

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Acción de reparación directa / APELACION SENTENCIA - Segunda instancia / PRUEBAS - Valoración / PRUEBAS - Decreto de oficio / PROCESO PENAL - Procedencia de la incorporación y valoración probatoria

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, Policía Nacional, contra la sentencia del 22 de julio de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia. En cuanto a la valoración de las pruebas que se incorporaron al proceso, se tiene que la parte actora solicitó en la demanda que se allegara el expediente penal adelantado con motivo de la muerte del joven José Leonel Montoya Rueda; y en la adición de la misma, presentada dentro del término, pidió además, copia de las investigaciones que se hubieren iniciado por la muerte, tortura y desaparecimiento de personas en el municipio de Urrao, Antioquia. El Ministerio de Defensa, en la contestación, se adhirió a las pruebas solicitadas por la parte actora en la demanda por considerarlas suficientes para esclarecer los hechos, no obstante, no se pronunció respecto a las requeridas en la adición. El Tribunal de primera instancia decretó las solicitadas en la demanda más no las de la adición (, empecé a ello y en atención a que se estableció que era fundamentales para esclarecer puntos oscuros en el litigio, conforme al artículo 169 del C.C.A. se decretaron de oficio. Al respecto, es necesario precisar que, si bien, el proceso penal allegado se adelantó por el delito de conformación ilegal de grupos y no por la muerte de José Leonel Montoya Rueda, se tiene que el mismo se refiere a las circunstancias que rodearon las muertes y desapariciones de varios ciudadanos en el municipio de Urrao, entre ellos la del joven Montoya Rueda, de allí que, pueden ser tenidas en cuenta en el proceso contencioso administrativo, como quiera que la actora pidió la prueba, la demandada la coadyuvó y resultaría contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que el medio probatorio haga parte del acervo probatorio y, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque, para negarle eficacia, las formalidades legales para su admisión.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 169

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 18 de septiembre de 1997, expediente número 9666; sentencia de 8 de febrero de 2001, expediente número 13254; sentencia de 17 de mayo de 2001, expediente número 12370 y sentencia de 21 de febrero de 2002, expediente número 12789

HECHOS INDICADORES - Existencia y convergencia / INDICIO - Estructura / ESTRUCTURA DEL INDICIO - Elementos / HECHO CONOCIDO O INDICADOR - Debe estar plenamente demostrado, debe ser un hecho que tenga certeza jurídica / HECHO DESCONOCIDO - Se pretende demostrar / INFERENCIA LOGICA - A través de la cual, y partiendo del hecho conocido, se logra deducir el hecho que se pretende conocer / EXISTENCIA DEL INDICIO - Es el juzgador quien lo declara y lo construye en cada caso concreto / PRUEBA INDICIARIA - Existencia / MEDIOS DIRECTOS DE PRUEBA - Testimonio, peritación, inspección, documento, confesión / INDICIO - Clases

La existencia y convergencia de hechos indicadores, los cuales se encuentran debidamente acreditados, entraña una pluralidad simétrica de hechos indicados que corresponden a las conclusiones como producto de las inferencias, a partir de un número igual de hechos probados. Y es que como ya se sabe, el indicio se estructura sobre tres elementos: 1. Un hecho conocido o indicador, 2. Un hecho desconocido, que es el que se pretende demostrar, y 3. Una inferencia lógica a

través de la cual, y partiendo del hecho conocido, se logra deducir el hecho que se pretende conocer. Es así como desde 1894, el insigne tratadista Carlos Lessona, enseñaba, refiriéndose a la estructura del indicio que este: "...se forma con un razonamiento que haga constar las relaciones de causalidad o de conexión entre un hecho probado y otro a probarse..."; o en términos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: "el hecho conocido o indicador debe estar plenamente demostrado en el proceso, esto es, debe ser un hecho que tenga certeza jurídica y que sirva de base para a través de inferencias lógicas realizadas por el juez en el acto de fallar, permitan llegar a deducir el hecho desconocido". (...) Es el juzgador quien declara la existencia de un indicio, cuando establece un hecho indicador, aplica una o varias reglas de la experiencia e infiere lógicamente otro hecho indicado. Es el juez quien construye el indicio, en cada caso concreto. En la misma sentencia la Corte Suprema de Justicia señala los requisitos de existencia de la prueba indiciaria: "De conformidad con la previsión legal sobre la prueba indiciaria... el hecho indicador del cual se infiere la existencia de otro acaecimiento fáctico, debe estar debidamente acreditado por los medios directos de prueba (testimonio, peritación, inspección, documento, confesión); ha de ser indivisible, pues los elementos que lo integran no pueden a su vez tomarse como hechos indicadores de otros acaecimientos fácticos; independiente, ya que a partir de un hecho indicador no pueden estructurarse varios hechos indicados; si son varios han de ser concordantes, de manera que los hechos inferidos guarden armonía entre sí como partes que integran un mismo fenómeno; convergentes, es decir que la ponderación conjunta de los distintos indicios dé lugar a establecer una sola conclusión y no varias hipótesis de solución; y, finalmente, que en su apreciación, como ocurre con todos los medios de prueba, el juzgador acuda a las reglas de la sana crítica, establezca el nivel de probabilidad o posibilidad, y, en tal medida señale si son necesarios, contingentes, graves o leves, y su relación con los demás medios de prueba que obran en la actuación". En la misma providencia se determinan las varias clases de indicios: "Los indicios pueden ser necesarios cuando el hecho indicador revela en forma cierta o inequívoca, la existencia de otro hecho a partir de relaciones de determinación constantes como las que se presentan en las leyes de la naturaleza; y contingentes, cuando según el grado de probabilidad de su causa o efecto, el hecho indicador evidencie la presencia del hecho indicado. Estos últimos, a su vez, pueden ser calificados como graves, cuando entre el hecho indicador y el indicado media un nexo de determinación racional, lógico, probable e inmediato, fundado en razones serias y estables, que no deben surgir de la imaginación ni de la arbitrariedad del juzgador, sino de la común ocurrencia de las cosas; y leves, cuando el nexo entre el hecho indicador y el indicado constituye apenas una de las varias posibilidades que el fenómeno ofrece".

NOTA DE RELATORIA: Corte Suprema de Justicia. Consultar sentencias de Casación Penal de 4 de mayo de 1994, Gaceta Judicial No. 2469, página 269 y sentencia de 26 de octubre de 2000, proceso 15610

DESAPARICION FORZADA - Valoración probatoria / VALORACION PROBATORIA EN CASO DE DESAPARICION FORZADA - Debe realizarse con especial cuidado, toda vez que conlleva una dificultad mayor que otros casos, en razón a su particularidad y características únicas / PRUEBA INDICIARIA - Debe ser utilizada a la hora de argumentar y fundamentar las decisiones / PRUEBA INDICIARIA EN EL DELITO DE DESAPARACION FORZADA - Reiteración jurisprudencial / GRUPOS DE LIMPIEZA SOCIAL - Miembros de la fuerza pública / LABORES DE LOS GRUPOS DE LIMPIEZA SOCIAL - Constituyen sin lugar a anfibología alguna, una vergüenza nacional, no sólo frente al mundo, sino ante el tribunal de la razón y la

civilidad por mas deteriorada que se encuentre en un momento histórico dado / TITULO IMPUTABLE DE APLICACION - Falla del Servicio

Es importante señalar, que en esta clase de asuntos, relacionados con desapariciones forzadas, la valoración probatoria debe realizarse con especial cuidado, toda vez que conlleva una dificultad mayor que otros casos, en razón a su particularidad y características únicas. Es claro que en este tipo de delitos, no existen pruebas evidentes de las circunstancias en las cuales ocurrieron los hechos y los implicados tampoco son fácilmente identificados, por lo tanto, la prueba indiciaria debe ser utilizada a la hora de argumentar y fundamentar las decisiones, así lo ha reiterado esta Corporación en diferentes oportunidades. Si bien las circunstancias de tiempo, modo y lugar del homicidio del joven Montoya Rueda no se conocen con claridad, ya que ni siquiera se inició un proceso penal con motivo del mismo, es incuestionable para la Sala que en las actividades que desarrollan los mal llamados grupos de limpieza social -desapariciones forzadas, homicidios, secuestros, torturas, entre otros-, los hechos y circunstancias que las rodean son ambiguas y complejas, pero es lógico que esto ocurra en este tipo de eventos macabros dignos del pandemónium. Frente a episodios de naturaleza similar, que nunca se deberían haber dado y menos repetir, esta Corporación ha reflexionado desde una perspectiva humanística y jurídica, que bien vale la pena recordar, así: "La fuerza pública, tanto más quienes asumen la defensa judicial de sus actos, deben eliminar el discurso maniqueísta que clasifica a los muertos en buenos y malos, para justificar la muerte de los segundos con el argumento de la defensa social o del bien que se hace a la comunidad con la desaparición física de determinadas personas. El derecho a la vida no puede ser reivindicado según el destinatario, pues su respeto debe ser absoluto. Tal vez la única vulneración tolerable sea aquella que ocurre en ejercicio de las causales de justificación o de inculpabilidad que las normas penales consagran, a pesar de lo cual en algunas de esas ocasiones la no responsabilidad del agente no libera a su vez de responsabilidad al Estado. (...) "La vida de cualquier hombre es digna de respeto, aún se trate del peor de los delincuentes. (...) "La muerte injusta de un hombre no podrá considerarse más o menos admisible dependiendo de la personalidad, de la identidad, de la influencia o de la prestancia de ese hombre. La muerte injusta de una persona con antecedentes delictivos, continúa siendo injusta a pesar de los antecedentes que registre y lo será tan injusta, tan insoportable y tan repudiable como la del hombre bondadoso de irreprochable conducta." De lo expuesto, se tiene por probado que en razón a los lamentables hechos ocurridos en el municipio de Urrao, se inició una investigación penal contra un civil y varios miembros activos de la Policía Nacional, y si bien es cierto, que éstos últimos fueron absueltos en consideración a que el delito que se les imputaba ya no estaba regulado en la normativa penal, no se puede desconocer que existían graves indicios en su contra relacionados con su participación en actividades criminales, como la desaparición, amenazas, intimidación y homicidio de varios habitantes del mencionado municipio. (...) En este estado de cosas, se infiere con nitidez o claridad, que de lo que dan cuenta los autos, es de la ejecución de un ciudadano en una de esas mal llamadas "labores de limpieza social", que constituyen sin lugar a anfibología alguna, una vergüenza nacional, no sólo frente al mundo, sino ante el tribunal de la razón y la civilidad por mas deteriorada que se encuentre en un momento histórico dado, de allí que, los hechos indicadores son suficientes para dar por probado que la demandada incurrió en una falla del servicio y por lo tanto le es imputable el daño alegado.

