

PRUEBA - Valor probatorio. Valoración probatoria / PRUEBA TRASLADADA - Valor probatorio. Valoración probatoria / PROCESO PENAL - Pruebas practicadas / PRUEBAS PRACTICADAS EN EL PROCESO PENAL - Traslado y valoración / PROCESO DISCIPLINARIO - Pruebas practicadas - PRUEBAS PRACTICADAS EN EL PROCESO DISCIPLINARIO - Traslado y valoración / PROCESO DE EJECUCION EXTRAJUDICIAL - No se aplica lo establecido en Código de Procedimiento Civil

Previo al estudio de fondo, la Sala advierte que las pruebas que obran en el caso materia de estudio, se tiene copia de los folios 9, 10, 11, 22, 23, 13, 14, 86, 87, 88, 89, 257, 258 y 259 del proceso penal 2.026, adelantado por el Juzgado Penal del Circuito de Garzón, y el disciplinario, que llevó la Procuraduría Delegada para la Policía Judicial y la Policía Administrativa, por los hechos objeto de la demanda; sin embargo, las pruebas contenidas en ellos no pueden valorarse en el presente proceso, toda vez que no fueron solicitadas por ambas partes en los escritos de demanda y contestación, como tampoco cumplen con lo prescrito en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, para el traslado de pruebas. No obstante, la Sala advierte que para casos como el presente donde está valorándose la ocurrencia de una “ejecución extrajudicial” no puede seguir aplicándose lo establecido en el Código de Procedimiento Civil ajeno al respeto de las garantías de los derechos humanos, dado que se estaría vulnerando la Convención Americana de Derechos Humanos al no garantizarse el acceso a la justicia en todo su contenido como derecho humano reconocido constitucional y supraconstitucionalmente, tal como se sostuvo en la sentencia del caso “Manuel Cepeda contra Colombia”

NOTA DE RELATORIA: Sobre la valoración de la prueba trasladada en casos en que se presenta vulneración a los Derechos Humanos, consultar Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Manuel Cepeda contra Colombia, donde se remite a la sentencia de 20 de noviembre de 2008, expediente 20511

PRUEBA - Valor probatorio. Valoración probatoria / DECLARACION - Valor probatorio. Valoración probatoria / DECLARACION - No se tiene como prueba por demandantes en el proceso

No se tendrán en cuenta las declaraciones sobre los hechos, rendidas por Luz Mary Trujillo Herrera, Yonathan Guarnizo Trujillo, Martha Cecilia Guarnizo Martínez y Manuel Antonio Guarnizo Trujillo, ya que por su condición de demandantes no pueden ser testigos, conforme al artículo 217 del Código de Procedimiento Civil.

DAÑO ANTIJURIDICO - Acreditación

Mediante el análisis de los medios de prueba obrantes en el expediente, considera demostrado que el daño antijurídico se produjo como consecuencia de la muerte de Ricardo Antonio Guarnizo Martínez, como se desprende del Acta de levantamiento de cadáver de 22 de junio de 1991, a las 8:20 am del cuerpo del señor Ricardo Guarnizo Martínez, quien fue encontrado el día y fecha señalada en el municipio de Garzón (Huila), en un “Lote de propiedad del señor ROBERTO LOPEZ” y se describe que presenta “un orificio de entrada en la región mamaria con Tatuaje (sic), un orificio en la región occipital, hematoma en párpado superior izquierdo, escoriación en el antebrazo izquierdo, abrasión antigua en la fosa iliaca izquierda” (fl.87 ambas caras c1); así como de lo que se consigna en el informe de necropsia en el que se indica: “Muerte por shock hipovolémico (Anemia Aguda), secundario a herida en aorta y mediastino, causando hemotorax (sic) bilateral con

perdida (sic) de mas (sic) de 2.000 c.c. de sangre. Heridas por proyectil de arma de fuego, de naturaleza mortal... Muerte entre 12 y 18 horas antes de realizada la necropsia" (fl.11 ambas caras c1); y, en la copia auténtica del registro de defunción de Ricardo Antonio Guarnizo Martínez, donde se consignó que falleció el 22 de junio de 1991

DAÑO ANTIJURIDICO - Concepto. Noción / ANTIJURIDICIDAD DEL PERJUICIO - Concepto / DAÑO ANTIJURIDICO - Principio de igualdad frente a las cargas públicas / DAÑO ANTIJURIDICO - Principios / DAÑO ANTIJURIDICO - Características / DAÑO ANTIJURIDICO - Precedente jurisprudencial / DAÑO ANTIJURIDICO - Precedente jurisprudencial constitucional

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial constitucional señala que la, "... antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otra lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública". Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado, "La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración". De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los "principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2 y 58 de la Constitución". Así mismo, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un "Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos". Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida. Se trata de un daño que la víctima, Guarnizo Martínez, no estaba llamado a soportar como una carga ordinaria, ni siquiera extraordinaria, en atención al respeto de su dignidad humana y de sus derechos constitucionales a la vida y a la integridad personal, que es incuestionable en un Estado Social de Derecho

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 1 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 58

NOTA DE RELATORIA: Sobre daño antijurídico, consultar sentencias de la Corte Constitucional, C-254 de 2003, C-285 de 2002, C-333 de 1996, C-918 de 2002, C-285 de 2002, C-333 de 1996 y C-832 de 2001. Consejo de Estado, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente número AG 2001-01541; sentencia de septiembre 14 de 2000, expediente número 12166 y sentencia de junio 2 de 2005, expediente número AG 1999-02382.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Constitucionalización. Mecanismo de protección de los administrados /

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Constitucionalización. Mecanismo de protección de los administrados / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Cláusula general / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Presupuestos para su configuración

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización” de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación e interés. (...) Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90

NOTA DE RELATORIA: Sobre la constitucionalización de la responsabilidad del Estado, consultar sentencia C-832 de 2001. Sobre responsabilidad del Estado como mecanismo de protección de los administrados, Corte Constitucional, consultar sentencia C-333 de 1996, reiterada en la sentencia C-892 de 2001. Sobre la cláusula general de responsabilidad estatal, Corte Constitucional, consultar sentencia C-037 de 2003, reiterada en la sentencia C-864 de 2004. Sobre la finalidad de protección por parte de las autoridades públicas, consultar Consejo de Estado, sentencia de 26 de enero de 2006, expediente número AG-2001-213 y sobre los elementos de la responsabilidad consultar sentencia de 21 de octubre de 1999, expedientes números 10948 y 11643.

REGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Principio de imputabilidad / PRINCIPIO DE IMPUTABILIDAD - Concepto / IMPUTACION - Sustento fáctico y atribución jurídica / IMPUTACION OBJETIVA - Título autónomo de responsabilidad del Estado / IMPUTACION OBJETIVA - Noción

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. (...) Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”. En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”. (...). Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional,

pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”. (...) la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico).

NOTA DE RELATORIA: Sobre el principio de imputabilidad, ver sentencia de la Corte Constitucional, C-254 de 2003. Sobre principio de proporcionalidad consultar sentencia SU-1184 DE 2001

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Muerte de persona que estaba detenida en calabozo de la Policía Nacional / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Régimen objetivo / REGIMEN OBJETIVO - Aplicación / TESIS DE APLICACIÓN DEL REGIMEN OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD - Especiales condiciones de sujeción / RECLUSION TEMPORAL - Especiales condiciones de sujeción / DETENIDO - Condición de vulnerabilidad o debilidad manifiesta

La Sala, sin duda, del examen conjunto, armónico y coherente, y en aplicación del principio de la sana crítica, de los medios probatorios allegados al proceso logra establecer que el daño antijurídico causado a Ricardo Antonio Guarnizo Martínez es atribuible [fáctica y jurídicamente] a las entidades demandadas con base en el título objetivo, por cuanto se probó que Guarnizo Martínez desde la mañana del 21 de junio de 1991 estuvo bajo custodia de la Policía Nacional, al estar detenido preventivamente en los calabozos de la Estación de Garzón (Huila), sin haber sido ofrecida prueba alguna por las demandadas en la que se desvirtúe o que haya corroborado que Guarnizo Martínez salió efectivamente del calabozo, ya que como se señaló anteriormente, no puede darse credibilidad a lo consignado en el registro de detenidos, en el que se reflejó una salida con una firma que no corresponde con la que procede del mencionado señor, lo que lleva inferir que si bien el cuerpo fue encontrado en un lugar del municipio de Garzón diferente del calabozo de la Estación de Policía a las 8:20 de la mañana del 22 de junio de 1991, no cabe duda que su situación seguía estando bajo la custodia de la Policía Nacional, fruto de la detención preventiva o temporal que persistía. (...) según el precedente de la Sala, se acoge como tesis las “condiciones especiales de sujeción”, según la cual el hecho de que una persona se encuentre en situación de reclusión temporal, como en el caso ocurrió con Ricardo Antonio Guarnizo Martínez quien estuvo recluido en el calabozo de la estación de la Policía Nacional en Garzón (Huila), implica la existencia de subordinación del sujeto detenido provisionalmente frente al Estado. Dicha subordinación produce, como consecuencia, que el detenido se encuentre en una “condición de vulnerabilidad o debilidad manifiesta”, de la que se hace desprender una relación jurídica especial que se sustenta en la tensión entre la restricción, limitación o modulación y el respeto de los derechos de dicho sujeto, con especial énfasis por la tutela del derecho a la vida y a la integridad personal, los cuales no se limitan o suspenden por la propia condición o situación jurídica del individuo retenido, Ricardo Antonio Guarnizo Martínez. (...) este tipo de hechos ha sido valorado con base en el título de imputación de la falla del servicio, el cual ha sido acogido en un momento dado como precedente, fundado en el incumplimiento o cumplimiento defectuoso o

tardío, en el funcionamiento anormal, en la inactividad o en la omisión de la obligación estatal, debe seguirse el precedente progresivo según el cual cuando se trata de daños irrogados a personas detenidas preventiva o temporalmente, como ocurrió con Ricardo Antonio Guarnizo Martínez, el título de imputación se objetiva, atendiendo a la “especial relación jurídica de sujeción”, en virtud de la cual los ciudadanos que se encuentran en la condición de reclusos están sometidos al Estado por su cuenta y decisión, lo que implica que no le bastaba a la entidad demandada con demostrar diligencia y cuidado, ya que esta asume integralmente la obligación de seguridad de los internos.

NOTA DE RELATORIA: Sobre situación jurídica del individuo retenido, consultar sentencias de: 27 de abril de 2006, Exp. 20125; 30 de agosto de 2006, Exp. 27581; 3 de mayo de 2007, Exp.21511; 20 de febrero de 2008, Exp. 16996; 29 de enero de 2009, Exp. 16975; 26 de mayo de 2010, Exp. 18800 y 9 de junio de 2010, Exp. 19849. En relación con la aplicación del título de imputación de la falla en la prestación del servicio en los casos de detenidos, consultar sentencias de: 3 de mayo de 2007, Exp. 21511; 23 de abril de 2008, Exxp. 16186; 30 de julio de 2008, Exp.15575; 11 de febrero de 2009, Exp. 16750; 26 de mayo de 2010, Exp. 18584. Sobre funcionamiento anormal, en la inactividad o en la omisión de la obligación estatal, consultar sentencias de: 23 de abril de 2008, Exp. 16186; 11 de febrero de 2009, Exp. 16750; 26 de mayo de 2010, Exp.18854. Con respecto a objetivización del título de responsabilidad ver sentencias de: 13 de julio de 1993, Exp. 8163; 16 de julio de 2008, Exp.16423. Sobre precedente jurisprudencial en lo relacionado con los derechos fundamentales del individuo objeto de garantía permanente del Estado y el derecho a la libertad, consultar Sentencia de 17 de junio de 2004. Exp.15183

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Muerte de persona que estaba detenida en calabozo de la Policía Nacional / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Valoración de la procedencia de la detención preventiva. Criterios jurisprudenciales

Recientemente el precedente de la Sala fijó una serie de criterios que permiten valorar la procedencia de la detención preventiva de una persona y la connatural limitación a su libertad personal (...) Son varios los criterios que han obrado en el precedente de la Sala, para que se impute la responsabilidad extracontractual al Estado cuando practicada la detención preventiva, de ella se produce la muerte de aquel que “cautelamente” es privado de su libertad: i) utilización de medios desproporcionados; ii) uso excesivo de la fuerza; iii) no respetar el mandato (erga omnes) de prohibición de la pena de muerte; iv) vulneración de la obligación normativa constitucional de respetar y preservar la vida e integridad personal del individuo que es objeto de la detención preventiva; v) no haberse fundamentado en mandamiento escrito de autoridad judicial; vi) no respetar el principio del “habeas corpus”; vii) cuando no existen indicios y medios probatorios que racionalmente arrojaran la posibilidad de la responsabilidad penal del individuo; viii) que haya sido indefinida, o que no se haya respetado el plazo razonable (en sinergia con la tutela del habeas corpus); ix) que se haya convertido en una medida represiva, cuando su espíritu constitucional y legal es cautelar; x) no respetar el criterio de excepcionalidad en su práctica, y; xi) no responder al principio de proporcionalidad.

NOTA DE RELATORIA: Al respecto consultar sentencia de 14 de abril de 2010. Exp.18960

IMPOSICION O PRACTICA DE LA DETENCION PREVENTIVA - Criterios jurisprudenciales constitucionales

Desde la perspectiva del precedente jurisprudencial constitucional, también, se ofrecen criterios que deben observarse al momento de determinar la imposición o práctica de la detención preventiva: i) la reserva judicial (ex artículo 28 de la Carta Política) de la potestad de ordenar la privación de la libertad, salvo que proceda excepcionalmente la detención preventiva administrativa ante una situación de peligro inminente o urgencia; ii) se establecen unos supuestos en los que procede la detención preventiva: - cuando hay razones fundadas que evidencien la necesidad de dicho procedimiento; - no puede estar basada en la mera sospecha o en la convicción subjetiva del agente estatal; - puede proceder ante situaciones de urgencia y apremio; - debe ser proporcionada en función de la gravedad de los hechos; - su imposición o práctica no puede implicar discriminación alguna; iii) la detención preventiva administrativa procede ante “eminentes vulneraciones de los derechos fundamentales con relevancia penal”; iv) debe haber pruebas serias de incriminación y no simples sospechas, y; v) deben ser consideradas las finalidades constitucionalmente admisibles, que vulnerados llevaría a la violación de los derechos a la libertad personal, a la presunción de inocencia y, al debido proceso.

NOTA DE RELATORIA: Al respecto consultar Corte Constitucional, Corte Constitucional, sentencias: C-212 de 28 de abril de 1994. Exp.D-319; T-301 de 25 de marzo de 2004. Exp. T-818600; C-774 de 25 de julio de 2001. Exp.D-3271 y C-1198 de 4 de diciembre de 2008. Exp.D-7287.

AUTORIDAD INVESTIDA DE FACULTADES POLICIALES - Está obligada a respetar la Constitución, la ley y los principios democráticos / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Muerte de persona que estaba detenida en calabozo de la Policía Nacional / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Supuestos / MUERTE DE PERSONA DETENIDA O EN ESTADO DE RECLUSION TEMPORAL - Régimen objetivo derivado de las especiales obligaciones de sujeción / FALLA DEL SERVICIO - Por ejecución extrajudicial

Cabe a la Sala formular como premisa inicial que toda autoridad investida de facultades policiales debe respetar la Constitución, la ley y los principios democráticos. Lo anterior implica que “adoptar una concepción democrática de la doctrina policial significa sencillamente acogerse al precepto de que este organismo ha de acatar un código de conducta que resulte legítimo en términos de los derechos humanos. De lo que se desprende que los policías deben cumplir sus tareas teniendo siempre como fin último el beneficio de la ciudadanía y asumir una orientación de servicio público, al tiempo que son completamente responsables por cualquier violación que cometan contra la ley; implica también la existencia de mecanismos que garanticen que la entidad responsa ante la población por las estrategias que usa para protegerla, por la eficiencia y seriedad con las cuales desempeña sus deberes y por el respeto que demuestre frente a las percepciones, intereses y valores de los ciudadanos”, lo que debe llevar a concluir que “los policías no sólo están sujetos a controles con relación a la legalidad de sus actos, sino también con respecto a la diligencia y eficiencia de su desempeño”. De acuerdo con la premisa inicial, puede la Sala estudiar el encuadramiento del caso en dos supuestos de responsabilidad del Estado, que le orientan por dos títulos diferentes. Por muerte de persona detenida o en estado de reclusión temporal, por título objetivo derivado de las especiales obligaciones de sujeción que existen en cabeza de la entidad demandada cuando una persona se encuentra privada de la libertad, o por ejecución extrajudicial por falla del servicio. Sin duda, y teniendo en

cuenta las garantías constitucionales y el respeto de los derechos humanos, la Sala estudiará el caso desde la perspectiva de la ejecución extrajudicial, sin perjuicio de tomar elementos propios a las obligaciones propias a la administración pública respecto de los sujetos que encontrándose bajo su custodia temporal, en detención preventiva, son objeto de una relación de especial sujeción.

CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD - Hecho de un tercero / HECHO DE UN TERCERO - La demandada tiene la carga de probar que dicha causa fue exclusiva, determinante y eficiente / HECHO DE UN TERCERO - No se acreditó

Pese a que en este tipo de eventos puede invocarse y operar como causal eximente de responsabilidad el hecho de un tercero, era la demandada la que tenía la carga de probar que dicha causa fue exclusiva, determinante y eficiente, de tal forma que lleve a enervar la responsabilidad del Estado. Así mismo, se puede llegar a examinar el caso desde la perspectiva de la concurrencia causal entre el hecho de un tercero, el daño sufrido por el detenido como consecuencia de la acción de otro (desconocido), y la obligación de custodia y vigilancia de la entidad demandada, sin embargo, el precedente de la Sala ha superado este fundamento atendiendo a la "relación de especial sujeción" en virtud de la cual el Estado está llamado a respetar y garantizar la vida e integridad personal del detenido ante acciones tanto de otros sujetos, como de los propios funcionarios o personal de la Policía Nacional adscritos a la estación de Garzón (Huila). Y si bien de los testimonios y pruebas recaudadas no existe afirmación alguna que indique que alguno haya observado disparar a los policías de la Estación de Garzón (Huila), la comunidad de la prueba permite indiciariamente demostrar que la última vez que se vio con vida a Ricardo Antonio Guarnizo Martínez fue en los calabozos de la mencionada Estación de la Policía Nacional, ya que fue objeto de una detención preventiva sin que se haya establecido que se encontraba en una situación de flagrancia ante la comisión de un ilícito, ni se puso a disposición de la autoridad judicial competente dentro del término razonable que la autoridad policial tenía para cumplir con las condiciones exigidas tanto en la Carta Política, como en las normas procedimentales penales y de Policía aplicables para la época de los hechos, lo que llevó a que fuera encontrado al día siguiente de su detención preventiva, el 22 de junio de 1991, muerto en un lugar diferente a la instalación policial. Y es de resaltar lo indicado en el informe de necropsia, practicada a las 3:00 de la tarde del 22 de junio de 1991, en la que se reveló que la muerte de Guarnizo Martínez se produjo entre 12 y 18 horas antes, lo que ubica la situación de dicho señor espacial y temporalmente bajo la custodia de los miembros de la Policía Nacional de la Estación de Garzón (Huila).

LIQUIDACION DE PERJUICIOS - Perjuicio moral / PERJUICIO MORAL - Acreditación / PERJUICIO MORAL - Muerte de persona que estaba detenida en calabozo de la Policía Nacional / PRESUNCION DE DOLOR MORAL - Muerte de persona que estaba detenida en calabozo de la Policía Nacional / PERJUICIO MORAL - Presunción de dolor. Aplicación reglas de la experiencia / PERJUICIO MORAL - Tasación / TASACION PERJUICIO MORAL - Pauta jurisprudencial. Se fija en salarios mínimos legales mensuales vigentes / ARBITRIO JUDICIAL - Ejercicio discrecional del Juez para la tasación de perjuicios

Revisadas las pretensiones de la demanda, y tratándose de la muerte de Ricardo Antonio Guarnizo Martínez, se encuentra acreditado el parentesco con los registros civiles, lo que lleva a la Sala a tener por demostrado el perjuicio moral en cabeza de los demandantes con ocasión de la muerte del hijo y hermano, lo que

aplicando las reglas de la experiencia hace presumir que la muerte en las circunstancias violentas en las que ocurrieron, hacen presumir que los parientes cercanos (que conforman su núcleo familiar) debieron afrontar un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad. (...). En el proceso la demandada no desvirtuó en ningún momento la presunción de aflicción causada a los demandantes por la pérdida del esposo, padre, hijo y hermano, lo que lleva a concretar la existencia de los perjuicios morales en cabeza de todos y cada uno de aquellos. (...) respecto de los perjuicios morales en cabeza de los demás demandantes con ocasión de la muerte de Ricardo Antonio Guarnizo Martínez, con base en las reglas de la experiencia, hace presumir, en las circunstancias en que ocurrió, que los parientes cercanos debieron afrontar un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad. (...) la Sala tendrá en cuenta los criterios vertidos en la sentencia de 6 de septiembre de 2001 (Exps. 13.232 y 15.646) fijándose en salarios mínimos legales mensuales vigentes como medida de tasación, con lo que se responda a la reparación integral y equitativa del daño al estimarse en moneda legal colombiana. Si bien, a partir de 2001 la jurisprudencia viene aplicando como criterio de estimación de los perjuicios morales el salario mínimo mensual legal vigente, no deja de seguir siendo un ejercicio discrecional (*arbitrio iudicis*) del juez de tasar tales perjuicios, sin lograr, aún, la consolidación de elementos objetivos en los que pueda apuntalarse la valoración, estimación y tasación de los mismos, con lo que se responda a los principios de proporcionalidad y razonabilidad con lo que debe operar el juez y, no simplemente sustentarse en la denominada “cierta discrecionalidad”.

NOTA DE RELATORIA: En relación con la presunción del dolor y aflicción constitutivos del perjuicio moral en parientes cercanos quienes hacen parte de una familia como espacio básico de toda la sociedad, Sentencias del 18 de marzo de 2010, Expedientes: 32651 y 18569. Para establecer el monto de la indemnización se tendrá en cuenta la pauta jurisprudencial que ha venido sosteniendo la Corporación desde la sentencia de 6 de septiembre de 2001, expedientes números 13232 y 15646, Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez, la entidad demandada pagará a favor de los demandantes las sumas de dinero, liquidadas en salarios mínimos legales mensuales vigentes.

PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD - Aplicación / TEST DE PROPORCIONALIDAD - Aplicación / TEST DE PROPORCIONALIDAD - Fundamento. Principio de proporcionalidad / TEST DE PROPORCIONALIDAD - Comprende tres sub principios / IDONEIDAD - Noción. Definición. Concepto / NECESIDAD - Noción. Definición. Concepto / PROPORCIONALIDAD - Noción. Definición. Concepto / PRESUNCION DE AFLICCION - Prueba testimonial

La Sala empleará un test de proporcionalidad para la tasación de los perjuicios morales. En cuanto al fundamento de este test, el precedente jurisprudencial constitucional establece (...). El fundamento, por lo tanto, del test de proporcionalidad no es otro, según los precedentes anteriores, el cual, a su vez, comprende tres sub-principios que son aplicables al mencionado test: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto. En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima,

como convivencia, cercanía sentimental y apego. En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes. Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de los criterios propios a la idoneidad, de tal manera que la indemnización se determine atendiendo a la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada). Lo anterior, debe permitir concretar un mayor quantum indemnizatorio cuando se trata del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios que deben obrar en función del principio de idoneidad. Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, y su desdoblamiento, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto. De acuerdo con lo anterior, para el reconocimiento y tasación del perjuicio moral en el presente caso se sujetara a los anteriores criterios objetivos, los que ordinariamente están demostrados con base en la prueba testimonial, de la que se deriva la denominada “presunción de aflicción” la que debe aplicarse conjuntamente con los mencionados criterios, de manera que la tasación de este tipo de perjuicios responda a la complejidad de una sociedad articulada, plural y heterogénea que exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada, sin que constituya una tarifa legal o judicial.

LIQUIDACION DE PERJUICIOS - Perjuicio material / PERJUICIO MATERIAL - Indemnización histórica y futura/ PERJUICIO MATERIAL - Indexación / INDEXACION PERJUICIO MATERIAL - Fórmula jurisprudencial para actualizar la renta

Respecto de los perjuicios materiales el Tribunal condenó a la parte demandada a pagar a favor de Luz Mary Trujillo Herrera la suma de \$ 32'780.995.00, por concepto de indemnización histórica y futura. Sin embargo, la Sala procederá a actualizar la condena, de conformidad con la variación de índices de precios al consumidor certificados por el DANE, según la siguiente fórmula: (...) por concepto de indemnización histórica y futura, la cual actualizada queda así: (...)

REPARACION INTEGRAL - medidas de satisfacción - REPARACION INTEGRAL - Medidas de reparación no pecuniarias / MEDIDAS DE REPARACION NO PECUNIARIAS - Medidas de carácter administrativo

La Sala en aplicación del principio de reparación integral, y a lo consagrado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, ordenará una medida de satisfacción singular, teniendo en cuenta que debe ceder el fundamento procesal del principio de congruencia ante la primacía del principio sustancial de la “restitutio in integrum”, máxime cuando existe la vulneración a un derecho humano. (..)acogiendo el precedente de la Sala que incorpora a nuestro concepto de reparación integral las

denominadas medidas de reparación no pecuniarias, se ordenará, con el objeto de responder al “principio de indemnidad” y a la “restitutio in integrum”, y bajo el amparo del artículo 16 de la ley 446 de 1998, que se cumpla con las siguientes obligaciones que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión: 1) la realización de un acto público en el que se ofrezca disculpas a los familiares de Ricardo Antonio Guarnizo Martínez; 2) se deberá publicar la parte resolutive de esta sentencia en todas las Estaciones de la Policía Nacional en el departamento del Huila y darse difusión en un medio de circulación informativa del mismo departamento; 3) se ordenará que se compulse copias ante las autoridades competentes para que se estudie si hay lugar o no a iniciar las investigaciones tanto disciplinarias, como penales en contra de los agentes de policía que participaron en el operativo y en la detención preventiva, durante la cual se vino producir la muerte del señor Ricardo Antonio Guarnizo Martínez. De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar al despacho informes del cumplimiento de lo aquí ordenado como medidas de satisfacción, dentro de los cuarenta y cinco días (45) siguientes a la ejecutoria de la sentencia.”.

NOTA DE RELATORIA: Sobre reparación integral y medidas de satisfacción, consultar Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2007, Exp.29273; de 8 de junio de 2011. Exp.19972; de 8 de junio de 2011. Exp.19973. Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso de la Masacre de Puerto Bello (vs) Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006; de la Corte Constitucional Sentencia T-563 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En igual sentido T - 227 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-1094 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-175 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería. Corte Constitucional, sentencia T-188 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., (19) diecinueve de octubre de dos mil once (2011)

Radicación número: 41001-23-31-000-1993-07335-01(20241)

Actor: MANUEL ANTONIO GUARNIZO TRUJILLO Y OTROS

Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICIA NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA-SENTENCIA-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión, Sección

Tercera, sede Bogotá D.C., del 16 de noviembre de 2000, mediante la cual que se dispuso:

“PRIMERO: Declarar administrativamente responsable a la NACIÓN - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, por los perjuicios materiales y morales, causados por la muerte de MANUEL ANTONIO GUARNIZO TRUJILLO, GRACIELA MARTÍNEZ DE GUARNIZO, (sic) en hechos ocurridos en Garzón, Huila, el 22 de junio de 1991.

SEGUNDO: Condenar a la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA NACIONAL, a pagar a los demandantes, el producto de la presente condena así:

A) A favor de MANUEL ANTONIO GUARNÍZO TRUJILLO y GRACIELA MARTÍNEZ DE GUARNÍZO, en su calidad de padres de RICARDO ANTONIO GUARNÍZO, la suma que resulte, en pesos, equivalente a UN MIL GRAMOS DE ORO, para cada uno, según certificación del Banco de la República.

B) Para Marina Cecilia, Esperanza, Gerardo, Luis Alberto, Favio, y Manuel Guarnizo Martínez, en su condición de hermanos, la suma que resulte en pesos, equivalente a DOSCIENTOS GRAMOS DE ORO, para cada uno, según la certificación que expida el Banco de la República.

C) A la señora LUZ MARY TRUJILLO, en su calidad de compañera habitual de RICARDO GUARNIZO MARTÍNEZ, la suma de TREINTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS OCHENTA MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO \$32'780.995 pesos m/c, por concepto de indemnización por los perjuicios materiales.

Por concepto de indemnización, por los perjuicios morales, la suma que resulte en pesos, equivalente a MIL GRAMOS ORO, al valor que, para el efecto, certifique el Banco de la República.

D) A RICARDO FABIÁN GUARNIZO en su calidad de hijo de RICARDO ANTONIO GUARNIZO MARTÍNEZ la suma de SIETE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS TREINTA Y TRES \$7'594.533 pesos m/c, por concepto de indemnización por los daños materiales.

Por concepto de indemnización, por los perjuicios morales, la suma que resulte en pesos, equivalente a MIL GRAMOS ORO, al valor que, para el efecto, certifique el Banco de la República.

E) Para JONHATAN GUARNIZO TRUJILLO, en calidad de hijo de RICARDO GUARNIZO MARTÍNEZ, la suma de OCHO MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y OCHO \$8'567.698 pesos m/c, por concepto de indemnización por daños materiales.

Por concepto de indemnización, por los perjuicios morales, la suma que resulte en pesos, equivalente a MIL GRAMOS ORO, al valor que, para el efecto, certifique el Banco de la República.

TERCERO: Dese cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

CUARTO: De conformidad con lo previsto en el Acuerdo 810 de 2.000, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, devuélvase el expediente al Director Seccional de Administración Judicial de Bogotá, para su traslado al Tribunal de origen” (fls.215 a 217 cp).

ANTECEDENTES

1. La demanda.

1 Fue presentada el 16 de junio de 1993, por Manuel Antonio Guarnizo Trujillo, Graciela Martínez de Guarnizo (padres); Luz Mary Trujillo Herrera (compañera permanente) quien actúa en nombre propio y en representación legal de sus hijos menores: Richard Fabián Guarnizo Trujillo y Yonathan Guarnizo Trujillo (hijos); Martha Cecilia, Esperanza, Gerardo, Luis Alberto, Favio y Manuel Guarnizo Martínez (hermanos), mediante apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“1. LA NACIÓN COLOMBIANA, es responsable patrimonialmente por todos los perjuicios causados a todos y a cada uno de los demandantes, con la muerte del hijo; compañero habitual y permanente y padre y hermano RICARDO ANTONIO GUARNÍZO MARTÍNEZ ocurrida en Garzón (Huila) entre los días 21 y 22 de junio de 1991 como consecuencia de la retención, tortura y muerte por heridas de bala disparada con arma oficial por el Dragoneante del F-2 JOSÉ FERNANDO HERRERA PACHECO y Agentes de la Policía Adscritos (sic) al Tercer Distrito de Policía de Garzón y por la anuencia, permisibilidad, negligencia y omisión del Comandante del mismo Distrito para la época de los hechos, en la colaboración y protección debidas (sic) a todos los ciudadanos colombianos y para el caso sub-exánime del señor RICARDO ANTONIO GUARNIZO MARTÍNEZ.-

2. Como consecuencia de la anterior declaración, que se condene a LA NACIÓN COLOMBIANA, a pagar:

A.-) A los señores MANUEL ANTONIO GUARNIZO TRUJILLO y GRACIELA MARTINEZ DE GUARNIZO, en su condición de padres legítimos; a LUZ MARY TRUJILLO HERRERA, en su condición de compañera habitual y permanente, quién (sic) actúa (sic) en su propio nombre, y en nombre y representación legal de sus menores hijos RICHARD FABIAN GUARNIZO TRUJILLO y YONATHAN GUARNIZO TRUJILLO, del fallecido RICARDO ANTONIO GUARNIZO MARTINEZ, los perjuicios materiales representados en el daño emergente y el lucro cesante, más los intereses compensatorios que resulten desde la fecha de su causación hasta la de fijación de la indemnización, por la cuantía que resulte de las bases que se aprueben en el proceso, por razón de los gastos de transporte y exequias y lo dejado de percibir con motivo de la muerte de RICARDO ANTONIO GUARNIZO MARTINEZ, quien colaboraba con los gastos de sus subsistencia, educación, vivienda y demás, pago que se hará en pesos corrientes a la fecha de la ejecutoria del fallo y teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor.-

B.-) A MANUEL ANTONIO GUARNIZO TRUJILLO y GRACIELA MARTINEZ DE GUARNIZO, como padres legítimos; a LUZ MARY TRUJILLO HERRERA, como compañera habitual y permanente, y a sus menores hijos extra-matrimoniales RICHARD FABIAN GUARNIZO TRUJILLO y YONATHAN GUARNIZO TRUJILLO; a MARTHA CECILIA GUARNIZO MARTINEZ, ESPERANZA GUARNIZO MARTINEZ, GERARDO GUARNIZO MARTINEZ, LUIS ALBERTO GUARNIZO MARTINEZ, FAVIO GUARNIZO MARTINEZ y MANUEL GUARNIZO MARTINEZ, como hermanos legítimos del fallecido RICARDO ANTONIO GUARNIZO MARTINEZ el valor de los perjuicios morales sufridos con la muerte del hijo, compañero habitual y permanente y

padre, y hermano, a razón de UN MIL GRAMOS DE ORO FINO (1.000 grs.oro-fino) para cada uno de ellos, en el equivalente en moneda colombiana al momento de la ejecutoria del fallo respectivo.

3. El valor de los intereses sobre las sumas a pagar, desde que se hagan exigibles y hasta cuando se verifique el pago efectivo.-

4. Que la condena se actualice en los términos monetarios según la pérdida del poder adquisitivo de la moneda colombiana de conformidad con la variación de los índices de Precios al Consumidor.-

5. Que a la sentencia se le dé cumplimiento en los términos establecidos por el artículo 176 del C.C.A”.

2 Como fundamento de las pretensiones, la parte actora expuso los hechos así:

“1o. - El día 20 de junio de 1.991, Ricardo Antonio Guarnizo Martínez, su compañera habitual y permanente Luz Mary Trujillo Herrera y sus dos pequeños hijos Richard Fabián y Yonathan Guarnizo Trujillo, a eso de las ocho (8:00 P.M.) de la noche abordaron un bus Coomotor Ltda, en la ciudad de Neiva y se trasladaron a Garzón, llegando a eso de la diez y media (10:30 P.M.) de la noche, teniendo como destino final, la vereda “Santa Rosa” jurisdicción de El Pital, pués (sic) iban en visita a donde la familia.

2o. - Como quiera que llegaron tarde a Garzón y al no haber transporte para El Pital, decidieron visitar y pernoctaron en casa de la señora Beatríz (sic) Tovar de González, ubicada en el Barrio “Las Américas”, casa ésta sin nomenclatura, ya que eran amigos.

3o. - Al día siguiente, es decir, el 21 de junio de 1.991, hacia las siete y treinta de la mañana (7:30 A.M.), cuando recién despertaban, escucharon ruidos en el patio de la vivienda, y eran aproximadamente unos ocho (8) agentes de la policía (sic), unos vestidos de civil y otros uniformados, quienes se habían introducido por la tapia adyacente, donde funciona un Taller (sic) de Mecánica (sic) y pintura “El Costeño”, cuyo dueño es el señor Adaulfo Antonio Sotto Noriega, y de inmediato procedieron a encañonar con armas cortasy (sic) largas a los habitantes de la mencionada vivienda, diciendo que: “Quietos, no se muevan”, éstos policías (sic) iban al mando del Dragoneante de la Policía (sic) (F-2) José Fernando Herrera Pacheco, quien se dirigió a la señora Beatríz (sic) Tovar de González requiriendola (sic) para que le entregara “la vaina” (bazuco), y ésta le manifestaba: “que no la perjudicara, que por sus hijos que no le hiciera daño”, y como quiera que la señora Tovar de González, se negara a entregarle la sustancia, “Pacheco”, como se hizo famoso en esta ciudad, le sacó del seno un paquete, ante lo cual, la señora Beatríz (sic) Tovar de González, le ofreció \$200.000,00, para que no la fuera a perjudicar, esto es, que no la colocara a disposición de los Juzgados, argumentándole que “era que el hijo se había encontrado ese paquete al salir a comprar la leche”. Pacheco, le respondía que no le podía ayudar y que no le volvía a colaborar, por cuanto ella, no le había ayudado a capturar o avisarle de unos ladrones de maletines, que habían estado allí comprando vicio, a la señora Tovar de González, le respondía: “que no los había vuelto a ver, que qué podía hacer, que arreglaran por las buenas, por la plata que le ofrecía”, entonces el Dragoneante Pacheco, ordenó a sus compañeros que la revolcaran y esculcaran toda la casa, para ver que (sic) más encontraban y así procedieron dejando al revés todo cuanto revisaron y esculcaron.

4o. - A Ricardo Antonio Guarnizo M., a su compañera habitual y permanente Luz Mary y a sus pequeños hijos, les ordenaron que se colocaran al pié (sic) de la alberca, y siempre que se les acercaba uno de los Agentes del

Operativo, le decía a Guarnizo Martínez: “Usted es un hijueputa (sic) ladrón, ladrón hijueputa (sic)” y lo puyaba con los dedos en el pecho.

5o. - Revolvieron toda la casa; El (sic) Dragoneante Pacheco, llamo (sic) por radio al comando y al rato llegó un camión verde y blanco de la Policía (sic) con agentes de la Elite, llegando doce (12) Agentes (sic) de la Policía (sic) más; Uno (sic) de ellos que llegó, llevaba una máquina de escribir y llenó El (sic) Acta de Justificación (sic) de Allanamiento sin Orden (sic) Judicial (sic), documento oficial el cual hicieron firmar a RICARDO ANTONIO GUERNIZO MARTINEZ y a BEATRIZ TOVAR DE GONZALEZ (...) Ricardo Antonio Guarnizo Martínez, le presentó los documentos de identificación y “Pacheco”, le dijo: “Gran hijueputa (sic) usted es un ladrón y me las va pagar” Guarnizo Martínez, le respondía: “que no, que él trabajaba en el taller de ornamentación de Gerardo, su hermano, ubicado en Neiva” y éste, es decir, “Pacheco” le repetía (sic) igual grosera y temeraria expresión que cumplió dándole muerte previa tortura a que lo sometió inhumanamente.-

Iban a hacer (sic) como las once (11:00 A.M.), de la mañana, cuando terminaron la diligencia, los sacaron a la calle y los trasladaron al Comando de Policía (sic). De nada sirvió, el que la señora Beatriz (sic) Tovar de González, les dijera que “ellos no tenían nada que ver, que ellos estaban de visita, que tan solo la noche anterior habían llegado a su casa”, Pacheco le contestó: “Que ellos eran unos hijueputas (sic) ladrones, que los iban a investigar” Y los obligaron a empujones y expresiones vulgares a subirse (sic) al camión trasladándolos al Comando de la Policía (sic) de Garzón, y a los niños los dejaron con la señora Nur Miryan Bermeo Buendía esposa o compañera de Arsenio Cruz Tovar, única persona adulta que no retuvieron en dicha diligencia. Al Comando de la Policía (sic) de Garzón, trasladaron en calidad de retenidos y/o detenidos a Beatriz (sic) Tovar de González, sus hijos Arsenio Cruz Tovar y Ana Teresa Cruz Tovar, a Ricardo Antonio Guarnizo Martínez y a su compañera habitual y permanente Luz Mary Trujillo Herrera...

Ya en el Comando de Policía (sic) de Garzón, a Ricardo Antonio Guarnizo M., y a Arsenio Cruz Tovar, los metieron al calabozo y a las mujeres retenidas, las dejaron en el zaguán del Comando. Al preguntarle Luz Mary Trujillo al Dragoneante Pacheco, que porqué (sic) metía al calabozo a Ricardo Antonio, éste le contestó: “que iba a hacer unas investigaciones” Procedió (sic) entonces a hablarle al Comandante del Distrito, para que le ayudara para que Pacheco dejara salir a su esposo y el Oficial (sic) no le puso cuidado, le levantaba las manos y le contesto que “Pacheco era el de ese asunto”. Al rato salió Pacheco y se acercó a Beatriz Tovar de González (sic) y le dijo que el Mayor le arreglaba el caso por \$1.000.000,00 a lo cual, ésta le contestó que no tenía esa plata; Luz Mary aprovechó y le dijo a Pacheco, que dejara salir a Ricardo Antonio, para irsen (sic) y le respondió “que ya lo soltaba, que ya lo dejaba salir”; volvió y le dijo al Mayor que le ayudara y éste le contesto “que no jodiera, estese callada la jeta (sic), que Pacheco era el que tenía que ver con eso”.-

6o. - Pasado el Mediodía (sic), regresó Pacheco y le dijo a Beatriz (sic) Tovar de González: “Ud., (sic) se queda, porque se va para la cárcel y a Luz Mary Trujillo y a Ana Teresa Cruz, les dijo: Uds., (sic) esperen que les vamos a hacer una requiza (sic)”, llamó a la señora que les preparara comida y le dijo requiselas (sic), introduciéndolas a una pieza cercana ahí en el Comando y una por una las requizaron (sic), la señorele (sic) dijo entonces a Pacheco: “Ya las requise (sic) y no tienen nada”, entonces procedió a sacar del calabozo a Ricardo Antonio y a Arsenio y les dijo: “Vengan que les voy a tomar unas fotografías”, colocó a Arsenio Cruz Tovar y a Beatriz (sic) Tovar de González, junto al paquete decomisado y unos billetes de distintas denominaciones que les habían incautado al momento del allanamiento, como unos \$25.000,00 ó

\$25.700,00 y colocándoles (sic) un cartel que decía: "SIJIN - F-2" y les tomó varias fotografías; luego de esto, le ordenó a Ricardo Antonio y a su compañera Luz Mary, tratándolos groseramente y les tomó varias fotografías, al preguntarle Luz Mary, que para que (sic) eran esas fotos? le (sic) contestó que "eran para enviarlos al Diario del Huila y a las estaciones de Policía (sic), para que reconocieran a los ladrones.

7o. - El fallecido Ricardo Antonio Guarnizo le decía a su compañera Luz Mary, "que no lo dejara solo, que Pacheco lo iba a matar", le miró la cara y en el ojo izquierdo tenía hinchazón y golpes en la frente, y Ana Teresa Cruz, le dijo a Luz Mary: "Le vió (sic) el golpe en la cara" y ella le respondió "Pues (sic) claro". Luz Mary, le preguntó entonces a Ricardo Antonio, "que quien lo había golpeado", y éste le respondió que "Pacheco", porque no le había contestado unas preguntas", y le insistía a su compañera: "Madrecita, mijita, por favor no me deje solo, porque tengo miedo, Pacheco me dijo que me va a matar por ladrón".-

Los entró nuevamente al calabozo, a Ricardo Antonio, a Arsenio y a Beatríz (sic) Tovar, y a Luz Mary y a Ana Teresa, les dijo: Uds. (sic) dos se pueden ir", se fueron para la casa, como a las tres de la tarde (3:00 P.M.), Luz Mary Trujillo H., regresó al Comando y le llevó a su compañero RICARDO ANTONIO GUARNIZO MARTINEZ gaseosa y ropa limpia, consistente en pantalón blanco y una camisita blanca a rayitas azulitas claras, ropa ésta con la que apareció vestido el fallecido Ricardo Antonio Guarnizo M., y a su lado una bolsa con la ropa sucia, es decir al lado del cadáver, ropa con la que fué (sic) retenido.-

Es de anotar que, la señora Luz Mary Trujillo Herrera fué (sic) al Comando a dejarle ropa y alimentos a su compañero, junto a sus dos pequeños hijos, Richard Fabián y Yonathan, se sentó frente al mismo, esperando que el Dragoneante Pacheco dejara en libertad a su compañero Ricardo Antonio, como a las cinco (5:00 P.M) de la tarde, observó que abrieron el portón por donde ingresan los carros y motocicletas y se quedó mirando y vió (sic) cuando Pacheco traía nuevamente del calabozo a Beatríz (sic) Tovar, a Arsenio, a Ricardo Antonio Guarnizo y a una viejita morenita que habían detenido o retenido ese día con marihuana y que luego se supo su nombre el cual responde a Leonor Almario, les colocó por detrás de sus cuerpos y cabezas, una (sic) cartel que decía: SIJIN - F-2", y les tomó varias fotografías de frente, de lado, de distintas maneras o poses; a Beatríz (sic) y Arsenio juntos; a Ricardo Antonio, solo e igualmente a la viejita morenita llamada Leonor Almario, sola; Ricardo Antonio, llamó a su hijo más pequeño, YONATHAN, por cuanto al grandecito la mamá Luz Mary, lo había mandado a traerle un cigarrillo para el papá, en esas se dió (sic) cuenta Pacheco, y le gritó: "Gran marica (sic) higueputa (sic), eche pa'allá (sic), que no está en su rancho"; Ricardo Antonio Guarnizo sólo atinó a decirle a su compañera Luz Mary y madre de sus pequeños hijos: "madrecita, cuide los niños, no me les vaya a pegar", y Pacheco se lo llevó a empujones para el calabozo.

