



3-RD-1282-2014

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

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 05001-23-31-000-1996-00439-01 (29.979)
Demandante: Rogelio Aguirre López y otros
Demandado: Nación –Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, DAS, Fiscalía General de la Nación-
Asunto: Acción de reparación directa

Con fundamento en el auto del 1 de febrero de 2012, proferido por la Subsección -mediante el cual se concedió la prelación de turno para fallo, con fundamento en la causal que se refiere a los casos en que se discuten posibles graves violaciones a los derechos humanos-, resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 7 de septiembre de 2001, proferida por la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, en la que se denegaron las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. En escrito presentado el 20 de marzo de 1996, los señores: Rogelio Aguirre López, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos menores de edad: Marisela, Andrés, Roel y Jesenia Aguirre Castaño, en primer lugar, así



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

como Olga, Nancy y Carolina Aguirre Castaño, y finalmente María Virgelina Galvis Sánchez, Nicolás, Marina, Luís Alfonso, Luz Mila, Blanca Miriam Castaño Galvis y Martha Jaramillo Galvis, todos debidamente representados por apoderado judicial, solicitaron que se declarara solidaria y patrimonialmente responsable a la Nación –Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, DAS y Fiscalía General de la Nación-, por la muerte de su esposa, madre, hija y hermana, María Antonia Castaño Galvis, en hechos ocurridos el 6 de octubre de 1994, cuando unidades de estas entidades -actuando en operación conjunta-, realizaron una diligencia de allanamiento en su residencia, ubicada en la ciudad de Medellín.

En consecuencia, esposo, hijos y madre de la víctima solicitaron que se condenara a la demandada a pagar, por concepto de perjuicios morales, la suma equivalente a 2.000 gramos de oro, para cada uno de ellos, los hermanos deprecaron 1.000 gramos en ese mismo orden; por perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, se reclamó el pago de \$525.000 –correspondientes a gastos de inhumación-, y por concepto de lucro cesante, vencido y futuro, la suma de \$39'604.689, así como los intereses y actualizaciones legales.

Como fundamento de sus pretensiones, narraron que en la fecha y lugar citados, luego de haber recibido denuncia relacionada con la presencia de miembros de grupos subversivos en el barrio San José de la Cima ubicado en la comuna nororiental de Medellín, el Comandante de la Cuarta Brigada del Ejército, Mayor Cenen Darío Jiménez León tramitó la orden judicial ante el Fiscal –identificado con código 079- adscrito a la Jefatura del DAS, para realizar varios allanamientos en viviendas de esa zona, entre esas la habitada por el señor Rogelio Aguirre López y su familia.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

Sostienen que el Cabo Segundo del ejército Carlos Francisco Flórez le ratificó al Fiscal delegado ante el DAS que la información de inteligencia aseguraba tener plenamente establecida la actividad guerrillera del señor Aguirre López en la zona nororiental de la ciudad.

En la madrugada del 6 de octubre de 1994, hombres armados del DAS, el Ejército Nacional y la Fiscalía General de la Nación -acompañados del propio fiscal-, se dispusieron a efectuar las diligencias de allanamiento, pero al llegar al sector abrieron fuego indiscriminado en contra de las viviendas, disparos de los cuales dos fueron suficientes para terminar con la vida de la señora María Antonia Castaño Galvis.

Agregan que en medio de la confusión el señor Rogelio Aguirre tomó su revólver personal y realizó disparos aleatorios hacia el exterior de la casa, luego de lo cual tuvo que rendirse. Aseguró, además, que fue aprehendido y sometido a toda clase de vejámenes y grave vulneración de sus derechos humanos por parte de las autoridades, quienes además lo coaccionaron con ultraje físico y moral a confesar el asesinato de su propia esposa, razón por la que –junto a dos delitos en contra del orden público que también le fueron imputados-, permaneció privado de su libertad durante un año.

En igual sentido, afirmó que los hechos fueron de trascendencia nacional y los medios de comunicación hicieron un gran despliegue de la noticia, sometiendo al acusado al escarnio público, la indignación masiva en su contra y el consecuente e implacable trato de la sociedad.

En pos de la defensa penal del señor Aguirre López, se denunció ante el Fiscal sin rostro de la División Séptima de Medellín la grave violación a los derechos humanos del procesado, infamias, calumnias e implantación de ignominiosos



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

testigos en su contra que sin haber estado en el lugar de los hechos se atrevieron a asegurar que el señor Aguirre López le había ocasionado la muerte a su esposa durante el operativo, cuando aquella le pedía que se entregara.

Posteriormente, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, con el que atacó la resolución de acusación proferida en contra del señor Rogelio Aguirre por los delitos de lesiones personales causadas a empleados oficiales y el homicidio agravado de su cónyuge María Antonia Castaño, el 4 de octubre de 1995, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional revocó la providencia y ordenó la libertad inmediata del procesado.

Así mismo, en la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Nacional –se destacó-, y se dejó constancia de la alevosía, negligencia y deslealtad de la Fuerza Pública y la Fiscalía General de la Nación, no sólo por el abuso de autoridad y la fuerza mal empleada que desplegaron en el operativo, sino por pretender defender una tesis tan frágil e incipiente para eludir la responsabilidad por su actos, atribuyendo legitimidad a su deleznable actuación con amparo único en el carácter judicial de la orden que recibieron, que aunque debidamente proferida por la autoridad competente, no justificaría en forma alguna la inclemente ferocidad y crueldad que desplegaron en el operativo en contra de los moradores del sector.

Sobre la sentencia penal en segunda instancia, agregó que se absolvió al acusado una vez se demostró que los disparos que realizó -con los que le causó lesiones a algunos miembros de la Fuerza Pública-, ocurrieron cuando su esposa ya se encontraba gravemente herida, por lo que su comportamiento resulta apenas entendible, comoquiera que unos desconocidos que pretendían entrar por la fuerza a su hogar, sin exhibir orden o identificación alguna,



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

segundos antes acabaron con la vida de su cónyuge, lo que constituye una reacción en el ejercicio legítimo del derecho de defensa.

Así mismo destacó como el juzgador de segunda instancia reprochó al fiscal, calificándolo de utilizar “elucubraciones en el aire intelectualmente sospechosas”, pues los argumentos expuestos en la acusación, además de inconsecuentes, sesgados y faltos de criterio, puesto que no sólo realizó un esfuerzo para obstaculizar la recolección de evidencias probatorias e impedir el levantamiento del cadáver en el lugar, sino que apresuró creativamente su teoría del caso para fundamentarla en la manera en que –imaginó- pudieron ocurrir los hechos.

Finalizó argumentando que los hechos narrados, con apego a la manera en que ocurrieron, son constitutivos de una falla en el servicio en virtud de la cual la Administración debe indemnizar los perjuicios que con la misma les irrogó a los demandantes.

2. Previo a la admisión de la demanda, el 18 de abril de 1996 el *a-quo* requirió a la parte demandante para que aportara en original al proceso el registro civil de nacimiento de Roel Aguirre Castaño, comoquiera que fue adjuntado en copia simple y bajo esa circunstancia carecía de valor probatorio, requisito que fue subsanado en el término concedido. El libelo se admitió el 31 de mayo de 1996, y fue notificado en debida forma, a la parte demandada y al Ministerio Público.

3. La Fiscalía General de la Nación se opuso a las pretensiones al considerar que no obran pruebas suficientes para acreditar la responsabilidad de la entidad. En desarrollo de ello, admitió que la información que refería la presencia de miembros de la subversión, quienes se hallaban habitando algunas casas en la comuna nororiental de Medellín, en efecto llegó hasta el



29.979
Rogelio Aguirre López y otros

entonces Comandante de la Cuarta Brigada del Ejército, pero negó que en la información apareciera el nombre de Rogelio Aguirre.

Igualmente, admitió que el comandante, Mayor Cenen Darío Jiménez, gestionó ante el Fiscal delegado para el DAS la orden judicial para el allanamiento de varias viviendas de ese sector, las que fueron expedidas en razón de su competencia.

Así mismo, reconoció que el operativo fue adelantado por miembros del Ejército, la Fiscalía General de la Nación y del DAS, pero negó que a su arribo al sector se hayan abierto paso disparando, toda vez que ellos se vieron compelidos a repeler un ataque del que fueron blanco desde diversos lugares del cerro, e incluso desde el interior de la casa de Rogelio Aguirre, desconociéndose, en consecuencia, el autor de la muerte de la señora María Antonia Castaño Galvis, puesto que ocurrió en medio del fuego cruzado.

Adujo que, obedeciendo a las diferentes órdenes de captura que pesaban en su contra, el señor Rogelio Aguirre López fue aprehendido, hallándose en posesión de un arma de fuego con la que confrontó a la fuerza pública, dejando como saldo varios de sus integrantes heridos. Sin embargo, negó que el capturado hubiese sido sometido a torturas o a otra clase de tratos inhumanos.

Como fundamentos de la defensa, se expuso que el operativo se realizó con plena observancia de los requisitos legales, constituyendo prueba de ello las resoluciones No. 073, 074, 075, 076 y 077 del 6 de octubre de 1994, expedidas por la Fiscalía Delegada ante el DAS, que ordenaron los allanamientos requeridos con fundamento en información obtenida por servicios de inteligencia, y que daban cuenta de grupos subversivos asentados en el sector,



29.979
Rogelio Aguirre López y otros

lo que rompe cualquier relación de causalidad, siendo deber de los demandantes demostrar lo contrario.

Se señaló que al arribo del grupo dispuesto para los allanamientos, fueron recibidos con disparos provenientes desde diferentes puntos del cerro y desde los inmuebles a los que debían ingresar amparados por la orden judicial, situación que originó el fuego cruzado en medio del cual fallecieron las señoras, María Antonia Castaño e Isabelina Giraldo y resultaron heridos varios uniformados.

El señor Rogelio Aguirre se opuso al allanamiento disparando desde el interior de su morada, repeliendo el ingreso del grupo e hiriendo a varios de los efectivos, en una resistencia que parecía apoyada por más milicianos con armas largas, quienes seguramente –asegura-, huyeron por la parte de atrás de la vivienda.

Finalmente, se adhirió a las pruebas aportadas por la parte demandante, así como a las demás que se practicaren en el proceso.

Solicitó que se declarara la excepción de indebida representación de la parte demandada, toda vez que quien debía representar a la Nación en estos eventos era la Rama Judicial, conforme el numeral 8 del artículo 99 de la Ley 270 de 1996. De otro lado, se opuso a las pretensiones, comoquiera que la actuación de la entidad en la diligencia de allanamiento estuvo acorde a sus obligaciones constitucionales y legales.

Por su parte, la apoderada del Ministerio de Defensa manifestó que, de acuerdo con la información recibida y previa autorización judicial, se dispuso el operativo en desarrollo del cual se presentó el enfrentamiento, el que dejó como



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

resultado varios integrantes de la Fuerza Pública heridos, la muerte de dos mujeres, 12 capturados y la incautación de armas y municiones, los que inmediatamente finalizada la operación fueron puestos a disposición de la Fiscalía General de la Nación.

Denegó, sin embargo, que se hayan infringido tratos inhumanos a los capturados, o que se hubiese presionado a confesión alguna de parte del señor Rogelio Aguirre, y desconoció los falsos testimonios que le acusaron, así como el resultado del proceso en primera y segunda instancia, por lo cual solicitó su demostración fehaciente.

De esa manera, se opuso a las pretensiones, argumentando la legalidad del operativo desplegado por el Ejército Nacional en coordinación con el DAS y bajo la autorización y supervisión pertinentes, a cargo de la Fiscalía, y señaló que el uso de las armas se hizo por la necesidad de defenderse de la agresión. Se adhirió a las pruebas oportunamente aportadas por la parte demandante.

Finalmente, en la contestación allegada por la Fiscalía General de la Nación el apoderado se opuso a las pretensiones y manifestó atenerse a los resultados de la práctica probatoria.

A continuación –dando prevalencia a la responsabilidad patrimonial del Estado sobre la reserva de identidad que amparaba al funcionario y en consideración a los hechos descritos en la demanda-, realizó el llamamiento en garantía del Fiscal Regional adscrito ante la Jefatura del Departamento Administrativo de Seguridad –Antioquia-, identificado para la época con el código 079, autoridad competente que expidió las resoluciones 074 a 077 del 6 de octubre de 1994, en virtud de las cuales se autorizó el allanamiento de las viviendas, por lo que solicitó, para tal efecto, tener como prueba el propio libelo demandatorio.



29.979
Rogelio Aguirre López y otros

Como fundamentos de derecho adujo que constituye deber de la Fiscalía General de la Nación, dirigir, realizar y coordinar la investigación en materia penal, así como acusar a los presuntos infractores, además de asistirle el deber de asegurar la comparecencia de los infractores de la ley penal. Explicó que la información recopilada por el servicio de inteligencia fue ratificada corroborando que el señor Aguirre López era parte de las milicias insurgentes que hacían presencia en ese lugar de la ciudad.

Aduce que con fundamento en las pruebas practicadas en el proceso penal se descarta la participación del Fiscal Delegado en los hechos, puesto que todo conduce a concluir que fueron uniformados del Ejército y el DAS quienes sostuvieron la confrontación e ingresaron a la vivienda. En ese sentido, adujo igualmente que no podía ser otra la reacción de los efectivos encargados de adelantar la diligencia de allanamiento, puesto que al ser agredidos resulta apenas comprensible que debieran defenderse, situación ante la cual el fiscal delegado que hacía presencia en el lugar no tenía ningún tipo de injerencia, lo que impide la configuración de responsabilidad en cabeza de la entidad, puesto que evitar el comportamiento de los soldados y agentes del DAS no se encontraba expresamente incluido entre sus funciones.

4. De manera previa a resolver el llamamiento en garantía realizado por la Fiscalía General de la Nación, mediante proveído del 20 de noviembre de 1996 se le requirió para que indicara puntualmente el nombre completo de la persona a la que hace el llamado, debiendo precisar su domicilio a efectos de la notificación, además de aportar las copias necesarias para tal efecto, requisitos que fueron subsanados oportunamente.

En consecuencia, el llamamiento en garantía fue admitido el 28 de febrero de



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

1997, auto en el que además se ordenó la suspensión del proceso con el fin de efectuar las notificaciones a Carmen Rosa Cáceres de Lozano y Raúl Contreras Zafra –Fiscal delegada ante la Unidad Investigativa de Policía Judicial Regional del Departamento Administrativo de Seguridad y Fiscal delegado ante Jueces Regionales Código 079, respectivamente-, la primera de ellas quien expidió las órdenes de allanamiento y el segundo el encargado de apoyar el operativo.

Agotado el tiempo de suspensión, el proceso fue reanudado mediante proveído del 14 de mayo de 1998 –sin que se hubiera vinculado a los llamados en garantía-; además, se decretaron las pruebas del proceso.

El *a quo* celebró audiencia de conciliación el 26 de noviembre de 2002, la cual fracasó por no existir fórmula conciliatoria de parte de las entidades demandadas. A continuación, en auto del 25 de mayo de 2004, se corrió traslado a las partes, como también al Ministerio Público, para alegar de fondo y rendir concepto, en su orden.

En escrito presentado oportunamente, el apoderado de los demandantes resaltó que a pesar de que Rogelio Aguirre fuera acusado por la fiscalía de primera instancia en la investigación penal que se le siguió por el homicidio de su esposa, haciendo uso de un mejor razonamiento, el *ad-quem* reconstruyó los hechos con un análisis riguroso, exonerando de responsabilidad al acusado, y evidenciando, además, un abuso desproporcionado de la fuerza legítima que en virtud del procedimiento desplegaron las entidades e instituciones aquí demandadas.

Arguyó que está demostrado que desde el inicio el operativo estuvo mal concebido puesto que las viviendas que iban a ser allanadas ni siquiera fueron debidamente individualizadas, no empecé se logró comprobar que la casa de



29.979
Rogelio Aguirre López y otros

las víctimas exhibía la nomenclatura con que se identificaba. Resaltó lo extravagante que resulta que se haya resuelto la situación jurídica del señor Rogelio Aguirre con fundamento en las conductas cometidas en el allanamiento, acusándosele por la comisión de los delitos de porte ilegal de armas, lesiones personales a funcionarios y homicidio en la persona de María Antonia Castaño, su esposa.

La apoderada de la Fiscalía General de la Nación argumentó que en el caso no se dieron los elementos necesarios para la configuración de la falla, de allí que no es posible predicar responsabilidad de la entidad con fundamento en la falta personal del agente, máxime cuando la Administración actuó conforme a derecho, sin que se le pueda endilgar deficiencia, negligencia o imprevisión.

Negó la existencia de nexo causal alguno, puesto que el mismo se rompe cuando queda acreditada una causa extraña, en este caso el hecho exclusivo de la víctima, cuyo actuar tuvo la connotación de único y determinante. Ello, aunado a la ausencia de pruebas que comprometan a alguno de sus efectivos directamente con la muerte de la señora María Antonia Castaño, libera de responsabilidad a la entidad demandada.

Finalmente, reitero la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, teniendo en cuenta que el hecho u omisión que originó los perjuicios no guarda relación directa con las funciones propias de la institución, las que han sido asignadas por la Constitución y la ley.

En su recuento de los hechos, la apoderada del Ministerio de Defensa conviene en el lugar y fecha de la realización de los allanamientos, destacando que ya se habían realizado tres de las diligencias amparadas en la orden judicial expedida por autoridad competente –con el objetivo de capturar a integrantes de milicias



29.979
Rogelio Aguirre López y otros

urbanas-, cuando al arribo de los efectivos del Ejército y el DAS a la vivienda del señor Rogelio Aguirre López se produjo el enfrentamiento, siendo atacados desde diferentes puntos de la colina e incluso desde el interior de la casa, confrontación en la que perdieron la vida las señoras María Isabelina Giraldo y María Antonia Castaño Galvis, además de varios soldados e integrantes del DAS heridos.

Adujo que el ataque provino de los insurgentes, por lo que la reacción de los uniformados obedeció a una legítima defensa, y que no se puede predicar responsabilidad de parte de la entidad si se tiene en cuenta que una de las mujeres fue hallada sin vida lejos de la zona de influencia del combate, y por el deceso de la otra se le endilgó responsabilidad a su propio esposo.

Insistió en que no se evidencia actuación irregular o imprudente de parte de los miembros del Ejército, máxime si se tiene en cuenta el desarrollo jurisprudencial sobre el deber de los ciudadanos de soportar algunos riesgos y dificultades.

Agregó que aún bajo el supuesto de la teoría del daño especial, para su configuración se requiere necesariamente del elemento de la imputabilidad, y como se colige de las pruebas presentadas, el autor material del homicidio era funcionario del DAS, entidad completamente ajena al Ministerio de Defensa. En otras palabras, adujo que ninguna de las conductas desplegadas por el Ejército Nacional genera su responsabilidad, consolidándose entonces como causal eximente de la responsabilidad el hecho de un tercero.

El Ministerio Público guardó silencio.



29.979
Rogelio Aguirre López y otros

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* en sentencia del 7 de septiembre de 2004, luego del análisis de rigor del conjunto de pruebas, denegó las pretensiones de la demanda al considerar que no quedó demostrado en el plenario a qué arma correspondían los proyectiles que segaron la vida de la señora María Antonia Castaño Galvis, por lo que –aún siendo varias las demandadas-, no se comprobó la imputación en relación alguna de las entidades accionadas, y por ello no se hace posible la atribución de responsabilidad, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política.

III. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Inconforme con la decisión, de manera oportuna, la parte demandante interpuso recurso de apelación el que le fue concedido en auto del 25 de noviembre de 2004, posteriormente sustentado en el término concedido y finalmente admitido en proveído del 25 de noviembre de 2005.

En su escrito, el apoderado de los demandantes argumentó que el *a-quo* no tuvo en cuenta el proceso No. 16.200, adelantado en contra de Rogelio Aguirre López y otros por el delito de conformación de grupos ilegales armados, oportunamente allegado al proceso.

Adujo que no se demostró la presencia de otras personas en el inmueble y que no se acreditó que en la casa del señor Aguirre López se hubieran incautado armas, más allá del revólver que en medio de la confusión -y en ejercicio de su



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

legítima defensa-, disparó en pocas oportunidades al azar. De otro lado – sostuvo-, que resulta claro que la fuerza pública irrumpió en el inmueble con el propósito de causar daño, y en ese sentido los testimonios corroboran que un integrante del DAS fue quien ingresó en la vivienda y –de conformidad con el estudio de balística-, a muy corta distancia le disparó a la señora María Antonia Castaño Galvis, causándole la muerte instantáneamente.

Explicó que fue Rogelio Aguirre -y no los miembros de la fuerza pública-, quien hizo uso de la legítima defensa, pues al ver como desconocidos intentaban ingresar al hogar donde descansaba con su familia estaba en el derecho de defenderse de esa abrupta irrupción, protagonizada por un nutrido grupo de hombres armados que le hicieron irresistible el atropello de que fue víctima. Agregó que así quedó demostrado en el proceso penal, en el que fue absuelto de responsabilidad comoquiera que se logró establecer que el arma que portaba en momentos del allanamiento no fue la misma que percutió el proyectil que acabó con la vida de su esposa.

El fallo del *a-quo* –argumentó-, exonera a las entidades demandadas porque no se demostró que la muerte de la señora Castaño Galvis haya sido ocasionada por algún funcionario de esas entidades, lo que se traduce como la duda resuelta en contra de la víctima, cuando el desarrollo jurisprudencial fluye en sentido contrario.

Relató como quedó desvirtuado que el señor Rogelio Aguirre fuera integrante de algún grupo subversivo, y que el protocolo de necropsia demuestra que los disparos que impactaron a su esposa fueron percutidos desde la dirección en que se apostó la fuerza pública para atacar la humilde vivienda que quedó destruida.



29.979
Rogelio Aguirre López y otros

También afirmó que no es ningún secreto que en los barrios de la comuna nororiental de Medellín operan grupos armados ilegales que amedrentan y violentan a los pobladores como al señor Rogelio Aguirre y su familia, personas de bien, a las que en medio de un constante peligro que se acrecienta con la llegada de la noche, no les es exigible que confíen en una llamada a su puerta en la madrugada exigiéndoles que se permita el ingreso de un grupo de desconocidos que no se identifican plenamente ni anticipan la labor que pretenden realizar ni exhiben la orden judicial respectiva.

Indicó que no les fue suficiente a los funcionarios públicos con destruir la vivienda del señor Aguirre López, asesinar a su esposa y culparlo de ello y someterlo a toda clase de tratos inhumanos para que confesara, sino que además destrozaron la tienda de la que derivaba el sustento de su familia y dejar a los niños sin el patrimonio que sus padres habían construido, y finalmente, para cerrar con broche de oro, obstaculizando la investigación desde ese mismo momento con el propósito de que no se conociera la realidad de los hechos tal como habían ocurrido, al punto incluso de negarle asistir a las honras fúnebres de su esposa.

Adujo que del análisis de los proyectiles y fragmentos de plomo contenido en el informe de balística, se colige que no fueron personas diferentes a los integrantes de la Fuerza Pública quienes participaron del enfrentamiento, y sugirió que de la brutalidad del ataque desplegado por grupos especiales del Ejército Nacional, integrantes del DAS y la Fiscalía General de la Nación en contra de la humilde vivienda habitada por un hombre trabajador su esposa e hijos menores -a pesar del disimulo reprochable con que se narra y los eufemismos que utilizan-, de ello dejó constancia el informe de inspección judicial al inmueble en que ocurrieron los hechos, en el que se evidenció la huella macabra de la gran cantidad de balas que en sus muros, puertas y



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

muebles impactaron, así como el techo totalmente agujereado y el caos que la fuerza pública dejó tras su paso.

Agregó que la casa no contaba con solar y por estar construida contra el barranco sólo era posible la salida por la parte del frente, por lo que resultaba materialmente imposible que más personas que allí se hubieran encontrado contaran con la mínima posibilidad de huir sin ser advertidos.

El material bélico incautado, como armas y municiones, no tiene nada que ver con los hechos acontecidos en la vivienda de Rogelio Aguirre y su familia, en donde no se encontraron ni los milicianos ni las armas a que aluden las demandadas. Destacó que, contrario al planteamiento de los hechos de defensa, el testimonio del Procurador de Derechos Humanos –quien arribó al lugar e inspeccionó el estado de la situación y de la vivienda incluso antes de la llegada de los fiscales investigadores-, corroboró las maniobras ejercidas por los funcionarios facinerosos para distorsionar el acontecimiento de los hechos y distraer la investigación y en su informe dejó constancia de las pesquisas recogidas, en las que, apenas a horas de transcurridos los hechos, se evidencian las irregularidades que rodearon el operativo, destacándose entre ellas que no era posible la evasión del inmueble por otra dirección diferente al frente del mismo.

Sintetizó, entonces, que no quedó demostrado que el señor Aguirre López tuviera más armas diferentes al revólver con el que defendió su hogar bajo la invencible convicción de estar actuando en legítima defensa, así como que se trataba del hogar de una familia humilde en donde además tenían ubicado su negocio, consistente en una tienda de víveres y abarrotes de la cual la familia generaba su sustento y que fue destruida vilmente por los efectivos de la fuerza pública, lo que constituye el uso desproporcionado de la fuerza en el



29.979
Rogelio Aguirre López y otros

procedimiento a su cargo, cuyos miembros integrantes, a la postré, establecieron un sartal de mentiras para desviar la investigación, debiéndose concluir que nada en el proceso justifica las atroces actuaciones que se cometieron en contra de los demandantes.

El 27 de febrero de 2006 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto.

Durante el traslado común, la apoderada de la Fiscalía General de la Nación adujo que la parte demandante faltó al deber de acreditar los hechos alegados, e iteró que para la configuración de la falla se requieren de elementos taxativos que en el caso *sub judice* no se completaron. En efecto –argumentó–, que no se demostró que la muerte de la señora María Antonia Castaño Galvis haya sido ocasionada por alguna de las entidades demandadas, puesto que no se aportó prueba sobre el origen de los proyectiles que acabaron con su vida ni que hubieran sido disparados por alguno de sus funcionarios, negligencia de los accionantes que comprueba la ausencia de falla en el servicio.

De otro lado, adujo que los documentos fueron aportados en copia simple, lo que no permite su valoración, razón por la que tampoco se tienen por acreditados los supuestos daños sufridos. Para terminar, insistió en la ausencia de imputación respecto de la institución

Las demás partes y el Ministerio Público guardaron silencio.



29.979
Rogelio Aguirre López y otros

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 7 de septiembre de 2001, proferida por la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, para lo cual se seguirá el siguiente derrotero: 1) Posición de la Sala sobre el valor probatorio de los recortes de prensa, 2) Posición de la Sala respecto al valor probatorio de los testimonios rendidos por las víctimas; 3) Análisis probatorio y conclusiones, 4) Consideraciones sobre el principio de reparación integral y 5) Liquidación de perjuicios y condena en costas.

1. Valor probatorio de los artículos publicados en prensa

La Sala advierte, respecto a los recortes de periódico obrantes a folio 24 del cuaderno No. 1 y 24 a 29 del cuaderno No. 3, que no serán abstraídos en su apreciación, y aunque por sí solos no revisten valor de plena prueba, la noticia de la que dan cuenta sí puede ser objeto de análisis ampliado en conjunto, conexidad y consecuencia, con los demás medios aportados, tal como recientemente sostuvo sobre el particular esta Corporación:

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

Conforme el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil y a lo que ha sostenido la doctrina procesal, la publicación periodística que realice cualquiera de los medios de comunicación puede ser considerada prueba documental¹. Sin embargo, en principio solo representa valor secundario de

(¹) Esta Corporación ha reiterado que los artículos publicados en la prensa escrita pueden apreciarse por el juez como prueba documental solo para tener "(...) *certeza sobre la existencia de la información, pero no de la veracidad de su contenido*". Sobre el mérito probatorio de las



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

acreditación del hecho en tanto por sí sola, únicamente demuestra el registro mediático de los hechos. Carece de la entidad suficiente para probar en sí misma la existencia y veracidad de la situación que narra y/o describe. Su eficacia como plena prueba depende de su conexidad y su coincidencia con otros elementos probatorios que obren en el expediente. Por tanto, individual e independientemente considerada no puede constituir el único sustento de la decisión del juez.²

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

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

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

En relación con este último punto el Consejo de Estado ha indicado que *"...las informaciones publicadas en diarios no pueden considerarse dentro de un proceso como prueba testimonial porque carecen de los requisitos esenciales que identifican este medio de prueba, en particular porque no*

publicaciones de prensa como prueba en los procesos se encuentran también las siguientes providencias: sentencia de 27 de junio de 1996, rad. 9255, C. P. Carlos A. Orjuela G.; sentencia de 15 de junio de 2000, exp. 13.338, C. P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia de 10 de noviembre de 2000, rad. 18298, actor: Renata María Guadalupe Lozano, C. P. Ricardo Hoyos Duque, y sentencia del 16 de enero de 2001, aad. ACU-1753, C. P. Reinaldo Chavarro; sentencia de 25 de enero de 2001, rad. 3122, C. P. Alberto Arango Mantilla; sentencia de 6 de junio de 2002, rad. 739-01, C. P. Alberto Arango Mantilla.

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

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



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

*son suministradas ante un funcionario judicial, no son rendidos bajo la solemnidad del juramento, ni el comunicador da cuenta de la razón de la ciencia de su dicho..." por cuanto es sabido que el periodista "...tiene el derecho de reservarse sus fuentes."*⁴

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

Lo anterior, debido a que en sí mismas las publicaciones periodísticas representan *"...la versión de quien escribe, que a su vez la recibió de otro desconocido para el proceso"*, condición que no permite otorgarles valor de plena prueba debido a que *"...son precisamente meras opiniones..."*⁶.

5.- Del caso concreto

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

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

A las voces del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, plenamente aplicable a este proceso de naturaleza sancionatoria, la carga de la prueba

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

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

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



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

sobre la estructuración de la causal que se les atribuye a los demandados: tráfico de influencias debidamente comprobado, recae en el demandante que es quien la alega. Y en este caso, comoquiera que el artículo periodístico es el único soporte de la aseveración, se quedó aislado sin conexidad ni correspondencia con ningún otro elemento probatorio que lo fortalezca y lo consolide (...)"⁷.

2. Valor probatorio de los testimonios rendidos por las víctimas

En el caso *sub iudice*, la disyuntiva respecto de los testimonios rendidos por las víctimas se presenta en cuanto, habiendo sido sus derechos humanos objeto de una grave violación, fueron los hijos de María Antonia Castaño Galvis y Rogelio Aguirre López quienes, previo a investirse de su calidad de demandantes -e incluso antes de cumplir la mayoría de edad-, rindieron declaración juramentada en el curso de la investigación penal que se adelantó por la Unidad de Reacción Inmediata de la Fiscalía Regional.

En efecto, como parte del acervo probatorio obran los testimonios de Maricela y Andrés Aguirre Castaño, ambos demandantes en la presente causa, a quienes se atribuyó una madurez mental suficiente para comprender la gravedad del juramento y, a pesar de no haber alcanzado la mayoría de edad, se les permitió declarar -a pocas horas de ocurridos los hechos-, bajo los apremios legales de rigor. Esta situación, aunada a la cardinal importancia de las espontáneas declaraciones para el esclarecimiento de la verdad y la consecuente posibilidad que representan de facilitar la reparación integral, ya ha constituido un tema de especial abordaje por parte de los Tribunales Penales Internacionales, en especial los designados para el juzgamiento de crímenes cometidos en el antiguo territorio yugoslavo y en Ruanda, en los que se han valorado testimonios de víctimas, en especial de aquellas que han sido objeto de violencia sexual.

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



29.979
Rogelio Aguirre López y otros

De estas experiencias de justicia penal internacional han surgido valiosos criterios sobre el tratamiento de las víctimas cuando actúan en calidad de testigos, siendo los de talante más garantista los que han alcanzado desarrollo legal y jurisprudencial, en detrimento de posturas inflexibles que le negaban la posibilidad de hacer parte del proceso, es así como, entonces, ese testimonio es la prueba que mayoritariamente se utiliza en la investigación para demostrar la responsabilidad, a pesar de lo que tradicionalmente se entiende por testigo, es decir, una persona ajena al proceso llamada a declarar por cualquiera de las partes. Precisamente esta situación es la que conlleva a la disyuntiva, pues como se itera, no es posible considerar a la víctima de delitos atroces como ajena al proceso, lo que redundaría indefectiblemente en el error de excluir de la decisión el valor de su vivencia.

En cuanto a los testimonios de las víctimas menores de edad -teniendo en cuenta que se trata de la población más vulnerable en cualquier conflicto, si se considera que deben presenciar los horrores de la confrontación bélica y soportar inermes la barbarie en contra de sus familias y de sí mismos-, las reglas de procedimiento y prueba para estos tribunales –desde 1995-, previeron la posibilidad de llamar a los menores de edad a rendir testimonio, estableciendo para ello un régimen diferente al dispuesto para los adultos:

"(...) TPIY (Yugoslavia) Rule 90 (C): A child who, in the opinion of the Chamber, does not understand the nature of a solemn declaration, may be permitted to testify without that formality, if the Chamber is of the opinion that the child is sufficiently mature to be able to report the facts of which the child had knowledge and understands the duty to tell the



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

truth. A judgment, however, cannot be based on such testimony alone (...)⁸

"(...) TPIR (Ruanda) Rule 90 (B): Un enfant qui, de l'avis de la Chambre, ne comprend pas la nature d'une déclaration solennelle, peut être autorisé à témoigner sans cette formalité, si la Chambre estime qu'il est suffisamment mûr pour être en mesure de relater les faits dont il a eu connaissance et qu'il comprend ce que signifie le devoir de dire la vérité. Un jugement ne peut cependant être fondé exclusivement sur ce seul témoignage (...)⁹".