NOTA DE RELATORIA: En los casos de desaparición forzada, ante la dificultad de recaudar pruebas directas que demuestren la responsabilidad patrimonial, la Sala de la Sección Tercera, ha acudido a los indicios, para fundamentar sus decisiones.

En este sentido consultar sentencia de 22 de abril de 2004, expediente número 14240; sentencia de 28 de noviembre de 2002, expediente número 12812 y sentencia de 18 de junio de 2008, expediente número 15625, entre otras. En relación con las lesiones y desapariciones de personas, que son encontrados en muchos casos torturados, por parte de organismos estatales de seguridad, consultar sentencia de 4 de diciembre de 2002, expediente 13922

POLICIA NACIONAL - Agentes que hacen parte de grupos de limpieza social / ESTADO - Posición de garante / POSICION DE GARANTE DEL ESTADO - Contenido y alcance del concepto / POSICION DE GARANTE - Reiteración jurisprudencial

Para la Sala, es inadmisibles que la Policía Nacional permita y patrocine que agentes de su institución hagan parte activa de grupos dedicados a desaparecer y asesinar personas que supuestamente ostentaban la calidad de criminales, esta lamentable circunstancia reviste la entidad suficiente como para dar por acreditado el incumplimiento del deber constitucional y legal de seguridad y protección que le era exigible en relación con la vida del joven Montoya Rueda toda vez, que en estos casos, se ha determinado que el Estado se encuentra en posición de garante. (...) El derecho penal internacional consuetudinario, desde el famoso caso Yamashita, en el cual se condenó en 1945 a un general del ejército Japonés por "... omitir ilícitamente y faltar a su deber como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer atrocidades brutales y otros crímenes graves contra la población de Estados Unidos, de sus aliados y dependencias, particularmente las Filipinas...", ha venido reconociendo que el miembro de la fuerza pública que ostenta autoridad o mando debe adoptar medidas especiales para evitar que las personas que se encuentren bajo su efectivo control o subordinación, realicen conductas violatorias de los derechos humanos. Jurisprudencia que se ha reiterado en los diversos Tribunales Penales Internacionales, desde Núremberg hasta los ad-hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda. Doctrina que se plasmó normativamente en el art. 28 del Estatuto de Roma. "b) El Estado puede ser garante (competencia institucional) cuando se trata de ciertos deberes irrenunciables en un Estado Social y Democrático de Derecho. Por ejemplo, es irrenunciable la protección de la vida e integridad de todos los habitantes del territorio y la defensa de la seguridad interior y exterior de la nación. Como el estado no puede responder directamente en el campo penal, el juicio recae en el titular de la función correspondiente. Por ende, para que el miembro de la fuerza pública sea garante, se requiere que en concreto recaiga dentro de su ámbito de competencia (material, funcional y territorial) el deber específico de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos de la República. En consecuencia, si un miembro de la fuerza pública que tiene dentro de su ámbito de responsabilidad el deber de resguardar un sector de la población amenazada por grupos al margen de la ley, no inicia la acción de salvación cuando ostenta los medios materiales para hacerlo, se le imputan los resultados lesivos (las graves violaciones a los derechos humanos) que estos cometan en contra de los habitantes". Acerca del contenido y alcance del concepto de posición de garante, la Sección Tercera de esta Corporación, puntualizó: "Por posición de garante debe entenderse aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho. "Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley –en sentido material– atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que

asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida.”

NOTA DE RELATORIA: Corte Constitucional. Sentencia SU-1184 de 2001. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de octubre 4 de 2007, expediente número 15567; sentencia de 4 de diciembre de 2007, expediente número 16894; sentencia de 20 de febrero de 2008, expediente número 16996

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Agentes de Policía / NEXO CON EL SERVICIO Y LA CULPA PERSONAL DEL AGENTE - Límites / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - El vínculo instrumental, funcional u ocasional, por sí mismo, no compromete la responsabilidad del Estado / TEST DE CONEXIDAD - Aplicación / TEST DE CONEXIDAD - Precedente jurisprudencial / DAÑOS OCASIONADOS POR LA FUERZA PÚBLICA - Reiteración jurisprudencial / DAÑO ANTIJURIDICO - Debe acreditarse / FALLA DEL SERVICIO - Se encuentra probada

En relación con el argumento de la entidad apelante según el cual los agentes de la policía actuaron por fuera del servicio, la Sala debe indicar que, para establecer los límites entre el nexo con el servicio y la culpa personal del agente, se deben analizar y valorar las particularidades de cada caso específico, como quiera que el vínculo instrumental, funcional u ocasional, por sí mismo no compromete, la responsabilidad patrimonial del Estado. Lo anterior, en la medida que el test de conexidad establecido en la providencia del 17 de julio de 1990, expediente No. 5998, tal y como se puntualizó en anterior oportunidad, no conduce inexorablemente a dar por acreditada la obligación de reparación en cabeza de la administración pública, habrá que examinar en cada caso concreto la especificidad de las circunstancias en que se materializan los hechos. Ahora bien, en cuanto se refiere a los daños ocasionados por miembros de la fuerza pública, la jurisprudencia ha precisado, entre otros aspectos, lo siguiente: “Para determinar cuándo el hecho tiene o no vínculo con el servicio se debe examinar la situación concreta para establecer si el funcionario actuó frente a la víctima prevalido de su condición de autoridad pública, es decir, que lo que importa examinar no es la intencionalidad del sujeto, su motivación interna sino la exteriorización de su comportamiento. En otros términos lo que importa para atribuir al Estado, por ejemplo, el hecho de un policía que agrede a una persona es establecer ‘si a los ojos de la víctima aquel comportamiento lesivo del policía nacional aparecía como derivado de un poder público, si quiera en la vertiente del funcionamiento anormal de un servicio público’...” Como se aprecia, en cada asunto particular se requiere estudiar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los acontecimientos puesto que, a partir de ellas será que se define en qué casos se está en presencia de una culpa personal del agente o ante a un daño antijurídico imputable al Estado. En el caso sub examine, el daño no tuvo origen en el ámbito privado, personal, ni aislado por completo del servicio, toda vez que, era de público conocimiento en el municipio de Urrao, que algunos de los miembros del grupo de “limpieza social” eran agentes activos de la policía, y actuaban revestidos de esta condición, lo que vislumbra el ánimo o la intención de que el resultado fuera producto del servicio. (...) concluye la Sala, que a la entidad demandada se le debe imputar el daño antijurídico y por lo tanto, debe responder patrimonialmente por el mismo, como quiera que está demostrado que miembros activos de la Policía Nacional, hacían parte de un grupo de ‘limpieza social’ que operaba en el municipio de Urrao, y además, por el incumplimiento del deber constitucional y legal de seguridad y protección que le era exigible en relación con la vida del joven Montoya Rueda.

NOTA DE RELATORIA: En relación con la aplicación del test de conexidad, consultar sentencia de 17 de julio de 1990, expediente número 5998 y sentencia de 1 de octubre de 2008, expediente número 17896. En lo referente a daños ocasionados por la Fuerza Pública, ver sentencia de 14 de junio de 2001, expediente 13303.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil once (2011)

Radicación número: 05001-23-26-000-1995-01411-01(17993)

Actor: JOSE LEONEL MONTOYA URREA Y OTROS

Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala, el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia del 22 de julio de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la que se resolvió lo siguiente:

“1. Declárase a la Nación, Ministerio de Defensa (sic), patrimonialmente responsable por la muerte de JOSÉ LEONEL MONTOYA RUEDA, ocurrida el 4 de septiembre de 1994 en el municipio de Urao, Antioquia.

“2. Como consecuencia de lo anterior, se condena a la Nación, Ministerio de Defensa, a pagar a título de perjuicios morales, las siguientes cantidades:

“A JOSÉ LEONEL MONTOYA URREA y MARÍA EDUVIGES RUEDA GONZÁLEZ, en su calidad de padres, la suma equivalente a UN MIL (1.000) gramos de oro para cada uno.

“A GENÍVORA, MARÍA GABRIELA, NELSON, MARILÚ (sic), HERLINDO, HERMIZUL y JOSÉ MARÍA MONTOYA RUEDA, en su calidad de hermanos, la suma que corresponda a QUINIENTOS (500) gramos de oro para cada uno.

“3. Para el cumplimiento de esa sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado

judicial que ha venido actuando" (Mayúsculas en original) (Fol. 102 cuad. ppal.)

I. ANTECEDENTES

1. En demanda presentada el 13 de septiembre y adicionada el 29 del mismo mes de 1995, los señores José Leonel Montoya Urrea, María Eduvigis Rueda González, Genívora, María Gabriela, Nelson, Marilu (sic), Herlindo de Jesús y Hermizul de Jesús Montoya Rueda, José María Rueda Montoya, María Gabriela González de Rueda y María Elena Urrea de Montoya; mediante apoderado judicial, solicitaron que se declarara patrimonialmente responsables a la Nación- Ministerio de Defensa, Policía Nacional y Ejército Nacional-, por la muerte de su hijo, hermano y nieto, José Leonel Montoya Rueda, en hechos que ocurrieron el 4 de septiembre de 1994, en el municipio de Urrao, Antioquia, por haber sido el occiso testigo de varios asesinatos.

Como consecuencia de la anterior declaración, deprecaron que se condenara a las demandadas a pagar, por concepto de perjuicios morales, la suma equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro para cada uno de los padres, 700 gramos para cada uno de los abuelos y 500 gramos para cada uno de los hermanos de la víctima. En relación con los perjuicios materiales, no hicieron petición alguna.

En apoyo de sus pretensiones, los actores narraron que varios miembros del Ejército Nacional y la Policía Nacional, asesinaron, desaparecieron y torturaron a varios habitantes del municipio de Urrao, Antioquia. Precisamente, el joven José Leonel Montoya Rueda fue testigo, de uno de estos hechos en el cual le dieron muerte a varios integrantes de una familia -Bernarda de Jesús Oquendo de Oquendo y John Jairo Oquendo Oquendo-, motivo por el que, también fue asesinado.