Al rato sacaron a Beatríz (sic) Tovar de González, a Arsenio Cruz Tovar y a viejita morenita, llamada LEONOR ALMARIO, y se los llevaron en la patrulla con destino a la cárcel, Luz Mary le preguntó al Dragoneante Pacheco, por Ricardo Antonio, y le respondió: "espere que venga de la cárcel y le arreglo el problema". - Espero (sic) largo rato y al no regresar Pacheco, los pequeños Richard Fabián y Yonathan, empezaron a decirle a Luz Mary, su madre que tenían hambre, procediendo entonces a llevarselos (sic) para la casa a darles de comer, eran aproximadamente las 6:30 P.M.; luego en un porta-comidas le empacó alimentos y le trajo a Ricardo Antonio, la cena, eran como las siete (7:00 P.M.) de la noche, le pasó el porta al Agente (sic) de la Guardia (sic), diciéndole que era para Ricardo, este Policía (sic) llevó el porta-comida y al

regresar para entregarle a Luz Mary el porta, le dijo que “no mando (sic) ninguna razón”.-

En esas, apareció Pacheco, y Luz Mary le preguntó que “si iba a soltar a Ricardo Antonio”, éste no le contestó y se entró al Comando, ella procedió a preguntarle a otros Agentes (sic) y compañeros del Dragoneante Pacheco, que si lo iban a soltar ya (sic) y le respondieron que “No, váyase para su casa, que Pacheco dió (sic) la orden de tenerlos 24 horas, vuelva mañana a las 9:00 A.M. de la mañana” ante esta respuesta optó por irse para la casa de Beatriz (sic) Tovar donde estaban alojados o de posada y esperar el día siguiente.-

8o. - Al día siguiente, es decir, el sábado 22 de junio de 1.991 subió al Comando de la Policía (sic), hacia las ocho y media de la mañana (8:30 A.M.), llevando en el porta-comidas el desayuno junto a sus pequeños hijos y la señora Luz Mary Trujillo; le dijo al Agente (sic) de la Guardia (sic): “Señora que (sic) se le ofrece? Y ella le respondió: “Vengo a dejarle el desayuno a Ricardo Antonio Guarnizo”, entonces se miraban unos a otros, los policías (sic) que allí se encontraban, y le dijeron: “señora ya lo soltaron miraron el libro de control de población, buscaron y le mostraron donde aparecía una firma ilegible y la hora de las siete de la noche (7:00 P.M.) como de salida, y entonces Luz Mary Trujillo Herrera, les increpó diciéndoles “QUE NO PODIA SER porque Ricardo Antonio, no sabía echar firmas, sino que tan solo podía escribir su nombre y era la firma que él acostumbraba y porque anoche a las siete (7:00 P.M.) de la noche estuvo ahí dejándole la comida y le habían manifestado que Pacheco había dado la orden de que lo iba a tener 24 horas y le habían dicho que se fuera para la casa y regresara mañana, es decir, hoy 22 de junio de 1.991, donde está, que lo hicieron, dejemen (sic) entrar a buscarlo”, los policías (sic) la sacaron diciéndole repetidamente que “ya lo habían soltado, vaya búsquelo”, entonces en su desesperación, regresó a la casa donde estaba pernoctando y al llegar Ana Teresa Cruz, le dijo que habían encontrado un muerto por los lados de la labranza de su abuelo Don Blas Tovar, y salió en loca carrera a dicho lugar, llegando a una casita que queda al fondo de la labranza y le preguntó a un señor que estaba allí, que si había visto a un señor vestido de blanco y zapatos grises y las características físicas de su compañero Ricardo Antonio y éste le contestó que habían encontrado un muerto con dichas características, por ahí cerquita, empezó a gritar y metros más adelante se encontraban los funcionarios de la Policía (sic) Técnica Judicial practicando el levantamiento del cadáver de su compañero habitual y permanente, padre de sus hijos RICARDO ANTONIO GUARNIZO MARTINEZ, mientras se realizaba dicha diligencia, Luz Mary gritaba que “Pacheco era el que lo había matado, que lo había dicho y lo había cumplido”...

Ricardo Antonio Guarnizo Martínez, tenía dos (2) tiros, uno al lado de la región mamaria izquierda sin orificio de salida (sic) y otros en la región occipital de la cabeza sin orificio de salida; heridas en el párpado superior izquierdo, presentaba igualmente puyones en la frente, al lado de la sien, la cara toda pellizcada, y su cuerpo, piernas, brazos, tobillos con notables y marcadas señales de tortura con un cortaúñas, la espalda toda morada y golpeado el rostro con patadas.

El levantamiento del cadáver se realizó entre las nueve y media (9:30 A.M.) y diez y treinta (10:30 A.M.) de la mañana, según el informe de la Necropsia (sic) emitido por el Hospital Regional de Garzón, por parte del Médico (sic) Legista (sic) que practicó la Necropsia (sic) consigna que Ricardo Antonio Guarnizo Martínez, fué (sic) muerto doce (12) o dieciocho (18) horas antes de su levantamiento.

(...)

10o. - La señora Luz Mary Trujillo Herrera, puso en conocimiento de la Procuraduría Provincial de Garzón, los execrables y horribles hechos cometidos por Miembros (sic) de la Policía (sic) de Garzón que segaron con la existencia de su compañero y padre de sus menores hijos. -

(...)

14o. - El Guarnizo Martínez era de profesión ornamentador, se desempeñaba como doblador y pulidor, en el Taller (sic) de propiedad de su hermano Gerardo Guarnizo Martínez, denominado: "Talleres Arco" ubicado en la calle 19 sur # 21 A-38 Barrio Timanco de Neiva.

15o. Mensualmente se ganaba \$80.000,00 que empleaba siempre en el sostenimiento ejemplar de su familia: alimentación, vestuario, educación, que es pobre, carece de bienes de capital" (fls.15 a 19, y 21 ambas caras c1).

2. Actuación procesal en primera instancia.

3 El Tribunal Administrativo del Huila mediante providencia del 15 de septiembre de 1993 admitió la demanda (fl.30 c1), la cual fue notificada al Ministerio de Defensa Nacional por conducto del Comandante de la Novena Brigada de Neiva el 2 de diciembre de 1993 (fl. 33 c.1).

4 La demandada Ministerio de Defensa - Policía Nacional contestó la demanda en la oportunidad legal, mediante escrito en el cual manifestó que los hechos debía probarse, argumentando,

"(...) Para la entidad demandada en el presente caso no se dá (sic) la falla en el servicio toda vez que no está plenamente demostrado, que el Agente del F-2 JOSE FERNANDO HERRERA PACHECO hubiera causado la muerte al señor RICARDO ANTONIO GUARNIZO MARTINEZ, en hechos ocurridos los días 21 y 22 de Junio de 1991, en la ciudad de Garzón (Huila), y tampoco que se hubiera ocasionado en labores propias del servicio o vinculadas con éste.

Si bien es cierto el agente HERRERA PACHECO era miembro activo de la Policía Nacional, y fué (sic) quien dirigió el operativo el 21 de Junio/91, con el fin de incautar droga, siendo detenidas varias personas entre ellas el señor GUARNIZO MARTINEZ, no son claras las circunstancias en que se desarrollaron los hechos dando como resultado la muerte del señor GUARNIZO MARTINEZ el día 22 de junio de 1991" (fl.37 c1).

5 Agotada la etapa probatoria a la que se dio inicio mediante auto del 9 de agosto de 1996 (fls.39 y 40 c1), y sin haberse convocado a audiencia de conciliación, mediante providencia de 13 de octubre de 1999 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y, se ordenó el traslado especial a que hay lugar (en caso de haber sido solicitada) al Ministerio Público (fl.199 c1).

6 La parte actora presentó sus alegatos de conclusión mediante escrito en el que reiteró lo sostenido en otras instancias procesales, agregando,

“Todo lo anterior, permite al suscrito abogado, sostener que Ricardo Antonio Guarnizo Martínez fue muerto hallándose en DEPOSITO NECESARIO
(...)”

El hecho diciente e indicador de su posterior muerte, a manos del dragoneante JOSE FERNANDO HERRERA PACHECO, quien fue la Autoridad (sic) Policiva que lo mantuvo retenido en las instalaciones del Comando de Policía de Garzón... las señales de torturas y golpes recibidos durante su retención a cargo de las autoridades policivas... el no haber sido puesto en libertad ni entregado a sus familiares que lo reclamaban y no haberlo regresado con vida, sano y salvo al seno de la sociedad” (fls.204 y 205 c1).

7 El Ministerio Público y la parte demandada guardaron silencio.

3. Sentencia de primera instancia.

8 El *a quo* accedió a las súplicas de la demanda en sentencia de 16 de noviembre de 2000, sustentado en los siguientes argumentos,

“(...)”

Partiendo de los hechos generadores de la Litis (sic), se tiene que la víctima se encontraba retenida, bajo la custodia de las autoridades policivas de la localidad, cuando se produjo su muerte.

(...)”

La Corporación advierte que el dictamen pericial no lleva a concluir que la firma impuesta en la plantilla correspondiente a la salida del retenido coincida con la utilizada por éste, cuyos rasgos obran en el certificado de registro civil de uno de sus hijos y en el acta de justificación de allanamiento sin orden judicial, donde actuó como testigo...

(...)”

... surge la duda de si en la planilla aparece firmada la salida del detenido a las 19:00, por qué los Agentes (sic) le recibieron la comida a la compañera y se abstuvieron de informarle que ya había salido o que estaba próximo a hacerlo? Por el contrario, afirma ella que le dijeron que al día siguiente, a las nueve, fuera por su compañero...

(...)”

... para determinar la responsabilidad del ente público demandado, si se tiene, entonces, que la víctima estuvo retenida, a disposición de las autoridades policivas del municipio de Garzón Huila, que apareció muerta en un lugar diferente de su reclusión, que no estuvo suficientemente probada su salida, por razón de la duda que ofrece la firma impuesta en la minuta de guardia correspondiente al puesto de policía donde estuvo recluido y que, justo a las 19:00 cuando aparece registrada la salida su compañera le estaba llevando la comida, sin que se le informara que ya había sido dejado en libertad o que próximamente lo harían. Aún más le recibieron la comida y al rato le devolvieron el porta, diciéndole que nada la había mandado a decir, según lo manifestó ella misma en sus declaraciones” (fls.222 a 224 cp).

4. Recurso de Apelación.

9 La parte demandada mediante escrito y en la oportunidad legal, presentó el recurso de apelación contra la sentencia del *a quo* de 16 de noviembre de 2000 (fl.234 cp).

10 El recurso fue concedido por el *a quo* mediante auto de 15 de marzo de 2001 (fl.242 cp).

11 El despacho en turno de la Corporación mediante providencia de 29 de mayo de 2001 corrió traslado a la parte demandada para que sustentara el recurso de apelación (fl.247 cp).

12 En su sustentación del recurso de apelación, la parte demandada reitera lo expresado en otras instancias procesales, agregándose,

“Si bien es cierto que el hoy occiso RICARDO ANTONIO GUARNIZO MARTINEZ, el día de marras, fue retenido y conducido a las instalaciones de la Estación de Policía Garzón, no existe en el instructivo la prueba fehaciente que haya sido asesinado dentro de la unidad policial y por los institucionales.
(...)

De otra parte téngase en cuenta que la Procuraduría Delegada para la Policía Judicial y Policía Administrativa, no encontró mérito alguno para enjuiciar disciplinariamente al personal policial adscrito a la Estación de Policía de Garzón a miembros de la SIJIN asignados al Distrito de Policía de la misma localidad. Siendo así que la sentencia impugnada se ha basado casi en indicios, puesto que no existe prueba objetiva y real que acredite que el Dragoneante JOSE FERNANDO HERRERA PACHECO, de la SIJIN, u otros policiales, hayan sido los autores de la muerte del señor RICARDO ANTONIO GUARNIZO MARTINEZ.
(...)

En el plenario no esta (sic) acreditada la prueba que demuestre el lazo de afecto o colaboración del hoy occiso y sus hermanos mayores MARTHA CECILIA, ESPERANZA, GERARDO, LUIS ALBERTO, FABIO y MANUEL GUARNIZO MARTINEZ, situación que no se presume y de la cual la carga de prueba recae en los demandantes. Estos guardaron silencio al respecto, limitándose a solicitar la indemnización de los perjuicios morales subjetivos en su favor, como sí por el solo hecho del parentesco en segundo grado de consanguinidad con el occiso tuviera derecho a la indemnización, lo que no es admisible” (fls.249 y 250 cp).

5. Actuación en segunda instancia.

13 El recurso de apelación fue admitido por el despacho en turno mediante auto de 29 de junio de 2001 (fl.253 cp) y por providencia de 27 de julio de 2001 se dispuso el traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir su concepto (fl.255 cp).

14 La parte demandada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en la sustentación del recurso de apelación, al momento de presentar sus alegatos de conclusión (fls.262 a 264 cp).

15 La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

16 El apoderado de la parte actora mediante escrito de 8 de mayo de 2003 solicitó mediante escrito que el despacho en turno convocara a audiencia de conciliación (fl.269 cp), lo que reiteró por escrito del 15 de agosto de 2003 (fl.272 cp).

17 El despacho mediante auto de 5 de septiembre de 2003 señaló como fecha para la audiencia de conciliación el día 2 de octubre de 2003 (fl.273 cp).

18 Por escrito de 30 de mayo de 2011 la apoderada de la parte actora informó que Graciela Guarnizo Martínez falleció, allegando el respectivo registro civil de defunción (fl.321 cp).

CONSIDERACIONES

1. Competencia.

1 Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 16 de noviembre de 2000 proferida por el Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Descongestión de Bogotá, mediante la que se declaró administrativamente responsable a las entidades demandadas y se les condenó al pago de la indemnización de los perjuicios morales.

2 La Sala observa que es competente para resolver el asunto *sub judice*, teniendo en cuenta que la pretensión mayor, referida en la demanda a los perjuicios morales excedía la cuantía mínima exigida para que opere la doble instancia, en aplicación del decreto 597 de 1988.

2. Aspectos procesales previos

3 Previo al estudio de fondo, la Sala advierte que las pruebas que obran en el caso materia de estudio, se tiene copia de los folios 9, 10, 11, 22, 23, 13, 14, 86, 87, 88, 89, 257, 258 y 259 del proceso penal 2.026, adelantado por el Juzgado Penal del Circuito de Garzón, y el disciplinario, que llevó la Procuraduría Delegada para la Policía Judicial y la Policía Administrativa, por los hechos objeto de la demanda; sin embargo, las pruebas contenidas en ellos no pueden valorarse en el presente proceso, toda vez que no fueron solicitadas por ambas partes en los escritos de demanda y contestación, como tampoco cumplen con lo prescrito en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, para el traslado de pruebas (fls. 66 a 79 y 83 a 85 c.1).

No obstante, la Sala advierte que para casos como el presente donde está valorándose la ocurrencia de una “ejecución extrajudicial” no puede seguir aplicándose lo establecido en el Código de Procedimiento Civil ajeno al respeto de las garantías de los derechos humanos, dado que se estaría vulnerando la Convención Americana de Derechos Humanos al no garantizarse el acceso a la justicia en todo su contenido como derecho humano reconocido constitucional y supraconstitucionalmente, tal como se sostuvo en la sentencia del caso “Manuel Cepeda contra Colombia” en la que se sostiene,

“140. En lo que concierne al acceso a la justicia, valga destacar que en este caso los tribunales contencioso administrativos no establecieron responsabilidad institucional por acción de funcionarios estatales en la ejecución del Senador Cepeda Vargas, que considerara la transgresión de sus derechos a la vida y la integridad personal, entre otros, a pesar de que al momento de sus decisiones se contaba ya con los resultados parciales del proceso penal e incluso del disciplinario. En este sentido, no contribuyeron de manera sustancial al cumplimiento del deber de investigar y esclarecer los hechos (*supra* párrs. 116 a 122). Llama la atención que en uno de los procesos el Consejo de Estado no valoró los resultados parciales de las investigaciones penales y disciplinarias en las que constaba la responsabilidad de los dos sargentos del Ejército Nacional, por considerar que la documentación fue remetida en copia simple¹. Si bien no correspondía a esta vía establecer responsabilidades individuales, al determinar la responsabilidad objetiva del Estado las autoridades jurisdiccionales deben tomar en cuenta todas las fuentes de información a su disposición. Por ende, las autoridades encargadas de estos procedimientos estaban llamadas no sólo a verificar las omisiones estatales, sino a determinar los alcances reales de la responsabilidad institucional del Estado”.

De la misma manera, no se tendrán en cuenta las declaraciones sobre los hechos, rendidas por Luz Mary Trujillo Herrera, Yonathan Guarnizo Trujillo, Martha Cecilia

¹ Cfr. Sentencia de apelación emitida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el radicado No. 250002326000199612680-01 (20.511) el 20 de noviembre de 2008, *supra* nota 128, folios 4524 a 4525.

Guarnizo Martínez y Manuel Antonio Guarnizo Trujillo, ya que por su condición de demandantes no pueden ser testigos, conforme al artículo 217 del Código de Procedimiento Civil (fls. 89 a 99 c.1).

4 El análisis de la impugnación se circunscribirá a los argumentos expuestos y desarrollados por la parte demandada en el recurso de apelación, específicamente a que no se produjo un daño antijurídico atribuible a la entidad demandada.

3. Los hechos probados.

5 Al expediente fue allegado oportunamente y cumpliendo las exigencias legales para tener valor probatorio los siguientes elementos:

- Partida de bautismo de Graciela Martínez Chaux (fl.7 c1).
- Certificado de matrimonio de Manuel Antonio Guarnizo Trujillo y Graciela Martínez Chaux (sin número de folio c1).
- Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Manuel Antonio Guarnizo Trujillo (sin número de folio c1).
- Copia auténtica del registro de nacimiento de Luz Mary Trujillo Herrera (fl.8 c1).
- Copia auténtica del registro de nacimiento de Richard Fabián Guarnizo Trujillo (fl.9 c1).
- Copia auténtica del registro de nacimiento de Yonathan Guarnizo Trujillo (fl.10 c1).
- Copia auténtica del registro de nacimiento de Esperanza Guarnizo Martínez (sin número de folio c1).
- Copia auténtica del registro de nacimiento de Marta Cecilia Guarnizo Martínez (sin número de folio c1).
- Copia auténtica del registro de nacimiento de Luis Alberto Guarnizo Martínez (sin número de folio c1).
- Copia auténtica del registro de nacimiento de Gerardo Guarnizo Martínez (sin número de folio c1).
- Copia auténtica del registro de nacimiento de Favio Guarnizo Martínez (sin número de folio c1).
- Copia auténtica del registro de nacimiento de Manuel Guarnizo Martínez (sin número de folio c1).
- Copia auténtica del registro de nacimiento de Ricardo Antonio Guarnizo Martínez (sin número de folio c1).

- Copia auténtica del registro de defunción de Ricardo Antonio Guarnizo Martínez, quien falleció el 22 de junio de 1991 (sin número de folio c1).
- Registro civil de defunción de Graciela Martínez de Guarnizo, quien falleció el 24 de junio de 2004 (fl.324 cp).
- Copia de la cédula de ciudadanía de Ricardo Antonio Guarnizo Martínez (fl.42 c1).
- Constancia expedida por el Gerente propietario de “Funerales la Basílica”, en la que se estableció que “los gastos funerarios por la muerte de RICARDO ANTONIO GUARNIZO MARTINEZ ascendieron a la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$250.000.00) MONEDA CORRIENTE” (fl.13 c1)
- Oficio 189, de 20 de diciembre de 1996, del Notario Primero de Neiva con el que se allegaron las copias de los registros de nacimiento de Yonathan y Richard Fabián Guarnizo Trujillo, en los que se consignó que son hijos de Luz Mary Trujillo Herrera y de Ricardo Antonio Guranizo Martínez (fls.43 a 48 c1).
- Oficio 030, de 15 de enero de 1997, de la Procuradora Provincial de Garzón (Huila) (fl.51 c1).
- Oficio 032, de 16 de enero de 1996, del Comandante del Tercer Distrito de la Policía de Garzón (Huila), con el que se allegó (fl.52 c1):
 - i) Copia de los folios 283, 284 y 285 del Libro de Población.
 - ii) Copia de los folios 231, 232 y 233 del Libro Minuta de Guardia (fls.56 a 58 c1).
 - iii) Copia de los folios 72 y 73 del Libro de Retenidos (fl.59 c1).
 - iv) Copia de los folios 312 y 313 del Libro de Armamento (fls.61 y 62 c1).
- Oficio 000148, de 20 de enero de 1997, del Comandante del Departamento de Policía Huila (fl.63 c1).
- El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Garzón allegó las siguientes piezas del proceso cursado en ese despacho por los hechos materia de este contencioso:
 - i) Copia de los folios 9 a 11 en los que obró la declaración de María Bersilda Pantevis de Oviedo² (fls.66 a 68 c1).
 - ii) Copia de los folios 22 y 23 contentiva de la declaración de Gabriel Oviedo Pantevis³ (fls.69 y 70 c1).
 - iii) Copia de los folios 13, 14, 86 a 89 y 257 a 259 (fls.71 a 80 c1).
- Oficio 000126, de 23 de enero de 1997, de la Secretaria de la Procuraduría Delegada para la Policía Judicial y Policía Administrativa (fls.81 a 85 c1)

² Declaración que no fue ratificada ante el contencioso en la oportunidad procesal.

³ Declaración que no fue ratificada ante el contencioso en la oportunidad procesal.

