine, con la misión de trabajo del Cuerpo Técnico de Investigación -C.T.I.-, ordenada por la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Juzgados Penales Municipales, no se logró determinar qué guardias participaron en las agresiones, debe recordarse que esta Corporación en repetidas ocasiones ha indicado que la falla del servicio es anónima, es decir, que para endilgar responsabilidad del ente público, no es necesario identificar el agente que realizó la conducta antijurídica.

Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido:

“En la responsabilidad estatal por la falla del servicio se observan dos manifestaciones o hipótesis diferentes correspondientes al mismo fenómeno, así: a) De un lado, se observa falla del servicio anónima, en la cual se da el fenómeno perjudicial, **pero no se identifica el funcionario que con su conducta irregular comprometió la responsabilidad del ente público al cual presta su servicio.** b) Y de otro, se presenta la falta del servicio del funcionario, en la cual se identifica plenamente al sujeto responsable. **En ambos eventos, se pone de presente que el servicio funcionó mal,** no funcionó o funcionó tardíamente⁸⁶”.

En consecuencia, se encuentra demostrada la falla de la administración, toda vez que frente a los hechos, se advierte de inmediato que la demandada violó varias

⁸⁵ Ver título I Y IV de la ley 65 de 1993.

“Las obligaciones que asumen las autoridades de la República frente a los retenidos son de dos clases: **1) de hacer**, esto es, de prever y controlar los peligros que pueda sufrir una persona retenida desde el momento mismo en que se produce la privación material de la libertad, hasta el momento en que ella es devuelta a la sociedad y **2) de no hacer**, referida a la abstención de cualquier conducta que pueda vulnerar o poner en peligro los derechos que no hayan sido limitados con la medida cautelar”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, expediente No. 30.340, sentencia del 28 de enero de 2009. C.P. Enrique Gil Botero.

⁸⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, expediente No. 10.865, sentencia del 31 de agosto de 1999. C.P. Ricardo Hoyos Duque.



disposiciones del Código Penitenciario y Carcelario, ocasionando el latente **sufrimiento** de que ha sido víctima Jairo Aponza Carabalí. Acerca del sufrimiento padecido, el profesor de filosofía del derecho en la Universidad de Barcelona, Antonio Madrid, ha puesto de presente lo siguiente:

“La inconmensurabilidad del sufrimiento comparte escenario con otra limitación radical: la irreparabilidad del sufrimiento. Hay males que no pueden ser reparados: la persona muerta, el brazo perdido, los malos tratos sufridos, el dolor experimentado, la tortura sufrida... Aunque el derecho se propone domesticar el sufrimiento, no se ha de olvidar que mediante esta operación no se puede conseguir reparar lo irreparable. Se trata de la dimensión trágica de determinados sufrimientos: “Donde hay compensación hay justicia y no tragedia. [] La tragedia es irreparable no puede llevar a una compensación justa y material por lo padecido”⁸⁷ ⁸⁸.

Y, en lo relativo al resarcimiento estatal, aseveró:

“El derecho aborda el sufrimiento a través de tres operaciones fundamentales: la representación, la interpretación y la decisión. Mediante la representación se forma la idea jurídica del sufrimiento. La interpretación de normas y hechos precisa la situación a resolver y la resolución del caso. Por medio de la decisión se busca producir efectos concretos. Las operaciones poseen características teórico-prácticas y están interrelacionadas. Sin la representación jurídica del sufrimiento sería imposible crear normas que hablasen del dolor y de qué tratamiento darle. Sin interpretación el derecho no saldría de las estanterías para ser aplicado a los casos concretos. Sin la decisión, ni se establecería qué sufrimientos son relevante —no todos los sufrimientos adquieren el mismo estatus jurídico— ni se producirían efectos en la vida de las personas.

