

## **ACCION DE REPETICION - Evolución / ACCION DE REPETICION - Naturaleza / ACCION DE REPETICION - Requisitos**

Desde 1976, en el Estatuto Contractual de la Nación (Decreto Ley 150), se instituyó la responsabilidad de los agentes estatales de forma solidaria con la entidad condenada. Sin embargo, ello fue parcial puesto que se circunscribió a la actividad contractual. Posteriormente, el Decreto Ley 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) en sus artículos 77 y 78, estableció la posibilidad de que la entidad pública condenada acudiera, por vía judicial, a repetir contra el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa, hubiere dado lugar a la condena. Contrario a la legislación anterior, no se constituyó una responsabilidad solidaria, porque en el evento de declararse la responsabilidad de una entidad estatal y un agente público, la condena sólo se imponía en contra del ente y no del funcionario, sin perjuicio de que aquella pudiese obtener el reembolso correspondiente de éste. La importancia de la responsabilidad de los servidores públicos se hizo tan relevante que trascendió del campo legal al constitucional y dio lugar a su consagración en el inciso 2 del artículo 90 de la Constitución Política de 1991. El mandato del inciso 2 del artículo 90 de la Constitución Política se desarrolló a través de la Ley 678 de 2001 que estableció tanto los aspectos sustanciales, tales como el objeto (artículo 1°), definición (artículo 2°), finalidades (artículo 3°), obligatoriedad (artículo 4°), presunciones de dolo y culpa grave (artículos 5° y 6°), como aspectos procesales (capítulo II) de la acción de repetición. La acción de repetición es una acción civil, patrimonial y autónoma, por medio de la cual la administración puede obtener de sus agentes el reintegro del monto de la indemnización, que ha debido reconocer a un particular en virtud de una condena judicial. Es una acción con pretensión eminentemente resarcitoria o indemnizatoria, cuya finalidad es la protección del patrimonio público. En cuanto a la responsabilidad del servidor público, es de carácter subjetiva puesto que procede sólo en los eventos en que el agente estatal haya actuado con dolo o culpa grave, en los hechos que dieron lugar a la condena al Estado. Son varios los aspectos que deben estar acreditados, a efectos de que la acción de repetición tenga vocación de prosperar: 1) Que exista una condena a una entidad pública, originada en el actuar de uno de sus servidores, ex funcionarios o agente en ejercicio de funciones públicas. Es importante precisar que, con la entrada en vigencia de la ley 446 de 1998, la obligación puede estar contenida en una conciliación o cualquier forma de terminación del conflicto. 2) Que se haya efectuado el correspondiente pago al beneficiario del mismo, para lo cual deberán aplicarse todas las disposiciones civiles y procesales sobre la extinción de las obligaciones. 3) Que el comportamiento del funcionario que dio origen al pago, haya sido doloso o gravemente culposo, para lo cual deberá verificarse la fecha de producción del hecho correspondiente, como quiera que ello determinará las normas sustanciales aplicables sobre la materia. El dolo y la culpa constituyen el elemento subjetivo que debe estar acreditado para que sea viable la acción de repetición, como quiera que se trata de una acción personal, en la cual se valora y juzga el comportamiento del funcionario, servidor público o agente estatal, en la producción de un determinado daño que ha sido previamente resarcido por la organización estatal.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la definición de la Acción de Repetición, Corte Constitucional, sentencia C-778 de 11 de septiembre de 2003, MP. Jaime Araujo Rentería. Sobre los requisitos de la acción de repetición, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2007, rad. 18621. Sobre la culpa grave y el dolo, sentencia del 4 de diciembre de 2006, rad. 16887.

## **ACCION DE REPETICION - Requisitos / DOLO - Concepto / CULPA GRAVE - Concepto / DOLO Y CULPA GRAVE - Demostración**

Acreditada la existencia de la condena y su consecuencial pago, por parte de la entidad demandante, aborda la Sala el análisis del último requisito de procedencia de la acción de repetición, esto es, que el comportamiento del servidor, ex funcionario o agente estatal que dio origen a la condena y a su cancelación, haya sido doloso o gravemente culposo. En el caso concreto, se halla probada y establecida la condena impuesta en materia penal militar a los demandados, por la comisión del delito de homicidio agravado, a título de dolo, al haber causado la muerte a seis campesinos, entre ellos tres menores de edad que, para el momento de los hechos, se encontraban desarrollando actividades agrícolas y, frente a los cuales, los militares motu proprio aplicaron la pena de muerte. El comportamiento intencional de desconocer la Constitución y las leyes, está plenamente acreditado a partir del análisis de las pruebas que reposan en el proceso que están constituidas por: i) las sentencias de primera y segunda instancia proferidas por la Jurisdicción Penal Militar, así como ii) el acta del Consejo Verbal de Guerra que se levantó a lo largo del juicio penal en contra del Oficial y los Suboficiales del Ejército demandados, en la cual los propios sindicados, a través de sus apoderados confesaron haber cometido la conducta delictiva que se les imputó en su momento. En ese orden de ideas, el problema jurídico que la Sala aborda, se centra en determinar si las providencias ejecutoriadas del proceso penal sirven y son suficientes para, en sede del proceso de repetición, dar por acreditado el dolo de los funcionarios públicos, máxime si en recientes oportunidades se ha precisado que la sentencia proferida en el proceso contencioso administrativo que dio origen a la acción de repetición (v.gr. nulidad y restablecimiento del derecho) no es suficiente en sí misma para a partir de allí derivar la prueba del dolo o la culpa grave del funcionario. La sentencia penal puede llegar a tener efectos vinculantes en la acción de repetición, todo lo cual dependerá de la valoración que haya efectuado el juez de lo criminal en el respectivo trámite procesal. De otro lado, resulta incuestionable que, en aquellos eventos en que la condena haya sido impuesta a título de dolo, no resultará viable al juez contencioso administrativo, desconocer la valoración realizada por el juez penal. En ese contexto, si bien el concepto de dolo en materia de acción de repetición tiene un contenido y alcance no equiparable al dolo penal, lo cierto es que comparten ciertos rasgos distintivos, que hacen vinculante la condena penal en esta jurisdicción, siempre que, se reitera, la misma se haya imputado a título de dolo; lo anterior, como quiera que la culpa grave en tratándose de la acción de repetición (culpa grave y leve) tiene una graduación diferente a la punitiva (culpa con o sin representación), motivo por el cual los conceptos no pueden ser asimilados y, por ende, no resulta predicable los efectos de cosa juzgada en lo penal frente al proceso de repetición. El dolo, en cambio, constituye un concepto jurídico relacionado con la intención del sujeto de generar el resultado, o de realizar el verbo rector que describe la acción típica; por consiguiente, de manera independiente a que se entienda como un elemento psicológico o normativo, lo cierto es que su análisis se efectúa en el fuero interno del individuo, puesto que su acreditación supone la constatación de un elemento cognoscitivo (conocer la realidad, la trasgresión normativa, y el resultado esperado), y volitivo (aceptar y buscar intencionalmente la consecuencia derivada del comportamiento, esto es, de la acción). Lo anterior se desprende con claridad, del concepto brindado por el artículo 63 del Código Civil. En consecuencia, el elemento que caracteriza al dolo en sus diferentes acepciones, es decir las referidas al derecho privado o al público (penal, etc.), es la intencionalidad, el elemento volitivo que lleva implícito el desear, el querer la materialización de algo que es censurado por el ordenamiento jurídico.

## **ACCION DE REPETICION - Dolo / DOLO - Actuación premeditada / DIGNIDAD HUMANA - Principio fundamental del hombre / DERECHOS HUMANOS - Protección**

En el caso concreto, de las sentencias penales y el acta del Consejo de Guerra Verbal, documentos debidamente trasladados como pruebas del proceso penal militar, se establece que los militares actuaron con toda la premeditación del caso, y que su objetivo era claro al pretender cercenar de forma inhumana la vida de los seis campesinos de Belmira (Antioquia). En efecto, tal y como se desprende de la mencionada acta, los propios apoderados judiciales, en representación de los militares sindicados, aceptaron los cargos formulados, e intentaron escudarse jurídicamente en la grave situación que se vivía en la zona, dada la alta influencia de la guerrilla en la misma. No es admisible que miembros activos del Estado, encuentren justificación para actuar como “agentes provocadores” y como “agentes de ejecución extrajudicial”, con miras a mostrar resultados en relación con el conflicto interno que vive el país “falsos positivos”. El Estado Colombiano se edifica en el principio del Estado Social de Derecho, según el cual el eje principal de la organización pública es la persona, entendida como un sujeto titular de derechos que deben ser protegidos en su integridad por quienes detentan el poder público. En otras palabras, dada la connotación antropocéntrica de la Carta Política, los derechos humanos y, especialmente, los de carácter fundamental son inviolables, inalienables e imprescriptibles y, precisamente, es el Estado el principal encargado de velar por el respeto de esas garantías esenciales del ser humano. Así las cosas, los miembros de la fuerza pública deben ceñirse estrictamente a los parámetros y postulados fijados por la Carta Política, pues cualquier distorsión o trasgresión de ese conjunto de principios, valores y derechos contenidos a lo largo del ordenamiento jurídico, por muy loable en apariencia que sea el propósito con que subjetivamente se actúe por parte de los funcionarios (v.gr. eliminar a las fuerzas al margen de la ley), se traduce en uno de los peores crímenes o delitos reprochados por la humanidad; lo anterior, como quiera que 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, pues actúa en contra de los propios mandatos trazados por el constituyente primario y directo detentador de la soberanía y del poder político. Expuestos los anteriores planteamientos, para la Sala es apodíctica verdad que los señores Monroy Roncancio, Mendoza Mena, y Mejía González con su conducta desconocieron no sólo el ordenamiento jurídico interno, sino que, desde la perspectiva internacional, generaron vulneraciones o trasgresiones a la normatividad sobre los derechos humanos (DDHH). En efecto, como bien lo precisó el tribunal de primera instancia, los militares incurrieron en actos de barbarie, al asesinar de la forma más inhumana a un grupo de campesinos de la zona –tres de los cuales eran menores de edad–, lo que claramente significa un grave desconocimiento al principio de dignidad humana y al derecho fundamental de la vida. Así las cosas, el actuar doloso de los demandados se encuentra acreditado en el asunto sub examine, puesto que no sólo se aceptaron los cargos formulados dentro del proceso penal militar (confesión) –documentos que son valorables en este proceso, como ya se puntualizó–, sino que, adicionalmente, las sentencias penales allegadas son claramente demostrativas del grado psicológico –intencionalidad– con que actuaron los ex militares, al haber aplicado, sin fórmula de juicio, la pena de muerte a seis campesinos desarmados que no representaban ningún peligro o riesgo para los militares.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el derecho a la dignidad, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros), sentencia de 19 de noviembre de 1999; caso de la Masacre de Pueblo Bello, Caso del Penal Castro Castro, y Caso Vargas Areco y Caso Caso Escué Zapata (vs) Colombia, sentencia de 4 de julio de 2007. Sobre los parámetros para el uso debido de la fuerza pública, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Zambrano Vélez y otros (vs) Ecuador, sentencia del 4 de julio de 2007 y caso Montero y Aranguren.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

**Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO**

Bogotá D.C. once (11) de noviembre de dos mil nueve (2009)

**Radicación número: 05001-23-25-000-1998-02246-01(35529)**

**Actor: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**

**Demandado: TOMAS IGNACIO MONROY R. Y OTROS**

**Referencia: ACCION DE REPETICION**

De acuerdo con el acta No. 040 aprobada en sesión del 9 de diciembre de 2004 y adicionalmente, conforme a la prelación ordenada por la Sección Tercera el 5 de mayo de 2005, resuelve la Sala el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia del 24 de abril de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la cual se resolvió lo siguiente:

**“PRIMERO:** Declárase que los señores TOMÁS IGNACIO MONROY RONCANCIO, SAMUEL DE JESÚS MEJÍA GONZÁLEZ y MARCO AURELIO MENDOZA MENA son responsables por culpa grave o dolo en los hechos acaecidos el día 18 de septiembre de 1986 que dieron lugar a las sentencias condenatorias contra la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional - proferidas por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 18 de junio de 1993, modificada en sus numerales 4º, 5º y 6º en providencia expedida por el Consejo de Estado el 15 de febrero de 1996.

**“SEGUNDO:** Condénese al señor TOMÁS IGNACIO MONROY RONCANCIO a pagar a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, la suma de doscientos setenta y un millones doscientos setenta y dos mil seiscientos once pesos (\$271.272.611,00).

“**TERCERO:** Condénese al señor MARCO AURELIO MENDOZA MENA a pagar a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL - la suma de doscientos setenta y un millones doscientos setenta y dos mil seiscientos once pesos (\$271.272.611,00).

“**CUARTO:** Condénese al señor SAMUEL DE JESÚS MEJÍA GONZÁLEZ a pagar a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL - la suma de ciento ocho millones quinientos nueve mil cuarenta y cinco pesos (\$108.509.045,00).

“**QUINTO:** En aplicación del artículo 15 de la ley 678 de 2001, se dispondrá un plazo de seis (6) meses que se contará desde la ejecutoria de esta providencia, para que los demandados procedan al pago de la condena impuesta.

“**SEXTA:** Esta sentencia deberá cumplirse en los términos del artículo 335 del Código de Procedimiento Civil, en consideración a que se trata de una condena impuesta a favor de la Nación.

“**SÉPTIMO:** No se condena en costas.

“**OCTAVO:** Se le asigna la suma de cuatrocientos sesenta y un mil quinientos pesos (\$461.500,00), equivalente a un salario mínimo, a cada una de las curadoras, Beatriz Acosta Ramírez y Paola Andrea Cadavid Acevedo a costa de la parte demandantes (sic) por concepto de honorarios.

“**NOVENO:** Consúltese la sentencia si no fuese apelada, conforme al artículo 184 del Decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 57 de la ley 446 de 1998.” (fls. 404 y 405 Cdo. Ppal. 2ª instancia).

## I. ANTECEDENTES

### 1. Demanda

El 29 de julio de 1998, mediante apoderado judicial, la entidad demandante solicitó declarar responsables a los señores Tomás Ignacio Monroy Roncancio, Samuel de Jesús Mejía González y Marco Aurelio Mendoza Mena, de los perjuicios derivados con el pago de la condena impuesta por el Tribunal Administrativo de Antioquia en sentencia del 18 de junio de 1993, la cual fue parcialmente confirmada por el Consejo de Estado, mediante providencia del 15 de febrero de 1996, al declarar administrativa y extracontractualmente responsable al Ministerio de Defensa - Ejército Nacional de los daños irrogados con la muerte de varios

campesinos el 18 de septiembre de 1986, en el municipio de Belmira (Antioquia), vereda La Sierra (fls. 96 a 108 cdno. ppal).

### **1.1. Pretensiones**

La demandante elevó las siguientes súplicas:

“1. Que los señores TOMÁS IGNACIO MONROY RONCANCIO C.C. 3´181.594 de Suba, SAMUEL DE JESÚS MEJÍA GONZÁLEZ C.C. 13´826.568 de Bucaramanga y MARCO AURELIO MENDOZA MENA C.C. 10´535.661 de Popayán, son responsables solidariamente por culpa grave o dolo en su actuar el día 18 de septiembre de 1986, frente a los hechos que dieron lugar a las sentencias condenatorias contra la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, proferidas por el H. Tribunal Administrativo de Antioquia el 18 de junio de 1993, modificada en sus numerales 4º, 5º y 6º en sentencia proferida por el H. Consejo de Estado el 15 de febrero de 1996.

“2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a los señores TOMÁS IGNACIO MONROY RONCANCIO C.C. 3´181.594 de Suba, SAMUEL DE JESÚS MEJÍA GONZÁLEZ C.C. 13´826.568 de Bucaramanga y MARCO AURELIO MENDOZA MENA C.C. 10´535.661 de Popayán No. 15.507.795 de Copacabana (sic), al pago total o parcial de la suma que la Nación - Ministerio de Defensa (Ejército Nacional), fue condenada a pagar a las víctimas del perjuicio o del monto de lo que correspondiere, según lo estime la jurisdicción (sic) de lo Contencioso Administrativo; pago que deberá realizar a favor de la Nación - Ministerio de Defensa (Ejército Nacional).

“3. Que la sentencia que ponga fin al presente proceso, sea de aquellas que reúna (sic) los requisitos exigidos por los artículos 68 del C.C.A. y 488 del C.P.C.; que en ella conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible a fin de que preste mérito ejecutivo.

“4. Que el monto de la condena que se profiera en contra de los señores... sea actualizado hasta el monto del pago efectivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A.

“5. Que se condene en costas a los demandados.

“6. Que me sea reconocida personería jurídica para actuar como apoderada de la parte demandante en este proceso” (fls. 100 y 101 cdno. ppal.).

### **1.2. Hechos de la demanda**

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

1.2.1. El 18 de septiembre de 1986, la Contraguerrilla Cóndor 2, bajo el mando del Capitán del Ejército Nacional Tomás Ignacio Monroy Roncancio, se encontraba en la jurisdicción del municipio de Belmira, Vereda La Sierra, Departamento de Antioquia.

1.2.2. El Capitán Monroy ordenó una operación encubierta, puesto que tenía noticia de la existencia, en esa región, de grupos guerrilleros, ante lo cual comisionó al Sargento Marco Aurelio Mendoza Mena, para que en compañía de siete soldados efectuara la inspección del terreno.

1.2.3. El Sargento Mendoza Mena localizó a seis campesinos entre ellos a los señores Orlando Albeiro y Víctor Manuel Londoño Posada, que se dedicaban a las labores propias del agro, y quienes al momento sólo portaban los elementos para realizar su trabajo.

1.2.4. El Sargento Mendoza Mena se disfrazó, colocándose una gorra propia de la Policía Nacional y una ruana, haciéndose pasar por integrante de la Coordinadora Nacional Guerrillera, y manifestó a los campesinos, entre ellos a los hermanos Londoño Posada, que eran requeridos por el Ejército, razón por la cual les solicitaba le indicaran un sitio adecuado para esconderse.