Esta misma garantía se encuentra consagrada en la regla 39(i) de las regulaciones de procedimiento y prueba de los dos tribunales, representada en la facultad otorgada a los fiscales que investigan los casos para solicitar y recibir las declaraciones de las víctimas, así:

"(...) summon and question suspects, victims and witnesses and record their statements, collect evidence and conduct on-site investigations (...)¹⁰"

Pero aún más, de conformidad con los estatutos y reglas procedimentales, la violación y otras formas de agresión sexual cometidas contra niños y mujeres se constituyen en actos de tortura, por lo cual tendrían cabida dentro de las infracciones graves a la Convención de Ginebra, crímenes de guerra y/o crímenes de lesa humanidad y, por ende, sus testimonios han sido valorados aún a pesar de confundirse en el testigo la calidad de víctima y de menor de edad, incluso sin la necesidad de ratificación alguna, toda vez que –resaltan los fallos–, lo fundamental es que el testimonio cumpla con los requisitos de

⁸ A un niño que, en opinión de la Sala, no comprenda la naturaleza de una declaración solemne, se le puede permitir declarar sin esa formalidad si la Cámara considera que el niño es lo suficientemente maduro como para ser capaz de informar de los hechos de los cuales tiene conocimiento y entiende el deber de decir la verdad. Un juicio, sin embargo, no puede basarse en sólo ese testimonio.

http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev49_en.pdf

⁹ <http://www.unictt.org/Portals/0/English%5CLegal%5CROP%5C100209.pdf>

¹⁰ Convocar e interrogar a los sospechosos, las víctimas y los testigos y registrar sus declaraciones, reunir pruebas y conducir investigaciones in situ.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

admisibilidad. Conclusiones investigativas de destacados académicos, respecto al tema en desarrollo, han agregado:

"(...) La jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* entiende que son varios los factores que se deben valorar cuando se trata de un único testimonio y en función de ello determinar si puede servir de base probatoria para fundamentar una sentencia condenatoria. Así, cuando en opinión de la Sala de Primera Instancia, el testimonio prestado por un único testigo es relevante, pertinente, fiable y creíble, puede condenar al acusado por los delitos que se le imputan, en este caso, la corroboración no es necesaria. Por ejemplo en el juicio contra Gutucumbisi, en base al testimonio de la víctima, se estableció que un grupo de asaltantes atacaron a la víctima y otras siete mujeres y niñas con las que estaba escondida, y las violaron. Una de ellas murió después de que fuera empalada por los genitales a instancias del acusado.

Sin embargo, aunque la corroboración no es un requisito exigido por las RPP, la acusación puede presentar pruebas que ayuden a confirmar el testimonio de la víctima. Así, por ejemplo, en el proceso seguido por los delitos que se cometieron contra los detenidos en el campamento de prisioneros de Čelebići, la Sala aceptó el testimonio de la víctima, y sobre esta base, la documentación de apoyo y la declaración de un médico llegaron a la conclusión de que la testigo fue víctima de tres violaciones por Delić. La Sala consideró el testimonio de la víctima, preciso y veraz, en particular a la luz del recuerdo detallado de las circunstancias del caso así como su comportamiento en el interrogatorio. Además, declaró que las presuntas contradicciones, tal como declaró la víctima en el contrainterrogatorio, se debían a que en sus primeras declaraciones estaba bajo el impacto de tener que revivir las violaciones (...) ^[11]¹²"

De esta manera, tratándose el presente caso de la grave violación de derechos humanos de parte de los militares, agentes y autoridades judiciales que

^[11] Así entre otras la Sala de Apelación en las sentencias contra *Aleksovski-IT-95-14/1*, Appeal Judgement, 24 March 2000, párrs. 62 y 63; *Kayishema-ICTR-95-1*, Appeal Judgement (Reasons), 1 June 2001, párrs. 14, 187, 320; *Kupreškić et al.-IT-95-16*, Appeals Judgement, 23 October 2001, párr. 33; *Kunarac et al.-IT-96-23&23/1*, Appeal Judgement, 12 June 2002, párr. 566; *Limaj et al.-IT-03-66*, Judgement, 30 November 2005, párr. 21; *Musema-ICTR-96-130*, Appeal Judgement, 16 November 2001, párrs. 236-38; *Rutaganda-ICTR-96-3*, Appeal Judgement, 26 May 2003, párr. 29; *Niyitegeka-ICTR-96-1*, Appeal Judgement, 9 July 2004, párr. 92.

¹² DEL CARPIO, Juana – "Las víctimas como testigos en el derecho penal internacional" – Revista: Política Criminal Vol. 8 No. 15, Junio de 2013 – Art. 4, págs. 128 a 169 –España-.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

representaron a las entidades demandadas en el operativo de allanamiento, se acogen los criterios que los tribunales *ad hoc* han tenido a bien desarrollar para garantizar los derechos de las víctimas de esta clase de delitos atroces, en el marco del derecho penal internacional y humanitario, razón por la que serán tenidas en cuenta las declaraciones rendidas por Maricela y Andrés Aguirre Castaño, quienes al momento de los hechos aún eran menores de edad pero, bajo la comprensión de la gravedad del juramento, rindieron conscientes declaraciones, que a la postre contribuirían con creces a la reconstrucción de los hechos y el esclarecimiento de la verdad.

Sin embargo, la equiparación de la presunción de certeza que ofrece el testimonio de la víctima de un delito sexual al de la víctima de cualquier otro delito –máxime cuando ha sido catalogado de lesa humanidad-, no supone la prohibición o imposibilidad de la defensa para desvirtuarla, ni mucho menos que en su contra se suprima la presunción de inocencia, pues también la experiencia internacional ha documentado algunos casos en los que la declaración de la víctima resulta poco confiable y en consecuencia se ha solicitado la corroboración de la misma, oportunidad después de la cual, cuando no ha sido posible lograrla o su contenido riñe con las reglas de libre apreciación y sana crítica, se le ha restado validez y en consecuencia se ha proferido el fallo absolutorio.

En el presente caso, aún cuando los testimonios fueron rendidos por dos menores de edad que, no sólo se relacionan en los hechos como víctimas sino que además integran la parte demandante, los mismos serán valorados de conformidad con la jurisprudencia internacional, advirtiéndose además que no se considera violatorio del derecho de defensa de las demandadas, comoquiera que dichas declaraciones fueron practicadas con su audiencia, obraron a lo



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

largo de todo el proceso y respecto de las mismas se surtió la posibilidad de contradicción y tacha de falsedad, recurso este último del que no se hizo uso.

En efecto, la conclusión a que se arriba ha de ser la misma a la que han llegado los tribunales penales internacionales, es decir, que en defensa de los derechos y garantías de las víctimas, y con el ánimo de evitar la impunidad de parte de los perpetradores de hechos tan atroces, se valorarán los testimonios de quienes sufrieron en primera persona los excesos y abusos de la fuerza y la violación de sus derechos humanos de parte de las autoridades públicas, pues como siglos atrás lo expresara Beccaria en su tratado de los delitos y de las penas:

"(...) es un punto digno de consideración en toda buena legislación, el determinar exactamente la credibilidad de los testigos y las pruebas del delito. Todo hombre razonable, esto es, que tenga una cierta coordinación de sus ideas y cuyas sensaciones sean conformes a las de los demás hombres, puede ser testigo. La verdadera medida de su credibilidad no es más que el interés que tenga en decir o no la verdad; y de ahí que resulte frívolo el motivo de la debilidad de las mujeres; pueril, la aplicación de los efectos de la muerte real a la civil en los condenados, cuando no tengan interés alguno en mentir.

(...)

Los absurdos prácticos de la legislación son a menudo producidos por el temor, fuente principal de las contradicciones humanas. Los legisladores (...), asustados por la condena de algún inocente, cargaron la jurisprudencia de excesivas formalidades y excepciones, cuya exacta observancia haría que la anarquía impune se sentara en el trono de la justicia (...)"¹³.

La especial condición de vulnerabilidad de la población infantil en medios hostiles donde se desarrollan conflictos armados, ha sido objeto de investigaciones publicadas por la Oficina del Representante Especial del Secretario General para asuntos de niños y conflictos armados de la ONU, e

¹³ BECCARIA, Cesare "De los delitos y de las penas" Editorial TEMIS, Bogotá – 2003, Pág. 20



29.979
Rogelio Aguirre López y otros

incluso organizaciones no gubernamentales especializadas en la defensa de los derechos de los menores de edad y el desarrollo de su problemática, tema que reviste un especial interés por parte de la Organización de las Naciones Unidas¹⁴:

"(...) Children's views on justice

The State has primary responsibility for ensuring acces to justice for those children who have suffered harm and damage as a result of grave violations of his rights. Children see justice as a broad concept, encompassing far more than judicial proceedings against perpetrators. Reports an research undertaken with childrens who are victims of armed conflict, have found that children want perpetrators who committed serious offences during armed conflict to be held accountable. Many children who participated in TRC expressed the view that perpetrators should not go unpunished, particularly when they continued to live in the same community, and when the child or the child's family had suffered at their hands.

For children, though, justice includes far more than punishing and perpetrator. Even more important to them is the restoration of their rights, especially their socio-economic rights, and an element of compensation and reparation to address the loss of those rights (...)¹⁵.

¹⁴ Informe del Representante Especial del Secretario General de la ONU, sobre la situación de los niños en los conflictos armados, septiembre de 2011

http://childrenandarmedconflict.un.org/publications/WorkingPaper-3_Children-and-Justice.pdf

¹⁵ Opiniones de los niños sobre la justicia

El Estado tiene responsabilidad primordial de garantizar acceso a la justicia para los niños que han sufrido daños y perjuicios como consecuencia de graves violaciones de sus derechos. Los niños ven la justicia como un concepto amplio, que abarca mucho más que los procesos judiciales contra los autores. Informa una investigación llevada a cabo con los niños que son víctimas de conflictos armados, que se ha encontrado que los niños quieren que los autores de delitos graves durante el conflicto armado rindan cuentas. Muchos niños que participaron en TRC expresaron la opinión de que los autores no deben quedar sin castigo, particularmente cuando seguían viviendo en la misma comunidad y cuando el niño o la familia del niño habían sufrido a manos de ellos.

Para los niños, sin embargo, la justicia incluye mucho más que castigar al autor. Aún más importante para ellos es la restauración de sus derechos, especialmente los derechos socioeconómicos, y un elemento de compensación y reparación para hacer frente a la pérdida de esos derechos (...).



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

"(...) In order to assist States to put an end to a widespread culture of impunity, the international community has, over the last 20 years, set up new accountability mechanisms, assisting States to ensure justice. These mechanisms essentially take two forms: Judicial courts or tribunals, which are formal bodies operating to set rules of procedure, and more informal, non-judicial TRC. Children are increasingly playing a role in these mechanisms, as victim and, in some cases, as witnesses (...) ¹⁶".

Se tiene, entonces, respecto a la situación de los niños que han sido víctimas de graves delitos en contra de sus derechos y a la nueva perspectiva en que la justicia los contempla, un panorama renovado por causa de las experiencias que han dejado los tribunales penales internacionales a cuya competencia se les ha asignado la administración de justicia con ocasión de crímenes que, si bien cometidos en el escenario internacional, repercuten más en su especial tratamiento por la inmensurable gravedad de las vulneraciones a que han dado lugar y que no son ajenas a conflictos armados internos de países como Colombia, en el que se ha sembrado profunda e indeleblemente la huella de la violencia en la conciencia colectiva de muchas generaciones, infantes y menores que se han transformado prematuramente en objetos maleables al servicio de la guerra, razón por la que, conforme mutan los conflictos humanos, no se pueden obviar las innovadoras estrategias y mecanismos de vanguardia para combatir las injusticias que en su desarrollo se cometen y que constituyen verdaderas herramientas a favor del esclarecimiento de la verdad, la reparación integral de las víctimas, las garantías de no repetición y la preservación del derecho sustancial sobre el formal, sin que ello menoscabe los derechos de quienes son procesados por la presunta comisión de hechos semejantes.

¹⁶ Con el fin de ayudar a los Estados a poner fin a una cultura de impunidad, la comunidad internacional ha dispuesto, en los últimos 20 años, la creación de nuevos mecanismos de rendición de cuentas para ayudar a los Estados a garantizar la justicia. Estos mecanismos son esencialmente de dos tipos: los tribunales judiciales o tribunales, que son los órganos formales de funcionamiento para establecer las reglas de procedimiento, y más informal, los TRC no judiciales. Los niños están jugando un papel cada vez más protagónico en estos mecanismos, como víctima y, en algunos casos, como testigos.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

Adhiere la Sala al avance hermenéutico que los organismos de justicia internacional han logrado durante los últimos años, en detrimento de la cifra de impunidad por la violación de derechos en contra de menores de edad que, en el contexto de los mecanismos de rendición de cuentas –tribunales penales internacionales-, han permitido, como medida de protección del interés superior que encarnan, su creciente participación en los procesos penales bajo la calidad de víctimas y testigos.

3. Análisis probatorio y conclusiones

Con fundamento en las pruebas que obran en el proceso, se encuentran demostrados los siguientes hechos:

2.1. A folio 21 del cuaderno No. 1 obra certificado notarial del Registro Civil de Defunción perteneciente a María Antonia Castaño Galvis, cuyo deceso se registró como ocurrido en Medellín el 6 de octubre de 1994, a causa de un shock hipovolémico por herida en corazón y pulmón causadas con proyectiles disparados por arma de fuego.

De igual manera, obra en el conjunto probatorio el acta de la necropsia practicada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el que se certifica que la muerte de la señora María Antonia Castaño Galvis obedeció a heridas propinadas con arma de fuego, proyectiles que en su trayectoria comprometieron su corazón, pulmones y arteria mamaria izquierda, constituyéndose en lesiones de naturaleza esencialmente mortal que le generaron un shock hipovolémico (fl. 159 y 160 del cdno. No. 1).

2.2. Aportadas por la Fiscalía General de la Nación a la investigación penal, obran las resoluciones No. 073 a 077, proferidas el 6 de octubre de 1994 por el



29.979
Rogelio Aguirre López y otros

Fiscal Regional Delegado ante el DAS –Seccional Antioquia-, con código 079 y 082, según información entregada por operaciones de inteligencia, la que sería ratificada por el Agente de esa Dependencia identificado con el carné No. 131, expedido por el B-2 de la Cuarta Brigada.

En la parte resolutive de las órdenes de allanamiento se impartieron las siguientes instrucciones:

"(...) Art. 1). ORDENAR EL (LOS) ALLANAMIENTO (S) Y REGISTRO (S) del (los) inmueble (s) relacionado (s) en el literal a) de esta resolución.

Art. 2). El allanamiento y registro contará con la asistencia del Fiscal quien delega el registro en: Jefe Policía Judicial – DAS (ANT). Contará además con la colaboración del Batallón No. 4 Policía Militar.

Art. 3). Sólo serán retenidas personas sorprendidas en flagrancia, con orden de captura escrita vigente y/o públicamente requeridas, dejándolas a disposición de la autoridad competente, con los elementos incautados, dentro de las treinta y seis horas siguientes.

Art. 4). Comunicar dentro de las veinticuatro horas siguientes a la ejecución de la diligencia, al personero municipal.

Art. 5). La diligencia se deberá efectuar dentro de las veinticuatro horas, contadas a partir de la fecha de expedición de esta resolución.

Dada en Medellín, a los seis días del mes de octubre de mil novecientos noventa y cuatro a las 01:000 de la madrugada (...)" (fls. 94 a 104 del cdno No. 2 anexo) (Negrillas y subrayas adicionadas).

2.3. Por otro lado, en el boletín de prensa No. 39, expedido el mismo día por el Comandante de la Cuarta Brigada del Ejército Nacional, se puede observar la versión oficial de la institución frente a los acontecimientos, la cual se sintetizó así:

"(...) El Comando de la Cuarta Brigada se permite informar que en desarrollo de una operación de registro efectuada a partir de las 04:30 de la madrugada del día de hoy en la calle 85 con carrera 32, barrio el



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

Jardín, en la comuna nororiental de Medellín, se presentó un **enfrentamiento armado entre tropas de la Cuarta Brigada e integrantes de las milicias populares del ELN.**

Como resultado de la operación fueron heridos el cabo primero del Ejército Jairo Chávez, el agente del DAS Julián Contuni Ramírez y dos soldados adscritos a esta Unidad Operativa (...).

En el lugar de los hechos aparecieron muertas dos mujeres identificadas como María Antonia Castaño, de 32 años de edad, y María Isabela Concha de 65 años, quienes de acuerdo a averiguaciones realizadas por la Fiscalía Delegada ante el DAS, fueron asesinadas por integrantes de las milicias populares del ELN.

La operación, desarrollada por el pelotón antiterrorista urbano de la Cuarta Brigada en coordinación con la Fiscalía Delegada ante el DAS, fue realizada gracias a información suministrada por la ciudadanía y a labores de inteligencia desplegadas por personal militar de esta Unidad (...)” (fl. 16 del cdno. No. 3).

2.4. Integrando el acervo de pruebas, visible a folios 483 a 488 del cuaderno anexo No. 5, se confrontó la declaración rendida por el Teniente Carlos Soler Parra –comandante del Pelotón Antiterrorista Urbano de la Cuarta Brigada del Ejército Nacional-, en la que acerca del operativo de la madrugada del 6 de octubre de 1994, ejecutado en forma conjunta con el DAS, dejó dicho:

“(…) PREGUNTADO: Qué tipo de apoyo prestó usted como comandante de ese pelotón que dirigió esa fecha del 6 de octubre en el presente año en la carrera 30 con calle 86, durante el allanamiento practicado a la casa-tienda? CONTESTÓ: (...) **me encontraba aproximadamente media cuadra debajo de la tienda cuando ocurrió ese allanamiento y ya en ese momento pensábamos que los allanamientos siguientes serían normales o sea como los que ya se habían realizado** (...). PREGUNTADO: Se percató o supo usted, si del inmueble donde residía la anciana que posteriormente resultó lesionada mortalmente, también le dispararon a la Fuerza Pública? CONTESTÓ: Por lo que pude apreciar y las versiones que recibí de los soldados que se encontraban sobre ese sector, desde adentro le dispararon a la fuerza pública en repetidas ocasiones, pero no tengo conocimiento de con qué arma se hizo esta agresión, luego de haberse efectuado el allanamiento y cuando me moví hacia la esquina tratando de rodear la casa, fui agredido también con unos disparos uno de los



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

cuales hizo blanco en la humanidad del cabo primero CHAVEZ JAIRO (...). PREGUNTADO: Manifieste usted bajo juramento porque en algunas de las residencias de ese sector se efectuaron allanamientos sin orden de registro y quién dispuso tales pesquisas? CONTESTÓ: **Luego de que la fuerza pública fue atacada y empezaron los disparos desde varios puntos, los dos fiscales regionales que acompañaban la diligencia me dijeron o nos dijeron que la zona era una zona de flagrancia ya que se estaba efectuando un combate desde donde se nos dispara desde muchas casas y no era necesario la orden de allanamiento (...).** PREGUNTADO: Qué explicación lógica puede dar usted sobre los hechos en que resultó lesionada la anciana que apareció muerta? CONTESTÓ: **A mi manera de ver, esta pudo ser muerta por alguno de los milicianos que atacaron la fuerza pública apenas comenzamos a subir y que tratando de replegarse hacia el cerro pudieron subir por la casa de la anciana muerta, pues detrás de ésta había unos caminos hacia la parte alta del cerro y en su desespero por no ser atrapados, o dados de baja, se replegaron disparando (...).** PREGUNTADO: Diga al despacho qué personal militar fue el que entró a la residencia de la anciana que apareció muerta en el lugar (...) y quién fue el que la encontró? CONTESTÓ: Recuerdo que a la casa se penetró porque la puerta estaba entre abierta y a esa vivienda entre yo de primero acompañado por un personal de soldados, dos soldados, y al encontrar la casa bastante oscura hice traer unos agentes del DAS que portaban una linterna con la cual se descubrió a la anciana muerta y se procedió, perdón, rectifico: se encontró el cuerpo de una señora que al ser revisada por el Fiscal dijo al parecer todavía mostraba signos de estar viva, es de anotar ante el despacho que antes de entrar, desde la parte de dentro o atrás de la casa habíamos recibido unos disparos y pensamos en el grupo miliciano tratando de replegarse o esconderse, pues ya estaba bastante claro. PREGUNTADO: A qué horas fue que usted hizo su ingreso al domicilio de la anciana por cuyos hechos se averigua? CONTESTÓ: No recuerdo la hora con exactitud pero calculo que era entre las cinco y las cinco y media de la mañana. PREGUNTADO: Cómo se llaman los soldados que dice usted lo acompañaban cuando entró al domicilio de la anciana? CONTESTÓ: No recuerdo el nombre de los soldados (...). [t]engo conocimiento de que luego del operativo en el sector, me refiero a apenas que se retiró la fuerza pública, un sujeto efectuó una reunión con la gente del sector en donde dijo que había que enconchinar [sic] al Ejército y al DAS porque ellos era quienes habían matado las señoras, declaración que fue tomada en el DAS y de la cual hay constancia en el proceso de la regional; no conozco el nombre del sujeto que hizo esa reunión, pero no fue un sujeto fueron varios sujetos integrantes de la banda de milicias del sector y quienes tienen aterrorizado con sus actos a la gente del barrio, obligándola a hacer y decir cosas contra su voluntad so pena de muerte. PREGUNTADO: Hay constancias en el expediente de que a la



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

casa tienda penetraron personal del DAS y del Ejército, que hicieron saqueo de cuanto ahí había y hasta de un dinero propiedad de los moradores de ese lugar (...), qué explicación da usted sobre este particular? CONTESTÓ: No tengo conocimiento de que haya sido saqueada la casa-tienda, no sé a qué pruebas se refiere el despacho ya que el personal en todo momento estuvo controlado y la casa-tienda se registró en presencia de la autoridad encargada de velar porque esto no suceda que eran los fiscales que acompañaron la diligencia y estuvieron presentes en el momento en que el sujeto se entregó (...). Agrega el declarante: dejó constancia de que los moradores de la casa-tienda no fueron obligados a salir de ésta, sino que el sujeto ROGELIO AGUIRRE decidió entregarse a las autoridades por su propia cuenta y sus hijos salieron detrás de él. PREGUNTADO: Se tiene información de que varios de los retenidos en esa ocasión fueron sometidos a trato inhumano y brutal, pues los golpeaban a punta pies y golpes de mano, así también como con las armas o incluso que a algunos les echaron sal en la boca de la misma que hurtaron en la casa-tienda los integrantes del personal de la fuerza pública. CONTESTÓ: En ningún momento presencié que estos hechos ocurrieran por parte de la fuerza pública ni del personal del DAS y creo que esto hace parte de la orden que dieron los jefes milicianos del sector para poner en entredicho la dignidad del personal que actuó durante esa operación. PREGUNTADO: Dígale al despacho si usted o personal a su cargo, efectuó disparos contra la vivienda donde fue muerta la anciana MARÍA ISABELINA GIRALDO? CONTESTÓ: En ningún momento presencié ni ordené disparos contra dicha casa ya que se encontraba fuera del ángulo desde donde nos estaban disparando. PREGUNTADO: Conoce usted el procedimiento a seguir cuando se presentan muertes violentas en cualquier sitio? CONTESTÓ: Conozco que en situaciones normales se tiene que llamar a un fiscal para que adelante las diligencias de levantamiento, pero dada la situación que se vivía en el sector y contando con la presencia de dos fiscales regionales, ellos que conocen la ley y la interpretan, ordenaron mover los dos heridos o las dos muertas, por lo cual yo no me opuse a esto (...) (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

2.5. En providencia del 27 de diciembre de 1996, el Juzgado 49 de Instrucción Penal Militar de Medellín resolvió la situación jurídica del Subteniente del Ejército Nacional Carlos Soler Parra, en el marco de la investigación que se le adelantara por el delito de homicidio, cesando todo procedimiento en su contra, una vez consideró:



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

"(...) Con el caudal probatorio recaudado, este Despacho llega a la conclusión de que el ST. SOLER PARRA CARLOS, quien para la fecha de los hechos era el comandante de la patrulla que apoyó los allanamientos efectuados por el DAS, debidamente autorizados para esa época en el barrio el Jardín de la ciudad de Medellín, **se vio en la obligación de repeler el hostigamiento inferido por los milicianos quienes pretendían dar de baja a la patrulla militar que era comandada por él**, pues como podemos ver de dicho ataque resultaron heridos tres militares, un suboficial y dos soldados, al igual que un agente del DAS, producto de los disparos efectuadas con las armas de fuego que ilegalmente portaban aquellos bandoleros, **debiendo el mencionado oficial cumplir la misión encomendada de mantener el orden público, apoyando a cabalidad la misión que se estaba realizando, utilizando el debido procedimiento, viéndose el citado oficial en la necesidad de defender no sólo su vida sino la de los integrantes de su patrulla, vidas que fueron sometidas injustamente a una agresión, como así lo afirman los declarantes quienes cuentan que el ataque sólo provino de los milicianos, destacándose en sus versiones que la manera de actuar del aludido oficial fue correcta, y que en ningún momento hubo excesos ni por parte de él ni de su patrulla**, no obrando dentro del diligenciamiento testimonio alguno o indicio grave que comprometa la responsabilidad del oficial en la muerte de las señoras MARÍA ISABELINA GIRALDO y MARÍA ANTONIA CASTAÑO.

Así las cosas, mal podría endilgársele responsabilidad penal por el delito de HOMICIDIO en las ya mencionadas señoras, si tenemos en cuenta además los dichos de algunos testificantes [SIC] que aseguran de que [SIC] las señoras se encontraban fuera del área del enfrentamiento y que una de ellas fue víctima de su propio esposo (...)" (fls. 180 a 187 del cdno. No. 2).

2.6. El testimonio que rindiera bajo juramento la menor de edad, Marisela Aguirre Castaño, ante la Unidad Segunda de Reacción Inmediata de la Fiscalía 156, apenas horas después de acontecidos los hechos, da cuenta de la versión espontánea y desgarradora de una niña que presencié cómo la Fuerza pública asesinaba a su madre y posteriormente capturaba a su padre acusándolo de ello y de ser un insurgente. En su declaración dijo:

"(...) PREGUNTADO: Bajo la gravedad de juramento como lo seguirá haciendo en la presente declaración, manifieste al despacho todo lo que le conste, sepa y obtenga conocimiento sobre los hechos en los cuales



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

el día de hoy fue fallecida la señora MARÍA ANTONIA CASTAÑO? CONTESTÓ: Nosotras estábamos durmiendo a eso de las 2:45 am, entonces empezaron a darle pata a la puerta y gritaron que abrieran que era la Fiscalía, pero **por ahí no habían civiles y la Fiscalía no había llegado, eran puros soldados**, mi papá no quiso abrir la puerta, entonces después le dieron una patada muy fuerte a la puerta y ahí mismo se abrió, entró un hombre vestido de camiseta verde, una gorra de lana negra, no le alcancé a ver el pantalón, él es gordo bajito y tiene un ojo como visco, creo que es el ojo izquierdo, ya después entro a la casa y se iba a llevar el televisor, después salió mi papá por una ventanita que da a la sala y se asomó por ahí con un arma y entonces el que se entró a la casa se salió y se devolvió a matar a mi papá, entonces después iba a salir y **cuando él iba a matar a mi papá mi mamá se le tiró encima por la espalda al ver que iba a matar a mi papá, entonces mi mamá salió corriendo para la pieza y el hombre ese salió a perseguir a mi mamá y ahí fue donde le dio y yo alcancé a escuchar cuatro (4) tiros**, y ya después el hombre se fue se montó por un muro y subió para arriba, entonces mi papá empezó a gritar y dijo que si mataron a mi esposa mátenme a mí también y ya después **yo cerré la puerta con una mesa y unos bancos que habían en mi casa y yo me asomé por encima de la puerta y yo vi fue puros soldados y ellos estaban en la casa de enfrente y vieron cuando salió el hombre que siguió derecho**. Luego se escuchó el "EDISON", no sé si dirigiéndose a él. PREGUNTADO: Qué personas se encontraban en su residencia cuando se perpetraron estos hechos? CONTESTÓ: Estábamos Andrés Aguirre Castaño, que tiene doce años, Roel Aguirre Castaño, de 7 años, Yesenia Aguirre Castaño, que tiene dos años, mi papá de nombre ROGELIO AGUIRRE, mi mamá y yo. Es de anotar que los niños vieron cuando el hombre entró y entonces yo los cogí y los entré para el baño y yo volví a salir después de que mi papá hizo dos tiros, luego de haber matado a mi mamá, después yo le dije a mi papá que se entrara para la tienda, después el Ejército alzó el techo de la tienda como para ver cuando mi papá se metía a la tienda, después esos soldados le gritaron a mi papá que se entregara con todos los que estaban ahí en la casa, después dijeron que iban a volar la casa, que contaban hasta tres para que todos salieran, entonces nadie salió y entonces **tiraron una granada por encima del techo y eso no explotó sino que cayó sobre un bulto de frijoles, ya después iban a tirar otra por encima de la puerta y yo salí con mis hermanitos para que no la tiraran y entonces yo les dije que me dejaran llevar a mi mamá al hospital y nos entraron para dentro y cerraron la puerta**, después sacaron a mi papá y a todos los hermanitos míos y yo nos salimos de la casa con mi papá, después nos llevaron a un corredor junto a una casa y ahí nos hicieron sentar, ya después se entraron todos los soldados para la casa y tumbaron la puerta de la tienda, dañaron el candado y entonces ya después yo subí sola para llevar a mi mamá al hospital y entonces ellos



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

me sacaron y empezaron a sacar toda la ropa de los chifonieres, regaron un bulto de sal ahí en la sala y dañaron unas sillas tumbaron los colchones e hicieron un poco de daños allá en la casa y **los mismos soldados se llevaron la plata que mi papá hizo durante el día, él siempre la guarda en un nochero y el nochero lo vaciaron todo, se llevaron la plata que había en la caja donde mi papá echaba la plata y empezaron a destapar frescos y cogieron bolsas de panes y las tiraron ahí en la sal, los cigarrillos que eran como seis paquetes se los llevaron**, ya después subió el DAS, todos así de civil y vi unos que tenían brazaletes en los brazos y subieron más arriba de mi casa y sacaron dos muchachos de una casa de ahí encimita, después más arriba sacaron más señores de la casa. PREGUNTADO: La persona que dice usted que mató a su madre qué arma portaba? CONTESTÓ: Él llevaba un arma grande toda negra (hace alusión a un brazo de largo) (...). PREGUNTADO: En cuál de estos compartimentos de su residencia fue muerta su señora madre? CONTESTÓ: Mi mamá cuando le pegaron los tiros cayó en el corredor junto a la pieza de ella, después se paró y volvió a caer junto del baño. PREGUNTADO: La persona que disparó contra su señora madre requirió a su padre para que soltara el arma? CONTESTÓ: **No le dijo suelte el arma, ni nada sino que entró disparando (...).** PREGUNTADO: **En algún momento le presentaron documentos de orden de allanamiento?** CONTESTÓ: **No, entraron así.** PREGUNTADO: Se percató usted si las personas en mención "el individuo el cual detallo y el Ejército" requirieron a su padre de algo? CONTESTÓ: No (...). PREGUNTADO: **Qué respuesta le dieron a usted sobre la solicitud de que la dejaran conducir a su madre al hospital?** CONTESTÓ: **Ellos me dijeron que dizque no, que me quedara ahí encerrada, yo les dije que todavía estaba viva y me decían que me quedara ahí.** PREGUNTADO: Afirma usted que se arrojó una granada a su residencia? Conoce usted de armas? CONTESTÓ: La conozco porque es como una piña y encima tiene como una argollita de llavero. PREGUNTADO: Usted tiene algo más que agregar? CONTESTÓ: **Que cuando nosotros estábamos ahí afuera en el corredor a donde nos habían llevado, yo vi al hombre que le disparó a mi mamá lo vi por detrás y entonces yo le dije al Capitán que ese había sido el que le había disparado a mi mamá y entonces él se quedó callado y me dijo que me corriera para allá**, ya después yo me fui para donde mi tía y no me di cuenta de más (...) (fls. 10 a 13 del cdno. No. 3) (Negritas y subrayas agregadas).

El 11 de los mismos mes y año, a cinco días de ocurridos los fatídicos hechos, la menor Marisela Aguirre Castaño -nuevamente bajo juramento-, amplió su



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

declaración ante la misma Unidad de Reacción Inmediata, en la que a sus anteriores afirmaciones agregó:

"(...) cuando el hombre vio a mi papá se salió para afuera para la calle y después de devolvió a dispararle a mi papá y entonces mi mamá se le tiró por detrás al sujeto y lo agarró por la ropa, bueno y entonces el tipo empujó a mi mamá y la tiró al suelo y **mi mamá salió, se paró y salió corriendo para la pieza, cuando iba a entrar [sic] le disparó por la espalda**, después mi mamá se paró y ella lo único que dijo fue me dieron y entonces después se cayó junto al baño y ya de ahí no se movía, pero si se quejaba mucho (...)"

"(...) [E]ntraron por mi papá, lo cogieron y lo bajaron arrastrando por las escalas él estaba descalzo y lo pusieron en el patio de la casa del lado o sea donde doña Berta, me sacaron a mi también para afuera y empezaron a darle pata a la puerta de la tienda, dañaron el candado, se metieron para la tienda y empezaron a sacar cosas, destapaban frescos, regaron un bulto de sal en la sala, regaron los frijoles, tiraban la parva para arriba, se llevaron la plata que mi papá había hecho durante el día, la que había en el cajón y que mi papá había echado en el nochero y sacaron la ropa de los chifonieres, dañaron las sillas, tumbaron los colchones, se llevaron un bolso de mi papá donde él tenía plata, fuera de las alhajas, **a mí ya me habían llevado para el patio y mi papá me mandó para la casa para que no dejara sacar nada y ellos no me dejaron entrar [sic]**, después los soldados cogieron dos muchachos ahí arribita de mi casa, en la casa de encima allí viven GLORIA, EDISON, CESAR que él se mantenía ahí, y tres niños de Gloria y Edison, los cogieron y los tiraron encima de la ropa que sacaron de mi casa, o sea que a ellos los entraron en mi casa, después **el hombre que mató a mi bajó (...) y se puso a hablar con ellos, o sea con los soldados que estaban en el frente de mi casa, o sea que se dio la vuelta por detrás, mi papá le dijo a los soldados que sacaran a mi mamá y que lo dejaran ir porque él no había hecho nada, y el tipo que mató a mi mamá empezó a darle pata y a darle puños, cuando yo lo vi él estaba de espalda, después voltió [sic] así de lado y yo lo reconocí, yo le dije al Capitán que ese era el que había matado a mi mamá y entonces él me dijo siéntese allá y quédese callada si no quiere que la mate**, los tíos míos iban a salir a ver a mi mamá y entonces los soldados le empezaron a dar pata a mi tío NICOLÁS CASTAÑO, él es hermano de mi mamá, ya después como a las siete y media se llevaron a mi mamá, pero ya estaba muerta y se llevaron a mi papá y a los muchachos que bajaban para el trabajo los cogieron y también se los llevaron (...)"



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

"PREGUNTADA: Las personas que ingresaron a su casa tenían orden de allanamiento? CONTESTÓ: No la tenían, no la mostraron.

PREGUNTADA: Ellos diligenciaron algún acta donde se dejara constancia del allanamiento? CONTESTÓ: No, ni yo firmé nada.