Las tres operaciones señaladas poseen una dimensión política inevitable, ya que en ellas concurren y mediante ellas se configuran elecciones acerca del modelo social y económico. Esta politicidad del derecho se da tanto en su creación como en su aplicación. En ambos momentos refleja los conflictos de intereses existentes y la pugna por conseguir que mediante el derecho se proteja preferentemente unos intereses frente a otros.

Además de estas operaciones, el derecho ha asumido otras dos operaciones asombrosas en relación con el sufrimiento: lo **mide y** lo **compensa**. Ambas operaciones poseen un contenido taumáturgico, ya que *hacen posible* lo que de entrada parece imposible: hacer conmensurable lo inconmensurable y compensar lo que no es compensable. Estas funciones reflejan el carácter

⁸⁷ Nota del original: G. Steiner, La muerte de la tragedia, Monte Ávila, Caracas, 1991, pp. 10 y 13.

⁸⁸ MADRID, Antonio. *La política y la justicia del sufrimiento*. Ed. Minima Trota, Madrid. 2010, Pág. 45.



mágico del derecho⁸⁹, algo difícil de explicar desde una perspectiva racionalista que se desentienda de la configuración y los efectos sociales del derecho.

La inconmensurabilidad del dolor constituye una realidad insalvable, ¿Cómo medir el sufrimiento del torturado, de la persona que se halla en situación de desamparo, de quienes padecen violencia...? La respuesta es que pese a que ningún sistema de medición resulta idóneo, el sufrimiento queda sometido a medida. El desagravio y la reparación del daño exigen que el mal causado sea medido, de otra forma no hay devolución posible, no hay compensación posible, si no, ¿cómo saber lo que se ha de *pagar*?

(...)

En la medida en que el Estado ha ampliado históricamente sus funciones y su poder, ha incrementado su capacidad para ser fuente de padecimientos, **pero también ha pasado a ser el destino de peticiones de protección y de respuesta frente a situaciones de sufrimiento, especialmente en el modelo de Estado social**⁹⁰ (Subrayas y negrillas de la Sala) (cursivas del original).

5. Así, demostrada como está la responsabilidad del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, la Sala procederá a realizar la **liquidación de perjuicios**.

5.1. A fin de establecer los vínculos de parentesco, se enlistarán los siguientes elementos de prueba:

5.1.1. Copia autenticada del registro civil de nacimiento de Jairo Aponza Carabalí, en el que se constata es hijo de Jairo Aponza y Elida Carabalí y que nació el 4 de diciembre de 1973 (fl. 22).

5.1.2. Copia autenticada de los registros civiles de nacimiento de María Eva, Cenide, Miller Eduardo, e Ingrit Tatiana Aponza Carabalí, que dan cuenta son hermanos de Jairo Aponza Carabalí (fl. 20, 21,23 y 24).

5.1.3. Copia autenticada del registro civil de nacimiento de Amparo Carabalí, en

⁸⁹ P. Bourdieu objeta a autores como Max Weber que no se ha de olvidar que el derecho más rigurosamente racionalizado es sólo un acto conseguido de magia social (*¿Qué significa hablar? Economía de los intercambios lingüísticos*, Akal, Los Berrocales del Jarama, 1985, p. 16).

⁹⁰ MADRID, Antonio. *Ob. Cit.* Pág. 124,127.



el que se observa, es hermana por parte de madre, de Jairo Aponza Carabalí (fl.19).

5.1.4. Copia autenticada de los registros civiles de nacimiento de Javier Fernando, Tammi Alejandra, y de Jhon Steven Aponza Aponza, con los que se demuestra, son hijos de Jairo Aponza Carabalí y Josefina Aponza Ararat (fl. 25 a 27).

5.1.5. En atención a la prueba testimonial relacionada en los acápites 2.16 a 2.19 de este proveído, y a la prueba que antecede (5.1.4), encuentra la sala suficientemente demostrada la condición de compañera permanente de Josefina Aponza Ararat.