2. La demanda y su adición fueron admitidas en providencias del 21 de septiembre de 1995 y 23 de febrero de 1996. Asimismo, se notificaron en debida forma a las entidades demandadas y al Ministerio Público.

En la contestación de la demanda, el Ministerio de Defensa se opuso a las pretensiones. Manifestó que se atenía a lo probado en el proceso como quiera que las afirmaciones realizadas por la parte actora, no tenían fundamento probatorio.

3. En proveído del 18 de noviembre de 1996, se decretaron las pruebas. El 4 de diciembre de 1997, el *a quo* celebró audiencia de conciliación, que fracasó por no existir ánimo conciliatorio entre las partes. A continuación, en proveído del 9 de diciembre de 1997, el tribunal les corrió traslado, como también al Ministerio Público, para alegar de fondo y rendir concepto, respectivamente.

La parte actora señaló que estaba debidamente probado que el joven José Leonel Montoya Rueda se encontraba en el lugar donde fueron ejecutados algunos miembros de la familia Oquendo Oquendo, y como fue testigo directo de los hechos, también fue asesinado. Adicionalmente, indicó que la justicia penal encontró culpables de los homicidios en el municipio de Urrao a varios miembros activos de las entidades demandadas, de allí que, eran responsables del daño alegado.

La demandada, Policía Nacional, manifestó que el proceso penal allegado al expediente no se refería a la muerte de José Leonel Montoya Rueda sino a la de otros habitantes del municipio de Urrao, por lo tanto, no era demostrativo de las circunstancias que rodearon su deceso. Así mismo, indicó que las declaraciones que señalaban a miembros de la policía como los autores del asesinato del señor Montoya Rueda, fueron testigos de oídas que no debían prestar mérito probatorio. Finalmente, expuso que se configuraba una falta de legitimación en la causa por activa, toda vez que los supuestos padres del occiso no allegaron los registros civiles que comprobarían su parentesco.

Las demás partes guardaron silencio.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal en sentencia del 22 de julio de 1999, declaró patrimonialmente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa-(sic), como quiera que del material probatorio, se puso de manifiesto que la muerte del joven José Leonel Montoya Rueda, la ocasionó un grupo de limpieza social integrado por varios miembros de la Policía Nacional, como se evidenció del proceso penal allegado a la presente actuación. Finalmente, condenó al pago de perjuicios morales en favor de los demandantes excepto a los abuelos de la víctima, por ausencia de prueba, ya que en este último evento el daño moral no se presumía sino que debía ser acreditado.

Las partes solicitaron aclarar la anterior providencia. El apoderado de los demandantes señaló que en el segmento resolutive de la sentencia los nombres y apellidos de los hermanos de la víctima que resultaron favorecidos con la condena, no se indicaron correctamente y solicitó que se excluyera a uno de los abuelos del occiso, ya que en la parte considerativa se negó el reconocimiento de perjuicios morales en su favor.

La entidad demandada, Ejército Nacional, indicó que en la parte resolutive de la sentencia se condenó al Ministerio de Defensa sin determinar cuál de las dos instituciones debía responder -Policía o Ejército-, por lo tanto, deprecó que se condenara únicamente a la Policía Nacional, ya que de las pruebas que obraban en el proceso, era evidente su participación en los hechos, a diferencia del Ejército Nacional que no resultó vinculado, conforme al acervo probatorio.

El 28 de septiembre de 1999, el Tribunal de primera instancia corrigió la sentencia proferida el 22 de julio anterior, en atención a que las solicitudes de los demandantes y del Ejército Nacional, eran procedentes. En la parte resolutive del proveído se resolvió así:

“1. Aclárase la sentencia que se dictó el 22 de julio de 1999, en el sentido de que la responsabilidad patrimonial se declara respecto de la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional. Así mismo, por la incongruencia que se advirtió en la parte motiva de este auto, la sentencia no surte ningún efecto respecto de José María Montoya Rueda, quien resulta ser persona extraña a este proceso.
“2. Corrígense los nombres de HERLINDO y HERMIZUL MONTOYA RUEDA, beneficiados con la condena al pago de quinientos gramos de oro a cada uno por concepto de perjuicios morales, en el sentido de que sus nombres reales corresponden a HERLINDO DE JESÚS MONTOYA RUEDA y HERMIZUL DE JESÚS MONTOYA RUEDA.” (Mayúsculas en original) (Fol. 112 y 113 cuad. ppal.).

III. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

La demandada, Policía Nacional, interpuso y sustentó recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia por considerar que no se demostró que los miembros de la entidad que, al parecer, participaron en la muerte del joven José Leonel Montoya Rueda, estuvieran prestando el servicio o hubiera utilizado

sus armas de dotación, por lo tanto, la entidad no era responsable del daño alegado.

El recurso de apelación se concedió el 19 de octubre de 1999 y se admitió el 12 de mayo de 2000.

Durante el traslado para alegar de conclusión, la Policía Nacional señaló que conforme al expediente penal, adjuntado al proceso contencioso administrativo, no existía claridad en relación con quién fue el autor material del homicidio de José Leonel Montoya Rueda, de allí que, no era posible imputarle el daño. De manera adicional, insistió en que aún cuando se aceptara que miembros de la institución policial asesinaron al joven, este hecho se enmarcaría en una típica culpa personal de los agentes, pues esas actividades punibles no se relacionaron con el servicio.

Las demás partes guardaron silencio.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, Policía Nacional, contra la sentencia del 22 de julio de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

1. En cuanto a la valoración de las pruebas que se incorporaron al proceso, se tiene que la parte actora solicitó en la demanda que se allegara el expediente penal adelantado con motivo de la muerte del joven José Leonel Montoya Rueda (Fol. 41 cuad. 1); y en la adición de la misma, presentada dentro del término, pidió además, copia de las investigaciones que se hubieren iniciado por la muerte, tortura y desaparecimiento de personas en el municipio de Urrao, Antioquia (Fol. 51 cuad. 1). El Ministerio de Defensa, en la contestación, se adhirió a las pruebas solicitadas por la parte actora en la demanda por considerarlas suficientes para esclarecer los hechos (Fol. 56 cuad. 1), no obstante, no se pronunció respecto a las requeridas en la adición.

El Tribunal de primera instancia decretó las solicitadas en la demanda mas no las de la adición (Fol. 61 cuad. 1), empece a ello y en atención a que se estableció

que era fundamentales para esclarecer puntos oscuros en el litigio, conforme al artículo 169 del C.C.A. se decretaron de oficio (Fol. 170 cuad. ppal.)

Al respecto, es necesario precisar que, si bien, el proceso penal allegado se adelantó por el delito de conformación ilegal de grupos y no por la muerte de José Leonel Montoya Rueda, se tiene que el mismo se refiere a las circunstancias que rodearon las muertes y desapariciones de varios ciudadanos en el municipio de Urrao, entre ellos la del joven Montoya Rueda, de allí que, pueden ser tenidas en cuenta en el proceso contencioso administrativo, como quiera que la actora pidió la prueba, la demandada la coadyuvó y resultaría contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que el medio probatorio haga parte del acervo probatorio y, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque, para negarle eficacia, las formalidades legales para su admisión¹.

2. Con fundamento en el acervo probatorio que obra en el proceso, se encuentran demostrados los siguientes hechos:

2.1. Conforme al registro civil de defunción y al protocolo de necropsia, José Leonel Montoya Rueda, falleció el 4 de septiembre de 1994, por heridas de arma de fuego que le produjeron un shock hipovolémico (Fol. 14 cuad. 1 y 31 cuad. 3).

2.2. En relación con las circunstancias relacionadas con la muerte del joven, obran varios testimonios, entre ellos, el del señor Hernando de Jesús Oquendo Jiménez, quien se encontraba al momento de los hechos y sobre el particular señaló lo siguiente:

“En el año 1994 el 4 de septiembre a las 3:00 de la mañana, llegaron a mi casa, Barrio El Progreso, llegaron la Policía y el Ejército, ellos eran varios, pero a mi casa llegaron como 4 o 5 y nos tocaron la puerta llamando a un hijo mío que se llama Luis Hernando, y a lo que no se les abrió la forzaron y se nos tiraron adentro, entonces comenzaron a tratar mal a Jhon Jairo el hijo mío, que lo mataron esa noche, entonces el hijo mío me llamó y él les mostró la cédula y ellos seguían preguntando por Luis Hernando, entonces cuando yo salí de mi pieza me encañonaron y me dijeron que dónde estaba tocayo y yo les contesté que no estaba que si querían que entraran y lo buscaran, luego se salió la señora mía con otro nieto para la calle y Jhon Jairo, y yo me

¹ Ver sentencias de 18 de septiembre de 1997, expediente 9666; de 8 de febrero de 2001, expediente 13.254; de 17 de mayo de 2001, expediente 12.370; de 21 de febrero de 2002, expediente: 05001-23-31-000-1993-0621-01(12789).

quedé en la puerta parado y alcancé a observar que ellos tenían a varias personas entre ellos a José Leonel, mi esposa le decía que no le fueran a matar a su hijo y el tipo de (sic) dio varios puntapiés a mi hijo, luego de eso me dijo el tipo que los hiciera entrar y nos entramos y como la puerta ya estaba mala porque no (sic) la había dañado no nos quedó bien ajustada, y empezaron a disparar hacia la casa mía por las puertas y las ventanas y ahí mataron a la señora mía y en la parte de afuera también hicieron unos disparos y mataron a José Leonel e hirieron a otro muchacho de nombre Alonso Ramírez, luego se retiraron y por ahí a los 10 minutos volvieron yo estaba en una pieza y Jhon Jairo estaba con la mamá que no estaba muerta del todo y encendieron a Jhon Jairo a plomo y lo mataron, le dieron como 22 tiros... Pues por nombre que me acuerde yo, eran como los agentes del F2, uno Castillo, Sánchez y estaban vestidos de civiles, pero yo estoy seguro que eran de la Policía y del Ejército por el motilado y llevaban miniuzi o metralleta que llaman...