PREGUNTADA: La persona que entró de primero a su casa se identificó como miembro de qué autoridad? CONTESTÓ: Esos soldados cuando estaban dándole pata a la puerta si dijeron que era la Fiscalía (...) todos eran soldados uniformados, eran muchos todo eso estaba lleno de soldados, estaban con uniforme camuflado.

PREGUNTADA: y su papá dónde mantenía el arma de fuego que utilizó ese día?

CONTESTÓ: Yo no sé decirle dónde la mantenía (...) yo no sé hace cuánto que él la tiene (...), yo sé que él la consiguió porque en la casa estaban atracando mucho (...).

PREGUNTADA: Usted le ha visto a su papá alguna otra arma de fuego distinta a esa? CONTESTÓ: No, nada más esa.

PREGUNTADA: Su señor padre a qué se dedicaba o dedica? CONTESTÓ: Él se mantenía en la tienda, él de la casa salía cuando había que surtir nada más.

PREGUNTADA: Y su difunta madre a qué se dedicaba?

CONTESTÓ: Ella trabaja tres días en una casa de familia, lunes, miércoles y viernes (...) mi hermanita que se llama Nancy estuvo también trabajando allá los martes, jueves y sábados y domingos ya se quedaba allá en la casa (...).

PREGUNTADA: Y los fines de semana se iba a tomar trago a su casa algún grupo armado del sector, valga decir milicias o guerrilla? CONTESTÓ: **Los milicianos de vez en cuando que subían para arriba ellos llegaban ahí en el corredor de la casa y mi papá les daba frescos. Pero ahí mismo se iban ellos no se quedaban (...).**

PREGUNTADA: Su papá mantenía relación con esos milicianos, CONTESTÓ: No, ni él ni mi mamá, nosotros ni los dejábamos entrar a la casa ni nada, la reja se mantenía cerrada, a nosotros nos dejaban salir nada más cuando íbamos a hacer los mandados o cuando nos íbamos para el colegio (...).

PREGUNTADA: A sus padres en alguna ocasión se les tildó como guerrilleros, milicianos o colaboradores de esos grupos armados. CONTESTÓ: No señor.

PREGUNTADA: Fuera de los milicianos reinsertados, en ese sector del barrio Jardín existen otros grupos de antimilicias o de guerrilla.

CONTESTÓ: Si, existe un grupo armado comandado por SANTIAGO y esta semana ha habido muchos enfrentamientos porque él se quiere tomar la zona de Jardín (...) son milicianos no reinsertados (...).

PREGUNTADA: usted recuerda las características físicas de la persona que le disparó a su madre. CONTESTÓ: Él tenía como cara de señor, el cabello es negro ondulado, no tenía corte militar pero el cabello era con colita corta, de ojos grandes redondos y el izquierdo dañado, sin bigote ni barba, de cara redonda y tez clara (...).

PREGUNTADA: Y esa persona le hizo los disparos a su señora madre cuando ella estaba frente a él o ella le daba la espalda. CONTESTÓ: Ella daba la espalda, él le disparó cuando mi mamá corrió, no le



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

disparó de frente sino por la espalda (...). PREGUNTADA: Y la luz eléctrica estaba prendida? CONTESTÓ: No señor, pero la puerta estaba abierta y afuera hay una lámpara de alumbrado público y eso daba algo de claridad a la casa y ya el mismo hombre le disparó a la lámpara de la calle y la apagó (...). PREGUTADA: Cuánto tiempo permaneció herida su señora madre? CONTESTÓ: Desde que la hirieron que eran como las tres de la mañana hasta que la sacaron que eran las siete y media, o sea cuatro horas y media (...)" (fls. 230 a 236 del cdno. No. 4). (Negrillas y subrayas adicionales).

2.7. A folio 31 del cuaderno No. 3 figura informe suscrito por los abogados delegados de la Oficina de Derechos Humanos, dirigido al Procurador Departamental, en el que así se dejó anotado:

"(...) En el día de hoy, a las 4:00 pm los suscritos doctores: CARLOS ARTURO CÁRDENAS ECHEVERRI –Coordinador de la Oficina de Derechos Humanos- y MANUEL EDUARDO GUTIÉRREZ CHAYA, abogado comisionado, se hicieron presentes en el barrio San José de la Cima en la calle 86 no. 30-14, residencia de la familia Aguirre, lugar en el que fue muerta la señora MARÍA ANTONIA GALVIS, mientras el doctor Cárdenas recibía declaración de testigo, el doctor Gutiérrez Chaya hablaba con la joven MARICELA AGUIRRE, quien hizo entrega de dos (2) proyectiles calibre 357 magnum, que según ella se le cayeron al miembro del DAS que le causó la muerte a su madre y que vestía de chaqueta con dicha sigla, camiseta verde y gorra negra, presenta un ojo extraviado, es decir, es bisco [sic], dice haberlo visto nuevamente en el DAS, también hace entrega de una vainilla calibre 38 largo, ya disparada por el arma que portaba su padre, nos da el teléfono (...) para que la llamemos a declarar.

Luego el doctor Gutiérrez Chaya, se dirigió a la residencia en donde fue muerta la señora María Isabelina Giraldo y se habló con el señor Carlos Emilio Ramírez, hijo de la occisa, quien manifestó que al hacer recolección de las cosas de su madre y que se encontraban tiradas en el suelo, producto del allanamiento, encontró tres (3) vainillas en la primera pieza, es decir, en una especie de sala, tales vainillas pertenecen al calibre 7.62, de uso privativo de las fuerzas militares y que son disparadas por Galil 6-3 y M-14 de uso privativo. Tales vainillas se observan mordidas en la parte del centro con un rayón similar en las tres, de las cuales se puede deducir que fueron disparadas por una misma arma.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

Manifiestan los testigos (...) que tales disparos los produjo un soldado quien presentaba un rayón o herida en la cara lado derecho, éste también fue quien disparó hacia una casa en la cual habían menores de edad (...)” (fls. 32 y 33 del cdno. No. 3).

2.8. A partir de la declaración juramentada que rindiera la Fiscal 159 de la Unidad Segunda de Reacción Inmediata -Dra. Luz Aida Álvarez Montoya-, es posible establecer el estado de la situación al arribo de los primeros investigadores al lugar de los hechos. Así se encuentra atestiguado:

“(...) De conformidad con el art. 287 del C. de P.P., y de acuerdo a su solicitud verbal hecha a este despacho, me permito a continuación rendir declaración jurada, en lo atinente a los hechos ocurridos en el barrio “la granja” de esta ciudad Carrera 30 con la calle 86 en donde resultaron dos mujeres muertas y varios lesionados.

1) Siendo las 8 am de hoy octubre 6, se recibió llamada telefónica a la Unidad Segunda de Reacción Inmediata, a la coordinación, del Dr. Carlos Arturo Cárdenas E., abogado delegado de la Procuraduría, en la Oficina de Derechos Humanos y quien manifestara que por San Blas, se había presentado un enfrentamiento entre miembros del DAS y el Ejército y en el cual habían dos personas muertas, que por lo tanto, él llegaba a la Unidad, para que hiciéramos presencia en el lugar como garantía, para observar el lugar de los hechos.

2) Una vez nos reunimos con el citado funcionario me dirigí en compañía del personal del CTI y del fiscal 175 Dr. MARIO PALACIO OBANDO, a la carrera 30 con calle 86, donde había ocurrido el insuceso.

3) Una vez nos acercamos al lugar observamos unos Comboys militares, inmediatamente me dirigí a ellos con el fin de constatar la existencia de los cadáveres, pues en ningún momento fueron reportados, incluso en el trayecto le preguntamos a la Estación 300 si se había reportado algún 901, siendo la respuesta negativa.

4) Es de anotar que en la subida se vieron desfilar varios vehículos tipo Toyota, al parecer plateados o grises que trasladaban personal civil con chaquetas y cachuchas de las utilizadas para realizar allanamientos. No se pudo identificar su procedencia ni grupo armado al cual pertenecían.

5) Una vez en un sitio cercano al lugar de los hechos, nos atendió un militar, que no se identificó, quien me contactó a su decir con el Fiscal del DAS quien se encontraba en una camioneta Toyota de placas KF-



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

4914 y quien no se identificó, sólo dijeron que eran fiscales y se encontraban vestidos de cachucha y chaqueta, eran un hombre y una mujer, es de anotar que en el vehículo también se transportaban otros sujetos, entre ellos al parecer unos retenidos que llevaban en la parte de atrás.

6) Les expliqué que yo era Fiscal Coordinadora de la Unidad de Reacción Inmediata y que sabía de unas muertes, por lo tanto era la competente para practicar el levantamiento. Al interrogárseles qué persona realizó el levantamiento, uno de los fiscales respondió que los había remitido al anfiteatro, ya que cuando los sacaron estaban heridos pero que en el trayecto habían fallecido, que por lo tanto se había ordenado el traslado para allí practicárseles el levantamiento. Les expliqué que mi función era realizarla en el lugar que habían fallecido, uno de los integrantes de esa patrulla quien al parecer era del DAS y quien estaba molesto, nos contestó de mala forma sin nosotros alcanzar a precisar qué fue todo lo que habló, a lo que le repuse que yo no pretendía entorpecer su función, pero sí cumplir con mi deber de realizar la Inspección Judicial al lugar, ellos nos dijeron que esa zona era peligrosa y de difícil acceso, pero nosotros continuamos la marcha y ellos procedieron a retirarse sin más explicaciones.

Inmediatamente solicité la colaboración del Ejército, que en ese momento era abundante en el lugar y nos escoltaron hasta el sitio. Una vez allí, se realizó la inspección judicial, se tomaron datos a algunas personas las cuales quedaron consignadas en la diligencia de inspección judicial, se procedió a filmar la escena no sin antes ordenar al anfiteatro municipal que sólo estos dos fiscales 159 y 175 practicarían las diligencias de levantamiento de estos cadáveres que allí se encontraban.

7) Se recuperó abundante munición de R-15, 9 mm y al parecer 38.

8) Es de anotar, que mientras practicábamos la inspección era constante el acoso para que se practicaran estas diligencias de levantamiento por otros fiscales, no se sabe por parte de quien, ya que todos los familiares se encontraban con nosotros.

9) La ciudadanía reportó ante el delegado de la Procuraduría varias detenciones (...)" (fls. 78 y 79 del cdno. No. 3) (Negrillas y subrayas de la Sala).

2.9. A folios 44 a 51 del cuaderno No. 6 obra el acta de la diligencia de inspección judicial, realizada al lugar de los hechos por el Fiscal No. 182



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

delegado de la Unidad Segunda de Reacción Inmediata, en la que dejó consignado:

"(...) El lugar está ubicado en la parte nororiental de la ciudad de Medellín y como ya se anotó se identifica con el nombre de barrio SAN JOSÉ DE LA CIMA NÚMERO DOS (...) se encuentra en la parte alta de la montaña, en terreno accidentado con caminos de acceso fácil mediante el uso de escalas en material de cemento construidas por la misma vecindad y donde se observa un caserío de aproximadamente unas cuarenta o cincuenta casas, en su mayoría ranchos de construcción pobre con techos de lata unos y otros con teja de eternit, existiendo también unas cuantas viviendas en material de adobe y plancha (...), cuyos habitantes son personas pobres, con un grado de ilustración limitado pero que en modo alguno, pese a su escasa cultura, los hace díscolos, sino más bien personas con ambiente de campo, tratables y serviciales con las personas con quienes tienen contacto (...).

El desarrollo administrativo o recursos en este aspecto son paupérrimos, pero la comunidad que conforman estas familias mutuamente se ayuda y han logrado darle un aspecto agradable y reconfortable al sector mostrando una vez más su civilización e integración social (...)"

"(...) Como punto de partida, en la casa No. 86-46, habitación que pertenecía a la señora MARÍA ISABEL GIRALDO CONCHA y en cuyo sitio le dieron muerte según lo conocido dentro del averiguatorio (...). En total pues son cuatro los impactos apreciados (...) habiéndose efectuado todos en el interior de la morada según las apreciaciones, dirección e impactos que permiten tal impresión; en esta casa y según lo establecido, la finada María Isabel vivía sola y al parecer en el momento del asalto por el o las persona que incursionaron a ella (fuerzas del orden público). Se encontraba en el baño lugar donde buscó protección y del cual se dice, fue sacada o arrastrada hasta el lecho que tenía en la habitación, ya que la lesión inferida influyó en su humanidad una muerte instantánea y rápida (...).

"(...) [E]l domicilio de la señora MARÍA ANTONIA CASTAÑO GALVIS, fallecida, se encuentra la Joven NANCY AGUIRRE, quien se encuentra al cuidado de esta (...). Los impactos apreciados por el aspecto que ofrecen, dirección, impresión o huella que dejaron, permiten deducir que fueron disparadas desde la parte exterior del inmueble hacia adentro de este y en número nutrido buscando diferentes espacios, algunos posiblemente en ráfaga por la ubicación en que se observan (...).

"(...) Se concluyó dentro de las averiguaciones y manifestaciones de los habitantes del sector, que los integrantes de la Fuerza Pública que



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

actuaron en esta ocasión en ningún momento fueron agredidos por los habitantes del lugar, ni por extraños, y que el tiroteo y algarabía o escándalo lo protagonizaron fueron los mismos que llegaron a requisar en el barrio quienes observaban un comportamiento inadecuado, impropio de su condición de autoridad o servidores del orden en representación del Estado y que las muertes ocurridas fueron el resultado de su misma irresponsabilidad y salvajismo dada la forma en que procedieron (...)" (Negrillas y subrayas se adicionan).

2.10. Obra a folio 179 a 248 del cuaderno No. 3, la calificación del mérito de la instrucción, proferida el 9 de junio de 1995 por la Fiscalía Regional de Medellín, en la que se resuelve provisionalmente la situación jurídica de Rogelio Aguirre López, dictándose en su contra resolución de acusación por la comisión de los delitos de: lesiones personales contra funcionarios en concurso con fabricación y tráfico de armas y municiones y homicidio agravado en la persona de María Antonia Castaño Galvis, circunstancia que lo mantuvo privado de su libertad.

2.11. El 16 de los mismos mes y año, el delegado del Ministerio Público presentó recurso de apelación en contra de la anterior decisión –folios 258 a 262 del cuaderno No. 4-, en el que insistió en los argumentos que, previo a que se profiriera la calificación, lo llevaron a solicitar la preclusión de la investigación.

En ese orden, el competente en segunda instancia para resolver la impugnación fue la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, que en providencia del 4 de octubre de 1995 –de manera previa a revocar la resolución de acusación y en su lugar decretar a favor de Rogelio Aguirre López la preclusión de la investigación y ordenar su inmediata libertad-, dejó constancia elocuente de los desafueros y tropelías en los siguientes términos:

"(...) En ejercicio de la competencia que otorga la apelación y consulta a esta Unidad de segunda instancia y centrándonos inicialmente en la situación del señor ROGELIO AGUIRRE LÓPEZ, este despacho no puede



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

menos que sentar su más enérgica protesta y expresar la consternación que causa el observar cómo este proceso o "investigación" más que una actuación dirigida a averiguar la verdad se trastocó en una malhadada acción destinada a encubrir a los verdaderos responsables de la muerte inmisericorde que se les causó a dos indefensas mujeres durante un confuso, mal planificado y peor ejecutado operativo "militar" con la complacencia de fiscales que malentienden sus funciones constitucionales y legales.

De manera que ahora la fuerza pública no sólo atropella a la población ejecutando operativos nocturnos a la topa tolondra, con despliegue inusitado de fuerza mal empleada, hiere y mata mujeres dentro de sus hogares, sino que además existe el fácil expediente de atribuir esos resultados al propio cónyuge de una de las fallecidas, quien por "quítame allá esas pajas" decide en la versión que se quiere imponer poner fin a más de 20 años de convivencia hogareña, asesinandola aprovechando la presencia del DAS, EL EJÉRCITO Y LA FISCALÍA.

Y lo que realmente resulta desmoralizante: La Fiscalía General de la Nación aparece en un maridaje vulgar, dañado y punible avalando esa situación, manteniendo al viudo en la cárcel durante un año (su hogar destruido, sus hijos al garete) y acusándolo en una kilométrica providencia donde sobran las repeticiones y falta la justicia y el sentido común.

(...)

Y, no puede menos que señalarse como inconsecuente, sesgada, falta de criterio y sospechosa por lo menos en lo intelectual la manera como el fiscal calificador hace una serie de elucubraciones en el aire sobre la manera como "pudieron haber ocurrido los hechos", para atribuirle a AGUIRRE LÓPEZ la autoría de aquel homicidio, pues en primer lugar a debido analizar que **el solo hecho de que deba basarse en suposiciones tuvo su origen en la propia actuación de las autoridades que intervinieron en el operativo, que impidieron (de los cual existen constancias y protestas) que el fiscal de reacción inmediata competente para ello levantara el cadáver en el sitio de los acontecimientos, puesto que lo trasladaron al anfiteatro arguyendo la "peligrosidad" del lugar (no anotaron que esa peligrosidad se había acentuado por la presencia de militares, detectives y fiscales complacientes (...))**" (fls. 301 a 315 del cdno. No. 4) (Negrillas y subrayas ajenas al original).



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

2.12. Otro cúmulo de declaraciones de testigos de los hechos, residentes y víctimas del salvaje operativo, dejaron constancia de la barbarie a la que fueron sometidos por la fuerza pública los pobladores de ese sector. Entre los más contundentes, no pueden dejar de resaltarse los que a continuación se transcriben en lo pertinente:

a. Nicolás Castaño Galvis –hermano de la fallecida María Antonia Castaño Galvis-: "(...) Rogelio les gritaba que hasta que no amaneciera no se les entregaba porque él les gritaba que no sabía si eran policías o si eran ladrones; aproximadamente a las cinco de la mañana le hicieron un tiro a la señora de él y él viendo la mujer en el suelo gritaba que ya le habían matado la mujer y que lo mataran a él también (...); aproximadamente a las cinco de la mañana gritó el Ejército que los estaba cogiendo la tarde, que quemaran la lámpara del alumbrado público y entonces los soldados la reventaron a punta de bala porque estaba dando mucha luz (...), eso lo oí yo desde mi cama porque era que hablaban duro, gritaban (...). Ellos, el mismo Ejército, llamaron al compañero granadero, el que andaba con las granadas y él como que bajó, les entregó una granada y la tiraron a la tienda de Rogelio Aguirre, pero no les estalló (...), los soldados andaban encapuchados, eran vestidos de soldados, pero tenían tapada la cabeza, no se dejaban ver el rostro (...). Mi mujer se levantó a despacharme para el trabajo cuando se me aventaron mis hermanos y mi mamá y me dijeron que a MARÍA ANTONIA la habían matado, entonces yo salí corriendo sin camisa y abriendo la puerta me encontré con un agente del DAS (...), me cogió entonces y me empujó y me pegó una patada, no dejo que ninguno de nosotros auxiliáramos a mi hermana (...) (fls. 16 a 19 del cdno No. 6).

b. Carlos Emilio Ramírez –hijo de la fallecida María Isabelina Giraldo-: No llegaron con ningún papel ni nada para demostrar que iban a un allanamiento ni nada, llegaron fue dándole a las puertas y diciendo: abranos o las vamos a tumbar, y a la vez que hablaban disparaban, pero hacían intervalos en los tiros; ya después cuando empezó eso, yo me oculté con mi familia en el baño por temor a una bala perdida y ya como a las seis y cuarto fueron a mi casa y tocaron duro los del DAS y yo abrí con mis hijos en la mano y la señora al pie para que no me fueran a hacer nada, entonces ellos entraron, requisaron mi casa, preguntaron que si yo tenía armas y les dije que no, entonces me preguntaron por los muchachos, los milicianos y entonces yo les dije que yo no sabía porque yo no tengo cuentas con esa gente, pues ellos pasan por mi casa y yo no tengo amistad con ellos, pero los del DAS me decían que tenía que saber y yo insistí que no, entonces ya luego que requisaron y me tiraron todo al suelo y dejaron las cosas en



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

desorden salieron y me dijeron que me encerrara que nadie podía salir y yo me quedé encerrado con mi familia, pero ya luego a los diez minutos me dijeron que abriera y me dijeron que si la señora de abajo quien era, que si era mi mamá y entonces me dijeron que fuera y la recogiera que estaba muerta y entonces yo bajé con miedo porque creí que era un simulacro de ellos para matarme a mi (...), entonces llegué y encontré a mi mamá en la mitad de la pieza a la sala, la mataron en el baño y la arrastraron porque con esos disparos que le dieron a mamá que le perforaron la cabeza ella no pudo haberse arrastrado, eso fue que la arrastraron luego de matarla y después de eso me cogieron a interrogarme, a decirme que dónde estaban las armas (...) que recogiera a mi mamá y me la llevara en la ambulancia que estaba abajo, entonces yo con un vecino saqué a mi mamá y bajé con ella creyendo que si estaba la ambulancia y eran mentiras de esa gente, tuve que descargarla en el suelo, pues no habían ambulancias ahí (...).

PREGUNTADO: sabe usted si a su mamá la mataron miembros del DAS o del Ejército? CONTESTÓ: Eso fue más que todo el Ejército porque estaban las cocas de los cartuchos de los fusiles, y en este caso de todas maneras no hay que hablar de unos, para mí eso fueron los dos, es decir, el Ejército y el DAS, ellos estaban trabajando juntos (...).

PREGUNTADO: Sabe usted si en alguna de esas casas de los vecinos que menciona encontraron armas o algo diferente? CONTESTÓ: No, no encontraron nada porque esa es gente toda buena, pero si me di cuenta de que robaron cosas, pues se perdió plata y joyas de varias de esas casas y a mí se me perdieron dos mil pesos que los tenía encima del chifonier (...).

PREGUNTADO: Le mostraron alguna orden para requisar su casa? CONTESTÓ: No me mostraron orden ni nada, tampoco me pidieron permiso, solo me dijeron que abriera o me tumbaban la puerta (...), entraron como perros (...).

PREGUNTADO: Se enteró usted si en ese operativo del DAS y Ejército estos fueron agredidos o atacados por milicianos, guerrilleros o extraños? CONTESTÓ: La mayoría de la gente del barrio sabemos que a ellos no los atacó nadie, eso fueron ellos mismos haciendo los disparos y corrían en diferentes direcciones para hacer creer que estaban atacados, pero nadie los atacó (...).

PREGUNTADO: Sabe usted quién hirió a esas personas de las unidades del DAS y el Ejército? CONTESTO: Eso fue entre ellos mismos por su aceleramiento (...), imagínese que dañaron la lámpara del alumbrado, la encendieron a plomo, se metieron a otra casa y cogieron un muñeco que tenían en la pared y lo agarraron a plomo, disparaban era a la loca.

PREGUNTADO: Usted vio la forma como disparaban y actuaban los del operativo del DAS y Ejército? CONTESTÓ: No, yo no vi, pero oía los gritos que ellos daban, se trataban por apellidos, pero no recuerdo qué apellidos se dijeron; yo oía que decían algunos "sargento no dispare por aquí que somos nosotros" (...).

PREGUNTADO: Sabe usted si don Rogelio es miliciano o tiene conexión con estos? CONTESTÓ: No señor, es un señor de muy buena familiar, claro que comentan que tenía un



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

revólver, pero lo tenía para defender el negocio y la familia, no le hace mal a nadie, no tiene cuentas con nadie que esté contra la ley (...)” (fls. 27 a 30 del Cdn. No. 6).

c. Josefina Monsalve Vásquez, habitante del sector de San José de la Cima –concretamente de la casa contigua a la del señor Rogelio Aguirre, en donde su esposa perdió la vida-, rindió declaración juramentada en la que adujo:

“(...) Yo vivo enseguida de la casa de doña MARÍA ANTONIA CASTAÑO, vivo ahí en la parte de abajo, nos separa un caminito de servidumbre que va a otras casas o vecinos; vea, yo no vi porque cuando ellos llegaron, es decir, comentan que eran del DAS, fueron a hacer unos allanamientos, pero nadie podía salirse de las casas, entonces yo oí de mi casa que tocaron en la casa de don Rogelio, entonces don Rogelio contestó que quien era, que si no le decían quién era él no le abría la puerta a nadie, entonces ahí mismo a lo que él no abrió empezó el candelero, comenzaron la balacera y en esas grito don Rogelio “me mataron a mi esposa”, “ya me mataron a mi esposa ya qué quedo valiendo”, que por qué no habían ido en el día viendo que él mantenía en su tienda, que entonces él sin señora no valía nada, que lo mataran a él también y que no abría hasta que no amaneciera (...). Ya como a las seis de la mañana oí que don Rogelio les decía que ya se había quedado sin su señora, que ya se la habían matado, que no le fueran a hacer nada a él por favor, que esos niños se quedaban huérfanos, pues tienen siete hijos ahí (...). PREGUNTADO: A usted la ultrajaron? CONTESTÓ: No, apenas no encontraron nada lo que si dijeron es que se les habían escapado pero que la próxima vez, en la próxima ocasión ellos no comían de nada, que hasta la chimba se nos moría, eso fue lo único que dijeron en mi casa delante de mis hijas. PREGUNTADO: Sabe usted si el personal que allanó ese sector fue objeto de agresión por alguien ajeno a ellos? CONTESTÓ: No, eso era cosa de ellos mismos, nadie los atacó y la bulla se sintió fue cuando ellos empezaron el candelero (...)” (fls. 52 a 55 del cdno. No. 6) (Negrillas y subrayas de la sala).

d. Andrés Aguirre Castaño, hijo de la fallecida María Antonia Castaño y de Rogelio Aguirre, menor con trece años de edad, se encontraba al interior de la casa mientras esta era atacada por parte del Ejército y los integrantes del DAS, razón por la cual rindió su declaración juramentada, en la que quedó escrito:

PREGUNTADO: Vio usted cuando su mamá cayó herida al piso en el interior de la casa? CONTESTÓ: Yo no la vi caer, mi hermanita MARICELA si vio porque estaba junto a mi mamá. PREGUNTADO: Entonces usted no se dio cuenta de la forma como su mamá fue herida dentro de su casa? CONTESTÓ: Yo cuando mamá cayó la vi en el suelo,



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

a ella le dispararon fue desde adentro, nos dispararon a todos los que habíamos en la casa pero solo hirieron a mi mamá, pero yo no vi quien disparaba, yo sólo sentí que eran varios porque se oían varias voces entre ellos gritando palabras malas (...), yo no vi quién disparó, yo sólo sentía cuando dispararon para adentro y también después que tiraron una granada que cayó en la tienda pero no estalló, yo vi la granada en la tienda tirada debajo de la vitrina (...). PREGUNTADO: Luego de que hirieron a su mamá usted que hizo? CONTESTÓ: Yo estaba asustado, tenía mucho miedo porque ellos nos estaban disparando y eran diciendo que nos iban a matar a todos y a mi papá le decían que salga (...) o disparamos y le ponemos dinamita a esa casa, así decían (...) PREGUNTADO: Usted en qué momento se enteró que su mamá estaba herida o muerta? CONTESTÓ: **Cuando ella cayó me enteré que estaba herida porque MARICELA se puso a llorar y no recuerdo bien qué decía, ella decía que le ayudaran con mamá que estaba herida, pero de afuera no dejaron salir a nadie y ahí nos quedamos hasta por la mañana, hasta que nos sacaron y nos llevaron al patio de abajo.** PREGUNTADO: Usted vio las heridas que tenía su mamá? CONTESTÓ: No señor, yo no vi las heridas, yo estaba muy asustado con esos disparos, **yo me acuerdo que cogí a los chiquitos y los metí en el baño, ahí me metí con ellos y MARICELA se metía también con nosotros y se salía (...)**" (fls. 308 a 311 del cdno. No. 6) (Negritas y subrayas adicionadas).

Conclusiones

"(...) [L]a diferencia entre la "guerra" y el "empleo de la fuerza" regulado en el capítulo VII de la Carta de la ONU –que lo prevé como extrema medida constrictiva, poniéndolo bajo el control del Consejo de Seguridad y bajo la dirección estratégica del Comité de Estado Mayor- no es una diferencia formal que pueda ocultarse con un simple juego de palabras, llamando a la guerra "operación de policía", como hizo el gobierno italiano. La diferencia es sustancial. Es la misma diferencia que existe entre pena y venganza, entre derecho y tomarse la justicia por su mano. Uno es la negación de la otra, y por esa negación se define. La guerra es por su naturaleza un uso de la fuerza desmesurado e incontrolado, dirigido al aniquilamiento del adversario. Una operación de policía se limita por el contrario al uso de la fuerza estrictamente necesaria no ya para "vencer" sino únicamente para restablecer la legalidad violada. Una guerra puede plegarse a los fines e intereses particulares de los Estados a los que se confía. Una operación de policía no tiene otro fin que el restablecimiento de la paz (...)"¹⁷.

La Sala revocará la decisión apelada con fundamento en lo siguiente:

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi "Razones jurídicas del pacifismo", Editorial Trotta - Madrid, 2004. Pág. 32 y 33



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

El daño antijurídico está acreditado, ya que pudo establecerse que la señora María Antonia Castaño Galvis, falleció en la madrugada del 6 de octubre de 1994 víctima de dos proyectiles disparados con arma de fuego, cuando en momentos en que se encontraba descansando en su hogar -junto a su esposo e hijos-, efectivos del Ejército Nacional, el DAS y la Fiscalía General de la Nación, en un operativo conjunto, arribaron a su humilde vivienda con el objetivo de practicar un allanamiento que –a pesar de estar debidamente amparado en orden judicial, expedida por autoridad competente-, estuvo plagado de irregularidades que a la postre desencadenaron el deceso de dos mujeres, entre ellas el de la señora Castaño Galvis.

Así las cosas, a sus deudos les fueron afectados diferentes derechos e intereses legítimos que no estaban en la obligación de padecer, máxime que el ordenamiento jurídico no les imponía el deber de soportar esa afectación.

En esa perspectiva, el problema jurídico que aborda la Sala se contrae a determinar si en el caso concreto es imputable el daño a las demandadas o, si por el contrario, tal y como lo aducen las entidades, el mismo es producto de una causa extraña, como el hecho exclusivo de la víctima o de un tercero.

El carácter inverosímil de la versión oficial de las entidades demandadas se evidenció en el boletín de prensa que publicaron a escasas horas de acontecidos los hechos, así como en las posteriores declaraciones que en sede de la investigación penal rindieran quienes lo llevaron a cabo –posición esta que contrasta profundamente con la vertida testimonialmente por los habitantes del sector sobre quienes recayó el rigor del operativo-. Así, por ejemplo, la rendida por el Comandante del Pelotón Antiterrorista de la Cuarta Brigada del Ejército –Teniente Soler Parra-, contrasta visiblemente cuando asegura que todo



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

transcurría de manera normal hasta el momento en que las unidades llegaron a la casa de la Familia Aguirre Castaño, desconociendo el atropello al que ya antes venían sometiendo a los moradores de las viviendas objeto de la inspección y que fue denunciado inmediatamente cesó la coerción e intimidación de las unidades a cargo del operativo, a fuerza del arribo de los investigadores de la Fiscalía y la Procuraduría regionales al lugar de los hechos, cuyas primeras impresiones de la vulneración provocada fueron consignadas en las actas respectivas y ampliadas en testimonio rendido con ocasión de la posterior investigación.

Así mismo, de otro lado, para desvirtuar responsabilidad en el homicidio de la otra mujer, una anciana, se aparta de lo creíble atribuyendo el deceso al enfrentamiento con presuntos milicianos que se refugiaban detrás de la humilde casa; por ello, aseguró que debía ser objeto de investigación ya que el lugar de habitación donde ocurrió el deceso se encontraba fuera de la zona de influencia del presunto enfrentamiento; sin embargo, como el experticio lo estableció, las huellas de los disparos que allí se encontraron fueron efectuados desde la parte del frente de la vivienda, es decir, en el sentido en que se apostaba la Fuerza Pública, y no desde atrás por donde –aseveró–, huyeron los delincuentes perseguidos. Admite ser el primero que entró en la rústica vivienda y al haberla encontrado oscura, llamó a los detectives del DAS que al iluminar el lugar, se percataron de que la anciana yacía muerta, afirmación que inmediatamente corrigió asegurando que al ser evaluada aún presentaba signos vitales por lo que dispusieron su inmediato traslado; esta enmienda a su declaración también se cuestiona si se tiene en cuenta que fue el hijo de la fallecida quien al ser noticiado por las autoridades, tuvo que correr desde su casa con la esperanza de encontrar viva a su progenitora y a la postre él mismo –con la ayuda de un vecino–, trasladar el cuerpo sin vida hasta el lugar donde presuntamente lo esperaba la ambulancia del Ejército, que nunca encontró.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

Entonces, se cuestiona, por qué si el Teniente a cargo presumía que la persona herida aún se encontraba con vida no optimizó el tiempo para salvarla y en lugar de ello obstaculizó su inmediata atención.

En esa misma perspectiva se debe destacar el hecho de que la señora fue herida con un disparo en su frente, de allí que se pregunta cómo es posible que presumiera aún seguía con vida, cuando la necropsia determinó que la señora Giraldo falleció en el mismo instante en que fue impactada, y aún más perturbador, cómo llegó aquél a la sala de la casa cuando el disparo que impactó a la mujer acaeció cuando se encontraba en el baño. No menos intrincado resulta la manera en que explica cómo los presuntos milicianos huyeron por la parte de atrás de la vivienda, sin justificar que se haya encontrado la puerta del frente abierta, si era este precisamente el flanco que cubrían los soldados y agentes del DAS y finalmente, después del nutrido enfrentamiento entre los bandos cómo es que no se rinde cuenta de ninguna captura en flagrancia, ningún soldado tiene claridad del lugar desde donde fueron atacados, nada en la investigación que permita presumir, tan siquiera inferir lejanamente, el accionar delictivo de grupos urbanos armados, no quedó registro de que hallaran algo de lo que buscaban, salvo un revólver viejo y dos radios inservibles; ni rastros de personas ajenas a los hogares que momentos antes estuvieran allí pernoctando, ni objetos personales, ni armas, ni absolutamente nada a partir de lo cual se pudiera inferir un ataque o que los habitantes o presuntos milicianos estuvieran preparados para recibir a la fuerza pública, nada, salvo una llamada telefónica novelesca –recibida por un soldado en un teléfono público-, que daba presunto aviso a los milicianos y a la que se le quiere atribuir un peso determinante para la reacción desproporcionada y salvaje de los agentes detectives y militares.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

Para ello, no existe otra explicación más convincente de parte del Comandante del operativo, diferente a que por declaraciones de testigos rendidas ante el DAS, obtuvo conocimiento de que los milicianos “fantasmas” que buscaban y no fueron capturados, orchestaron una conspiración para desprestigiar las distinguidas instituciones por cuyo nombre y autoridad, en la madrugada de ese día, los uniformados irrumpieron con decoro y absoluta observancia de los protocolos, para defender a la comunidad del barrio San José de la Cima de sus opresores armados ilegales.