5.2. *Perjuicios morales*

En relación con el perjuicio moral, la Sala de manera reiterada⁹¹ ha señalado que este tipo de daño se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. De allí que, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con los daños irrogados a uno de sus miembros, lo cual es constitutivo de un perjuicio moral. En ese orden de ideas, habrá lugar a reconocer, vía presunción de aflicción, perjuicios morales a favor de los demandantes que acreditaron el parentesco o un vínculo afectivo con Jairo Aponza Carabalí.

Así las cosas, se reconocerán este tipo de perjuicios para todos los demandantes, previa aclaración de que conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, se ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980,

⁹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera: sentencias del 15 de octubre de 2008, exp. 18586, del 13 de agosto de 2008, exp. 17042, y del 1º de octubre de 2008, exp. 27268.



26.250
Jairo Aponza Guaza y otros

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 grado⁹².

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 C⁹³– 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 persona⁹⁴.

Comoquiera que en el *sub judice* la demandada no desvirtuó la presunción de aflicción, habrá que decretar el perjuicio solicitado, según el arbitrio judicial, para lo cual es imprescindible tener en cuenta la prueba de la relación de consanguinidad, entre la víctima, sus padres, sus hijos y sus hermanos; así como también la relación con su compañera sentimental.

⁹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

⁹³ 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, C.P. Enrique Gil Botero.

⁹⁴ Sobre la improcedencia de la aplicación del *test de proporcionalidad* en la tasación de los perjuicios morales, véase: Sentencia del 5 de julio de 2012, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Exp. 21.928; Sentencia del 19 de noviembre de 2012, exp. 24.260; Sentencia del 24 de abril de 2013, exp. 26.195; Sentencia del 8 de mayo de 2013, exp. 26.754, entre otras.



5.2.1. Aunado a lo anterior, resulta lógico señalar que aunque Jairo Aponza Carabalí no sea consciente del perjuicio a él causado por la entidad pública demandada, dada su condición de esquizofrénico, es incuestionable que padeció un perjuicio inmaterial, que pertenece al ámbito interno, por cuanto toda persona por el hecho de serlo, es un ser en sí mismo, y en esa perspectiva, como sujeto, sin importar que exista una condición cerebral específica, nunca pierde su condición de persona, en consecuencia, padece perjuicios que representan una aflicción verificada en la limitación en que se halle.

En otros términos, resulta perfectamente posible que una persona, por más limitación física o cerebral que padezca, llegue a sufrir un claro perjuicio en el ámbito moral ya que nunca perderá por completo los parámetros de vida y aun así sean mínimos o tenues, son aquellos que nos permiten la comprensión de la existencia y de la relación que se tiene con el mundo. Y si en el campo de la ciencia, ello no fuere así –verificable–, en el mundo de la existencia⁹⁵ y de los valores, la persona en cuanto exhale un hálito de vida, es un ser espiritual, que es digna por el solo hecho de serlo; sostener que aquella no sufre perjuicio moral porque no siente, es aniquilar o desconocer su esencia misma y su dignidad (art. 1º C.P.), y reducir el ser humano a la mera sensibilidad o cruda materialidad, dejando de lado su naturaleza axiológica.

Sobre el particular, la doctrina, con excelente sindéresis ha puntualizado:

“Insistimos en que es erróneo asimilar daño moral con alguna de sus manifestaciones más frecuentes (dolor, pena, angustia), que son –como hemos dicho en otra parte– posibles formas de exteriorización, meramente contingentes. El daño moral no es el dolor, la pena, la angustia sino la minoración espiritual derivada de la lesión a un interés no patrimonial. **Dicho detrimento existe aunque falte comprensión por parte del damnificado del perjuicio sufrido; en ausencia de lágrimas; inclusive cuando la víctima no se encuentra en**

⁹⁵ “Por el contrario, todos los hombres en cuanto portadores de una dignidad inherente, poseen indistintamente un derecho básico a la existencia.” PAPANICHINI, Angelo “Derecho a la Vida”, Ed. Universidad del Valle, 2001, Pág.40



condiciones físicas o síquicas para "sentir" pena, dolor o angustia (v.gr. una persona descerebrada).⁹⁶

Esta situación, en que se pone a un ser humano, en un plano diferente a la mera razón⁹⁷, debe ser indemnizada a través del reconocimiento del perjuicio moral, en tanto la víctima lo sufre de manera directa, día a día, mientras discurra su existencia.