“PREGUNTADO: Sabe usted entonces el motivo por el cual mataron a José Leonel Montoya? CONTESTO: Pues a decir verdad lo que dicen los que estaban cerca de él, fue que empezó a decirle a esa gente que no le dieran plomo a la casa mía y ahí mismo lo mataron...” (Fol. 69 y 69 vto. cuad. 1)

Igualmente, la señora Bárbara Serna, señaló:

“A José Leonel Montoya lo mataron el 4 de septiembre, eso hace dos años más o menos, como a las cuatro de la mañana, yo supe que lo mataron ese día para una parte que se llama Balboa, y ese día mataron otras personas, a la señora del señor Oquendo y al hijo... En esas mismas mediaciones mataron a cuatro en La Nevera que los encontraron en una fosa y ahí cayó un hijo mío que se llama Jorge Eliécer y los otros no me acuerdo de sus nombres y al hijo mío lo mandaban a sacar a la gente de las casas, él andaba con ellos en un carro, eran la Policía, el Ejército y Carlos Navarro, y después lo mataron a él o sea al hijo mío...” (Fol. 70 cuad. 1).

Asimismo, la señora Idalba Oquendo Flórez, manifestó:

“...La muerte de él fue el 4 de septiembre de 1994, yo recuerdo muy bien esas fechas porque en esos días mataron a varios muchachos, incluyendo un hermano mío, a Jorge Eliécer Sepúlveda lo apodaban ‘Guriguri’ y a un primo de José Leonel que llamaba Arley Garro y mi hermano León Darío Oquendo, José Leonel mas o menos bajaba por ahí a las 4:00 de la mañana...cuando el pasaba por la casa de Hernando Oquendo había un tiroteo y también lo mataron a él y ese mismo día a las 5:00 de la mañana mataron a Arley Garro en la vereda ‘El Paso’ y cuando él pasaba por la casa mataron a doña Bernarda Oquendo y a su hijo Jhon Jairo Oquendo...Esas muertes se las atribuyen a la Policía, el Ejército y Carlos Navarro...” (Fol. 71 y 71 vto. cuad. 1).

Y el señor Iván Darío Rivera Moreno, indicó:

“Yo estaba con un muchacho de nombre Alonso que es cotoero y que carga carros, nosotros estábamos fumando marihuana, ahí estaba también un señor que lo apodan ‘TRINO’, SALCHICHÓN y otros campesinos que yo no conosco (sic), cuando vimos a tres manes (sic) que subían para el barrio enchaquetados y fueron llegando donde estábamos nosotros y llegó uno de ellos y se me fue a mi y me dijo ‘oí voz (sic) como te llamas voz (sic)’ y yo le dije ‘que me llamaba IVAN DARÍO RIVERA MORENO’ entonces él me dijo HABER (sic) la cédula’ y yo le dije ‘que la había dejado en la casa’ y él me volvió a decir ‘ah halla (sic) está buena’ entonces acompañeme’ y el sujeto le dijo a los otros dos compañeros de él ‘que se llevaran los otros muchachos que estaban conmigo, entonces uno de los sujetos le preguntó a TRINO ‘que dónde vivía un muchacho que llamaban ‘TOCA’ entonces Trino le señaló la casa y ellos les dijeron a Trino ‘que le tocaran la puerta y entonces Trino les dijo ‘ ah tranquilos’ y les empeso (sic) a tocar y al ver ellos los sujetos que nadie salía ni contestaban vino uno de ellos y cojió (sic) impulso y les timbo (sic) la puerta con la pata (sic) y entonces se entró a la casa y hizo (sic) lebanatar (sic) a doña Bernarda al papá Don Hernando y a Jhon entonces se salieron para afuera (sic) y uno de ellos le puso o le metió la pata (sic) a Jhon Jairo y lo puso a llorar (sic) entonces Doña Bernarda les decía ‘hombe (sic) a él no le tiren tierenme a mi que yo soy la mamá de él dispárenme a mi’ entonces el mismo man (sic) que le pegó a Jhon les dijo ‘bueno entonces se me entran para adentro (sic) ligerito’ entonces Bernarda con los familiares se entraron de una para adentro y cerraron la puerta entonces ese man (sic) sacó una miniuzi recortada y empezó a disparar en ráfaga contra la casa y los compañeros de el sijeto (sic) que estaba disparando y también sacaron las armas y se pusieron a disparar también, en ese momento yo miré hacia abajo y vi cuando Trino salió corriendo y yo al verlo correr salí corriendo también y me volé para la casa eso es todo lo que yo sé...” (Mayúsculas en original) (Fol. 20 y 20 vto. cuad. 3)

2.3. Adicionalmente, obra en el proceso copia auténtica del expediente penal adelantado contra un civil y cuatro miembros de la Policía Nacional, por los delitos de homicidio, secuestro y conformación ilegal de grupos armados, allí, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, condenó a los procesados (Fol. 682 a 729 cuad. 6 del expediente penal).

2.4. La anterior providencia fue recurrida en apelación y la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, revocó la condena absolviendo a los procesados, en atención a que el delito por el que fueron inculcados -conformación ilegal de grupos armados- no existía al momento de resolver de fondo; respecto al procesado Carlos Humberto Navarro Montañez, señaló que no era responsable

por los delitos de homicidio y secuestro. Los argumentos de la sentencia fueron, entre otros, los siguientes:

“La fuerza probatoria atribuida al testimonio de {Parmenio} Jiménez descansa en el hecho de haber servido a la policía de Urrao, por lo que conocía de primera mano las actividades de sus integrantes y manifestado que fue testigo directo de varios de los homicidios atribuidos al grupo de limpieza social conformado en esa localidad. Sin embargo, la Sala ha examinado con detenimiento otros aspectos que, según la ley y las reglas de la sana crítica testimonial, deben valorarse estrictamente a fin de establecer si el testigo ha depuesto o no conforme a la verdad objetiva de los hechos. Y es precisamente del examen de su personalidad y antecedentes, de donde se colige que se trata de un individuo que, por haber mentado anteriormente en materia grave, no ofrece ahora ningún acatamiento probatorio. Adviértase que Parmenio antes de declarar en este proceso incriminó a dos personas en otra investigación penal, una de las cuales fue luego desvinculada en atención que (sic) no vio realmente nada e hizo una serie de manifestaciones que no se pudieron corroborar y fueron desvirtuadas por otros deponentes, incluso por sus propios familiares. Según oficio Nro. 497, obrante en autos, Parmenio Jiménez en esa ocasión inculpó penalmente a otras personas, pero luego debió retractarse al ser contradicho por sus propios familiares, actitud precedente de la cual se refleja la conclusión de que no es persona auténticamente confiable, objetiva e imparcial y que sus dichos deben tomarse con beneficio de inventario. Y esas reservas suben de tono si se repara en que él mismo ha sido sujeto pasivo de varias investigaciones penales por violación al Decreto 3664 de 1986 y amenazas personales, a más de que fue privado de la libertad por atentados contra el patrimonio económico, de donde se infiere que es un individuo que se ha visto envuelto reiteradamente en actividades al margen de la ley, situación que contribuye a robustecer las dudas razonables sobre la verosimilitud de sus relatos.

“(…)

“Pero el dicho de Parmenio Jiménez se toma aún más incierto en la medida en que si se amplía el análisis de las acciones homicidas supuestamente presenciadas por él, recaídas en otras personas, a saber uno de los Astaiza, el hijo del ‘Muelón’ y el muchacho de Salgar, cuyos cuerpos fueron sepultados en el sitio conocido como ‘La Nevera’, se reparará en que en el curso de las inspecciones judiciales practicadas en las dos fosas comunes encontradas en dicho paraje se encontraron restos pertenecientes al parecer a Jorge Eliécer Sepúlveda Serna (a. Guri-Guri)... y León Alonso Oquendo Londoño..., entre los cinco cadáveres que en total fueron descubiertos, lo que encierra una grave inconsecuencia respecto del número de personas asesinadas de las cuales aseveró haber sido testigo directo, que finalmente según sus explicaciones fueron cuatro.

“Considera, entonces, la Colegiatura que con base en testimonios tan criticables por razón de la personalidad del deponente, movedizos e inseguros como el suministrado por Parmenio Jiménez, no es posible fundar el convencimiento firme e

inesitable de que el acusado NAVARRO intervino directamente en la realización del secuestro y posterior homicidio de León Darío Oquendo.

“(…)

“El nuevo C. Penal no prevé expresamente como conducta punible el hecho de ‘conformar o formar parte de grupos de sicarios, paramilitares, de justicia privada o escuadrones de la muerte’, en ninguno de los artículos 340 a 349 (Delitos contra la seguridad pública). Tampoco se encuentra previsto como punible dicho comportamiento en ninguna otra disposición de la parte especial de la misma codificación.

“Y tampoco puede interpretarse válidamente que dicha conducta quedó incluida en el artículo 340 del nuevo C. Penal, por dos razones: la primera, porque ya se ha dicho que se trata de una tipificación autónoma y coexistente con el delito de concierto para delinquir tipificado por las leyes 365 de 1997 y 589 de 2000; y la segunda, porque el artículo 340 citado sanciona propiamente el concierto para delinquir y no la conformación o hacer parte de grupos de justicia privada, paramilitares, escuadrones de la muerte o grupos de sicarios, conductas que ontológicamente son completamente distintas. Tan distintas que se establecieron en tipos penales independientes y coexistentes.