Esta declaración concuerda con la providencia mediante la cual el Juzgado 49 de Instrucción Penal Militar, luego de una no menos que penosa argumentación, resolvió cesar el procedimiento en contra del subteniente Soler Parra, al considerar que el militar “... *se vio en la obligación de repeler el hostigamiento inferido por los milicianos quienes pretendían dar de baja a la patrulla militar que era comandada por él...*”, valiéndose para ello del debido procedimiento con el fin de defender las vidas de sus hombres, que consideró injustamente sometidas a una agresión por parte de los hostiles subversivos que habitaban el sector; justificó, además, la imposibilidad de endilgarle responsabilidad por el homicidio de las dos señoras, puesto que los testimonios refieren que una se encontraba fuera del área de enfrentamiento y que a la otra la mató el esposo.

Como se aprecia sin dificultad, la decisión proferida por la justicia penal militar se edificó con una motivación ligera y malhadada, que pasa por alto las profundas contradicciones en que incurrió en su declaración el oficial y cuyo mayor desacierto consiste en dar crédito sin inventario a las afirmaciones del propio investigado y de la patrulla bajo su mando, cuyos declarantes sorpresivamente corroboraron la ausencia de excesos en el uso de la fuerza empleada y de paso también la versión oficial de la institución, que se refiere a



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

un enfrentamiento entre tropas de la Cuarta Brigada y milicianos del ELN, que arrojó como resultado tres militares y un agente del DAS heridos, y dos mujeres muertas que, según concluyó la elaborada investigación del DAS, fueron abatidas por los insurgentes durante el enfrentamiento.

Los angustiosos testimonios de los menores Maricela y Andrés Aguirre Castaño, quienes apresados en su casa en la madrugada de ese 6 de octubre presenciaron todo el ignominioso operativo, dan cuenta honesta de la barbarie con que arremetieron Ejército, Fiscalía y DAS en contra del humilde hogar de una familia que derivaba su sustento de una tienda que atendían en la misma vivienda, y de como tuvieron que, no sólo ver que un desconocido irrumpía en la casa, disparaba en contra de su madre y luego más soldados les acorralaban sin darles posibilidad de prestarle auxilio, sino además, cómo intentaron asesinarlos a todos con un artefacto explosivo, para después ser testigos del maltrato en contra de su padre y víctimas de la impotencia por no lograr impedir que los hombres que ejercían autoridad en nombre del Estado robaran sus pertenencias y destrozaran el resto de la vivienda y la tienda de sus padres, único patrimonio del qué dependían para subsistir.

Está claro que los allanadores no exhibieron orden judicial o identificación alguna que permitiera a los dueños de casa la confianza necesaria para abrir la puerta a desconocidos armados que llegaron en horas de la madrugada a su vivienda, ubicada en un sector marginal de la ciudad, asolado por la inseguridad y el olvido de las autoridades; así mismo, se encuentra acreditado que aún después de que los asaltantes aseguraran el lugar no sólo evitaron prestar la ayuda que la señora María Antonia Castaño Galvis estaba a tiempo de recibir para conservar su vida, sino que impidieron que sus hijos le dieran el auxilio que requería, confinándola a morir minutos más tarde en el lugar donde fue abatida; se encuentra más que acreditado el exceso de la fuerza que los



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

funcionarios de las entidades demandadas emplearon en el operativo, cada uno de ellos con la anuencia y complicidad de los demás compañeros, así como la grave vulneración a los derechos humanos de los demandantes; tampoco se levantó ningún acta de lo acontecido en el operativo, amparados en que se encontraban en una zona de riesgo y debían evacuarla prontamente para evitar más enfrentamientos; de igual manera, está demostrado que el señor Rogelio Aguirre López hizo uso del derecho de legítima defensa, cuando tuvo que emplear un arma de fuego para oponerse al ingreso de desconocidos a su hogar, y que a pesar de tratarse de un arma sin salvoconducto ello no configuró ninguna conducta punible, comoquiera que la tenencia no se erigía como un delito en nuestro sistema penal.

Los demás testimonios dan cuenta de la negligencia que rodeó el operativo y de la sevicia utilizada por los funcionarios encargados, puesto que a pesar de haberse identificado claramente al homicida por parte de las víctimas, la defensa se fundamenta en que no se le puede atribuir puntualmente a ninguna de las entidades involucradas por cuanto no se tiene constancia del arma que disparó el proyectil ni mucho menos del funcionario; pretende entonces la Fiscalía General de la Nación, cuando en sus alegatos aduce que no se le puede condenar porque no se logro demostrar el origen del proyectil ni el autor del disparo que, además, ello se califique como negligencia de los demandantes, dejando al garete que la responsabilidad por la falla administrativa es anónima y no se requiere precisar ni individualizar al sujeto activo de la conducta.

Qué despropósito inconmensurable le asiste a las entidades para permitirse aseverar con tanto ahínco que la resistencia que opuso el señor Rogelio Aguirre parecía apoyada por más milicianos con armas largas, cuando cada una por aparte señala a la otra como responsable: la fiscalía asegura que fueron efectivos del Ejército quienes propiciaron los lamentables hechos y que no tenía



29.979
Rogelio Aguirre López y otros

ninguna injerencia, ni posibilidad ni deber de impedírselo; el Ejército afirma que a la señora Castaño Galvis le dispararon milicianos, o en todo caso un agente del DAS; por su parte, DAS y Ejército insisten en que la Fiscalía debe responder por ser su representante quien le dio vía libre a las excedidas acciones que se llevaron a cabo y finalmente todos concuerdan en asegurar que fue Rogelio Aguirre quien le dio muerte a María Antonia Castaño Galvis, que le dieron excelente trato a los detenidos y que el allanamiento se llevó a cabo de acuerdo a la ley. ¿Cuántas contradicciones? Absolutamente nada en sus intervenciones y en la estrategia de defensa implementada conserva coherencia, no existe resquicio de equivalencia que cohesione los argumentos expuestos; en cambio, se refieren a los excesos de la Fuerza Pública como un riesgo que todos los ciudadanos deben soportar. ¿A quién en realidad se le debe atribuir la conspiración?

A propósito de los interrogantes planteados, no es posible presentar otra conclusión diferente a la incuestionable configuración de una falla en el servicio, por demás abultada dramáticamente por el exceso de la fuerza empleada de parte de las autoridades responsables del operativo, y por la grave vulneración de los derechos humanos de los demandantes, situación que anteriormente, en el proceso seguido por la injusta privación de la libertad de que fue víctima el señor Rogelio Aguirre, ya se había exaltado en los siguientes términos:

“(…) El hecho de que sea la misma Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, quien haya señalado que a Rogelio Aguirre se le violaron las garantías elementales, es suficientemente indicativo de que el proceso penal que se le siguió, configuró en general, una grosera y flagrante falla del servicio que se evidencia en el quebrantamiento de los parámetros establecidos en la ley procesal penal. Es por ello que la privación de la libertad de Rogelio Aguirre López supuso la materialización de lo que ha sido denominado por la jurisprudencia y doctrina alemana como “el error craso”, teoría a partir de la cual se permite inferir una falla del servicio ante la constatación de un daño grosero, desproporcionado, y flagrante.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

En efecto, de la valoración probatoria adelantada por la Fiscalía en la segunda instancia se concluyó, entre otros aspectos, lo siguiente: que el operativo de allanamiento fue mal planificado; que no se permitió que el propietario de la casa donde se iba a practicar la diligencia pudiera apreciar la orden judicial que decretaba la diligencia y que identificaba a los agentes públicos; el funcionario que primero ingresó al domicilio de la familia Aguirre Castaño lo hizo de manera violenta y sin el cumplimiento de los estándares mínimos de respeto por la dignidad de los residentes del inmueble; el proceso se fundamentó en pruebas prefabricadas y testigos sin rostro que ni siquiera se encontraban en el lugar para el momento de los hechos.

Como se aprecia, el sindicado estuvo privado de manera injusta y arbitraria de la libertad casi por un año, aunado al hecho de que fue acusado de manera siniestra del homicidio de su propia esposa, y de unas lesiones personales que fueron el producto de un estado de necesidad a la hora de proteger la vida e integridad de su núcleo familiar, circunstancia esta última que se infiere de la forma como fue trasladado el cuerpo sin vida de la señora María Antonia Castaño antes de que se pudiera llevar a cabo el levantamiento del cadáver, con la supuesta excusa de que el lugar revestía una especial peligrosidad. Es decir, los agentes públicos impidieron adelantar la diligencia de levantamiento de cadáver en el lugar de los hechos y, por tal motivo, al proceso penal nunca se allegó prueba técnica que permitiera establecer cuál fue el arma homicida, lo que refleja en el trasfondo la *mise en scène* o tinglado de farsa que montaron los funcionarios del DAS y judiciales para encubrir la verdad de lo ocurrido y, de paso, incriminar al esposo de la occisa en los execrables sucesos, circunstancia que refleja no sólo el error por la Fiscalía sino, de paso, la ignominia de la acusación.

Para la Sala la propia manifestación de la Fiscalía General de la Nación, contenida en la providencia de segunda instancia que precluyó la investigación contra Rogelio Aguirre, es la que ilustra la existencia de un error craso que no hace otra cosa que poner de presente *prima facie*, la injusticia y arbitrariedad con que se abrió y tramitó el proceso penal.

En efecto, esta Sala comparte la preocupación y los sentimientos expuestos por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, como quiera que en pleno siglo XX un Fiscal prevalido de su anonimato, sometió a un ciudadano a un escenario propio del proceso Kafkiano, en donde los razonamientos que fundamentaron la providencia no son diferentes a los que en otros tiempos fueron aducidos en la inquisición, o por la escuela italiana del peligrosismo o antropología criminal, expuesta por Enrico Ferri y Cesare Lombroso. En grado sumo llama la atención de esta Sala que el Fiscal de primera instancia haya empleado,



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

para estructurar la acusación, expresiones como “la peligrosidad del sector”, “la peligrosidad del sujeto”, “los tatuajes y su apariencia física del sindicado”, manifestaciones que reflejan de manera palmaria el desconocimiento supino de las garantías procesales y sustanciales mínimas del investigado (...) ¹⁸”.

En esa línea de pensamiento, la Sala reitera los refulgentes argumentos expuestos en el pasado por esta Corporación, oportunidad en la que en relación con la inviolabilidad del derecho a la vida y el especialísimo deber de protección a cargo de la fuerza pública señaló:

“Nadie en Colombia se puede arrogar la facultad de definir (con fines de exterminio o de perdón) quien es útil, bueno y merece seguir con vida y quién es malo, inútil, “desechable”, y debe morir. Nadie, y mucho menos la autoridad.

“Cuando la autoridad asume ese papel, pierde su basamento moral, y legal, y de protectora de la vida, honra y bienes de los demás (deberes y obligaciones que justifican su existencia) se convierte en la monstruosa dueña de la vida, de la honra y de los bienes.

“Es el primer paso para la anarquía social y el mundo está plagado de esos ejemplos.

“La “limpieza” de un país, que conduce a los peores y desviaciones, “normalmente” empieza con los llamados, por “los nuevos justos”, desechos humanos (homosexuales, vagos, rateros, drogadictos, prostitutas) para envolver luego a los líderes agrarios, comunales, sindicales o a las personas que profesan ideología contraria al sistema y son incómodas porque la pregonan.

“Esta Sala ha sido una voz solitaria de alarma. Fuera de la realidad, dirán algunos; simples poetas, dirán otros. Estamos en guerra y todo es permitido, agregarán los de más allá, justificando los holocaustos y los genocidios. Los “doctos” alegarán la prevalencia del interés general sobre el particular como sucedió en noviembre de 1985, en nota publicada en un periódico de amplia circulación, luego de la toma del Palacio de Justicia. Aunque este interés particular sea la vida misma y ese interés general sea una “institución”, a quién se le habían matado sus mejores exponentes para “salvarla”.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010, Exp. 18.960 C.P. Enrique Gil Botero.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

"Esta distorsión de la moral y de la lógica que olvida el valor del hombre en el mundo y su significado.

"A este respecto la Sala trae a colación la siguiente cita tomada de la obra "La dignidad de la persona", cuyo autor es el profesor Jesús González Pérez:

"TOMÁS Y VALIENTE terminaba una conferencia sobre la tortura judicial pronunciada en la Universidad de Salamanca en 1971 con estas palabras: "como decían los personajes de la Antígona griega y de la Antígona de Bertolt Brecht, no hay nada en la creación más importante ni más valioso que el hombre, que todo hombre, que cualquier hombre."

"(...) Este es el cuadro que muestra este expediente. Y no hay que ser muy sagaz para concatenar una serie de indicios que muestran una vez más esa despiadada labor de "limpieza"¹⁹.

De lo anterior se infiere con nitidez o claridad, que de lo que dan cuenta los autos es del asalto armado a manos de un grupo de integrantes de la Fuerza Pública, autoridades judiciales y de seguridad nacional, que en horas de la madrugada arremeten de manera irracional contra varias de las humildes y rústicas viviendas de un sector marginal de Medellín, en uso desmedido de la fuerza en contra de sus residentes y una vez doblegados, la posterior irrupción que no sólo destruyó el hogar de la familia Aguirre Castaño, sino que además aniquiló en el dolor a sus miembros, por la pérdida del ser más querido por todos ellos, acciones que no pueden ser sino catalogadas como una vergüenza nacional, no sólo frente al mundo, sino ante el tribunal de la razón y la civilidad por más deteriorada que se encuentre en un momento histórico dado. Tristemente en época que una vez más se espera superada, en un culto al prejuicio, se devaluó por los miembros de los organismos de seguridad al ciudadano humilde o de escasos recursos para pasar a identificarlo con el delincuente, y fue eso sin eufemismo alguno lo que ocurrió, y así lo trasunta

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de junio de 1992, exp. 6986, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

este proceso, ya que la labor de la fuerza pública se pervirtió para servir de medio o instrumento a la hora de desencadenar unos hechos propios del pandemonio.

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

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

“En numerosas oportunidades la Sala ha hecho una verdadera apología de la vida... Y lo seguirá haciendo, cada vez que encuentre, como en el presente caso, que se sigue aplicando en el país la pena de muerte, proscrita por la Carta Fundamental desde hace más de un siglo.

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

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



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

como la del hombre bondadoso de irreproachable conducta.²⁰
(Negrillas adicionales).

Sobre el particular, resulta oportuno destacar que los miembros de la fuerza pública deben ceñirse estrictamente a los parámetros y postulados fijados por la Carta Política, pues cualquier distorsión o trasgresión de ese conjunto de principios, valores y derechos contenidos a lo largo del ordenamiento jurídico, por muy loable que en apariencia sea el propósito con que subjetivamente se actúe por parte de los funcionarios (v.gr. eliminar a las fuerzas al margen de la ley o la delincuencia), se traduce en uno de los peores crímenes o delitos reprochados por la humanidad; lo anterior, comoquiera que cuando es el mismo Estado –entidad que detenta el uso legítimo de la fuerza–, quien a través de sus miembros activos emplea sus medios e instrumentos para cercenar, aniquilar y desdibujar las garantías fundamentales del ser humano se quebranta el principio basilar del Estado Social de Derecho, esto es, la dignidad humana, y ello se presta para definir a la organización pública como ilegítima, pues actúa en contra de los propios mandatos trazados por el constituyente primario y directo detentador de la soberanía y del poder político.

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

“Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social. Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman *la esfera de lo indecible* y de lo *indecible que no*; y actúan como factores no sólo de legitimación sino que también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones... Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para

²⁰ Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 10 de abril de 1997, expediente 10.138, M.P. Ricardo Hoyos Duque.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional... Este es el sentido de la frase ¡Hay jueces en Berlín!: debe haber un juez independiente que intervenga para reparar las injusticias sufridas, para tutelar los derechos del individuo, aunque la mayoría o incluso los demás en su totalidad se unieran contra él; dispuesto a absolver por falta de pruebas aun cuando la opinión general quisiera la condena, o a condenar, si existen pruebas, aun cuando esa misma opinión demandase la absolución.”²¹

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

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

“Ya en el mero nombre de hombre hay una dignidad. Y como esta corresponde en igual medida a todos los hombres, todo hombre es también igual a los otros por naturaleza. Esta igualdad “natural” no es una igualdad de fuerzas, como pensaba Hobbes, sino una igualdad en el Derecho, cuyo fundamento se halla en el deber de sociabilidad que une igualmente a todos los hombres, ya que está dado con la naturaleza humana como tal...”²²

Así mismo, en relación con el especialísimo derecho a la vida, primera garantía que se desprende del principio de dignidad humana, la Sala de sobresaliente manera ha discurrido²³:

²¹ FERRAJOLI, Lüigi “Derechos y Garantías. La ley del más débil”, Ed. Trotta, Madrid, 2ª ed., 2001, págs. 24, 25 y 27.

²² PUFENDORF, Samuel “*De jure naturae et gentium*”, citado por WELZEL, Hans “Introducción a la Filosofía del Derecho”, Ed. Aguilar, pág. 145.

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009, exp. 17.318, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

"La preocupación central de las sociedades democráticas contemporáneas es la garantía de los derechos de la persona en tanto tal. Su reconocimiento, en normas de derecho interno como en disposiciones del ámbito universal, entraña la adopción de una filosofía jurídico-política: la propia de las **democracias liberales**, construida sobre la base de todo un sistema de valores y principios superiores que informan y guían el ordenamiento jurídico.

"A partir de *Locke*, padre del liberalismo filosófico, el carácter fundante de los derechos en un Estado de Derecho es indiscutible. Será él quien proponga la constitucionalización de los derechos naturales (y en primer lugar está por supuesto el derecho a la vida) como remedio a los arrebatos de arbitrariedad que siempre han tentado a los gobernantes...

"Positivización o constitucionalización de los derechos naturales que arranca con el derecho a la vida, como **presupuesto para el ejercicio de los demás derechos**, toda vez que es "*el derecho supremo de los seres humanos*"²⁴. Derecho fundamental sin cuya garantía de respecto por parte de las autoridades estatales devendría en ineficaz todo el conjunto de derechos y libertades consagrado por el sistema de reconocimiento y protección de los derechos humanos, como lo ha advertido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁵.

"Con esta perspectiva, nuestra Constitución Política de 1991 en su artículo 11 señala en forma nítida que el derecho a la vida es inviolable y agrega que "*[n]o habrá pena de muerte*". **Inviolabilidad** que se introdujo en el debate en la Comisión Primera de la ANAC, donde se dejó en claro que este derecho era "*el único inviolable, porque cuando es violado desaparece el sujeto del derecho (...) [e]s el único esencial porque si se viola de ninguna manera se pueden desarrollar los demás*"²⁶.

"Este precepto constitucional retoma el viejo mandato contenido en el artículo 29 de la Constitución de 1886, correspondiente al artículo 3º del Acto Legislativo No. 003 de 1910, que estableció que el legislador no podía imponer la pena capital en ningún caso. **Prohibición** que desde entonces ya era **absoluta**²⁷ en tanto se trata del primer derecho y el

²⁴ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Caso Kindler vs. Canadá, Comunicación No. 470 de 1991, dictamen aprobado el 18/11/93, en el mismo sentido vid. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación general No. 06: Derecho a la vida (art. 6) 30/04/82.

²⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe No. 1/96, Caso 10.559, Chumbivilcas vs. Perú, 1º de marzo de 1996.

²⁶ Delegatario ZALAMEA COSTA, Alberto, Comisión primera de la ANAC, 16 de abril de 1991.

²⁷ A juicio del otrora juez constitucional cuando la Carta Política de 1886 prohibió en forma absoluta al legislador imponer la pena capital, "se refiere a la pena de muerte en su sentido



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

supuesto de todos los derechos²⁸, según lo precisó el guardián de la Constitución de esa época. Canon prohibitivo que no admitía excepción alguna para el legislador y por lo mismo cobijaba a las demás ramas del poder público. Esta preceptiva fundamental era interpretada por nuestra jurisprudencia constitucional en armonía con el artículo 16 de la Carta de 1886, disposición que a su turno obligaba a todas las autoridades a proteger la vida y, por lo mismo, era concebida como un **principio rector de toda la Constitución**²⁹.

"(...) En definitiva, en el derecho colombiano la **inviolabilidad del derecho a la vida** en su doble dimensión (i) no admite excepción alguna y (ii) ostenta carácter absoluto³⁰ y, por lo mismo, ha supuesto de antaño la imposibilidad de transgredirlo toda vez que constituye una de las normas básicas de los estados de derecho de estirpe demoliberal, como el nuestro.

"De ahí que no sorprende que haya sido ubicado en el artículo 11, a la cabeza del capítulo I del Título II de la Carta de 1991, dedicado justamente a los derechos fundamentales (tal y como sucede en otras latitudes³¹).

"Si se trata del fundamento de los demás derechos³², o *"el punto de arranque"* o *"prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos [en tanto] constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible"*³³, para usar la terminología de la jurisprudencia constitucional española, es inadmisibles pensar en su suspensión por ningún motivo, habida cuenta que configura prerequisite de los demás derechos, los cuales -se insiste- sólo adquieren sentido si se garantiza la vida³⁴.

natural y obvio, o sea a la extinción de la vida humana": CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PLENA, Sentencia 16 de mayo de 1974, MP Luis Sarmiento Buitrago.

²⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena, Sentencia de 30 de octubre de 1978, MP Luis Carlos SÁCHICA Aponte.

²⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PLENA, Sentencia de 4 de agosto de 1981, MP Mario Latorre Rueda.

³⁰ VERGÉS RAMÍREZ, Salvador, Derechos humanos: Fundamentación, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 197 y ss.

³¹ En España, por ejemplo, el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona está consignado en el artículo 10 de la CN de 1978 "situado a la cabeza del título destinado a tratar los derechos y deberes fundamentales", mientras que el derecho a la vida está previsto en el artículo 15 "a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos" (STC 53/1985, FJ 3º).

³² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe No. 86/99, Caso 11.589, Armando Aljandre y otros vs. Cuba, 29 de septiembre de 1999.

³³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Sentencia STC 53/1985 FJ 3º

³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, Sentencia de 19 de septiembre de 1999.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

"(...) Síguese de todo lo anterior que no son admisibles las ejecuciones extrajudiciales y por ello en varias oportunidades, no sólo esta Corporación -como ya se indicó- sino también la Comisión Interamericana ha declarado responsable al Estado Colombiano por actuaciones de esta naturaleza, por parte de miembros del Ejército Nacional³⁵.

"No debe perderse de vista que el artículo 11 Superior contempla a la vida como un derecho intangible en tanto fundamento, sustento y -por lo mismo- primero de los derechos inherentes a la persona. Se trata sin duda de la más importante motivación política de nuestro orden constitucional que irradia -por supuesto- el resto de la Carta y su primacía es reconocida por el artículo 5º CN junto con los demás derechos inalienables de la persona.

"En consonancia con estos mandatos, el artículo 2 Constitucional -en perfecta armonía con el Preámbulo de la Carta- dispone que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, en su dimensión bifronte de **derecho fundamental** y **principio superior**³⁶ que inspiró al constituyente en el diseño del ordenamiento constitucional y por lo mismo es uno de los pilares de nuestra democracia.

"(...) (negritas y cursivas del original).

En consecuencia, la importancia de la dignidad humana entendida como aquel imperativo categórico –en términos Kantianos– que determina que cada ser humano –sin importar su sexo, raza, etnia, clase social, capacidad física y/o mental, capacidad económica, etc.– es un fin en sí mismo y no puede ser utilizado como un medio para alcanzar los fines de otros, radica en que la misma constituye el sustrato de todos los derechos humanos, principalmente de los derechos fundamentales y, por ende, de la vida y la libertad garantías éstas sin las cuales la existencia y plenitud de la humanidad se vería amenazada. Así

³⁵ Vid. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe No. 32, Caso 10545 (Colombia), en www.cidh.org

³⁶ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C 013 de 1997, MP Hernández Galindo y C 239 de 1997, MP Gaviria.



29.979
Rogelio Aguirre López y otros

lo pone de presente de forma majestuosa el vate universal Jorge Luís Borges, en su canto a la vida “Remordimiento por cualquier muerte”:

“Libre de la memoria y de la esperanza / ilimitado, abstracto, casi futuro, / el muerto no es un muerto: es la muerte.

“Como el Dios de los místicos, / de quien deben negarse todos los predicados,
el muerto ubicuamente ajeno / no es sino la perdición y ausencia del mundo.

“Todo se lo robamos, / no le dejamos ni un color ni una sílaba: aquí está el patio que ya no comparten sus ojos, / allí la acera donde acechó sus esperanzas.

“Hasta lo que pensamos podría estarlo pensando él también; / nos hemos repartido como ladrones / el caudal de las noches y de los días.”

Y frente a crímenes de esta naturaleza, el remordimiento por la muerte pertenece a la memoria colectiva de una sociedad, para que hechos como esos no se repitan jamás.³⁷

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

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido:

³⁷ Referencia igual en cuanto a todo el discurso que antecede, se había hecho en la primera sentencia de unificación de reparación integral, proferida el 4 de mayo de 2011 por la Sección Tercera, Expediente No. 19.355, C.P. Enrique Gil Botero.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

"(...) En razón de lo anterior, los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias, no sólo para prevenir, juzgar y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, en general, sino también para prevenir las ejecuciones arbitrarias por parte de sus propios agentes de seguridad."³⁸

De otro lado, la misma Corte Interamericana ha señalado los parámetros para el uso debido de la fuerza pública, en los siguientes términos³⁹:

"78. La Corte ha considerado reiteradamente que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos⁴⁰, en razón de lo cual, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo⁴¹. De conformidad con el artículo 27.2 de la Convención este derecho forma parte del núcleo inderogable, pues se encuentra consagrado como uno de los derechos que no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes⁴².

"79. En virtud de este papel fundamental que se le asigna en la Convención, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones necesarias para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable, así como el deber de impedir que sus agentes, o particulares, atenten contra el mismo⁴³. El objeto y propósito de la Convención, como instrumento para la protección del ser humano,

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros), sentencia de 19 de noviembre de 1999. Caso de la Masacre de Pueblo Bello, Caso del Penal Castro Castro, y Caso Vargas Areco y Caso Caso Escué Zapata (vs) Colombia. Sentencia de 4 de julio de 2007.

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Zambrano Vélez y otros (vs) Ecuador, sentencia del 4 de julio de 2007.

⁴⁰ Cfr. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144. Ver también Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra nota 14 párr. 237, y Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), supra nota 31, párr. 63.

⁴¹ Cfr. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros), supra nota 59, párr. 144. Ver también Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), supra nota 31, párr. 63, y Caso Ximenes Lopez. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 124.

⁴² Cfr. Caso Masacre de Pueblo Bello. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 119. Ver también Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), supra nota 31, párr. 63, y Caso Baldeón García. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 82.

⁴³ Cfr. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros), supra nota 59, párr. 144. Ver también Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra nota 14, párr. 237, y Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), supra nota 31, párr. 64.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

requiere que el derecho a la vida sea interpretado y aplicado de manera que sus salvaguardas sean prácticas y efectivas (*effet utile*)⁴⁴.

"80. La Corte ha señalado en su jurisprudencia que el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 4 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1 de la misma, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere, a la luz de su obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos, que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de quienes se encuentren bajo su jurisdicción⁴⁵.

"81. En razón de lo anterior, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y dar reparación por la privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una existencia digna. De manera especial los Estados deben vigilar que sus cuerpos de seguridad, a quienes les está atribuido el uso legítimo de la fuerza, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción⁴⁶.

"(...)" (Se destaca).

En similar sentido, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias y Arbitrarias precisó:

"Las normas de derechos humanos sobre el uso de la fuerza surgen del entendimiento de que la irreversibilidad de la muerte justifica rigurosas salvaguardias del derecho a la vida, especialmente en lo que hace a las garantías procesales debidas. Un procedimiento jurídico que respete las garantías procesales debidas y llegue a una sentencia definitiva es un

⁴⁴ Cfr. Caso Baldeón García, supra nota 61, párr. 83. Ver también Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), supra nota 31, párr. 64, y Caso de las Masacres de Ituango. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 129.

⁴⁵ Cfr. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros), supra nota 59, párr. 144. Ver también Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra nota 14, párr. 237, y Caso Vargas Areco. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155, párr. 14.

⁴⁶ Cfr. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), supra nota 31, párr. 66. Ver también Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra nota 14, párr. 238, y Caso Servellón García y otros, supra nota 14, párr. 102.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

requisito esencial sin el cual la decisión de un Estado y de sus agentes de dar muerte a alguien viola el principio de "nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente" y por lo tanto violaría el derecho a la vida⁴⁷."

Así mismo, en el informe del 6 de enero de 1999, E/CN.4/1999/39/Add.1, la Relatora Especial, Asma Jahangir, presentó en cumplimiento de la resolución 1998/68 de la Comisión de Derechos Humanos, el informe por países de las Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. En relación con Colombia, las observaciones fueron las siguientes:

"62. La Relatora Especial agradece al Gobierno de Colombia las numerosas respuestas a sus comunicaciones y lamenta que la falta de recursos haga imposible el seguimiento de todas las comunicaciones. **Resulta desalentador para la Relatora Especial observar el grado de impunidad de que gozan los militares y los grupos paramilitares en el país.** Los grupos de traficantes de drogas contribuyen también apreciablemente a esta cultura de la violencia y la impunidad. **El sistema de tribunales militares, así como la práctica observada de utilizar testigos anónimos, no hacen más que exacerbar estos problemas.** Es alarmante la especial vulnerabilidad de los defensores de los derechos humanos en el país, como lo son las situaciones de las poblaciones internamente desplazadas y de los grupos indígenas.

"63. No obstante, queda claro que el Gobierno de Colombia demuestra su voluntad de cooperar con el mandato de la Relatora Especial, a pesar de las dificultades internas con que se enfrenta. Esta cooperación se manifiesta por la presencia de las Naciones Unidas en el país, las respuestas de Colombia a las denuncias y la visita del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en octubre de 1998. En este espíritu de cooperación, **la Relatora Especial insta al Gobierno de Colombia a formular una política coherente en materia de derechos humanos y de apoyo al sistema, con miras a poner fin a la impunidad de que actualmente gozan los militares y los grupos paramilitares.** Alienta asimismo las conversaciones de paz entre todas las facciones en el actual conflicto del

⁴⁷ Cfr. Informe provisional sobre la situación mundial con respecto a las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias presentado por el Relator Especial Philip Alston. Asamblea General de Naciones Unidas. (Doc. A/61/311), LIX período de sesiones, 5 de septiembre de 2006, párr. 36. Citado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Zambrano Vélez y otros (vs) Ecuador, sentencia del 4 de julio de 2007.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

país e insta a que estas partes intervengan en la elaboración de la política sobre derechos humanos.” (Se destaca).

No significa lo anterior, que cualquier muerte producida o generada por un miembro o agente estatal sea por esa sola circunstancia imputable patrimonialmente a la administración pública; para que ese resultado lesivo devenga atribuible en cabeza del Estado se requiere verificar que el mismo le sea imputable. En el caso concreto, se insiste, no es posible desligar la actuación de ninguna de las entidades demandadas en la producción del daño, puesto que, sin lugar a equívocos, quedó establecido que fueron sus miembros, en operación conjunta quienes provocaron el daño y, además, participaron en el atroz y brutal accionar que desencadenó la muerte de dos mujeres inocentes que se encontraban en estado de indefensión.

Como corolario de lo anterior, la Sala acogerá los argumentos formulados en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y, por lo tanto, revocará la decisión de primera instancia en cuanto exoneró de responsabilidad extracontractual al Estado.

3. El principio de reparación integral en el caso concreto

En numerosos pronunciamientos la Sala ha delimitado el contenido del principio de reparación integral, en los siguientes términos:

“En cuanto a las modalidades de reparación en el sistema interamericano, como se mencionó antes, las mismas pueden ser pecuniarias y no pecuniarias e incluyen:

- a) La restitución o *restitutio in integrum*, es el restablecimiento de las cosas a su estado normal o anterior a la violación, producto del ilícito internacional, es la forma perfecta de reparación, y que sólo en la



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

medida en que dicha restitución no resulte accesible procede acordar otras medidas reparatorias⁴⁸.

- b) La indemnización por los perjuicios materiales sufridos por las víctimas de un caso en particular, comprende el daño material (daño emergente, lucro cesante) y el daño inmaterial⁴⁹.
- c) Rehabilitación, comprende la financiación de la atención médica y psicológica o siquiátrica o de los servicios sociales, jurídicos o de otra índole⁵⁰.
- d) Satisfacción, son medidas morales de carácter simbólico y colectivo, que comprende los perjuicios no materiales, como por ejemplo, el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, actos conmemorativos, bautizos de vías públicas, monumentos, etc⁵¹.
- e) Garantías de no repetición, son aquellas medidas idóneas, de carácter administrativo legislativo o judicial, tendientes a que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones a su dignidad, entre las cuales cabe mencionar aquellas encaminadas a disolver los grupos armados al margen de la ley, y la derogación de leyes, entre otras⁵².⁵³

Por su parte, el artículo 8 de la ley 975 de 2005⁵⁴, determinó el contenido y alcance del derecho a la reparación así:

"El derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas.

"Restitución es la realización de las acciones que propendan por regresar a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito.

⁴⁸ Corte Interamericana. Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia de reparaciones del Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 22 de febrero de 2002.

⁴⁹ Corte Interamericana. Caso Aloeboetoe y otros, Sentencia de Reparaciones, párr. 50.

⁵⁰ Corte Interamericana. Caso masacre de pueblo Bello. Párr. 273.

⁵¹ Corte Interamericana. Caso Las Palmeras. Vs. Colombia. Sentencia del 6 de diciembre de 2001. párr 68.

⁵² Ibidem.

⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de octubre de 2007, exp. 29.273, M.P. Enrique Gil Botero. Así mismo, cf. sentencia del 18 de febrero de 2010, exp. 18.436, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵⁴ Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

"La indemnización consiste en compensar los perjuicios causados por el delito.

"La rehabilitación consiste en realizar las acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito.

"La satisfacción o compensación moral consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido.

"Las garantías de no repetición comprenden, entre otras, la desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley.

"Se entiende por reparación simbólica toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas.

"La reparación colectiva debe orientarse a la reconstrucción sico-social de las poblaciones afectadas por la violencia. Este mecanismo se prevé de manera especial para las comunidades afectadas por la ocurrencia de hechos de violencia sistemática." (negritas y subrayado de la Sala).

De otro lado, el documento de la ONU sobre Principios y Directrices Básicos para la Reparación (E/CN.4/1997/104) aprobado por la Subcomisión en 1997, establece:

"La reparación, que se acordará de conformidad con el derecho de cada Estado, podrá consistir en una o varias de las formas que se mencionan a continuación, cuya lista no es exhaustiva.