5.2.2. En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta la naturaleza y la gravedad de la lesión, se asignarán los porcentajes, para cada uno de los demandantes, en los valores que se indican a continuación:

Jairo Aponza Carabalí (Víctima directa): 100 SMMLV
 Javier Fernando Aponza Aponza (Hijo): 100 SMMLV
 Jhon Steven Aponza Aponza (Hijo): 100 SMMLV
 Tammi Alejandra Aponza Aponza (Hija): 100 SMMLV
 Jairo Aponza (Padre): 80 SMMLV
 Elida Carabalí (Madre): 80 SMMLV
 Josefina Aponza Ararat (compañera permanente): 100 SMMLV
 María Eva Aponza Carabalí (Hermana): 40 SMMLV
 Cenide Aponza Carabalí (Hermana): 40 SMMLV
 Miller Eduardo Aponza Carabalí (Hermano): 40 SMMLV
 Ingrit Tatiana Aponza Carabalí (Hermana): 40 SMMLV
 Amparo Carabalí (Hermana): 40 SMMLV

5.3. *Perjuicios materiales*

⁹⁶ PIZARRO, Ramón Daniel "Daño Moral – Prevención, Reparación, Punicción", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1996, Pág. 128.

⁹⁷ **"Para Tolstoi, como para Wittgenstein, lo ético no se fundamenta en, ni se deriva de la razón (sino en la vida misma)"** (Crítica del lenguaje y ética en el tractus lógico – philosophicus) MELÉNDEZ, Raúl "El pensamiento de L. Wittgenstein", Ed. Universidad Nacional de Colombia, Departamento de Filosofía, 2001, Pág. 88.



5.3.1. En cuanto a los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, se tiene:

El salario base de liquidación será el salario mínimo legal vigente, comoquiera que, de acuerdo con la prueba testimonial, Jairo Aponza Carabalí, se dedicaba a la minería, esto es, era un individuo laboralmente activo, y la jurisprudencia ha entendido que una persona en estas condiciones, no puede devengar menos de un salario mínimo, motivo por el que se tendrá en cuenta para la liquidación el salario actual, que corresponde a \$589.500; adicionalmente, este valor será incrementado en un 25% por concepto de prestaciones sociales, para una base de liquidación de \$736.875

Se encuentra demostrado que el señor Jairo Aponza Carabalí sufrió una pérdida de capacidad laboral del 64.85%, según el dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez, sin embargo, en atención a lo consagrado en el artículo 38 de la ley 100 de 1993, para efectos de su liquidación se tomará el 100%, de la suma equivalente a \$736.875,00 ya señalados, esto es, su totalidad, habida cuenta que de acuerdo con la norma en cita y conforme ya se ha establecido jurisprudencialmente para efectos liquidatorios, se considera inválida la persona que hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

- Lucro cesante consolidado

Comprende el período transcurrido desde la fecha de los hechos, 18 de abril de 1997⁹⁸, hasta la fecha de esta sentencia, para un total de 194 meses.

Aplicando la fórmula, se tiene lo siguiente:

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

⁹⁸ Fecha que se tiene como dato cierto a partir de la cual, Jairo Aponza Carabalí, evidenció signos del síndrome esquizofreniforme.