1.2.5. Los campesinos, entre ellos Orlando Albeiro y Víctor Manuel Londoño Posada, los llevaron a un túnel en el que anteriormente funcionó una mina; una vez en el lugar, el Sargento Mendoza los capturó ordenándole a los soldados que prestaran seguridad. Con posterioridad, el Sargento Mendoza Mena hizo que los agricultores entraran de uno a uno al túnel, con intervalos de 10 a 15 minutos, con el pretexto de interrogarlos. Al cabo de dos horas salió con las manos ensangrentadas.

1.2.6. El Sargento Mendoza Mena dio muerte a seis campesinos, entre ellos a los hermanos Londoño Posada, con fundamento en la orden impartida por el Capitán Monroy Roncancio quien, según lo establecido en el proceso penal correspondiente, lo conminó a ejecutar la acción y, además, le facilitó un cuchillo, con el propósito de no producir ruido en la ejecución de los hechos.

1.2.7. El Sargento Viceprimero Samuel de Jesús Mejía González, actuó como cooperador del homicidio, puesto que mientras el Sargento Mendoza Mena se encontraba en el túnel, aquél ordenaba a los soldados que llevaran a cada campesino hacia la boca del túnel, en donde los esperaba este último; así mismo, en una o dos ocasiones les ordenó esconderse ante la presencia de extraños en el lugar, y antes de los hechos tomó algunas fotografías de los capturados con la falsa convicción de que con ello salvaguardaría su responsabilidad. Colaboró, de igual manera, suministrando una linterna al Sargento Mendoza, y ordenó a los soldados que taparan los cadáveres con tierra.

1.2.8. El Consejo Verbal de Guerra condenó al Capitán Monroy Roncancio y al Sargento Mendoza Mena, a la pena principal de 18 años de prisión; por su parte, al Sargento Viceprimero Mejía González se le impuso la pena de 8 años de prisión. De igual manera, se dispuso condenar en abstracto a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con el ilícito.

1.2.9. El actuar doloso de los mencionados militares dio lugar a la imposición de una condena en contra de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, a favor de los familiares de los campesinos asesinados, mediante sentencia del 18 de junio de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, y parcialmente confirmada por el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 15 de febrero de 1996.

1.2.10. Como consecuencia de las citadas sentencias condenatorias, la Nación - Ministerio de Defensa, pagó por concepto de capital la suma de doscientos cuarenta y siete millones ochocientos cuarenta y nueve mil cuatrocientos cincuenta y tres pesos con tres centavos (\$247.849.453,03).

## **2. Trámite de primera instancia**

En auto del 8 de abril de 1999, el Tribunal Administrativo de Antioquia inadmitió la demanda, con el fin de que se allegara por la demandante, la respectiva constancia de pago por concepto del capital que el Ministerio de Defensa hizo a los actores en el proceso de reparación directa (fl 109 cdno. ppal.).

La apoderada judicial de la parte actora, allegó el original del Oficio No. 2582 MDSGP - 784, del 4 de septiembre de 1998, en el cual la Tesorera Principal del Ministerio de Defensa hace constar el pago realizado al doctor Javier Leonidas

Villegas Posada, apoderado de los demandantes en el proceso de reparación directa promovido por la muerte de los señores Orlando Albeiro y Víctor Manuel Londoño Posada, mediante consignación realizada el 22 de agosto de 1996, cheque No. 7033, del Banco Ganadero, por valor de \$247.849.453,03 (fls. 110 y 113 cdno. ppal.).

El 30 de abril de 1999, el Tribunal Administrativo de Antioquia, admitió la demanda, ordenó notificar personalmente a los demandados, así como fijar en lista el proceso por 10 días (fls. 115 y 116 cdno. ppal.).

Librados los respectivos despachos comisorios para llevar a cabo la vinculación de los demandados, se tiene que sólo fue posible notificar personalmente al señor Samuel de Jesús Mejía González, quien se abstuvo de contestar la demanda; dada la imposibilidad frente a los demás, el *a quo* dispuso su emplazamiento y procedió a nombrarles curadores *ad litem*, a los señores Tomás Ignacio Monroy Roncancio y Aurelio Mendoza Mena (fls. 142, 171 y 186 cdno. ppal.).

Posesionadas las respectivas curadoras *ad litem*, contestaron la demanda para oponerse a las pretensiones elevadas por la parte actora y someterse a lo que resultara probado en el proceso. La curadora del señor Monroy Roncancio solicitó como única prueba, se remitiera copia del proceso disciplinario adelantado en contra de su representado, mientras que la curadora del señor Mendoza Mena manifestó atenerse a las pruebas solicitadas y aportadas por la demandante (fls. 191 y 191 a 192 cdno. ppal.).

Durante el traslado para alegar de conclusión, intervino exclusivamente la entidad demandante, en el sentido de insistir en los argumentos planteados en la demanda. Entre otros aspectos, sostuvo que los demandados torturaron y dieron muerte, en forma sumaria y sin fórmula de juicio, a seis campesinos de la región, entre ellos los señores Orlando Albeiro y Víctor Manuel Londoño Posada, por la simple sospecha de que eran auxiliares de la guerrilla, sin que estos estuvieran armados o hubieran prestado resistencia, lo cual es demostrativo del actuar doloso de los ex funcionarios (fls. 373 a 388 cdno. ppal.).

### **3. Sentencia de primera instancia**

El 24 de abril de 2008, el Tribunal Administrativo de Antioquia, encontró responsables a los demandados, motivo por el cual los condenó mancomunadamente, según su grado de participación en los hechos, a cancelar las sumas de dinero a las que fue condenada, en el proceso de reparación directa, la entidad pública demandada.

Entre otros aspectos, el *a quo* puntualizó:

“(…) Las condiciones para que proceda la acción de repetición consisten en que el Estado haya sido condenado o compelido a la indemnización conforme a la reparación de un daño antijurídico, y que se haya pagado la indemnización impuesta en la condena y la calificación de la conducta del agente estatal de dolosa o gravemente culposa.

“(…) En este caso se presentó la conducta dolosa o gravemente culposa por parte del Capitán Tomás Ignacio Monroy Roncancio, el Sargento Segundo Marco Aurelio Mendoza Mena y el Sargento Viceprimero Samuel Mejía González al participar en calidad de autor intelectual, autor material y colaborador, respectivamente, en el homicidio múltiple de seis campesinos que se encontraban despojados de armas y en estado de indefensión, calificado como un “crimen horrendo” y “hechos de barbarie”, lejos de ser una conducta desprevénida y aislada fue intencional y premeditada de ese hecho que constituyó “la aplicación de la pena de muerte a ciudadanos inermes”.

“(…) El Ministro de Defensa Nacional expidió la Resolución No. 10903 de 29 de julio de 1996 por medio de la cual dispuso el pago de la suma de doscientos cuarenta y siete millones ochocientos cuarenta y nueve mil cuatrocientos cincuenta y tres pesos con tres centavos (\$247.849.453,03) a través de su apoderado, doctor Javier Leonidas Villegas Posada, con fundamento en la sentencia anterior, la cual quedó ejecutoriada el 29 de febrero de 1996. Esta suma se canceló el 22 de agosto de 1996, conforme a certificado expedido por la Tesorera del Ministerio de Defensa, de folios 113 del expediente y su valor se indexará de acuerdo con las siguientes bases:

“(…) La parte demandante pretende que se condene solidariamente a los demandados al pago de la indemnización total, sin embargo, no es procedente establecer la condena en forma solidaria, puesto que la acción de repetición no es sancionatoria, sino que persigue el reembolso de lo pagado por la entidad pública a favor de un tercero, como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de su agente. En consecuencia, la indemnización se determinará atendiendo al grado de participación del agente en la producción del daño, culpa grave o dolo y a la valoración de las pruebas aportadas al proceso de repetición, como lo dispone el artículo 14 de la ley 678 de 2001.

“En este caso se le imputará las cinco sextas partes (5/6) de la indemnización total a los autores intelectual y material del homicidio múltiple, Tomás Ignacio Monroy Roncancio y Marco Aurelio Mendoza Mena, suma que se dividirá por iguales partes entre estos dos demandados y una sexta parte (1/6) de la indemnización total al señor Samuel de Jesús Mejía González por su colaboración en el hecho delictuoso.” (fls. 389 a 404 cdno. ppal.).

#### **4. Grado jurisdiccional de consulta**

Ninguna de las partes interpuso recurso de apelación contra la sentencia, pero como quiera que los señores Tomás Ignacio Monroy Roncancio y Marco Aurelio Mendoza Mena, estuvieron representados por curador *ad litem*, en auto del 3 de junio de 2008, se dispuso tramitar el grado jurisdiccional de consulta, en los términos establecidos en el artículo 184 del C.C.A. (fl. 411 cdno. ppal. 2ª instancia).

En el término legal, el señor Agente del Ministerio Público rindió concepto, en el que solicitó confirmar la decisión objeto del presente grado jurisdiccional. La anterior petición, con base en el razonamiento que se expone, en síntesis, a continuación (fls. 413 a 420 cdno. ppal. 2ª instancia):

4.1. Se encuentra establecida la obligación que surgió para el Estado de reparar un daño antijurídico, en virtud de una sentencia condenatoria, lo cual se desprende de la copia de las sentencias de 18 de junio de 1993 y 15 de febrero de 1996, proferidas por el Tribunal Administrativo de Antioquia y la Sección Tercera del Consejo de Estado, respectivamente.

4.2. En lo que concierne al con el elemento de acreditación del pago de la suma de dinero a la que el Estado fue condenado, la entidad actora allegó con la demanda, copia auténtica de la Resolución No. 10903 de 29 de julio de 1996, por medio de la cual se dispuso el cumplimiento de la decisión judicial referida; cantidades que se desembolsaron el 22 de agosto, mediante cheque No. 7033 del Banco Ganadero, tal y como lo certificó la Tesorera del Ministerio de Defensa en el documento público que obra a folio 113, lo que evidencia, consecuentemente, que la acción fue ejercida en tiempo, y que, los beneficiarios del fallo condenatorio recibieron a satisfacción las sumas allí señaladas, según las reglas de la sana crítica.

4.3. De las pruebas obrantes en el plenario, emerge con absoluta claridad que la conducta de los ex militares Tomás Ignacio Monroy Roncancio, Marco Aurelio Mendoza Mena y Samuel de Jesús Mejía Gonzáles, estuvo acompañada de dolo, entendido como “la intención de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”, pues lo que se advierte, del contenido de las decisiones proferidas tanto por la Jurisdicción Contencioso Administrativa como por la penal militar, es que su voluntad estuvo dirigida a atentar contra la vida e integridad de los señores Londoño Posada y otros, propósito criminal que efectivamente se materializó cuando, de manera aleve, el Sargento Marco Aurelio Mendoza, con la complicidad del Sargento Samuel de Jesús Mejía González ejecutó aprovechando las condiciones de inferioridad e indefensión de sus víctimas, la macabra orden impartida por el Capitán Tomás Ignacio Monroy Roncancio, por la simple sospecha de que eran auxiliares de la guerrilla.

## **5. Pruebas en segunda instancia**

En auto del 22 de abril de 2009, la Sala requirió al Ministerio de Defensa Nacional para que remitiera con destino a este proceso los documentos que soportan y acreditan el pago realizado por concepto de la condena impuesta por el Tribunal Administrativo de Antioquia en sentencia del 18 de junio de 1993, y confirmada parcialmente por el Consejo de Estado, en providencia del 15 de febrero de 1996, al declarar patrimonialmente responsable al Ministerio de Defensa - Ejército Nacional de los daños irrogados con la muerte de varios campesinos el 18 de septiembre de 1986, en el municipio de Belmira (Antioquia) (fl. 422 cdno. ppal. 2ª instancia).

El 20 de octubre de 2009, la Coordinadora del Grupo Contencioso del Ministerio de Defensa, por medio del oficio No. OFI09-90762 del 16 del mismo mes y año, acompañó los documentos requeridos por esta Corporación, que reposan de folios 442 a 450 del cuaderno principal de segunda instancia.

## II. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala decidir el grado jurisdiccional de consulta, respecto a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 24 de abril de 2008; adicionalmente, debe determinar si se cumplieron los elementos de la acción de repetición y si hay lugar a responsabilidad del agente estatal por su actuar doloso o gravemente culposo. Para ello, se analizará la evolución y la naturaleza de la acción de repetición, los elementos para su procedencia y, finalmente, se estudiará el caso concreto.

Como quiera que sólo dos de los tres demandados estuvieron representados por curador *ad litem*, el análisis propio de este trámite jurisdiccional (consulta) se surtirá exclusivamente a favor de los señores Tomás Ignacio Monroy Roncancio y Marco Aurelio Mendoza Mena, en tanto que, respecto de Samuel de Jesús Mejía González, habrá lugar a mantener la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, máxime que este último fue notificado personalmente y vinculado al proceso y se abstuvo de contestar la demanda y, adicionalmente, no recurrió la citada providencia.

### 1. Evolución de la acción de repetición

Desde 1976, en el Estatuto Contractual de la Nación (Decreto Ley 150), se instituyó la responsabilidad de los agentes estatales de forma solidaria con la entidad condenada. Sin embargo, ello fue parcial puesto que se circunscribió a la actividad contractual.

Posteriormente, el Decreto Ley 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) en sus artículos 77 y 78, estableció la posibilidad de que la entidad pública condenada acudiera, por vía judicial, a repetir contra el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa, hubiere dado lugar a la condena. Contrario a la legislación anterior, no se constituyó una responsabilidad solidaria, porque en el evento de declararse la responsabilidad de una entidad estatal y un agente público, la condena sólo se imponía en contra del ente y no del funcionario, sin perjuicio de que aquella pudiese obtener el reembolso correspondiente de éste.

La importancia de la responsabilidad de los servidores públicos se hizo tan relevante que trascendió del campo legal al constitucional y dio lugar a su consagración en el inciso 2 del artículo 90 de la Constitución Política de 1991. Su tenor literal es el siguiente:

“En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste”.

El mandato del inciso 2 del artículo 90 de la Constitución Política se desarrolló a través de la Ley 678 de 2001 que estableció tanto los aspectos sustanciales, tales como el objeto (artículo 1°), definición (artículo 2°), finalidades (artículo 3°), obligatoriedad (artículo 4°), presunciones de dolo y culpa grave (artículos 5° y 6°), como aspectos procesales (capítulo II) de la acción de repetición.

## **2. Naturaleza de la acción de repetición**

La acción de repetición es una acción civil, patrimonial y autónoma, por medio de la cual la administración puede obtener de sus agentes el reintegro del monto de la indemnización, que ha debido reconocer a un particular en virtud de una condena judicial. Al respecto se refirió la Corte Constitucional en la sentencia C-778 de 2003:

“... la acción de repetición se define como el medio judicial que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o ex funcionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por los daños antijurídicos que les haya causado<sup>1</sup>”.

Es una acción con pretensión eminentemente resarcitoria o indemnizatoria, cuya finalidad es la protección del patrimonio público.

---

<sup>1</sup> Sentencia de 11 de septiembre de 2003. Radicado: D-4477. Actor: William León M. M.P. Jaime Araujo Rentería.

En cuanto a la responsabilidad del servidor público, es de carácter subjetiva puesto que procede sólo en los eventos en que el agente estatal haya actuado con dolo o culpa grave, en los hechos que dieron lugar a la condena al Estado.

De otro lado, aún cuando actualmente la acción de repetición está regulada en la ley 678 de 2001, esta normatividad no se aplicará al presente caso, toda vez que los hechos, por los cuales fue condenada la entidad accionante, ocurrieron el 18 de noviembre de 1986, fecha en la cual los demandados, materializaron las conductas criminales que dieron origen a la condena judicial en contra de la entidad demandante.

Por lo tanto, los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo que regulan la responsabilidad patrimonial de los funcionarios por los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones, así como la facultad de la entidad condenada a repetir en contra de aquél por lo que respectivamente le correspondiere, será la normatividad aplicable en el presente caso.

### **3. Requisitos de la acción de repetición**

Ahora bien, para que una entidad pueda ejercer la acción de repetición contra el funcionario responsable, se requiere que ésta haya sido condenada a pagar perjuicios por la conducta dolosa o gravemente culposa de aquél y que el pago, producto de la sentencia condenatoria, se hubiere efectivamente realizado.

Así las cosas, son varios los aspectos que deben estar acreditados, a efectos de que la acción de repetición tenga vocación de prosperar:

- 1) Que exista una condena a una entidad pública, originada en el actuar de uno de sus servidores, ex funcionarios o agente en ejercicio de funciones públicas. Es importante precisar que, con la entrada en vigencia de la ley 446 de 1998, la obligación puede estar contenida en una conciliación o cualquier forma de terminación del conflicto.

2) Que se haya efectuado el correspondiente pago al beneficiario del mismo, para lo cual deberán aplicarse todas las disposiciones civiles y procesales sobre la extinción de las obligaciones.

3) Que el comportamiento del funcionario que dio origen al pago, haya sido doloso o gravemente culposo, para lo cual deberá verificarse la fecha de producción del hecho correspondiente, como quiera que ello determinará las normas sustanciales aplicables sobre la materia.

Al respecto, la Sala ha señalado:

“... de acuerdo con lo establecido en los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo, para que una entidad pública pueda ejercer la acción de repetición, deben concurrir y reunirse los presupuestos y requisitos a saber:

- a) Que una entidad pública haya sido condenada a reparar los daños antijurídicos causados a un particular;
- b) Que la entidad haya pagado a la víctima del daño la suma determinada en la sentencia condenatoria y
- c) Que la condena se haya producido a causa de la conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario o de un particular que ejerza funciones públicas...”<sup>2</sup>

De otro lado, en cuanto a la culpa grave y el dolo, la doctrina ha afirmado:

“Para que pueda hablarse no sólo de ilicitud, sino además de delito civil propiamente dicho, se hace precisa la existencia en el agente de una intención antijurídica (dolo) o, por lo menos, de una negligencia (culpa). No hemos de insistir aquí sobre conceptos sobradamente conocidos. Baste hacer una referencia en orden a la distinción de ambos conceptos, a la doble teoría en torno al concepto de dolo: se discute si existe dolo cuando el agente ha previsto el efecto ilícito de su acto (teoría de la representación), o si, además de la previsión del efecto debe exigirse también la voluntad de que se produzca (teoría de la voluntad). En la mayoría de los casos, observa VON TUHR, existe dolo desde el punto de vista de ambas teorías, cuando alguien cumple una acción previendo como resultado necesario de ella una lesión personal, quiere tal lesión, aunque cumpla la acción para un fin diferente y considere a la lesión como un efecto accesorio no deseable.