"12. La restitución estará dirigida a restablecer la situación existente antes de la violación de derechos humanos o del derecho humanitario internacional. Exige, entre otras cosas, restablecer la libertad, la vida familiar, la ciudadanía, el retorno al país de residencia anterior y la restauración del empleo o de la propiedad.

"13. Se acordará compensación por todo perjuicio que resulte como consecuencia de una violación de derechos humanos o del derecho



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

humanitario internacional, y que fuere evaluable económicamente. Tales como:

"a) daño físico o mental, incluyendo el dolor, sufrimiento y angustias emocionales;

"b) pérdida de oportunidades, incluidas las relativas a la educación;

"c) daños materiales y pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante;

d) daño a la reputación o a la dignidad;

"e) los gastos efectuados para poder tener asistencia jurídica o de expertos y disponer de medicinas y de servicios médicos.

"14. Se proveerá rehabilitación, la que incluirá atención médica y psicológica, así como la prestación de servicios jurídicos y sociales.

"15. Se proveerá satisfacción y garantías de no repetición, las que incluirán cuando fuere necesario:

"a) cesación de las violaciones existentes;

"b) verificación de los hechos y difusión pública amplia, de la verdad de lo sucedido;

"c) una declaración oficial o decisión judicial restableciendo la dignidad, reputación y derechos de la víctima y de las personas que tengan vínculos con ella;

"d) una disculpa, que incluya el reconocimiento público de los hechos y la aceptación de responsabilidades;

"e) aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones;

"f) conmemoraciones y homenajes a las víctimas;

"g) inclusión en los manuales de enseñanza sobre derechos humanos, así como en los manuales de historia y manuales escolares, de una versión fiel de las violaciones cometidas contra los derechos humanos y el derecho humanitario internacional;

"h) prevención de nuevas violaciones, por medios tales como:



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

- "i) asegurando un control efectivo por parte de la autoridad civil, sobre las fuerzas armadas y de seguridad;
- "ii) limitando la jurisdicción de los tribunales militares exclusivamente a delitos específicamente militares, cometidos por personal militar;
- "iii) fortaleciendo la independencia del sistema judicial;
- "iv) protegiendo a las personas que ejercen la profesión jurídica, y a los defensores de derechos humanos;
- "v) impartiendo y fortaleciendo de modo prioritario y continuo la capacitación en derechos humanos de todos los sectores de la sociedad y, en particular, la de las fuerzas armadas y de seguridad y de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley."

Ahora bien, en relación con las facultades del Juez de lo Contencioso Administrativo cuando el daño proviene de una grave violación a derechos humanos o de derechos fundamentales, resulta pertinente reiterar los argumentos contenidos en la sentencia del 20 de febrero de 2008⁵⁵, oportunidad en la que se señaló, *in extenso*, lo siguiente:

"En otros términos, cuando se habla del análisis de hechos relacionados con la violación de derechos humanos, según los parámetros normativos y descriptivos contenidos en los preceptos de la Carta Política y en las normas internacionales que regulan la materia, el juez de lo contencioso administrativo no debe estar limitado por su función principal, es decir, la de establecer y decretar el resarcimiento económico de un perjuicio cuya valoración económica y técnica es posible en términos actuariales, sino que debe ir mucho más allá, con el fin de que el principio de reparación integral se vea claramente materializado, para lo cual debe aplicar el conjunto de normas que le brindan suficientes instrumentos dirigidos a que se pueda materializar un efectivo restablecimiento integral del daño.

"En esa dirección, en reciente oportunidad, la jurisprudencia constitucional puntualizó:

"No puede en consecuencia la entidad accionada negar a las víctimas del conflicto armado interno la asistencia que demandan,

⁵⁵ Expediente No. 16.996, C.P. Enrique Gil Botero.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

fundada en las circunstancias en que se produjo la vulneración, porque, cualquiera fuere la modalidad utilizada por los actores, el derecho internacional humanitario proscribe e impone la restitución de todo acto de violencia contra la vida y la persona, contra la dignidad personal, la toma de rehenes y las ejecuciones sin sentencia previa, pronunciada por tribunal competente y con sujeción a las garantías constitucionales.

"Se observa, entonces, que, para efecto de aplicar las normas del derecho internacional humanitario, no interesa que la vulneración se haya producido o no en combate, ataque, acto terrorista o masacre.

"Esta Corte, al resolver sobre qué debe entenderse por desplazado por la violencia, en función del Registro Único de Población Desplazada, ha considerado que las víctimas no requieren del *"reconocimiento oficial para la configuración del desplazamiento forzado en un caso concreto"*, toda vez que la realidad del desplazamiento desborda *"la afirmación de su configuración por parte de las autoridades"*⁵⁶ (negritas del original).

Y más adelante, en la misma providencia, el tribunal constitucional precisó:

"(...) El primero entre los treinta y ocho Principios que conforman la directriz de apoyo a los Estados, para la adopción de medidas eficaces de lucha contra la impunidad, elaborada de conformidad con la actualización ordenada por la Resolución 2004/72⁵⁷, expedida por la Comisión de Derechos Humanos establece:

"La impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de perjuicios sufridos, de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones".

⁵⁶ 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.

⁵⁷ La Comisión de Derechos Humanos pidió al Secretario General designar un experto independiente que actualizara el Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad i) conforme la evolución del derecho y las prácticas internacionales en la materia, ii) que partiera del estudio Independiente sobre el tema, elaborado en cumplimiento de la Resolución 2003/72 –Luis Joinet 1997- y iii) que recogiera las opiniones recibidas de los Estados y de las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales. El escrito fue confiado a la profesora Diane Orentlicher y presentado como Add.1 conjuntamente con el informe E/CN.4/2005/102.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

“Señala el Principio Diecinueve de la directriz a que se hace mención i) que los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y “adoptarán medidas apropiadas respecto de los autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente” y ii) que, sin perjuicio de la responsabilidad estatal en la materia, se adoptarán medidas complementarias para garantizar la participación de las víctimas y de toda persona u organización no gubernamental “interesada (...) como partes civiles o como personas que inician un juicio en los Estados, cuyo derecho penal contemple esos procedimientos”.

“Los Principios prevén, además, medidas contra la prescripción i) con miras a que ésta no opere, tanto respecto de la investigación, como de las penas, en tanto “no existan recursos eficaces contra esa infracción” y ii) que la misma no se invoque dentro del marco de “las acciones civiles o administrativas entabladas por las víctimas para obtener reparación” –Principios 22 y 23-.

“En lo que tiene que ver con la reparación de los daños, la directriz distingue el derecho de las víctimas y sus derechohabientes a ser indemnizados por los perjuicios causados, del derecho de los Estados a repetir contra los autores, de manera que, con independencia de los resultados de la investigación, toda persona afectada en su vida, honra, bienes, derechos y libertades, por hechos sucedidos dentro del marco del conflicto armado interno, puede exigir “medidas de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción según lo establece el derecho internacional”, sin perjuicio del derecho del Estado de dirigirse contra los responsables de la vulneración –artículo 2º C.P. Principio 34-.

“Siendo así, ante la decisión de la Fiscalía General de la Nación de abstenerse de emprender la investigación que demanda la ocurrencia de hechos criminales, dentro del marco del conflicto armado -desconociendo el derecho de las víctimas a conocer la verdad y a que los autores de la violación sean procesados, juzgados y condenados-, la Red de Solidaridad Social no puede, de contera, condicionar la reparación a la expedición de una certificación -sobre los “móviles ideológicos y políticos”- que solo podrían haber expedido las autoridades judiciales, una vez culminado el truncado enjuiciamiento.

“Lo anterior, toda vez que la exigencia de requisitos que las víctimas no pueden cumplir y que solo el Estado en cuyo territorio ocurren las vulneraciones debe asumir, para condicionar el acceso a los programas de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción, vulnera el derecho fundamental de las víctimas a la



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

reparación y hace imperativa la intervención del juez constitucional para su restablecimiento.

“(...)”⁵⁸ (resalta la Sala).

“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 con el 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).

“(...) La anterior conclusión se impone, a todas luces, como quiera que, en estos eventos, el reconocimiento de una indemnización económica con miras al cubrimiento de un determinado perjuicio o detrimento, en modo alguno puede catalogarse como suficiente, toda vez que la persona o conglomerado social ven afectado un derecho que, en la mayoría de los casos, es de aquellos que pertenecen a la primera generación de derechos humanos y, por lo tanto, por regla general, se ven cercenadas garantías de naturaleza fundamental, sin las cuales la existencia del ser humano no es plena.

“En esa dirección, el juez de lo contencioso administrativo debe asumir una posición dinámica frente a las nuevas exigencias que le traza el ordenamiento jurídico interno, así como el internacional, toda vez que, la protección de los derechos humanos se ha convertido en un aspecto de regulación positiva que ha desbordado las barreras que, tradicionalmente habían sido fijadas por los Estados en su defensa acérrima del principio de soberanía nacional. Este nuevo cambio de paradigma, en el cual el sujeto y la sociedad son el eje fundamental del Estado (social y democrático de derecho), hacen que todo el ordenamiento jurídico internacional, tenga directo interés en la materialización real y efectiva de los derechos y garantías de los cuales es titular el ser humano.”

“(...) Debe resaltarse, por ende, el papel que desempeña el juez en el Estado Social de Derecho, toda vez que es el llamado a servir, en términos del profesor Zagrebelsky⁵⁹, como conector entre el Estado y la sociedad, en tanto el ordenamiento jurídico le confiere, de acuerdo con

⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia T-188 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁵⁹ Zagrebelsky, Gustavo “El derecho dúctil”, Ed. Trotta.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

la naturaleza de la controversia puesta a su consideración, una gama amplísima de posibilidades tendientes a la realización de una verdadera justicia material, en donde independientemente al origen del daño o la lesión del interés o del derecho, en todos los casos, la persona tenga la garantía de que la reparación del perjuicio será integral, y fundamentada en criterios de justicia.

"Ahora bien, debe precisarse que los anteriores planteamientos, en modo alguno, desconocen los principios de *jurisdicción rogada* y de *congruencia* (artículo 305 del C.P.C.)⁶⁰, toda vez que frente a graves violaciones de derechos humanos (v.gr. crímenes de *lesa humanidad*), el ordenamiento jurídico interno debe ceder frente al internacional, en tanto este último impone la obligación a los Estados, a los diferentes órganos que los integran –incluida la Rama Judicial del Poder Público–, de adoptar todas las medidas tendientes a la protección y reparación de esas garantías del individuo.

"Por ende, el principio de reparación integral cobra mayor fuerza en aquellos eventos en los cuales el juez de lo contencioso administrativo, debe decidir asuntos relacionados con presuntos desconocimientos de las garantías fundamentales del ser humano, por cuanto en tales supuestos el ordenamiento jurídico interno e internacional, lo dota de una serie de herramientas e instrumentos para procurar el restablecimiento de los derechos.

"La anterior óptica no implica, en ningún sentido, el desconocimiento de los postulados de índole procesal trazados por el legislador, sino que, por el contrario, representa la correcta y adecuada armonización de las reglas jurídicas del sistema interno, con los principios y normas que protegen al ser humano a nivel internacional, la mayoría de las cuales, han sido suscritas y ratificadas por Colombia.

"De otra parte, las medidas que puede adoptar el juez, dirigidas a la reivindicación de los derechos humanos transgredidos en un determinado caso, no desconocen la garantía fundamental de la *no reformatio in pejus* (relacionado íntimamente con el de congruencia), en tanto no suponen la modificación o el desconocimiento de los límites trazados por la *causa petendi* de la demanda, sino que dichas medidas

⁶⁰ La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

"No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

"(...)"



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

conmemorativas, simbólicas, o de no repetición de la conducta, suponen una labor pedagógica e instructiva encaminada a sensibilizar a las entidades públicas y a toda la población, acerca de la importancia del respeto de las garantías fundamentales del individuo.

“En efecto, el fundamento específico del principio de la reparación integral, se encuentra en el señalamiento que efectúa la propia Carta Política, en el artículo 93, en donde se reconoció, de manera expresa, que todo tipo de tratado, convención o protocolo internacional que sea ratificado por Colombia, en el que se reconozcan y protejan los derechos humanos, prevalecen en el orden interno. Así las cosas, una vez se incorporan al derecho interno, a través de la celebración y ratificación, los tratados internacionales sobre derechos humanos prevalecen sobre la legislación nacional, tanto así, que tales garantías y prerrogativas no pueden ser suspendidas, ni siquiera, en vigencia de los denominados estados de excepción⁶¹.

“(…) En ese contexto, las disposiciones legales nacionales deben ceder y, de otra parte, ser armonizadas, claramente, a los postulados contenidos en el denominado “derecho de los derechos humanos”, en tanto los postulados de legitimidad y reconocimiento internacional, se estructuran sobre la base del respeto y materialización que un sujeto de derecho internacional brinde en relación con los derechos humanos.

“Así las cosas, es claro que el juez mediante la ponderación del contenido del artículo 16 de la ley 446 de 1998, con las demás disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico colombiano, puede arribar a decisiones que respeten plenamente las garantías fundamentales y procesales de las entidades o personas demandadas, sin que ello suponga que aquél deba pasar por inadvertido conductas y violaciones a derechos humanos, posición que está claramente proscrita por los lineamientos del derecho internacional que los protege y, adicionalmente, por el orden jurídico interno.

“Como corolario de lo anterior, debe puntualizarse que, en todas aquellas situaciones en las cuales el juez se enfrente a un evento de flagrante quebrantamiento de derechos humanos, el sistema jurídico interno debe ceder frente a los postulados contenidos en la Carta Política y en el orden internacional, para dar paso a medidas e instrumentos que permitan la protección efectiva y material de aquéllos⁶².

⁶¹ Determina el numeral 2 del artículo 214 de la Constitución: “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario...”

⁶² “La positivización de los derechos humanos ha hecho entonces más dúctil y más maleables el razonamiento judicial, de suerte que la justicia se ha vuelto más “gradual”. Hoy en día, muchas



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

"(...)" (negritas del original – negritas y subrayado sostenidos adicionales).

A partir de la anterior sentencia, la Corporación ha avalado una hermenéutica garantista, que defiende la protección activa de los derechos humanos, lo que se ha traducido en una prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno. Es posible señalar, en relación con el principio de reparación integral, que éste no sólo comprende los casos de graves violaciones de derechos humanos sino cualquier asunto en el que se juzgue la responsabilidad patrimonial del Estado. No obstante, en los casos en los que **no esté de por medio** una grave violación a derechos humanos, o la vulneración flagrante de un derecho fundamental –en su dimensión subjetiva u objetiva–, la Sala se encuentra limitada por los principios de congruencia y de *no reformatio in pejus*; por lo tanto, en estos eventos la parte actora podrá solicitar en la demanda cualquier tipo de medida relacionada con: la *restitutio in integrum* del daño; medidas de satisfacción; indemnización plena de perjuicios; la rehabilitación, y garantías de no repetición, pero no podrán ser decretadas medidas o pretensiones de oficio.

Por el contrario, en los supuestos en que el daño antijurídico tiene su génesis en la grave violación a derechos humanos o al flagrante desconocimiento de

de las decisiones judiciales sobre derechos humanos dependen en gran medida del grado de afectación de los derechos y valores en conflicto, según las circunstancias del caso específico, por lo cual la mayoría de las distinciones relevantes en estos casos son más diferencias de grado, de intensidad, que rígidas oposiciones cualitativas.

"(...)" La gradualidad de la justicia constitucional se expresa también en el hecho de que ni los tribunales ni los documentos constitucionales y de derechos humanos determinan *a priori* y en forma absoluta las soluciones a los potenciales conflictos, sino que la propia práctica jurisprudencial y las diluciones que ella suscita permiten ir ajustando progresivamente los criterio de decisión." UPRIMNY, Rodrigo "La universalidad de los derechos humanos: conflictos entre derechos, conceptos de democracia, e interpretación jurídica" en "Pensamiento Jurídico – Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico", Universidad Nacional de Colombia, Pág. 98 y s.s.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

derechos fundamentales –pero principalmente en el primer escenario– el Juez de lo Contencioso Administrativo podrá decretar todo tipo de medidas encaminadas a la restitución de las garantías mínimas afectadas.

En los procesos ordinarios de responsabilidad extracontractual del Estado, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha trazado una serie de principios en relación con la aplicación de los principios de congruencia y de no *reformatio in pejus*, que podrían sintetizarse así:

En procesos en los que el daño proviene de **graves** violaciones a derechos humanos o la vulneración grave o significativa de derechos fundamentales, es posible decretar todo tipo de medidas de justicia restaurativa conforme al principio de *restitutio in integrum* y de reparación integral.

Así las cosas, en este tipo de procesos, siempre que se constate la violación a un derecho humano, sea fundamental o no, **a causa de una grave lesión**, será procedente adoptar todo tipo de medidas de justicia restaurativa para proteger no sólo la dimensión subjetiva sino objetiva del derecho afectado.

En los procesos en los que el daño no provenga de graves lesiones a derechos humanos, es posible que el hecho dañoso lesione o afecte un derecho fundamental –tanto en su órbita subjetiva como objetiva-, razón por la que se podrán adoptar las medidas resarcitorias solicitadas con la demanda o las que de oficio o a petición de parte considere el juez, pero encaminadas a salvaguardar el núcleo esencial del derecho, bien sea en su órbita subjetiva u objetiva.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

En efecto, el Consejo de Estado desde tiempo atrás se ha dado a la labor de proteger la dimensión objetiva del derecho a la salud, y entre otros aspectos ha precisado⁶³:

"En consecuencia, cuando el juez de lo contencioso administrativo aprecia la vulneración grave de la dimensión objetiva de un derecho, puede adoptar medidas de justicia restaurativa a efectos de que sea reestablecido el núcleo del derecho o interés constitucionalmente protegido, al margen de que el trámite procesal sea el del grado jurisdiccional de consulta o la resolución de un recurso de apelación único. Lo anterior, toda vez que el principio de la *no reformatio in pejus*, como expresión de la garantía del derecho al debido proceso sólo tiene restricción en la órbita indemnizatoria del principio de reparación integral. En efecto, la jurisprudencia de la Corporación ha precisado que si existe una colisión entre el principio de reparación integral con los principios de congruencia procesal y de jurisdicción rogada, estos últimos deben ceder frente al primero en cuanto concierne a las medidas de satisfacción, rehabilitación, y garantías de no repetición, toda vez que el parámetro indemnizatorio, esto es, el reconocimiento de los perjuicios materiales e inmateriales sí está amparado por los citados principios del proceso que tienden a garantizar el derecho de defensa del demandado.

"Definido el anterior panorama, la Sala reitera la jurisprudencia que sobre el particular ha delineado para precisar que, en aquellos eventos en los que sea evidente la alteración grave de un derecho de la persona, es posible que se adopten medidas distintas a la indemnización de perjuicios, todas ellas encaminadas a operar como factores de justicia restaurativa, esto es, como instrumentos que propenden por el restablecimiento objetivo del derecho conculcado.

"(...) Así las cosas, **la Sala** a partir de sus pronunciamientos recientes, así como en apoyo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, **considera que, en eventos en los que si bien el daño no provenga de graves violaciones a derechos humanos, de todas formas es posible decretar medidas de satisfacción, conmemorativas o garantías de no repetición, siempre y cuando sean necesarias las mismas para restablecer el núcleo o dimensión objetiva de un derecho humano que ha sido afectado por una entidad estatal.**

⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, exp. 18364, M.P. Enrique Gil Botero.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

"En consecuencia, es posible que el daño antijurídico irrogado por una entidad prestadora del servicio de salud desborde la esfera o dimensión subjetiva, dada su magnitud, anormalidad y excepcionalidad, circunstancia frente a la cual **el juez de la reparación no puede ser indiferente, so pena de entender el derecho de la reparación como una obligación netamente indemnizatoria, cuando lo cierto es que una de las funciones modernas de la responsabilidad es la preventiva.**

"En el caso concreto es evidente la falta de diligencia de la entidad demandada, y la forma desentendida y gravemente anormal como se manejó la valoración del embarazo de la paciente, lo que quedó acreditado desde el mismo daño excepcional irrogado que afectó de manera grave la dimensión objetiva del derecho a la salud, más aún si se tiene en cuenta que la lesión directa fue ocasionada sobre tres niñas que alcanzaron a tener un hábito de vida y, en consecuencia, frente a las cuales se predicó la condición de persona en los términos establecidos en el artículo 90 del Código Civil, y que, por lo tanto, contaban con una protección reforzada y especial en los términos del inciso tercero del artículo 13 de la Carta Política y el artículo 44 de la misma, precepto este último que contiene el principio de prevalencia de los derechos de los niños sobre los de las demás personas.

"En ese orden, en la parte resolutive del fallo se dispondrá la adopción de la siguiente medida:

"Como garantía de no repetición, se ordenará enviar copia íntegra y auténtica de esta providencia a la Superintendencia Nacional de Salud, para que remita copia de la misma a cada una de las EPS que funcionan actualmente en Colombia, sin que ello implique, en modo alguno pronunciamiento de responsabilidad en contra de esta última entidad, toda vez que no es parte en el proceso; por ende, se insiste, el único propósito de la medida consiste en la divulgación pedagógica, a efectos de que situación como la descrita en la sentencia no se vuelva a repetir. El valor de las copias será asumido por el ISS." (negrillas y subrayado de la Sala).

En consecuencia, se insiste, nada impide que en la demanda se soliciten medidas de justicia restaurativas dirigidas a reparar integralmente el daño, pero ello deberá estar expresamente consignado en el respectivo libelo introductorio, salvo que el daño se derive de graves violaciones a derechos humanos o



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

derechos fundamentales, en cuyo caso el juez administrativo debe velar porque la reparación del daño sea integral dada la magnitud de los hechos.

En efecto, en el informe provisional de la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de las Naciones Unidas, fechado el 1º de septiembre de 2004, se especificó:

"38. También se han recibido informaciones sobre miembros de grupos paramilitares o personas armadas que cooperan con fuerzas de seguridad u operan con su aquiescencia y que han recurrido a una fuerza arbitraria y excesiva. En algunos casos se informó de que esos grupos habían sido establecidos por las propias fuerzas de seguridad. En otros se decía que se hallaban al servicio de particulares y/u organizaciones para defender un interés particular y contaban con un apoyo oficial que les permitía actuar al margen de la ley. Las atrocidades cometidas por esos elementos se han vuelto particularmente habituales en el contexto de los disturbios y conflictos internos, pero también se ha informado de incidentes de ese tipo en relación con conflictos que tienen una dimensión internacional.

"(...) 43. **En el período examinado la Relatora Especial ha recibido numerosas informaciones sobre utilización excesiva de la fuerza por parte de la policía o el ejército, en relación con la represión de manifestaciones pacíficas o como consecuencia de tiroteos con agentes del orden, con resultados de muerte. También ha recibido informaciones sobre un número considerable de ejecuciones extrajudiciales como consecuencia de operaciones represivas de la delincuencia llevadas a cabo por las autoridades mediante el procedimiento de las "redadas preventivas" en las comunidades más pobres.** Le preocupa que las políticas duras adoptadas por los gobiernos suelen ser mal utilizadas por los organismos de orden público, con el frecuente resultado de ejecuciones extrajudiciales. **Las medidas gubernamentales duras para "aplantar la delincuencia" dejan margen a determinados elementos de las autoridades de orden público para hacer justicia, de modo expeditivo contra quienes consideran socialmente "indeseables".** Es sabido que en el curso de sus redadas, la policía, que a menudo carece de la capacitación y los medios para llevar a cabo esas operaciones correctamente, dispara injustificadamente contra presuntos delincuentes o habitantes locales causando muertes. Estas operaciones tienen lugar sobre todo en grandes centros urbanos que generalmente



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

padecen un índice de delincuencia sumamente elevado. No obstante, la Relatora Especial observa que la violencia policial no se limita a esas zonas y que a menudo entre las personas muertas se cuentan campesinos sin tierra o líderes indígenas de zonas rurales involucrados en conflictos sobre las tierras. y jóvenes de hogares desfavorecidos detenidos en operaciones policiales.”

Entonces, no puede ser indiferente la necesidad de graduar la indemnización del daño inmaterial, pues como se indica en las directrices de Theo van Boven, “la reparación deberá ser proporcionada a la gravedad de las violaciones”⁶⁴; el juez de la reparación no puede ser impasible a esos postulados que vienen delimitados por el derecho internacional de los derechos humanos y que se entronizan en el ordenamiento interno, concretamente a partir de la cláusula contenida en el artículo 93 de la Carta Política.

4. Valoración de perjuicios

Con el propósito de acreditar la legitimación en la causa por activa, los demandantes aportaron los registros civiles correspondientes para demostrar el parentesco con la señora María Antonia Castaño Galvis. En ese orden, se precisa que, visibles de folios 4 al 21 del cuaderno No. 1, se encuentran:

⁶⁴ Señala la directriz No. 7 de la Serie revisada de principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho humanitario a obtener reparación, preparada por el Sr. Theo van Boven de conformidad con la decisión 1995/117 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías: “De conformidad con el derecho internacional, los Estados tienen el deber de adoptar, cuando la situación lo requiere, medidas especiales a fin de permitir el otorgamiento de una reparación rápida y plenamente eficaz. La reparación deberá lograr soluciones de justicia, eliminando o reparando las consecuencias del perjuicio padecido, así como evitando que se cometan nuevas violaciones a través de la prevención y la disuasión. La reparación deberá ser proporcionada a la gravedad de las violaciones y del perjuicio sufrido, y comprenderá la restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.” Tomado de “Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones”, compilación de documentos de la Organización de Naciones Unidas, Comisión Nacional de Juristas, Bogotá, 2007, pág. 307.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

- a. Constancia notarial de la inscripción del registro civil de matrimonio, celebrado el 11 de enero de 1970 entre María Antonia Castaño Galvis y Rogelio Aguirre López.
- b. Constancia notarial del registro civil de nacimiento de la señora María Antonia Castaño Galvis, ocurrido en Nariño (Ant.), el 17 de noviembre de 1955, en el que figuran como sus padres Jesús Antonio Castaño Morales y María Virgelina Galvis Sánchez.
- c. Constancia notarial de los registros civiles de nacimiento de Nancy, Yesenia, Roel, Andrés, Maricela y Olga Aguirre Castaño, todos hijos de María Antonia Castaño y Rogelio Aguirre.
- d. Constancias notariales de los registros civiles de nacimiento de Nicolás, Luis Alfonso, Luzmila, y Blanca Miriam Castaño Galvis, todos ellos descendientes de Jesús Antonio Castaño y María Virgelina Galvis, como se hace constar.
- e. Se advierte que, no obstante haberse incluido como demandante a la señora Carolina Andrea Aguirre Castaño, no obra poder otorgado para su debida representación, por lo que se tiene que nunca fue vinculada al proceso en la calidad que se aduce en la demanda y no serán tenidas en cuenta sus pretensiones.
- f. Así mismo, aún cuando las señoras Luz Marina Castaño Galvis y Martha Liliana Jaramillo Galvis, cuya constancias notariales de los respectivos registros civiles de nacimiento también fueron aportadas, no figuran en dichos documentos los nombres de sus padres y, en consecuencia, deberán ser negadas sus pretensiones, toda vez resulta imposible establecer su filiación y por ende no se acreditó su legitimación en la causa para demandar.

4.1. Perjuicios materiales



29.979
Rogelio Aguirre López y otros

4.1.1. Daño Emergente

Por este concepto, los demandantes solicitaron el reconocimiento de perjuicios por valor de \$525.000, cifra correspondiente a los gastos de inhumación y cuyo pago fue soportado mediante factura expedida por la Funeraria Copacabana, establecimiento comercial de la ciudad de Medellín. Sin embargo, una vez confrontado el documento, se advierte que en virtud de lo establecido por la ley para la validez y reconocimiento de las cifras contenidas en títulos valores, el mismo no reúne los requisitos mínimos que permitan su eficacia, aún a pesar de la fe notarial⁶⁵ –comoquiera que el mismo no contiene el número de orden respectivo, falencia que de conformidad con el artículo 774 del Código de Comercio, despoja al documento de su calidad de título valor-, razón por la que el monto deprecado por este concepto no puede ser reconocido.

4.1.2. Lucro cesante

Los demandantes deprecaron el reconocimiento y pago de la suma de \$39'604.689 por concepto de lucro cesante, en las categorías de vencido y futuro, considerando que la señora María Antonia Castaño Galvis se dedicaba a los quehaceres del negocio que en compañía de su esposo atendía en la vivienda, estableciéndose para tales efectos la suma devengada equivalente al salario mínimo legal vigente, que para entonces ascendía a la suma de \$118.933. Además de ello, pidieron tener en cuenta que la señora Castaño Galvis contaba con 38 años de edad, y su vida probable se calculó en 37 años más.

⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C - Sentencia del 24 de abril de 2013, Exp. 25.462, C.P. Enrique Gil Botero.



29.979
Rogelio Aguirre López y otros

Así las cosas, habiéndose determinado no sólo que en la casa de la señora María Antonia Castaño funcionaba un pequeño establecimiento sino que además en ocasiones se desempeñaba como empleada del servicio, la indemnización bajo esta modalidad se liquidará con base en el salario mínimo de la época. No obstante, puesto que tal cifra -traída al valor presente-, sigue siendo inferior al mínimo establecido en la actualidad, se tendrá como base para la liquidación el más reciente, que asciende a \$616.000

La suma de \$616.000 debe ser adicionada en un 25%, por el valor de las prestaciones sociales, para un total de \$770.000, suma a la que se le descontará un 25% correspondiente a lo que la víctima destinaba a su propio sostenimiento (\$192.500), lo que arroja el salario base de liquidación en **\$577.500**. Además, se tendrá en cuenta que al momento de su deceso, María Antonia Castaño Galvis tenía 38 años de edad.

El salario base de liquidación se dividirá equitativamente en dos partes iguales; de este modo, **\$288.750** le corresponden al señor Rogelio Aguirre López por su calidad de cónyuge superviviente y la cifra restante se deberá dividir, a su vez, en seis partes también iguales, es decir, **\$48.125**, para cada uno de los hijos.

Lucro cesante a favor de **Rogelio Aguirre López**, esposo de la señora María Antonia Castaño Galvis:

La indemnización consolidada se calculará con base en la siguiente fórmula:

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

S = Es la indemnización a obtener.



29.979
Rogelio Aguirre López y otros

Ra = Es la renta actualizada que equivale a \$288.750
i= Interés puro o técnico: 0.004867
n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde el día de los hechos (6 de octubre de 1994) hasta la fecha de esta sentencia (septiembre de 2014), esto es, 239 meses.

$$S= \$288.750 \frac{(1 + 0.004867)^{239} - 1}{0.004867}$$

S= \$ 129'998.744

La indemnización futura se calculará con base en la siguiente fórmula:

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

S = Es la indemnización a obtener.
Ra = Es la renta actualizada que equivale a \$288.750
i= Interés puro o técnico: 0.004867
n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde el día de los hechos (octubre de 1994) hasta la fecha de vida probable de Rogelio Aguirre López⁶⁶ (401), menos el periodo consolidado (239), esto es, 162 meses.

$$S = \$288.750 \frac{(1+ 0.004867)^{162} - 1}{0.004867 (1+ 0.004867)^{162}}$$

⁶⁶ La edad del señor Rogelio Aguirre López al momento de su muerte era de 43 años, y su vida probable, de conformidad con la Resolución No. 0497 de 1997 -expedida por la Superintendencia Bancaria-, era de 33,99 años más.



29.979
Rogelio Aguirre López y otros

$S = \$32'309.082$

Conforme a lo anterior, la indemnización total por concepto de lucro cesante a favor de Rogelio Aguirre López equivale a **\$162'307.826**

Por otro lado, la indemnización a que los descendientes tienen derecho, comprende un período que se cuenta desde la fecha del deceso -6 de octubre de 1994- hasta el día en que cada uno cumpliría los 25 años de edad, como se pasa a ilustrar:

<u>Nombre</u>	<u>Fecha de nacimiento</u>	<u>Edad al día de los hechos</u>	<u>Fecha en que cumplirían 25 años</u>	<u>Total tiempo a indemnizar en meses</u>
Yesenia Aguirre Castaño	15 Oct/1992	1 año, 11 meses y 21 días	15 Oct/2017	276,30
Roel Aguirre Castaño	16 Jul/1985	9 años, 2 meses y 20 días	16 Jul/2010	189,33
Andrés Aguirre Castaño	27 May/1981	13 años, 4 meses y 9 días	27 May/2006	139,70
Maricela Aguirre Castaño	1 Ene/1979	15 años, 9 meses y 5 días	1 Ene/2004	110,83
Nancy Aguirre Castaño	31 Ene/1974	20 años, 8 meses y 5 días	31 Ene/1999	51,17
Olga Aguirre Castaño	9 Sep/1970	24 años y 27 días	9 Sep/1995	11,10

Lucro cesante a favor de **Yesenia Aguirre Castaño**, hija del señor Rogelio Aguirre y de María Antonia Castaño.

La indemnización consolidada se calculará con base en la siguiente fórmula:

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



29.979
Rogelio Aguirre López y otros

i

S = Es la indemnización a obtener.
Ra = Es la renta actualizada que equivale a \$48.125
i= Interés puro o técnico: 0.004867
n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde la fecha de los hechos (6 de octubre de 1994) hasta la fecha en que cumpliría 25 años de edad (15 de octubre de 2017), esto es, 276,30 meses.

$$S= \$48.125 \frac{(1 + 0.004867)^{276,3} - 1}{0.004867}$$

S= \$27'931.079

Conforme a lo anterior, la indemnización total por concepto de lucro cesante a favor de Yesenia Aguirre Castaño equivale a **\$27'931.079**

Lucro cesante a favor de **Roel Aguirre Castaño**, hijo de Rogelio Aguirre y María Antonia Castaño.

La indemnización consolidada se calculará con base en la siguiente fórmula:

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

S = Es la indemnización a obtener.
Ra = Es la renta actualizada que equivale a \$48.125
i= Interés puro o técnico: 0.004867
n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde la fecha de los hechos (6 de octubre de 1994) hasta la fecha en que cumpliría los 25 años de edad (16 de julio de 2010), esto es, 189,33 meses.



29.979
Rogelio Aguirre López y otros

$$S= \$48.125 \frac{(1 + 0.004867)^{189,33} - 1}{0.004867}$$

S= \$14'904.896

Conforme a lo anterior, la indemnización total por concepto de lucro cesante a favor de Roel Aguirre Castaño equivale a **\$14'904.896**

Lucro cesante a favor de **Andrés Aguirre Castaño**, hijo de Rogelio Aguirre y María Antonia Castaño.