“(…)

“Y si ello es así, como en efecto lo es, hay que convenir que el nuevo Código Penal abolió el delito previsto por el artículo 2º del Decreto Ley 1194 de 1989, adoptado como legislación permanente por el artículo 6º del Decreto Extraordinario 2266 de 1991, o, en otras palabras, descriminalizó (sic) la conducta de conformar, integrar o hacer parte de grupos de justicia privada, de sicarios, paramilitares o escuadrones de la muerte y, en tal virtud, dicha conducta ya no es punible, en ausencia del elemento tipicidad, postulado por el artículo 9º de la Ley 559 de 2000. Y cuando una conducta inicialmente delictiva es descriminalizada (sic) por una ley posterior, ésta debe aplicarse retroactivamente por razones de favorabilidad, por disposición constitucional y legal...” (Fol. 236 a 290 cuad. 6 del expediente penal)

4. Respecto a los testimonios que obran en el proceso penal, se tiene que el rendido por el señor Parmenio Jiménez, que valoró la sentencia citada, en relación con los hechos que rodearon las muertes y desapariciones de varias personas en el municipio de Urrao, es indicativo de la situación que se vivió en esa época, al respecto afirmó:

“Lo que pasa es que yo trabajaba con la policía de Urrao hace por ahí dos años entonces ellos me mandaban a los montes a buscar cultivos de amapola entonces llamaban aca a Medellín e iba mucha gente de acá; los de la SIJIN y allá cagian (sic) el cultivo y lo mochaban y entonces se traían la gente pa la cárcel. Después como ya al año como en el noventa y cuatro ellos o sea los de la SIJIN empezaron a matar gente con un Teniente del Ejército. Los de la Sijin son el Cabo..., EL AGENTE..., EL AGENTE... Y EL OTRO AGENTE DE APELLIDO..., al que yo no le sé el nombre; al

Teniente del Ejército, no le sé el nombre el trabajaba en el Batallón de Urrao ahí donde está toda la contraguerrilla a estas personas las puedo describir e identificar. Hay otra persona que ya es un civil o particular que llama... y un peladito que llama... el es un gamincito (sic) entonces los que ya dije hablaban con carochito pa (sic) que sacaran muchachos de las casas y entonces él los sacaba a la calle con cualquier excusa y en una esquina los estaban esperando..., LOS CUATRO DE LA SIJIN Y EL TENIENTE DEL EJÉRCITO y montaban al muchacho (sic) que iban a matar en una camioneta y le decísn (sic) tírese al suelo, tírese al suelo y se lo llevaban para un punto que se llama La Nevera eso queda entre la mitad de los pueblos de URRAO y CAICEDO y entonces allá llegaban y lo mataban los mismos que ya dije; llegaban y ponían un palito con un trapito rojo para ver donde habían quedado y se devolvían para el pueblo. Así mataron primero a una mucha (sic) de apellido OQUENDO después mataron al primo que es de apellido ESTAISA, después mataron a un muchacho que al papá le dicen MUELÓN a ellos les dicen los muelones (sic), después mataron a dos muchachas no se como se llaman, ahí dejaron ya la cosa quieta. A estas personas las mataron como en Abril del noventa y tres no me acuerdo bien los que murieron habían unos que trabajaban o sea ESTAISA que era marihuanero (sic) también y el hijo del MUELÓN que también era marihuanero (sic) y ladrón y a la otra gente que era por que s (sic) eran viciosos había una gente rica que les pagaba a los de la SIJIN y al Teniente que ya los mencioné para que los mataran a ellos; de esa gente rica es una señora que se llama..., ella tiene un HOTEL que se llama EL CASTILLO ubicado en URRAO (ANT) es la dueña de ese hotel, a una cuadra de la plaza tiene otro almacén donde vive ella que es de tres pisos y tiene una finca que queda en una vereda que se llama el aguamala. El otro rico se llama... el tiene un supermercado que se llama San Remo en la plaza principal de Urrao, tiene una discoteca que se llama el Barón Rojo y otro Supermercado que se llama los cinco elefantes... Estos dos ricos mandaban matar la gente con los CUATRO DE LA SIJIN, CON EL TENIENTE DEL EJÉRCITO y CON..., les pagaban para esto quinientos mil pesos por persona pero no se si era para cada uno o se la repartían...

“Después de un lunes de feria de feria (sic) de ese mismo año, dentrando (sic) a faltar uno o dos, eses (sic) pal (sic) noventa y cuatro no me acuerdo bien las fechas, a las tres de la mañana empezaron a matar gente otra vez; una señora de los mismos OQUENDO y al hijo también OQUENDO no sé los nombres, por los apellidos sabe uno, después de haberlos matado eso fue el mismo día lunes de feria, como los mataron dentro de la casa que queda en el Barrio Balboa, al salir pasaba un señor que los vio y como no querían testigos lo mataron afuera en la casa.

“(...)”

“PREGUNTADO: Diga a este despacho siempre bajo la gravedad del juramento que ha prestado cómo o de qué manera se enteró usted de todos los hechos que acaba de referir CONTESTO: Porque yo andaba y me mantenía con los de la SIJIN a diario PREGUNTADO: Por qué razón andaba usted con los de la SIJIN CONTESTO: Porque como yo vivía en el Comando de Policía porque como no tengo papá ni mamá ellos me dieron posada duré

viviendo ahí como tres meses yo antes vivía en una vereda...”
(Mayúsculas en original) (Fol. 236 a 245 del cuad. 1 del expediente penal)

5. Asimismo, obran varios testimonios en los que se relatan las desapariciones de varios ciudadanos residentes en el municipio de Urrao, entre ellos, los siguientes:

El señor Belisario Jiménez Piedrahita, en declaración rendida ante la Unidad de la Fiscalía de Urrao, afirmó:

“Eso fue el sábado 20 de agosto, eso eran por ahí entre las once y media a doce y media de la noche, me encontraba yo en la esquina del Rincón Paisa, yo me encontraba con el que vende perritos ahí en la esquina..., él estaba trabajando ahí y yo estaba con él y de pronto mirando para la peatonal para arriba cuando FABIAN estaba conversando con una muchacha y llegaron tres personas, yo en ese momento no sabría decir quienes eran y se los trajeron a todos dos, a él lo traían en medio de dos y la muchacha venía detrás con el otro muchacho, cuando pasaron cerquítica (sic) a mí y alcancé a mirar que el de atrás traía un arma, el arma que alcancé a observar era una metra corta, bueno me quedé observándolos y vi que bajaron por la normal de señoritas una cuadra y voltearon a mano derecha para abajo por la ronda como llendo (sic) para la canoa... Pues cuando pasaron junto a mí el muchacho iba asustado y la muchacha me miró...pues aparentemente por encima yo la vi tranquila, ella me miró y no me dijo nada, y ella si me vio que yo estaba ahí, y el otro, no alcanzó a mirarme como el iba como asustado, se le veía el susto por encima...No las he vuelto a ver...Yo le comenté fue al papá de Fabián...y ya entre los dos le contamos a la mamá lo que yo había visto para que averiguaran...” (Fol. 315 y 316 cuad. 1 del expediente penal).

Y la señora Luz Marina Rivera Montoya, en denuncia presentada bajo juramento ante la Unidad de la Fiscalía de Urrao, indicó:

“En estos momentos FABRICIANO no ha regresado a la casa, de la familia se lo llevaron solamente a él, no les hicieron ninguna exigencia, solamente que lo necesitaban para interrogarlo, nada más...Estaban solamente en la casa la esposa de FABRICIANO, y sus hijas PATRICIA, DIONASELA y otras que no les sé el nombre...” (Mayúsculas en original) (Fol. 302 cuad. 1 del expediente penal).

Igualmente, la señora Luz Amparo Caro Montoya, en denuncia presentada bajo juramento ante la Unidad de la Fiscalía de Urrao, manifestó:

“El jueves que pasó (se refiere al 28 de julio de 1994) a las 9:40 de la noche estábamos reunidos todos en la casa viendo televisión cuando llegaron tres hombres cubiertos con capuchas sus rostros, entonces los encapuchados manifestaron que necesitaban a mi compañero ARQUIMEDES SALAS y a AURA VASCO, nos dijeron que nos quedáramos quietos que ellos los encapuchados necesitaban hablar con ellos, que ellos no les iban a hacer nada que no hiciéramos escándalo, los encapuchados no demoraron allí nada, los señalaron y se los llevaron; ni esa misma ni hasta ahora tengo idea para donde cogieron con ellos; nos ordenaron no abrir las puertas hasta la una de la mañana que porque había toque de queda, no nos dijeron nada mas y se fueron...” (Mayúsculas en original) (Fol. 338 cuad. 1 del expediente penal).

Y la señora Luz Dary Oquendo Flórez, ante la Unidad de la Fiscalía de Urao, señaló:

“Por la pérdida de un hermano mío, eso fue a las nueve de la noche, él se encontraba en la acera de mi casa, llegó un muchacho a quien conocemos o distinguimos lo apodan Guri Guri, no sé el nombre, lo llamó y no sé qué le dijo, ellos (sic) salieron todos dos (sic), bajaron una cuadra de mi casa, yo salí a la puerta a mirar donde estaba él, en el momento en que salí vi que de la esquina salieron dos hombres, lo requizaron (sic) no mas la cintura y luego se lo llevaron de para abajo, acá había (sic), la camioneta de..., estaba acá en la esquina de la Fiscalía como esperando y lo montaron y se lo llevaron ahí; nosotros nos acostamos tranquilas porque pensábamos que eran agentes, como supuestamente él en esos momentos se iba a acostar, entonces nos acostamos tranquilos porque él en esos momento no tenía armas si nada, creímos que regresaba, que no se demoraba, que seguramente lo habían bajado para requizatlo (sic) pero él a la casa no volvió...” (Fol. 352 del cuad. 1 del expediente penal)

Así mismo, el señor Nilton Giovanni Higueta Oquendo, afirmó:

“PREGUNTADO: Díganos cuándo fue la última vez que vio a su tío LEON DARÍO? CONTESTO: El sábado en la tarde iba en un carrito blanco, iba un viaje de gente todos de negro, mi tío iba con una camisa amarilla toda rota, lo tenían en la parte de atrás del carro y habían señores con él, vi armas chiquitas, eran pistolas, las llevaban adentro, uno llevaba un arma grande parecida a una escopeta...” (Mayúsculas en original) (Fol. 365 vto. del cuad. 1 del expediente penal).

De igual forma, el señor Ramiro Sanmartín Serna, indicó:

“Cuando venía para la casa me detuve en la esquina porque habían dos individuos para el lado de abajo, el sector estaba algo oscuro, me detuve ahí un momento porque sentí miedo. Luego

apenas me iba a ir bajaban dos muchachos de arriba, que no sé quienes era o nos (sic) los reconocí, bajaron hasta casi la mitad de la cuadra, luego los dos que estaban escondidos salieron detrás de ellos, como al alcance de ellos. Es decir, los muchachos pasaron y luego los tipos que estaban como ocultos salieron detrás de ellos y apenas los alcanzaron y como que les pidieron papeles a los dos muchachos y siguieron con ellos para abajo caminando..." (Fol. 371 del cuad. 1 del expediente penal).