“(...) Frente al dolo que se caracteriza por la previsión e intencionalidad de los efectos antijurídicos, la culpa aparece fundada sobre la simple negligencia de su autor. Por esto, observa CHIRONI,

---

<sup>2</sup> Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el dos de mayo de 2007, expediente 18.621.

se califica exactamente de culposo el acto cometido sin verdadera intención de dañar; el autor responde porque debía desplegar mayor cuidado, mayor diligencia en el conocimiento del hecho en sí o en la previsión de las consecuencias probables. No es la voluntad de perjudicar lo que constituye aquí la responsabilidad, como en el dolo, sino la falta de diligencia, y en ella precisamente radica la razón de la culpa...”<sup>3</sup>

Así mismo, el Consejo de Estado ha señalado:

“Al no haberse precisado o definido legalmente, de manera específica para efectos de la acción de repetición, los conceptos de ‘culpa grave’ y ‘dolo’, la jurisprudencia acudió inicialmente a la noción recogida y desarrollada por el ordenamiento civil, en cuyo artículo 63 se distingue entre la *culpa grave*, la *culpa leve* y la *culpa levísima*, para efectos de señalar que *culpa* o *negligencia grave* es el descuido en que ni siquiera incurrirían las personas negligentes o de poca prudencia en el manejo de sus propios negocios. Así mismo, el aludido artículo 63 precisa que en materia civil esa culpa se equipara al dolo que, a su vez, se concibe como “*la intención positiva de inferir injuria a la persona o a la propiedad de otro*”.

“Sin embargo, la responsabilidad personal, de carácter patrimonial, del agente frente al Estado, encuentra hoy fundamento en normas de Derecho Público, en tanto la misma Carta Política establece, en el marco del Estado Social de Derecho y en desarrollo del principio de legalidad, que los servidores públicos, quienes están al servicio del Estado y de la comunidad, responden por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 superior, el agente estatal compromete dicha responsabilidad cuando su conducta dolosa o gravemente culposa ha sido la causa de condena patrimonial contra el Estado.

“(…) Para efectos de delinear un concepto legal independiente, propio del Derecho Público y aplicable para el caso de las acciones de repetición que se deban promover contra los servidores o exservidores públicos, la Ley 678 de 2001 adoptó una definición legal diferente a la tradicionalmente utilizada, tal como lo recoge el artículo 6 de dicha Ley, en cuya virtud:

*‘La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones’.*

---

<sup>3</sup> De Cossio Alfonso. El dolo en el Derecho Civil. Págs. 52 y 53, Editorial Comares S.L., Granada, 2005.

“Esa misma Ley 678 de 2001, en su artículo 5 definió el concepto de dolo para los efectos propios de la acción de repetición que se promueva contra agentes del Estado, con el siguiente alcance:

*‘La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.’*

“Como puede advertirse, las normas legales transcritas tienen un contenido y unos elementos que resultan diferentes de las nociones recogidas en el mencionado artículo 63 del Código Civil, amén de que en este nuevo campo no se equiparan el dolo y la culpa grave, como sí ocurre en el terreno civil, a tal punto que totalmente diferentes resultan, entre sí, las situaciones de hecho que la citada Ley recoge para efectos de presumir, en unos casos el ‘dolo’ y en otros, completamente diferentes, la ‘culpa grave’.<sup>4</sup>

El dolo y la culpa constituyen el elemento subjetivo que debe estar acreditado para que sea viable la acción de repetición, como quiera que se trata de una acción personal, en la cual se valora y juzga el comportamiento del funcionario, servidor público o agente estatal, en la producción de un determinado daño que ha sido previamente resarcido por la organización estatal.

Es imprescindible, en consecuencia, que verificada la existencia de la condena y del pago de la misma, se determine el grado volitivo y cognoscitivo del actuar del servidor o ex servidor público, puesto que solamente en la medida que la conducta esté enmarcada en los grados de culpa grave o dolo, será procedente la acción de repetición.

#### **4. El caso concreto**

Aborda la Sala el estudio del caso concreto, para lo cual se torna imprescindible estructurar el siguiente orden conceptual: i) los hechos probados, y ii) valoración probatoria y conclusiones.

##### *4.1. Los hechos probados*

---

<sup>4</sup> Sentencia del cuatro de diciembre de 2006 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente 16.887.

4.1.1. Copia auténtica del Decreto 2682 del 20 de noviembre de 1989, proferido por el Presidente de la República, en el cual se determina lo siguiente:

“ARTÍCULO 1º.- Separar en forma absoluta de las Fuerzas Militares al Capitán TOMÁS IGNACIO MONROY RONCANCIO 7300293, orgánico del Batallón No. 4 de la Policía Militar, por haber sido condenado a la pena principal de dieciséis (16) años de prisión, como autor responsable del delito de homicidio agravado”.

“ARTÍCULO 2º.- Ordenar que los haberes retenidos durante el tiempo de suspensión pasen a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

“ARTÍCULO 3º.- EL presente decreto rige a partir de su publicación.”  
(fls. 11 y 12 cdno. ppal.).

4.1.2. Para acreditar la vinculación que ostentaba el señor Tomás Ignacio Monroy Roncancio, obra copia auténtica del acta de posesión como Capitán del Ejército Nacional, calendada 4 de junio de 1984 (fl. 13 cdno. ppal.).

4.1.3. Copia auténtica de la Resolución No. 00180 del 4 de agosto de 1988, mediante la cual el Comandante del Ejército Nacional, separa de forma absoluta y definitiva del servicio al Sargento Viceprimero Samuel de Jesús Mejía González, por haber sido condenado a la pena principal de ocho (8) años de prisión como responsable del delito de homicidio agravado, en la modalidad de cómplice (fls. 17 y 18 cdno. ppal.).

Así mismo, a folio 19 del cuaderno principal reposa copia auténtica del acta de posesión No. 337 del 25 de marzo de 1985, que acredita la condición que ostentaba el señor Samuel de Jesús Mejía González como Sargento Viceprimero del Ejército Nacional.

4.1.4. Copia auténtica del acta de posesión No. 00028 del 10 de marzo de 1985, donde consta que el señor Marco Aurelio Mendoza Mena, se posesionó como Sargento Segundo del Ejército Nacional (fl. 23 cdno. ppal.).

4.1.5. En folios 24 y 25 se aprecia copia auténtica de la Resolución No. 00167 del 29 de julio de 1988, en la que el Comandante del Ejército Nacional, separa de forma absoluta y definitiva del servicio al Sargento Segundo Marco Aurelio Mendoza Mena, orgánico del Batallón de Infantería No. 31 Voltígeros, por haber

sido condenado a la pena principal de dieciséis años de prisión como autor responsables del delito de homicidio agravado.

4.1.6. Copia auténtica de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, del 28 de junio de 1993, en la que se resolvió lo siguiente:

“1. No prospera la excepción de inepta demanda formulada en los procesos Nos. 24.342, 24.348, 24.343 y 24.442.

“2. No prospera la excepción de indebida representación de la demandante Rosa Mery Londoño Posada propuesta en el proceso No. 24.349.

“3. Declárase responsable a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional - de la muerte de los ciudadanos Luis Fernando y Miguel Arcángel así como de la muerte de Orlando Alveiro y Víctor Manuel Londoño Posada hecho ocurrido el 18 de septiembre de 1986, en la finca La Sierra, vereda La Salazar, del municipio de Belmira - Antioquia.

“4. Como consecuencia de lo anterior, la Nación pagará al señor Carlos Antonio Londoño la suma equivalente a mil (1000) gramos de oro; a Clemencia, Margarita Rosa, Aydé de Jesús, Rubén Darío y María Soledad Londoño Londoño quinientos (500) gramos de oro para cada uno, como indemnización del daño moral por la muerte de su hijo y hermano Luis Fernando Londoño Londoño.

“Así mismo y como indemnización de perjuicios materiales pagará al señor Carlos Antonio Londoño la suma de quinientos veinticuatro mil cuatrocientos veinte pesos M.L. (\$524.420,00).

“5. Pagará así mismo la Nación Colombiana a la señora Luz Elena Londoño de Londoño en su calidad de madre el equivalente a mil (1000) gramos de oro; a Luz Adiel, Marta Isabel, Sonia Yanet, Gladis Elena, Juan Nicolás, Doris Eugenia y Ángel Guillermo Londoño Londoño en su condición de hermanos el equivalente a quinientos (500) gramos de oro para cada uno, como una indemnización del daño moral por la muerte de su hijo y hermano respectivamente Miguel Arcángel Londoño Londoño. Como indemnización de los perjuicios materiales pagará a la señora Luz Elena Londoño de Londoño la suma de cuatro millones quinientos ochenta y ocho mil setecientos setenta y ocho pesos M.L. (\$4.588.778,00).

“6. Pagará también al señor Juan Pablo Londoño Londoño el equivalente a mil (1000) gramos de oro. A María Leonilda, María Amanda, Hermenegildo de Jesús, Griselda y María Magdalena Londoño Londoño el equivalente a 500 gramos de oro, como indemnización del daño moral padecido por la muerte de su hijo y hermano Orlando Londoño Londoño.

“7. Para todos los eventos anteriores se tomará la cotización del gramo de oro a la fecha de ejecutoria del fallo.

“8. Así mismo pagará a la señora Aura Ligia Posada la suma de once millones seiscientos siete mil novecientos ochenta y cuatro pesos M.L. (\$11.607.984,00) por concepto de perjuicios materiales a raíz de la muerte de sus hijos Orlando Alveiro y Víctor Manuel Londoño Londoño.

“9. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

“(...)” (fls. 62 a 64 cdno. ppal.).

4.1.7. De folios 66 a 88 obra copia auténtica de la sentencia proferida el 15 de febrero de 1996, por la Sección Tercera del Consejo de Estado, que desató la apelación formulada en contra de la decisión proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

En la parte resolutive de la providencia de segunda instancia, en el proceso de reparación directa, esta Corporación dispuso:

“Confírmense los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia - Sección Segunda –, el 18 de junio de 1993 (adicionada mediante auto del 30 de julio de 1993).

“El resto de la sentencia quedará así:

“1. Condénase a la entidad demandada, a pagar las siguientes sumas de dinero, por concepto de perjuicios materiales:

“A.- Para Carlos Antonio Londoño, la suma de OCHOCIENTOS QUINTE MIL OCHOCIENTOS TRECE PESOS CON 74/100 M/CTE (\$815.813,74). Esta indemnización se decreta por la muerte de LUIS FERNANDO LONDOÑO LONDOÑO.

“B.- Para Luz Elena Londoño, la suma de SIETE MILLONES SETECIENTOS TRES MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS CON 61/100 M/CTE (\$7'703.489,61). Esta indemnización se decreta por la muerte de MIGUEL ARCÁNGEL LONDOÑO LONDOÑO.

“2. Condénase a la entidad demandada a pagar las siguientes sumas de dinero por concepto de perjuicios morales:

“A.- Para Aura Ligia Posada, la suma equivalente a un mil cien gramos de oro (1.100). Esta indemnización se decreta por la muerte de ORLANDO ALVEIRO LONDOÑO POSADA, VÍCTOR MANUEL LONDOÑO POSADA y LUIS FERNANDO LONDOÑO LONDOÑO.

“B.- Para ROSA MERY, MARTA CATALINA, JAIRO ALBERTO, PEDRO PABLO, OSCAR GEOVANNY, JUAN CAMILO, JOSÉ DANIEL y ELIANA MARÍA LONDOÑO POSADA, la suma de cuatrocientos (400) gramos de oro para cada uno. Esta indemnización se decreta por la muerte de ORLANDO ALVEIRO LONDOÑO POSADA y VÍCTOR MANUEL LONDOÑO POSADA.

“C.- Para CARLOS ANTONIO LONDOÑO, la suma equivalente a mil (1.000) gramos oro; y, para CLEMENCIA LONDOÑO, AYDE DE JESÚS LONDOÑO, MARGARITA ROSA LONDOÑO, RUBÉN DARÍO LONDOÑO y MARÍA SOLEDAD LONDOÑO, la suma de trescientos (300) gramos de oro para cada uno. Esta indemnización se decreta por la muerte de LUIS FERNANDO LONDOÑO LONDOÑO.

“D.- Para LUZ ELENA LONDOÑO DE LONDOÑO, la suma equivalente a mil (1.000) gramos de oro; y para LUZ ADIELA LONDOÑO LONDOÑO, MARTHA ISABLE LONDOÑO LONDOÑO, SONIA YANET LONDOÑO LONDOÑO, GLADIS ELENA LONDOÑO LONDOÑO, JUAN NICOLÁS LONDOÑO LONDOÑO, DORIS EUGENIA LONDOÑO LONDOÑO y ÁNGEL GUILLERMO LONDOÑO LONDOÑO, la suma equivalente a quinientos (500) gramos de oro. Esta indemnización se decreta por la muerte de MIGUEL ARCÁNGEL LONDOÑO LONDOÑO.

“E.- Para JUAN PABLO LONDOÑO LONDOÑO, la suma de mil (1.000) gramos oro; y para MARÍA LEONILDA, MARÍA AMANDA, HERMENEGILDO DE JESÚS, GRISELDA y MARÍA MAGDALENA LONDOÑO LONDOÑO, el equivalente a quinientos (500) gramos de oro para cada uno.

3.- El valor del gramo oro será certificado por el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de la presente sentencia.

“(...)” (fls. 84 a 87 cdno. ppal. - mayúsculas del original).

4.1.8. Copia auténtica de la Resolución No. 10903 del 29 de julio de 1996, en la que el Ministro de Defensa Nacional, dispuso el pago total de la condena impuesta en la sentencia de 15 de febrero de 1996, proferida por el Consejo de Estado, que ascendió a la suma de \$247.849.453,03 (fls. 89 a 95 cdno. ppal.).

4.1.9. Original del oficio No. 2582 MDSGP-784 del 4 de septiembre de 1998, suscrito por la Tesorera Principal del Ministerio de Defensa, en el que expresamente se certifica por la citada funcionaria que el 22 de agosto de 1996, mediante cheque No. 7033 del Banco Ganadero, se canceló la condena liquidada en la Resolución No. 10903, por un valor de \$247.849.453,03 al apoderado judicial respectivo, esto es, al doctor Javier Leonidas Villegas Posada (fl. 113 cdno. ppal.).

4.1.10. De folios 197 a 370 del cuaderno principal, se aprecia copia auténtica del proceso penal militar adelantado contra los señores Tomás Ignacio Monroy Roncancio, Marco Aurelio Mendoza Mena, y Samuel de Jesús Mejía González, el cual será valorado en esta instancia puesto que todos los medios probatorios fueron decretados y practicados con audiencia tanto de la parte demandante (Ejército Nacional) como demandada. En efecto, en el proceso penal obraron como sindicados y condenados los aquí demandados, razón por la cual, en los términos del art. 185 del C.P.C.<sup>5</sup>, tuvieron oportunidad de controvertir el respectivo acervo probatorio.

4.1.11. Copia auténtica del comprobante de egreso No. 1843 del 1º de agosto de 1996, por valor de \$247.849.453,03 en cumplimiento de la Resolución No. 10903 del 29 de julio de 1996 (fls. 442 cdno. ppal. 2ª instancia).

4.1.12. Copia auténtica de la autorización suscrita por el abogado Javier Leonidas Villegas, en la que se concede la facultad al señor José González Ramírez para recibir y suscribir el correspondiente paz y salvo, en relación con la entrega y pago del cheque girado por el Ministerio de Defensa a favor del primero según lo establecido en la Resolución No. 10903 del 29 de julio de 1996 (fl. 450 cdno. ppal. 2ª instancia).

4.1.13. Copia auténtica del documento firmado el 22 de agosto de 1996, por el señor José González Ramírez, obrando en nombre y representación de Javier Leonidas Villegas Posada, mediante el cual declara a paz y salvo al Ministerio de Defensa en relación con la condena de \$247.849.453,03, por concepto de la indemnización decretada por el Consejo de Estado en los procesos acumulados números 24.349, 24.343, 24.342, 24.442 y 24.348.

En relación con los medios probatorios originarios en el proceso penal militar, vale la pena destacar los siguientes:

---

<sup>5</sup> Art. 185.- "Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella."

1) Copia auténtica del acta del Consejo de Guerra Verbal, en el que se formuló la imputación, se practicaron algunas de las pruebas decretadas y, así mismo, se expusieron los alegatos de los militares acusados del delito de homicidio, como de sus apoderados judiciales (fls. 205 a 223 cdno. ppal.).