26.250
Jairo Aponza Guaza y otros

$$S = \frac{\$736.875,00 (1 + 0.004867)^{194} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$ 236'924.890,85$$

- Lucro cesante futuro

Comprende el período transcurrido desde el día siguiente de esta sentencia, hasta el máximo de vida probable de Jairo Aponza Carabalí. De conformidad con las tablas de supervivencia⁹⁹ se estimó la vida probable del lesionado en 52,97 años, para un total de 635,64 meses, teniendo en cuenta que tenía 23 años de edad cuando ocurrió el suceso, según el registro civil que informa de su nacimiento el 4 de diciembre de 1973. A los 635,64 meses deberá restársele 194 meses, los cuales ya fueron indemnizados, para un total de 441,64 meses.

Aplicando la fórmula, se tiene:

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

$$S = \frac{\$736.875,00 (1 + 0.004867)^{441,64} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{441,64}}$$

$$S = \$ 133'664.598,59$$

Sumados los valores de la indemnización debida y futura se obtiene un valor total de **\$ 370'589.489,44**

⁹⁹ Resolución No. 0497 de 20 de mayo de 1997 expedida por la Superintendencia Bancaria.



5.3.2. En lo que respecta a los perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, solicitó el apoderado de los demandantes la suma de \$30.000.000,00 de pesos en atención a los gastos hospitalarios, cirugías, drogas, radiografías, y demás expensas en que se había incurrido, con ocasión de la lesión sufrida por Jairo Aponza Carabalí, sin embargo, tal pretensión no tiene vocación de prosperidad habida cuenta de que no existe prueba alguna que acredite tales erogaciones. No debe olvidarse que de conformidad con el artículo 177 del C.P.C., aplicable por remisión del artículo 267 del C.C.A., en virtud del principio de la carga de la prueba¹⁰⁰, incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas cuya consecuencias jurídica persiguen, so pena de que por ausencia de prueba se deba fallar de fondo en contra de quien por su inactividad probatoria, en esa desventaja se colocó.

5.4. *Daño a la salud*

En relación con el perjuicio fisiológico, hoy denominado daño a la salud, derivado de una lesión a la integridad psicofísica, solicitado en la demanda, la Sala reitera la posición acogida en las sentencias 19.031 y 38.222, ambas del 14 de septiembre 2011, en las que se señaló:

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

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

¹⁰⁰ “affirmanti incumbit probatio” -a quien afirma, incumbe la prueba-.



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

“Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readoptar la noción de daño a la salud, fisiológico o biológico, como lo hace ahora la Sala, pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona, comoquiera que al haberlo subsumido en unas categorías o denominaciones que sirven para identificar perjuicios autónomos y que han sido reconocidos en diferentes latitudes, como por ejemplo la alteración a las condiciones de existencia (v.gr. Francia), se modificó su propósito que era delimitar un daño común (lesión a la integridad corporal) que pudiera ser tasado, en mayor o menor medida, a partir de parámetros objetivos y equitativos, con apego irrestricto a los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad¹⁰¹.

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

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

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

“Pero esta terminología es peligrosa porque se desliza hacia una realidad diferente. Como se ha precisado por la doctrina italiana, hay que matizar que, si bien a veces se utiliza como sinónimo del llamado daño biológico, la doctrina italiana más especializada, ha señalado que este último, es un concepto médico – legal, mientras que **el daño a la salud es un concepto jurídico, normativo, que se encuentra consagrado en el artículo 32 de la Constitución...**”¹⁰² (Se destaca).

¹⁰¹ “El daño subjetivo o daño a la persona es aquél cuyos efectos recaen en el ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, desde la concepción hasta el final de la vida. Por la complejidad del ser humano, los daños pueden efectuar alguna o algunas de sus múltiples manifestaciones o “maneras de ser””. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos “El daño a la persona”, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pág. 71 y s.s.

¹⁰² VICENTE Domingo, Elena “Los daños corporales: tipología y valoración”, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, Pág. 139.