6. Igualmente, en la investigación preliminar adelantada por estas desapariciones y muertes, la Fiscalía Delegada ante los Jueces Regionales de Medellín, consideró:

"Obra dentro de el (sic) proceso abundante prueba testimonial en donde se pone de manifiesto que en la zona de URRAO operaba un grupo de personas armadas que venía desde hacía tiempo perpetuando actividades delictivas que tenía que ver con la desaparición de personas, que estas personas que estaban siendo raptadas tenían que ver en forma directo (sic) o indirecta con grupos subversivos, actividades propias de el (sic) narcotráfico, o delincuencia común.

"Se logra la exhumación de los cadáveres que se encontraron en la fosa común localizada en el paraje de ALTO DE LA NEVERA, lográndose la identificación de varios cadáveres dentro de los cuales se encuentra reconocido el cadáver de LEÓN DARÍO OQUENDO FLÓREZ, quien según obra en autos fue sacado de su casa por un sujeto apodada (sic) GURY GURY, como lo narra el deponente a folios 347 cuaderno original, que al ser llamado el joven OQUENDO por dicho sujeto este salió de su casa en compañía de este mas adelante se encontró con dos sujetos que vestían chaquetas de color vino tinto y la otra de color verde, según lo manifiesto (sic) un testigo a folios 472 del anexo no: 1, quienes se encontraban escondidos salieron cuando vieron a los 2 sujetos, encañonándolos con revólveres 38, y los requisaron, y se pararon en la esquina de la casa de el (sic) joven OQUENDO de donde momentos antes había salido en compañía de alias GURY GURY..., en ese mismo momento, como lo señala varios testigos que obran en autos sus declaraciones, llegó la camioneta reconocida como de propiedad de..., montaron a LEÓN en la cabina y a GURI GURY, lo montaron en el volco y salieron hacia abajo. Se manifiesta igualmente que habían agentes presenciando los hechos por los lados de donde salió la camioneta, por lo que al parecer estaban campaniando (sic), ya que la camioneta llegó al momento.

(...)

"A lo anterior hay que sumarle que existe prueba que obra en autos que evidencia la formación de un grupo para la llamada limpieza del pueblo, integrada como lo manifiesta el mismo declarante por los 4 personas (sic) que forman el grupo de la SIJIN: el cabo..., el agente..., el agente... y el otro agente de apellido..., el teniendo de el (sic) ejército y un civil que se llama... y un peladito que llamaban..., existe igualmente prueba que obra en autos y que coincide con varios aspectos de la presente

investigación en donde se afirma que las anteriores personas eran las que disparaban contra personas que resultaron desaparecidas en el pueblo y que después fueron hallados sus cadáveres en la fosa común, estableciendo el nexo de causalidad entre el rapto, las circunstancias que lo rodean los motivos de este y la muerte de esas personas..." (Mayúsculas en original) (Fol. 96 a 118 cuad. 5 del expediente penal)

7. De los documentos relacionados, se tiene por acreditada la muerte del joven José Leonel Montoya Rueda, como consecuencia de varios disparos de arma de fuego.

De los testimonios recibidos en este proceso y que se vienen de transcribir, se tiene por establecido que el occiso murió cuando varios hombres llegaron a la residencia de la familia Oquendo, amenazaron a sus ocupantes, dieron muerte a la señora Bernarda Oquendo y a su hijo Jhon Jairo Oquendo, y al advertir que el joven José Leonel Montoya Rueda se encontraba en el lugar observando los hechos, también lo asesinaron.

Del mismo modo, los declarantes señalaron que los homicidas hacían parte de un grupo de limpieza social que operaba en el municipio de Urrao, Antioquia, a quienes se les responsabiliza de la desaparición y muerte de varios habitantes del sector.

Igualmente, de las investigaciones preliminares y de las declaraciones rendidas en el proceso penal adelantado por los delitos de homicidio, secuestro y conformación ilegal de grupos, se puede establecer que miembros activos de la Policía Nacional formaban un grupo ilegal dedicado a amenazar, intimidar, desaparecer y asesinar a personas que al parecer estaban comprometidos en actividades al margen de la ley, tal como aparece demostrado en el proceso penal.

Ahora bien, en relación con el testimonio del señor Parmenio Jiménez, que fue valorado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito pero descartado en segunda instancia por el Tribunal Superior de Antioquia, se tiene que, para la Sala, ofrece real certeza sobre circunstancias intrínsecas y aspectos medulares en cuanto a acontecimientos tan trascendentes, tales como la identificación de los miembros del grupo de limpieza social que operaba en el municipio de Urrao, todo lo cual está acreditado en el proceso penal.

Si bien es cierto que en su declaración el señor Jiménez no coincidió con todos los nombres de las personas que fueron asesinadas por “los cuatro de la Sijin”, sí fue preciso en relación con los homicidios de los miembros de la familia Oquendo, hechos en donde también murió el joven Montoya Rueda, y adicionalmente, fue certero respecto del lugar donde enterraban los cuerpos de las personas desaparecidas y asesinadas, circunstancia esta, que fue corroborada por el Fiscal Regional delegado ante la Dirección Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación, cuando se realizó la diligencia de inspección judicial de exhumación y levantamiento de cadáveres (Fol. 13 cuad. 1 del expediente penal).

De allí que, estos datos tan importantes y con relevancia, proporcionados por el declarante permiten a la Sala determinar que el testimonio es útil y meritorio, sin afectar su credibilidad o imparcialidad². Adicionalmente, su versión se presume cierta, en tanto que los hechos que relata y las circunstancias que describe pueden ser tenidos en cuenta, como quiera que no fueron desvirtuados, ni su dicho fue tachado de sospechoso o falso en el proceso contencioso³.

De otro lado, aún cuando en el proceso penal se revocó la condena contra los agentes de la policía procesados por conformación ilegal de grupos armados, en consideración a que el delito ya no estaba tipificado en la normativa penal, es preciso señalar que, la absolución en el proceso penal no se traduce en un resultado similar en el proceso de responsabilidad extracontractual⁴, además, en

² “...la prueba testimonial, tiene como fundamento la presunción de que el hombre tiende a decir la verdad, a ser sincero, negar esta propensión es negar el fundamento de las pruebas personales y negar que el problema fundamental del hombre es el retorno a sí mismo” PARRA QUIJANO, Jairo. Tratado de la Prueba Judicial. Ediciones Librería El Profesional. Bogotá. 1982. Pág. 29.

“La prueba testimonial es generalmente la principal... es posible prescindir de la confesión o de los escritos, pero es más difícil prescindir de testigos cuando se quiere saber cómo se desarrollaron los hechos. ‘Los testigos, decía BENTHAM, son los ojos y los oídos de la justicia’ ” Gorphe, Francois. La apreciación judicial de las pruebas. Editorial La Ley. Buenos Aires. 1967. Pág. 367.

³ Artículo 217 del C.P.C. “Son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”

Artículo 218 del C.P.C. “Cada parte podrá tachar los testigos citados por la otra parte o por el juez. La tacha deberá formularse por escrito antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio u oralmente dentro de ella, presentando documentos probatorios de los hechos alegados o la solicitud de pruebas relativas a estos, que se practicarán en la misma audiencia. Si el testigo acepta los hechos, se prescindirá de toda otra prueba.

“Cuando se trate de testigos sospechosos, los motivos y pruebas de la tacha se apreciarán en la sentencia, o en el auto que falle el incidente dentro del cual se solicitó el testimonio; en los casos de inhabilidad, el juez resolverá sobre la tacha en la audiencia, y si encuentra probada la causal, se abstendrá de recibir la declaración.

“El juez apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso.”

⁴ “La Sala ha dicho repetidas veces también que la absolución penal en todos los casos la absolución de la entidad en el proceso de responsabilidad patrimonial, porque las dos relaciones se

el presente caso, del acervo probatorio, especialmente de los testimonios rendidos en el proceso penal, se puede establecer que existen indicios graves contra los agentes de policía como miembros activos de la organización ilegal. Si bien es cierto que se despenalizó la conducta, no hay duda de la existencia de la conformación del grupo ilegal.

Ahora bien, la existencia y convergencia de hechos indicadores, los cuales se encuentran debidamente acreditados, entraña una pluralidad simétrica de hechos indicados que corresponden a las conclusiones como producto de las inferencias, a partir de un número igual de hechos probados. Y es que como ya se sabe, el indicio se estructura sobre tres elementos: 1. Un hecho conocido o indicador, 2. Un hecho desconocido, que es el que se pretende demostrar, y 3. Una inferencia lógica a través de la cual, y partiendo del hecho conocido, se logra deducir el hecho que se pretende conocer. Es así como desde 1894, el insigne tratadista Carlos Lessona, enseñaba, refiriéndose a la estructura del indicio que este: "...se forma con un razonamiento que haga constar las relaciones de causalidad o de conexión entre un hecho probado y otro a probarse..."⁵; o en términos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: "el hecho conocido o indicador debe estar plenamente demostrado en el proceso, esto es, debe ser un hecho que tenga certeza jurídica y que sirva de base para a través de inferencias lógicas realizadas por el juez en el acto de fallar, permitan llegar a deducir el hecho desconocido".⁶

subsumen para su definición en dos normatividades diferentes, hasta el punto de que ni siquiera puede hablarse, en tales eventos, de prejudicialidad mientras se define la responsabilidad penal del servidor público autor del ilícito. Normatividad una, que define la conducta culposa o dolosa del servidor desde la perspectiva del derecho penal y otra, que estudia esa conducta en relación con el funcionamiento del servicio para ver si pone de presente que por esa misma conducta, funcionó mal, no funcionó o lo hizo tardíamente." Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de octubre de 1993, expediente 7863.

"Cabe destacar que si bien es cierto que se absolvió penal y disciplinariamente a los miembros de la Policía sindicados del homicidio del señor Leal Niño, esas decisiones, tal como lo ha considerado la Sala, no tienen fuerza de cosa juzgada en este proceso porque en este no se juzga la responsabilidad personal de esos funcionarios sino la patrimonial de la entidad a la cual se hallaban vinculados aquéllos, pero, además, como bien lo destacó el Ministerio Público en el escrito de alegaciones, esas decisiones obedecieron a la aplicación del principio de in dubio pro reo, pero en las distintas providencias que se dictaron en ellos se hizo alusión a la gravedad de los indicios con los cuales se acreditaba que la retención del hoy occiso sí fue ejecutada por miembros de la Policía Nacional, indicios que la Sala ha construido, igualmente, con las pruebas que obran en este proceso y que resultan suficientes para proferir sentencia favorable a los intereses de los demandantes." Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 2008, expediente 16.572.