- Oficio 031, de 30 de enero de 1997, de la Asistente Judicial de la Secretaria Común de las Fiscalías Delegadas ante los Juzgados Penales del Circuito de Garzón, con el que se (fl.86 c1)

i) Acta de levantamiento de cadáver de 22 de junio de 1991, a las 8:20 am del cuerpo del señor Ricardo Guarnizo Martínez, (fls.87 y 88 c1).

ii) Denuncia penal formulada por Luz Mary Trujillo Herrera contra el agente de la Policía Nacional de apellido Pacheco (fls.89 a 91 c1).

iii) Declaración rendida por el menor Yhonatan Guarnizo Trujillo (fls.93 a 95 c1).

iv) Ampliación de denuncia de Luz Mary Trujillo (fl.95 cara posterior c1).

v) Declaraciones de Martha Cecilia Guarnizo Martínez, Manuel Antonio Guarnizo Trujillo⁴ (fls.97, 98 y 99 c1).

vi) Declaración rendida por Beatriz Tovar de González (fls.112 y 113 c1).

vii) Declaración de Arcenio Cruz Tovar (fls.113 a 115 ambas caras c1).

viii) Declaración rendida por Ana Teresa Cruz Tovar (fl.116 c1).

ix) Acta de la diligencia de inspección judicial celebrada el 25 de junio de 1991, donde se reflejaron las anotaciones de los libros que maneja la estación de la Policía Nacional donde estuvo retenido Ricardo Antonio Guarnizo Martínez (fl.102 c1).

x) Informe de necropsia realizada en el Hospital Regional de Garzón al cadáver de Ricardo Antonio Guarnizo Martínez, el 22 de junio de 1991 a las 15:00 horas (fl.11 ambas caras c1).

xi) Acta de justificación de allanamiento sin orden judicial, realizada en Garzón (Huila) el 21 de junio de 1991 a las 9:32 am, llevada bajo la dirección del Dragoneante José Fernando Herrera Pacheco, practicado "al inmueble ubicado en El Barrio Las Americas (sic), residencia sin nomenclatura de propiedad de MIGUEL ANTONIO CRUZ (fallecido) vivienda en sucesión" (fl.117 c1).

xii) Copia del registro civil de nacimiento de Yonathan Guarnizo Trujillo, en el que aparece reconocido por Ricardo Antonio Guarnizo Martínez, quien firmó con su nombre (fl.121 c1).

xiii) Informe del resultado de los análisis grafonómicos realizados por el Técnico de Grafología Judicial de la Fiscalía General de la Nación, Cuerpo Técnico de Investigación, División Criminalística, de 23 de julio de 1992, respecto a las firmas que en nombre de Ricardo Antonio Guarnizo Martínez aparecían en el acta de

⁴ Si bien son parientes y constituyen testimonios de oídas no se les puede restar o desechar su valor probatorio, sino que se valoraran restringidamente en el marco de la apreciación conjunta con las demás probanzas que obran en el proceso. De esta manera se sigue el precedente jurisprudencial de la Sala: sentencias de 29 de enero de 2009, Exp.17376; de 7 de octubre de 2009, Exp.17629.

justificación de allanamiento sin orden judicial, en comparación con la que obraba en el folio 73 del libro de control de retenidos (fls.123 y 124 c1).

- Oficio 000243, de 31 de enero de 1997, del Comandante del Departamento de Policía del Huila, con el que se allegaron “los documentos pertenecientes al extinto Dragoneante **HERRERA PACHECO JOSE FERNANDO**” (fls.126 a 132 c1).

- Testimonio rendido ante el contencioso por Beatriz Tovar de González (fls.167 a 171 c1).

- Testimonio rendido ante el contencioso por Ana Teresa Cruz Tovar (fls.173 a 175 ambas caras c1).

- Testimonio rendido por Alexander Cabrera Rojas (fls.191 y 192 c1).

- Testimonio rendido por Carlos Alberto Covaleda Herrera (fls.193 y 194 c1).

4. Problema jurídico

6 De lo anterior se puede plantear como problema jurídico: ¿cabe atribuir fáctica y jurídicamente la responsabilidad patrimonial a las entidades demandadas por los daños causados como consecuencia de la muerte de Ricardo Antonio Guarnizo Martínez, en atención a que al resultado dañoso y perjudicial sus familiares no estaban obligados a soportar?

5. El daño antijurídico.

7 La Sala, mediante el análisis de los medios de prueba obrantes en el expediente, considera demostrado que el daño antijurídico se produjo como consecuencia de la muerte de Ricardo Antonio Guarnizo Martínez, como se desprende del Acta de levantamiento de cadáver de 22 de junio de 1991, a las 8:20 am del cuerpo del señor Ricardo Guarnizo Martínez, quien fue encontrado el día y fecha señalada en el municipio de Garzón (Huila), en un “Lote de propiedad del señor ROBERTO LOPEZ” y se describe que presenta “un orificio de entrada en la región mamaria con Tatuaje (sic), un orificio en la región occipital, hematoma en párpado superior izquierdo, escoriación en el antebrazo izquierdo, abrasión antigua en la fosa iliaca izquierda” (fl.87 ambas caras c1); así como de lo que se consigna en el informe de necropsia en el que se indica: “Muerte por shock hipovolémico (Anemia Aguda), secundario a herida en aorta y mediastino, causando hemotorax (sic) bilateral con pérdida (sic) de mas (sic) de 2.000 c.c. de

sangre. Heridas por proyectil de arma de fuego, de naturaleza mortal... Muerte entre 12 y 18 horas antes de realizada la necropsia” (fl.11 ambas caras c1); y, en la copia auténtica del registro de defunción de Ricardo Antonio Guarnizo Martínez, donde se consignó que falleció el 22 de junio de 1991 (sin número de folio c1).

8 En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial constitucional señala que la,

“... antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otro lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública”⁵.

Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado,

“La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”⁶.

De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”⁷.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

Así mismo, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”⁸. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable⁹, anormal¹⁰ y que se trate de una situación jurídicamente protegida¹¹.

9 Se trata de un daño que la víctima, Guarnizo Martínez, no estaba llamado a soportar como una carga ordinaria, ni siquiera extraordinaria, en atención al respeto de su dignidad humana y de sus derechos constitucionales a la vida y a la integridad personal, que es incuestionable en un Estado Social de Derecho¹². Sin embargo, no siendo suficiente constatar la existencia del daño antijurídico, es necesario realizar el correspondiente juicio de imputación, que permita determinar si cabe atribuirlo fáctica y jurídicamente a las entidades demandadas, o si opera alguna de las causales exonerativas de responsabilidad, o se produce un evento de concurrencia de acciones u omisiones en la producción del daño.

6. Imputación de la responsabilidad.

10 Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”¹³ de la responsabilidad del Estado¹⁴ y se erigió como garantía de los derechos e intereses

⁸ Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirse al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550.

⁹ Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

¹⁰ “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

¹¹ Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

¹² “La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración [sentencia C-333 de 1996]. Igualmente ha considerado que se ajusta a distintos principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución [sentencia C-832 de 2001]”. Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2006.

¹³ En precedente jurisprudencial constitucional se indica: “El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

de los administrados¹⁵ y de su patrimonio¹⁶, sin distinguir su condición, situación e interés¹⁷. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”¹⁸. Como bien se sostiene en la doctrina,

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad¹⁹; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”²⁰.

¹⁴ La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culpable o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

¹⁵ Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49.

¹⁶ “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

¹⁷ La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

¹⁸ RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français”, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BÉNOIT, F. “Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, en *JurisClasseur Publique*, 1954. T.I, V.178.

¹⁹ “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

²⁰ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*., ob., cit., pp.120-121.

11 Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado²¹ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública²² tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo²³.

12 En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene,

“La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un

²¹ “3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado”. Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

²² Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

²³ “Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado”. MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213.

imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”²⁴.

13 Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad²⁵, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica²⁶. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”²⁷.

14 En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”²⁸. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

²⁵ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”. KANT, I. La metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

²⁶ El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

²⁷ “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”. MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [<http://criminet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7.

²⁸ “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”. GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, pp.77 ss.

empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”²⁹.

15 Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”³⁰. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no³¹. Es más, se sostiene doctrinalmente “que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños”³².

16 Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad³³ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas

²⁹ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

³⁰ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

³¹ JAKOBS, G. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sentencia de 24 de febrero de 2005. Exp.14170.

³² MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

³³ “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización... En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que

razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación³⁴ que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”³⁵.

En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional indica:

“... el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar **si el sujeto era competente** para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección³⁶ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible³⁷. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad

es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.

³⁴ “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

³⁵ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

³⁶ Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”. CASAL H, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

³⁷ Cfr. Günther Jakobs. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”³⁸.

A lo que se agrega por el mismo precedente,

“En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad³⁹, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber:

1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de **deberes de seguridad en el tráfico**, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce - un peatón cae en la zanja - surgen los llamados **deberes de salvamento**, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo - prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario - (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por **asunción** de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. En la doctrina se afirma que la “posición de garantía” debe modularse: “(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas”. JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*. 1ª reimp. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16.

³⁹ “En una sociedad de libertades, y, más aún, en una sociedad que además hace posibles contactos en alto grado anónimos, es decir, en una sociedad que pone a cargo de los ciudadanos la configuración del comportamiento a elegir, con tal de que ese comportamiento no tenga consecuencias lesivas, la libertad descentral de elección debe verse correspondida, en cuanto sinalagma, por la responsabilidad por las consecuencias de la elección”. JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*, ob., cit., p.15.

del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro.

Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son **deberes negativos** porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás.

2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y **protegerlo contra los peligros que lo amenacen**, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso.

Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de **deberes positivos**, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos⁴⁰⁴¹.

16. En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante⁴².

17 Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcar por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal⁴³, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la

⁴⁰ Cfr. Günther Jakobs. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

⁴² Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

⁴³ “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

Administración, puesto que no puede considerarse... que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”⁴⁴.

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos⁴⁵, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho.

Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

18 En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico). Conforme al anterior esquema se analizará el caso a resolver.

19 En ese sentido, las circunstancias de tiempo, modo y lugar se acreditan a partir del Oficio 030, de 15 de enero de 1997, de la Procuradora Provincial de Garzón (Huila), en la que informó “que los hechos a que hace alusión los investigó, muy probablemente, por competencia, la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos, con sede en Bogotá, con base en las preliminares N° 050-00147 que esta oficina le remitió con oficio N° 678 de junio 21 de 1991. Sobre el particular igualmente puede solicitar información a la misma dependencia respecto

⁴⁴ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204.

⁴⁵ Merkl ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la *conditio sine qua non*, sino *conditio per quam* de la administración”. MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. México, Edinal, 1975, p.211.

de los radicados N°s. 008-113873 y 008-92579, originarios de allí, los que tuvimos en comisión y relacionados con los hechos en cuestión” (fl.51 c1).

Así mismo, obra Oficio 032, de 16 de enero de 1996, del Comandante del Tercer Distrito de la Policía de Garzón (Huila), con el que se allegó (fl.52 c1): i) Copia de los folios 283, 284 y 285 del Libro de Población en el que se consignó:

“21 6 91 12:00 Allanamiento (A es) Siendo las 09.20 hrs del día 21-06-91 policia (sic) judicial de orden publico (sic) y ponal nacional practico (sic) (levantamiento) allanamiento en una Residencia (sic) del barrio las Americas (sic) sin nomenclatura, incautandose (sic) los siguientes elementos y (sic) \$25.000= [sobre escrito aparece “25.700”] en diferentes denominaciones, una porción de una sustancia al parecer basuco (sic) 14.9 Gramos (sic), contenida en dos bolsas plasticas (sic) transparente (sic), 3 Recortes (sic) de papel cuadriculado utilizado al parecer para envolver la sustancia, (1) un Rollo (sic) de biberones desechable. Se detubieron (sic) 3 personas Ricardo Antonio Guarnizo Sanchez (sic) cc#12.132.242 Arsenio Cruz tovar (sic) cc#12.194.102 y A (sic) Beatriztovar (sic) propietaria de la residencia.

(...)

21 06 91 12:25 COMPLEMENTACION ALLANAMIENTO BEATRIZ TOVAR DE GONZALES (sic) INDOCUMENTADA NAT (sic) GARZON REC. (sic) B. (sic) LAS AMERICAS 41 AÑOS SOLTERA ANLAFABETA LA CUAL PORTABA EN EL BRAZIER UNA CANTIDAD DE SUSTANCIA ALUCINOGENA Y EL SR. (sic) ARCENIO (sic) CRUZ [enmendado] TOVAR 20 AÑOS SOLTERO NAT. (sic) Y REC. (sic) GARZON B. (sic) LAS AMERICAS cc 12.194 102 GARZON S (sic) PRMARIA ESTE COMO EXPENDEDOR.

(...)

22 06 91 10:25 Informe cadaver (sic) levantamiento A esta hora El (sic) Cuerpo tecnico (sic) Policía Judicial en asocio policia esta practicó levantamiento del señor Ricardo Guarnizo Martinez (sic), Edad (sic) 26 años, Residente (sic) en Neiva calle 11 sur # 21-65, profesión Ornamentador (sic). Estatura 1.80, quien vestia (sic) pantalon (sic) Blanco (sic), camisa blanca Rayas (sic) Azules (sic), zapatos Grises (sic) el cual presenta Herida (sic) Region (sic) mamaria Izquierda (sic) sin orificio de salida, Herida (sic) orificio de entrada Region (sic) occipital en la cabeza sin salida, Herida (sic) parpado superior ocasionadas (sic) al parecer con arma de fuego, se desconocen los moviles (sic) y agresores” (fls.53 a 55 c1).

ii) Copia de los folios 72 y 73 del Libro de Retenidos en los que aparece,

(...)

21 06 91 09:20 Luz Dari Trujillo (sic) Herrera	Indocument	F-2
21 06 91 09:20 Ana tereza (sic) Cruz tovar (sic)	Indocument	F-2
21 06 91 09:20 Beatriz tovar (sic)	Indocument	F-2
21 06 91 09:20 Arcenio Cruz tovar (sic)	12.194.102	F-2
21 06 91 09:20 Ricardo Antonio Guarnizo	12.132.242	F-2
21 06 91 12:25 Leonor Almario	Indocument	DG. Herrera P

Martinez S” (fl.59 c1).

En cuanto a Ricardo Antonio Guarnizo Martínez se indicó en este libro que salió a las 19:00 horas del 21 de junio de 1991, por orden del CDO DTTO UIOP (e), encontrándose una firma ilegible.

De otra parte, en el Oficio 000148, de 20 de enero de 1997, del Comandante del Departamento de Policía Huila, se informó “que el extinto Dragoneante. HERRERA PACHECO JOSE FERNANDO para los días 21 y 22 de junio de 1.991 se encontraba en ejercicio de funciones y atribuciones asignado a la Unidad Investigativa de Orden Público en la ciudad de Garzón, adscrito al Tercer Distrito de Policía Garzón. Según el libro de armamento en los folios 312 y 313 para la fecha en mención el señor Dragoneante HERRERA PACHECO JOSE tenía asignado el revólver calibre 38 largo, marca Smith & Wesson No.AEB6859 con 18 cartuchos” (fl.63 c1).

Ahora bien, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Garzón allegó las siguientes piezas del proceso cursado en ese despacho por los hechos materia de este contencioso: i) Oficio 000126, de 23 de enero de 1997, de la Secretaria de la Procuraduría Delegada para la Policía Judicial y Policía Administrativa, con la que se allegó copia “al carbón del auto proferido el 16 de junio/92 con el cual se resolvió archivar la actuación (fl.81 c1), en la que se consignó,

“(…) TERCERO. - De las pruebas relacionadas en los acápites anteriores,, se puede establecer que efectivamente fue retenido el señor GUARNIZO MARTINEZ por parte de los Agentes del F-2, de acuerdo a la constancia que aparece en el libro de población y minuta de Guardia, así mismo respecto a la salida dada en cumplimiento a la orden del Comando el día 21 de Junio de 1991, a las 19 horas y que al día siguiente fuera hallado sin vida con señales de tortura y dos impactos de bala en la cabeza y en el pecho al lado del corazón.

Solo está la afirmación de la quejosa, de que su esposo le pedía que no lo dejara solo porque el Agente PACHECO lo había amenazado con matarlo, el hecho de haberlo encontrado sin vida, confirma su deceso mas no su autoría, en caso de haberse cumplido la amenaza del citado PACHECO la acción no puede iniciarse por cuanto el Agente referenciado a los pocos días dejó de existir.

(...)

Por su parte, el Mayor FILIBERTO SALCEDO RODRIGUEZ considera que posiblemente quienes le causaron la muerte a GUARNIZO MARTINEZ, pudieron ser los expendedores de droga, al considerar que éste era un informante de la Policía que permitió la captura de ARCENIO CRUZ TOVAR y BEATRIZ TOVAR DE GONZALEZ y el decomiso de droga que fueron puestas a disposición de la autoridad competente, la esposa de GUARNIZO sigue afirmando que el Agente PACHECO fue quien le dió (sic) muerte por considerar que su esposo era quien surtía de drogas a los expendedores en Garzón, pero estas son suposiciones sin ningún respaldo probatorio.

Finalmente no se probó por parte de Medicina Legal, Sección Grafología, si en verdad la firma donde se reportó la salida del detenido, no coincide con la que GUARNIZO empleaba en todos sus actos públicos y privados y en caso de probarse habría que asignarle responsabilidad al Comandante de Guardia, pero como hasta el momento no se ha arrimado elemento de juicio que permitan (sic) inferir responsabilidades en cabeza de funcionarios de nuestra competencia" (fls.84 y 85 c1).

ii) Declaraciones de Martha Cecilia Guarnizo Martínez, Manuel Antonio Guarnizo Trujillo, que no fueron ratificadas en el contencioso administrativo, en las que se daba cuenta de lo conocido por las dos personas por relato o comentarios dados por Luz Mary Trujillo, la esposa de Ricardo Antonio Guarnizo Martínez (fls.97, 98 y 99 c1).

iii) Declaración rendida por Beatriz Tovar de González, en la que manifestó,

"(...) PREGUNTADO: Recuerdo (sic) Ud., (sic) su (sic) Ricardo Antonio Guarnizo, su esposo (sic) y sus hijos los visitó en su residencia en esta ciudad, en caso cierto recuerda su fecha? CONTESTO: "Pues no recuerdo la fecha, él llegó tarde de la noche a mi casa con la mujer y los dos hijos, por ahí como a las diez y media a once de la noche, es que no me recuerdo (sic), ni la fecha tampoco, pues la mujer de él en Neiva me había preguntado a mí la dirección y entonces pues yo le había dicho que en el Barrio Las Américas de esta ciudad, y le dí (sic) las indicaciones cómo podía llegar a mi casa, porque eso no tiene nomenclatura ni nada, que preguntara por Betty, me parece que ellos llegaron un Jueves (sic) por la noche, llegaron y se quedaron ahí, al otro día de mañanita como de seis a seis (sic) y media de la mañana, ya del viernes, me dijeron ellos que iban a salir a desayunar al centro, entonces salieron a desayunar, en sas (sic) llegaron unos policías, eran unos señores también de civil que estaban con ellos, y como el hijo mió (sic) que se llama Arcenio Cruz (sic) entraba con la leche, entrando al patio se agachó a recoger un atadito, cuando unos señores le dijeron quieto no se mueva, entonces lo entraron hacía adentro (sic) de la misma casa de nosotros, yo estaba haciendo el tinto y la colada para los niños cuando esos señores entran con el hijo mio (sic) y uno de ellos dice "veo lo que le encontré a su hijo", necesitamos hacer una requiza (sic), entonces le dije que clara (sic), que con mucho gusto, entonces nos dijeron a nosotros que no nos moviéramos, ellos se pusieron a requizar (sic), los de civil y la policía, en ese momento cuando nos tienen a nosotros ahí y ellos están requizando (sic), en ese momento llegó Ricardo Antonio Guarnizo, la mujer y los dos niños, sería por ahí más o menos de ocho a diez de la mañana, entonces también a ellos los detuvieron ahí también, le dijeron que quieto que no se moviera, nos requizaron (sic) toda la casa y a todos luego nos echaron en el carro de la policía y nos llevaron al comando, a los niños no los llevaron, nos llevaron fueron a mi persona, a mi hijo Arcenio Cruz Tovar, Ana Teresa Cruz Tovar, al señor Guarnizo y a la mujer de él, allá nos solataron (sic), primero (sic) a mi hija, después (sic) soltaron a la mujer de Guarnizo, a los demás los dejaron allá detenidos; a mi persona y a mi hijo Arcenio nos echaron para abajo a la cárcel y al señor Guarnizo lo dejaron ahí en el comando (...) PREGUNTADO: Cuando o en el tiempo que permaneció Ud., (sic) en el comando de la policía, escuchó o vió (sic) que a Guarnizo lo

insultaran le pegaran, en caso cierto quién? CONTESTO: “Pues no ví (sic) nada ni escuché nada” (fls.112 y 113 c1).

iv) Declaración de Arcenio Cruz Tovar⁴⁶, en la que expresó,

“PREGUNTADO: Recuerda Ud., (sic) si dicho señor Ricardo Antonio Guarnizo, estuvo en su casa, en caso cierto con qué fin o para dónde iba? CONTESTO: Pues la noche antes de que a nosotros nos cogiera la policía, él había llegado con la mujer y dos hijos, yo no sé que (sic) hacía él, tampoco supe con qué fin llegaría a la casa ni para dónde iba tampoco. Al otría (sic) día de que él llegó a la casa, pues él mañanió (sic) y se fué (sic) con la esposa y sus dos hijos, yo no supe para dónde, en el momento en que nos encontrábamos detenido (sic) en la casa, ellos llegaron y también los detuvieron y luego nos llevaron a mí, mi mamá, mi hermana Teresa, y a la mujer de él, los llevaron para el comando y ahí nos dividieron en el comando, a mi (sic) me metieron en un calabozo y a él otro y a las mujeres las dejaron por acá afuera (...) PREGUNTADO: durante el tiempo qué (sic) permaneció tanto Ud., (sic) como Guarnizo encalabozados, cómo fué (sic) el trato que recibió tanto Ud., como Ricardo Antonio? CONTESTO: “Pues bien, porque no nos hicieron nada. PREGUNTADO: Recuerda Ud., (sic) a qué horas y qué día, salió Ud., (sic) del calabozo y cuando lo abandonó, aún permanecía recluso (sic) Guarnizo? CONTESTO: Pues la fecha no la recuerdo, pero lo cierto fué (sic) que el mismo (sic) día que nos metieron al calabozo, ese mismo día, como a las cinco y media de la tarde me sacaron a mí y a mi mamá que estaba por allá en otro sitio, y nos trajeron (sic) acá a un Juzgado y de aquí nos enviaron para la cárcel, y cuando yo salí del calabozo quedó ahí Guarnizo, incluso cuando a mi (sic) me sacaron yo le pregunté a uno de los agentes que si a él lo iban a soltar, entonces me contestó que lo iban a meter veinticuatro horas y después so lo soltaban, la mujer de él estaba afuera a ver si lo soltaban (...) PREGUNTADO: Teniendo en cuenta la poca distancia que los separaba a Ud., (sic) de Guarnizo cuando se encontraban encalabozados, éste en algún momento la comunicó a Ud., (sic) que lo iban a matar, que le habían pegado y que lo estaban o lo habían tratado mal. PREGUNTADO: (sic) Pues a pesar de que nosotros hablábamos (sic) con él porque estábamos bien cerca, él nunca me dijo que lo había amenazado y que le iban a pegar, tampoco nombraba a policía alguno... PREGUNTADO: Ese día cuando lo sacaron del calabozo para traerlo a un Juzgado, se enteró Ud., (sic) que Guarnizo alcanzó a recibir su comida? CONTESTO: “Pues a mi (sic) me llevaron comida, y como a él aún no se la habían llevado, entonces lo compartí, de la pieza” (fls.113 a 115 ambas caras c1).

v) Declaración rendida por Ana Teresa Cruz Tovar, en la que sostuvo,

“(...) PREGUNTADO: Durante la permanencia de Ud., (sic) en el comando, qué trato recibieron Ud., (sic) allí, es decir tanto Ud., (sic) como a las demás personas que se habían traído retenidas de la casa de su mamá? CONTESTO: “En cuanto a nosotras fué (sic) normal, pero cuando sacaron a Ricardo Antonio Guarnizo para tomarle una foto, se le acercó la mujer de él y le preguntó que qué le había pasado en el ojo, entonces él le respondió que el señor Pacheco le había pegado, yo oí eso, no le dijo nada más, ese día Pacheco se encontraba ahí en el comando” (fl.116 c1).