26.250
Jairo Aponza Guaza y otros

“En esa perspectiva, se insiste, la noción de daño a la vida de relación que sirvió al Consejo de Estado para indemnizar los perjuicios inmateriales sufridos por el sujeto, diferentes al moral, no es más que un concepto que ya no es utilizado por la doctrina y jurisprudencia italianas, en la medida en que se ha reconocido independencia entre el perjuicio biológico o fisiológico –relacionado con la órbita psicofísica del individuo– y otros perjuicios que afectan valores, derechos o intereses de la persona que, en la actualidad, en Italia, serían indemnizados bajo la panorámica del daño existencial (v.gr. la tranquilidad del ser humano, la seguridad, las condiciones de existencia, entre otros)¹⁰³, sin que esta última categoría se encuentre lo suficientemente decantada en otras latitudes, razón para rechazar en esta instancia su adopción en el derecho colombiano, máxime si de manera reciente fueron proferidas cuatro sentencias de la Sección Unida (Sala Plena) de la Corte de Casación Italiana, en la que se recoge el daño existencial dado, precisamente, de la amplitud y falta de delimitación conceptual que implicaba (imposibilidad de objetivización)¹⁰⁴.

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

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

¹⁰³ “Allí se define el daño existencial [se refiere a la sentencia de la Sala Plena de la Corte de Casación Italiana No. 6572 del 24 de marzo de 2006] como todo perjuicio causado en el hacer no redituable del sujeto, susceptible de ser constatado de manera objetiva, que altera sus hábitos y su modo de relacionarse, induciéndolo a alternativas de vida distintas, que inciden en el despliegue y realización de su personalidad en el mundo exterior.” KOTEICH Khatib, Milagros “El daño extrapatrimonial”, en “Diritto Romano Comune e America Latina”, Universidad Externado de Colombia, Pág. 259.

¹⁰⁴ Ver: Corte de Casación Italiana, sentencia del 24 de junio de 2008, publicada el 11 de noviembre de 2008, No. 26972.



conseguiría una sistematización del daño no patrimonial¹⁰⁵. En otros términos, se insiste, en Colombia el sistema indemnizatorio está limitado y no puede dar lugar a que se abra una multiplicidad de categorías resarcitorias que afecten la estructura del derecho de daños y la estabilidad presupuestal que soporta un efectivo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, motivo por el que, se itera, cuando el daño se origine en una lesión psíquica o física de la persona el único perjuicio inmaterial, diferente al moral que será viable reconocer por parte del operador judicial será el denominado "daño a la salud o fisiológico", sin que sea posible admitir otras categorías de perjuicios en este tipo de supuestos y, mucho menos, la alteración a las condiciones de existencia, categoría que bajo la égida del daño a la salud pierde relevancia, concreción y pertinencia para indemnizar este tipo de afectaciones.

"En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica¹⁰⁶. Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista.

"De allí que no sea procedente indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que se deriva del daño a la salud, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que el daño a la salud se repara con base en dos componentes: **i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada.**

"Así las cosas, el daño a la salud permite estructurar un criterio de resarcimiento fundamentado en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima "a igual daño, igual indemnización"¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Fruto del trabajo jurisprudencial en Italia, se llegó a establecer dentro de este orden que el concepto daño biológico agrupa entre otros: el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a la esfera sexual y el daño a la incapacidad laboral genérica, todo lo cual ha sido recogido y reconocido por la Corte Suprema de Casación de ese país. Ver entre otras, las sentencias: No. 2761 de 1990, 1341 de 1991, 11133 de 1990, 9170 de 1994, y 7262 de 1991.

¹⁰⁶ "Este estado de cosas no sólo deja la sensación de desorden, sino que también crea desigualdades entre víctimas, cuyos intereses aparecen, en igual medida, dignos de protección; así pues, el problema de fondo es el de establecer los límites, que deben ser "límites razonables", determinados sí, en términos jurídicos." CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 57.