⁵ Teoría General de la Prueba en Derecho Civil o Exposición Comparada de los Principios de la Prueba Civil y de sus diversas aplicaciones en Italia, Francia, Alemania, Tomo V, Cuarta Edición, Madrid, Editorial Reus, 1983, página 110.

⁶ Sentencia de Casación Penal 04-05-94 Gaceta Judicial No. 2469, página 629.

Sobre el indicio, ha precisado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“Precisa la Corte que el indicio es un medio de prueba crítico, lógico e indirecto, estructurado por el juzgador a partir de encontrar acreditado por otros medios autorizados por la ley, un hecho del cual razonadamente, y según las reglas de la experiencia, se infiera la existencia de otro hasta ahora desconocido que interesa al objeto del proceso, el cual puede recaer sobre los hechos, o sobre su agente, o sobre la manera como se realizaron, cuya importancia deviene de su conexión con otros acaecimientos fácticos que, estando debidamente demostrados y dentro de determinadas circunstancias, permite establecer, de modo más o menos probable, la realidad de lo acontecido”⁷.

Es el juzgador quien declara la existencia de un indicio, cuando establece un hecho indicador, aplica una o varias reglas de la experiencia e infiere lógicamente otro hecho indicado. Es el juez quien construye el indicio, en cada caso concreto. En la misma sentencia la Corte Suprema de Justicia señala los requisitos de existencia de la prueba indiciaria:

“De conformidad con la previsión legal sobre la prueba indiciaria... el hecho indicador del cual se infiere la existencia de otro acaecimiento fáctico, debe estar debidamente acreditado por los medios directos de prueba (testimonio, peritación, inspección, documento, confesión); ha de ser indivisible, pues los elementos que lo integran no pueden a su vez tomarse como hechos indicadores de otros acaecimientos fácticos; independiente, ya que a partir de un hecho indicador no pueden estructurarse varios hechos indicados; si son varios han de ser concordantes, de manera que los hechos inferidos guarden armonía entre sí como partes que integran un mismo fenómeno; convergentes, es decir que la ponderación conjunta de los distintos indicios dé lugar a establecer una sola conclusión y no varias hipótesis de solución; y, finalmente, que en su apreciación, como ocurre con todos los medios de prueba, el juzgador acuda a las reglas de la sana crítica, establezca el nivel de probabilidad o posibilidad, y, en tal medida señale si son necesarios, contingentes, graves o leves, y su relación con los demás medios de prueba que obran en la actuación”⁸.

En la misma providencia se determinan las varias clases de indicios:

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 26 de octubre de 2000, proceso: 15610.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 26 de octubre de 2000, proceso: 15610.

“Los indicios pueden ser necesarios cuando el hecho indicador revela en forma cierta o inequívoca, la existencia de otro hecho a partir de relaciones de determinación constantes como las que se presentan en las leyes de la naturaleza; y contingentes, cuando según el grado de probabilidad de su causa o efecto, el hecho indicador evidencie la presencia del hecho indicado. Estos últimos, a su vez, pueden ser calificados como graves, cuando entre el hecho indicador y el indicado media un nexo de determinación racional, lógico, probable e inmediato, fundado en razones serias y estables, que no deben surgir de la imaginación ni de la arbitrariedad del juzgador, sino de la común ocurrencia de las cosas; y leves, cuando el nexo entre el hecho indicador y el indicado constituye apenas una de las varias posibilidades que el fenómeno ofrece”⁹.

Igualmente, es importante señalar, que en esta clase de asuntos, relacionados con desapariciones forzadas, la valoración probatoria debe realizarse con especial cuidado, toda vez que conlleva una dificultad mayor que otros casos, en razón a su particularidad y características únicas. Es claro que en este tipo de delitos, no existen pruebas evidentes de las circunstancias en las cuales ocurrieron los hechos y los implicados tampoco son fácilmente identificados, por lo tanto, la prueba indiciaria debe ser utilizada a la hora de argumentar y fundamentar las decisiones, así lo ha reiterado esta Corporación en diferentes oportunidades.¹⁰

Si bien las circunstancias de tiempo, modo y lugar del homicidio del joven Montoya Rueda no se conocen con claridad, ya que ni siquiera se inició un proceso penal con motivo del mismo, es incuestionable para la Sala que en las actividades que desarrollan los mal llamados grupos de limpieza social -desapariciones forzadas, homicidios, secuestros, torturas, entre otros-, los hechos y circunstancias que las rodean son ambiguas y complejas, pero es lógico que esto ocurra en este tipo de eventos macabros dignos del pandemónium.¹¹

⁹ Ibidem.

¹⁰ “En el caso de la desaparición forzada de ciudadanos, consciente de la dificultad de recaudarse en el plenario pruebas directas demostrativas de la responsabilidad patrimonial de la administración, la Sala ha acudido a medios probatorios tales como los indicios, para fundamentar sus decisiones.” Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 22 de abril de 2004, expediente 14.240.

“Antes de entrar en el análisis de la prueba en el caso concreto, debe anticiparse que la actividad probatoria en los eventos de desaparición forzada es muy compleja. Regularmente no existen pruebas directas porque el hecho se comete en las condiciones de mayor ocultamiento o porque a pesar de que se haga a la luz pública es difícil obtener la declaración de los testigos, quienes callan la verdad por temor a las represalias. De tal manera que en la generalidad de los casos las decisiones judiciales se fundamentan en indicios.” Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 28 de noviembre de 2002, expediente 12.812. Ver también Sentencia del 18 de junio de 2008, expediente 15.625.

¹¹ “En varias ocasiones ha tenido la Sala oportunidad de manejar casos como el presente, en los cuales no aparece la prueba directa para demostrar la autoría de un homicidio, ni las circunstancias mismas de tiempo, modo y lugar en que aquel se ejecutó. En tales ocurrencias se

Frente a episodios de naturaleza similar, que nunca se deberían haber dado y menos repetir, esta Corporación ha reflexionado desde una perspectiva humanística y jurídica, que bien vale la pena recordar, así:

“La fuerza pública, tanto más quienes asumen la defensa judicial de sus actos, deben eliminar el discurso maniqueísta que clasifica a los muertos en buenos y malos, para justificar la muerte de los segundos con el argumento de la defensa social o del bien que se hace a la comunidad con la desaparición física de determinadas personas. El derecho a la vida no puede ser reivindicado según el destinatario, pues su respeto debe ser absoluto. Tal vez la única vulneración tolerable sea aquella que ocurre en ejercicio de las causales de justificación o de inculpabilidad que las normas penales consagran, a pesar de lo cual en algunas de esas ocasiones la no responsabilidad del agente no libera a su vez de responsabilidad al Estado.

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

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

“La muerte injusta de un hombre no podrá considerarse más o menos admisible dependiendo de la personalidad, de la identidad, de la influencia o de la prestancia de ese hombre. La muerte injusta de una persona con antecedentes delictivos, continúa siendo injusta a pesar de los antecedentes que registre y lo será tan injusta, tan insoportable y tan repudiable como la del hombre bondadoso de irreprochable conducta.”¹²

ha dicho que exigir esa prueba directa equivaldría a pedir una prueba imposible por lo que se hace necesario mediante un manejo Inteligente, técnico y adecuado de los demás elementos probatorios disponibles, procurar establecer desde el punto de vista administrativo cual ha sido la participación oficial en el hecho dañoso correspondiente. Lo anterior, con el objeto de que en casos como el examinado se pueda establecer lo más seguramente posible cual fue el destino de quienes por una u otra razón se ven privados de su libertad por cuenta de organismos estatales de seguridad y más tarde aparecen lesionados o desaparecen para luego encontrarlos como cadáveres, en muchos casos torturados.” Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 4 de diciembre de 2002, expediente 13.922.

¹² Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 10 de abril de 1997, expediente 10.138.

De lo expuesto, se tiene por probado que en razón a los lamentables hechos ocurridos en el municipio de Urrao, se inició una investigación penal contra un civil y varios miembros activos de la Policía Nacional, y si bien es cierto, que éstos últimos fueron absueltos en consideración a que el delito que se les imputaba ya no estaba regulado en la normativa penal, no se puede desconocer que existían graves indicios en su contra relacionados con su participación en actividades criminales, como la desaparición, amenazas, intimidación y homicidio de varios habitantes del mencionado municipio.

Lo anterior se deduce claramente de los testimonios que hacen parte del proceso penal, en donde los ciudadanos dan cuenta de la grave situación de orden público que se vivía en el municipio y de las actividades sospechosas y delincuenciales que se presentaron en la época en que murió el joven Montoya Rueda, de las que hacían parte miembros de la institución policial. Adicionalmente, al inicio de la investigación penal, se corroboró la muerte de varios residentes del sector cuando se localizó una fosa común en la que se encontraron sus restos luego de que sus familiares habían denunciado, previamente, su desaparecimiento a manos del mal llamado grupo de limpieza social.

En este estado de cosas, se infiere con nitidez o claridad, que de lo que dan cuenta los autos, es de la ejecución de un ciudadano en una de esas mal llamadas "labores de limpieza social", que constituyen sin lugar a anfibología alguna, una vergüenza nacional, no sólo frente al mundo, sino ante el tribunal de la razón y la civilidad por mas deteriorada que se encuentre en un momento histórico dado, de allí que, los hechos indicadores son suficientes para dar por probado que la demandada incurrió en una falla del servicio y por lo tanto le es imputable el daño alegado.

Para la Sala, es inadmisibles que la Policía Nacional permita y patrocine que agentes de su institución hagan parte activa de grupos dedicados a desaparecer y asesinar personas que supuestamente ostentaban la calidad de criminales, esta lamentable circunstancia reviste la entidad suficiente como para dar por acreditado el incumplimiento del deber constitucional y legal de seguridad y protección que le era exigible en relación con la vida del joven Montoya Rueda toda vez, que en

estos casos, se ha determinado que el Estado se encuentra en posición de garante¹³.

“17. Un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal.