La indemnización consolidada se calculará con base en la siguiente fórmula:

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

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta actualizada que equivale a \$48.125

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde la fecha de los hechos (6 de octubre de 1994) hasta la fecha en que cumpliría los 25 años de edad (27 de mayo de 2006), esto es, 139,70 meses.

$$S= \$48.125 \frac{(1 + 0.004867)^{139,70} - 1}{0.004867}$$

S= \$9'596.000

Conforme a lo anterior, la indemnización total por concepto de lucro cesante a favor de Andrés Aguirre Castaño equivale a **\$9'596.000**



29.979
Rogelio Aguirre López y otros

Lucro cesante a favor de **Maricela Aguirre Castaño**, hija de Rogelio Aguirre y María Antonia Castaño.

La indemnización consolidada se calculará con base en la siguiente fórmula:

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

S = Es la indemnización a obtener.
Ra = Es la renta actualizada que equivale a \$48.125
i= Interés puro o técnico: 0.004867
n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde la fecha de los hechos (6 de octubre de 1994) hasta la fecha en que cumpliría los 25 años de edad (1 de enero de 2004), esto es, 110,83 meses.

$$S= \$48.125 \frac{(1 + 0.004867)^{110,83} - 1}{0.004867}$$

$$S= \$7'047.704$$

Conforme a lo anterior, la indemnización total por concepto de lucro cesante a favor de Maricela Aguirre Castaño equivale a **\$7'047.704**

Lucro cesante a favor de **Nancy Aguirre Castaño**, hija de Rogelio Aguirre y María Antonia Castaño.

La indemnización consolidada se calculará con base en la siguiente fórmula:

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

S = Es la indemnización a obtener.
Ra = Es la renta actualizada que equivale a \$48.125



29.979
Rogelio Aguirre López y otros

i= Interés puro o técnico: 0.004867
n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde la fecha de los hechos (6 de octubre de 1994) hasta la fecha en que cumpliría los 25 años de edad (31 de enero de 1999), esto es, 51,17 meses.

$$S= \$48.125 \frac{(1 + 0.004867)^{51,17} - 1}{0.004867}$$

S= \$2'788.662

Conforme a lo anterior, la indemnización total por concepto de lucro cesante a favor de Nancy Aguirre Castaño equivale a **\$2'788.662**

Lucro cesante a favor de **Olga Aguirre Castaño**, hija de Rogelio Aguirre y María Antonia Castaño.

La indemnización consolidada se calculará con base en la siguiente fórmula:

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

S = Es la indemnización a obtener.
Ra = Es la renta actualizada que equivale a \$48.125
i= Interés puro o técnico: 0.004867
n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde la fecha de los hechos (6 de octubre de 1994) hasta la fecha en que cumpliría los 25 años de edad (9 de septiembre de 1995), esto es, 11,10 meses.

$$S= \$48.125 \frac{(1 + 0.004867)^{11,10} - 1}{0.004867}$$

S= \$547.513



29.979
Rogelio Aguirre López y otros

Conforme a lo anterior, la indemnización total por concepto de lucro cesante a favor de Olga Aguirre Castaño equivale a **\$547.513**

4.2. Perjuicios morales

En la demanda se solicitó una condena por perjuicio moral a favor del esposo, hijos y madre de la señora María Antonia Castaño Galvis, por valor de 2.000 gramos de oro y 1.000 gramos para los hermanos. Ahora bien, en el recurso de apelación se reiteró la petición del reconocimiento de esos valores inicialmente deprecados, cifra que supera los límites actuales establecidos jurisprudencialmente.

No obstante lo anterior, sí le asiste la razón a los recurrentes al precisar que es posible reconocer un perjuicio moral superior al otorgado por el Tribunal de primera instancia, ya que existen circunstancias objetivas que permiten su liquidación con otros estándares diferentes a los tradicionales, tal y como se desarrollará a continuación.

En relación con el perjuicio moral, debe precisarse que la Sala en diversos pronunciamientos⁶⁷ ha señalado que este tipo de daño se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. De allí que, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con los daños irrogados a uno de sus miembros, lo cual es constitutivo de un perjuicio moral.

⁶⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera: sentencias del 15 de octubre de 2008, exp. 18586, del 13 de agosto de 2008, exp. 17042, y del 1º de octubre de 2008, exp. 27268, M.P. Enrique Gil Botero.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

En este orden de ideas, se accederá a los requerimientos elevados en la demanda, motivo por el que los perjuicios morales serán decretados, previo señalamiento de que conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, se ha abandonado el criterio según el cual se estimaba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral, considerando que la valoración del mismo debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, por ello se **sugirió** la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado⁶⁸.

Sin embargo, es preciso señalar que el parámetro empleado en las providencias mencionadas tuvo como fundamento el *arbitrio iuris*, en la medida en que se apartó de la valoración en gramos oro del perjuicio moral establecida en el Código Penal de 1936, para adoptar la tasación en salarios mínimos legales mensuales fijada en el nuevo Código Penal del año 2000 (ley 599) –valoración del daño que en el Código Penal de 1980 se encontraba regulada en los artículos 103 y siguientes de ese cuerpo normativo– pero sin tener en cuenta el tope máximo allí referido, puesto que, en criterio de la Sala, el citado monto comprende una indemnización del daño cuando éste no es valorable pecuniariamente, es decir, tanto los perjuicios inmateriales como los materiales cuando no exista prueba de su cuantía.

En efecto, en la citada oportunidad la Sección sostuvo:

⁶⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

"Visto lo anterior, considera esta Sala que debe abandonarse el criterio adoptado por ella desde 1978, conforme al cual, para efectos de la indemnización del perjuicio moral, se daba aplicación extensiva a las normas que, al respecto, traía el Código Penal. Como ha quedado demostrado, razones de orden jurídico, apoyadas igualmente en fundamentos de orden práctico, justifican, en la actualidad, esta decisión. Se afirma, entonces, la independencia del juez contencioso administrativo para fijar, en cada caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral.

"Lo anterior se expresa sin perjuicio de que, con el fin de garantizar el desarrollo uniforme de la jurisprudencia en este aspecto, esta Corporación establezca pautas que sirvan de referencia a los juzgadores de inferior jerarquía, cuyos fallos, sin embargo, en cuanto tasan la indemnización del perjuicio aludido, sólo podrán ser revisados por la instancia superior dentro del marco de sus competencias, dada la inexistencia de una norma prevista en ley o reglamento que pueda considerarse de obligatoria aplicación en la materia.

"Establecido, por lo demás, el carácter inadecuado del recurso al precio del oro, la Sala fijará el *quantum* de las respectivas condenas, en moneda legal colombiana, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales."⁶⁹

Entonces, no puede ser indiferente la necesidad de graduar la indemnización del daño inmaterial, pues como se indica en las directrices de Theo van Boven, "la reparación deberá ser proporcionada a la gravedad de las violaciones"⁷⁰; en

⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia que se viene de citar.

⁷⁰ Señala la directriz No. 7 de la Serie revisada de principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho humanitario a obtener reparación, preparada por el Sr. Theo van Boven de conformidad con la decisión 1995/117 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías: "De conformidad con el derecho internacional, los Estados tienen el deber de adoptar, cuando la situación lo requiere, medidas especiales a fin de permitir el otorgamiento de una reparación rápida y plenamente eficaz. La reparación deberá lograr soluciones de justicia, eliminando o reparando las consecuencias del perjuicio padecido, así como evitando que se cometan nuevas violaciones



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

consecuencia, si el Estado colombiano reconoce legalmente la posibilidad de que los jueces decreten indemnizaciones del perjuicio inmaterial hasta la suma de 1.000 SMMLV, en aquellas situaciones en las que el daño se deriva de una conducta punible, el juez de la reparación no puede ser indiferente a esas directrices objetivas que además vienen delimitadas por el derecho internacional de los derechos humanos y que se entronizan en el ordenamiento interno, concretamente a partir de la cláusula contenida en el artículo 93 de la Carta Política.

En efecto, ya la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha avalado la aplicación en concreto del artículo 97 del Código Penal, es decir, la posibilidad de que se decreten indemnizaciones por concepto de daño inmaterial hasta por 1.000 SMMLV, conforme a la libre apreciación –según el arbitrio iuris y la sana crítica–, que efectúe el operador judicial en cada caso concreto, siempre y cuando se encuentre acreditado que el daño es la consecuencia de la comisión de un delito, tal y como ocurre en el caso *sub examine*; perspectiva que fue recogida por esta Corporación, en sentencia de unificación de la Sección Tercera, en septiembre 25 de 2013 donde se aplicó el criterio contenido en el artículo 97 del Código Penal y cuya orientación *ad litteram* se seguirá a continuación.⁷¹

Lo anterior, comoquiera que la Sala al examinar el contenido y alcance del artículo 97 del Código Penal vigente (ley 599 de 2000) –valoración del daño que en el Código Penal de 1980 se encontraba regulada en los artículos 103 y siguientes de ese cuerpo normativo– encuentra que, en aquellos eventos en

a través de la prevención y la disuasión. La reparación deberá ser proporcionada a la gravedad de las violaciones y del perjuicio sufrido, y comprenderá la restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.” Tomado de “Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones”, compilación de documentos de la Organización de Naciones Unidas, Comisión Nacional de Juristas, Bogotá, 2007, pág. 307.

⁷¹ Expediente No. 36.460, C.P. Enrique Gil Botero.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

los cuales el daño antijurídico haya tenido origen en una conducta delictiva, como ocurre en el caso en estudio, siempre que ese daño resulte imputable al Estado la valoración del perjuicio extrapatrimonial podrá decretarse con fundamento en los baremos de la disposición mencionada, esto desde luego, dentro de los límites fijados en la *litis*, esto es, las pretensiones y excepciones contenidas en la demanda y la contestación; no obstante, se reitera, en aquellos supuestos en que el daño tenga origen en una grave violación a derechos humanos, los principios de congruencia y de *no reformatio in pejus* no operan en materia de la responsabilidad patrimonial del causante del daño y, por lo tanto, será posible que el juez desborde el marco contenido en la demanda y en la contestación, en lo atinente a la imposición de medidas de justicia restaurativa.

Lo anterior, comoquiera que en el proceso de responsabilidad patrimonial el juicio de ponderación que surge, huelga la pena reiterarlo, entre el derecho de las víctimas a su reparación integral y efectiva, frente a los subprincipios de congruencia y de *no reformatio in pejus*, arroja como resultado la prevalencia del primero, so pena de desconocer las mínimas garantías de las víctimas, el derecho al restablecimiento efectivo de los derechos humanos, y la reparación integral del daño.

Ahora bien, el artículo 97 *ibídem* preceptúa:

“Artículo 97. Indemnización por daños. En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales.

“Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.

“Los daños materiales deben probarse en el proceso.”



29.979
Rogelio Aguirre López y otros

Por consiguiente, cuando el daño antijurídico tiene su origen en la comisión de una conducta punible será aplicable el artículo 97 del C.P., bien que se trate o no de una grave lesión o vulneración de los derechos humanos, sólo que en estos últimos eventos el juez podrá exceder los límites fijados en la demanda, en lo que concierne a la imposición de medidas de justicia restaurativa como ya se indicó.

Como se aprecia, la Sala reflexiona y matiza su tesis, según la cual el tope máximo en principio del perjuicio moral, asciende a la suma de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes, cuando el daño tiene su génesis en conductas punibles, por las siguientes razones:

- i) El inciso tercero de la disposición excluye de manera expresa, contrario a lo señalado en la providencia de 2001, la comprensión del daño material dentro del supuesto reglado. En consecuencia, el daño patrimonial siempre deberá acreditarse en el proceso penal o en el contencioso administrativo, lo cual guarda consonancia con lo precisado por la Corte Constitucional en la sentencia C-916 de 2002, que estudió la constitucionalidad del precepto analizado.
- ii) La regulación se refiere, entonces, a los perjuicios de tipo extrapatrimonial, esto es, el moral o cualquier otro que pueda ser decretado según la tipología del perjuicio avalada por la Sala.

Sobre el particular, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia decretó una indemnización de 500 salarios mínimos mensuales legales vigentes por



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

concepto de daños morales, condena que fundamentó a partir del siguiente razonamiento⁷²:

"En armonía con lo anterior, la jurisprudencia constitucional al declarar la constitucionalidad de la norma, enfatizó que el tope dispuesto por el artículo 97 del Código Penal sólo hace relación a los perjuicios subjetivamente valorables⁷³:

"Si el monto máximo que establece el artículo 97 se aplica exclusivamente a los perjuicios morales subjetivos, la norma cuestionada no afecta de manera manifiestamente desproporcionada el derecho a la reparación integral de este tipo de perjuicios, pues la valoración pecuniaria de éstos depende de consideraciones puramente subjetivas y el riesgo de excesos en el ejercicio de la discrecionalidad judicial es demasiado alto.

"Frente a este tipo de perjuicios, un límite fijo que responde tanto al interés de evitar la arbitrariedad y de proteger los derechos del procesado a la libertad y al debido proceso, como al interés de garantizar la reparación integral a las víctimas no parece inconstitucional. Al no existir un parámetro para la tasación de este tipo de perjuicios que pueda ser tenido en cuenta por el juez o por las partes en el proceso para cuestionar la decisión del juez, no se observa que haya una afectación manifiestamente desproporcionada de los derechos de las víctimas o los derechos del procesado.

"Por lo anterior, sólo cuando el límite establecido en el inciso primero del artículo 97 de la Ley 599 de 2000 se aplica a los daños morales que no pueden ser objetivamente estimados, la norma resulta conforme a la Constitución, pues no afecta de manera manifiestamente desproporcionada el derecho de la parte civil a la reparación integral de los daños causados, ni impone cargas claramente irrazonables o desproporcionadas a los derechos al debido proceso y a la libertad personal del procesado.

"De manera que en la posición de la Corte Constitucional subyacen las siguientes sub reglas en materia de perjuicios:

1. Los daños materiales deben probarse y su reconocimiento no está limitado por el monto de los mil salarios mínimos legales mensuales contenido en el artículo 97 del Código Penal.

⁷² Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal, sentencia del 10 de marzo de 2010, expediente No. 30862, M.P. José Leonidas Bustos Martínez

⁷³ Sentencia C-916 de 2002.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

2. "Los daños morales objetivamente valorables no están limitados por la barrera contenida en el citado artículo 97 del Código Penal,⁷⁴ porque,

"Por ejemplo, si el tope se aplicara a aquellos daños morales que según la jurisprudencia en algunos casos pueden ser cuantificados a través de factores tales como el perjuicio estético causado⁷⁵ o el daño a la reputación,⁷⁶ y de dicha valoración resultara que el perjuicio causado es superior al límite que establece la norma, el juez penal tendría que desconocer el derecho a la reparación integral que tienen las víctimas y otorgar una indemnización sólo hasta por mil salarios mínimos legales mensuales.

"En el caso de ciertos daños ambientales y colectivos cuya valoración implica un cierto grado de incertidumbre, como ocurre con la valoración del daño ocasionado por la destrucción de una especie, o de contaminación de recursos hídricos como las cuencas, cuya apreciación económica todavía es objeto de intensos debates, el juez tendría que apartarse de lo probado en el juicio - en este caso, probablemente a través de un perito - y por esta vía desconocer la obligación constitucional de reparar integralmente a las víctimas."

3. Los perjuicios morales subjetivos, tienen como límite máximo el de mil salarios mínimos legales mensuales.
4. Como consecuencia de lo anterior, la totalidad de los perjuicios, incluidos los materiales que se probaron, los morales susceptibles de ser objetivamente apreciados, y los morales subjetivos, pueden acumularse, sólo teniendo límite estos últimos⁷⁷.

"Así entendido el sentido normativo de la norma acusada, el tope acusado no impide condenar al pago integral de los perjuicios cuya existencia y quantum hayan sido demostrados en el proceso penal. Por el contrario, todos ellos deberán ser objeto de reparación plena. Una vez que el monto de la indemnización ha sido de esta forma objetivamente establecido, subsiste la posibilidad de que los perjuicios morales subjetivos sean tasados y su indemnización sumada a la de los daños probados en su existencia y quantum. Sólo respecto del tipo de perjuicios morales cuyo valor no puede ser objetivamente estimado cabe, sin desconocer el principio de proporcionalidad, señalar un límite fijo de tal manera que la cuantía final de la indemnización sea aumentada, a partir de los criterios de tasación que

⁷⁴ Sentencia C-916 de 2002.

⁷⁵ Sobre es tipo de daño ver, por ejemplo, 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.

⁷⁶ Sobre es tipo de daño ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 3510.

⁷⁷ Sentencia C- 916 de 2002.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

enuncia el inciso segundo de la norma acusada, tan solo hasta en mil salarios mínimos legales mensuales. Por ejemplo, si los daños probados en un proceso equivalen a dos mil salarios mínimos legales mensuales, para cubrir los perjuicios morales cuyo valor pecuniario no pudo ser objetivamente determinado el juez podrá aumentar la indemnización hasta en mil salarios mínimos legales mensuales, aplicando los criterios de tasación relativos a la magnitud del daño y a la naturaleza de la conducta. De esta forma, en el ejemplo, la indemnización total podría oscilar entre dos mil y tres mil salarios mínimos legales mensuales."

"En el presente asunto, el sentenciador reconoce que no existe prueba de los perjuicios materiales, y que los morales surgen exclusivamente de la aflicción provocada por la muerte de la menor, pesadumbre que resulta evidente en los testimonios de los parientes cercanos que concurrieron a dar cuenta del intenso dolor que en los padres produjo su fallecimiento.

"Así las cosas, resulta de trascendental importancia reconocer que los perjuicios a los que se refiere el fallo atacado, son de los que la doctrina califica como "*daños morales subjetivos*"⁷⁸ los cuales, de forma equivocada, el tribunal consideró que debían cancelarse en relación con cada uno de los afectados con el punible⁷⁹.

"En este orden, mientras el juzgado entendió que el límite normativo de los mil salarios mínimos no se aplicaba cuando se trataba de multiplicidad de obligados, el Tribunal lo consideró inoperante en tratándose de multiplicidad de afectados con el punible; interpretaciones ambas contrarias al sentido que a esa preceptiva le han señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional.

"Fácil resulta concluir que las instancias se apartaron del alcance hermenéutico del artículo 97 del Código Penal, razón por la cual corresponde a la Corte por virtud del recurso extraordinario de casación, restablecer la efectividad del derecho material y las garantías de los intervinientes del proceso.

"Por tal razón, se casará parcialmente la sentencia acusada y en su lugar se redosificará el monto de los perjuicios morales subjetivos fijado en las instancias.

⁷⁸ En el folio 87 de la sentencia de primera instancia se lee: "*Puesta la atención en el precio del dolor es lo cierto que aun cuando subjetivos no por ello se lo exime de prueba.*"

⁷⁹ Folio 14 de la sentencia de segundo grado.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

"Dentro de los factores que la norma violada establece para realizar la tasación, están la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.

"Atendiendo al primero de estos elementos hay que tener en cuenta, que se trata de una conducta culposa, originada en el ejercicio de la actividad médica, específicamente de una actividad urgente de salvamento, con la cual se creó un riesgo jurídicamente desaprobado con la prescripción equivocada de los medicamentos con los que se atendería la emergencia sufrida por la menor.

"Esta consideración sirve para excluir la posibilidad de partir del máximo de la tasación indicada, en el entendido de que tales topes han de ser ocupados por situaciones caracterizadas por excesiva crueldad, insensibilidad y desprecio por los más elementales principios de solidaridad y humanidad.

"Por esto se determinará en QUINIENTOS SALARIOS MÍNIMOS legales mensuales el monto de los perjuicios morales subjetivos a cuyo pago se condenará al médico PERAFÁN MUÑOZ en solidaridad con COMFENALCO VALLE y Seguros Colpatria, en las condiciones prescritas en las instancias..." (cursivas y mayúsculas del original).

Entonces, si bien el Tribunal de Casación Penal acoge la ya superada discusión acerca de la distinción entre daños morales objetivados y subjetivados, perteneciendo los primeros, en criterio de esta Corporación, a la categoría de daños materiales, se yergue incuestionable que la Corte Suprema de Justicia reconoce la relevancia de la disposición contenida en el artículo 97 del Código Penal, a la hora de establecer un criterio fijado por el legislador para liquidar el perjuicio moral de quien padece el daño.

De otro lado, en criterio de esta Sala, el monto a que hace referencia el artículo 97 *ibidem* no puede entenderse como una camisa de fuerza, puesto que al margen de que la mencionada disposición sea pertinente para valorar el perjuicio inmaterial en aquellos supuestos en que el daño antijurídico tiene origen en una conducta punible, es preciso indicar que la tasación del mismo dependerá de las circunstancias en que se produjo la lesión o afectación, así



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

como la magnitud de la misma, su gravedad, naturaleza e intensidad y demás factores objetivos. Por consiguiente, el hecho de que el precepto legal haga referencia a un valor determinado, esta circunstancia no puede restringir la autonomía e independencia con que cuenta el juez a la hora de valorar el daño inmaterial padecido, razón por la cual no siempre que el hecho devenga de la comisión de una conducta punible, habrá lugar a decretar una condena por perjuicio inmaterial que ascienda a 1.000 SMMLV.

Por consiguiente, para que sea aplicable el criterio de valoración del daño inmaterial, contenido en el artículo 97 del Código Penal, es necesario que en el proceso obre la prueba idónea que permita establecer que fue la conducta punible la que desencadenó el daño antijurídico, y que ese hecho ilícito ya fue objeto de una investigación y sanción penal contenida en una sentencia ejecutoriada, tal y como se aprecia en el caso concreto, así como los factores objetivos que rodearon la producción del daño antijurídico, para determinar la valoración del perjuicio en cada caso concreto.

iii) En efecto, la norma es facultativa puesto que no establece el monto señalado de forma imperativa con el condicionamiento “hasta”, sino que usa la proposición de habilitación “podrá”. En consecuencia, si el juez penal puede decretar una indemnización de cada perjuicio extrapatrimonial hasta de 1.000 salarios mínimos mensuales legales, no se encuentra justificación alguna para que el Juez de lo Contencioso Administrativo esté limitado al tope de 100 SMMLV cuando el daño tiene su génesis en una conducta delictiva.

iv) No se trata de equiparar el proceso contencioso al de tipo penal, puesto que la Sala reconoce, tal y como lo hizo en el año 2001 –y lo ha reiterado recientemente– que tienen objetos, principios y propósitos diferentes; no obstante, nada impide que el juez pueda guiarse por el monto señalado en la



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

norma legal, sin que ello signifique, como se viene de precisar, que esa suma sea óbice para decretar indemnizaciones superiores o inferiores, siempre que las circunstancias fácticas lo ameriten.

v) No es aceptable un argumento que pretenda desconocer la posibilidad de aplicar el referente legal de 1.000 SMMLV, con base en lo significativo de esa suma para efectos de las condenas patrimoniales del Estado, puesto que es el propio legislador quien facultó al juez para determinar que sean impuestas condenas por ese monto. Además, con base en el postulado de mayor exigibilidad, no resulta lógico que si los particulares pueden ser condenados por ese valor 1.000 SMMLV, el Estado no pueda serlo a partir de la acreditación de un daño antijurídico que le es imputable, y que, en el plano fáctico, supone la trasgresión de un bien jurídico de aquellos a que hace referencia el ordenamiento penal (v.gr. la desaparición forzada, el genocidio, la tortura, etc.).

vi) El Juez de lo Contencioso Administrativo cumple un papel dinámico, motivo por el cual no cabría justificación alguna para negar la posibilidad o facultad con que cuenta para orientarse, desde el plano legislativo, en relación con las sumas que, en criterio del legislador, permitan resarcir el daño extrapatrimonial, en sus diversas modalidades, cuando éste es producto de una conducta ilícita, desde luego si en el plano de la responsabilidad extracontractual le es imputable patrimonialmente al Estado.

vii) No significa lo anterior, que se abogue por una aplicación analógica del artículo 97 del Código Penal, a efectos de fijar los estándares indemnizatorios, para la Sala, la norma sirve de ratio o fundamento de forma directa al principio del *arbitrio iuris* con el que cuenta el juez de lo contencioso administrativo para



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

establecer el monto de la condena, siempre y cuando el daño tenga origen en una conducta punible.

Todo lo anterior, encuentra justificación y racionalidad en el entendimiento de exequibilidad condicionada que la Corte Constitucional predicó del artículo 97 del C.P. en el respectivo examen de constitucionalidad (sentencia C-916 de 2002). En efecto, la teleología del condicionamiento trasunta la naturaleza de punible de la conducta generadora del daño, y una interpretación gramatical, lógico y sistemática enseña que la fuente de la obligación en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado puede provenir en unos eventos, simple y llanamente del quebrantamiento de una obligación administrativa o falla del servicio, como en el caso *sub examine*, o bien, de un hecho punible, lo cual la hace orbitar perfectamente en el entendimiento y condicionamiento que hizo la Corte Constitucional sobre el particular. Dice la sentencia en cuestión:

"(...) En efecto, la interpretación restrictiva de la norma acusada garantiza por igual, que todas las personas que sean perjudicadas por el delito sean reparadas de manera integral por los daños derivados de la conducta punible cuyo valor pecuniario sea determinado por medios objetivos. Así mismo, garantiza por igual a quienes sean afectados por una conducta punible, el reconocimiento de un valor adicional por concepto de daños morales subjetivos hasta por 1.000 salarios mínimos legales mensuales, que el juez penal tasaré teniendo en cuenta la magnitud del daño y la naturaleza de la conducta.

"En segundo lugar, la Corte constata que el artículo 16 de la ley 446 de 1998 señala que "dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará criterios técnicos actuariales". De tal manera que el legislador ha buscado unificar los criterios para orientar la fijación del monto de los perjuicios con el fin de lograr que se materialice el derecho a la reparación integral dentro de cualquier proceso.

"(...) La Corte estima que la misma razón que justifica el establecimiento de dicho límite en el ámbito del proceso penal para este tipo de juicios tiene validez en el ámbito de los



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

demás procesos en los cuales la fuente de la obligación de indemnizar los daños sea únicamente la conducta punible. Ello guarda consonancia con el artículo 16 de la ley 446 de 1998 anteriormente citada.⁸⁰ (Destaca la Sala).

viii) Como se desprende de la jurisprudencia constitucional, el requisito para que se pueda emplear el artículo 97 del Código Penal como baremo en la liquidación del perjuicio inmaterial, es que el daño antijurídico provenga de un delito. En consecuencia, en el caso concreto se cumple con el referido postulado, toda vez que la muerte de los inermes ciudadanos tuvo su génesis en la materialización de dos ilícitos de homicidio y hurto agravado. Por consiguiente, lo que exige la citada disposición es que el resultado provenga de una conducta punible, sin que sea necesario que exista identidad entre el autor material y la persona o entidad a quien se pueda endilgar la responsabilidad patrimonial por el citado daño antijurídico; en otros términos, no es necesario para que el juez de lo contencioso administrativo aplique el referido precepto, que haya sido el Estado directamente a través de sus agentes quien haya cometido el ilícito; *a contrario sensu*, la exigencia legal, según el criterio trazado por la Corte Constitucional, se refiere a que el daño sea producto única y exclusivamente de una conducta punible.

ix) Además, resulta pertinente destacar que esta Sección en sentencia del 14 de abril de 2010⁸¹, decretó una condena por perjuicios morales, en un caso de privación injusta de la libertad, por valor de 150 SMMLV, lo que demuestra que el Juez de lo Contencioso Administrativo con base en la apreciación de la magnitud del daño, puede superar el criterio trazado en las sentencia proferida en el año 2001, por cuanto, se itera, la valoración del perjuicio estará

⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda E.

⁸¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, exp. 18.960.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

determinada por las circunstancias modales en que se produjo el hecho y por la magnitud del daño⁸².

x) Igualmente, se debe precisar respecto a quienes les genera inquietud la aplicación del artículo 97 del Código Penal por lo elevado de las condenas, que, en primer lugar, como ya se indicó, las mismas sólo procederán en aquellos eventos en los que la responsabilidad de la administración se derive de una conducta punible; por el contrario, cuando la fuente del daño no se origine en el delito, el dispositivo legal no tendrá aplicación.

Además, la preocupación provocada por la incidencia del costo elevado de las condenas sobre las finanzas públicas no constituye un argumento válido, toda vez que es el propio legislador quien lo autorizó con la expedición de la norma (ley 599 de 2000), en consecuencia al operador jurídico le corresponde aplicarla, y porque *mutatis mutandis*, ese peligro “no es real” según se explicó en la obra Estudio Sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, en la que se indicó sobre el particular:

“Conviene a este respecto recordar una cita de Sourdat de hace más de cien años, que centra a mi juicio correctamente el problema: “no es admisible invocar el peligro del tesoro público; este peligro no es real. Si las decisiones de los tribunales que declaran responsable a la administración son tan numerosas que suponen una seria amenaza para el tesoro público, significa que existe algo anormal en el funcionamiento de los servicios públicos. Contra esta anomalía no hay nada más que un remedio: obligar a la administración, mediante una aplicación justa y severa por parte de los jueces de los principios de responsabilidad, a escoger

⁸² De otro lado, resulta pertinente destacar la providencia del 2 de septiembre de 2013, exp. 33566, oportunidad en la que se reconoció a favor de la víctima de una privación injusta de la libertad, la suma de 250 salarios mínimos mensuales legales vigentes, por concepto de perjuicios morales dada la gravedad y magnitud de la lesión, al haber sido privado de su libertad por más de once años. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, M.P. Hernán Andrade Rincón.



29.979
Rogelio Aguirre López y otros

mejor a sus funcionarios y a obligarles a respetar las leyes y el interés público⁸³ (Se destaca).

En ese orden, habida cuenta de la gran magnitud con que en el caso *sub judice* se presenta el perjuicio –uso excesivo de la fuerza pública–, y el daño es producto de una grave violación a derechos humanos, habrá lugar a reconocer a título de daño moral las sumas de dinero establecidas a continuación, para cada uno de los demandantes, por tratarse de una grave violación a derechos humanos, esto es, la ejecución extrajudicial y sumaria de dos ciudadanas indefensas en un hecho en el que participó la fuerza pública, de allí que resulta posible superar los límites tradicionalmente otorgados y, por lo tanto, dimensionar el perjuicio moral conforme a los topes y baremos establecidos en el Código Penal para este tipo de circunstancias en las que el daño es producto de la comisión de una conducta punible.

Así las cosas, se determinan las cifras indemnizables en consideración al profundo dolor que causó, no sólo la prematura muerte de la esposa, madre e hija y hermana, sino la forma en que la misma aconteció y las graves repercusiones que su desaparición implicó en la vida de sus seres queridos, máxime teniendo en cuenta el origen humilde de la familia afectada y sus condiciones socioeconómicas, circunstancias que configuran en los lazos familiares el único capital abundante de que disponen para alentar su supervivencia.

Rogelio Aguirre López	200 SMMLV
Yesenia Aguirre Castaño	200 SMMLV
Roel Aguirre Castaño	200 SMMLV

⁸³ Editorial Civitas S.A., Madrid 1991, Tomo III, pág. 2824.



29.979
Rogelio Aguirre López y otros

Andrés Aguirre Castaño	200 SMMLV
Maricela Aguirre Castaño	200 SMMLV
Nancy Aguirre Castaño	200 SMMLV
Olga Aguirre Castaño	200 SMMLV
María Virgelina Galvis Sánchez	200 SMMLV
Nicolás Castaño Galvis	100 SMMLV
Marina Castaño Galvis	100 SMMLV
Luis Alfonso Castaño Galvis	100 SMMLV
Luz Mila Castaño Galvis	100 SMMLV
Blanca Miriam Castaño Galvis	100 SMMLV
Martha Jaramillo Galvis	100 SMMLV

4.3. Daño a bienes constitucionales. La Sala considera importante destacar que en el caso *sub lite* no sólo se han causado perjuicios morales y materiales, sino también daños a bienes constitucionales como la unidad familiar, toda vez que a raíz de los hechos, el señor Rogelio Aguirre perdió a su cónyuge, María Antonia Castaño Galvis, en circunstancias de graves violaciones a los derechos humanos.

Aunque actualmente la jurisprudencia en torno al reconocimiento de los daños causados a bienes constitucionales se encuentra bien delimitada y es bastante prolífica, en tanto se ha aceptado que pertenecen a una categoría de daños autónoma e independiente, los antecedentes alrededor de este tópico datan de varios años atrás, aunque claro está, se caracterizaban por la confusión conceptual y cierta timidez, de allí que en algunas ocasiones se incluyeran en los perjuicios morales, dando lugar a un incremento del monto reconocido por éstos, o se trataran bajo la denominación de daños a la vida de relación. Es el



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

caso por ejemplo, de los daños a la honra y a la buen nombre, que en un comienzo daban lugar a elevar el *quantum* del perjuicio moral, como se hizo en sentencia del 27 de julio de 2000, en la que se declaró la responsabilidad patrimonial de la Policía Nacional por la retención ilegal de una ciudadana y además se encontró demostrado que con su actuación, la entidad demandada había afectado sus derechos a la honra y al buen nombre, al publicar en la prensa y los periódicos que la misma se encontraba implicada en un proceso penal por narcotráfico. Al respecto sostuvo:

"Sobre ese punto la Corte Constitucional, en innumerables pronunciamientos, ha manifestado que, en principio, tienen prevalencia los derechos a la intimidad y al buen nombre sobre el derecho a la información, que los primeros son una consecuencia obligada del reconocimiento de la dignidad de la persona humana como valor fundamental y esencial del Estado Social de Derecho.

"También ha expresado que el derecho al buen nombre es esencialmente un derecho de valor porque se construye por el merecimiento de la aceptación social, en otras palabras, gira alrededor de la conducta que observe la persona en el desempeño de su rol dentro de la sociedad, la cual evalúa su comportamiento y sus actuaciones frente a unos patrones de admisión de conductas en el medio social, y al calificarlos reconoce su proceder honesto y correcto ⁽⁸⁴⁾.

(...)

"Respecto del perjuicio moral, de la experiencia humana se presume judicialmente –presunción de hombre – que la víctima, así como los demás demandantes (madre, hijas y hermanos) sufrieron dolor moral.

- **"la víctima directa** porque padeció antijurídicamente la pérdida de su libertad que le limitó el derecho constitucional de locomoción y le lesionó el buen nombre, al publicarse la noticia de haber sido aprehendida por estar vinculada al narcotráfico; y
- **"las víctimas indirectas** (familiares de Dyomar; hija, madre, hermana) porque al ser sus parientes en la primera célula de la familia, de contera padecieron antijurídicamente aflicción los hechos falentes de la Nación.