Del citado documento, resulta pertinente extraer los siguientes apartes:

“(...) El señor Presidente dio receso para ir a almorzar y se reanuda a las 15:00 horas. Concede la palabra al SS. MENDOZA, y éste a su defensor... quien comienza con el saludo protocolario... Está claro en el expediente señores vocales y no hay prueba que lo contradiga y el Fiscal lo ha confirmado que el SS. MENDOZA obró cumpliendo una orden (sic) en zona contraaguerrillera, en Belmira y el Zancudo es una zona de guerra, la prensa dice que en esa zona había perdido la vida un oficial y que habían salido heridos otros más, debemos colocarnos no solamente en la pérdida de esas seis vidas; las órdenes se cumplen o la milicia se acaba y no puede haber desacato a una orden superior... El SS. MENDOZA MENA, no es psicópata, obró en cumplimiento de una orden de autoridad superior y competente, por lo que la orden (sic) es lógica, porque estaban en zona de guerra roja... quiero volver a aclarar que quien dio la orden de dar muerte a los seis civiles, delante del SV. MEJÍA y del soldado LÓPEZ, también la Fiscalía acepta que el SS. MENDOZA recibió una orden (sic) tal, entonces la pregunta para que ustedes respondan es: En su conciencia si era lógica la orden (sic), recibida y ejecutada cuando en la zona de guerra han muerto compañeros? (...) La orden del Capitán era obligatoria o no? La Fiscalía nunca lo dijo, era obligatoria, tenía que cumplirla... Creen ustedes que el Oficial y el Suboficial, si hubieran tenido la plena certeza de que eran campesinos, hubieran actuado así. No vamos a dejar que el pago de esos diez años de servicio sea sacarlo de la Institución sindicado de un delito, que está probado no hay responsabilidad, cuando el hecho se justifica y no hay delito cuando no se cumple uno de los tres casos de la ley universal. Si la orden no se hubiera cumplido se hubiera cometido un delito de insubordinación. Me es placentero haber participado en este Consejo de Guerra Verbal porque sé que se va a impartir justicia, porque el hecho se cumplió por una orden superior. El señor Presidente le concede la palabra al señor Capitán MONROY RONCANCIO, y éste a su vez a su defensor... Inicia con el saludo protocolario... El Capitán es una persona oriunda de Bogotá, se corrige de Boyacá, nacido de cultivadores de papa, se crió en ese medio, donde la gente es buena, honesta, honrada y en el Ejército ha seguido igual, y por ello ahora tiene tres estrellas... Yo he trabajado con él por diez meses y no tiene agallas de dar una orden de esta clase, por su forma de ser, por su proveniencia... Entonces no podemos pensar que la responsabilidad es del Capitán, porque el Subalterno debió pedirla por escrito [se refiere a la orden militar], y también lo dice el soldado en el expediente... yo me atrevo a pensar que el Capitán MONROY fue asaltado en su buena fe y ahora está sentado en el banquillo porque se dejó meter los dedos en la boca...” (mayúsculas del original).

2) Sentencia del 21 de mayo de 1987, proferida con motivo del Consejo de Guerra Verbal, donde se condenó a los sindicados al hallarlos responsables del delito de homicidio doloso agravado.

Entre otros aspectos, el citado tribunal puntualizó:

“(…) La actuación del señor Capitán, su mismo testimonio y las declaraciones que en su contra recaen lo colocan en el plano del autor intelectual, no material. Esto de una parte, de otra, su actitud y el hecho de pasarle el arma corto punzante a MENDOZA dejan entrever que el propósito o intención no era otra que la de eliminarlos. Más aún, querían ocultar las pruebas, y desaparecer el objeto material del delito, siendo así que lavaron el cuchillo, lo hirvieron borrando tras de sí toda huella que en un momento dado pudiera implicarlos, con tan mala suerte de que el hecho fue descubierto.

“Entonces ha quedado establecido que el señor Capitán MONROY participó en los hechos y que esa responsabilidad se infiere de las pruebas tales como los testimonios, los careos y la propia exposición donde él acepta pero agregando que en la creencia de que realmente se trataba de personal guerrillero.

“En cuanto al Sargento MENDOZA MENA MARCO AURELIO su responsabilidad está claramente determinada tanto por las declaraciones que en su contra militan como por la propia confesión que en forma abierta y descarnada hace sobre la manera como eliminó a cada uno de los campesinos. Es el Sargento MENDOZA quien afirma que todos participaron, quien indica que el señor CT. MONROY le dio la orden de eliminarlo y le pasó el cuchillo para cumplir con el cometido. Que el Sargento MEJÍA fue consciente y también participó e incluso cuando concluyó la labor le prestó los soldados para que fueran a tapar los cadáveres.

“(…) En lo que respecta al SV. MEJÍA GONZÁLEZ SAMUEL DE JESÚS, su participación ha quedado respaldada por los testimonios de los mismos soldados, la del Sargento MENDOZA y su propia exposición donde acepta haber actuado en forma voluntaria, pero agregando que no supo de las muertes sino hasta el final.

“(…) Es así que los particulares se encontraban indefensos, había entre los seis tres menores, tres jóvenes que además de su minoría de edad, se encontraban inermes para responder ante cualquier agresión. Los otros tres mayores de edad, también estaban sin protección, no portaban armas, eran campesinos de la región, que sólo tenían su azadón para trabajar la tierra y tan desprevenidos estaban de lo que el Sargento MENDOZA por orden del señor CT. MONROY RONCANCIO iba a ejecutar, que entraron tranquilamente y sin prevención al sitio que les serviría de última morada.

“(…) Vemos, como consecuencia de lo anterior, que la muerte de los seis campesinos el día 18 de septiembre de 1986 se constituyó en homicidio intencional y perfecto, agravado en las circunstancias del artículo 105 del Código de Justicia Penal Militar numerales 5 y 7.” (fls. 306 a 337 cdno. ppal. - mayúsculas del original).

3) Providencia del 14 de marzo de 1988, proferida por el Tribunal Superior Militar, con ocasión del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia del 21 de mayo de 1987 (fls. 338 a 364 cdno. ppal.).

El Tribunal Superior Militar, modificó la sentencia proferida por el Consejo de Guerra Verbal, en el sentido de condenar al Capitán Tomás Ignacio Monroy Roncancio y al Sargento Segundo Marco Aurelio Mendoza Mena, a la pena principal de dieciséis años de prisión a cada uno, como autores del delito de homicidio agravado. Así mismo, reformó el proveído de primera instancia, en orden a imponer al Sargento Viceprimerom, Samuel de Jesús Mejía González, la pena de ocho años de prisión en calidad de cómplice del delito de homicidio agravado.

4) Sentencia del 20 de junio de 1989, en la que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, no casó la providencia proferida por el Tribunal Superior Militar, en contra de los señores Tomás Ignacio Monroy Roncancio, Marco Aurelio Mendoza Mena y Samuel de Jesús Mejía González (fls. 365 a 369 cdno. ppal.).

#### *4.2. Valoración probatoria y conclusiones*

4.2.1. Como se explicó, para que proceda la acción de repetición, el Estado debe haber sido condenado a la reparación de un daño antijurídico, como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente o ex agente público y que la entidad condenada haya pagado la suma de dinero determinada por el juez en su sentencia. Todo lo anterior debe ser establecido en el proceso por la parte demandante, con el aporte de copias auténticas de la sentencia ejecutoriada que impuso la condena y de los documentos que prueben la cancelación de la misma, como también debe quedar acreditado la conducta dolosa o gravemente culposa del agente o ex agente público. De no demostrarse ello en debida forma, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, y se imposibilita la

declaratoria de responsabilidad del funcionario estatal y la condena a resarcir el daño causado al patrimonio público.

4.2.2. En el asunto *sub examine*, acorde con las pruebas aportadas al proceso, la Sala considera que sí se cumplió con todos y cada uno de los requisitos y presupuestos de la acción, puesto que se acreditó en debida forma, tal y como pasará a desarrollarse a continuación, la condena impuesta a la entidad demandada, el pago de las sumas fijadas en las respectivas providencias judiciales, así como el dolo con que actuaron los ex funcionarios públicos en el desarrollo de los hechos que dieron origen a la responsabilidad patrimonial del Estado.

4.2.3. La entidad demandante aportó copia auténtica de la Resolución No. 10903 del 29 de julio de 1996, mediante la cual el Ministro de Defensa Nacional dio cumplimiento a las providencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Antioquia y por la Sección Tercera del Consejo de Estado, de 18 de junio de 1993 y 15 de febrero de 1996, respectivamente, lo que es indicativo de la existencia y el monto de la obligación cuya repetición se pretende.

4.2.4. Se encuentra establecido el pago de la obligación, como quiera que la certificación expedida por la Tesorera Principal del Ministerio de Defensa, constituye un documento público, vinculante, que contiene y refleja la propia manifestación de voluntad de la entidad condenada (Ejército Nacional), en el sentido de hacer constar el cumplimiento de la condena. Así mismo, reposa en el proceso copia auténtica del de paz y salvo suscrito por José González Ramírez, persona esta última que recibió el valor de la condena en nombre y representación del mandatario judicial de los demandantes de los respectivos procesos acumulados de reparación directa, esto es, el abogado Javier Leonidas Villegas Posada, según los documentos que fueron aportados en copia auténtica por parte del Ministerio de Defensa y que reposan en sus archivos según lo hace constar la Coordinadora del Grupo Contencioso de esa entidad en oficio No. 09-90762 del 16 de octubre de 2009.

4.2.5. Acreditada la existencia de la condena y su consecuencial pago, por parte de la entidad demandante, aborda la Sala el análisis del último requisito de procedencia de la acción de repetición, esto es, que el comportamiento del

servidor, ex funcionario o agente estatal que dio origen a la condena y a su cancelación, haya sido doloso o gravemente culposo.

En el caso concreto, se halla probada y establecida la condena impuesta en materia penal militar a los demandados, por la comisión del delito de homicidio agravado, a título de dolo, al haber causado la muerte a seis campesinos, entre ellos tres menores de edad que, para el momento de los hechos, se encontraban desarrollando actividades agrícolas y, frente a los cuales, los militares *motu proprio* aplicaron la pena de muerte.

El comportamiento intencional de desconocer la Constitución y las leyes, está plenamente acreditado a partir del análisis de las pruebas que reposan en el proceso que están constituidas por: i) las sentencias de primera y segunda instancia proferidas por la Jurisdicción Penal Militar, así como ii) el acta del Consejo Verbal de Guerra que se levantó a lo largo del juicio penal en contra del Oficial y los Suboficiales del Ejército demandados, en la cual los propios sindicados, a través de sus apoderados confesaron haber cometido la conducta delictiva que se les imputó en su momento.

En ese orden de ideas, el problema jurídico que la Sala aborda, se centra en determinar si las providencias ejecutoriadas del proceso penal sirven y son suficientes para, en sede del proceso de repetición, dar por acreditado el dolo de los funcionarios públicos, máxime si en recientes oportunidades se ha precisado que la sentencia proferida en el proceso contencioso administrativo que dio origen a la acción de repetición (v.gr. nulidad y restablecimiento del derecho) no es suficiente en sí misma para a partir de allí derivar la prueba del dolo o la culpa grave del funcionario.

Sobre el particular, para la Sala son relevantes los planteamientos fijados en reciente providencia, relativos a los efectos de la cosa juzgada penal absolutoria en materia contencioso administrativa:

“6.3.5. Para aplicar esos criterios con respecto a quien ha sido llamado en garantía o demandado en acción de repetición, el juez contencioso deberá verificar:

“(i) Que la conducta por la que fue juzgado penalmente sea la misma por la cual se le llama en garantía o se le demanda en acción de repetición.

Es necesario ser muy precisos al momento de analizar la descripción típica de la conducta en el proceso penal y los elementos fácticos señalados en la decisión. Bien puede suceder que se llame en garantía al servidor por una conducta cercana pero diferente a la que fue objeto del proceso penal. En tales eventos, el juez que deba resolver el llamamiento o la acción de repetición no tendrá ningún obstáculo para tomar la decisión que corresponda a las pruebas que obran en el expediente.

“(ii) Que el juez penal hubiera concluido, por decisión en firme, que la conducta que se atribuyó al sindicato no existió, o que el sindicato no la cometió, lo cual incluye los eventos en los cuales se afirma que el daño tuvo una causa diferente; o que el sindicato obró en cumplimiento de un deber legal, o en legítima defensa y que esa decisión corresponda a un juicio razonado de las pruebas y no sea una decisión meramente formal.

“(iii) Que la decisión penal tenga como fundamento única y exclusivamente las causales señaladas en la ley penal, sin que pueda hacerse extensivo a otras causales, como podrían serlo aquellos eventos en los cuales la absolución se produce por una causal diferente de falta de antijuridicidad de la conducta, como lo es el estado de necesidad, o por cualquiera causal de inculpabilidad, incluida la insuperable coacción ajena, en los términos en los que dichas causales fueron previstas en el decreto 2700 de 1991, vigente al momento de ocurrencia de los hechos, ni mucho menos cuando la decisión tenga como fundamento la aplicación del principio *in dubio pro reo*...”<sup>6</sup>

Como se aprecia, la sentencia penal puede llegar a tener efectos vinculantes en la acción de repetición, todo lo cual dependerá de la valoración que haya efectuado el juez de lo criminal en el respectivo trámite procesal. De otro lado, resulta incuestionable que, en aquellos eventos en que la condena haya sido impuesta a título de dolo, no resultará viable al juez contencioso administrativo, desconocer la valoración realizada por el juez penal.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Corporación ha señalado:

“De otra parte, es necesario aclarar que la situación es diferente cuando se trata de la sentencia proferida dentro de un proceso penal. En efecto, la sentencia penal condenatoria tiene valor de cosa juzgada, en el proceso administrativo, en relación con la responsabilidad del agente estatal. Así las cosas, si tal responsabilidad ha sido declarada en un proceso penal, mediante providencia debidamente ejecutoriada, ella no puede ponerse en

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de agosto de 2008, exp. 16.533, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

duda. Esta Sala se ha pronunciado al respecto en varias oportunidades.<sup>7”8</sup>

En ese contexto, si bien el concepto de dolo en materia de acción de repetición tiene un contenido y alcance no equiparable al dolo penal, lo cierto es que comparten ciertos rasgos distintivos, que hacen vinculante la condena penal en esta jurisdicción, siempre que, se reitera, la misma se haya imputado a título de dolo; lo anterior, como quiera que la culpa grave en tratándose de la acción de repetición (culpa grave y leve) tiene una graduación diferente a la punitiva (culpa con o sin representación), motivo por el cual los conceptos no pueden ser asimilados y, por ende, no resulta predicable los efectos de cosa juzgada en lo penal frente al proceso de repetición.

El dolo, en cambio, constituye un concepto jurídico relacionado con la intención del sujeto de generar el resultado, o de realizar el verbo rector que describe la acción típica; por consiguiente, de manera independiente a que se entienda como un elemento psicológico o normativo, lo cierto es que su análisis se efectúa en el fuero interno del individuo, puesto que su acreditación supone la constatación de un elemento cognoscitivo (conocer la realidad, la trasgresión normativa, y el resultado esperado), y volitivo (aceptar y buscar intencionalmente la consecuencia derivada del comportamiento, esto es, de la acción)<sup>9</sup>.

Lo anterior se desprende con claridad, del concepto brindado por el artículo 63 del Código Civil, cuando señala:

“El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Ver, entre otras, sentencia del 2 de noviembre de 1989, expediente 5625, actora: Doris Molina de Ríos, y sentencia del 19 de noviembre de 1998, expediente 12.124, actor: Oscar Hernando Suárez Vega.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de septiembre de 2000, exp. 11766.

<sup>9</sup> “Cuando el hombre realiza voluntariamente un hecho es porque se lo representó previamente –así sea mediante una representación mental de fugaz duración– lo halló adecuado a sus posibilidades y quiso entonces llevarlo a cabo; participan, pues, en el comportamiento humano las esferas intelectual y volitiva de la personalidad con precedencia lógica de la primera de ellas, puesto que solo somos capaces de querer lo conocido.” REYES Echandía, Alfonso “La culpabilidad”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 56.

<sup>10</sup> El Decreto 250 de 1958, esto es, el Código de Justicia Penal, vigente al momento de los hechos que dieron origen a esta acción de repetición, no establecía un concepto de dolo, puesto que hablaba de intencionalidad. No obstante lo anterior, el Código Penal de 1980 – norma de remisión para llenar los vacíos en materia penal militar–, en relación con el concepto de dolo precisaba: “Art. 36.- Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho

En consecuencia, el elemento que caracteriza al dolo en sus diferentes acepciones, es decir las referidas al derecho privado o al público (penal, etc.), es la intencionalidad, el elemento volitivo que lleva implícito el desear, el querer<sup>11</sup> la materialización de algo que es censurado por el ordenamiento jurídico.

4.2.6. En el caso concreto, de las sentencias penales y el acta del Consejo de Guerra Verbal, documentos debidamente trasladados como pruebas del proceso penal militar, se establece que los militares actuaron con toda la premeditación del caso, y que su objetivo era claro al pretender cercenar de forma inhumana la vida de los seis campesinos de Belmira (Antioquia).

En efecto, tal y como se desprende de la mencionada acta, los propios apoderados judiciales, en representación de los militares sindicados, aceptaron los cargos formulados, e intentaron escudarse jurídicamente en la grave situación que se vivía en la zona, dada la alta influencia de la guerrilla en la misma. No es admisible que miembros activos del Estado, encuentren justificación para actuar como “agentes provocadores”<sup>12</sup> y como “agentes de ejecución extrajudicial”, con miras a mostrar resultados en relación con el conflicto interno que vive el país “falsos positivos”.

El Estado Colombiano se edifica en el principio del Estado Social de Derecho, según el cual el eje principal de la organización pública es la persona, entendida como un sujeto titular de derechos que deben ser protegidos en su integridad por quienes detentan el poder público. En otras palabras, dada la connotación

---

punible y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible.”

<sup>11</sup> Según el Diccionario Esencial de la Lengua Española, querer significa: “1. Desear o apetecer. 2 Amar, tener cariño, voluntad o inclinación a alguien o a algo. 3. Tener voluntad o determinación de ejecutar algo...”