¹⁰⁷ "En el histórico fallo 184 de 1986 la Corte Constitucional italiana afirmó que el criterio de



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

“Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), sólo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios – siempre que estén acreditados en el proceso –:

“i) los materiales de daño emergente y lucro cesante;

“ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal¹⁰⁸.

“Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto. En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento,

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

¹⁰⁸ “Se está en presencia de un nuevo sistema clasificatorio del daño que acepta la existencia de tres modalidades del mismo: los patrimoniales, los morales y el biológico. Diferenciándose el biológico en cuanto al moral en la medida en que el primero es la lesión en sí misma considerada, y otra diferente, son los sufrimientos, el dolor y los afectos que de dicha lesión se pueden derivar, lo que constituiría el efecto o daño moral; sin embargo, ambos hacen parte del daño no patrimonial, esto es, no susceptible de contenido económico.” GIL Botero, Enrique “Daño Corporal – Daño Biológico – Daño a la vida de relación”, pág. 10.



26.250
Jairo Aponza Guaza y otros

de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.

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

“Ahora bien, el hecho de sistematizar el daño a la salud (integridad corporal, psicológica, sexual, estética), mientras se deja abierta la estructura de los demás bienes o derechos jurídicos, garantiza un esquema coherente con los lineamientos conceptuales, teóricos y prácticos del resarcimiento del daño, comoquiera que no se presta para generar una tipología paralela al daño a la salud que produzca los mismos efectos perjudiciales que acarrearón las nociones abiertas e indefinidas del daño a la vida de relación y de alteración a las condiciones de existencia.

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

“No obstante lo anterior, es preciso recalcar que en nuestro país no existe un sistema abierto y asistemático del perjuicio inmaterial, puesto que estos esquemas atentan contra el entendimiento del derecho de la responsabilidad, motivo por el cual, será la jurisprudencia de esta Corporación la encargada de definir la posibilidad de reconocer otras categorías o tipos de daños distintos al daño a la salud, pero siempre que el caso concreto permita la discusión y se afronte la misma a través de la búsqueda de una metodología coherente que contenga el abanico resarcitorio a sus justas proporciones sin que se desdibuje el contenido y alcance de la teoría del daño resarcible.

“Esta es, precisamente, la importancia del daño a la salud, ya que como se ha explicado permite reconducir a una misma categoría



26.250
Jairo Aponza Guaza y otros

resarcitoria todas las expresiones del ser humano relacionadas con la integridad psicofísica, como por ejemplo las esferas cognoscitivas, psicológicas, sexuales, hedonísticas, etc., lo que evita o impide que se dispersen estos conceptos en rubros indemnizatorios autónomos.

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

Así mismo, la Sala en sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente: 22.163, determinó, de acuerdo con el principio del *arbitrio iuris*, los parámetros de liquidación y valoración del daño a la salud, en cuanto a su contenidos objetivo (estático) y subjetivo (dinámico); en la providencia se señaló:

“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.

De allí que sí existen criterios de valoración del daño a la salud, de manera concreta, de la siguiente forma:

1. El ámbito o espectro objetivo o estático del daño a la salud se determinará a través del *arbitrio iuris*, para lo cual se tendrá en cuenta la edad de la víctima y la gravedad de la lesión, lo cual permitirá emplear la regla de tres, al tener en cuenta que a la mayor incapacidad corresponde un valor máximo de cuatrocientos salarios mínimos mensuales vigentes, como lo ha hecho la jurisprudencia de tiempo atrás

2. En cuanto al contenido dinámico del daño a la salud, esto es, las particularidades o especificidades que ese perjuicio significa para cada víctima en particular (v.gr. no es lo mismo la pérdida de una mano para alguien que tiene como “hobbie” ir a cine, frente a alguien cuyo esparcimiento lo obtiene de tocar el piano o pintar cuadros). En este tipo de eventos, en los que la persona logre acreditar unas consecuencias particulares que harían más gravosa su condición al resultar afectado en su integridad psicofísica, el juez podrá incrementar, con base en el *arbitrio iuris*, la indemnización correspondiente al factor objetivo del daño a la salud. No obstante, se itera, en principio no se



26.250
Jairo Aponza Guaza y otros

podrá reconocer una suma superior a 400 SMMLV, pues este es el tope –sumado el ámbito estático y dinámico– del daño a la salud.