“a) Los peligros para los bienes jurídicos pueden surgir no sólo por la tenencia de objetos (una lámpara de gas, una teja deteriorada) armas (una pistola, una dinamita) animales (un perro desafiante), sino también de personas que se encuentran bajo nuestra inmediata subordinación. En efecto, en las relaciones de jerarquía, el superior con autoridad o mando, tiene el deber de tomar medidas especiales (deberes de seguridad en el tráfico) para evitar que personas que se encuentran bajo su efectivo control, realicen conductas que vulneren los derechos fundamentales. Vg. Si el superior no evita –pudiendo hacerlo- que un soldado que se encuentra bajo su inmediata dependencia cometa una tortura, o una ejecución extrajudicial, o en general un delito de lesa humanidad, por ser garante se le imputa el resultado lesivo del inferior y no el simple incumplimiento a un deber funcional.

El derecho penal internacional consuetudinario, desde el famoso caso Yamashita, en el cual se condenó en 1945 a un general del ejército Japonés por “... omitir ilícitamente y faltar a su deber como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer atrocidades brutales y otros crímenes graves contra la población de Estados Unidos, de sus aliados y dependencias, particularmente las Filipinas...”, ha venido reconociendo que el miembro de la fuerza pública que ostenta autoridad o mando debe adoptar medidas especiales para evitar que las personas que se encuentren bajo su efectivo control o subordinación, realicen conductas violatorias de los derechos humanos. Jurisprudencia que se ha reiterado en los diversos Tribunales Penales Internacionales, desde Núremberg hasta los ad-hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda. Doctrina que se plasmó normativamente en el art. 28 del Estatuto de Roma.

“b) El Estado puede ser garante (competencia institucional) cuando se trata de ciertos deberes irrenunciables en un Estado Social y Democrático de Derecho. Por ejemplo, es irrenunciable la protección de la vida e integridad de todos los habitantes del territorio y la defensa de la seguridad interior y exterior de la nación. Como el estado no puede responder directamente en el campo penal, el juicio recae en el titular de la función correspondiente. Por ende, para que el miembro de la fuerza pública sea garante, se requiere que en concreto recaiga dentro de su ámbito de competencia (material, funcional y territorial) el

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de octubre de 2007, exp. 15567. En el mismo sentido sentencias del 4 de diciembre de 2007, expediente: 16.894 y del 20 de febrero de 2008, expediente: 16.996, consejero ponente: Enrique Gil Botero.

deber específico de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos de la República. En consecuencia, si un miembro de la fuerza pública que tiene dentro de su ámbito de responsabilidad el deber de resguardar un sector de la población amenazada por grupos al margen de la ley, no inicia la acción de salvación cuando ostenta los medios materiales para hacerlo, se le imputan los resultados lesivos (las graves violaciones a los derechos humanos) que estos cometan en contra de los habitantes”.¹⁴

Acerca del contenido y alcance del concepto de posición de garante, la Sección Tercera de esta Corporación, puntualizó:

“Por posición de garante debe entenderse aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho.

“Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley –en sentido material– atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida.”¹⁵

8. De otro lado, en relación con el argumento de la entidad apelante según el cual los agentes de la policía actuaron por fuera del servicio, la Sala debe indicar que, para establecer los límites entre el nexo con el servicio y la culpa personal del agente, se deben analizar y valorar las particularidades de cada caso específico, como quiera que el vínculo instrumental, funcional u ocasional, por sí mismo no compromete, la responsabilidad patrimonial del Estado.

Lo anterior, en la medida que el test de conexidad establecido en la providencia del 17 de julio de 1990, expediente No. 5998, tal y como se puntualizó en anterior oportunidad¹⁶, no conduce inexorablemente a dar por acreditada la obligación de reparación en cabeza de la administración pública, habrá que examinar en cada caso concreto la especificidad de las circunstancias en que se materializan los hechos.

¹⁴ SU-1184 de 2001.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de octubre de 2007, exp. 15567. En el mismo sentido sentencias del 4 de diciembre de 2007, expediente: 16.894 y del 20 de febrero de 2008, expediente: 16.996, consejero ponente: Enrique Gil Botero.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1º de octubre de 2008, expediente 17.896.

Ahora bien, en cuanto se refiere a los daños ocasionados por miembros de la fuerza pública, la jurisprudencia ha precisado, entre otros aspectos, lo siguiente:

“Para determinar cuándo el hecho tiene o no vínculo con el servicio se debe examinar la situación concreta para establecer si el funcionario actuó frente a la víctima prevalido de su condición de autoridad pública, es decir, que lo que importa examinar no es la intencionalidad del sujeto, su motivación interna sino la exteriorización de su comportamiento. En otros términos lo que importa para atribuir al Estado, por ejemplo, el hecho de un policía que agrede a una persona es establecer ‘si a los ojos de la víctima aquel comportamiento lesivo del policía nacional aparecía como derivado de un poder público, si quiera en la vertiente del funcionamiento anormal de un servicio público’...”¹⁷

Como se aprecia, en cada asunto particular se requiere estudiar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los acontecimientos puesto que, a partir de ellas será que se define en qué casos se está en presencia de una culpa personal del agente o ante a un daño antijurídico imputable al Estado.

En el caso *sub examine*, el daño no tuvo origen en el ámbito privado, personal, ni aislado por completo del servicio, toda vez que, era de público conocimiento en el municipio de Urao, que algunos de los miembros del grupo de “limpieza social” eran agentes activos de la policía, y actuaban revestidos de esta condición, lo que vislumbra el ánimo o la intención de que el resultado fuera producto del servicio.

Adicionalmente, el testigo Parmenio Jiménez es claro al indicar que la finalidad del grupo conformado por los policías era combatir la delincuencia con métodos censurables como la amenaza, la intimidación, la desaparición, el secuestro y finalmente el homicidio, asimismo, las otras declaraciones coinciden en que miembros de la fuerza pública estaban involucrados en estas reprochables actividades, sin que las autoridades tomaran medidas al respecto, todo lo contrario, se seguían persiguiendo supuestos delincuentes de manera ilegal, hechos que sin lugar a dudas configuran una falla del servicio.

En consecuencia, concluye la Sala, que a la entidad demandada se le debe imputar el daño antijurídico y por lo tanto, debe responder patrimonialmente por el mismo, como quiera que está demostrado que miembros activos de la Policía Nacional, hacían parte de un grupo de ‘limpieza social’ que operaba en el municipio de Urao, y además, por el incumplimiento del deber constitucional y

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de junio de 2001, expediente 13303.

legal de seguridad y protección que le era exigible en relación con la vida del joven Montoya Rueda.

9. En relación con los perjuicios concedidos en la sentencia de primera instancia, el tribunal encontró acreditado el parentesco con los respectivos registros civiles de los padres y hermanos del occiso, por lo tanto, condenó a la entidad territorial demandada a pagar 1.000 gramos de oro en favor de los padres y 500 gramos para cada uno de los hermanos.

Establecido el parentesco, la Sala da por probado el perjuicio moral en los actores con ocasión de la muerte de su hijo y hermano, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir¹⁸ que el sufrimiento de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, además de la importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad.

Ahora bien, la Sala procederá a hacer la equivalencia de los gramos oro, reconocidos por perjuicios morales, a salarios mínimos legales mensuales, así:

José Leonel Montoya Urrea (padre): 1.000 gramos = 100 smlv

María Eduviges Rueda González (madre): 1.000 gramos = 100 smlv

Genívora Montoya Rueda (hermana): 500 gramos = 50 smlv

María Gabriela Montoya Rueda (hermana): 500 gramos = 50 smlv

Nelson Montoya Rueda (hermano): 500 gramos = 50 smlv

Marilu (sic) Montoya Rueda (hermana): 500 gramos = 50 smlv

Herlindo de Jesús Montoya Rueda (hermano): 500 gramos = 50 smlv

Herminzul de Jesús Montoya Rueda (hermano): 500 gramos = 50 smlv

¹⁸ Sobre el carácter de la presunción bajo las reglas de la experiencia el tratadista Gustavo Humberto Rodríguez manifestó: "La presunción como regla de experiencia. – La acción humana va siempre acompañada de conocimiento. El hombre conoce la realidad en la cual actúa, por medio de dos instrumentos: la *experiencia* y la *ciencia*. Con la experiencia conoce empíricamente, objetivamente, llevando por la observación a que se ve impelido por la acción. Con la ciencia sistematiza sus conocimientos, profundiza críticamente en ellos, los verifica y los explica metódicamente. El análisis empírico lo lleva a formular juicios de experiencia; el científico lo conoce a expresar juicios científicos, que serán absolutos mientras la misma ciencia no los desvirtúe. A su vez, los juicios o reglas de la experiencia, en virtud de ese carácter meramente empírico o práctico, solo expresan un conocimiento inconcluso o de probabilidad. **La experiencia es un conjunto de verdades de sentido común, dentro de las cuales hay muchos grados que lindan con el científico...**" (Gustavo Humberto Rodríguez. Presunciones. Pruebas Penales Colombianas Tomo II. Ed. Temis, Bogotá 1970 pag 127 y s.s. Quiceno Álvarez Fernando. Indicios y Presunciones. Compilación y Extractos. Editorial Jurídica Bolivariana. Reimpresión 2002) (negrilla de la Sala)

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

FALLA:

Primero: Modifíquese la sentencia de 22 de julio de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, la cual quedará así:

1. Declárase a la Nación-Ministerio de Defensa, Policía Nacional-, administrativamente responsable por los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de los hechos narrados en la demanda.

2. Condénase a la Nación-Ministerio de Defensa, Policía Nacional-, a pagar a las personas que a continuación se relacionan las siguientes sumas de dinero, por concepto de perjuicios morales:

José Leonel Montoya Urrea (padre):	100 smlv
María Eduviges Rueda González (madre):	100 smlv
Genívora Montoya Rueda (hermana):	50 smlv
María Gabriela Montoya Rueda (hermana):	50 smlv
Nelson Montoya Rueda (hermano):	50 smlv
Marilu (sic) Montoya Rueda (hermana):	50 smlv
Herlindo de Jesús Montoya Rueda (hermano):	50 smlv
Herminzul de Jesús Montoya Rueda (hermano):	50 smlv

3. Dése cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 115, 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Segundo. Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

Tercero. Dése cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Cuarto. Expídanse las copias de que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, y se entregarán a quien ha venido actuando como apoderado.

Quinto. En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase

Enrique Gil Botero
Presidente de la Sala

Olga Valle de De la Hoz

Jaime Orlando Santofimio Gamboa