<sup>12</sup> El agente provocador es la figura a través de la cual funcionarios del Estado, previa planeación de la situación, provocan o instan a una persona a la comisión o a la complicidad de un delito, con el fin de garantizar la aprehensión de la misma una vez se haya materializado la conducta punible. En otros términos, el agente provocador actúa encubierto (sin que sean equiparables las figuras), sólo que su participación en los hechos está determinada a mover la voluntad de la persona investigada, con el fin de que cometa el delito y de esta forma pueda ser capturada por los miembros de la fuerza pública. Vale la pena advertir que este tipo de actuación de la fuerza pública, al menos en Colombia, se encuentra proscrita, como quiera que presupone que el Estado participe directamente en la comisión de un delito, con el fin de capturar a los responsables, pero quien realmente determina la conducta en el caso concreto son los agentes estatales, por consiguiente, pasarían a ser determinadores directos del hecho, situación que se encuentra proscrita en nuestro ordenamiento jurídico, se repite.

antropocéntrica de la Carta Política, los derechos humanos y, especialmente, los de carácter fundamental son inviolables, inalienables e imprescriptibles y, precisamente, es el Estado el principal encargado de velar por el respeto de esas garantías esenciales del ser humano.

Así las cosas, los miembros de la fuerza pública deben ceñirse estrictamente a los parámetros y postulados fijados por la Carta Política, pues cualquier distorsión o trasgresión de ese conjunto de principios, valores y derechos contenidos a lo largo del ordenamiento jurídico, por muy loable en apariencia que sea el propósito con que subjetivamente se actúe por parte de los funcionarios (v.gr. eliminar a las fuerzas al margen de la ley), se traduce en uno de los peores crímenes o delitos reprochados por la humanidad; lo anterior, como quiera que 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, pues actúa en contra de los propios mandatos trazados por el constituyente primario y directo detentador de la soberanía y del poder político.

En efecto, la dignidad humana entendida como eje central de los derechos y garantías fundamentales del ser humano fue inicialmente definida por Samuel Pufendorf, cuyas orientaciones sirvieron de fundamento para la elaboración de la Declaración de Derechos Norteamericana (*Bill of Rights* - 1791) y, con posterioridad, para la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), así como a la formulación de la teoría de la libertad de John Wise, cuyo propósito principal consistió en difundir las ideas de sociabilidad de la dignidad humana y de la democracia, puesto que en criterio de este último: “la facultad de la libertad moral eleva al hombre del reino animal y le presta su dignidad humana. A la libertad interna responde la externa como persona, de acuerdo con la cual todo hombre se halla, por naturaleza, exclusivamente bajo su propio poder y dirección, y posee la prerrogativa de juzgar por sí mismo qué es lo mejor para sus intereses, su felicidad y su bienestar... El fin último del Estado es el cuidado de la Humanidad, y el fomento de la felicidad de todos y cada uno de sus derechos, su vida, su libertad, su honor, etc., sin que nadie padezca injusticia o denigración.”<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Cf. WELZEL, Hans “Introducción a la Filosofía del Derecho”, Ed. Aguilar, pág. 147.

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 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...”<sup>14</sup>

Con posterioridad, el concepto fue luminosamente expuesto por Emmanuel Kant, en su magnífica obra “La metafísica de las costumbres”, donde desarrolló el contenido del principio de la dignidad humana universal, en los siguientes términos:

“Ahora yo digo: el hombre, y en general todo ser racional, *existe como fin en sí mismo, no sólo como medio* para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad; debe en todas sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado siempre *al mismo tiempo como fin*. Todos los objetos de las inclinaciones tienen sólo un valor condicionado, pues si no hubiera inclinaciones y necesidades fundadas sobre las inclinaciones, su objeto carecería de valor. Pero las inclinaciones mismas, como fuentes de las necesidades, están tan lejos de tener un valor absoluto para desearlas, que más bien debe ser el deseo general de todo ser racional el librarse enteramente de ellas. Así, pues, el valor de todos los objetos que podemos *obtener* por medio de nuestras acciones es siempre condicionado. Los seres cuya existencia no descansa en nuestra voluntad, sino en la naturaleza, tienen, empero, si son seres irracionales, un valor meramente relativo, como medios, y por eso se llaman *cosas*; en cambio, los seres racionales llámanse *personas* porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado meramente como medio, y, por tanto, limita en ese sentido todo capricho (y es un objeto del respeto). Éstos no son, pues, meros fines subjetivos, cuya existencia, como efecto de nuestra acción, tiene un valor *para nosotros*, sino que son *fines objetivos*, esto es, cosas cuya existencia es en sí misma un fin, y un fin tal, que en su lugar no puede ponerse ningún otro fin para el cual debieran ellas servir de medios, porque sin esto no hubiera posibilidad de hallar en parte alguna nada *con valor absoluto*; mas si todo valor fuere condicionado y, por tanto, contingente, no podría encontrarse para la razón ningún principio práctico supremo.

---

<sup>14</sup> PUFENDORF, Samuel “*De jure naturae et gentium*”, citado por WELZEL, Hans “Introducción a la Filosofía del Derecho”, Ed. Aguilar, pág. 145.

“(…) Si, pues, ha de haber un principio práctico supremo y un imperativo categórico con respecto a la voluntad humana, habrá de ser tal, que por la representación de lo que es fin para todos necesariamente, porque es *fin en sí mismo*, constituya un principio *objetivo* de la voluntad y, por tanto, pueda servir de ley práctica universal. El fundamento de este principio es: *la naturaleza racional existe como fin en sí mismo*. Así se representa necesariamente el hombre su propia existencia, y en ese respecto es ella un principio *subjetivo* de las acciones humanas. Así se representa, empero, también todo ser racional su existencia, a consecuencia del mismo fundamento racional, que para mí vale<sup>15</sup>; es, pues, al mismo tiempo un principio *objetivo*, del cual, como fundamento práctico supremo, han de poder derivarse todas las leyes de la voluntad. El imperativo práctico será, pues, como sigue: *obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio*. Vamos a ver si esto puede llevarse a cabo.

“(…) En el reino de los fines todo tiene o un *precio* o una *dignidad*. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo *equivalente*, en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad.

“Lo que se refiere a las inclinaciones y necesidades del hombre tiene un *precio comercial*, lo que, sin suponer una necesidad, se conforma a cierto gusto, es decir, a una satisfacción producida por el simple juego, sin fin alguno, de nuestras facultades, tiene un *precio de afecto*; pero aquello que constituye la condición para que algo sea fin en sí mismo, eso no tiene meramente valor relativo o precio, sino un valor interno, esto es, *dignidad*.”<sup>16</sup>

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 con 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.

---

<sup>15</sup> Nota de pie original. “Esta proposición la presento ahora como un postulado. En el último capítulo se hallarán sus fundamentos. (N. del A.)”

<sup>16</sup> KANT, Emmanuel “Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres”, trad. Manuel García Morentes. Libro virtual que se puede consultar en la siguiente dirección: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01362842104592728687891/index.htm>

Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido:

“(…) En razón de lo anterior, los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias, no sólo para prevenir, juzgar y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, en general, sino también para prevenir las ejecuciones arbitrarias por parte de sus propios agentes de seguridad.”<sup>17</sup>

De otro lado, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado los parámetros para el uso debido de la fuerza pública, en los siguientes términos<sup>18</sup>:

“78. La Corte ha considerado reiteradamente que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos<sup>19</sup>, en razón de lo cual, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo<sup>20</sup>. De conformidad con el artículo 27.2 de la Convención este derecho forma parte del núcleo inderogable, pues se encuentra consagrado como uno de los derechos que no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes<sup>21</sup>.”

79. En virtud de este papel fundamental que se le asigna en la Convención, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones necesarias para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable, así como el deber de impedir que sus agentes, o particulares, atenten contra el mismo<sup>22</sup>. El objeto y propósito de la Convención, como instrumento para la protección del ser humano, requiere que el derecho a la vida sea interpretado y

---

<sup>17</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros), sentencia de 19 de noviembre de 1999. Caso de la Masacre de Pueblo Bello, Caso del Penal Castro Castro, y Caso Vargas Areco y Caso Caso Escué Zapata (vs) Colombia. Sentencia de 4 de julio de 2007.

<sup>18</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Zambrano Vélez y otros (vs) Ecuador, sentencia del 4 de julio de 2007.

<sup>19</sup> Cfr. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144. Ver también Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra nota 14 párr. 237, y Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), supra nota 31, párr. 63.

<sup>20</sup> Cfr. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), supra nota 59, párr. 144. Ver también Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), supra nota 31, párr. 63, y Caso Ximenes Lopez. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 124.

<sup>21</sup> Cfr. Caso Masacre de Pueblo Bello. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 119. Ver también Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), supra nota 31, párr. 63, y Caso Baldeón García. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 82.

<sup>22</sup> Cfr. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), supra nota 59, párr. 144. Ver también Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra nota 14, párr. 237, y Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), supra nota 31, párr. 64.

aplicado de manera que sus salvaguardas sean prácticas y efectivas (*effet utile*)<sup>23</sup>.

80. La Corte ha señalado en su jurisprudencia que el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 4 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1 de la misma, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere, a la luz de su obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos, que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de quienes se encuentren bajo su jurisdicción<sup>24</sup>.

**“81. En razón de lo anterior, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y dar reparación por la privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una existencia digna.** De manera especial los Estados deben vigilar que sus cuerpos de seguridad, a quienes les está atribuido el uso legítimo de la fuerza, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción<sup>25</sup>.

“82. La Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse en otros casos acerca de los criterios que determinan el uso legítimo de la fuerza por parte de miembros de cuerpos de seguridad del Estado. A la luz de esos criterios son analizados los hechos de este caso:

“1) *Excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad y humanidad:*

**“83. El uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad estatales debe estar definido por la excepcionalidad, y debe ser planeado y limitado proporcionalmente por las autoridades.** En este sentido, el Tribunal ha estimado que sólo podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control<sup>26</sup>.

“84. En un mayor grado de excepcionalidad se ubica el uso de la fuerza letal y las armas de fuego por parte de agentes de seguridad estatales contra las personas, el cual debe estar prohibido como regla general. Su uso excepcional deberá estar formulado por ley, y

---

<sup>23</sup> Cfr. Caso Baldeón García, supra nota 61, párr. 83. Ver también Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), supra nota 31, párr. 64, y Caso de las Masacres de Ituango. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 129.

<sup>24</sup> Cfr. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), supra nota 59, párr. 144. Ver también Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra nota 14, párr. 237, y Caso Vargas Areco. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155, párr. 14.

<sup>25</sup> Cfr. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), supra nota 31, párr. 66. Ver también Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra nota 14, párr. 238, y Caso Servellón García y otros, supra nota 14, párr. 102.

<sup>26</sup> Cfr. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), supra nota 31, párr. 67.

ser interpretado restrictivamente de manera que sea minimizado en toda circunstancia, no siendo más que el “absolutamente necesario” en relación con la fuerza o amenaza que se pretende repeler<sup>27</sup>. Cuando se usa fuerza excesiva toda privación de la vida resultante es arbitraria<sup>28</sup>.

“85. El uso de la fuerza debe estar limitado por los principios de proporcionalidad, necesidad y humanidad. La fuerza excesiva o desproporcionada por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que da lugar a la pérdida de la vida puede por tanto equivaler a la privación arbitraria de la vida. El principio de necesidad justifica sólo las medidas de violencia militar no prohibidas por el derecho internacional, que son relevantes y proporcionadas para garantizar el pronto sometimiento del enemigo con el menor gasto posible de recursos humanos y económicos. **El principio de humanidad complementa y limita intrínsecamente el principio de necesidad, al prohibir las medidas de violencia que no son necesarias (es decir, relevantes y proporcionadas) para el logro de una ventaja militar definitiva. En situaciones de paz, los agentes del Estado deben distinguir entre las personas que, por sus acciones, constituyen una amenaza inminente de muerte o lesión grave y aquellas personas que no presentan esa amenaza, y usar la fuerza sólo contra las primeras**<sup>29</sup>.

“2) *Existencia de un marco normativo que regule el uso de la fuerza*

“86. La legislación interna debe establecer pautas lo suficientemente claras para la utilización de fuerza letal y armas de fuego por parte de los agentes estatales<sup>30</sup>, así como para asegurar

---

<sup>27</sup> Cfr. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), supra nota 31, párr. 68. En similar sentido véase también ECHR, Huohvanainen v. Finland, 13 March 2007, no. 57389/00, párrs. 93-94.; ECHR, Erdogan and Others v. Turkey, 25 April 2006, no. 19807/92, párr. 67; ECHR, Kakoulli v. Turkey, 22 November 2005, no. 38595/97, párrs. 107-108; ECHR, McCann and Others v. the United Kingdom, judgment of 27 September 1995, Series A no. 324, párrs. 148-150, 194, y Código de Conducta para Oficiales de Seguridad Pública adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 34/169, del 17 de diciembre de 1979, artículo 3.

<sup>28</sup> Cfr. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), supra nota 31, párr. 68. En similar sentido véase también Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por parte de Oficiales Encargados de Hacer Cumplir la Ley, adoptado por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento de los Delincuentes, La Habana, Cuba, 27 de agosto a 7 de septiembre de 1990, Principio 9.

<sup>29</sup> Cfr., en similar sentido, Comisión IDH. Informe sobre terrorismo y derechos humanos (OEA/ser.4 V/II.116), 22 de octubre de 2002. Ver también, Naciones Unidas. Informe provisional sobre la situación mundial con respecto a las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias presentado por el Relator Especial Philip Alston (A/61/311), 5 de septiembre de 2006.

<sup>30</sup> Siguiendo los “Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley”, las normas y reglamentaciones sobre el empleo de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben contener directrices que: a) especifiquen las circunstancias en que tales funcionarios estarían autorizados a portar armas de fuego y prescriban los tipos de armas de fuego o municiones autorizados; b) aseguren que las armas de fuego se utilicen solamente en circunstancias apropiadas y de manera tal que disminuya el riesgo de daños innecesarios; c) prohíban el empleo de armas de fuego y municiones que puedan provocar lesiones no deseadas o signifiquen un riesgo injustificado; d) reglamenten el control, almacenamiento y distribución de

un control independiente acerca de la legalidad de la misma (*infra* párrs. 88 a 90).

“3) *Planificación del uso de la fuerza - Capacitación y entrenamiento a los miembros de los cuerpos armados y organismos de seguridad estatales*

**“87. Una adecuada legislación no cumpliría su cometido si, entre otras cosas, los Estados no forman y capacitan a los miembros de sus cuerpos armados y organismos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que debe estar sometido en toda circunstancia el uso de las armas por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley<sup>31</sup>.** En efecto, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que la cuestión de si debería recurrirse al uso de armas de fuego y en qué circunstancias, debe decidirse sobre la base de disposiciones legales claras y entrenamiento adecuado<sup>32</sup>. Es imprescindible que los agentes del Estado conozcan las disposiciones legales que permiten el uso de las armas de fuego y que tengan el entrenamiento adecuado para que en el evento en que deban decidir acerca de su uso posean los elementos de juicio para hacerlo<sup>33</sup>.

“4) *Control adecuado y verificación de la legitimidad del uso de la fuerza*

“88. La prohibición general a los agentes del Estado de privar de la vida arbitrariamente sería ineficaz si no existieran procedimientos para verificar la legalidad del uso letal de la fuerza ejercida por agentes estatales<sup>34</sup>. La Corte ha entendido que la obligación general de garantizar los derechos humanos consagrados en la Convención, contenida en el artículo 1.1 de la misma, contiene la obligación de investigar los casos de violaciones del derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado<sup>35</sup>. Esta obligación general se

---

armas de fuego, así como los procedimientos para asegurar que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respondan de las armas de fuego o municiones que se les hayan entregado; e) señalen los avisos de advertencia que deberán darse, siempre que proceda, cuando se vaya a hacer uso de un arma de fuego, y f) establezcan un sistema de presentación de informes siempre que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley recurran al empleo de armas de fuego en el desempeño de sus funciones. Ver también Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), *supra* nota 31, párr. 75.

<sup>31</sup> Cfr. Caso del Caracazo. Reparaciones. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95, párr. 127. Ver también Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), *supra* nota 31, párr. 77.

<sup>32</sup> Cfr. ECHR, *Erdogan and Others v. Turkey*, *supra* nota 66, párr. 68; ECHR, *Kakoulli v. Turkey*, *supra* nota 66, párr. 109-110; ECHR, *Kiliç v. Turkey*, no. 22492/93, párr. 62, 28 March 2000, y ECHR, *Simsek and Others v. Turkey*, nos. 35072/97 and 37194/97, párrs. 104-108, 26 July 2005.

<sup>33</sup> Cfr. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), *supra* nota 31, párr. 78.

<sup>34</sup> Cfr. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), *supra* nota 31, párrs. 79 a 83.

<sup>35</sup> Cfr. Caso Masacre de Pueblo Bello, *supra* nota 61, párr. 142. Ver también Caso La Cantuta, *supra* nota 7, párr. 110; Caso Vargas Areco, *supra* nota 64, párr. 74; Caso Goiburú y otros. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 88; Caso Servellón García y otros, *supra* nota 14, párr. 108; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), *supra* nota 31, párr. 66; Caso Ximenes Lopes, *supra* nota 60, párr. 177; Caso “de la Masacre de Mapiripán”. *supra* nota 8, párrs. 232 a 234; Caso Juan Humberto Sánchez. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párrs. 111 y 112; Caso Myrna Mack Chang. *supra* nota 7, párrs.

ve especialmente acentuada en casos de uso de la fuerza letal. Una vez que se tenga conocimiento de que sus agentes de seguridad han hecho uso de armas de fuego con consecuencias letales, el Estado está obligado a iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, independiente, imparcial y efectiva<sup>36</sup> (*infra* párrs. 119 a 124). Esta obligación constituye un elemento fundamental y condicionante para la protección del derecho a la vida que se ve anulado en esas situaciones.

“89. La Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que las investigaciones sobre uso excesivo de la fuerza deben estar abiertas al escrutinio público con el objeto de asegurar la responsabilidad de los agentes estatales tanto en teoría como en la práctica<sup>37</sup>. Asimismo, dicho Tribunal ha establecido que la evaluación sobre el uso de la fuerza que haya implicado la utilización de armas debe hacerse sobre todas las circunstancias y el contexto de los hechos, incluyendo las acciones de planeación y control de los hechos bajo examen<sup>38</sup>.