Por consiguiente, el daño a la salud reviste una connotación bifronte, una estática u objetiva que garantiza la máxima “a igual afectación a la integridad psicofísica debe corresponder una idéntica o similar compensación del perjuicio”, y una perspectiva dinámica o subjetiva – que permite hacer realidad la igualdad material– debido a que en este componente se permite que el juez eleve en un preciso porcentaje la reparación por cuenta de las condiciones particulares de la víctima.

No se trata de reparar la vida relacional o social de quien sufre el daño (en el espectro dinámico), sino de reconocer un porcentaje adicional debido a situaciones particulares que hacen que para ese sujeto específico la afectación correspondiente sea más grave”.

Conforme a lo anterior, debe indicarse que en los casos en que las lesiones revisten mayor gravedad, esto es una incapacidad del 100%, se ha concedido por daño a la salud el equivalente a 400 salarios mínimos mensuales vigentes. Por lo tanto, aplicando una simple regla de tres, y establecido que el porcentaje de incapacidad de Jairo Aponza Carabalí es del 64.85%, se le reconocerá por este concepto el valor de 259,4 salarios de la misma índole, respectivamente, por lo cual, el monto de la indemnización resulta proporcional con la lesión sufrida, esto de conformidad con los parámetros jurisprudenciales que han sido trazados sobre la materia, teniendo en cuenta la gravedad de la lesión y, por lo tanto, la magnitud del perjuicio que supone una significativa variación en el estado de salud del directamente afectado.

6. Como corolario de lo anterior, se impone la revocatoria de la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:



26.250
Jairo Aponza Guaza y otros

REVÓCASE la sentencia del 12 de agosto de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, en su lugar se decide:

PRIMERO: Declárase patrimonialmente responsable al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, de los perjuicios sufridos por los demandantes con ocasión de la lesión padecida por Jairo Aponza Carabalí.

SEGUNDO: Condénase al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, a pagar, por perjuicios morales, las siguientes sumas de dinero:

Jairo Aponza Carabalí (Víctima directa): 100 SMMLV
Javier Fernando Aponza Aponza (Hijo): 100 SMMLV
Jhon Steven Aponza Aponza (Hijo): 100 SMMLV
Tammi Alejandra Aponza Aponza (Hija): 100 SMMLV
Jairo Aponza (Padre): 80 SMMLV
Elida Carabalí (Madre): 80 SMMLV
Josefina Aponza Ararat (compañera permanente): 100 SMMLV
María Eva Aponza Carabalí (Hermana): 40 SMMLV
Cenide Aponza Carabalí (Hermana): 40 SMMLV
Miller Eduardo Aponza Carabalí (Hermano): 40 SMMLV
Ingrit Tatiana Aponza Carabalí (Hermana): 40 SMMLV
Amparo Carabalí (Hermana): 40 SMMLV

TERCERO: Condénase al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, a pagar por concepto de lucro cesante, tanto vencido como futuro, a Jairo Aponza Carabalí, la suma de trescientos setenta millones quinientos ochenta y nueve mil cuatrocientos ochenta y nueve pesos (\$ 370'589.489).

CUARTO: Condénase al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, a pagar por concepto de daño a la salud, a Jairo Aponza Carabalí, el equivalente en pesos a doscientos cincuenta y nueve coma cuatro (259,4) salarios mínimos legales mensuales vigentes.



26.250
Jairo Aponza Guaza y otros

QUINTO: Deniéguense las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Sin costas.

SÉPTIMO: Dése 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.

OCTAVO: En firme esta providencia, **devuélvase** 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