⁴⁶ Declaración que tampoco fue ratificada ante el contencioso administrativo.

vi) Acta de la diligencia de inspección judicial celebrada el 25 de junio de 1991, donde se reflejaron las anotaciones de los libros que maneja la estación de la Policía Nacional donde estuvo retenido Ricardo Antonio Guarnizo Martínez, encontrándose que en el libro de retenido se consignó:

“El día 21 mes 06, año 91, aparece firma legible Arsenio Cruz (sic). A renglón seguido aparece registrado en el mismo día mes y hora de los anteriores, el señor Ricardo Antonio Guarnizo, portando la cédula No.12.132.242 G. conociendo el caso el F-2 lugar, B/Americas (sic), motivos de la conducción. Infracción Ley 30/86, hora de salida, 19:00, ordenado por CDO DTTO_UIOP (E), el día 21, mes 06, año 91, aparece firma ilegible” (fl.102 c1).

vii) Informe de necropsia realizada en el Hospital Regional de Garzón al cadáver de Ricardo Antonio Guarnizo Martínez, el 22 de junio de 1991 a las 15:00 horas, en el que se consignó,

(...)
Descripción del Cadaver (sic) Múltiples (sic) escoriaciones y hematomas en cara, extremidades mas (sic) orificios de proyectil de (sic) arma de fuego.
(...)
Piel y Faneras Escoriaciones y hematomas descritos.
(...)
Nariz y Oídos Otorragia izquierda. *Proyectil No.2 localizado en fosa nasal izquierda.
(...)
Tórax Orificio de entrada en tercer espacio intercostal izquierdo con línea (sic) ½ clavicular (llamase (sic) proyectil No. 1)
(...)
Extremidades Escoriaciones de cadera izquierda de 2cm. de diámetro (sic). Escoriaciones en dorso de pie izquierdo.
(...)
A. CAVIDAD Craneana
1. Cuero Cabelludo Orificio de entrada en región occipital derecha (sic) (llamase (sic) proyectil No. 2)
2. Cráneo Fracturas en hueso occipital derecho, techo de la orbita izquierda y esfenoides izquierdo, al igual que hueso frontal izquierdo.
3. Cerebro y Meninges Edema cerebral, perforación de lobulos (sic) frontal y occipital
(...)
C. CAVIDAD TORAXICA
1. Pleura, Espacios Pleurales Hemotorax (sic) izquierdo y derecho de aproximadamente 2.000 c.c. Proyectil No. 1 depositado en 8° espacio intercostal derecho línea (sic) axilar anterior.
(...)
CONCLUSION: Muerte por shock hipovolémico (Anemia Aguda), secundario a herida en aorta y mediastino, causando hemotorax (sic) bilateral con pérdida (sic) de mas (sic) de 2.000 c.c. de sangre. Heridas por proyectil de arma de fuego, de naturaleza mortal... Muerte entre 12 y 18 horas antes de realizada la necropsia” (fl.11 ambas caras c1).

viii) Acta de justificación de allanamiento sin orden judicial, realizada en Garzón (Huila) el 21 de junio de 1991 a las 9:32 am, llevada bajo la dirección del Dragoneante José Fernando Herrera Pacheco, practicado “al inmueble ubicado en El Barrio Las Americas (sic), residencia sin nomenclatura de propiedad de MIGUEL ANTONIO CRUZ (fallecido) vivienda en sucesión”. Dicha diligencia se motivó por “Posible comercio (expendio de estupefacientes) Información confirmada en la diligencia, al encontrarse una porción de sustancia de consistencia polvosa y coloración blancusca (sic) al parecer “basuco” (sic), sin determinarse su peso exacto, en el momento de la diligencia”. Se agregó, también, que se “atendió llamada telefónica informando sobre el expendio de estupefacientes en esa residencia, en el mismo instante”. En el acta aparece la firma de Ricardo Antonio Guarnizo Martínez, quien lo hizo poniendo su nombre (fl.117 c1).

ix) Informe del resultado de los análisis grafonómicos realizados por el Técnico de Grafología Judicial de la Fiscalía General de la Nación, Cuerpo Técnico de Investigación, División Criminalística, de 23 de julio de 1992, respecto a las firmas que en nombre de Ricardo Antonio Guarnizo Martínez aparecían en el acta de justificación de allanamiento sin orden judicial, en comparación con la que obraba en el folio 73 del libro de control de retenidos, arrojando:

“(…)

1-. Confrontadas las grafías indubitables con la firma que en nombre de RICARDO ANTONIO GUARNIZO MARTINEZ, aparece en el (folio 70 frente), se hallaron equivalencias expresiográficas en sus manifestaciones de forma, movimiento y espacio, lo que permite aseverar en principio que la firma impugnada que obra a nombre de GUARNIZO MARTINEZ es auténtica y por ende fue plasmada por el susodicho GUARNIZO MARTINEZ.

El anterior concepto se emite en PRINCIPIO, en razón a que las grafías aportadas como patrón se encuentran reducidas en cantidad y a que una de ellas es una reproducción fotostática, factor este que no permite visualizar con claridad elementos tales como presión, velocidad y ritmo, aspectos que resultan esenciales para dictaminar de plano.

2-. Parangonados los acopios caligráficos modelos con la rúbrica de duda observada en el folio 73, (última columna, renglón 15) no se encontraron elementos morfodinamográficos que nos permitan establecer uniprocedencia grafica (sic), de conformidad con el material caligráfico que sirvió (sic) de base para la práctica de la presente confrontación grafonómica.

CONCLUSIONES

1-. Al confrontar los registros caligráficos del señor RICARDO ANTONIO GUARNIZO MARTINEZ, con la signature investigada (folio 70) se hallaron identidades grafonómicas que nos permiten establecer en principio uniprocedencia gráfica.

2-. No se encontraron elementos gráficos que nos permitan establecer uniprocedencia manuscrita entre la firma cuestionada (folio 73) y los grafismos allegados producidos por el señor GUARNIZO MARTINEZ” (fls.123 y 124 c1).

En el Testimonio rendido ante el contencioso por Beatriz Tovar de González se afirmó,

“(…) yo llegué en esos días antes a la casa de los hijos, y mia (sic) llegué yo ahí, y una noche mas (sic) o menos hará cuatro años mas (sic) o menos, llegó Guarnizo a la casa y entonces me dijeron que iba para viaje, pero era muy tarde, llegó con la mujer y los dos niños, entonces ya era muy tarde y no encontraban carro palla (sic) para el Pital, porque eran como a las (sic) ocho de la noche, entonces yo me dio (sic) pesar y les dije que quedaran, a mi casa llegaron como a las diez u once de la noche, no estoy bien segura porque no tenía (sic) reloj en ese momento; y ellos se quedaron, al otro día de mañana el señor Guarnizo salió a preguntar a que (sic) horas salía carro para el Pital, cuando estábamos (sic) ahí todos rodeados cuando, bueno yo mandé al hijo a comprar la leche, y él salió y yo quede (sic) en el fojón (sic) cuando entró el hijo mioy (sic) unos señores amenazandole (sic) con el revólver, esos señores eran de la Ley porque tenían revolver (sic), eran de civil, entonces el chino me dijo que saliendo a comprar la leche, había encontrado una bolsa y él se había agachado a recogerla y en eso salieron los señores y le dijeron, quieto no se mueva y entonces dijeron vea lo que encontré a su hijo, ellos me dijeron eso, dirigiendose (sic) a mi (sic), refiriendose (sic) a una droga, basuco (sic), entonces nosotros, en ese momento llegó Guarnizo y nos llevaron a todos para el Comando, a mi (sic), a mi hijo de nombre Arcenio Cruz Tovar que en esa época tenía (sic) como 20 años o menos podría ser, y al señor Guarnizo... Ya en el comando llegaron y ahí nos tomaron otros datos y nos hicieron huellas de los dedos y ya por la tarde, los señores Agentes nos trajeron para los Juzgados los mismos que nos sacaron de la casa y por la tarde nos echaron en el carro de la Policía (sic) para la Cárcel (sic) y cuando nos iban a echar para abajo le dije yo a los que nos sacaron de la casa, le dije yo, ole y a- l (sic) muchacho o sea Guarnizo, no lo van a echar pa (sic) abajo, no lo van a echar también para abajo, o no lo van a soltar, entonces ellos dijeron que no que dentro de unos segundos lo soltaban y cuando ya de salida para la carcel (sic), nos encontramos a la mujer de él con el niño, y le dije que ya lo sueltan a nosotros nos echan paabajo (sic) y asi (sic) fue a nosotros nos echaron para abajo, y él quedó ahí en el Comando y la mujer de él quedó ahí al frente. Al otro día cuando la razón me dijo la hija mia (sic) ANA TERESA CRUZ TOVAR, que fue a la visita y me dijo que habían matado a Guarnizo (...) PREGUNTADO. - Diganos (sic) si usted se dió (sic) cuenta qué procedimiento tuvieron las personas que había en el por usted llamado Comando de Policía (sic), respecto a usted y las demas (sic) personas que dice fueron conducidas a dicho lugar? CONTESTO. “A mi (sic) me entraron, una mujer vestida de Policía (sic) y me requisó y me sacó de la pieza y me echó al calabozo, me trató bien; ya estando detenida oí a los detenidos que quedaban enseguida de mi calabozo porque eran pegados los calabozos, que le habían pegado a Ricardo Guarnizo, que le habían pegado en la cara, porque Guarnizo le había dicho a uno de los F2, que me soltarán que yo no tenía (sic) porque pagar lo que no debía y que el F2 le había respondido que si esque (sic) usted viene a dar ordenes (sic) aqui (sic) maricón (sic) y que le había pegado un golpe en la cara... después de eso me bajaron a mi (sic) y a mi hijo a la Carcel (sic) que queda abajo en el Barrio Agua Azul y a Ricardo Guarnizo lo dejaron allí en el calabozo y yo les pregunté que si a Guarnizo lo iban a soltar o lo iban a echar

para abajo y dijeron que luego lo soltaban" (...) PREGUNTADO. - Digale (sic) al despacho, si estando dentro del Comando de la Policia (sic) de Garzón, alguna (sic) persona tratase (sic) Policia (sic), o del F2, les haya tomado fotografías, caso positivo, con que (sic) objetos o cosas les hicieron estas tomas? CONTESTO. "Si señor y huellas, nos tomaron fotografías y nos hicieron firmar, con un aparato ahí nos tomaron las fotos" (fls.167 a 171 c1).

En tanto que en el testimonio rendido por Ana Teresa Cruz Tovar, dicha señora expresó expresó,

"(...) él llegó [Ricardo Guarnizo] a la casa de nosotros, con la esposa de nosotros, con la esposa y los dos niños, pues al otro día que era viernes, pues yo estaba adentro en la parte de atras (sic), cuando entraron uno (sic) señores y dijeron que era de parte de la Policia (sic) y que nos saliéramos para afuera todos, entonces nosotros nos salimos hacia el patio, y ellos nos revisaron la casa y después llegó un carro, camioneta gris de la Policia (sic) y nos echaron y nos llevaron para el Comando de la Policia (sic) de aquí (sic) de Garzón, a mi persona (sic), mi mamá. Mi hermano Arcenio Cruz Tovar, a la señora Mary, esposa de Ricardo y a Ricardo Guarnizo, unicamente (sic) quedaron los niños en la casa y mi cuñada Nur Myriam Bermeo; a nosotros estando en el Comando, llamaron a una señora creo que les trabaja en la cocina de la Policia (sic) que saliera a requisarnos a nosotros, entonces se nos acercó el esposo de la señora Nur. o sea Ricardo Guarnizo y estaba golpeado y al preguntarle laseñora (sic) que le había pasado, él comentó que un señor Pacheco lo había golpeado el ojo, y tenia (sic) ese ojo colorado, no se porque le pegó; a mi (sic) y a mi corrijo, a mi (sic) y a la señora Nur, o sea la de Ricardo, nos soltaron del Comando de la Policia (sic) después de habernos tenido un rato allí, y dejaron en la Policia (sic) a mi mamá Beatriz Tovar, a mi hermano Arcenio Cruz y a Ricardo Guarnizo. Nosotras nos fuimos para mi casa, eso fue un viernes, a mi mamá esa tarde del viernes la mandaron con mi hermano para la cárcel, no supe que harían con Guarnizo porque yo me fui para mi casa con la señora de Guarnizo y ya al otro día o sea el sabado (sic) por la mañana, yo fui a la (sic) llevarle el desayuno a mi mamá y a mi hermano a la carcel (sic) y la señor (sic) de Guarnizo salió con sus hijos al Comando de la Policia (sic) (...) PREGUNTADO. - Diganos (sic) si usted se dió (sic) cuenta cómo fue el trato que ustedes recibieron en el Comando de la Policia (sic)? CONTESTO. "Pues el momento que yo estuve detenida no me di cuenta que hubiere ocurrido nada asi (sic) irregular, ni malos tratos, ni mal comportamiento, ya después no supe nada porque a mi (sic) me soltaron" (fls.173 a 175 ambas caras c1).

20 De los anteriores medios probatorios cabe extraer: i) el 21 de junio de 1991 siendo las 9:20 de la mañana, aproximadamente, se llevó a cabo una diligencia de allanamiento por agentes de la Policía Judicial y de la Policía Nacional en una residencia ubicada en el barrio Las Américas de Garzón (Huila), la que arrojó como resultado la incautación de dinero, de 14.9 gramos de una sustancia que fue, presuntamente, identificada como bazuco y la detención de varias personas [en el Libro de Población de la Estación de Policía se hablaba de 3 personas, pero en el Libro de Retenidos se identifican 5 personas] entre las que se encontraba Ricardo Antonio Guarnizo Martínez. Esto se confirma con lo declarado y ratificado

por Beatriz Tovar de González y por lo expresado en el testimonio de Ana Teresa Cruz Tovar⁴⁷; ii) el 21 de junio de 1991 y una vez se terminó la diligencia de allanamiento por los miembros de la fuerza pública, Ricardo Antonio Guarnizo Martínez y los demás detenidos fueron conducidos a la Estación de Policía de Garzón (Huila). Después de ser ubicados en los calabozos Beatriz Tovar de González, Arcenio Cruz Tovar y Ricardo Antonio Guarnizo Martínez, a Ana Teresa Cruz Tovar y a Luz Mary Trujillo las dejaron sin ingresarlas a los mismos, para posteriormente dejarlas en libertad. Tiempo después tanto Beatriz Tovar de González, como Arcenio Cruz Tovar fueron trasladados a un centro carcelario, quedando como único detenido en los calabozos de la Estación de Policía de Garzón (Huila) el señor Guarnizo Martínez. Se tiene demostrado que Guarnizo Martínez permaneció bajo custodia de la Policía Nacional, en la Estación multicitada, desde las 9:20 de la mañana del 21 de junio de 1991 y hasta una hora que no ha sido determinada, pero que se infiere directamente que no se corresponde con la hora de las 7:00 de la noche, como lo indicaba el Libro de Retenidos de la Estación, en el que aparece firmando Guarnizo Martínez, pero que conforme al dictamen grafonómico practicado a instancias del proceso penal dio como resultado que no había uniprocedencia en la rúbrica allí plasmada con aquella que el señor Guarnizo Martínez tenía acreditada en los registros civiles de nacimiento que fueron objeto de cotejo y valoración técnica; iii) el 22 de junio de 1991 siendo las 8:20 de la mañana se llevó a cabo el levantamiento del cadáver de Ricardo Antonio Guarnizo Martínez, del que se tiene como aspectos importantes que fue encontrado con la ropa que el día anterior, 21 de junio de 1991, fue llevada por su esposa Luz Mary Trujillo en horas de la tarde noche, y a su lado se encontró en una bolsa plástica el vestuario que tenía al momento de su detención (fl.87 c1). En el momento del levantamiento se encontró que presentaba un orificio en la región mamaria con tatuaje, esto es, que fue disparado a corta distancia y otro en la región occipital, además de presentar un hematoma en el ojo izquierdo y escoriaciones en el antebrazo izquierdo. Finalmente, de acuerdo con el informe de necropsia allegado, también, en la instancia penal indica que la muerte se produjo por los disparos que recibió por un arma de fuego y, que la hora de la

⁴⁷ No se puede considerar plenamente lo declarado por Arcenio Cruz Tovar quien en el proceso penal ofreció similares elementos en su declaración, pero no fue ratificado en el contencioso administrativo, tal como se exige por las reglas procesales. Se advierte que esta postura no se corresponde con la necesaria protección de la tutela judicial efectiva y de acceso a la administración de justicia que constitucional e interamericanamente se deben proteger, como lo ratificó la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de mayo de 2010 en el caso Manuel Cepeda contra Colombia.

muerte se señalaba entre 12 y 18 horas antes de haber sido practicada dicha diligencia.

21 La Sala, sin duda, del examen conjunto, armónico y coherente, y en aplicación del principio de la sana crítica, de los medios probatorios allegados al proceso logra establecer que el daño antijurídico causado a Ricardo Antonio Guarnizo Martínez es atribuible [fáctica y jurídicamente] a las entidades demandadas con base en el título objetivo, por cuanto se probó que Guarnizo Martínez desde la mañana del 21 de junio de 1991 estuvo bajo custodia de la Policía Nacional, al estar detenido preventivamente en los calabozos de la Estación de Garzón (Huila), sin haber sido ofrecida prueba alguna por las demandadas en la que se desvirtúe o que haya corroborado que Guarnizo Martínez salió efectivamente del calabozo, ya que como se señaló anteriormente, no puede darse credibilidad a lo consignado en el registro de detenidos, en el que se reflejó una salida con una firma que no corresponde con la que procede del mencionado señor, lo que lleva inferir que si bien el cuerpo fue encontrado en un lugar del municipio de Garzón diferente del calabozo de la Estación de Policía a las 8:20 de la mañana del 22 de junio de 1991, no cabe duda que su situación seguía estando bajo la custodia de la Policía Nacional, fruto de la detención preventiva o temporal que persistía.

La Sala encuentra en su precedente que la

“(…) Constitución Política de 1991 contempló dentro de los derechos fundamentales del individuo objeto de garantía permanente del Estado, el derecho de libertad. Previó como regla general que nadie podría ser limitado en su libertad sino con fundamento en mandamiento escrito de autoridad judicial competente, pero estableció dos excepciones la primera contenida en el segundo inciso de esta norma, y referente a la detención preventiva, no mayor a 36 horas, término dentro del cual debía ser puesta la persona a disposición del Juez competente para que adoptara la correspondiente decisión, y la segunda, prevista en el artículo 32 IBIDEM, para cuando el delincuente fuere sorprendido en flagrancia, caso en el cual “() podrá ser aprehendido y llevado por el juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguieren y se refugiara en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de la aprehensión; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá proceder requerimiento al morador” (Art. 32). El derecho a la libertad fue recogido también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado mediante la ley 74 de 1968 en la cual se expresó que "Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta..." y en la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por la ley 16 de 1972 que prescribió: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano

por las constituciones políticas de los Estados o por las leyes dictadas conforme a ellas... El régimen constitucional de la libertad personal y la inviolabilidad del domicilio, como lo ha sostenido la Corte Constitucional es de reserva legal y monopolio judicial, lo cual quiere decir que para que las autoridades puedan reducir a una persona a prisión o arresto o registrar su domicilio, deben cumplir con 3 requisitos " a) La existencia de un mandamiento escrito de autoridad judicial competente; b) El respeto a las formalidades legales; y c) La existencia de un motivo previamente definido en la ley ()". Ese mismo régimen contempló a su vez dos excepciones, la detención en flagrancia y la detención preventiva derivada de la aprehensión material, en las cuales puede haber privación temporal de la libertad, sin orden judicial previa que la autorice"⁴⁸ (subrayado fuera de texto).

Recientemente el precedente de la Sala fijó una serie de criterios que permiten valorar la procedencia de la detención preventiva de una persona y la connatural limitación a su libertad personal, argumentando que la

"La privación de la libertad (y dentro de ella la medida de detención preventiva) debe ser adecuada, esto (sic) es, cumplir los requisitos que se desprenden directamente de la norma constitucional, pues, de no hacerlo se vulnera el derecho fundamental a la libertad personal. Los condicionamientos a los que se hace referencia son: 1. Debe fundamentarse en una causa que esté previamente prevista en la ley. En otras palabras, la autoridad que asume la medida en todo momento está sujeta al más estricto principio de legalidad. Se exige como presupuesto la existencia de indicios y medios probatorios que desde un punto de vista racional arrojen una posible responsabilidad penal del individuo inculpado. 2. No puede ser indefinida, debe tener un límite temporal que se relaciona directamente con el tiempo indispensable para la averiguación de los hechos que dieron lugar a la asunción de la medida. 3. Al ser una medida cautelar su finalidad no es represiva, se encamina principalmente a prevenir diferentes circunstancias: la fuga del sindicado, su presencia en el proceso, la efectividad de la sentencia o impedir la continuación de su actividad delictiva. 4. La medida tiene una naturaleza jurisdiccional en sus diferentes fases: en la toma de decisión, en su control y en su finalización. 5. Una vez asumida la medida y afectada la libertad de una persona se activa un conjunto de garantías de orden procedimental y sustancial que hacen parte del derecho fundamental del debido proceso, principalmente la presunción de inocencia, el derecho de contradicción, el desplazamiento de la carga de la prueba en cabeza del Estado, entre otros. 6. La medida debe responder al criterio de excepcionalidad. En otros términos, la detención preventiva debe asumirse cuando no existe otra forma de asegurar los objetivos señalados en el numeral 3. 7. La (sic) detención preventiva siempre debe responder al principio de proporcionalidad, es decir que debe constituir un medio adecuado para la finalidad que se pretende alcanzar. Aún (sic) cuando los anteriores presupuestos se cumplan, la detención provisional sigue constituyendo la intervención más delicada en el derecho de libertad personal, argumento que se encuentra plenamente demostrado porque su operatividad se desprende de la incertidumbre, como quiera que aún no existe en el proceso una sentencia en la cual se declare la responsabilidad penal"⁴⁹ (subrayado fuera de texto).

⁴⁸ Sentencia de 17 de junio de 2004. Exp.15183.

⁴⁹ Sentencia de 14 de abril de 2010. Exp.18960.

Son varios los criterios que han obrado en el precedente de la Sala, para que se impute la responsabilidad extracontractual al Estado cuando practicada la detención preventiva, de ella se produce la muerte de aquel que “cautelamente” es privado de su libertad: i) utilización de medios desproporcionados; ii) uso excesivo de la fuerza; iii) no respetar el mandato (erga omnes) de prohibición de la pena de muerte; iv) vulneración de la obligación normativa constitucional de respetar y preservar la vida e integridad personal del individuo que es objeto de la detención preventiva; v) no haberse fundamentado en mandamiento escrito de autoridad judicial; vi) no respetar el principio del “habeas corpus”; vii) cuando no existen indicios y medios probatorios que racionalmente arrojaran la posibilidad de la responsabilidad penal del individuo; viii) que haya sido indefinida, o que no se haya respetado el plazo razonable (en sinergia con la tutela del habeas corpus); ix) que se haya convertido en una medida represiva, cuando su espíritu constitucional y legal es cautelar; x) no respetar el criterio de excepcionalidad en su práctica, y; xi) no responder al principio de proporcionalidad.

22 Ahora bien, encuentra necesario la Sub-sección examinar la detención preventiva y su tratamiento en el precedente de la Sala en perspectiva constitucional. En ese sentido, se sostiene en el precedente jurisprudencial constitucional,

“El Constituyente reservó de manera exclusiva y específica a los jueces de la República la potestad de ordenar la privación de la libertad de las personas, así sea preventivamente. Esto, desde luego, con las salvedades que se derivan del inciso 2º del mismo artículo 28, a las cuales se refirió esta Corporación y las relativas a los casos de flagrancia previstos en el artículo 32 eiusdem. Para poder sostener la competencia de las autoridades de policía en cuanto al conocimiento de los hechos punibles sancionables con pena de arresto mientras se expide la ley que lo radique en cabeza de autoridades judiciales, fue indispensable la expedición de una norma temporal expresamente orientada a ello, cuyo carácter es excepcional y restrictivo (artículo 28 Transitorio de la Constitución). He allí el único sustento constitucional actual de esa extraordinaria competencia administrativa. A la luz de la normatividad constitucional permanente no puede haber privación de la libertad que, con las salvedades dichas, provenga de autoridad diferente de la judicial”⁵⁰.

Así mismo, se sostiene que la

“(…) detención preventiva administrativa es la potestad que tienen los organismos de policía de aprehender materialmente a ciertos sujetos en caso de urgencia, cuando está de por medio el cumplimiento de su función de

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia C-212 de 28 de abril de 1994. Exp.D-319.

salvaguarda de los derechos y el ejercicio efectivo de las libertades públicas. De conformidad con la sentencia C-024 de 1994, la mencionada aprehensión sólo puede darse en presencia de los siguientes supuestos: (i) la existencia de razones fundadas que evidencien la necesidad de este procedimiento. Tal detención no puede basarse en la mera sospecha o convicción subjetiva del agente respecto de la ocurrencia de una posible infracción; (ii) debe tratarse de situaciones de urgencia y apremio cuyo aplazamiento puede conllevar un peligro inminente y, posteriormente, hacer ineficiente una investigación judicial, (iii) debe ser proporcionada en consideración a la gravedad de los hechos (iv) no pueden ser discriminatorias, en el sentido de estar encaminadas a excluir ciertos grupos sociales con fundamento en prejuicios hostiles hacia ellos. Además, la detención preventiva de naturaleza administrativa sólo procede, por regla general, ante eminentes vulneraciones de derechos fundamentales que tenga relevancia penal. Aprehensión que debe basarse en pruebas serias de incriminación y no en sospechas⁵¹ (subrayado fuera de texto).

De igual manera, para que

“(…) proceda la detención preventiva no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma. Los criterios legales de procedencia y de señalamiento de los fines de la detención preventiva, deben concurrir con los mandatos constitucionales, y podrían ser objeto de juicio de constitucionalidad cuando no se ajusten a los postulados de la Carta fundamental. Si la detención se ordena sin considerar los principios y valores que inspiran la Constitución, y en particular, las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma, en su apreciación en el caso concreto, el presunto infractor de la ley penal, su defensor o el Ministerio Público pueden solicitar el control de legalidad de la medida adoptada, o hacer uso de los mecanismos constitucionalmente previstos para la defensa de los derechos fundamentales, toda vez que de ello, resultaría una violación de los derechos constitucionales a la libertad personal y a la presunción de inocencia y se presentaría, además, una violación del debido proceso, si se establece que la ley se ha aplicado en un sentido excluido como inconstitucional por la Corte”⁵² (subrayado fuera de texto).

Recientemente el precedente jurisprudencial constitucional reitera y consolida el fundamento según el cual el

“(…) artículo 28 de la Carta Política consagra el derecho de toda persona a la libertad, cuya excepción a ser reducida a prisión, arresto o detención, se puede presentar sólo en ejercicio de la reserva judicial que allí se ha establecido, para lo cual se requiere de un mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley, así la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha puntualizado que esa reserva judicial para la referida limitación guarda

⁵¹ Corte Constitucional, sentencia T-301 de 25 de marzo de 2004. Exp. T-818600.

⁵² Corte Constitucional, sentencia C-774 de 25 de julio de 2001. Exp.D-3271.

relación con el principio de legalidad de la privación preventiva de la libertad, el cual deviene del principio de legalidad de la sanción penal, de modo que las exigencias para la aplicación de este último se hacen extensivas a aquéllas, aunque no exista una sanción definitiva por haber transgredido la normatividad penal”⁵³.

Desde la perspectiva del precedente jurisprudencial constitucional, también, se ofrecen criterios que deben observarse al momento de determinar la imposición o práctica de la detención preventiva: i) la reserva judicial (ex artículo 28 de la Carta Política) de la potestad de ordenar la privación de la libertad, salvo que proceda excepcionalmente la detención preventiva administrativa ante una situación de peligro inminente o urgencia; ii) se establecen unos supuestos en los que procede la detención preventiva: - cuando hay razones fundadas que evidencien la necesidad de dicho procedimiento; - no puede estar basada en la mera sospecha o en la convicción subjetiva del agente estatal; - puede proceder ante situaciones de urgencia y apremio; - debe ser proporcionada en función de la gravedad de los hechos; - su imposición o práctica no puede implicar discriminación alguna; iii) la detención preventiva administrativa procede ante “eminentes vulneraciones de los derechos fundamentales con relevancia penal”; iv) debe haber pruebas serias de incriminación y no simples sospechas, y; v) deben ser consideradas las finalidades constitucionalmente admisibles, que vulnerados llevaría a la violación de los derechos a la libertad personal, a la presunción de inocencia y, al debido proceso.

23 Teniendo en cuenta lo anterior, cabe a la Sala formular como premisa inicial que toda autoridad investida de facultades policiales debe respetar la Constitución, la ley y los principios democráticos⁵⁴. Lo anterior implica que “adoptar una concepción democrática de la doctrina policial significa sencillamente acogerse al

⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-1198 de 4 de diciembre de 2008. Exp.D-7287.

⁵⁴ “Tradicionalmente, la policía ha hecho hincapié en la necesidad de realizar sus deberes de acuerdo con la ley. Sin embargo, el profesionalismo suele ser percibido como un elemento que dificulta esta observancia de la ley por parte de la entidad; para defender esta postura se sostiene que el propósito del trabajo del policía es hacer cumplir la ley, sin tener en cuenta los valores políticos o sociales que van más allá de ella. Esta interpretación del profesionalismo derivan del hecho de que la capacitación de la policía es fundamentalmente legalista. La autoridad de los oficiales sobre sus subordinados y sobre la ciudadanía, así como su inmunidad frente a interferencias indebidas del ámbito político se basan en las leyes existentes. Si se recurre al imperativo del respeto por la ley, puede argumentarse que la policía es una institución profesional que mantiene el orden en cualquier circunstancia, no obstante, no conduce necesariamente al respeto por conceptos como democracia y los derechos humanos. El personal los acepta, en la medida que se trata de ideas respaldadas por la legislación vigente, pero su incorporación en las prácticas de la institución tarde en aparecer. Entonces, debido a que estos conceptos no son vistos como una fuerza motriz, la policía desconfía de los ciudadanos, lo que a su vez, hace que sus estrategias para combatir el crimen le presten poca atención a las preocupaciones ciudadanas”. FRÜHLING, Hugo. “La reforma de la Policía y el proceso de democratización”, en FRÜHLING, Hugo; TULCHIN, Joseph S. *Crimen y violencia en América Latina*. 1ª ed. Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2005, p.36.

precepto de que este organismo ha de acatar un código de conducta que resulte legítimo en términos de los derechos humanos. De lo que se desprende que los policías deben cumplir sus tareas teniendo siempre como fin último el beneficio de la ciudadanía y asumir una orientación de servicio público, al tiempo que son completamente responsables por cualquier violación que cometan contra la ley; implica también la existencia de mecanismos que garanticen que la entidad responda ante la población por las estrategias que usa para protegerla, por la eficiencia y seriedad con las cuales desempeña sus deberes y por el respeto que demuestre frente a las percepciones, intereses y valores de los ciudadanos”⁵⁵, lo que debe llevar a concluir que “los policías no sólo están sujetos a controles con relación a la legalidad de sus actos, sino también con respecto a la diligencia y eficiencia de su desempeño”⁵⁶.

24 De acuerdo con la premisa inicial, puede la Sala estudiar el encuadramiento del caso en dos supuestos de responsabilidad del Estado, que le orientan por dos títulos diferentes. Por muerte de persona detenida o en estado de reclusión temporal, por título objetivo derivado de las especiales obligaciones de sujeción que existen en cabeza de la entidad demandada cuando una persona se encuentra privada de la libertad, o por ejecución extrajudicial por falla del servicio. Sin duda, y teniendo en cuenta las garantías constitucionales y el respeto de los derechos humanos, la Sala estudiará el caso desde la perspectiva de la ejecución extrajudicial, sin perjuicio de tomar elementos propios a las obligaciones propias a la administración pública respecto de los sujetos que encontrándose bajo su custodia temporal, en detención preventiva, son objeto de una relación de especial sujeción.

25 En este contexto, y según el precedente de la Sala, se acoge como tesis las “condiciones especiales de sujeción”, según la cual el hecho de que una persona se encuentre en situación de reclusión temporal, como en el caso ocurrió con Ricardo Antonio Guarnizo Martínez quien estuvo recluso en el calabozo de la estación de la Policía Nacional en Garzón (Huila), implica la existencia de subordinación del sujeto detenido provisionalmente frente al Estado. Dicha subordinación produce, como consecuencia, que el detenido se encuentre en una “condición de vulnerabilidad o debilidad manifiesta”, de la que se hace desprender una relación jurídica especial que se sustenta en la tensión entre la restricción,

⁵⁵ FRÜHLING, Hugo. “La reforma de la Policía y el proceso de democratización”, en FRÜHLING, Hugo; TULCHIN, Joseph S. *Crimen y violencia en América Latina.*, ob., cit., pp.36 y 37.

⁵⁶ *Ibíd.*, p.37.

limitación o modulación y el respeto de los derechos de dicho sujeto, con especial énfasis por la tutela del derecho a la vida y a la integridad personal, los cuales no se limitan o suspenden por la propia condición o situación jurídica del individuo retenido⁵⁷, Ricardo Antonio Guarnizo Martínez.

La Sala advierte, que este tipo de hechos ha sido valorado con base en el título de imputación de la falla del servicio⁵⁸, el cual ha sido acogido en un momento dado como precedente, fundado en el incumplimiento o cumplimiento defectuoso o tardío, en el funcionamiento anormal, en la inactividad o en la omisión de la obligación estatal⁵⁹, debe seguirse el precedente progresivo según el cual cuando se trata de daños irrogados a personas detenidas preventiva o temporalmente, como ocurrió con Ricardo Antonio Guarnizo Martínez, el título de imputación se objetiva⁶⁰, atendiendo a la “especial relación jurídica de sujeción”, en virtud de la cual los ciudadanos que se encuentran en la condición de reclusos están sometidos al Estado por su cuenta y decisión, lo que implica que no le bastaba a la entidad demandada con demostrar diligencia y cuidado, ya que esta asume integralmente la obligación de seguridad de los internos.

26 Pese a que en este tipo de eventos puede invocarse y operar como causal eximente de responsabilidad el hecho de un tercero, era la demandada la que tenía la carga de probar que dicha causa fue exclusiva, determinante y eficiente, de tal forma que lleve a enervar la responsabilidad del Estado. Así mismo, se puede llegar a examinar el caso desde la perspectiva de la concurrencia causal entre el hecho de un tercero, el daño sufrido por el detenido como consecuencia de la acción de otro (desconocido), y la obligación de custodia y vigilancia de la entidad demandada, sin embargo, el precedente de la Sala ha superado este

⁵⁷ El precedente de la Sala, cuya continuidad se revela, se encuentra en las siguientes sentencias: 27 de abril de 2006, Exp.20125; 30 de agosto de 2006, Exp. 27581; 3 de mayo de 2007, Exp.21511; 20 de febrero de 2008, Exp. 16996; 29 de enero de 2009, Exp. 16975; 26 de mayo de 2010, Exp. 18800 y; 9 de junio de 2010, Exp. 19849.

⁵⁸ En todo caso, no es plenamente descartable que los daños sufridos por detenidos en calabozos o centros de detención provisional puedan ser deducidos con fundamento en el régimen de la falla en la prestación del servicio, de manera que sea necesario demostrar el incumplimiento de los deberes de protección en cabeza del Estado. En ese sentido, la prueba recaudada debe permitir demostrar que la entidad demandada omitió poner en funcionamiento los mecanismos necesarios para evitar la ocurrencia de los daños al detenido preventiva o temporalmente, concretándose en una negligencia en el cumplimiento de sus deberes. El precedente de la Sala, cuya continuidad se revela, se encuentra en las siguientes sentencias: 3 de mayo de 2007, Exp. 21511; 23 de abril de 2008, Exxp. 16186; 30 de julio de 2008, Exp.15575; 11 de febrero de 2009, Exp. 16750; 26 de mayo de 2010, Exp. 18584

⁵⁹ El precedente de la Sala, que sostenía esta tendencia se encuentra en las siguientes sentencias: 23 de abril de 2008, Exp. 16186; 11 de febrero de 2009, Exp. 16750; 26 de mayo de 2010, Exp.18854.

⁶⁰ El precedente de la Sala, cuya continuidad se revela, se encuentra en las siguientes sentencias: 13 de julio de 1993, Exp. 8163; 16 de julio de 2008, Exp.16423..

fundamento atendiendo a la “relación de especial sujeción” en virtud de la cual el Estado está llamado a respetar y garantizar la vida e integridad personal del detenido ante acciones tanto de otros sujetos, como de los propios funcionarios o personal de la Policía Nacional adscritos a la estación de Garzón (Huila)⁶¹.

27 Y si bien de los testimonios y pruebas recaudadas no existe afirmación alguna que indique que alguno haya observado disparar a los policías de la Estación de Garzón (Huila), la comunidad de la prueba permite indiciariamente demostrar que la última vez que se vio con vida a Ricardo Antonio Guarnizo Martínez fue en los calabozos de la mencionada Estación de la Policía Nacional, ya que fue objeto de una detención preventiva sin que se haya establecido que se encontraba en una situación de flagrancia ante la comisión de un ilícito, ni se puso a disposición de la autoridad judicial competente dentro del término razonable que la autoridad policial tenía para cumplir con las condiciones exigidas tanto en la Carta Política, como en las normas procedimentales penales y de Policía aplicables para la época de los hechos, lo que llevó a que fuera encontrado al día siguiente de su detención preventiva, el 22 de junio de 1991, muerto en un lugar diferente a la instalación policial. Y es de resaltar lo indicado en el informe de necropsia, practicada a las 3:00 de la tarde del 22 de junio de 1991, en la que se reveló que la muerte de Guarnizo Martínez se produjo entre 12 y 18 horas antes, lo que ubica la situación de dicho señor espacial y temporalmente bajo la custodia de los miembros de la Policía Nacional de la Estación de Garzón (Huila).

28 Con base en los anteriores argumentos, la Sala confirmara la sentencia del *a quo* declaró administrativamente responsables a las entidades demandadas y procederá a ajustar y actualizar los perjuicios reconocidos y tasados en primera instancia.

7. Perjuicios.

7.1. Perjuicios Morales

29 La parte actora solicitó que el reconocimiento de perjuicios morales a favor de todos los actores. En el acervo probatorio se aportó, como prueba para su

⁶¹ Sentencia de 26 de mayo de 2010, Exp.1880.

reconocimiento, la partida de bautismo de Graciela Martínez Chaux⁶² (fl.7 c1), el certificado de matrimonio de Manuel Antonio Guarnizo Trujillo y Graciela Martínez Chaux (sin número de folio c1) y las copias auténticas de los registros civiles de nacimiento de Manuel Antonio Guarnizo Trujillo (sin número de folio c1), de Luz Mary Trujillo Herrera (fl.8 c1), de Richard Fabián Guarnizo Trujillo (fl.9 c1), de Yonathan Guarnizo Trujillo (fl.10 c1), Esperanza Guarnizo Martínez (sin número de folio c1), de Marta Cecilia Guarnizo Martínez (sin número de folio c1), de Luis Alberto Guarnizo Martínez (sin número de folio c1), de Gerardo Guarnizo Martínez (sin número de folio c1), de Favio Guarnizo Martínez (sin número de folio c1), de Manuel Guarnizo Martínez (sin número de folio c1), el registro civil de defunción de Graciela Martínez de Guarnizo, quien falleció el 24 de junio de 2004 (fl.324 cp).

30 Revisadas las pretensiones de la demanda, y tratándose de la muerte de Ricardo Antonio Guarnizo Martínez, se encuentra acreditado el parentesco con los registros civiles, lo que lleva a la Sala a tener por demostrado el perjuicio moral en cabeza de los demandantes con ocasión de la muerte del hijo y hermano, lo que aplicando las reglas de la experiencia hace presumir que la muerte en las circunstancias violentas en las que ocurrieron, hacen presumir que los parientes cercanos (que conforman su núcleo familiar) debieron afrontar un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la

⁶² En la que se da cuenta que nació el 10 de septiembre de 1928. En cuanto al valor probatorio de la partida de bautismo el precedente de la Sala indica: "En vigencia del artículo 347 del C.C., y la Ley 57 de 1887, el estado civil respecto de personas bautizadas, casadas o fallecidas en el seno de la Iglesia, se acreditaba con los documentos tomados del registro del estado civil, o con las certificaciones expedidas por los curas párrocos, pruebas que, en todo caso, tenían el carácter de principales. Para aquellas personas que no pertenecían a la Iglesia Católica, la única prueba principal era la tomada del registro del estado civil. Con la entrada en vigencia de la Ley 92 de 1.938 se estableció la posibilidad de suplir la falta de las pruebas principales por supletorias. Para acudir a éstas últimas, era necesario demostrar la falta de las primeras. Esta demostración consistía en una certificación sobre la inexistencia de la prueba principal, expedida por el funcionario encargado del registro civil, que lo era el notario, y a falta de éste, el alcalde. Por su parte, el Decreto 1260 de 1.970 estableció como prueba única para acreditar el estado civil de las personas, el registro civil de nacimiento. En el sub judice, según la partida de bautismo de Eleusepio Edison Lozano Viera, éste nació el 2 de octubre de 1938, esto es en vigencia la Ley 92 de 1938, la cual entró a regir el 26 de mayo de ese año; es decir, la partida de bautismo aludida tiene el carácter de prueba supletoria. Sin embargo, no obra prueba alguna en el plenario que acredite la ausencia de la prueba principal, de suerte que el documento aludido no resulta suficiente en este caso para acreditar el parentesco con la víctima, según las normas atrás citadas". Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de agosto de 1982, CP: Carlos Betancur Jaramillo, Expediente 3139, donde se reconoció como perjuicio moral el "malestar psíquico" sufrido a raíz del accidente. Consejo de Estado, Sección Tercera, 4 de abril de 1997, CP: Jesús María Carrillo Ballesteros, Expediente 12007, que reconoció como perjuicio moral por el hecho de que la víctima "estuvo sometida al miedo, la desolación, a la zozobra, a la tristeza, mientras se produjo su liberación. En atención a dicho precedente, la Sala revisado el acercó probatorio encuentra que Graciela Martínez Chaux nació antes de la vigencia de la Ley 92 de 1938, con lo que le es aplicable lo establecido en el artículo 347 del CC y la ley 57 de 1887, de tal manera que se podía determinar su estado civil y reconocer la indemnización a favor de la sucesión o de quien haga sus veces.

personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad. En este sentido, el precedente de la Sala indica,

“Las reglas de la experiencia, y la práctica científica⁶³ han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo. Razón por la cual la Sala reitera la posición asumida por la Corporación en la sentencia de 17 de julio de 1992⁶⁴ donde sobre el particular, y con fundamento en la Constitución, se analizó el tópico, así:

“En punto tocante con perjuicios morales, hasta ahora se venían aceptando que estos se presumen para los padres, para los hijos y los cónyuges entre sí, mientras que para los hermanos era necesario acreditar la existencia de especiales relaciones de fraternidad, o sea, de afecto, convivencia, colaboración y auxilio mutuo, encaminados a llevar al fallador la convicción de que se les causaron esos perjuicios resarcibles. Ocurre sin embargo, que la Constitución Nacional que rige en el país actualmente, en su artículo 2º., señala que Colombia como Estado Social de derecho que es, tiene como fines esenciales el de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma; también el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecte y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; al igual que defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica (sic) y la vigencia de un orden justo.

“Por su parte el artículo 42 de la Carta Política, establece que el Estado y la sociedad tienen como deber ineludible el de garantizar la protección integral de la familia, núcleo fundamental de la sociedad, que “se constituye por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.” Y agrega que “Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes”. (Subrayas fuera de texto).

“La ley no ha definido taxativamente las personas que integran la familia que goza de la especial protección del estado y de la sociedad en general. Así las cosas, podría adoptarse como criterio interpretativo el concepto amplio de la familia, como aquellos parientes próximos de una persona a los que se refiere el artículo 61 del C.C., que es del siguiente tenor:

“En los casos en que la Ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van a expresarse y en el orden que sigue:

⁶³ Fernández Liria, B. Rodríguez Vega. Intervenciones sobre problemas relacionados con el duelo para profesionales de Atención Primaria: El proceso del duelo. Universidad Autónoma de Madrid. [Http://www.medicinadefamiliares.cl/Protocolos/DUELO%201.pdf](http://www.medicinadefamiliares.cl/Protocolos/DUELO%201.pdf) “Aunque es difícil establecer inequívocamente relaciones causa-efecto, numerosos estudios han relacionado las pérdidas de diverso tipo con alteraciones de la salud¹. Hoy se acepta generalmente que en torno a un tercio de los pacientes que acuden a las consultas de Atención Primaria presentan problemas de salud mental que requerirían algún tipo de tratamiento y, aproximadamente una cuarta parte del total presenta problemas que podrían considerarse relacionados con algún tipo de pérdida¹.”

⁶⁴ Radicado 6750, actor: Luis María Calderón Sánchez y otros. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

- “1º. Los descendientes legítimos;*
“2º. Los ascendientes legítimos;
“3º. El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o este a falta de descendientes o ascendientes legítimos;
“4º. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1º., 2º. y 3º;
“5º. Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1º., 2º., y 4º;
“6º. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores;
“7º. Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados.

“Si la persona fuera casada, se oirá también, en cualquiera de los casos de este artículo a su cónyuge; y si alguno o algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad o estuvieren sujetos a la potestad ajena, se oirá en su representación a los respectivos guardadores, o a las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituidos.”

“También resulta procedente tomar como familia lo que los tratadistas definen como familia nuclear, esto es, la integrada por los parientes en primer grado a que alude el artículo 874, ordinal 3º ibídem, que reza:

“La familia comprende (además del habitador cabeza de ella) a la mujer y a los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aún (sic) cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.”

“La familia para fines de las controversias indemnizatorias, está constituida por un grupo de personas naturales, unidas por vínculos de parentesco natural o jurídico, por lazos de consanguinidad, o factores civiles, dentro de los tradicionales segundo y primer grados señalados en varias disposiciones legales en nuestro medio.

“Así las cosas, la Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues ninguna razón para que en un orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestran la solidaridad o afecto hasta hoy requeridos, para indemnizarlos. Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que el daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales.

“Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se ha tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente. En síntesis, la Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido lo normal y de requerir la prueba de lo anormal. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo

razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien.”⁶⁵ (Negrillas de la Sala)⁶⁶.

31 En el proceso la demandada no desvirtuó en ningún momento la presunción de aflicción causada a los demandantes por la pérdida del esposo, padre, hijo y hermano, lo que lleva a concretar la existencia de los perjuicios morales en cabeza de todos y cada uno de aquellos.

32 Ahora bien, respecto de los perjuicios morales en cabeza de los demás demandantes con ocasión de la muerte de Ricardo Antonio Guarnizo Martínez, con base en las reglas de la experiencia, hace presumir, en las circunstancias en que ocurrió, que los parientes cercanos debieron afrontar un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad⁶⁷. Se recaudaron, además para determinar lo anterior, entre otros, el testimonio rendido por Alexander Cabrera Rojas, en el que expresó,

“(…) Yo lo conocí a él en el año de 1988, él trabajaba con GERARDO GUARNIZO; yo en ese tiempo entré a trabajar con él como soldador, el taller era de GERARDO y RICARDO ANTONIO GUARNIZO MARTINEZ, yo entré a trabajar con ellos como Soldador (sic), ese taller estaba ubicado en la calle 19 Sur con 21 de acá de la ciudad de Neiva (…). PREGUNTADO: Cual (sic) era el trabajo específico que desarrollaba RICARDO ANTONIO EN (sic) en el taller de ornamentación? CONTESTO: “En ese tiempo él me colaboraba como ayudante, pintaba también, todo lo que hace un ayudante en un taller de ese tipo” (fls.191 y 192 c1).

En tanto que, en el testimonio rendido por Carlos Alberto Covalada Herrera, en el que señaló,

“(…) PREGUNTADO: Manifiestele (sic) al Tribunal si usted sabe o le consta a qué oficio o actividad se dedicaba RICARDO ANTONIO GUARNIZO MARTINEZ y cuáles eran aproximadamente sus ingresos mensuales? CONTESTO: “El (sic) siempre se dedicó a la cuestión de la ornamentación, él dedicaba mucho con los hermanos y a ellos le siba muy bien porque tenían muchos contratos, trabajaban ellos con la familia y ayudaban a los papás. Yo no sé cuanto (sic) era exactamente lo que se ganaban mensualmente para

⁶⁵ Posición que ha sido reiterada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 30 de marzo de 2004. S 736 Actor: Nelly Tejada. Consejero Ponente Camilo Arciniegas Andrade. “Del parentesco cercano con la víctima se infiere el padecimiento moral que su muerte inflige a los suyos. El parentesco es indicio vehemente del daño moral.” Y recientemente por la Sección Tercera, en sentencia de 30 de agosto de 2007. Expediente 15.724, actor: Oswaldo Pérez Barrios. Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra.

⁶⁶ Sentencia de 15 de octubre de 2008. Exp.18586.

⁶⁷ Sentencias del 18 de marzo de 2010, Expedientes: 32651 y 18569 M.P. Enrique Gil Botero

esa época, pero calcuno (sic) unos ochenta mil pesos” (...) PREGUNTADO: Dígame al Despacho (sic) si RICARDO ANTONIO GUARNIZO MARTINEZ era casado por la iglesia o cual era su estado civil? CONTESTO: Hasta donde yo sé ellos vivían en unión libre. El trato de él para con ella era muy bueno, era muy responsable; inclusive estando viviendo con ella se fue a pagar servicio militar porque necesitaba la libreta militar porque aspiraba a tener un puesto bueno”. PREGUNTADO: Dígame al Despacho (sic) en qué empleaba los ingresos que recibía mensualmente RICARDO ANTONIO GUARNIZO MARTINEZ en su labor ornamentador? CONTESTO: “El siempre los utilizaba en el hogar que tenía formado, en la familia, en sus hijos porque quería muchos esos hijos, eran la vida de él” (fls.193 y 194 c1).

33 Ahora bien, la Sala tendrá en cuenta los criterios vertidos en la sentencia de 6 de septiembre de 2001 (Exps. 13.232 y 15.646) fijándose en salarios mínimos legales mensuales vigentes como medida de tasación, con lo que se responda a la reparación integral y equitativa del daño al estimarse en moneda legal colombiana. Si bien, a partir de 2001 la jurisprudencia viene aplicando como criterio de estimación de los perjuicios morales el salario mínimo mensual legal vigente, no deja de seguir siendo un ejercicio discrecional (*arbitrio iudicis*) del juez de tasar tales perjuicios, sin lograr, aún, la consolidación de elementos objetivos en los que pueda apuntarse la valoración, estimación y tasación de los mismos, con lo que se responda a los principios de proporcionalidad y razonabilidad con lo que debe operar el juez y, no simplemente sustentarse en la denominada “cierta discrecionalidad”.

34 En relación con el perjuicio moral, el precedente de la Corte Suprema de Justicia sostiene su carácter inconmensurable, lo que exige que su tasación no obedezca a criterio alguno de compensación. En ese sentido, se señala,

“En torno al perjuicio moral es de recordar que su indemnización no obedece a un criterio compensatorio, desde luego que la vida humana es inconmensurable, sino a uno satisfactorio, destinado a mitigar en lo posible la enorme pena que en el fondo queda ante la ausencia de un ser amado, razón por la cual en a su apreciación han de considerarse el dolor de quien lo sufre, la intensidad de su congoja, la cercanía con el ser perdido, entre otras cosas, para con cimiento en la equidad arribar al más justo valor, distante por lo general de la matemática exactitud con que se escruta el daño material”⁶⁸.

De acuerdo con lo anterior, la Sala empleará un test de proporcionalidad para la tasación de los perjuicios morales. En cuanto al fundamento de este test, el precedente jurisprudencial constitucional establece,

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 2009. Exp. 1995-10351.

“La proporcionalidad en el derecho refiere a una máxima general y parámetro de acción para la totalidad de la actividad estatal, aunque no exclusivamente, ya que el principio de proporcionalidad puede llegar a aplicarse también en el ámbito de las relaciones particulares regidas por el derecho privado. En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución–, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho (artículo 1 C.P.), fuerza normativa de la Constitución (artículo 4 C.P.) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5 C.P.). En el derecho penal, la proporcionalidad regula las relaciones entre diversas instituciones, como entre la gravedad de la conducta punible y la sanción penal a imponer por su comisión, entre las causales de justificación y la posible eximente de punibilidad, entre las causales de agravación o atenuación y la graduación de la pena, o entre la magnitud del daño antijurídico causado y la sanción pecuniaria correspondiente a fijar por el juez, como se analiza en la presente providencia.

De las funciones que cumple el principio de proporcionalidad en el control constitucional de la legislación y en la tutela de los derechos fundamentales depende en gran parte la efectividad del Estado Social de Derecho, el respeto de la dignidad humana y la inalienabilidad de los derechos de la persona. Es por ello que se hace necesario un manejo adecuado del principio de proporcionalidad, diferenciando su sentido general -como máxima de interpretación que evita el desequilibrio, la desmesura o el exceso en el ejercicio del poder público - de su sentido específico como parte constitutiva del juicio de igualdad⁶⁹. Tal distinción entre un sentido genérico y uno específico con que se usa el concepto de proporcionalidad conduce al problema de los métodos para su aplicación. 8.2. Un uso general, no técnico, del concepto de proporcionalidad en el control de constitucionalidad, prescinde de un método para su aplicación. La relación de equilibrio entre dos magnitudes, instituciones, conductas, etc., se establece en forma intuitiva, conectada muchas veces a un juicio de grado. Se afirma, por ejemplo, que un acto es proporcionado, desproporcionado, leve o manifiestamente desproporcionado. La inexistencia de método para establecer el grado a partir del cual dicho acto pierde la proporción hasta el punto de verse afectada su constitucionalidad, conlleva la concentración en el juez de la facultad de decidir discrecionalmente sobre la juridicidad de las actuaciones de otros órganos del poder público. Tal consecuencia no es compatible en un estado democrático de derecho donde los órganos del Estado cumplen funciones separadas. Es por ello que el uso coloquial de la proporcionalidad o desproporcionalidad, en el sentido de exceso o desmesura, requiere ser sustituido por métodos objetivos y controlables que permitan al juez constitucional ejercer su misión de salvaguarda de la Constitución y de los derechos constitucionales, dentro de un marco jurídico respetuoso de las competencias de las demás autoridades públicas, en especial del legislador democrático. La proporcionalidad concebida como principio de interpretación

⁶⁹ Sobre la proporcionalidad como elemento del juicio de igualdad únicamente cuando el test es estricto, ver la sentencia C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; aclaración de voto de Jaime Araujo Rentería

constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación.

Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Los intereses ponderados también se concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto.

No existe un solo método de ponderación. Se pueden aplicar diferentes formas de ponderar según la materia de que se trate. Por ejemplo, cuando se analiza si una medida policiva es desproporcionada, la comparación se efectúa, generalmente, entre la gravedad de las circunstancias, de un lado, y la magnitud con la cual la medida afecta intereses constitucionalmente protegidos. En el juicio de razonabilidad, cuando éste incluye un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, la comparación se realiza, usualmente, entre los fines y las medidas estatales, de un lado, y la afectación de intereses protegidos por derechos constitucionales. Los métodos de ponderación se distinguen no solo según qué es lo que se sopesa, sino también por los criterios para decidir cuando la desproporción es de tal grado que procede una declaración de inexequibilidad. No se exige una proporcionalidad perfecta puesto que el legislador no tiene que adecuarse a parámetros ideales de lo que es correcto por no ser excesivo.

Por lo anterior, el análisis de proporcionalidad del límite de mil salarios mínimos legales, se hará de conformidad con el siguiente método: (i) identificar y clarificar cuáles son los intereses enfrentados regulados por la norma; (ii) sopesar el grado de afectación que sufre cada uno de esos intereses por la aplicación del límite fijado en la norma; (iii) comparar dichas afectaciones; (iv) apreciar si la medida grava de manera manifiestamente desproporcionada⁷⁰ uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución⁷¹ (subrayado fuera de texto).

Dicho principio de proporcionalidad debe, por lo tanto, convertirse en el sustento adecuado para la determinación y dosificación ponderada del quantum indemnizatorio del perjuicio moral, respecto de lo que el precedente jurisprudencial constitucional señala,

⁷⁰ Ver entre otras la sentencia C-758 de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis. Allí la Corte justifica que en materia de sanciones el límite entre lo constitucionalmente inadmisibles y lo permitido se traza con el criterio de la desproporción manifiesta

⁷¹ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

“Frente a los llamados perjuicios morales objetivables, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, ha estimado que en algunos casos pueden ser valorados pecuniariamente⁷², con base en criterios como el dolor infligido a las víctimas⁷³, el perjuicio estético causado⁷⁴ o el daño a la reputación⁷⁵. Si de la aplicación de tales criterios surge que dichos perjuicios superan el límite fijado por el legislador, habría una afectación grave del interés de las víctimas por lograr una indemnización integral de los perjuicios que se le han ocasionado y cuyo quantum ha sido probado. Al igual que con los perjuicios materiales, el límite resultaría manifiestamente desproporcionado frente al derecho de las víctimas a la reparación integral, como quiera que el riesgo de arbitrariedad del juez es menor cuando el valor de los perjuicios ha sido acreditado en el juicio por factores que no dependen de su apreciación subjetiva.

Esta desproporción resulta más evidente si se tiene en cuenta que ni en la jurisdicción civil ni en la jurisdicción contencioso administrativa existe una disposición legal que restrinja la discrecionalidad del juez para decidir la reparación de perjuicios morales. En dichas jurisdicciones se ha fijado una cifra para la valoración de ciertos perjuicios que depende de consideraciones puramente subjetivas y cuyo quantum ha sido reconocido tradicionalmente hasta por 1000 gramos oro, o más recientemente hasta por 2000 y 4000 gramos oro⁷⁶⁷⁷.

35 El fundamento, por lo tanto, del test de proporcionalidad no es otro, según los precedentes anteriores,, el cual, a su vez, comprende tres sub-principios que son aplicables al mencionado test: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto⁷⁸.

⁷² Ver entre otras las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 13 de abril de 2000, CP: Ricardo Hoyos Duque, Radicación No. 11892; 19 de julio de 2001, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación No. 13086; 10 de mayo de 2001, CP: Ricardo Hoyos Duque, Radicación No.13.475 y del 6 de abril de 2000, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación No. 11.874. Ver también, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal del 29 de mayo de 1997, MP: Juan Manuel Torres Fresneda, Radicación 9536

⁷³ Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de agosto de 1982, CP: Carlos Betancur Jaramillo, Expediente 3139, donde se reconoció como perjuicio moral el “malestar psíquico” sufrido a raíz del accidente. Consejo de Estado, Sección Tercera, 4 de abril de 1997, CP: Jesús María Carrillo Ballesteros, Expediente 12007, que reconoció como perjuicio moral por el hecho de que la víctima “estuvo sometida al miedo, la desolación, a la zozobra, a la tristeza, mientras se produjo su liberación.”

⁷⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, 31 de julio de 1989, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 2852. Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de mayo de 1993, CP: Julio César Uribe Acosta, Expediente 7428

⁷⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 3510.

⁷⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de 25 de septiembre de 1997, Sección Tercera, Expediente 10.421, CP: Ricardo Hoyos Duque, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 2.000 gramos oro. Sentencia del 19 de julio de 2000, Expediente 11.842, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 4.000 gramos oro

⁷⁷ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

⁷⁸ La doctrina señala que “la propia estructura del principio de proporcionalidad consiste, en efecto, en la aplicación del conocido test tripartito sobre una medida determinada, adoptada de ordinario por un sujeto distinto a aquel que desarrolla el juicio de control”. ARROYO JIMENEZ, Luis. “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, en ORTEGA, Luis; SIERRA, Susana de la (Coords). Ponderación y derecho administrativo. Madrid, Marcial Pons, 2009, p.33.

En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego.

En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes. Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de los criterios propios a la idoneidad, de tal manera que la indemnización se determine atendiendo a la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada). Lo anterior, debe permitir concretar un mayor quantum indemnizatorio cuando se trata del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios que deben obrar en función del principio de idoneidad.

Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, y su desdoblamiento, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto.

36 De acuerdo con lo anterior, para el reconocimiento y tasación del perjuicio moral en el presente caso se sujetara a los anteriores criterios objetivos, los que ordinariamente están demostrados con base en la prueba testimonial, de la que se deriva la denominada "presunción de aflicción" la que debe aplicarse conjuntamente con los mencionados criterios, de manera que la tasación de este

tipo de perjuicios responda a la complejidad de una sociedad articulada, plural y heterogénea que exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada, sin que constituya una tarifa legal o judicial.

37 Si solamente se encuentra satisfecho el requisito de **idoneidad** se concederá de la siguiente forma:

	Con convivencia	Sin convivencia pero con relación de cercanía	Sin convivencia y sin relación de cercanía (simple presunción de Registro Civil)
Familiares inmediatos y cónyuge	50 SMMLV	10 SMMLV	5 SMMLV
Familiares derivados	20 SMMLV	5 SMMLV	2 SMMLV

En cuanto al lesionado, la tasación se hará conforme a la intensidad, necesidad y proporcionalidad que representa moralmente la angustia, la tristeza y la aflicción de verse con la pérdida de su ojo izquierdo. De acuerdo con lo anterior, los perjuicios morales quedarán tasados para los actores de la siguiente manera:

38 Con base en lo anterior, la Sala liquidará la indemnización por los perjuicios morales a favor de los demandantes, en las cantidades siguientes:

Manuel Antonio Guarnizo Trujillo (padre)	80 smlmv
Graciela Martínez de Guarnizo (madre)	80 smlmv
Luz Mary Trujillo Herrera (compañera permanente)	100 smlmv
Richard Fabian Guarnizo Trujillo (hijo)	100 smlmv
Yonathan Guarnizo Trujillo (hijo)	100 smlmv
Martha Cecilia Guarnizo Martínez (hermana)	30 smlmv
Esperanza Guarnizo Martínez (hermana)	30 smlmv
Gerardo Guarnizo Martínez (hermano)	30 smlmv
Luis Alberto Guarnizo Martínez (hermano)	30 smlmv
Favio Guarnizo Martínez (hermano)	30 smlmv
Manuel Guarnizo Martínez (hermano)	30 smlmv

7.2. Perjuicios materiales

39 Ahora bien, respecto de los perjuicios materiales el Tribunal condenó a la parte demandada a pagar a favor de Luz Mary Trujillo Herrera la suma de \$ 32'780.995.00, por concepto de indemnización histórica y futura. Sin embargo, la Sala procederá a actualizar la condena, de conformidad con la variación de índices de precios al consumidor certificados por el DANE, según la siguiente fórmula:

$$V_p = V_h \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Donde:

Vp: Valor presente de la renta.

Vh: Capital histórico o suma que se actualiza.

Índice final certificado por el DANE a la fecha de esta sentencia: 107.12

Índice inicial a la fecha de la sentencia dictada por el a quo: 61.71

$$V_p: \$ 32.780.995.00 \quad \frac{108.01 \text{ (IPC agosto de 2011)}}{61.71 \text{ (IPC noviembre de 2000)}}$$

$$V_p: \$ 57.376.037.00$$

Por lo tanto, la Sala condenará por concepto de lucro cesante a favor de la señora Luz Mary Trujillo Herrera a la suma actualizada de \$ 57.376.037.00.

De igual manera el Tribunal condenó a la parte demandada a pagar a favor de Richard Fabian Guarnizo Trujillo la suma de \$ 7'594.533.00, por concepto de indemnización histórica y futura, la cual actualizada queda así:

$$V_p: \$ 7.594.533.00 \quad \frac{108.01 \text{ (IPC agosto de 2011)}}{61.71 \text{ (IPC noviembre de 2000)}}$$

$$V_p: \$ 13.292.586.00$$

Por lo tanto, la Sala condenará por concepto de lucro cesante a favor del señor Richard Fabian Guarnizo Trujillo a la suma actualizada de \$ 13.292.586.00.

Finalmente, el a quo condenó a la parte demandada a pagar a favor Yonathan Guarnizo Trujillo la suma de \$ 8'567.698.00, por concepto de indemnización histórica y futura.

Vp: \$ 8.567.698.00 108.01 (IPC agosto de 2011)
61.71 (IPC noviembre de 2000)

Vp: \$ 14.995.901.00

Por lo tanto, la Sala condenará por concepto de lucro cesante a favor del señor Yonathan Guarnizo Trujillo a la suma actualizada de \$ 14.995.901.00.

7.3. De la reparación integral y las medidas de satisfacción.

40 La Sala en aplicación del principio de reparación integral, y a lo consagrado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, ordenará una medida de satisfacción singular, teniendo en cuenta que debe ceder el fundamento procesal del principio de congruencia ante la primacía del principio sustancial de la "restitutio in integrum", máxime cuando existe la vulneración a un derecho humano. En el precedente de la Sala se sostiene,

"Toda reparación, parte de la necesidad de verificar la materialización de una lesión a un bien jurídico tutelado (daño antijurídico), o una violación a un derecho que, consecuentemente, implica la concreción de un daño que, igualmente, debe ser valorado como antijurídico dado el origen del mismo (una violación a un postulado normativo preponderante). Así las cosas, según lo expuesto, es posible arribar a las siguientes conclusiones lógicas: Toda violación a un derecho humano genera la obligación ineludible de reparar integralmente los daños derivados de dicho quebrantamiento. No todo daño antijurídico reparable (resarcible), tiene fundamento en una violación o desconocimiento a un derecho humano y, por lo tanto, si bien el perjuicio padecido deber ser reparado íntegramente, dicha situación no supone la adopción de medidas de justicia restaurativa. Como se aprecia, en la primera hipótesis, nos enfrentamos a una situación en la cual el operador judicial interno, dentro del marco de sus competencias, debe establecer en qué proporción puede contribuir a la reparación integral del daño sufrido, en tanto, en estos eventos, según los estándares normativos vigentes (ley 446 de 1998 y 975 de 2005), se debe procurar inicialmente por la restitutio in integrum (restablecimiento integral) del perjuicio y de la estructura del derecho trasgredido, para constatada la imposibilidad de efectuar la misma, abordar los medios adicionales de reparación como la indemnización, rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición y, adicionalmente el restablecimiento simbólico, entre otros aspectos. Debe colegirse, por lo tanto, que el principio de reparación integral, entendido éste como aquel precepto que orienta el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea

llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo, debe ser interpretado y aplicado de conformidad al tipo de daño producido, es decir, bien que se trate de uno derivado de la violación a un derecho humano, según el reconocimiento positivo del orden nacional e internacional, o que se refiera a la lesión de un bien o interés jurídico que no se relaciona con el sistema de derechos humanos (DDHH). En esa perspectiva, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos supone, no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan, naturalmente, de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual se adoptan una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño (strictu sensu), sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos. Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona, específicamente, con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas, de rehabilitación, o de no repetición, dicha circunstancia, per se, no supone que no se repare íntegramente el perjuicio. Como corolario de lo anterior, para la Sala, la reparación integral propende por el restablecimiento efectivo de un daño a un determinado derecho, bien o interés jurídico y, por lo tanto, en cada caso concreto, el operador judicial de la órbita nacional deberá verificar con qué potestades y facultades cuenta para obtener el resarcimiento del perjuicio, bien a través de medidas netamente indemnizatorias o, si los supuestos fácticos lo permiten (trasgresión de derechos humanos en sus diversas categorías), a través de la adopción de diferentes medidas o disposiciones”⁷⁹.

Así mismo, el precedente de la Sala en su momento consideró,

“En ese orden de ideas, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos implica no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también supone la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual era posible la implementación de una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño (strictu sensu), sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos vulnerados. Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona específicamente con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta

⁷⁹ Sentencia de 19 de octubre de 2007. Exp.29273^a. Ver de la Corte Permanente de Justicia Internacional, caso Factory of Chorzów, Merits, 1928, Series A, No. 17, Pág. 47. Citada por CRAWFORD, James “Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional del Estado”, Ed. Dykinson, Pág. 245; Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso de la Masacre de Puerto Bello (vs) Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006; de la Corte Constitucional Sentencia T-563 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En igual sentido T- 227 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-1094 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-175 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería. Corte Constitucional, sentencia T-188 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis

*medidas simbólicas, conmemorativas de rehabilitación, o de no repetición, ello no implica en manera alguna que no se repare íntegramente el perjuicio*⁸⁰.

Adicionalmente, y acogiendo el precedente de la Sala que incorpora a nuestro concepto de reparación integral las denominadas medidas de reparación no pecuniarias, se ordenará, con el objeto de responder al “principio de indemnidad” y a la “restitutio in integrum”, y bajo el amparo del artículo 16 de la ley 446 de 1998, que se cumpla con las siguientes obligaciones que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión: 1) la realización de un acto público en el que se ofrezca disculpas a los familiares de Ricardo Antonio Guarnizo Martínez; 2) se deberá publicar la parte resolutive de esta sentencia en todas las Estaciones de la Policía Nacional en el departamento del Huila y darse difusión en un medio de circulación informativa del mismo departamento; 3) se ordenará que se compulse copias ante las autoridades competentes para que se estudie si hay lugar o no a iniciar las investigaciones tanto disciplinarias, como penales en contra de los agentes de policía que participaron en el operativo y en la detención preventiva, durante la cual se vino producir la muerte del señor Ricardo Antonio Guarnizo Martínez. De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar al despacho informes del cumplimiento de lo aquí ordenado como medidas de satisfacción, dentro de los cuarenta y cinco días (45) siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

8. Costas

41 Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el sub lite, ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

FALLA

PRIMERO. MODIFÍCASE la sentencia de 16 de noviembre de 2000 proferida por

⁸⁰ Sentencias de 8 de junio de 2011. Exp.19972; de 8 de junio de 2011. Exp.19973.

la Tribunal Administrativo de Descongestión, Sección Tercera, sede Bogotá D.C., la que quedará de la siguiente manera:

“PRIMERO. Declarar administrativamente responsable a la NACIÓN - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, por los perjuicios materiales y morales, causados por la muerte del señor RICARDO ANTONIO GUARNIZO MARTÍNEZ, en hechos ocurridos en Garzón, Huila el 22 de junio de 1991.

SEGUNDO. Condenar a la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA NACIONAL, a pagar a los demandantes, de la siguiente manera:

A) A favor de MANUEL ANTONIO GUARNIZO TRUJILLO y GRACIELA MARTINEZ DE GUARNIZO, en su calidad de padres de RICARDO ANTONIO GUARNIZO, la suma que resulte, en pesos, equivalente a OCHENTA (80) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

B) Para MARTHA CECILIA, ESPERANZA, GERARDO, LUIS ALBERTO, FAVIO Y MANUEL GUARNIZO MARTÍNEZ, en su condición de hermanos, la suma que resulte en pesos, equivalente a TREINTA (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

C) A la señora LUZ MARY TRUJILLO, en su calidad de compañera permanente de RICARDO GUARNIZO MARTINEZ, la suma de CINCUENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL TREINTA Y SIETE PESOS MCTE (\$57.376.037.00) por concepto de lucro cesante.

Por concepto de perjuicios morales la suma que resulte en pesos, equivalente a CIEN (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de LUZ MARY TRUJILLO.

D) A favor de RICHARD FABIAN GUARNIZO TRUJILLO, en su calidad de hijo de RICARDO ANTONIO GUARNIZO MARTINEZ, la suma de TRECE MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS MCTE (\$13.292.586.00), por concepto de lucro cesante.

Por concepto de perjuicios morales la suma que resulte en pesos, equivalente a CIEN (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de RICHARD FABIAN GUARNIZO TRUJILLO.

E) A favor de YONATHAN GUARNIZO TRUJILLO, en su calidad de hijo de RICARDO ANTONIO GUARNIZO MARTINEZ, la suma de CATORCE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS UN PESOS MCTE (\$14.995.901.00), por concepto de lucro cesante.

Por concepto de perjuicios morales la suma que resulte en pesos, equivalente a CIEN (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de YONATHAN GUARNIZO TRUJILLO.

TERCERO. Dese cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

CUARTO. De conformidad con lo previsto en el Acuerdo 810 de 2.000 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, devuélvase el expediente al Director Seccional de Administración Judicial de Bogotá, para su traslado al Tribunal de origen”.

SEGUNDO. Condenar a la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA NACIONAL a cumplir con las siguientes medidas de satisfacción: 1) la realización de un acto público en el que se ofrezca disculpas a los familiares de Ricardo Antonio Guarnizo Martínez; 2) se deberá publicar la parte resolutive de esta sentencia en todas las Estaciones de la Policía Nacional en el departamento del Huila y darse difusión en un medio de circulación informativa del mismo departamento; 3) se ordenará que se compulse copias ante las autoridades competentes para que se estudie si hay lugar o no a iniciar las investigaciones tanto disciplinarias, como penales en contra de los agentes de policía que participaron en el operativo y en la detención preventiva, durante la cual se vino producir la muerte del señor Ricardo Antonio Guarnizo Martínez. De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar al despacho informes del cumplimiento de lo aquí ordenado como medidas de satisfacción, dentro de los cuarenta y cinco días (45) siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

TERCERO. Para el cumplimiento de esta sentencia expídase copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias de la parte actora serán entregadas al apoderado que ha venido actuando.

CUARTO. ABSTÉNGASE de condenar en costas a la demandada.

QUINTO. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

ENRIQUE GIL BOTERO

Presidente

OLGA VALLE DE DE LA HOZ

Magistrada

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Magistrado

ACLARACION DE VOTO DE LA DOCTORA OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

LIQUIDACION DE PERJUICIOS MORALES - Aplicación del test de proporcionalidad / APLICACION DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD - Se desconoce la facultad discrecional del juzgador y se establece una tarifa legal / TEST DE PROPORCIONALIDAD - Permite tasar los perjuicios morales a través de una tabla con valores preestablecidos / TEST DE PROPORCIONALIDAD - Consecuencia de la discrecionalidad del Magistrado Ponente

Si bien comparto la parte resolutive de la misma, me aparto de la forma en la que se invita a liquidar los perjuicios morales a manera de test, por cuanto al establecer unos criterios objetivos para su tasación, se está desconociendo la facultad discrecional del juzgador, y en cierta medida, se establece una tarifa legal. (...) consideró que la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto, son los criterios objetivos que deberán tenerse en cuenta al momento de tasar los perjuicios morales (...) este Despacho se aparta del análisis realizado en la sentencia aclarada, a propósito del test de proporcionalidad que permite tasar los perjuicios a ser reconocidos a título de perjuicios morales a través de una tabla que impone valores preestablecidos, por cuanto al tratarse de un daño netamente subjetivo, son las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos, y el estudio de los efectos que el daño causó en quienes acuden a la jurisdicción para que les sean reconocidos los perjuicios sufridos, los que sirven de fundamento a la tasación. (...) este Despacho entiende que el test a través del cual la sentencia invita a liquidar los perjuicios morales, es consecuencia de la discrecionalidad judicial del Magistrado Ponente, y en ningún caso obliga a la Sección a formular criterios objetivos ni a tasar los perjuicios siguiendo los parámetros y valores por él propuestos.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., (19) diecinueve de octubre de dos mil once (2011)

Radicación número: 41001-23-31-000-1993-07335-01(20241)

Actor: MANUEL ANTONIO GUARNIZO TRUJILLO Y OTROS

Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICIA NACIONAL

ACLARACION DE VOTO

Con la debida consideración y respeto por las decisiones de la Sala, procedo a aclarar el voto con relación al contenido de la sentencia de la referencia. En efecto, si bien comparto la parte resolutoria de la misma, me aparto de la forma en la que se invita a liquidar los perjuicios morales a manera de test, por cuanto al establecer unos criterios objetivos para su tasación, se está desconociendo la facultad discrecional del juzgador, y en cierta medida, se establece una tarifa legal.

La sentencia sostiene que *“(...) si bien a partir de 2001 la jurisprudencia viene aplicando como criterio de tasación de los perjuicios morales el salario mínimo mensual legal vigente (en una suerte de equivalencia con los gramos oro reconocidos en la primera instancia), no deja de seguir siendo un ejercicio discrecional (arbitrio iudicis) del juez, **sin lograr aún, la consolidación de criterios objetivos en los que pueda apuntarse la valoración y tasación de los mismos, con lo que se responda a los principios de proporcionalidad y razonabilidad con base en los cuales debe decidir el juez y, no simplemente sustentarse en una “cierta discrecionalidad”*** (negritas fuera de texto).

Conforme a lo anterior, considero que la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto, son los criterios objetivos que deberán tenerse en cuenta al momento de tasar los perjuicios morales en el siguiente sentido:

1. En cuanto a la idoneidad, *“(...) debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego”*.

2. En cuanto a la necesidad, *“(...) la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes. Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de los criterios propios a la idoneidad, de tal manera que la indemnización se determine atendiendo a la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada). Lo anterior, debe permitir concretar un mayor quantum indemnizatorio cuando se trata del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios que deben obrar en función del principio de idoneidad”.*

3. Por último, en relación con la proporcionalidad, la sentencia explica que *“(...) con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, y su desdoblamiento, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto”.*

Todo lo anterior, para concluir que la liquidación de los perjuicios para los familiares inmediatos y cónyuge se hará en los siguientes términos:

- En los casos en donde esté demostrado el requisito de **idoneidad**, si se comprueba la convivencia se reconocerá una suma de 50 SMMLV, si no se probó la convivencia pero sí la relación de cercanía la suma de 10 SMMLV, y con la simple presunción del Registro Civil 5 SMMLV.
- Si adicionalmente se encuentra conjugado el criterio de **necesidad** la liquidación será de 80 SMMLV si se comprueba la convivencia, 20 SMMLV si

no se probó la convivencia pero sí la relación de cercanía, y 10 SMMLV con la simple presunción del Registro Civil.

- Finalmente, si del estudio del acervo probatorio se encuentran reunidos los tres criterios descritos (idoneidad, necesidad y proporcionalidad), la liquidación ascenderá a 100 SMMLV siempre que se pruebe la convivencia, 50 SMMLV si no se probó la convivencia pero sí la relación de cercanía, y 25 SMMLV con la simple presunción del Registro Civil.

No se comparten dichas conclusiones por las siguientes razones:

1. La existencia del daño moral, aunque reconocida, no siempre fue resarcida. En efecto, debido a consideraciones éticas y jurídicas se consideraba que el dolor no tenía precio⁸¹ y que la dignidad estaba por encima de cualquier tasación pecuniaria. No obstante, en Colombia, la Corte Suprema de Justicia a través del famoso caso Villaveces⁸², ordenó, por vez primera, el resarcimiento del daño moral sufrido por el actor, quien demandó al municipio de Bogotá para que le fueran reconocidos los perjuicios causados con ocasión de la destrucción del mausoleo en el que se encontraba enterrada su esposa, cuyos restos mortales fueron depositados en una fosa común.

En efecto, se consideró que la reparación del daño moral pretendía reconocer el dolor sufrido (*pretium doloris*), dolor que en ningún caso se aspira pagar, pero sí aligerar, de acuerdo con el valor determinado por dictamen pericial; así las cosas, el dinero cumpliría no sólo la función de equilibrar el patrimonio menoscabado, sino que apostaría también por satisfacer el sufrimiento ocasionado⁸³.

2. Gracias al desarrollo progresivo de la jurisprudencia, se han venido reconociendo cada vez más daños morales resarcibles, pues además de las lesiones a la honra o la dignidad reconocidas por la Corte Suprema de Justicia desde 1924, se ha condenado a la reparación de los daños morales por afectaciones a la fama de una persona⁸⁴, por atentados a las libertades y

⁸¹ La jurisprudencia francesa consideró, hasta 1961 con la providencia del Consejo de Estado del 24 de noviembre del mismo año – LETISSERAND-, que las lágrimas nunca se amonedan (*les larmes ne se monnayent point*) y por consiguiente se reusaba a reparar el daño causado por el dolor moral.

⁸² Corte Suprema de Justicia; Sala de casación civil; Sentencia del 22 de agosto de 1924; M.P. Tancredo Nannetti; Gaceta judicial T XXI. p. 82.

⁸³ Cfr. TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II.

⁸⁴ Corte Suprema de Justicia; Sala de Negocios Generales; Sentencia del 20 de noviembre de 1933; M.P. Enrique Becerra; Gaceta judicial T. XXXIX. P. 197.

derechos fundamentales, por la muerte o lesión de parientes próximos⁸⁵ o amigos que demuestren la intensidad de la afectación⁸⁶, por las lesiones personales sufridas por la víctima, sus parientes próximos y padres de crianza, e incluso, por los menoscabos sufridos por personas jurídicas.

3. Para su tasación, en principio, se siguió lo que definiera el dictamen pericial cuya práctica se ordenara con el fin de tasar el daño moral. Posteriormente, en virtud de un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, se estableció el arbitrio judicial para cuantificar el perjuicio moral⁸⁷, no obstante poderse valer de peritos para determinar la existencia misma y la intensidad del sufrimiento alegado con el daño causado. Para lograrlo, se siguió lo dispuesto en el artículo 95 del Código Penal de 1936, en virtud del cual en caso de no ser fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por un delito, el juez tenía la potestad de fijar el monto (*quantum*) de la indemnización sin exceder de la suma de dos mil pesos, de acuerdo con su prudente arbitrio o discrecionalidad judicial, teniendo siempre en cuenta la intensidad del daño que se encuentre demostrada dentro del proceso.
4. En virtud de esta potestad, desde el año 1941, correspondió a la sana crítica del juzgador, evaluar los elementos probatorios que le permitieran tasar los perjuicios cuya cuantificación, si bien no estaba constreñida a respetar el tope máximo descrito en el artículo 95 del Código Penal citado, sí debía servirse del mismo para fallar. No obstante, en sentencia del 27 de septiembre de 1974, la Corte Suprema de Justicia condenó al pago de treinta mil pesos por lo que consideró el más alto dolor por la muerte de un ser querido, subrayando que el tope máximo al que hace referencia el Código Penal, solamente sirve para tasar los perjuicios ocasionados con la comisión de un delito y en ningún momento restringe la potestad del juez de reconocer mayores valores. Y no podía ser de otra forma, cuando el propio Código Civil (artículo 17) prohíbe al juez proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria.

⁸⁵ Presunción del dolor que sufren los parientes próximos de una víctima, de acuerdo con lo consignado en la sentencia del 28 de octubre de 1942, de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Anibal Cardoso.

⁸⁶ Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Civil; Sentencia del 13 de mayo de 1988; M.P. Alejandro Bonivento Fernández. Y Corte Suprema de Justicia; Sala de Negocios Generales; Sentencia del 12 de marzo de 1937; M.P. Pedro Gómez Naranjo.

⁸⁷ Corte Suprema de Justicia; Sala de Negocios Generales; Sentencia del 20 de junio de 1941; M.P. Hernán Salamanca.

En efecto, el Consejo de Estado ha impuesto condenas, en contra de la administración, superiores a las cifras utilizadas por la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta la aflicción, el dolor, las consecuencias y las limitaciones causadas a los afectados⁸⁸, argumentando que el daño es una situación de facto que debe ser reconocida en sus justas proporciones siempre que se encuentre probado.

5. A partir del año 2001, se dispuso una tasación en salarios mínimos legales mensuales vigentes como forma de liquidar los perjuicios morales por considerar que lo establecido en el Código Penal no es aplicable a la jurisdicción contenciosa administrativa⁸⁹. Así, las cosas, la Jurisprudencia tiene decantado, que el daño moral resarcible es aquél cierto, personal y antijurídico, y su tasación depende entonces, de su intensidad, la cual deberá estar probada en cada caso y liquidados en salarios mínimos.
6. A propósito de la tasación del daño moral en términos de precio, es numerosa la producción jurisprudencial y doctrinaria que coincide, en su mayoría, en la inconveniencia, dentro del ámbito jurídico y del sistema económico, de la formulación e imposición de elementos o variables objetivos que permitan una medición dineraria definida del valor dañoso. Lo anterior, por cuanto dicha función precisamente se encuentra en cabeza del juez quien goza de discrecionalidad judicial, facultad también conocida como arbitrium judicis, o arbitrio juris.

Por ejemplo, la jurisdicción contenciosa argentina ha sostenido que *“El daño moral se caracteriza por los padecimientos o molestias que hieren las afecciones legítimas de quien lo sufre; la comisión de un acto antijurídico permite por sí sola presumir su existencia. La evaluación del daño moral no está sujeta a cánones estrictos, corresponde a los jueces establecer prudentemente el quantum indemnizatorio tomando en cuenta su función resarcitoria, el principio de reparación integral, la gravedad de la lesión*

⁸⁸ Ver. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 14 de febrero de 1992; Exp. 6477; C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 25 de septiembre de 1997; Exp. 10421; C.P. Ricardo Hoyos Duque. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 19 de julio de 2000; Exp. 11842; C.P. Alier Hernández Enríquez. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 6 de septiembre de 2011; Exp. 13232-15646 C.P. Enrique Gil Botero. Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; Sentencia del 19 de octubre de 2007; C.P. Enrique Gil Botero; Exp. 29273.

⁸⁹ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 6 de septiembre de 2001; Exp. 13232 y 15646; C.P. Alier Eduardo Hernández

*espiritual sufrida y el hecho generador de la responsabilidad, sin que quepa establecer ninguna relación forzosa entre el perjuicio material y el moral*⁹⁰.

En el mismo sentido, *“El daño moral tiene una naturaleza resarcitoria, y para fijar su quantum no es menester recurrir inexorablemente a criterios puramente matemáticos, ni es necesaria una estricta correspondencia con otros rubros indemnizables, que, incluso, pueden no llegar a existir; sin embargo la circunstancia de que, por aplicación de tales principios, la estimación del monto no se encuentre sujeta a parámetros fijos, y sí, en cambio, a la libre apreciación judicial basada en las circunstancias particulares del caso y en la magnitud de los intereses extrapatrimoniales comprometidos, no significa que por esas vías se logren beneficios o enriquecimientos desmedidos e injustos*⁹¹.

7. De acuerdo con lo anterior, este Despacho se aparta del análisis realizado en la sentencia aclarada, a propósito del test de proporcionalidad que permite tasar los perjuicios a ser reconocidos a título de perjuicios morales a través de una tabla que impone valores preestablecidos, por cuanto al tratarse de un daño netamente subjetivo, son las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos, y el estudio de los efectos que el daño causó en quienes acuden a la jurisdicción para que les sean reconocidos los perjuicios sufridos, los que sirven de fundamento a la tasación.
8. En esta materia, no hay verdades absolutas, cada caso en concreto que se estudia y analiza es un universo totalmente independiente, y ello se vislumbra con mayor claridad al momento de la tasación o quantum de los perjuicios y riñe con la realidad la tabla que se propone en el fallo que se aclara, sea tenida en cuenta para la fijación del monto de los perjuicios morales y hacerla extensiva a todos los casos, sería fijar unas condiciones de manera matemática y poco flexibles, cuando la vida diaria demuestra que aquellas pueden ser distintas en cada caso particular.

Así las cosas, es en este escenario, en el que interviene la función del juzgador, quien en su discrecionalidad judicial, deberá hacer una valoración integral del acervo probatorio con el fin de establecer la medida compensatoria

⁹⁰ CFed San Martín 8/11/91, “B.,J.O. c/Transportes automotores Lujan SA”, LL,1992-C-570.

⁹¹ CNContAdmFed, Sala I, 25/6/91, “M.,N.V y otro c/Estado nacional/Policia Federal y otro”, LL,1992-E-53, con nota de Sandra Wierzba y Silvia A Muller.

que considere más apropiada para aliviar el dolor sufrido por quienes ponen en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado.

En efecto, si bien lo ideal es que los núcleos familiares se mantengan unidos, la unión no debe estar determinada por la mera convivencia pues es bien sabido que existen lazos cuya fortaleza se intensifica cuando, precisamente, no se vive bajo el mismo techo (padres separados, padres que por cuestiones laborales deben trasladar su residencia a otra ciudad o país, hijos que por razones académicas se trasladan a otra ciudad o país, etc.).

Adicionalmente, dicho test, en la forma en la que se realiza en la sentencia, deja por fuera de toda consideración a quienes acuden a la jurisdicción ya no en su calidad de familiares sino en calidad de damnificados.

En conclusión, este Despacho entiende que el test a través del cual la sentencia invita a liquidar los perjuicios morales, es consecuencia de la discrecionalidad judicial del Magistrado Ponente, y en ningún caso obliga a la Sección a formular criterios objetivos ni a tasar los perjuicios siguiendo los parámetros y valores por él propuestos.

En estos términos dejo presentada mi aclaración al fallo proferido por la Sala.

Con toda consideración y respeto,

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