“90. En definitiva, las carencias o defectos en la investigación que perjudiquen la eficacia para establecer la causa de la muerte o identificar a los responsables materiales o intelectuales suponen el incumplimiento de la obligación de garantizar el derecho a la vida<sup>39</sup>. En un sentido similar, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias y Arbitrarias señaló:

**“Las normas de derechos humanos sobre el uso de la fuerza surgen del entendimiento de que la irreversibilidad de la muerte justifica rigurosas salvaguardias del derecho a la vida, especialmente en lo que hace a las garantías procesales debidas. Un procedimiento jurídico que respete las garantías procesales debidas y llegue a una sentencia definitiva es un requisito esencial sin el cual la decisión de un Estado y de sus agentes de dar muerte a alguien viola el principio de “nadie podrá ser privado de la vida**

---

156 y 157; Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), *supra* nota 58, párr. 225; Caso Godínez Cruz. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 175 y Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrs 166 y 176 .

<sup>36</sup> Cfr. Caso Juan Humberto Sánchez. *supra* nota 75, párr. 112. Ver también Caso del Penal Miguel Castro Castro, *supra* nota 14, párr. 256, y Caso Vargas Areco, *supra* nota 64, párr. 77. En similar sentido véase también ECHR, Erdogan and Others v. Turkey, *supra* nota 66, párrs. 88-89; ECHR, Kakoulli v. Turkey, *supra* nota 66, párrs. 122-123, y ECHR, Nachova and Others v. Bulgaria [GC], nos. 43577/98 and 43579/98, párrs. 111-112, 6 July 2005.

<sup>37</sup> Cfr. ECHR, Sergey Shevchenko v. Ukraine, no. 32478/02, párr. 65, 4 April 2006; ECHR, Tanis and Others v. Turkey, no. 65899/01, párr. 204, 2 August 2005, y ECHR, Isayeva v. Russia, no. 57950/00, párr. 214, 24 February 2005.

<sup>38</sup> Cfr. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), *supra* nota 31, párr. 83, y Caso Baldeón García, *supra* nota 60, párr. 97. En similar sentido véase también ECHR, Erdogan and Others v. Turkey, *supra* nota 66, párr. 68; ECHR, Makaratzis v. Greece [GC], no. 50385/99, párr. 59, 20 December 2004, y ECHR, McCann and Others v. the United Kingdom, *supra* nota 66, párr. 150.

<sup>39</sup> Cfr., en similar sentido, Caso de la “Masacre de Mapiripán”. *supra* nota 8, párr. 219; Caso de la Masacre de Pueblo Bello, *supra* nota 61, párr. 144; Caso Baldeón García, *supra* nota 61, párr. 97, y Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), *supra* nota 31, párr. 83.

**arbitrariamente” y por lo tanto violaría el derecho a la vida<sup>40</sup>.”**

Expuestos los anteriores planteamientos, para la Sala es apodíctica verdad que los señores Monroy Roncancio, Mendoza Mena, y Mejía González con su conducta desconocieron no sólo el ordenamiento jurídico interno, sino que, desde la perspectiva internacional, generaron vulneraciones o trasgresiones a la normatividad sobre los derechos humanos (DDHH). En efecto, como bien lo precisó el tribunal de primera instancia, los militares incurrieron en actos de barbarie, al asesinar de la forma más inhumana a un grupo de campesinos de la zona –tres de los cuales eran menores de edad–, lo que claramente significa un grave desconocimiento al principio de dignidad humana y al derecho fundamental de la vida.

Así las cosas, el actuar doloso de los demandados se encuentra acreditado en el asunto *sub examine*, puesto que no sólo se aceptaron los cargos formulados dentro del proceso penal militar (confesión) –documentos que son valorables en este proceso, como ya se puntualizó–, sino que, adicionalmente, las sentencias penales allegadas son claramente demostrativas del grado psicológico –intencionalidad– con que actuaron los ex militares, al haber aplicado, sin fórmula de juicio, la pena de muerte a seis campesinos desarmados que no representaban ningún peligro o riesgo para los militares<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Cfr. Informe provisional sobre la situación mundial con respecto a las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias presentado por el Relator Especial Philip Alston. Asamblea General de Naciones Unidas. (Doc. A/61/311), LIX período de sesiones, 5 de septiembre de 2006, párr. 36.

<sup>41</sup> “No obstante, nunca debí haber permitido que se abrieran las puertas del pueblo a quienes afirman que existen valores más altos que la decencia. Le mostraron a su padre desnudo y lo torturaron hasta hacerle balbucear algunas palabras; a ella la maltrataron y él no pudo evitarlo (un día que pasé en mi despacho ocupado con el libro mayor). Desde entonces nunca volvió a ser enteramente humana, dejó de ser hermana de todos nosotros. Se rompieron ciertos vínculos, su corazón no pudo volver a abrigar ciertos sentimientos.” J.M. Coetzee “Esperando a los Bárbaros”, Ed. Random House Mondadori, pág. 121.

“Maquiavelo: (...) He aquí la formulación de mi sistema... el instinto malo es en el hombre más poderoso que el bueno. El hombre experimenta mayor atracción por el mal que por el bien; el temor y la fuerza tienen mayor imperio sobre él que la razón.

“Montesquieu: (...) Vuestro principio es que el bien puede surgir del mal, y que está permitido hacer el mal cuando de ello resulta un bien... Si me preguntáis cuál es el fundamento del derecho, respondería que es la moral, cuyos preceptos nada tienen de dudoso u oscuro, pues todas las religiones los enuncian y se hallan impresos con caracteres luminosos en la conciencia del hombre. Las diversas leyes civiles, políticas, económicas e internacionales deben manar de esta fuente pura.” JOLY, Maurice “Diálogo en el infierno entre Maquiavelo y Montesquieu”, Ed. Grafikar, pág. 13 a 20.

Definido lo anterior, la Sala confirmará la sentencia objeto del presente grado jurisdiccional de consulta, pues la misma se acompasa con los postulados relativos a la procedencia de la acción de repetición, no sólo en cuanto se refiere a los requisitos de procedencia de la misma, sino que, de igual manera, la condena se encuentra ajustada a los valores que la entidad demandada estuvo obligada a cancelar, así como la liquidación efectuada de acuerdo con el grado de participación de cada uno de los demandados en los hechos descritos.

En consecuencia, la Sala se circunscribirá a actualizar los valores a los que ascendió la condena, en relación con cada uno de los demandados, a efectos de reconocer la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, razón por la que aplicará la fórmula de la renta actualizada, según la cual:

$$Ra = Rh \frac{\text{índice final - septiembre/2009 (102,12)}}{\text{índice inicial - abril/08 (96,72)}}$$

i) Tomás Ignacio Monroy Roncancio

$$Ra = \$ 271.272.611,00 \frac{\text{índice final - septiembre/2008 (102,12)}}{\text{índice inicial - abril/08 (96,72)}} = \$286.418.104,00$$

ii) Marco Aurelio Mendoza Mena

$$Ra = \$ 271.272.611,00 \frac{\text{índice final - septiembre/2008 (102,12)}}{\text{índice inicial - abril/08 (96,72)}} = \$286.418.104,00$$

iii) Samuel de Jesús Mejía González

Ra = \$ 108.509.045,00 índice final - septiembre/2008 (102,12)  
-----=\$114.567.242,00  
índice inicial - abril/08 (96,72)

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

#### **RESUELVE:**

**Primero. Modifícase** la sentencia consultada, esto es, la proferida el 24 de abril de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, la cual quedará así:

**“PRIMERO:** Declárase que los señores TOMÁS IGNACIO MONROY RONCANCIO, SAMUEL DE JEÚS MEJÍA GONZÁLEZ y MARCO AURELIO MENDOZA MENA son responsables por culpa grave o dolo en los hechos acaecidos el día 18 de septiembre de 1986 que dieron lugar a las sentencias condenatorias contra la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional - proferidas por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 18 de junio de 1993, modificada en sus numerales 4º, 5º y 6º en providencia expedida por el Consejo de Estado el 15 de febrero de 1996.

**“SEGUNDO:** Condénase al señor TOMÁS IGNACIO MONROY RONCANCIO pagar a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA, la suma de doscientos ochenta y seis millones cuatrocientos dieciocho mil ciento cuatro pesos m/cte (\$286.418.104,00).

**“TERCERO:** Condénase al señor MARCO AURELIO MENDOZA MENA a pagar a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA, la suma de doscientos ochenta y seis millones cuatrocientos dieciocho mil ciento cuatro pesos m/cte (\$286.418.104,00).

**“CUARTO:** Condénase al señor SAMUEL DE JESÚS MEJÍA GONZÁLEZ a pagar a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA, la suma de ciento catorce millones quinientos sesenta y siete mil doscientos cuarenta y dos pesos m/cte. (\$114.567.242,00).

**“QUINTO:** En aplicación del artículo 15 de la ley 678 de 2001, se dispondrá un plazo de seis (6) meses que se contará desde la ejecutoria de esta providencia, para que los demandados procedan al pago de la condena impuesta.

**“SEXTA:** Esta sentencia deberá cumplirse en los términos del artículo 335 del Código de Procedimiento Civil, en consideración a que se trata de una condena impuesta a favor de la Nación.

**“SÉPTIMO:** No se condena en costas.

**“OCTAVO:** Se le asigna la suma de cuatrocientos sesenta y un mil quinientos pesos (\$461.500,00), a cada una de las curadoras, Beatriz Acosta Ramírez y Paola Andrea Cadavid Acevedo a costa de la parte demandante, por concepto de honorarios.

**Segundo.** En firme este proveído, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen.

**Cópiese, notifíquese y cúmplase.**

**ENRIQUE GIL BOTERO**  
Presidente de la Sala

**RUTH STELLA CORREA PALACIO**

**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**  
Salvó voto

**MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR**

## **SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. MAURICIO FAJARDO GOMEZ**

**CONDUCTA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA - Acción de repetición / CONDUCTA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA - Prueba / SENTENCIA PENAL CONDENATORIA - Valor probatorio en el proceso contencioso administrativo / PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL - Acatamiento / CAMBIO JURISPRUDENCIAL - Justificación expresa / CAMBIO DE JURISPRUDENCIA - Justificación expresa**

Sin desconocer en nada la enorme gravedad que revisten los hechos que se imputaron a los aquí demandados y por cuya comisión resultó condenada patrimonialmente la Nación - Ministerio de Defensa Nacional, también considero que el presente juicio debió llevarse con estricto apego tanto a las normas legales vigentes como a la jurisprudencia que sobre materias similares ha sentado la propia Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sin que consideraciones relacionadas con el carácter repudiable, execrable y censurable de los hechos correspondientes pudieren determinar una variación, injustificada y carente de motivación, frente a la aludida jurisprudencia. El hecho de que a través del fallo al cual se refiere el presente salvamento de voto la mayoría de los integrantes de la Sección Tercera del Consejo de Estado hubieren decidido dejar de lado por completo la jurisprudencia que la propia Sala consolidó acerca de la improcedencia de considerar como prueba de la desviación de poder en que hubiere incurrido el servidor o ex-servidor público demandado en acción de repetición, la valoración que sobre los mismos hechos hubiere efectuado un juez diferente, en un proceso judicial anterior y distinto al presente, a través de su respectiva sentencia y que al abandono de esa jurisprudencia se hubiere procedido sin haber explicado y menos justificado las razones por las cuales se adoptó tan drástica variación jurisprudencial, a mi entender resulta constitutivo, cuando menos, de en una grave inconsistencia, máxime si se tiene presente la relevancia e importancia que en el ordenamiento jurídico colombiano revisten los argumentos contenidos en decisiones judiciales anteriores que hubieren versado sobre la misma materia, cuestión que ha dado lugar a la denominada teoría del precedente jurisprudencial, el cual ha sido definido como “aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla - prohibición, orden o autorización- determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes”.

### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

**Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO**

Bogotá D.C. once (11) de noviembre de dos mil nueve (2009)

**Radicación número: 05001-23-25-000-1998-02246-01(35529)**

**Actor: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**

**Demandado: TOMAS IGNACIO MONROY R. Y OTROS**

## SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto que profeso por las decisiones de la Sala, paso a exponer las razones por las cuales no compartí el fallo que fue expedido dentro del proceso citado en la referencia.

Según lo refiere el propio fallo del cual me aparto mediante el presente salvamento de voto, la configuración del dolo en la conducta de los demandados –requisito indispensable de conformidad con las normas legales vigentes para que puedan abrirse paso las pretensiones en una acción de repetición– se tuvo por acreditada, de manera fundamental, sino exclusiva, a partir de los razonamientos que en su oportunidad consignaron las correspondientes decisiones de carácter penal a las cuales hubo lugar como consecuencia de los mismos hechos que en el presente proceso fueron imputados directamente a los ahora demandados y que en su momento dieron lugar a que se expidiera sentencia condenatoria en contra del Estado por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Al respecto, en el fallo del cual me aparto mediante el presente salvamento de voto, entre otras cuestiones de importancia, se sostuvo:

*“4.2.6. En el caso concreto, de las sentencia penales y el acta del Consejo de Guerra Verbal, documentos debidamente trasladados como pruebas del proceso penal militar, se establece que los militares actuaron con toda la premeditación del caso y que su objetivo era claro al pretender cercenar de forma inhumana la vida de los seis campesinos de Belmira (Antioquia)”.*

Sin desconocer en nada la enorme gravedad que revisten los hechos que se imputaron a los aquí demandados y por cuya comisión resultó condenada patrimonialmente la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, también considero que el presente juicio debió llevarse con estricto apego tanto a las normas legales vigentes como a la jurisprudencia que sobre materias similares ha sentado la propia Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sin que consideraciones relacionadas con el carácter repudiable, execrable y censurable de los hechos correspondientes pudieran determinar una variación, injustificada y carente de motivación, frente a la aludida jurisprudencia.

Si bien es cierto que en una determinada época la Jurisprudencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo consideró que en las acciones de repetición que se adelantan con sujeción al régimen legal anterior a la Ley 678 de 2001, resultaba perfectamente lícito y válido tener como prueba del actuar doloso o gravemente culposo del respectivo demandado (agente o ex-agente del Estado), la sentencia que hubiere anulado un acto administrativo por desviación de poder, sin que ello comportare violación al Debido Proceso del respectivo demandado en la acción de repetición, de conformidad con los términos en que así se sostuvo en la sentencia de octubre 3 de 2007, radicación número: 41001-23-31-000-1995-08354-01(24844), no es menos cierto que ese criterio fue rectificado en la sentencia de mayo siete (7) de 2008, radicación 54001-23-31-000-1998-00869-01 (19.307), Magistrado Ponente Enrique Gil Botero, oportunidad en la cual se precisó:

*“No obstante lo anterior, aunque las sentencias de primera y segunda instancia que declararon nula la resolución de insubsistencia por desviación de poder, y los documentos que demuestran el pago realizado por la entidad demandante, se encuentran en copia auténtica dentro del expediente, no está demostrado en el proceso, la culpa grave o dolo del funcionario con su actuación.*

*Se equivoca el a quo al deducir la responsabilidad del demandado, teniendo como prueba de la misma, la valoración probatoria que realizó el Tribunal Administrativo del Norte de Santander en la sentencia que declaró la nulidad de la resolución de insubsistencia; y aunque en el mencionado proceso de nulidad se demostró la desviación de poder y por tal razón se anuló el acto, las pruebas aportadas en ese proceso no pueden ser valoradas en este, toda vez que su traslado no fue solicitado por las partes.*

*Sobre el valor probatorio de las providencias judiciales se ha afirmado lo siguiente:*

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

*podría suscitar eventos“...incompatibles con principios básicos de derecho procesal, pues entonces no sería el juez de la causa a quien correspondería valorizar y analizar las pruebas para formar su propia convicción sobre los hechos controvertidos, desde luego estaría obligado a aceptar el juicio que sobre los mismos se formó otro juez, y las partes en el nuevo litigio no podrían contradecir la prueba ni intervenir en su producción...” (Negrilla fuera del texto). Sentencia S-011 proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del seis de abril de 1999)”.*

“.....

*“Si bien, las sentencias aportadas comportan un significado y mérito para la valoración del dolo y la culpa grave, son sólo un indicio que no es prueba suficiente para condenar en acción de repetición, de lo contrario estaríamos ante un juicio automático de responsabilidad”.*

Ahora bien, el desconocimiento en que, a mi entender, incurrió la propia Sala respecto de la Jurisprudencia sentada por ella misma resulta constitutivo de un error adicional que me impidió compartir el fallo al cual se refiere el presente salvamento de voto, puesto que tal modificación jurisprudencial se adoptó sin ponerlo de presente expresamente y sin aportar motivación, argumentación, explicación o justificación alguna que pudiese servirle de soporte.

El hecho de que a través del fallo al cual se refiere el presente salvamento de voto la mayoría de los integrantes de la Sección Tercera del Consejo de Estado hubieren decidido dejar de lado por completo la jurisprudencia que la propia Sala consolidó acerca de la improcedencia de considerar como prueba de la desviación de poder en que hubiere incurrido el servidor o ex-servidor público demandado en acción de repetición, la valoración que sobre los mismos hechos hubiere efectuado un juez diferente, en un proceso judicial anterior y distinto al presente, a través de su respectiva sentencia y que al abandono de esa jurisprudencia se hubiere procedido sin haber explicado y menos justificado las razones por las cuales se adoptó tan drástica variación jurisprudencial, a mi entender resulta constitutivo, cuando menos, de en una grave inconsistencia, máxime si se tiene presente la relevancia e importancia que en el ordenamiento jurídico colombiano revisten los argumentos contenidos en decisiones judiciales anteriores que hubieren versado sobre la misma materia, cuestión que ha dado lugar a la denominada teoría del *precedente jurisprudencial*, el cual ha sido definido como *“aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla - prohibición, orden o autorización- determinante para resolver el caso, dados unos*

*hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes”, es decir, que*

«... se reconoce como precedente aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia.

“En ese sentido, lo vinculante de un antecedente jurisprudencial es la ratio decidendi de esa sentencia previa, -o de varias si es del caso-, que resulta ser uno de los referentes fundamentales que debe considerar necesariamente un juez o autoridad determinada, como criterio de definición de la solución de un caso específico.

“Es decir, la ratio decidendi de una providencia, puede ser un precedente de aplicación vinculante en un caso posterior, para un juez o una autoridad determinada. Esta relación entonces, entre una y otra figura, es lo que ha favorecido que se usen comúnmente los dos conceptos como semejantes, - ratio decidendi y precedente. Usualmente se dice que el precedente es la sentencia anterior que es pertinente para resolver una cuestión jurídica y lo que tiene fuerza vinculante es su ratio decidendi. De ahí que, en sentido técnico, lo que tiene valor de precedente es la ratio decidendi de la(s) sentencia(s) pertinente(s)»<sup>42</sup> (*Subrayas por fuera del texto original*).

Acerca de la importancia que en el ordenamiento colombiano reviste la obligatoriedad en que se encuentra el juez de cumplir con las cargas de argumentación y transparencia, en especial cuando decide apartarse de tesis o líneas jurisprudenciales, resulta ilustrativo el siguiente pronunciamiento que condensa en buena medida el alcance de dichas cargas:

*“Las aseveraciones efectuadas en los pronunciamientos citados ... .. corresponden a desarrollos propios de un obiter dicta en la medida en que no constituyeron el sustento mismo de las decisiones adoptadas en esos casos concretos, es decir, no integran su ratio decidendi<sup>43</sup>,*

---

<sup>42</sup> Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2.006; Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. En similar sentido pueden verse las sentencias de la Corte Constitucional SU-047 DE 1.999, Magistrados Ponentes: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero; T-960 de 2001, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett y SU-1219 de 2001, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>43</sup> Cita efectuada en el texto original de la sentencia que se transcribe parcialmente: En cuanto tiene que ver con el denominado precedente jurisprudencial y con los elementos de un fallo llamados a integrar un precedente, el mismo ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como *“aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla - prohibición, orden o autorización- determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes”, es decir, que “se reconoce como precedente aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia.*

*con lo cual puede concluirse que no revisten el carácter relativamente vinculante de los antecedentes jurisprudenciales, carácter del cual se deriva para el operador judicial que desea apartarse de los mismos<sup>44</sup>, la obligación de cumplir con las cargas de transparencia y de argumentación que le resultan exigibles a tal efecto<sup>45</sup><sup>46</sup>.*

---

En ese sentido, lo vinculante de un antecedente jurisprudencial es la ratio decidendi de esa sentencia previa, -o de varias si es del caso-, que resulta ser uno de los referentes fundamentales que debe considerar necesariamente un juez o autoridad determinada, como criterio de definición de la solución de un caso específico.

Es decir, la ratio decidendi de una providencia, puede ser un precedente de aplicación vinculante en un caso posterior, para un juez o una autoridad determinada. Esta relación entonces, entre una y otra figura, es lo que ha favorecido que se usen comúnmente los dos conceptos como semejantes, - ratio decidendi y precedente. Usualmente se dice que el precedente es la sentencia anterior que es pertinente para resolver una cuestión jurídica y lo que tiene fuerza vinculante es su ratio decidendi. De ahí que, en sentido técnico, lo que tiene valor de precedente es la ratio decidendi de la(s) sentencia(s) pertinente(s)” (subrayas fuera del texto original). Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2.006; Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. En similar sentido pueden verse las sentencias de la Corte Constitucional SU-047 de 1.999, Magistrados Ponentes: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero; T-960 de 2001, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett y SU-1219 de 2001, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>44</sup> Cita efectuada en el texto original de la sentencia que se transcribe parcialmente: Significativa es la importancia de la cuestión relacionada con el interrogante sobre en qué situaciones puede considerarse pertinente —y deseable— el cambio de la doctrina jurisprudencial y cuáles serían las cargas a satisfacer, por parte del juez, para abrirle paso a las anotadas modificaciones sin que resulten injustificada y desproporcionadamente afectados los bienes y principios constitucionales que soportan la fuerza vinculante relativa del precedente —igualdad, seguridad jurídica-libertades individuales, buena fe, confianza legítima y publicidad de las decisiones judiciales—; a este respecto existe cierto consenso, tanto doctrinal como jurisprudencial, en el sentido de que la modificación del precedente es viable, pero «endosando en tal caso la carga de la argumentación a quien quiera apartarse. Rige pues el principio de inercia perelmaniano que exige que una decisión sólo puede ser cambiada si pueden aducirse razones suficientes para ello» —ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, traducción de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, cit., p. 263—; o, en palabras de Aarnio, no resulta «sensato renunciar sin justificación a lo que ha sido adoptado como prevaleciente. Esta no es una exhortación al conservadurismo para mantener el statu quo. Es tan sólo una regla de la carga de la prueba: necesariamente, un cambio en la situación dominante tiene que ser justificada» (sic) — AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, traducción de E. Garzón Valdés, Centro de Estudio Constitucionales, Madrid, 1991, p. 260—.

De ahí que Alexy esboce las siguientes dos reglas generales sobre el uso del precedente:

«(J.13) Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión, debe hacerse. (J.14) Quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación». Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., p. 265.

<sup>45</sup> En Colombia opera un sistema que bien podría denominarse de “vinculación relativa” al precedente, en el cual los jueces tienen, en principio, el deber de atenerse al sentido y a los fundamentos de sus decisiones anteriores —en el caso del precedente horizontal— o de las decisiones previamente adoptadas por sus superiores funcionales —en el caso del precedente vertical—, pero sin que ello sea óbice para que, en virtud del principio de autonomía judicial, puedan apartarse de la línea jurisprudencial existente siempre y cuando expongan motivos suficientes y razonables para ello. Lo anterior resulta más claro aún si se tiene en cuenta que en sistemas —como el colombiano— de derecho legislado, en los cuales la fuente formal principal del derecho es la ley —y no la jurisprudencia—, el funcionario judicial, en ejercicio de su autonomía interpretativa, puede modificar, aunque obviamente no de manera caprichosa, su entendimiento de las disposiciones normativas que aplica y apartarse de las decisiones previas.

Así pues, el precedente es modificable siempre que se satisfagan, de un lado, una carga de transparencia consistente en que “es necesario conocer y anunciar los precedentes vigentes que gravitan en contra de la nueva posición que se va a tomar, con lo que se prohíbe el cambio oculto

Lo anterior, claro está, en modo alguno permite desconocer la discusión seria y profunda que se ha venido dando tanto en la jurisprudencia como en la doctrina nacionales acerca de los alcances que se le deben reconocer al valor y a la fuerza jurídica del “*precedente*” en un ordenamiento jurídico como el colombiano, de marcada raigambre romano-germánica y con evidentes particularidades que lo distancian del sistema de derecho común anglosajón, caracterizado este último, precisamente, por el indudable carácter vinculante y la centralidad del papel que en él desempeña la noción de precedente judicial.

Así pues, quienes se muestran reacios a aceptar algún grado de obligatoriedad del precedente en el derecho colombiano, señalan que es la naturaleza primordialmente jurisprudencial del sistema de *common law* el rasgo que explica el valor que, dentro de él, se atribuye al precedente, mientras que en cuanto el ordenamiento colombiano hunde sus raíces en la tradición romano germánica —fundamentalmente legislada—, la posición de preeminencia la ocupa la ley,

---

*de jurisprudencia*” y, de otro, una *carga de argumentación*, que se traduce en la obligación, para el juez, de “*mostrar con claridad por qué la nueva posición jurisprudencial es superior jurídica y moralmente a la anteriormente adoptada*”, carga ésta que prohíbe, de tal modo, el cambio arbitrario de jurisprudencia. Cfr. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, segunda edición, Universidad de los Andes-Legis, Bogotá, 2.006, pp. 85 y 92-93.

La Corte Constitucional se ha expresado en esta dirección al referirse a la importancia de la fuerza vinculante del precedente; a la trascendencia, igualmente, de la posibilidad de modificarlo o de apartarse de él en aras de hacer prevalecer el derecho sustancial y la justicia material; a la carga de argumentación que recae sobre el juez, en estos últimos supuestos, en el sentido de explicitar las razones que sustentan dicha separación del sentido y los fundamentos de las decisiones anteriores y, finalmente, ha efectuado precisiones en torno a las hipótesis que dan lugar a que se puedan producir cambios dentro de una línea jurisprudencial:

«32. *En todo caso, aunque el respeto al precedente es fundamental en nuestra organización jurídica por las razones expuestas, el acatamiento del mismo, sin embargo, no debe suponer la petrificación del derecho. En este sentido, el juez puede apartarse tanto de los precedentes horizontales como de los precedentes verticales; pero para ello debe fundar rigurosamente su posición y expresar razones contundentes para distanciarse válidamente de los precedentes vinculantes. Dicha carga argumentativa comprende demostrar que el precedente es contrario a la Constitución, en todo o en parte. Sin embargo, existen otras razones válidas para apartarse del precedente, señaladas por la propia Corte.*

*En la sentencia SU-047 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) se expuso precisamente que la posibilidad de desligarse de los precedentes en circunstancias concretas, puede obedecer a razones como las siguientes: i) eventuales equivocaciones jurisprudenciales del pasado que hacen necesaria la corrección de una línea jurisprudencial; ii) una interpretación que habiendo sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos, en su aplicación actual, puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares; iii) cambios históricos frente a los que resulta irrazonable adherir a la hermenéutica tradicional”.* Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2.006, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. En similar sentido pueden verse las sentencias de la Corte Constitucional C-120 de 2.003, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis; T-1130 de 2.003, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño y T-442 de 2.005, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

<sup>46</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia fechada en abril 23 de 2009, expediente No. 16.837, radicación No. 250002326000-1996-01798-01, actor: Álvaro Peña Ortega.

razón por la cual se entiende que adscribir, en el derecho nacional, valor de precedente a las sentencias judiciales, resulta extraño a los rasgos identificadores más inherentes a aquél<sup>47</sup>.

En apoyo de esta perspectiva negadora de efectos vinculantes al precedente judicial suele invocarse el tenor literal del artículo 230 de la Constitución Política, por cuya virtud —se afirma— la Carta estableció un sistema de fuentes dentro del cual sólo constituye fuente formal de derecho la **ley** y, por tanto, el juez, en sus providencias, sólo se encuentra obligado a sujetarse a ella.

Sin embargo la referida postura, expresada de manera tan categórica, desconoce que la evolución registrada en el seno de los dos sistemas jurídicos a los cuales se ha hecho alusión —anglosajón y continental o romano germánico— durante el siglo XX, ha conducido a que se reduzcan —o cuando menos se maticen— las otrora radicales divergencias existentes entre ellos en punto al papel desempeñado por la jurisprudencia y por la ley, como fuentes formales del derecho, aunque subsistan —lo cual es evidente— importantes elementos diferenciadores.

El anterior aserto resulta corroborado por el notable incremento de la presencia y el valor reconocido a la ley en los sistemas de derecho común —especialmente en el de los Estados Unidos de América—, circunstancia que se corresponde con el correlativo aumento de la importancia de la jurisprudencia en los sistemas de tradición romano germánica, de lo cual constituye ilustrativo botón de muestra el caso del derecho administrativo en Francia y en Colombia, disciplina en la cual, como es bien sabido, buen número de sus más importantes institutos pueden catalogarse como de creación jurisprudencial aunque en algunos casos las correspondientes instituciones jurídicas han terminado siendo recogidas por el derecho positivo<sup>48</sup>.

Adicionalmente, la aludida posición que niega todo efecto vinculante a los denominados precedentes judiciales y que, consecuentemente, niega también la existencia de una dinámica propia para su consolidación, pervivencia y

---

<sup>47</sup> Cfr. salvamentos de voto suscritos por los Magistrados Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Álvaro Tafur Galvis, a la sentencia de la Corte Constitucional C-836 de 2.001; Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

<sup>48</sup> Circunstancia que, con acierto, se advierte en la aclaración de voto suscrita por los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra, a la sentencia de la Corte Constitucional C-836 de 2.001, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

modificación, derivada de su referida obligatoriedad —así se reconozca ésta apenas con un carácter relativo—, parte de una interpretación aislada e inconexa del mencionado artículo 230 de la Carta, toda vez que una hermenéutica armónica y sistemática del mismo conduce a identificar suficientes principios y normas que, dentro del ordenamiento constitucional de 1991, sustentan la atribución de un cierto valor obligatorio a los antecedentes jurisprudenciales —aunque no, dicho sea de entrada, su petrificación— y la importancia que su acatamiento implica para cardinales principios que soportan el sistema jurídico colombiano.

Así pues, el mero tenor literal del artículo 230 constitucional no permite concluir que la ley sea la única fuente formal de derecho, pues si bien dicha norma dispone que *“los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”*, tal previsión tiene por objeto destacar que las autoridades judiciales, en el ejercicio de sus funciones, deben someterse al imperio de la ley, cuestión que consagra y reafirma el principio de independencia con sujeción al cual deben proceder las autoridades judiciales, excluyendo de plano la posibilidad de que las mismas, al decidir, dependan de otras autoridades o de criterios extralegales —como los de índole política— o que correspondan exclusivamente a sus opiniones o creencias personales, a su libre e injustificado arbitrio o —peor aún— a sus meros caprichos, pues la autonomía del juez ha de ser desplegada siempre dentro de los cauces del ordenamiento jurídico.

Pero la anterior es, precisamente, una de las razones que justifica que de ningún modo pueda entenderse que la inclusión de la palabra *“ley”* en el texto del comentado artículo 230 de la Carta suponga que el juez, en sus providencias, sólo se encuentre compelido a respetar los contenidos de la fuente formal de derecho integrada por los preceptos con rango formal de *ley*; semejante inteligencia de la norma conduciría al absurdo de sostener que el juez, por expreso mandato constitucional, se encontraría exento de observar el contenido, para empezar, de la propia Constitución Política —dado que evidentemente no es una mera *ley*, amén de que ocupa una posición jerárquicamente superior a la misma, cuya supremacía en el orden interno garantiza e impone el artículo 4 de la propia Carta—; que no necesariamente debería atender, además, en sus fallos, a los preceptos de los tratados internacionales, cuya preponderancia en el ordenamiento jurídico nacional también estatuye el artículo 93 constitucional, ni tendría el deber de observar y aplicar los decretos que carecen de fuerza de ley,

los cuales, junto con las demás normas de naturaleza administrativa, igualmente, forman parte del derecho positivo e incluso en ciertos casos se ocupan de reglamentar la ley con el único propósito de asegurar su debida y cumplida ejecución.

En consecuencia, el entendimiento quizás más apropiado de la expresión “*imperio de la ley*”, preconizada por el artículo 230 de la Constitución, debe apuntar a una noción amplia o genérica de la noción de ley, esto es del ordenamiento vigente, lo cual no excluye en forma absoluta, de ninguna manera, el reconocimiento de cierta fuerza vinculante a los antecedentes jurisprudenciales, cuestión que, a mi juicio, no resulta ajena a o contradictoria con la tradición jurídica colombiana —o a cualquier otra cultura jurídica—, si se tiene en cuenta que esa obligación de respetar el sentido y las razones que sustentan las decisiones previas se encuentra íntimamente ligada a una exigencia que cabe formular respecto de toda actuación judicial con el fin de que pueda catalogarse como ajustada al ordenamiento y que no es otra distinta a la obligación que tiene el juez de fundamentar sus decisiones no en criterios *ad-hoc*, caprichosos o coyunturales, sino en principios generales o reglas que puedan ser “universalizables” en la medida en que hayan sido formulados o tenidos en cuenta para la resolución de casos anteriores o se hayan construido para fallar un supuesto específico, pero con la perspectiva de poder aplicarlos a hipótesis semejantes en el futuro.

La descrita en el párrafo anterior es la que doctrinalmente ha dado en denominarse “*regla de la universalización*” o “*regla de la universalidad*” y ella se conecta, directamente, con la exigencia de respeto o la fuerza vinculante del precedente, que coincide con el denominado por Chaim Perelman «*principio de inercia*», de acuerdo con el cual una opinión o una praxis que haya sido aceptada una vez, no puede abandonarse sin un motivo para ello, sin una justificación particular<sup>49</sup> o con la consideración de Robert Alexy en el sentido de que la anotada exigencia subyace a toda concepción de la justicia «*en cuanto concepción formal, de tratar de igual manera a lo igual*»<sup>50</sup>. De hecho, este autor incluye la aludida regla entre sus «*reglas fundamentales*» del discurso práctico racional y precisa que la misma implica que «*todo hablante sólo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría así mismo en todas las situaciones en las que*

---

<sup>49</sup> Cfr. PERELMAN, Chaim y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, traducción de J. Sevilla Muñoz, Gredos, Madrid, 1989, pp. 142 y ss.

<sup>50</sup> Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, traducción de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 262.

*afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes*»<sup>51</sup>. También se ha dicho que la “*regla de la universalidad*” constituye una de las exigencias fundamentales de racionalidad de la argumentación jurídica y es una de las piezas clave de cualquier teoría del razonamiento práctico merecedora de atención<sup>52</sup>.

En suma, es tal la importancia que reviste la comentada exigencia de universalidad de la argumentación jurídica, que puede afirmarse, sin ambages, que ella constituye uno de los requisitos mínimos de racionalidad de los cuales debe estar provista toda decisión judicial en una sociedad democrática.

La referencia a la “*regla de la universalidad*”, entonces, aproxima a uno de los asuntos cuya claridad resultaba esencial en el estudio de la litis en referencia, cual es el de la justificación o los fundamentos constitucionales de la eficacia vinculante relativa de los argumentos expresados por los tribunales como sustento de sus decisiones; ello por cuanto a la pluricitada regla de universalidad subyace uno de los principios constitucionales cuya salvaguarda impone el respeto al sentido y al sustento de las decisiones judiciales previas: se trata del principio-derecho a la igualdad —consagrado en los artículos 13 y 209 de la Carta<sup>53</sup>— en sus dos vertientes, vale decir, ‘*igualdad de todas las personas ante la ley*’ —o mejor, ante el ordenamiento jurídico, por las razones ya explicadas—, de un lado y, de otro, ‘*igualdad de trato por parte de las autoridades*’<sup>54</sup>. Correlato, pues, del principio de igualdad, es el derecho de todos los coasociados a que las decisiones de los jueces se fundamenten en una interpretación uniforme y consistente del mismo ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, la obligación de proporcionar igualdad de trato a los casos iguales y desigualdad de tratamiento a los eventos disímiles, es predicable de

---

<sup>51</sup> Cfr. ALEXANDER, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., p. 187.

<sup>52</sup> Cfr. PRIETO SANCHIS, Luis, *Sobre principios y normas, Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 163.

<sup>53</sup> Preceptos de cuya conjunción se deriva el aserto de acuerdo con el cual la igualdad ostenta la doble condición de derecho fundamental y de principio que orienta la actuación de todos los poderes públicos —y no sólo de la Administración, como una interpretación restrictiva y aislada del artículo 209 constitucional podría sugerirlo—.

<sup>54</sup> Sobre el principio de igualdad, amplia y profusamente delineado por la jurisprudencia constitucional, pueden verse, entre otras: Corte Constitucional, Sentencia No. T-532 de 1992, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-429/94; Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell; SU-086 de 1999, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo; y T-537 de 2.000; Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

todas las autoridades públicas, entre ellas, como no podría ser de otro modo, también de las jurisdiccionales, con lo cual resultaría contraria al principio-derecho a la igualdad una autonomía absoluta y total de los jueces para interpretar y aplicar el derecho con base, exclusivamente, en su entendimiento individual del texto normativo correspondiente. Por el contrario, una independencia de los jueces concebida como la prerrogativa constitucional que les permite adoptar sus decisiones ciñéndose nada más —pero tampoco menos— que al ordenamiento jurídico, comprendiendo dentro de él, como una de sus fuentes, a la jurisprudencia, con el consecuente respeto al efecto vinculante relativo de los antecedentes jurisprudenciales, compatibiliza el núcleo esencial del derecho a la igualdad con las ciertamente necesarias autonomía e independencia de las autoridades judiciales para adoptar sus determinaciones.

En segundo término, además del principio de igualdad y estrechamente imbricada con él, constituye fundamento de la fuerza vinculante relativa de los argumentos que sustentan los pronunciamientos judiciales, la certeza que la comunidad jurídica aspira a tener en el sentido de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma; es decir, la garantía de que el ejercicio de la función jurisdiccional atienda a los dictados del principio de seguridad jurídica, como garantía de la estabilidad con la cual los ciudadanos precisan contar para ejercer sus derechos y libertades, así como para que se les asegure la vigencia de un orden justo —artículo 2 constitucional—. La previsibilidad de las decisiones judiciales, la seguridad derivada de que los jueces han interpretado y continuarán interpretando el ordenamiento de manera estable, uniforme y consistente, provee certidumbre sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, lo cual les permite actuar libremente, de conformidad con aquello que la práctica judicial ha señalado que constituyen actividades o comportamientos protegidos por el derecho.

En tercer lugar, la obligatoriedad para el juez de no desatender injustificadamente los pronunciamientos judiciales antecedentes y la misma seguridad jurídica a la cual se ha hecho alusión, constituyen elementos sin los cuales no es posible materializar dos principios con entronque en el artículo 83 de la Constitución Política: *la buena fe y la confianza legítima*<sup>55</sup>. De éstos se deriva, para los

---

rán Sierra.

administrados, la garantía de que las autoridades del Estado no van a sorprenderlos con actuaciones que si bien aisladamente consideradas pueden estar provistas de fundamentos jurídicos, al ubicarlas en el contexto del que ha venido siendo el sentido de las decisiones adoptadas frente a supuestos equiparables, en realidad resultan contradictorias, de suerte que defraudan la expectativa legítima que en el interesado en la determinación se había creado con base en el comportamiento anterior de quien decide frente a situaciones de naturaleza similar. Se trata de la garantía derivada del respeto por el propio acto, que también debe ser predicable de las autoridades judiciales, a las cuales, por tanto, les están vedadas —salvo en los casos y previa satisfacción de las exigencias y cargas a los cuales se hará referencia más adelante— actuaciones que desconozcan la máxima latina *venire contra factum proprium non valet*<sup>55</sup>;

---

<sup>55</sup> La Corte Constitucional ha definido el principio de la confianza legítima de la siguiente manera: “*Este principio pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege*”. Véanse, entre otras, las siguientes sentencias: Corte Constitucional, sentencia T-417 de 1997. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo; T-046 de 1995; Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo; C-138 de 1996. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-478 de 1998; Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero; T- 364 de 1999; Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Por su parte, el Consejo de Estado ha sostenido la imposibilidad de aplicar los principios de buena fe y su especie, el de confianza legítima, en contra de disposiciones legales positivas, es decir, en procura del sostenimiento de situaciones jurídicas contrarias al ordenamiento, como lo refleja la sentencia proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, del 21 de mayo de 2002, oportunidad en la cual, al fallar sobre la pérdida de investidura de un congresista, se sostuvo: “*En cuanto al argumento de la buena fe, cabe anotar que si bien existen ciertas situaciones en las que obrar de buena fe, crea derechos, sanea vicios o suprime nulidades, existen conductas que no obstante se encuentran ceñidas a la buena fe, no logran purgar el quebrantamiento de la Constitución o la ley ni exoneran al agente de la consecuencia jurídica que se ha establecido para reprimirla.*

*En el presente caso la alegada conducta de buena fe del demandado no hace desaparecer la existencia de la inhabilidad de la que ha dado cuenta la Sala ni lo puede exonerar de la sanción prevista por el precepto constitucional, pues como se consideró en apartes anteriores al estudiar el concepto de la confianza legítima, el régimen de inhabilidades y la institución de la pérdida de investidura están consagrados en defensa de la prevalencia del interés general en el que se funda nuestro Estado social de derecho*”. Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de mayo 21 de 2002; Consejero Ponente: Juan Ángel Palacio Hincapié; Radicación número: 11001-03-15-000-2002-0042-01(PI-039). Demandado: Miguel Ángel Santos Galvis.

<sup>56</sup> La Corte Constitucional se ha referido en múltiples pronunciamientos a la prohibición de decidir en contra del acto propio, por ejemplo, en las sentencias T-475 de 1.992; Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-578 de 1.994; Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo; T-503 de 1.999; Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

desde este punto de vista, el derecho de acceso a la Administración de Justicia implica también la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia<sup>57</sup>.

Y en cuarto y último término, el principio de publicidad que informa la actividad judicial, a veces de lo dispuesto por el artículo 228 superior, implica para el juez la obligación de motivar adecuada, coherente y suficientemente sus proveídos, carga de argumentación dentro de la cual se incluye la de considerar y referirse explícita y razonadamente a los pronunciamientos jurisprudenciales antecedentes que contienen argumentos que sustentan sus decisiones, como garantía tanto para los sujetos procesales cuanto para la comunidad en general, de que el ordenamiento está siendo interpretado y aplicado de manera consistente y uniforme. Respecto de esta obligación de la autoridad judicial de motivar suficiente y razonadamente sus providencias, incluyendo la consideración de las decisiones previas en las cuales se fundamentan —o de las cuales se apartan, según se verá—, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

«Pues bien: las decisiones que toma el juez, que resuelven asuntos sustanciales dentro de un proceso -v.gr. una sentencia-, deben consignar las razones jurídicas que dan sustento al pronunciamiento (...) Siempre será necesario, entonces, aportar razones y motivos suficientes en favor de la decisión que se toma<sup>58</sup>, mucho más si de lo que se trata es de garantizar el derecho a la igualdad, acogiendo argumentos ya esbozados por la jurisprudencia para la resolución de un caso.

(...)

Buena parte de la eficacia de un sistema respetuoso de los precedentes judiciales radica en la necesidad de establecer un espacio de argumentación jurídica en el que el funcionario judicial exponga razonadamente los motivos que lo llevan a insistir o cambiar la jurisprudencia vigente, pues es él quien, frente a la realidad de las circunstancias que analiza, y conocedor de la naturaleza de las normas que debe aplicar, debe escoger la mejor forma de concretar la

---

<sup>57</sup> Sobre el principio de la confianza legítima en relación con las autoridades judiciales, pueden verse: Corte Constitucional, sentencia T-538 de 1.994; Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz; sentencia T-321 de 1.998; Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>58</sup> Nota original de la sentencia citada: Sobre la necesidad de presentar las razones y motivos que soportan el seguimiento o modificación de una línea jurisprudencial pueden consultarse las siguientes sentencias: T-175 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández, T-123 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-267 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

defensa del principio de justicia material que se predica de su labor»<sup>59</sup>  
(*Subrayas fuera del texto original*).

En suma, los fundamentos constitucionales del carácter vinculante y la fuerza obligatoria relativa de los argumentos que sustentan el contenido de las decisiones judiciales antecedentes se encuentran, según se deja expuesto: **(i)** en el principio de derecho a la igualdad —de trato y ante el derecho—; **(ii)** en el principio de seguridad jurídica; **(iii)** en los principios de buena fe y confianza legítima y, finalmente, **(iv)** en el principio de publicidad de las actuaciones y las decisiones jurisdiccionales. Tales han sido, igualmente, los argumentos con base en los cuales la Corte Constitucional ha reivindicado el respeto, por parte de las altas corporaciones judiciales, para con los denominados “*precedentes*” vinculantes. En este sentido, sostuvo la Corte lo siguiente:

«El respeto a los precedentes cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional. En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades. En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos. Por todo lo anterior, es natural que en un Estado de derecho, los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por sus decisiones previas»<sup>60</sup> (*Se ha subrayado*).

---

<sup>59</sup> Corte Constitucional, sentencia C-252 de 2.001; Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. En similar sentido puede verse la sentencia C-104 de 1.993; Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>60</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-047 de 1.999; Magistrados Ponentes: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

Tres consideraciones adicionales militan en favor del carácter vinculante relativo de los argumentos expresados por los jueces en sus providencias, concretamente en cuanto tiene que ver con la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a saber:

*i).- El expreso mandato contenido en el numeral 5 del artículo 37 de la Ley 270 de 1.996 —Estatutaria de la Administración de Justicia—, el cual, entre las funciones especiales que asigna a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, prevé aquella consistente en “resolver los asuntos que le remitan las secciones por su importancia jurídica o trascendencia social si, por estimar fundado el motivo, resuelve asumir competencia”. La importancia de esta atribución en materia de unificación de jurisprudencia ha sido destacada por el propio Consejo de Estado, Corporación que al ocuparse de delinear la naturaleza y propósitos del otrora existente recurso extraordinario de súplica en su consagración anterior a la que adoptó la mencionada Ley 446 de 1998, esto es cuando las normas contemplaban la procedencia de ese medio extraordinario de impugnación por violación de la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo<sup>61</sup>, se destacó entonces —se repite— que dicho recurso extraordinario tenía como fundamento la finalidad de evitar el desconocimiento de sus pronunciamientos judiciales, de suerte que era su objeto “la unidad de la jurisprudencia del Consejo de Estado”, en procura de que se mantuviese “inquebrantable, incólume, la jurisprudencia de la Sala Plena (...) frente a sentencias y autos interlocutorios de las secciones”, con lo cual el aludido mecanismo procesal “ataca las contradicciones jurisprudenciales”<sup>62</sup>;*

---

<sup>61</sup> Regulado por los incisos primero y segundo del artículo 21 del Decreto ley 2304 de 1989, precepto posteriormente modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998. Finalmente, el recurso extraordinario de súplica sería eliminado, por la Ley 954 de 2005, del elenco de medios de impugnación extraordinarios previstos en el derecho positivo colombiano.

<sup>62</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo contencioso Administrativo, sentencia de quince de septiembre de mil novecientos ochenta y seis; Consejero ponente: Joaquín Vanín Tello; Referencia: Recurso de anulación contra la sentencia proferida el 17 de febrero de 1983 por la Sección Tercera. Proceso ordinario de indemnizaciones; Actora: Ligia Calderón viuda de Córdoba. Expediente número 029 (reconstruido). En relación con el recurso extraordinario de súplica fundamentado en el desconocimiento de la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sostuvo la Corte Suprema de Justicia lo siguiente: “Consiste en que cuando quiera que se cambie por parte de cualquiera de las cuatro Secciones que integran la Sala Plena de lo Contencioso del Consejo de Estado (C. N., art. 137, inciso 1º) alguna jurisprudencia adoptada anteriormente por ésta, el legislador ha previsto mecanismos que operan previa interposición del recurso, tendientes a precaver en alzada plena la uniformidad, estabilidad, credibilidad y armonía del precedente jurisprudencial obligatorio (arts. 24 del Decreto 528 de 1964 y 2º de la Ley 11, de 1975), no porque la doctrina jurisprudencial adoptada no se pueda variar, sino apenas porque para entenderla como válidamente modificada se requiere de un proceso integrado y más complejo que el ordinario derivado del simple reparto de trabajo, y que supone una decisión que debe tomarse por (...) los Consejeros de Estado que componen las cuatro Secciones reunidas en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y no por los que

*ii).*- La función atribuida a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado por el numeral 6 del citado artículo 37 de la hoy vigente Ley 270 de 1.996, de acuerdo con el cual corresponde a dicha Sala “*conocer de los procesos que le remitan las secciones para cambiar o reformar la jurisprudencia de la Corporación*”, y

*iii).*- El mecanismo de revisión eventual que la Ley 1285 de 2009, reformativa de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, consagró a favor del Consejo de Estado en relación con las providencias de los Tribunales Administrativos con las cuales se ponga fin al curso de las acciones populares y de grupo que se tramiten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con la única finalidad de unificación de la jurisprudencia.

Por lo demás, oportuno resulta precisar que, cuando el inciso segundo del artículo 230 constitucional incluye a la jurisprudencia entre los “*criterios auxiliares de la actividad judicial*”, con toda claridad el precepto superior en cuestión hace referencia a las fuentes **auxiliares**, que no **subsidiarias**, de la ley —entendida ésta en el sentido atrás expuesto—, de suerte tal que el juez, en sus providencias, ha de acudir a la jurisprudencia no *en defecto* de norma positiva expresa y precisamente aplicable al caso concreto, sino *en apoyo* del acervo argumentativo en el cual sustenta su determinación.

Por tanto, el sistema de fuentes del Derecho diseñado por el artículo 230 de la Constitución no le atribuye valor a la jurisprudencia tan sólo en aquellos casos en los cuales se eche de menos un enunciado normativo contenido en el ordenamiento jurídico-positivo, con base en el cual se pueda o se deba adoptar la respectiva decisión, sino que, muy por el contrario, convierte a la jurisprudencia en una herramienta argumentativa de la cual puede y debe *auxiliarse* permanentemente el juez, en todos los casos, para desentrañar el sentido correcto de las normas vigentes, asegurar su adecuada aplicación e incluso procurar uniformidad acerca de tales entendimientos; de ahí, consiguientemente, la trascendencia de que dicha fuente de derecho o criterio *auxiliar* de la actividad judicial deba ser manejada sin contradicciones —en cuanto ello sea posible—,

---

*aisladamente formen parte de una sola de aquéllas*”. Cfr. Corte Suprema de Justicia, sentencia de agosto 30 de 1984, citada en Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de treinta y uno de agosto de mil novecientos ochenta y ocho; Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Referencia: Expediente número S-032. Actor: Servicios Aéreos Ejecutivos Ltda. "SAE LTDA."

cuestión que obedece al respeto que merecen y reclaman los principios jurídicos y derechos que, según se explicó, sustentan la fuerza vinculante relativa de la Jurisprudencia.

Contemplando argumentos similares a los que se han venido refiriendo y añadiendo algunos adicionales, la Corte Constitucional explicó cuáles son los fundamentos de la fuerza vinculante del precedente jurisprudencial sentado por la Corte Suprema Justicia —doctrina probable—, al declarar la exequibilidad del artículo 4 de la Ley 169 de 1.896, bajo la condición de que se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados exponer de manera clara y razonada los fundamentos jurídicos que justifican su decisión de excepcionar o modificar el precedente.

En el mencionado pronunciamiento, sostuvo la Corte Constitucional:

«20. Con todo, como se dijo antes, la fuerza normativa de la doctrina probable proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla, unificando la jurisprudencia ordinaria nacional; (2) del carácter decantado de la interpretación que dicha autoridad viene haciendo del ordenamiento positivo, mediante una continua confrontación y adecuación a la realidad social y; (3) del deber de los jueces respecto de a) la igualdad frente a la ley y b) la igualdad de trato por parte de las autoridades y; (4) del principio de buena fe que obliga también a la rama jurisdiccional, prohibiéndole actuar contra sus propios actos»<sup>63</sup>.

Así pues, si bien resulta claro que los jueces –incluidas las Altas Cortes, claro está– pueden modificar la jurisprudencia y apartarse del *‘precedente judicial’* –tanto vertical como horizontal–, también es claro que para hacerlo deben, como mínimo, cumplir con la carga de argumentación que permita conocer las razones, los argumentos y los fundamentos por los cuales se ha decidido, en un momento determinado, abandonar cierta postura jurisprudencial –máxime si la misma se encuentra consolidada–, para evitar entonces que sus determinaciones se entiendan violatorias del Derecho Fundamental y a la vez Principio Constitucional de Igualdad; para evitar también que con tales providencias se ponga en riesgo la seguridad jurídica y para evitar, además, que tales decisiones puedan entenderse como fruto del capricho o la arbitrariedad del respectivo juez, amén de que la adopción de decisiones judiciales –incluidas las de modificar la jurisprudencia– sin

---

<sup>63</sup> Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2.001, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

motivación que les sirva de explicación o justificación, corresponde a un proceder que, a su turno, resulta violatorio del igualmente Fundamental Derecho al Debido Proceso.

Con todo respeto y consideración,

**MAURICIO FAJARDO GOMEZ**  
**Consejero de Estado**