⁸⁴ Sentencia SU 56 de 16 de febrero de 1995. Actor Rosmery Montoya Salazar y otros.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

"Por consiguiente, cuando se atenta contra la honra y el buen nombre de la persona detenida su familia también se afecta.

"Esa afectación en sus grados no es idéntica para todos los demandantes:

- "Es mayor para la víctima directa, señora Dyomar López y
- Es menor para los demás demandantes. Pero como éstos, unos son la progenitora e hijas de aquella y los demás son los hermanos, se reiterará la jurisprudencia sobre el daño moral, la cual enseña que por el grado de cercanía es mayor la sufrida por los padres y los hijos que la de los hermanos."⁸⁵

Posteriormente, en providencia del 25 de enero de 2001, la Sección se pronunció sobre un caso en el que un ciudadano solicitaba se declarara responsable patrimonialmente al D.A.S., y en consecuencia se le ordenara el pago de perjuicios morales y materiales, por haberlo señalado en los medios de comunicación, como partícipe en los hechos de la masacre de Caloto, aun cuando no había participado parte en los mismos, lo que trajo como consecuencia la violación de su derecho a la honra. En esa oportunidad, no sólo se encontró demostrado que el demandante había sufrido un daño antijurídico que le causó un perjuicio moral, sino que además, la Sala fue más lejos y reconoció la existencia de daños a la vida de relación, por el menoscabo de su honra y buen nombre. Sobre el particular se dijo:

"Ahora bien, en relación con la naturaleza del perjuicio causado, la Sala advierte que se solicitó en la demanda la indemnización de los perjuicios materiales y morales sufridos por el demandante. Encontró el *a quo* demostrado sólo el daño moral sufrido y condenó a la entidad demandada al pago de la suma solicitada, esto es, el valor equivalente a mil gramos de oro.

"Por lo expresado anteriormente, la Sala considera apropiada tal condena; sin embargo, es importante aclarar que, en el presente caso, el demandante sufrió, a más de un daño moral, un daño a la vida de relación, y respecto de la solicitud de indemnización de ambos rubros, bien podía el fallador encontrarla en la demanda, haciendo uso de sus facultades interpretativas. En efecto, aunque en ella sólo se solicita la indemnización del daño

⁸⁵ Expediente No. 12.641, C.P. María Elena Giraldo Gómez.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

extrapatrimonial de carácter moral, al presentarse los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones, se alude no sólo al estado de zozobra, angustia y temor generado en el demandante –que supone la existencia de padecimientos que constituyen, sin duda, afecciones directas a los sentimientos y consideraciones íntimos del ser humano, y que generan, por lo tanto, un típico daño moral–, sino a la necesidad que tuvo, como consecuencia de tal estado, de separarse de su esposa y su hijo recién nacido, cambiando de domicilio durante algún tiempo, así como a la violación de su derecho a la honra. **Estos últimos hechos dan lugar a la existencia de un daño extrapatrimonial diferente del moral, que rebasa la esfera interna del individuo y se sitúa en su vida de relación** (Negrillas de la Sala).

(...)

“(...) la misma publicación generó, para el demandante, una grave afectación extrapatrimonial en su vida exterior (...) Lo anterior implicó, sin duda, una alteración importante de su vida de relación y concretamente de sus relaciones familiares y sociales, que se vieron suspendidas por un período determinado.

(...)

“En lo que atañe a la reparación del perjuicio y tratándose, concretamente, de la vulneración del derecho a la honra, se ha aceptado que ella se realiza mediante la rectificación efectuada por quien distribuyó la información errónea, utilizando los mismos medios y con una difusión similar. De otra manera, continuará la confusión generada en los destinatarios de la información, quienes mantendrán la duda respecto de la rectitud y honorabilidad de la persona cuyo derecho ha sido vulnerado. Y esta rectificación, como lo ha sostenido la Corte Constitucional, “no equivale a servir de conducto público para que el afectado presente su propia versión sobre lo afirmado... en violación de los derechos constitucionales, pues semejante criterio rompería abruptamente el principio de equidad...”⁸⁶

(...)

“Así las cosas, habría sido procedente, en principio, ordenar que la rectificación se efectuara en debida forma, por parte del director del D.A.S.; sin embargo, para efectos de establecer el contenido de la condena por imponer, el juez debe buscar, en cada caso, el mecanismo que, de mejor manera, garantice la reparación del daño causado, y en el que hoy se resuelve, es necesario tomar en consideración que la rectificación debe efectuarse, normalmente, dentro de un período determinado, a fin de garantizar la

⁸⁶ Sentencia T-332 del 12 de agosto de 1993.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

compensación efectiva del perjuicio, dado que, cuando ha pasado mucho tiempo, el recuerdo de un hecho que ha dejado de ser actual podría tener en la ciudadanía un efecto contraproducente. Los hechos objeto del presente proceso ocurrieron hace casi nueve años, de manera que, en opinión de la Sala, la condena en dinero constituye la solución más apropiada (Negrillas de la Sala).⁸⁷

En la sentencia que se viene de citar, no sólo se hizo énfasis en la diferencia entre el daño moral y los perjuicios derivados de la afectación a la honra y el buen nombre, que en este caso se englobaron en el llamado daño a la vida de relación, sino que también se aludió a la forma como debía ser resarcido y se señaló que si bien, lo ideal era que el responsable se retractara de sus difamaciones, debido al paso del tiempo y para evitar una doble victimización, la reparación pecuniaria resultaba ser la más idónea.

Sin embargo, la Sección extendió el compendio de daños inmateriales diferentes a los morales, a otros que no sólo eran los derivados del menoscabo a la honra y el buen nombre. Así por ejemplo, en sentencia del 10 de marzo de 2010, se confirmó la decisión de primera instancia de reconocer daños a la vida de relación a un menor, por el hecho de haber perdido a su padre cuando apenas tenía un año, por considerarse que esta circunstancia incidiría en su desarrollo y estabilidad emocional y en consecuencia, entrañaba una vulneración a los derechos fundamentales del niño y la familia. Se dijo:

"5.4. Finalmente, respecto al perjuicio de 'daño a la vida de relación' concedido al hijo del occiso Víctor Julio Barceló Zambrano, la Sala debe aclarar que si bien coincide con los argumentos del Tribunal para otorgar indemnización, no se hace bajo este criterio, en atención a que no solo se afectó la vida y existencia del menor con la ausencia indefinida de su padre, sino que también se violaron bienes jurídicos de raigambre constitucional que están íntimamente relacionados con el perjuicio a indemnizar.

⁸⁷ Expediente No. 11.413, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. El ponente reiteró los mismos argumentos en pronunciamiento del 5 de mayo de 2005, expediente No. 14.022. En igual sentido sobre el incremento de perjuicios por afectación de los derechos a la honra y al buen nombre, pueden consultarse los procesos Nos. 13.745, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; 9 de junio de 2010; 19.283, 19.355 y 23.3825, C.P. Enrique Gil Botero.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

“En el presente caso, se tiene que el daño causado al menor por la pérdida de su padre, indudablemente vulnera los derechos fundamentales del niño y de la familia⁸⁸, principios constitucionales que el Estado debe proteger y amparar, en atención a la vulnerabilidad de la población infantil (...)

(...)

“Así las cosas, es incuestionable que la pérdida de un padre afecta gravemente el núcleo familiar de un niño pues genera la privación abrupta e injustificada de la compañía y afecto paternal sin la posibilidad de restablecer esas condiciones ideales para su desarrollo y crecimiento. Esta situación vulnera bienes jurídicos de raigambre constitucional, se reitera, que al estar íntimamente relacionados con el bienestar de los infantes, en el caso específico produjo un daño que debe ser indemnizado.

En consecuencia, como está debidamente demostrado que el entorno familiar del menor y su desarrollo emocional se alteraron por la muerte del padre, y esta afectación se mantendrá durante toda su vida debido a la edad al momento de la ocurrencia del hecho -1 año-, no hay duda que esta situación le cercenó la posibilidad de disfrutar del apoyo, afecto, compañía y cariño paternal por el resto de sus días, de allí que, se confirmarán los perjuicios otorgados por el Tribunal de primera instancia pero por las razones que se vienen de exponer”.⁸⁹

En las sentencias gemelas de unificación, proferidas el 14 de septiembre de 2011, la Sección Tercera puso fin a la confusión conceptual que existía en torno a los perjuicios inmateriales, equívocamente enmarcados bajo las denominaciones de “daño a la vida de relación”, “alteración a las condiciones de existencia” o “perjuicios fisiológicos”. En los pronunciamientos citados, no sólo se distinguió con claridad el daño a la salud del moral, sino que comenzó a

⁸⁸ “La familia es ‘institución básica de la sociedad’, en términos del artículo 5º constitucional. Ella es quizá el término intermedio entre la persona y el Estado. Por eso se obliga a los poderes públicos a asumir una protección en tres aspectos: social, económico y jurídico, a saber: social en la medida en que se protege su intimidad (art. 15) y la educación de sus miembros. Económica en cuanto se protege el derecho al trabajo, a la seguridad social, etc. Y jurídica ya que es obvio que de nada serviría la protección familiar si los poderes públicos no impidiesen por medios jurídicos los ataques contra el medio familiar.

“La Constitución en el artículo 44 reconoce como un derecho fundamental de los niños al tener una familia, independientemente de su filiación, sobre la base de la igualdad de los individuos ante la ley.” Sentencia proferida por la Corte Constitucional el 7 de mayo de 1993, expediente T-179.

⁸⁹ Expediente No. 32.651, C.P. Enrique Gil Botero.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

edificarse el concepto de perjuicios inmateriales, en los que se incluían aquellos que excedían la esfera de los morales y el daño a la salud, para dar paso al reconocimiento de otros derechos que, constituían un daño autónomo y por lo tanto, debían ser indemnizados. Al respecto se dijo:

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

i) los materiales de daño emergente y lucro cesante;

ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el

daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal⁹⁰.

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

⁹⁰ “Se está en presencia de un nuevo sistema clasificatorio del daño que acepta la existencia de tres modalidades del mismo: los patrimoniales, los morales y el biológico. Diferenciándose el biológico en cuanto al moral en la medida en que el primero es la lesión en sí misma considerada, y otra diferente, son los sufrimientos, el dolor y los afectos que de dicha lesión se pueden derivar, lo que constituiría el efecto o daño moral; sin embargo, ambos hacen parte del daño no patrimonial, esto es, no susceptible de contenido económico.” GIL Botero, Enrique “Daño Corporal – Daño Biológico – Daño a la vida de relación”, pág. 10.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

(…)

En consecuencia, el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y aflictiva del ser humano; el daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona; **y, por último, será oportuno que se analice la posibilidad por parte de esta Corporación –siempre que los supuestos de cada caso lo permitan– de que se reparen los demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima directa o de los perjudicados que logren acreditar efectivamente que padecieron ese daño autónomo e independiente, sin que quede cobijado por la tipología antes delimitada (v.gr. el derecho al buen nombre).** La aplicación de esta tipología del daño garantiza la reparación estática y dinámica del perjuicio, esto es los efectos internos y externos, subjetivos y objetivos, individuales y colectivos que la lesión antijurídica o injusta desencadena en el sujeto y las personas que constituyen su entorno” (Negrillas de la Sala).⁹¹

En consonancia con lo anterior, en providencia del 25 de abril de 2012, se ordenaron medidas de justicia restaurativa, por los daños causados a una mujer, que debido a una negligencia médica, debió someterse a una histerectomía, lo que le trajo como consecuencia la imposibilidad de procrear, además de que afectó gravemente su vida sexual. En esta oportunidad, la Sala hizo énfasis en la dignidad de la mujer y sus derechos sobre su salud sexual y reproductiva:

“Se advierte en la apelación una visión que deja de lado los lineamientos modernos del derecho de género, la individualidad de la mujer, su identidad, sus condiciones particulares que lejos de situarla en una posición de desventaja frente a los hombres, debe ser entronizada o al menos estar en nivel de igualdad, son ellas las que, al fin de cuentas, nos dan la vida a todos, tanto a hombres y mujeres. Son ellas quienes con su esfuerzo y dedicación entregan sus hijos e hijas al mundo. **Por esto, el daño que se le causa a la mujer cuando se le afecta su aparato reproductivo no se circunscribe al ámbito sexual, sino que comprende un conjunto de esferas que tocan las fibras más profundas de los campos biológico y psicológico de aquella** (Negrillas de la Sala).

⁹¹ Expedientes Nos. 19.031 y 38.222. C.P. Enrique Gil Botero.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

“En consecuencia, el razonamiento de la impugnación desconoce el contenido y alcance de los principios constitucionales de dignidad humana y de libertad, que se ven afectados con el daño antijurídico que sufrió XX. En efecto, respecto del primero es evidente que la persona se entiende como un fin en sí mismo y no como un medio para los fines de los demás⁹²; **de otra parte, la autonomía individual y personal, la decisión voluntaria de definir el número de hijos que se desea procrear, la libre determinación que le asiste a la mujer para decidir sobre su vida sexual y reproductiva, constituye un derecho fundamental sobre el cual una intromisión injustificada deviene inconstitucional y, por lo tanto, reprochable**” (Negrillas de la Sala).⁹³

En sentencia del 1º de noviembre de 2012-Caso “ Relleno Sanitario Doña Juana”, se reconoció indemnización a los habitantes cercanos al Relleno Sanitario Doña Juana, por las lesiones causadas a sus derechos a la intimidad familiar, la educación y a la recreación, con fundamento en los criterios de conexidad y *vis expansiva de los derechos fundamentales*:

“(…) No obstante, aun cuando en este proceso no pueda reclamarse indemnización alguna por la afectación generada por el derrumbe del relleno sanitario a recursos hídricos y al aire, ello no significa que no sea posible para el juez contencioso administrativo pronunciarse, en sede de acción de grupo, **respecto del posible daño que de forma conexa se haya podido causar en derechos fundamentales como la intimidad familiar, la educación y la recreación** de los habitantes de las áreas afectadas con la calamidad ambiental (Negrillas de la Sala).

(…)

En el proceso se encuentra demostrado que el derrumbe del relleno sanitario Doña Juana alteró la calidad del aire a unos niveles que de acuerdo con diferentes estudios y monitorias técnicas no constituían un riesgo para la Salud Humana. Sin embargo, esta conclusión no desmiente el hecho de que la calidad del aire de las áreas afectadas disminuyó ostensiblemente llevando no sólo a los espacios públicos sino al interior de los hogares aromas fétidos y

⁹² KANT, Emmanuel “Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres”, trad. Manuel García Morentes. Libro virtual que se puede consultar en la siguiente dirección: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01362842104592728687891/index.htm>

⁹³ Expediente No. 21.861, C.P. Enrique Gil Botero.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

nauseabundos, los cuales perduraron aproximadamente seis meses lo que generó un cambio en los hábitos de los núcleos familiares. **Se trata así de una injerencia arbitraria atentatoria del derecho a la intimidad, comoquiera que ésta situación trajo como consecuencia: modificación en las costumbres alimenticias (muchos alimentos se dañaban rápidamente), la necesidad de controlar vectores como ratas y moscos y en algunos casos el traslado de residencia (Negrillas de la Sala).**

“De igual forma, está acreditado que la alteración de las condiciones ambientales ocasionó que las actividades que la comunidad acostumbraba a realizar al aire libre y en espacios públicos se disminuyeran significativamente, afectándose el derecho a la recreación y a la libre utilización del tiempo libre (...) (Negrillas de la Sala).

(...)

“Así, como se aprecia, el derecho de la responsabilidad en el último lustro se ha encontrado y acercado con el derecho constitucional, de forma tal que se reconoce la posibilidad de que se indemnice o resarza la afectación a derechos fundamentales considerados en sí mismos, lo cual implica una constitucionalización del derecho de daños, que se aviene al modelo de Estado Social de derecho que es Colombia (...)”⁹⁴ -Negrillas de la Sala-.

En sentencia del 13 de febrero de 2013, se reiteró la posibilidad de reconocer perjuicios por daños a la honra y al buen nombre de manera autónoma y se hizo énfasis en que los mismos debían estar plenamente acreditados:

“(...) cualquier factor indemnizatorio deprecado por la configuración del daño (v.gr. perjuicios materiales, inmateriales como daño moral, al honor, al buen nombre, a la familia, etc.) tienen que estar debidamente acreditados en el proceso.

(...)

“Por consiguiente, se denegará la solicitud en relación con el

⁹⁴ Expediente No. 25000232600019990002 04 y 2000-00003-04, C.P. Enrique Gil Botero.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

reconocimiento del perjuicio denominado “daño a la vida en relación”, por ser una categoría desechada en la jurisprudencia unificada de esta Sección. De otra parte, se negará la indemnización a “bienes constitucionales autónomos”, ya que de los medios de convicción que fueron arrimados al proceso no se desprende la configuración de esas categorías de perjuicios (Negrillas de la Sala).

En otras palabras, la persistente interacción que se deriva de la constitucionalización del derecho de la responsabilidad desencadena que el juez en vez de reparar las consecuencias externas de un daño, resarza la afectación del derecho constitucional y fundamental que ha sido lesionado, es decir, una reparación en sí misma encaminada, principalmente, a garantizar dos principios constitucionales: i) la dignidad humana y ii) la igualdad en la reparación, esto es, a igual lesión, debe corresponder una igual reparación, salvo las particularidades de cada caso, matiz introducido por la denominada igualdad material, no simplemente formal”.⁹⁵

Posteriormente, en providencia de unificación del 27 de septiembre de 2013, reiterando los argumentos expuestos en las sentencias traídas a colación, se reconocieron perjuicios por la violación o afectación de bienes o derechos constitucionales (familia y libertad de domicilio y residencia), en un caso de suma gravedad, que se originó en la masacre de tres ciudadanos a manos de miembros del Ejército Nacional, a quienes se encontró penalmente responsables, y que conllevó al desplazamiento forzado de los familiares de las víctimas. En esa oportunidad, la Sección Tercera sostuvo:

“4.2. Perjuicios por violación a bienes o intereses constitucionales

Otro de los aspectos que se censuran en el recurso de apelación, se refiere a la condena decretada por el *a quo* en relación con “otras afectaciones padecidas por los demandantes” –según el escrito de demanda– y que el Tribunal concedió parcialmente a título de “alteración a las condiciones de existencia”.

(...)

⁹⁵ Expediente No. 25.119, C.P. Enrique Gil Botero. En el mismo sentido, pueden consultarse los procesos No. 25.636, C.P. Enrique Gil Botero, 27.033, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y 33.806, C.P. Hernán Andrade Rincón.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

"Así las cosas, la Sala confirmará la decisión apelada en este tópico, toda vez que al haberse acreditado que el núcleo cercano (padres y hermanos) del occiso Alex Ariol Lopera Díaz, en virtud del daño antijurídico se vieron forzados a adoptar medidas de protección familiar, desplazamiento, etc., **ello significa que los derechos constitucionales a la familia y a la libertad de fijar el domicilio y el arraigo, se vieron seriamente afectados, circunstancia por la que las sumas otorgadas por el a quo, se compadecen con la afectación autónoma de los bienes constitucionales lesionados** por la configuración del daño antijurídico (Negrillas de la Sala).

"Por consiguiente, en atención a la grave violación de los derechos constitucionales a la familia y a la libertad de fijar domicilio y residencia, y por provenir esa afectación de la comisión de un ilícito penal (art. 97 C.P.), se reconocerán a título de reparación las siguientes sumas de dinero (...)"⁹⁶

Siguiendo la misma línea, en sentencia del 24 de octubre de 2013, se ordenó el pago de perjuicios por concepto de violación de los bienes constitucionales a la vida, a la familia y a la dignidad, en favor de la compañera permanente y la hija de un policía que perdió la vida en medio de un ataque perpetrado por la guerrilla. En este pronunciamiento, se destacó el papel de la mujer y de los menores de edad en el conflicto armado y las consecuencias nefastas que el mismo tenía en su vida.

"Es necesario para la sala, reivindicar el poder de la mujer en la historia del país⁹⁷ y reconocer que lejos de ser una víctima "victimizada", la mujer, muy a pesar de las condiciones que le impone la sociedad y el conflicto armado, ha sido ejemplo de valentía y ha resistido con valor las diferentes condiciones a las que el conflicto la ha expuesto y como en muchos casos a través de su cotidianidad ha ayudado a garantizar las mínimas condiciones de vida digna de quienes le rodean sin importar el conflicto⁹⁸.

⁹⁶ Expediente No. 36.460, C.P. Enrique Gil Botero.

⁹⁷ La mujer ha participado en múltiples escenarios donde ha existido conflicto, entre ellos el movimiento de independencia en donde la participación de la mujer cumplió un papel no solo de benefactora, sino cumpliendo diversos roles de asistencia, cabe destacar la función de las "juanas" y de las mujeres del socorro Santander quienes participaron activamente en el movimiento de independencia. De igual manera la mujer estuvo presente en la guerra de los mil días y en la época de violencia bipartidista donde fue testigo del rompimiento de su hogares de la forma mas violenta y víctima directa de la crueldad.

⁹⁸ La mujer ha sido activista de los derechos, no solo de su propio genero (como lo fue el movimiento de sufragistas a través del cual se exigía el reconocimiento de los derechos civiles de las mujeres) sino también reivindicado derechos sociales como es el caso de María Cano en



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

(…)

“Por todo lo anteriormente expuesto y en reconocimiento de las mujeres como víctimas del conflicto armado ante **el rompimiento de su estructura familiar⁹⁹, del dolor al que se vieron sometidas por la pérdida de su compañero, del desarraigo** al que se vieron inmersas al haber tenido que abandonar el Municipio de Barbacoas, tras la toma guerrillera y **por el cambio de rol al que se vieron inmersas ante los actos de violencia del conflicto armado, así como por la función social que desempeñó la señora Liliana Esperanza Zambrano y su hija en el Municipio de Barbacoas;** la Sala encuentra necesario reconocer en la dimensión de los perjuicios inmateriales, y como componente de la reparación integral, la condena a favor de las demandantes de la indemnización por vulneración de los bienes constitucionales y convencionales (Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado) a la vida, a la construcción de una familia y a la dignidad de las mujeres por valor correspondiente a VIENTE (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes para LILIANA ESPERANZA SANCHEZ ROSERO (Negrillas de la Sala).

(…)

“Considera la sala prudente señalar, que estas repercusiones causadas en los niños y niñas víctimas del conflicto armado les deja consecuencias a largo plazo en su desarrollo social. Y que este tipo de daños no pueden desconocerse toda vez que los menores son sujetos de especial protección

los años 20 y de la lucha que lidero en busca del reconocimiento de derechos laborales para los trabajadores.

⁹⁹ El derecho a la protección de la estructura familiar, y su relación inescindible con los derechos y garantías de la mujer, no sólo encuentra sustento en el artículo 42 de la Carta Política, sino que su protección está reconocido convencionalmente en el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo alcance (según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos) “conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar (Cfr. Opinión Consultiva OC-17, *supra* nota 131, párr. 66; *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 01 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 141, y *Caso Chitay Nech*, *supra* nota 63, párr. 157). Por ende, la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho (Cfr. Opinión Consultiva OC-17, *supra* nota 131, párrs. 71 y 72; y 72; *Caso De la Masacre de las Dos Erres*, *supra* nota 127, párr. 187, y *Caso Chitay Nech y otros*, *supra* nota 63, párr. 157), pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales (Cfr. Opinión Consultiva OC-17, *supra* nota 131, párr. 7)”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Gelman vs Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011, apartado 125.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

constitucional¹⁰⁰, más aun cuando se tienen en cuenta las consecuencias nefastas del conflicto.

“En tal sentido **la sala encuentra probada la vulneración a las garantías de las cuales son titulares los niños con ocasión del conflicto**¹⁰¹. En el caso que nos ocupa de Jessika Liliana es así, por cuanto la menor no solo presencié la toma del municipio de Barbacoas, en donde evidenció la crueldad de la guerra al ver a su padre víctima de múltiples impactos de bala propinados por el grupo insurgente, entre ellos un disparo a corta distancia en la cabeza, el cual le ocasionó la muerte; sino que también ha sido víctima del rompimiento de su estructura familiar,¹⁰² como consecuencia de la cual no solo ha sufrido repercusiones ante la desaparición del padre sino de los **daños psicológicos ocasionados en la madre, que tal como lo señala el informe de medicina legal han generado una “relación simbiótica” dañina tanto para la madre como para la hija por la repercusión del dolor y tensión de la primera sobre la menor, llegando a repercutir incluso en su entorno social y escolar**” (Negrillas de la Sala).¹⁰³

¹⁰⁰ Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959 y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. Convención sobre los Derechos del Niño, A.G. res. 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 167, ONU Doc. A/44/49 (1989), *entrada en vigor* 2 de septiembre de 1990.

¹⁰¹ Art 38. Ningún niño que no haya cumplido los 15 años de edad deberá participar directamente en hostilidades o ser reclutado por las fuerzas armadas. *Todos los niños afectados por conflictos armados tiene derecho a recibir protección y cuidados especiales.* Art 39. *Es obligación del Estado tomar las medidas apropiadas para que los niños víctimas de la tortura, de conflictos armados, de abandono, de malos tratos o de explotación reciban un tratamiento apropiado, que asegure su recuperación y reintegración social.* (subrayado fuera de texto). Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño.

¹⁰² *Recordando* que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales, *Convencidos* de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, *Reconociendo* que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Preámbulo Convención sobre los Derechos del Niño, A.G. res. 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 167, ONU Doc. A/44/49 (1989), *entrada en vigor* 2 de septiembre de 1990.

¹⁰³ Expediente No. 25.981, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

Recientemente, en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, la Sección Tercera reiteró los criterios para tasar los perjuicios causados por el daño a bienes constitucionales. Se estableció que en aras de reparar el daño, las medidas de reparación no pecuniarias se privilegiaban frente a las pecuniarias, que se otorgarían en casos excepcionales, cuando las primeras no sean suficientes para resarcir el perjuicio y se concederán sólo en favor de la víctima directa, hasta por un monto de 100 SMLMV y siempre y cuando no hubiere sido indemnizado ya a título de daño a la salud:

“De acuerdo con la decisión de la Sección de unificar la jurisprudencia en materia de perjuicios inmateriales, se reconocerá de oficio o solicitud de parte, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. La cual procederá siempre y cuando, se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de medidas de reparación no pecuniarias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) permanente y los parientes hasta el 1º de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas “*de crianza*”.

(...)

“En casos excepcionales, cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocido con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño”.¹⁰⁴

Finalmente, en providencia de unificación de la misma fecha, se ordenaron medidas de justicia restaurativa, por la afectación a los derechos a la familia, a la verdad y a un recurso judicial efectivo. Se unificó la jurisprudencia, en relación a las características de los perjuicios derivados de las vulneraciones a

¹⁰⁴ Expediente No. 26.251, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

bienes convencionales y constitucionalmente amparados y la forma de repararlos:

"15.2. En el caso concreto los actores sufrieron vulneraciones imputables al Estado como consecuencia de la ejecución extrajudicial de sus familiares, señores Heliodoro Zapata Montoya y Alberto Antonio Valle y la desaparición forzada de Félix Antonio Valle Ramírez y José Elías Zapata Montoya. **La Sala pone de presente que de acuerdo con el acervo que sirve de fundamento a las pretensiones, está acreditado que los actores sufrieron perjuicios concretados en la afectación a la familia, a la verdad, a un recurso judicial efectivo y un desplazamiento forzado posterior de algunos actores.**

(...)

15.4. Así, en los casos de perjuicios por vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, se reafirman los criterios contenidos en la sentencia precitada. En esta oportunidad la Sala, para efectos de unificación de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, precisa:

15.4.1. El daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados tiene las siguientes características:

i) Es un **daño inmaterial** que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial.

ii) Se trata de **vulneraciones o afectaciones relevantes**, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.

iii) Es un daño **autónomo**: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.

iv) **La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva**: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

15.4.2. La reparación del referido daño abarca los siguientes aspectos:

i) El objetivo de reparar este daño es el de **restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos**. La reparación de la víctima está orientada a: (a) restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; (b) lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño; (c) propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar; y (d) buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial.

ii) La reparación del daño es **dispositiva**: si bien las medidas de reparación de este tipo de daños pueden serlo a petición de parte, también operan de oficio, siempre y cuando aparezca acreditada su existencia.

iii) **La legitimación de las víctimas del daño: se reconoce a la víctima directa de la lesión como a su núcleo familiar más cercano**, esto es, cónyuge o compañero (a) permanente y los parientes hasta el 1º de consanguinidad, incluida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "*de crianza*", en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos.

iv) Es un daño que **se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario**: se privilegian por excelencia las medidas reparatorias no indemnizatorias; sin embargo, en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Ese *quantum* deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado.

v) Es un daño que **requiere de un presupuesto de declaración**: debe existir una expresa declaración de responsabilidad del Estado por la existencia de un daño a bienes constitucionales y convencionales imputables al mismo, y se deben justificar y especificar las medidas de reparación integral adecuadas y pertinentes al caso, de tal manera que el Estado ejecute el *debitum iuris*. Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de restablecer la dignidad de las víctimas, reprobar las relevantes violaciones a los derechos humanos y concretar las medidas de garantía de



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional.

vi) Es un daño frente al cual **se confirme el rol del juez de responsabilidad extracontractual como reparador integral de derechos vulnerados**, sin desconocer que las indemnizaciones que tradicionalmente han venido siendo reconocidas impactan directa o indirectamente en los derechos de las víctimas; sin embargo, en tratándose de vulneraciones o afectaciones relevantes a derechos constitucional y convencionalmente amparados, se impone la necesidad de que el juez acuda a otras medidas, con el fin de reparar plenamente a las víctimas.

15.4.3. En aras de **evitar una doble reparación**, el juez deberá verificar *ex ante*: (a) que se trate de una vulneración o afectación relevante de un bien o derecho constitucional o convencional; (b) que sea antijurídica; (c) que en caso de ordenarse una indemnización excepcional, no esté comprendida dentro de los perjuicios materiales e inmateriales ya reconocidos, y (d) que las medidas de reparación sean correlativas, oportunas, pertinentes y adecuadas al daño generado.” (Negrillas de la Sala).¹⁰⁵

Conforme a lo anterior, se tiene que no es necesario que la indemnización por el daño derivado de una afectación a un bien constitucional o convencionalmente amparado haya sido solicitada expresamente, pues el Juez, siempre y cuando lo encuentre acreditado, puede y tiene el deber de ordenar su reparación.

Las providencias reseñadas que evidencian la evolución conceptual por la que ha pasado la jurisdicción contenciosa administrativa en materia de derecho de daños, no dejan lugar a dudas de que la afectación a bienes jurídicamente protegidos constituye una nueva categoría de daños que merece ser reparada bajo ciertas condiciones, esto es, no cualquier vulneración dará lugar a ella. Sin embargo, esta evolución no ha sido exclusiva de nuestra jurisdicción, sino que también se ha extendido a la civil ordinaria, lo que obedece a la constitucionalización del derecho, fenómeno que propende por permear de los principios constitucionales a todas las ramas del derecho, sin importar si la

¹⁰⁵ Expediente No. 32.988, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

misma hace parte de la esfera pública o privada, siendo el derecho de daños uno de las principales muestras de ello. Así, en sentencia reciente del 5 de agosto de 2014, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ordenó en favor de dos ciudadanos, la indemnización pecuniaria de perjuicios, por el menoscabo de su buen nombre. Si bien, la providencia adolece de algunas imprecisiones conceptuales que ya han sido superadas por la doctrina nacional y foránea y nuestra jurisprudencia, resulta importante traerla a colación, toda vez que en ella se reconoce el daño a bienes constitucionales como una categoría autónoma e independiente en el universo de los daños extra patrimoniales y por ende, claramente diferenciable del daño moral:

"La antigua clasificación, por lo demás, limita el daño extrapatrimonial a la esfera interna del sujeto y **deja por fuera de la tutela judicial efectiva las repercusiones sociales del perjuicio no patrimonial, tales como la honra, la dignidad, la libertad y el buen nombre de la persona**, que no dependen de su psiquis o interioridad, ni mucho menos de las consecuencias nocivas que llegue a producir en otros bienes jurídicos de inferior jerarquía (Negrillas de la Sala).

"Desde esta perspectiva, y en contraposición al daño estrictamente patrimonial, **el perjuicio extrapatrimonial no se reduce al tradicional menoscabo moral, pues dentro del conjunto de bienes e intereses jurídicos no patrimoniales que pueden resultar afectados mediante una conducta dolosa o culposa se encuentran comprendidos aquéllos distintos a la aflicción, el dolor, el sufrimiento o la tristeza que padece la víctima. En este contexto, son especies de perjuicio no patrimonial –además del daño moral– el daño a la salud, a la vida de relación, o a bienes jurídicos de especial protección constitucional tales como la libertad, la dignidad, la honra y el buen nombre, que tienen el rango de derechos humanos fundamentales** (Negrillas de la Sala).

"Así fue reconocido por esta Sala en providencia reciente, en la que se dijo que ostentan naturaleza no patrimonial: *"...la vida de relación, la integridad sicosomática, los bienes de la personalidad –verbi gratia, integridad física o mental, libertad, nombre, dignidad, intimidad, honor, imagen, reputación, fama, etc.–, o a la esfera sentimental y afectiva..."* (Sentencia de casación de 18 de septiembre de 2009) [Se subraya]



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

"Estas subespecies del daño extrapatrimonial no pueden confundirse entre sí, pues cada una de ellas posee su propia fisonomía y peculiaridades que las distinguen de las demás y las hacen merecedoras de tutela jurídica; aunque a menudo suele acontecer que confluyan en un mismo daño por obra de un único hecho lesivo (Negrillas de la Sala).

(...)

"El daño a la vida de relación, por su parte, que en nuestra jurisprudencia ha adquirido un carácter distintivo, ajustado a las particularidades de nuestra realidad social y normativa, fue ampliamente desarrollado en la sentencia de 13 de mayo de 2008, en la que se dejó sentado que *"es una noción que debe ser entendida dentro de los precisos límites y perfiles enunciados, como un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial de la persona, vista en sentido amplio, sin que pueda pensarse que se trata de una categoría que absorbe, excluye o descarta el reconocimiento de otras clases de daño –patrimonial o extrapatrimonial– que poseen alcance y contenido disímil, ni confundirlo con éstos, como si se tratara de una inaceptable amalgama de conceptos, puesto que una indebida interpretación conduciría a que no pudiera cumplirse con la reparación integral ordenada por la ley y la equidad..."* (Exp.: 1997-9327-01) [Se subraya]

"Para precisar el significado de esta noción, en el mismo fallo se partió de la jurisprudencia elaborada por el Consejo de Estado sobre esta clase de daño, y en tal sentido se puntualizó cómo éste *"no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre..."*. De igual modo se aclaró, con apoyo en la doctrina, que *"el daño a la vida de relación es conceptualmente distinguible del patrimonial y del daño a la salud, y puede coincidir con uno u otro, o presentarse cuando ambos están ausentes"*. (Ibid)

(...)

"Los anteriores referentes jurisprudenciales permiten deducir que el daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional que constituyen derechos humanos fundamentales, no encaja dentro de las categorías tradicionales en que se subdivide el daño extrapatrimonial, por lo que no es admisible forzar esas clases de daño para incluir en ellas una especie autónoma cuya existencia y necesidad de reparación no se pone en duda (Negrillas de la Sala).

"De ahí que el daño no patrimonial se puede presentar de varias maneras, a saber: **i)** mediante la lesión a un sentimiento interior y, por ende, subjetivo (daño moral); **ii)** como privación objetiva de la facultad de realizar



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

actividades cotidianas tales como practicar deportes, escuchar música, asistir a espectáculos, viajar, leer, departir con los amigos o la familia, disfrutar el paisaje, tener relaciones íntimas, etc., (daño a la vida de relación); o, **iii**) como vulneración a los derechos humanos fundamentales como el buen nombre, la propia imagen, la libertad, la privacidad y la dignidad, que gozan de especial protección constitucional.

"Las dos primeras formas de perjuicio han sido amplia y suficientemente desarrolladas por esta Corte. El **menoscabo a los bienes jurídicos personalísimos de relevancia constitucional**, en cambio, aunque se ha enunciado tangencialmente por la jurisprudencia, no ha sido materia de profundización, dado que hasta ahora no se había planteado ese asunto en sede de casación.

"De suerte que es ésta la oportunidad propicia para retomar la línea trazada por la jurisprudencia de la Sala y, especialmente, por las sentencias de 13 de mayo de 2008 (Exp. 1997-09327-01) y de 18 de septiembre de 2009 (Exp. 2005-00406-01), con relación al tema del resarcimiento de las diversas subclases de perjuicios que constituyen el daño a la persona o extrapatrimonial; y, en concreto, respecto de la protección en materia civil de los bienes jurídicos de especial relevancia constitucional".¹⁰⁶

Los anteriores razonamientos expuestos por la Corte Suprema de Justicia despejan las dudas en esa jurisdicción que pudieren haber en torno al carácter autónomo del daño a bienes constitucionales. No obstante, es pertinente realizar algunas precisiones. En sus planteamientos, la Corte distingue tres clases de daños extra patrimoniales: i) el daño moral; ii) el daño a la vida de relación y iii) el daño a derechos fundamentales o constitucionales. Sin embargo, deja de lado que la noción de daño a la vida de relación ya ha sido ampliamente superada, como se explicó en párrafos precedentes de este proveído, por tratarse de una categoría abierta y que le abría paso a la indemnización indiscriminada de toda clase de perjuicios. Por lo tanto, se reitera que los daños inmateriales o extra patrimoniales se reducen a tres: i) aquellos que afectan directamente la esfera interna y espiritual del individuo,

¹⁰⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Rdo. No. 11001-31-03-003-2003-00660-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

es decir, los morales; ii) los derivados de la afectación psicofísica de la salud, o sea, el daño a la salud; iii) y los relacionados con la afectación directa de bienes convencional y constitucionalmente protegidos. Incluso, es menester precisar que dogmática y ontológicamente el daño a la salud, por recaer sobre un derecho fundamental, está incluido en los daños a bienes constitucionales, sin embargo, debido a su magnitud, las repercusiones que trae para el ser humano y sus características especiales, se le ha asignado una categorización propia y autónoma.

Ahora bien, de la providencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, conviene destacar también las siguientes consideraciones:

"Tal protección, sin embargo, para que sea eficaz, presupone que esta clase de daño guarde correspondencia con los valores del ordenamiento jurídico que le imprimen sentido y coherencia al sistema, **lo que impone la necesidad de delimitar la extensión del resarcimiento; es decir que se debe discernir entre los padecimientos que son dignos de tutela civil y los que deben quedar al margen de ella, pues de lo contrario se corre el riesgo de incurrir en una peligrosa anarquía conceptual que banalice las conquistas de la responsabilidad civil y borre los límites entre lo que es jurídicamente relevante y lo que constituye simples bagatelas** (Negrillas de la Sala).

"7. La atención debe centrarse, entonces, no en la posibilidad de admitir la indemnización del daño a los bienes personalísimos protegidos por la Constitución y por los tratados internacionales que reconocen derechos fundamentales, como categoría autónoma perteneciente al género de los perjuicios extrapatrimoniales –pues su existencia hoy en día no se pone en duda–; sino en **precisar en qué casos resulta viable su concesión, con el fin de evitar un pago doble o exagerado de una misma consecuencia nociva que tiene su causa adecuada en un único evento** (Negrillas de la Sala).

(...)

"El juzgador deberá considerar, en primer lugar, **que no es el desconocimiento de cualquier interés personal el que justifica el resarcimiento integral en los términos del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, porque el tipo de daño que se viene analizando solamente**



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

se configura cuando se violan ciertos derechos fundamentales que comprometen de modo directo la dignidad, tales como la libertad, la intimidad personal y familiar, la honra y el buen nombre (Negrillas de la Sala).

“Este daño, entonces, **debe ser de grave entidad o trascendencia, lo que significa que no debe ser insustancial o fútil, pues no es una simple molestia la que constituye el objeto de la tutela civil.** Naturalmente que toda persona, en tanto pertenece a un conglomerado social y se desenvuelve en él, está llamada a soportar desagrados o perturbaciones secundarias ocasionadas por sus congéneres dentro de ciertos límites, no siendo esas incomodidades las que gozan de relevancia para el derecho; pues es claro que prácticamente cualquier contingencia contractual o extracontractual apareja algún tipo de inconvenientes (Negrillas de la Sala).

“De igual **manera el fallador habrá de examinar si el resarcimiento que se reclama por concepto de daño a un bien esencial de la personalidad, se halla comprendido en otro rubro susceptible de indemnización**, como puede ser el perjuicio patrimonial, el moral, a la salud, o a la vida de relación; a fin de evitar en todo caso un doble resarcimiento de la misma obligación (Negrillas de la Sala).

(...)

“Ello quiere decir que la vulneración a un interés jurídico constitucionalmente resguardado no deja de ser resarcible por el hecho de no tener consecuencias en la afectación de otros bienes como el patrimonio, la vida de relación, o la esfera psíquica o interior del sujeto; y, por el contrario, solo debe negarse su reparación cuando se subsume en otro tipo de perjuicio o se identifica con él, a fin de evitar un pago múltiple de la misma prestación.

“Puede decirse, en síntesis, que existen ciertos parámetros que no constituyen una limitación al libre arbitrio del juzgador, pero que es aconsejable tener en cuenta a fin de evitar que se indemnicen situaciones que no lo merecen. Así, por ejemplo, **hay que evaluar si el hecho lesivo vulnera o no un interés jurídico que goza de especial protección constitucional por estar referido al ámbito de los derechos personalísimos; si ese perjuicio confluye o converge en otro de dimensiones específicas** como el daño patrimonial, el moral, a la salud o a la vida de relación, de tal suerte que se presenten como una misma entidad; o **si, por el contrario, es posible su coexistencia con esos otros tipos de daños por distinguirse claramente de ellos o tener su fuente en circunstancias fácticas diferenciables**; entre otras particularidades imposibles de prever de manera apriorística, dado que solo las peculiaridades de cada caso permiten arribar a la decisión más equitativa



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

y ajustada a derecho” (Negrillas de la Sala).

Los razonamientos que se acaban de traer a colación, reiteran que no es cualquier contingencia o incomodidad el que puede enmarcarse en la categoría de daños a bienes constitucionales, pues un discurso en ese sentido, sólo conduciría a trivializar esta conquista jurídica y conceptual. El derecho fundamental afectado debe comprometer directamente la dignidad humana del damnificado y además, el menoscabo debe estar plenamente demostrado, todo ello con el fin de evitar una doble indemnización, por lo que además es necesario que el Juez verifique que la afectación no se encuentra ya subsumida en alguno de las restantes daños extra patrimoniales.

El fenómeno de la constitucionalización del derecho, se ve más acentuado en nuestro ordenamiento jurídico, comoquiera que el régimen de responsabilidad se encuentra fundamentado en una norma de rango constitucional y además, el legislador no se ha ocupado de este tópico. De allí que, el juez tiene mayor libertad a la hora de configuración en materia de derecho de daños, lo que explica la proliferación de clasificaciones y categorías en ese sentido, que trascienden el daño moral. Sin embargo esta libertad que radica en el juez no es ilimitada, pues la evolución doctrinaria y jurisprudencial han enseñado que los derechos fundamentales deben ser el faro que oriente la labor configuradora del juez, de modo que sólo se tendrán como daños causados a bienes constitucional o convencionalmente protegidos, aquellos que atenten o vulneren derechos fundamentales consagrados en la Constitución, en la jurisprudencia constitucional y en los tratados internacionales sobre derechos humanos y derechos fundamentales. En este ejercicio también opera como eje orientador el principio de la reparación integral, que señalará al Juez el camino para saber qué debe reparar y cómo y debe hacerlo, es decir, cuáles son los medios idóneos para resarcir el daño.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

La reparación entonces, debe obedecer a dos principios: i) la dignidad humana, ii) y la igualdad, es decir, a igual lesión, debe corresponder una misma reparación, advirtiendo que pueden concurrir ciertos matices según las particularidades del caso concreto, e igualmente que el *arbitrio judices* es el instrumento del cual se vale el Juez para determinar el *quantum* de la indemnización, claro está, teniendo en cuenta los parámetros que se han establecido en las providencias de unificación reseñadas.

En el caso *sub judice*, está plenamente demostrado que el derecho a la familia se vio ostensible y gravemente afectado, por lo que es necesario ordenar su indemnización aun cuando la misma no fue solicitada, pues como se señaló en las sentencias de unificación reseñadas, el juez sí advierte la existencia de esta clase de daños, tiene la prerrogativa y el deber de ordenar su resarcimiento.

En consecuencia, la Sala ordenará el pago de 100 SMLMV por la ruptura de la unidad familiar, a favor del señor Rogelio Aguirre López, advirtiendo que se reconoce el tope máximo de indemnización en razón de la afectación gravísima que sufrió el bien y las circunstancias en las que la misma tuvo lugar, pues el demandante no sólo vio morir a su esposa, sino que además fue injustamente acusado de la misma.¹⁰⁷

5. Medidas de Satisfacción

¹⁰⁷ El suscrito advierte que se otorga la indemnización en los términos señalados, en acatamiento de los argumentos expuestos en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, expediente No. 26.251, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sin embargo, desde ya se expresa la disidencia frente a esta posición, por cuanto es innegable que si bien, algunos bienes constitucionales son personalísimos, existen otros cuya afectación repercute no sólo en la víctima directa, sino también en su grupo familiar, como ocurre en el caso *sub judice* con el daño al bien constitucional de la unidad familiar, motivo por el cual me veo precisado a aclarar el voto.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

Toda vez que el daño antijurídico imputable a las entidades demandadas es configurativo de una grave violación a los derechos humanos, con apoyo en la jurisprudencia trazada por la Corporación y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se dispondrán las siguientes medidas dirigidas a garantizar el principio de justicia restaurativa.

i) Se dispondrá oficiar a la Fiscalía General de la Nación, para que, sin perjuicio de su autonomía institucional, inicie las respectivas investigaciones dirigidas a esclarecer la responsabilidad penal y los demás presuntos responsables de los hechos ocurridos el 6 de octubre de 1994, puesto que se trata de una violación de derechos humanos.

De abrirse investigación, los familiares de las víctimas deberán ser citados al proceso, con el fin de que tengan pleno conocimiento sobre la verdad de los hechos ocurridos en la fecha del homicidio de su esposa, madre, hija y hermana María Antonia Castaño Galvis, y los demás responsables de la acción criminal que terminó con su vida.

ii) La presente sentencia será publicada, en un lugar visible, en las instalaciones de la Cuarta Brigada del Ejército en la ciudad de Medellín, así como en el bunker de la Fiscalía en la misma ciudad, localizado en la glorieta de punto cero.

iii) Con cargo al presupuesto de las entidades condenadas, se realizará un convenio interadministrativo con las facultades de sociología, psicología e historia de la Universidad Nacional de Colombia -sedes Bogotá y Medellín-, en el cual se dispondrá la realización de un completo estudio psicosocial a cargo de un grupo interdisciplinario que deberá determinar la incidencia y repercusión de los hechos ocurridos el 6 de octubre de 1994 en la familia de la señora



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

María Antonia Castaño Galvis, a partir de su homicidio. En dicho estudio, además, se dará cuenta de las secuelas que el desaparecimiento prematuro de la señora Castaño Galvis provocó en cada uno de sus familiares y se dejará constancia testimonial y argumental.

iv) De la presente sentencia, junto al estudio psicosocial realizado, se ordenará al Centro de Memoria Histórica, mediante su Programa de Derechos Humanos y Memoria Histórica –así como al Archivo General de la Nación-, su preservación y la custodia y conservación de su archivo, en aras de que hagan parte y fortalezcan el patrimonio documental histórico de la Nación y la memoria consciente de la violencia del Estado que, en medio del conflicto interno, le permitió la comisión de abusos a su Fuerza Pública, en detrimento de las víctimas que se encontraba llamada a proteger, reforzando así la memoria colectiva de los asociados. Una generación es solo un hito en la dinámica y evolución de la sociedad, y su memoria tiene el mismo curso; y gracias a esta medida, el recuerdo de este fatal suceso quedará grabado en el tiempo, convirtiéndose este legado en la muestra de la esquizofrenia de las armas, el poder y la sinrazón, cuya conservación en el alma colectiva, puede ser el mejor aporte para no repetirlo jamás.

6. Condena en costas

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes y, así mismo, comoquiera que la providencia apelada será revocada en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

7. Régimen de *intereses de mora* que aplica a las conciliaciones y condenas impuestas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo: *regulación de los arts. 177 del CCA¹⁰⁸ y 195.4 del CPACA¹⁰⁹.*

¹⁰⁸ “Art. 177. EFECTIVIDAD DE CONDENAS CONTRA ENTIDADES PÚBLICAS. (...)

“Será causal de mala conducta de los funcionarios encargados de ejecutar los presupuestos públicos, pagar las apropiaciones para cumplimiento de condenas más lentamente que el resto. Tales condenas, además, serán ejecutables ante la justicia ordinaria dieciocho (18) meses después de su ejecutoria.

“Las cantidades líquidas reconocidas en tales sentencias devengarán intereses comerciales ~~durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria~~ y moratorias ~~después de este término~~.

“Cumplidos seis (6) meses desde la ejecutoria de la providencia que imponga o liquide una condena o de la que apruebe una conciliación, sin que los beneficiarios hayan acudido ante la entidad responsable para hacerla efectiva, acompañando la documentación exigida para el efecto, cesará la causación de intereses de todo tipo desde entonces hasta cuando se presentare la solicitud en legal forma.

“En asuntos de carácter laboral, cuando se condene a un reintegro y dentro del término de seis meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que así lo disponga, éste no pudiere llevarse a cabo por causas imputables al interesado, en adelante cesará la causación de emolumentos de todo tipo.” -Apartes tachados inexequibles-

¹⁰⁹ “Art. 195. TRÁMITE PARA EL PAGO DE CONDENAS O CONCILIACIONES. El trámite de pago de condenas y conciliaciones se sujetará a las siguientes reglas:

“1. Ejecutoriada la providencia que imponga una condena o apruebe una conciliación cuya contingencia haya sido provisionada en el Fondo de Contingencias, la entidad obligada, en un plazo máximo de diez (10) días, requerirá al Fondo el giro de los recursos para el respectivo pago.

(...)

“3. La entidad obligada deberá realizar el pago efectivo de la condena al beneficiario, dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de los recursos.

“4. Las sumas de dinero reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación, devengarán intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF desde su ejecutoria. No obstante, una vez vencido el término de los diez (10) meses de que trata el inciso segundo del artículo [192](#) de este Código o el de los cinco (5) días establecidos en el numeral anterior, lo que ocurra primero, sin que la entidad obligada hubiese realizado el pago efectivo del crédito judicialmente reconocido, las cantidades líquidas adeudadas causarán un interés moratoria a la tasa comercial.

“La ordenación del gasto y la verificación de requisitos de los beneficiarios, radica exclusivamente en cada una de las entidades, sin que implique responsabilidad alguna para las demás entidades que participan en el proceso de pago de las sentencias o conciliaciones, ni para



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

Los arts. 177 del CCA y 195 del CPACA reclaman examinar la manera cómo se aplican a los procesos judiciales, atendiendo a la posibilidad siempre latente de que el condenado incurra en mora de pagar la obligación pecuniaria que adquiere por causa de una sentencia o de un acuerdo conciliatorio. Se trata de la constante procesal que, institución por institución del CPACA, exige precisar la vigencia que tiene cada una de estas dos normas en los procesos judiciales en curso y en los que iniciaron después de su vigencia.

Esencialmente, la problemática consiste en que el art. 177 del CCA establece que la mora en el pago de una condena de una suma líquida de dinero –no otro tipo de condena- causa intereses moratorios equivalentes a la tasa comercial, a partir del primer día de retardo¹¹⁰; mientras el art. 195.4 del CPACA establece dos tasas de mora: i) dentro de los 10 primeros meses de retardo se paga el DTF; y después de este término el interés corresponde a la tasa comercial¹¹¹. La diferencia es importante, por eso hay que examinar cuál tasa de mora se aplica a cada sentencia que dicta esta jurisdicción.

De atenerse a la regla procesal general de transición, prevista en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887¹¹², el art. 195.4 aplicaría a los procesos en trámite, a

el Fondo de Contingencias. En todo caso, las acciones de repetición a que haya lugar con ocasión de los pagos que se realicen con cargo al Fondo de Contingencias, deberán ser adelantadas por la entidad condenada.

(...)

¹¹⁰ Esta norma fue juzgada por la Corte Constitucional, quien la declaró parcialmente inexecutable, mediante la sentencia C-188 de 1999.

¹¹¹ Esta norma fue juzgada por la Corte Constitucional, quien la declaró inexecutable, mediante la sentencia C-604 de 2012.

¹¹² “Art. 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezará regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

partir de la fecha en que entró en vigencia la nueva ley. Claro está que esa disposición fue modificada por el art. 624 del CGP, que mantuvo esta filosofía, aunque explicó más su aplicación en relación con las distintas etapas procesales que resultan comprometidas cuando entra a regir una norma procesal nueva¹¹³.

No obstante, lo cierto es que tratándose de los procesos que se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el CPACA creó una norma especial de transición procesal, de modo que la anterior no rige esta clase de procesos. El art. 308 estableció la regla inversa: el CPACA no aplica -en ninguno de sus contenidos- a los procesos iniciados antes de su entrada en vigencia; por el contrario, sólo rige los procesos judiciales iniciados en virtud de una demanda presentada después de su vigencia: "... las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior."¹¹⁴

¹¹³ "Art. 624. Modifíquese el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual quedará así:

"Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

"Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones.

"La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad".

¹¹⁴ Artículo 308. *Régimen de transición y vigencia*. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

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



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

El efecto práctico de la anterior transición procesal se expresa en que: i) la demanda presentada *antes* de la vigencia del CPACA determina que el proceso que se inició continúa su trámite, hasta culminarlo, conforme al CCA, y ii) la demanda presentada en vigencia del CPACA avanzará, hasta culminar, conforme a las reglas del CPACA. En ambas hipótesis, tanto la primera como la segunda instancia se rigen, integralmente, por el estatuto procesal con que inició el trámite; pero esto no aplica a los *recursos extraordinarios* que se promuevan contra la sentencia dictada en el proceso ordinario, porque son distintos, es decir, no son una parte o instancia más del proceso sobre el cual se ejerce la nueva acción.

También es un efecto propio del sistema de transición que acogió el art. 308, que durante muchos años la jurisdicción de lo contencioso administrativo aplicará, en forma paralela y con la misma intensidad, dos sistemas procesales: el escritural y el oral; aquél regirá hasta que se extingan todos los procesos iniciados conforme al CCA., y éste regirá todo lo iniciado conforme al CPACA. En este contexto, las reglas del CCA no gobiernan ningún aspecto del CPACA, ni siquiera para llenar vacíos o lagunas; ni las del CPACA aplican al CCA, ni siquiera para un propósito similar.

Teniendo en cuenta la idea analizada, la Sala debe clarificar, de entre tantas instituciones que contienen los dos estatutos procesales comentados, de qué manera aplica la regulación de *intereses de mora* por el retardo en el pago de conciliaciones o sentencias de los procesos iniciados antes y después del CPACA. La pregunta cobra interés si se tiene en cuenta que el pasado 29 de

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



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

abril de 2014 la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado absolvió una inquietud del gobierno sobre esta temática –Concepto No. 2184-, concretamente del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. La Sala expresó que: i) entre el régimen de intereses de mora del CCA y el del CPACA hay diferencias sustanciales en relación con la tasa, ii) entre estos dos mismos regímenes hay diferencias importantes en el plazo para pagar, iii) la actuación por medio de la cual la entidad condenada realiza el pago depende del proceso o actuación judicial que le sirve de causa, iv) la tasa de mora que aplica a una condena no pagada oportunamente es la vigente al momento en que se incurre en ella, y v) la tasa de mora del CPACA aplica a las sentencias dictadas al interior de procesos judiciales iniciados conforme al CCA, siempre que la mora suceda en vigencia de aquél. En particular manifestó la Sala de Consulta:

“Así las cosas, la Sala concluye que el procedimiento o actuación que se adelante por las entidades estatales para pagar las condenas judiciales o conciliaciones previstas en el artículo 176 del Decreto Ley 01 de 1984 y ahora en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, no constituyen un procedimiento o actuación administrativa independiente o autónoma respecto al proceso o actuación judicial que dio lugar a su adopción, ni pueden en tal virtud tener un tratamiento separado de la causa real que las motiva.” –pág. 23-.

(...)

“La tasa de mora aplicable para créditos judicialmente reconocidos en sentencias condenatorias y conciliaciones debidamente aprobadas por la jurisdicción es la vigente al momento en que se incurre en mora en el pago de las obligaciones dinerarias derivadas de aquellas. En consecuencia, cuando una entidad estatal deba dar cumplimiento a una sentencia proferida o conciliación aprobada con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 (julio 2 de 2012), pero cuya demanda fue interpuesta con anterioridad a esta, debe liquidar el pago con intereses moratorios de acuerdo con las disposiciones de la Ley 1437 de 2011. Igualmente, si el incumplimiento de la referida obligación se inicia antes del



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

tránsito de legislación y se prolonga durante la vigencia de la nueva ley, la pena, esto es, el pago de intereses moratorios, deberá imponerse y liquidarse por separado lo correspondiente a una y otra ley.” –pág 31-

La Sección Tercera, Subsección C, difiere de estas conclusiones y considera que el art. 308 rige plenamente esta situación –la del pago de intereses de mora de sentencias dictadas al amparo del proceso que regula el CCA-, de allí que los procesos cuya demanda se presentó antes de que entrara en vigencia el CPACA incorporan el art. 177 del CCA., como norma que regula el pago de intereses, en caso de retardo en el pago por parte del condenado; mientras que los procesos cuya demanda se presentó después de la entrada en vigencia del CPACA incorporan como norma que regula el pago de intereses, en caso de retardo en el pago de la sentencia por parte del condenado, el art. 195 del CPACA. Las razones que justifican este criterio son las siguientes:

En *primer lugar*, el art. 308 es categórico en prescribir que TODO el régimen que contempla el CPACA -incluye el pago de intereses de mora sobre las condenas impuestas por esta jurisdicción (arts. 192 y 195)- aplica a los procesos iniciados a partir de su entrada en vigencia; de manera que la tasa de interés de mora que aplica a las sentencias no pagadas oportunamente, proferidas en procesos iniciados antes del CPACA -es decir, tramitados conforme al CCA-, es la prevista en el art. 177 del CCA.

El espíritu o sentido de la norma de transición es claro: las disposiciones del CPACA –que incluyen la regulación de los intereses de mora- rigen los procesos nuevos, lo que comprende la sentencia y sus efectos; en cambio, las normas del CCA rigen los procesos anteriores, lo que también incluye la sentencia y sus efectos. Por tanto, si el régimen de intereses de mora es diferencial en ambos estatutos, así mismo se aplicarán según la normativa que rigió el proceso.



29.979
Rogelio Aguirre López y otros

En *segundo lugar*, no es prudente combinar o mezclar los regímenes de intereses –lo que sucedería cuando el pago de una sentencia dictada en un proceso regido por el CCA termina cubierta por la norma de intereses del CPACA-, porque esta mixtura no hace parte de la filosofía con que el art. 308 separó las dos normativas. El tema es más simple de enfocar, independientemente de los efectos positivos o negativos que tenga para el deudor que incurre en mora de pagar una sentencia o una conciliación: el nuevo código rige los procesos -incluida la sentencia y sus efectos- cuya demanda se presentó en su vigencia, código que incluye la norma sobre intereses de mora, es decir, la tasa y el tiempo para pagar –art. 195-; y el CCA rige los procesos -incluida la sentencia y sus efectos- cuya demanda se presentó antes de la vigencia del CPACA, código que incluye la norma sobre intereses de mora, es decir, la tasa y el tiempo para pagar –art. 177-.

En *tercer lugar*, el criterio más importante que marca la diferencia entre la Sala de Consulta y esta Subsección de la Sección Tercera, consiste en el reconocimiento que una y otra hace o no de la regla especial de transición procesal que contempla el art. 308. Mientras la Sala de Consulta, para desestimar la aplicación del art. 308, advierte que el art. 38.2 de la Ley 153 de 1887¹¹⁵ rige esta problemática, pese a que regula un asunto contractual pero añade que aplica al pago de condenas; esta Sección considera que existiendo

¹¹⁵ “Art. 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

“Exceptúanse de esta disposición:

“1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y

“2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.”



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

norma especial –el art. 308- es innecesario buscar la solución en las reglas generales.

En este sentido, se considera que las reglas previstas en el art. 38 de la Ley 153 no son absolutas, es decir, no rigen indefectiblemente, porque se trata de una ley ordinaria como cualquiera otra –sin desconocer la importancia de su contenido- que bien puede ser excepcionada por el legislador a través de otra ley, como sucedió en este caso. Entonces, la posición de la Sala de Consulta consiste en creer que por el hecho de que la Ley 153 disponga lo que enseña el art. 38.2 entonces esa regla se aplica siempre, como si sobre la misma materia una ley posterior y/o especial no pudiera disponer lo contrario.

No debe olvidarse que la Ley 153 es una Ley; no una norma constitucional ante la cual deban rendirse las demás leyes, como para creer que lo que disponga no pueda luego contrariarlo otra ley. Esto no se comparte, porque si el legislador quisiera variar alguna de las reglas que contiene, de manera general o para un sector concreto, le bastaría hacerlo, como efectivamente lo hizo el CPACA con la transición procesal que creó, y de hecho comprendió muchos temas, entre ellos modificó el sentido que ofrece el art. 40 citado antes.

En conclusión, el art. 308 del CPACA regía este tema, y conforme a él se debe resolver la cuestión. En los términos expresados, Sala concluye que:

i) Los procesos cuya demanda se presentó *antes* de la vigencia del CPACA y cuya sentencia también se dictó *antes*, causan intereses de mora, en caso de retardo en el pago, conforme al art. 177 del CCA, de manera que la entrada en vigencia del CPACA no altera esta circunstancia, por disposición del art. 308.



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

ii) Los procesos cuya demanda se presentó *antes* de la vigencia del CPACA y cuya sentencia se dicta *después*, causan intereses de mora, en caso de retardo en el pago, conforme al art. 177 del CCA, y la entrada en vigencia del CPACA no altera esta circunstancia, por disposición expresa del art. 308 de este.

iii) Los procesos cuya demanda se presentó en vigencia del CPACA, y desde luego la sentencia se dicta conforme al mismo, causan intereses de mora conforme al art. 195 del CPACA.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia del 7 de septiembre de 2001, proferida por la Sala Segunda Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, y en su lugar se decide:

PRIMERO: DECLÁRASE administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, Departamento Administrativo de Seguridad- DAS- y Fiscalía General de la Nación-, por los hechos ocurridos el 6 de octubre de 1994, en los que se produjo la muerte de dos mujeres entre ellas la señora Maria Antonia Castaño Galvis.

SEGUNDO: CONDÉNASE a la Nación –Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, Departamento Administrativo de Seguridad – DAS- y Fiscalía General



29.979
Rogelio Aguirre López y otros

de la Nación- a reconocer y pagar, por concepto de perjuicios morales las sumas de dinero que se expresan a continuación:

Rogelio Aguirre López	200 SMMLV
Yesenia Aguirre Castaño	200 SMMLV
Roel Aguirre Castaño	200 SMMLV
Andrés Aguirre Castaño	200 SMMLV
Maricela Aguirre Castaño	200 SMMLV
Nancy Aguirre Castaño	200 SMMLV
Olga Aguirre Castaño	200 SMMLV
María Virgelina Galvis Sánchez	200 SMMLV
Nicolás Castaño Galvis	100 SMMLV
Marina Castaño Galvis	100 SMMLV
Luis Alfonso Castaño Galvis	100 SMMLV
Luz Mila Castaño Galvis	100 SMMLV
Blanca Miriam Castaño Galvis	100 SMMLV
Martha Jaramillo Galvis	100 SMMLV

TERCERO: CONDÉNASE a la Nación –Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, Departamento Administrativo de Seguridad- DAS- y Fiscalía General de la Nación-, a pagar las siguientes sumas de dinero por concepto de daños materiales en la modalidad de lucro cesante a favor de: i) Rogelio Aguirre López, la suma de ciento sesenta y dos millones trescientos siete mil ochocientos veintiséis pesos m/cte **\$162’307.826**; ii) Yesenia Aguirre Castaño, el valor de veintisiete millones novecientos treinta y un mil setenta y nueve pesos m/cte **\$27’931.079** iii) Roel Aguirre Castaño, la suma de catorce



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

millones novecientos cuatro mil ochocientos noventa y seis pesos m/cte **\$14'904.896**, iv) Andrés Aguirre Castaño, la suma de nueve millones quinientos noventa y seis mil pesos m/cte **\$9'596.000**, v) Maricela Aguirre Castaño, la suma de siete millones cuarenta y siete mil setecientos cuatro pesos m/cte **\$7'047.704**, vi) Nancy Aguirre Castaño, la suma de dos millones setecientos ochenta y ocho mil seiscientos sesenta y dos pesos m/cte **\$2'788.662** y vii) Olga Aguirre Castaño, la suma de quinientos cuarenta y siete mil quinientos trece pesos m/cte **\$547.513**

CUARTO: CONDÉNASE a la Nación –Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, Departamento Administrativo de Seguridad – DAS- y Fiscalía General de la Nación- a reconocer y pagar, por concepto de perjuicios por la vulneración de bienes constitucionales, el derecho a la familia, el equivalente de 100 SMLMV a favor del señor Rogelio Aguirre López.

QUINTO: Condénase a la Nación Nación –Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, Departamento Administrativo de Seguridad – DAS- y Fiscalía General de la Nación-, a la reparación de la violación de los derechos humanos de Rogelio Aguirre López, Marisela, Andrés, Roel, Yesenia, Nancy, Olga y Carolina Aguirre Castaño y María Virgelina Galvis Sánchez, así como de Nicolás, Marina, Luis Alfonso, Luz Mila, Blanca Miriam Castaño Galvis y Martha Jaramillo Galvis, para lo cual, de conformidad con la parte motiva de esta providencia, deberá adoptar las siguientes medidas:

i) Se dispondrá oficiar a la Fiscalía General de la Nación, para que, sin perjuicio de su autonomía institucional, inicie las respectivas investigaciones dirigidas a esclarecer la responsabilidad penal y los demás presuntos responsables de los hechos ocurridos el 6 de octubre de 1994, puesto que se trata de una violación de derechos humanos.

De abrirse investigación, los familiares de las víctimas deberán ser citados al proceso, con el fin de que tengan pleno conocimiento sobre la



29.979

Rogelio Aguirre López y otros

verdad de los hechos ocurridos en la fecha del homicidio de su esposa, madre, hija y hermana María Antonia Castaño Galvis, y los demás responsables de la acción criminal que terminó con su vida.

ii) La presente sentencia será publicada, en un lugar visible, en las instalaciones de la Cuarta Brigada del Ejército en la ciudad de Medellín, así como en el bunker de la Fiscalía en la misma ciudad, localizado en la glorieta de punto cero.

iii) Con cargo al presupuesto de las entidades condenadas, se realizará un convenio interadministrativo con las facultades de sociología, psicología e historia de la Universidad Nacional de Colombia -sedes Bogotá y Medellín-, en el cual se dispondrá la realización de un completo estudio psicosocial a cargo de un grupo interdisciplinario que deberá determinar la incidencia y repercusión de los hechos ocurridos el 6 de octubre de 1994 en la familia de la señora María Antonia Castaño Galvis, a partir de su homicidio. En dicho estudio, además, se dará cuenta de las secuelas que el desaparecimiento prematuro de la señora Castaño Galvis provocó en cada uno de sus familiares y se dejará constancia testimonial y argumental.

iv) De la presente sentencia, junto al estudio psicosocial realizado, se ordenará al Centro de Memoria Histórica, mediante su Programa de Derechos Humanos y Memoria Histórica –así como al Archivo General de la Nación-, su preservación y la custodia y conservación de su archivo, en aras de que hagan parte y fortalezcan el patrimonio documental histórico de la Nación y la memoria consciente de la violencia del Estado que, en medio del conflicto interno, le permitió la comisión de abusos a su Fuerza Pública, en detrimento de las víctimas que se encontraba llamada a proteger, reforzando así la memoria colectiva de los asociados. Una generación es solo un hito en la dinámica y evolución de la sociedad, y su memoria tiene el mismo curso; y gracias a esta medida, el recuerdo de este fatal suceso quedará grabado en el tiempo, convirtiéndose este legado en la muestra de la esquizofrenia de las armas, el poder y la sinrazón, cuya conservación en el alma colectiva, puede ser el mejor aporte para no repetirlo jamás.

SEXTO: Sin condena en costas.

SÉPTIMO: HÁGASE entrega de las copias al apoderado que ha venido actuando en representación de la parte demandante, de conformidad con lo consagrado por el artículo 115 del C.P.C.



29.979
Rogelio Aguirre López y otros

OCTAVO: DÉSELE cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

En firme este fallo, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente de la Sala

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado