

FALTA DE LEGITIMACION EN AL CAUSA POR ACTIVA – De padres, hermana y abuelo de Infante víctima que resultó muerto en ataque guerrillero

Respecto del infante Jaime García Vélez, quien resultó muerto se presentaron a reclamar los padres, una hermana y la abuela, pero no obran en el proceso, los registros civiles de Jenny García Vélez (hermana) ni de María Odilia Clavijo (abuela) los cuales son indispensables para acreditar la condición en que dicen actuar en el proceso, puesto que el estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad y a partir de la entrada en vigencia del Decreto 1260 de 1970 la única prueba válida para acreditar la filiación es el registro civil de nacimiento ya que conforme al artículo 105, los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938, se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos.(...) al no poderse acreditar debidamente el vínculo existente entre las señoras María Odilia Clavijo y Jenny García Vélez, se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de las mismas ya que no probaron la condición en que concurren al proceso.

CERTIFICADO CIVIL – Acredita parentesco / CERTIFICADO CIVIL – Prueba suficiente que acredita parentesco cuando consten nombres de los progenitores del inscrito

Cuando se expide un certificado de registro civil de nacimiento y en él consten los nombres de los progenitores del inscrito, dicho documento constituirá prueba suficiente para acreditar el parentesco de consanguinidad existente entre éste y aquéllos y no puede el juez exigir pruebas adicionales para establecerlo, teniendo en cuenta la solemnidad prevista por la ley.

FALLA DEL SERVICIO MIEMBROS ARMANADA NACIONAL - Insuficiente armamento y munición para enfrentamiento contra guerrilla y base militar improvisada en Escuela en Curedó Choco, causó la muerte de miembro de Infantería.

Algunos miembros de la Infantería de Marina que se encontraban en el caserío Coredó, en el Municipio de Juradó (Chocó) fueron atacados sorpresivamente por un grupo de aproximadamente 300 guerrilleros, los Infantes resistieron el ataque durante unas horas pero finalmente fueron sometidos por la guerrilla; el combate dejó 3 muertos, 8 heridos y 10 Infantes fueron secuestrados (...) se probó en el proceso a través de las declaraciones de quienes participaron en los hechos que el armamento y la munición con que contaban los uniformados para repeler el ataque era insuficiente y algunos elementos estaban en mal estado, tal como el radio de comunicaciones que para usarla debían buscar un sitio alto y las pilas no le servían. Debe resaltarse que los testimonios vertidos son contestes en afirmar la precariedad que padecían en este aspecto y señalan con precisión cuáles eran las deficiencias que tenían las armas que les asignaron para el cumplimiento de sus funciones. (...) se desprende que el grupo de infantes se desplazó desde la base de Juradó y al llegar a la vereda Coredó se instalaron en una escuela abandonada que no contaba con ninguna medida de seguridad y tampoco fueron implementadas por parte de la tropa

PRUEBA – Valor probatorio – Recortes de periódico / VALOR PROBATORIO – Recortes de periódico no acredita veracidad de los hechos

Respecto de la valoración de los recortes de periódico allegados, donde se publicaron las noticias relacionadas con los hechos debe precisarse que dichas informaciones difundidas en medios escritos, verbales, o televisivos, no dan fe de

la ocurrencia de los hechos en ellos contenidos, sino simplemente, de la existencia de la noticia o de la información de manera que puede apreciarse como prueba documental pero no es suficiente para acreditar la veracidad de su contenido, sin embargo, podrán en situaciones excepcionales, de acuerdo a la naturaleza y particularidad de las mismas, constituir un elemento de análisis. (...) sólo habrá de mencionarse que en la prensa se registró el ataque perpetrado al sitio denominado Coredó, en el cual fue atacado un batallón de infantes de marina y resultaron muertos tres oficiales, varios heridos y los que salieron ilesos fueron secuestrados información que fue corroborada en el proceso con los testimonios rendidos por quienes participaron en los hechos.

PRUEBA DOCUMENTAL – Acta de levantamiento de cadáver no reemplaza registro civil de defunción

No puede aceptarse lo argumentado por el impugnante sobre el que las muertes violentas sólo pueden probarse con el acta de levantamiento del cadáver o la necropsia correspondiente, ya que estos documentos darán cuenta de las causas que dieron lugar a ella o de las circunstancias que condujeron a tal situación, pero no reemplazan el registro civil de defunción y la solemnidad que la ley le ha atribuido a esta prueba.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ATAQUE GUERRILLERO – Incursión guerrillera / INCURSION GUERRILLERA – No exime de responsabilidad al Estado por hechos de un tercero

En efecto, tanto la fuerza mayor, como el hecho de un tercero, y la culpa exclusiva de la víctima tienen la capacidad de excluir la posibilidad de atribuir responsabilidad a la entidad, de manera que sus efectos no pueden ser parciales, pero en tratándose de eventos en los cuales la víctima participa en la ocurrencia del daño, pero no es determinante para su producción, la ley señala que también debe compartir la responsabilidad de manera proporcional. (...) De la valoración conjunta de las pocas pruebas que fueron arrimadas al plenario se puede concluir que se trató de una incursión guerrillera, de modo que los hechos fueron causados por terceros, pero ello no excluye la responsabilidad de la entidad, ya que se acreditó la existencia de una falla en el servicio, consistente en someter a los infantes a enfrentar una situación de peligro, prácticamente en circunstancias de indefensión por el mal estado en que se encontraban las armas que tenían a su cargo y también porque a pesar de las advertencias sobre la posible ocurrencia de los hechos, nada se hizo para prevenir el ataque o para apoyarlos durante el desarrollo del mismo. En efecto, a pesar del hecho de un tercero, lo determinante en la producción del daño fueron las omisiones del Estado al no adoptar las medidas razonables para prevenir el ataque, lo cual no era imposible si se tiene en cuenta que habían sido advertidos antes de llegar a la vereda y también durante su estadía en el sitio y las omisiones respecto del deber de protección de la vida e integridad de los infantes. (...) el análisis de las pruebas allegadas al proceso no permite tener por probada la causal de exoneración, carga que estaba radicada en cabeza de la entidad puesto que ella la alegó, mientras que sí se acreditó la existencia de una falla del servicio de modo que lo determinante en la producción del daño fueron las omisiones del Estado, de lo cual se concluye que la causal exonerativa no está llamada a prosperar.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá D.C. veintinueve (29) de febrero de dos mil doce (2012)

Radicación número: 27001-23-31-000-1999-00684-01(20858)

Actor: JAIME GARCIA LOPEZ Y OTROS

Demandado: LA NACION- MINDEFENSA – ARMADA NACIONAL

Referencia: REPARACION DIRECTA

Resuelve la Sub-Sección el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión con sede en Medellín, el 30 de enero de 2001, por medio de la cual se accedió a las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El día 13 de enero de 1999, los señores Jaime García López, en representación propia y de la menor Jenny García, Gloria María Vélez, Maria Odilia Clavijo, Jhon Jairo y Sonia Chantré González, Jose Pastor Chantré, Tereza González en representación propia y de los menores Jorge Armando, Leydy Viviana y Jose Leonardo Chantré González, a través de apoderado en ejercicio de la acción de reparación directa presentaron demanda contra La Nación Colombiana, Ministerio de Defensa Nacional, Armada Nacional, por la muerte del cabo segundo (póstumo) Jaime García Vélez y las lesiones personales sufridas por el Infante de Marina, John Jairo Chantré González, en hechos ocurridos el día 16 de enero de 1997, en el sitio conocido como Curedó, jurisdicción del Municipio de Juradó, Chocó cuando un grupo guerrillero, pertenecientes a las FARC, asaltó el campamento donde acampaban los infantes, matando a 3 cabos, hiriendo a 8 soldados y secuestrando a otros 10 días agentes pertenecientes al Batallón de Fusileros No. 6 de Infantería de Marina.

1.1. Pretensiones

1.1.1. Declárese a la NACIÓN, MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, ARMADA NACIONAL administrativamente responsables de todos los daños y perjuicios, materiales y morales causados a los demandantes, con la muerte del Cabo Segundo JAIME GARCÍA VÉLEZ, y las lesiones personales sufridas por el Infante de Marina, JHON JAIRO CHANTRÉ G.

1.1.2. Como consecuencia de la anterior declaración se condene a la entidad al pago de perjuicios morales en cuantía de 2000 gramos oro para cada uno de los padres, hermana y abuela del joven Jaime García Vélez

1.1.3. Que se condene a la entidad al pago de los perjuicios morales en cuantía de 2000 gramos oro para los padres y hermanos del Infante lesionado, John Jairo Chantre González.

1.1.4. Que se condene al pago de perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante a los padres del joven Jaime García Clavijo por la supresión de la ayuda económica que recibían de su hijo, para lo cual se tendrá en cuenta que era soltero y al momento de su baja recibía un salario de \$ 408.877.

1.1.5. Que se condene al pago de perjuicios materiales a favor de Jhon Jairo Chantre González, en su modalidad de lucro cesante por lo dejado de percibir según la merma laboral sufrida y daño emergente consistente en el valor que deba pagarse por la operación a que debe someterse y las terapias que requiera en su pie izquierdo

A falta de bases suficientes para la fijación o liquidación matemático-actuarial de los perjuicios materiales en cada una de las anteriores pretensiones, el H. Tribunal los determinará por razones de equidad, en el equivalente en pesos a la fecha de ejecutoria de la sentencia de cuatro mil gramos oro (4000), de conformidad con lo

reglamentado por los artículos 4º y 8º de la Ley 153 de 1887, así como el artículo 107 del Código Penal.

1.1.6. Condenar a la entidad demandada a pagar a John Jairo Chantré González el equivalente a 2000 gramos de oro fino por concepto de perjuicios fisiológicos, por la pérdida de los placeres vitales que otorga la plena integridad personal a la víctima.

1.1.7. Las sumas otorgadas generaran intereses desde la fecha de ejecutoria de la sentencia.

1.1.8. Los demandados darán cumplimiento a la sentencia dentro de los 30 días siguientes a la fecha de ejecutoria, conforme con lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

1.2. Hechos

Los hechos pueden ser resumidos de la siguiente manera:

1.2.1 Los infantes de Marina JAIME GARCÍA VÉLEZ y JHON JAIRO CHANTRÉ GONZÁLEZ, prestaban su servicio militar en la Armada Nacional Colombiana, en la Base Militar de Juradó Chocó, Batallón de Fusileros No. 6 de la Infantería de Marina.

1.2.2. El día 16 de enero de 1997, una patrulla conformada por 3 suboficiales y 18 Infantes de Marina, entre los que se cuales estaban JAIME GARCÍA VÉLEZ y JHON JAIRO CHANTRÉ GONZÁLEZ, se encontraba en un puesto militar improvisado en el caserío conocido como Coredó al sur de Juradó Chocó.

1.2.3. La patrulla había salido de la Base de Juradó, 15 días antes, comandada por el Sargento Heredia, quien ordenó a los Infantes equiparse, porque había llegado información sobre la presencia de guerrilleros entre los sitios de Coredó y Curiche; salieron de la Base y llegaron en primer lugar al sitio conocido como El Roto, donde estuvieron cerca de 9 días, y luego se instalaron en Coredó, en dos casas abandonadas que antes sirvieron de escuela. En ese lugar permanecieron 5 días.

1.2.4. En la madrugada del día 16 de enero de 1997, alrededor de las 5.30 de la mañana fueron atacados sorpresivamente por un grupo de aproximadamente 300 guerrilleros pertenecientes al frente 57 de las FARC; los Infantes se defendieron como pudieron hasta las 10 de la mañana cuando fueron sometidos por la guerrilla; el combate dejó tres muertos 8 heridos y 10 Infantes fueron secuestrados.

1.2.5. El armamento que portaban los militares estaba conformado por dos ametralladores, a saber una M60 en mal estado pues se tenía que amarrar con un alambre, una ametralladora M79 cuyo estado de funcionamiento se ignoraba, ya que ninguno de los Infantes sabía manejarla, y un fusil por persona de aquellos denominados M-14, fusiles vetustos y en mal estado de funcionamiento ya que cuando disparaban se trababan. La radio, no era de largo alcance y le faltaban las pilas. No tenían ni granadas ni morteros.

1.2.6. Los infantes no tenían entrenamiento de contraguerrilla, pues hacía muy poco tiempo que habían llegado de la base Militar de Tumaco, donde se les había impartido instrucción para labores muy diferentes tales como escribiente, radio comunicadores, chofer, cocina, oficina, etc.

1.2.7. Al instalarse en el puesto improvisado, los superiores de los infantes, omitieron tomar medidas de seguridad, ignoraron hasta lo más simple en cuestión de seguridad como era el registro de zona. Además expusieron a los Infantes imprudentemente, permaneciendo 5 días en el área conocida como zona roja, ignorando las peticiones de los infantes de abandonar la zona, dado que era voz populi la presencia de la guerrilla, por lo cual puede decirse que falló la inteligencia

militar, hubo imprevisión en las medidas de seguridad y defensivas, faltó preparación militar, y carecían de armamento idóneo para hacer frente a la guerrilla, de donde se infiere la protuberante falla del servicio por la cual debe responder la entidad demandada.

1.2.8. Jaime García Vélez recibió el grado póstumo de Sargento Segundo de la Armada Nacional con un salario mensual de \$404.877 incluidas primas legales.

1.2.9. Con la muerte del infante de marina, sus padres han sufrido los perjuicios materiales que se reclaman, y también han resultado emocional y moralmente lesionados, por el dolor que les causó y aún les causa la muerte de este ser querido, en circunstancias tan dolorosas que conmovieron al país entero.

1.2.10. Durante el combate, Jhon Jairo Chantré González, recibió un tiro en el pie izquierdo, y sólo fue auxiliado a las 3 de la tarde cuando fue transportado hasta Bahía Solano y al día siguiente al Hospital de Cartagena donde fue operado. Allí permaneció hospitalizado hasta el 6 de marzo de 1998 y se le ordenó terapia pero no se realizaron.

1.2.11. La lesión sufrida le dejó a Jhon Jairo Chantré González, secuelas graves, consistentes en deformidad física de carácter permanente, y una disminución de su capacidad laboral, además de que no puede practicar fútbol que era su deporte favorito, por lo cual se ha visto perjudicada su vida de relación y se encuentra impedido de realizar actividades placenteras.

2. Trámite procesal y contestación de la demanda

La demanda fue admitida mediante auto del 29 de enero de 1999, en el cual se ordenó notificar a las partes y fijar en lista (fls. 42 a 43).

La Nación - Ministerio de Defensa contestó la demanda el 17 de febrero de 1999, en escrito mediante el cual se opuso a las pretensiones de la demanda, por cuanto existió un hecho de un tercero, en este caso la guerrilla y además lo ocurrido

constituye un riesgo propio del servicio militar, que no era obligatorio sino voluntario, es decir que eran soldados profesionales entrenados en operaciones contraguerrillas y adujo también que las sumas solicitadas como indemnización eran exageradas (fls. 45 a 46).

Mediante providencia del 18 de marzo de 1999 el Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó decretó pruebas (fls. 47 a 48).

El 9 de agosto de 1999, se celebró audiencia de conciliación, la cual se declaró fracasada porque a la demandada no le asistía ánimo conciliatorio y con auto del 12 de agosto de 1999 se dispuso correr traslado para alegar de conclusión (fls. 69 y 87).

La parte demandada describió el traslado para alegar de conclusión, en el que reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda acerca de la calidad de infantes voluntarios, debidamente capacitados, por lo cual esta situación es la materialización de un riesgo que asumieron al incorporarse a las filas. Sobre el mal funcionamiento de las armas manifestó que ello no se probó en el proceso y además los soldados son enviados a la guerra con los elementos que el Estado tiene para ello ya no puede exigírseles cosas imposibles (fls. 71 a 75).

3. La providencia de primera instancia

El Tribunal Contencioso Administrativo de Descongestión con sede en Medellín profirió sentencia en la que accedió a las pretensiones de la demanda por considerar que el hecho se dio al verse sometidos los infantes a un riesgo excepcional, ya que no contaban con armamento adecuado y no se tomaron por parte de los comandantes las mínimas precauciones para evitar los hechos.

En cuanto a la responsabilidad del Estado, manifestó el fallador de primera instancia que: “teniendo en cuenta que también el hecho de un tercero influyó en el resultado no de manera definitiva como lo pide la parte demandada, se reducirá el monto de la indemnización a pagar a los demandantes en un 20%”.

En consecuencia se reconocieron perjuicios morales en cuantía de 800 gramos oro para cada uno de los padres, 400 gramos oro para la hermana y 500 gramos oro para la abuela del fallecido Jaime García Vélez.

En relación con el infante Chartre González que sufrió lesión en su pie, se le reconocieron 400 gramos oro, a sus padres 200 gramos oro para cada uno de ellos y 100 gramos oro para cada uno de los hermanos

Se negaron los perjuicios fisiológicos y los materiales solicitados por el infante lesionado por cuanto no se probaron los mismos, ya que no se demostró la merma de la capacidad laboral. De igual forma se negaron los perjuicios materiales solicitados por los familiares de Jaime García Vélez, porque no se acreditó que colaboraba a sus padres en la manutención o que estuvieran inhabilitados para trabajar, además de tener otros hijos (fls. 79 a 101).

4. Recurso de apelación

La parte demandada, presentó recurso de apelación el 15 de marzo de 2001 y lo sustentó el 24 de agosto de 2001, en el cual adujo que de acuerdo con las pocas pruebas obrantes en el proceso, se puede concluir que se presentó el hecho exclusivo de un tercero y en su defecto, que se trató de un riesgo propio del servicio.

En relación con las pruebas señala que existieron falencias probatorias en el subjuice teniendo en cuenta que la carga de la misma le correspondía al demandante, pero la sentencia fue edificada únicamente sobre la prueba testimonial que no es imparcial por la amistad y solidaridad de sus excompañeros de filas y que mintieron respecto de su capacitación en contraguerrilla y se echan de menos todos los documentos relacionados con los hechos que no se trajeron al proceso, pero si se le dio valor probatorio a recortes de prensa.

Aduce que en ninguno de los dos casos se probó el daño, porque no se aportó acta de levantamiento de cadáver, la diligencia de necropsia y el registro de defunción y tampoco se allegó dictamen médico o historia clínica que de cuenta de la lesión sufrida por el otro demandante.

Finalmente rechaza lo relacionado con la disminución en la indemnización por haberse presentado el hecho de un tercero, ya que se trata de una causal eximente de responsabilidad que no admite división.

El recurso se admitió con auto del 20 de septiembre de 2001 y el 16 de noviembre del mismo año se dispuso correr traslado para alegar de conclusión (fls 121 y 123).

La parte actora hizo uso del traslado, reiterando los argumentos expuestos en la demanda y solicitó el reconocimiento de los perjuicios que fueron negados a los demandados (fls. 124 a 130).

La parte demandada también recorrió el traslado reiterando lo expuesto en la apelación (fls. 134 a 141).

El Ministerio Público emitió concepto en el cual solicitó que se confirmara el fallo de primera instancia, por cuanto la falla del servicio se comprobó con las declaraciones de los soldados integrantes de la patrulla atacada quienes dieron cuenta del lamentable estado del armamento circunstancias que excluyen la aplicación de la teoría de que estos eran riesgos propios del servicio sino que es demostrativo de la omisión de la entidad (fls. 142 a 148).

II. CONSIDERACIONES

La Sala es competente para conocer de este proceso de reparación directa, de conformidad con lo establecido en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 del Consejo de Estado, para decidir el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la sentencia proferida el 30 de enero de 2001, por el Tribunal Administrativo, Sala de Descongestión con Sede en Medellín.

El artículo 90 constitucional dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Esta norma, que se erige como el punto de partida en la estructura de la responsabilidad Estatal en Colombia, hunde sus raíces en los pilares fundamentales de la conformación del Estado Colombiano, contenidos en el artículo 1 superior, a saber, la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

La responsabilidad del Estado se hace patente cuando se configura un daño, el cual deriva su calificación de antijurídico atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el daño, tal como ha sido definido por la jurisprudencia de esta Corporación¹.

Verificada la ocurrencia de un daño, surge el deber de indemnizarlo plenamente, con el fin de hacer efectivo el principio de igualdad ante las cargas públicas, resarcimiento que debe ser proporcional al daño sufrido.

Los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño antijurídico y su imputación a la administración entendiendo por tal, el componente que *“permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado. En la responsabilidad del Estado, la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos. Una vez se define que se está frente a una obligación que incumbe al Estado, se determina el título en razón del cual se atribuye el daño causado por el agente a la entidad a la cual pertenece, esto es, se define el factor de atribución (la falla del servicio, el riesgo creado, la igualdad*

¹ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 13 de agosto de 2008; Exp. 17042; C.P. Enrique Gil Botero.

de las personas frente a las cargas públicas). Atribuir el daño causado por un agente al servicio del Estado significa que éste se hace responsable de su reparación, pero esta atribución sólo es posible cuando el daño ha tenido vínculo con el servicio. Es decir, que las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público”.²

1. La legitimación en la causa por activa

Ab initio se abordará el tema de la legitimación en la causa por activa, como quiera que ésta constituye un presupuesto procesal para obtener decisión de fondo. Respecto de la cual se ha dicho que *“La legitimación material en la causa activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado”*³

Debe advertirse que la legitimación material en la causa, se relaciona con la participación real de las personas en el hecho que da origen a la interposición de la demanda, de modo que no tiene la capacidad de enervar las pretensiones, en tratándose de la legitimación en la causa por activa debe señalarse que ella se refiere a “en ser la persona que de conformidad con la ley sustancial está legitimada para que por sentencia de fondo o mérito se resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda, ...”⁴.

Es decir, que la legitimación en la causa por activa supone establecer que quien demanda tiene la titularidad para reclamar el interés jurídico que se debate en el proceso, que no la procedencia de las pretensiones incoadas de tal suerte que la legitimación en la causa no se identifica con la titularidad del derecho sustancial, sino con ser la persona que por activa o por pasiva es la llamada a discutir la misma en el proceso.

² Consejo de Estado; Sección Tercera; sentencia del 16 de septiembre de 1999; Exp.10922 C.P. Ricardo Hoyos Duque.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre de 2001, exp. 10973, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

⁴ DEVIS ECHANDIA, Hernando; “Teoría General del Proceso”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2004, pág. 260.

Ahora bien, respecto del infante Jaime García Vélez, quien resultó muerto se presentaron a reclamar los padres, una hermana y la abuela, pero no obran en el proceso, los registros civiles de Jenny García Vélez (hermana) ni de María Odilia Clavijo (abuela) los cuales son indispensables para acreditar la condición en que dicen actuar en el proceso, puesto que el estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad y a partir de la entrada en vigencia del Decreto 1260 de 1970 la única prueba válida para acreditar la filiación es el registro civil de nacimiento ya que conforme al artículo 105, los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938, se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos.

De este modo, al no poderse acreditar debidamente el vínculo existente entre las señoras María Odilia Clavijo y Jenny García Vélez, se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de las mismas ya que no probaron la condición en que concurren al proceso.

En cuanto a los señores José Pastor Chantré y Tereza González de quienes tampoco se allegó registro civil sino documento de identidad, se considera que dicho requisito se satisface con su identificación, a través de la copia autenticada de sus cédulas de ciudadanía y el registro civil de nacimiento de José Leonardo Chantré González, el cual da fe de que ellos son sus padres.

En efecto de acuerdo con las normas antes citadas, cuando se expide un certificado de registro civil de nacimiento y en él consten los nombres de los progenitores del inscrito, dicho documento constituirá prueba suficiente para acreditar el parentesco de consanguinidad existente entre éste y aquéllos y no puede el juez exigir pruebas adicionales para establecerlo, teniendo en cuenta la solemnidad prevista por la ley.

2. El caso concreto

El día El día 16 de enero de 1997, alrededor de las 5.30 de la mañana la patrulla que se encontraba en el caserío conocido como Coredó al sur de Juradó fue atacada por aproximadamente 300 guerrilleros, pertenecientes al frente 57 de las FARC, durante dicha incursión resultó muerto entre otros, el infante Jaime García Vélez y lesionado John Jairo Chantré González, al igual que varios de sus compañeros, además de haber sido secuestrados todos los que resultaron ilesos.

3. Las pruebas obrantes en el proceso.

3.1. Registros civiles de Gloria María Vélez y Jaime García Clavijo (padres) y del infante Jaime García Vélez (fls 22 a 24,).

3.2. Copia autenticada de la Resolución No. 00866 del 10 de marzo de 1998, mediante la cual se reconoce y ordena el pago de las prestaciones correspondientes al Cabo Segundo (póstumo) Jaime García Vélez, quien fue dado de baja el 16 de enero de 1997, por defunción (fls.25 a 27).

3.3. Registros civiles de José Leonardo, Sonia, John Jairo, Jorge Armando y Leydy Viviana Chantré González (fls.30 a 34).

3.4. Original de orden médica a nombre del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, Hospital Naval de Cartagena, con fecha marzo 6 de 1997, donde se consignó "pedir control ortopedia en 6 semanas" y aparece una firma ilegible (fl. 35).

3.5. Hoja manuscrita sin membrete, donde se consignan algunos datos del infante Chartré González y su evolución a manera de historia clínica y al final se anota el nombre "Elsa Guardo" (fl. 36).

3.6. Fotocopia de artículo periodístico publicado en el diario El Tiempo del 18 de enero de 1997, donde se da cuenta de la incursión guerrillera y las consecuencias de la misma y copia de la noticia publicada por el Diario "El País" de Cali, en la misma fecha (fls.37 a 40).

3.7. Registro de Defunción del infante Jaime García Vélez suscrito por el Notario Único de Juradó, Chocó, donde consta que el deceso ocurrió el 16 de enero de 1997, en el municipio de Juradó, el levantamiento fue efectuado por el Juzgado Promiscuo Municipal de Juradó y la causa de la muerte fue “heridas causadas con Arma de Fuego” (fl. 57).

3.8. Declaración de Rolando Delgado Lasso, quien estuvo en el ataque de la guerrilla y manifestó que la patrulla eran 21 soldados y tres suboficiales, un sargento y dos cabos segundos, fueron al caserío de Coredó a hacer presencia militar y se instalaron en una escuela abandonada porque no había otro sitio, afirmó que las autoridades sabían de la presencia de guerrilla en la zona y por eso el Comandante de apellido Heredia había recibido la orden de sacarlos de ahí pero no lo hizo. Sobre lo ocurrido el día del ataque, narró que la guerrilla los rodeó y les repetían que se entregaran pero ellos resistieron hasta que se acabó la munición. Acerca del armamento que tenían manifestó:

“El estado del armamento era muy malo, a uno se le salía la palanca de maniobra el cerrojo, no teníamos armamento sofisticado, era no más un fusil M-14 llamado mata patos, el armamento no era suficiente para repeler un ataque como el que nosotros vivimos, por lo que el fusil no nos servía para granadas y tampoco granadas de fusil no nos dieron, teníamos una sola M-60 y un lanza granadas. La M-60 la tuvimos que amarrar un alambre por que no le servía el retroceso de gases que se le salía el cerrojo, y del lanza granadas unas granadas no servían porque estaban mojadas” (fl. 46 y 47).

3.9. Declaración de Jhon Dolmar Cárdenas Caviedes que también participó en los hechos y afirmó que a su llegada se instalaron en una escuelita sin ninguna medida de seguridad y antes del ataque habían recibido informes de que debían abandonar el área pero los oficiales al mando dijeron que tenían que quedarse. Sobre el estado del armamento y el conocimiento acerca de un posible ataque declaró:

“El armamento de apoyo no estaba en buenas condiciones porque yo mismo fui una de las personas que le amarré con una (sic) alambre el conjunto disparador a la M-60 que era la única arma de apoyo, las granadas estaban húmedas, no estallaban, al lanza granadas le faltaba media cantonera, osea (sic) donde uno lo coje (sic) estaba partido, todo esto con conocimiento de que nos atacarían, a pesar (sic) de todo nos dijeron que nos atacarían en ese sitio, no se tuvo ninguna medida de protección por parte de los suboficiales, el mes anterior habían atacado la misma parte, nosotros le pedimos a los suboficiales evadir la zona por medidas de seguridad o refuerzo por armamento y nos fue respondida ninguna de las

propuestas, a pesar (sic) de que el general BONNET fue y visitó el puesto de CURADO (Choco), y se dio cuenta del armamento del puesto y nos dijo que los iba a cambiar por M-16 y a pesar (sic) de que nos encontramos en un sitio muy peligroso, muy poquitos hombres y sin ningún entrenamiento de contra guerrilla, únicamente con la instrucción del Bafín II de Tumaco, ...otra cosa la comunicación muy mala, un radio PRC en la estado con dos baterías, una de ellas partida, sin ninguna comunicación, no se podía comunicar muy bien por la batería que no estaba en perfectas condiciones, teníamos que ubicarnos en un sitio alto para poder ubicar la señal..." (fls. 48 y 49).

3.10. Testimonio rendido por Alexander Oliver Zape Sánchez, quien fuera secuestrado por la guerrilla durante seis meses y en su declaración coincidió con los otros deponentes en que no se tomaron medidas de precaución para su instalación en el sitio, ya que se comentaba desde antes que era posible un ataque de la guerrilla en la zona, cuando llegaron a área algunos habitantes le advirtieron al comandante pero hizo caso omiso de eso, luego recibieron un comunicado de que se retiraran porque serían atacados, en la noche se prepararon para abandonar y al día siguiente a las 5 a.m. fueron atacados, al ser preguntado sobre las instrucciones que se les dieron antes de llegar al sitio, manifestó:

"Lo básico guardar las medidas de seguridad y a todo momento hacerle frente al enemigo, teníamos como armamento un fusil M-14, por persona, una ametralladora M-60 para todos, y un M-69 con granadas para todo el grupo, todos se encontraban en mal estado puesto de que en una patrulla se debe utilizar por persona granadas de mano y de fusil y no las portábamos, conservábamos (sic) una mina CELIBOR, que en el lugar donde fuimos atacados no se encontraba instalada, se conservaba de cabeza (sic) de unos de los comandantes muertos en combate era el cabo segundo al mando de la patrulla VARGAS" (fls. 50 y 51).

3.11. Testimonio rendido por John Caicedo Bossa, en el cual manifestó que desde antes de ir a Coredó sabían que había peligro en el sitio, al llegar se instalaron en una escuela abandonada sin ninguna clase de seguridad, únicamente se contaba con los puestos asignados por el comandante para prestar guardia, no había trincheras ni nada, el radio estaba en mal estado y las baterías no servían. Afirmó también que no recibieron entrenamiento o instrucción en contra guerrilla, solo en manejo de armas y capacitación en labores administrativas. Sobre el armamento que poseían declaró:

"El fusil era un M-14 para cada soldado, y estaba mas de un fusil se encontraba en malas condiciones, igualmente la ametralladora M-60 que había una sola para toda la escuadra, un lanza granadas M-79, en malas condiciones, no nos dieron granadas porque estaban en mal estado, no nos las daban por que posiblemente esas granadas se nos explotaban en el cuerpo por que estaban en muy mal

estado, e inclusive cuando estábamos en el combate a mi se me trabó el fusil y a otro compañero también se le trabó y le tocó desarmarlo y tampoco le sirvió le toco cojer (sic) el fusil de otro compañero que estaba al lado” (fls. 52 y 53).

3.12. Testimonio del señor Walter Adolfo Cabrera, quien también hacía parte del grupo que fue atacado en el corregimiento de Coredó y corroboró lo afirmado por sus otros compañeros acerca de la existencia de rumores sobre la presencia de la guerrilla y la falta de seguridad en el sitio, ya que se trataba de una escuelita abandonada y no tenían trinchera, ni instalaron la única mina que tenían. Sobre las armas manifestó:

“... las características no teníamos dotación de armas las armas se encontraban en mal estado, la M-60 tenía el Conjutno (sic) disparador dañado, teníamos apenas una M-60 y un revólver M-79 para toda la patrulla, sin patrulla de apoyo, no encontrábamos descomunicados (sic) porque el radio no tenía batería, nos encontrábamos con un radio PRC, que no servía para la zona para poder encontrar la señal nos teníamos que subir a un árbol las pilas las teníamos que recargar con una planta pero a la planta se le acababa (sic) el ACPM o sea que el sistema de comunicación era malo, a nosotros dos o tres días antes de atacarnos el alcalde dijo que nos sacaran de allí porque habían unos hombres y habían otros hombres guerrilleros pues que se dirijían (sic) hacia ese sector, más el cabo no nos sacó, el cabo había recibido un mensaje anteriormente por radio para que nos sacara, teníamos comandantes inespertos (sic) en la zona, no conocían la zona, ello no hicieron ninguna labor de inteligencia en la zona por que eran inespertos (sic) no teníamos trincheras, ni habíamos colocado la boma CLEIMON, las granadas, la mayoría no servía en el combate llegaron a estallar 1 o 3 granadas, los fusiles la mayoría se encontraban en mal estado, nos dieron 120 proyectiles con 4 proveedor (sic) y cuatro CORRIJO, veinte en una chuspa, nosotros nos quejamos del armamento ante el general BONNET que fue a visitar la zona ...” (fls.54 y 55).

3.13. Declaraciones de Edilma Díaz Benavides, Rolando Benavides, Carlos Felipe Jácome López y Cleotilde Murillo Sánchez amigos y vecinos de la familia García Vélez quienes fueron contestes en afirmar que se trataba de una familia muy unida, conformada por los padres, la abuelita y los hermanos; Afirmaron que la muerte del joven causó un gran dolor a todos los miembros de la misma y que el joven ayudaba económicamente a la familia (fls. 57 a 61).

3.14. Declaraciones de Luz Marina Cardona Bedoya y José Leonidas García Gil, quienes manifestaron que conocían al infante John Jairo Chantré González y su familia y dieron cuenta de que éste se vinculó como infante de marina y fue lesionado en un pie. Declararon también acerca de las limitaciones que actualmente padece ya que no puede jugar fútbol que era lo que más le gustaba y que además sufrió perjuicios morales ya que quedó traumatizado. (fls. 65 a 66).

4. Lo probado en el proceso.

La Sala pone de presente que respecto de la valoración de los recortes de periódico allegados, donde se publicaron las noticias relacionadas con los hechos debe precisarse que dichas informaciones difundidas en medios escritos, verbales, o televisivos, no dan fe de la ocurrencia de los hechos en ellos contenidos, sino simplemente, de la existencia de la noticia o de la información de manera que puede apreciarse como prueba documental pero no es suficiente para acreditar la veracidad de su contenido,⁵ sin embargo, podrán en situaciones excepcionales, de acuerdo a la naturaleza y particularidad de las mismas, constituir un elemento de análisis.

En este caso particular, sólo habrá de mencionarse que en la prensa se registró el ataque perpetrado al sitio denominado Coredó, en el cual fue atacado un batallón de infantes de marina y resultaron muertos tres oficiales, varios heridos y los que salieron ilesos fueron secuestrados información que fue corroborada en el proceso con los testimonios rendidos por quienes participaron en los hechos.

Por otra parte, frente a lo argumentado por el apelante sobre la valoración de las pruebas, debe indicarse que en materia contenciosa rige la libertad probatoria y que los medios de prueba allegados al proceso deben ser valorados por el juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

De esta manera, se tienen como hechos probados en el presente proceso:

El día 16 de enero de 1997, alrededor de las 5.30 de la mañana, algunos miembros de la Infantería de Marina que se encontraban en el caserío Coredó, en el Municipio de Juradó (Chocó) fueron atacados sorpresivamente por un grupo de aproximadamente 300 guerrilleros, los Infantes resistieron el ataque durante unas horas pero finalmente fueron sometidos por la guerrilla; el combate dejó 3 muertos, 8 heridos y 10 Infantes fueron secuestrados.

Entre los muertos se contaba Jaime García Vélez quien recibió el grado de Cabo Segundo de manera póstuma y su muerte se acreditó plenamente con el registro civil de defunción allegado al proceso.

⁵ Sentencia de junio 10 de 2009, rad 18108.

En este punto resulta conveniente precisar, que tal como antes se manifestó, todos los actos relativos al estado civil de las personas (entre ellos la muerte) debe ser acreditada mediante el registro civil que es público así como también tienen tal carácter los certificados que se expidan con base en él.

De esta manera no puede aceptarse lo argumentado por el impugnante sobre el que las muertes violentas sólo pueden probarse con el acta de levantamiento del cadáver o la necropsia correspondiente, ya que estos documentos darán cuenta de las causas que dieron lugar a ella o de las circunstancias que condujeron a tal situación, pero no reemplazan el registro civil de defunción y la solemnidad que la ley le ha atribuido a esta prueba.

En el sub judice, en el registro de defunción se consignó que la causa de la muerte había sido “heridas causadas por arma de fuego” y las circunstancias que rodearon dicha muerte emergen de la valoración conjunta de los otros medios de prueba allegados al proceso, específicamente de los testimonios recibidos que dieron cuenta del ataque perpetrado por los subversivos.

En cuanto a las lesiones sufridas por el infante John Jairo Chantré González, quien fue herido en un pie, se cuenta con lo que afirman los testigos presenciales de los hechos, como también los otros declarantes, Luz Marina Cardona Bedoya y José Leonidas García Gil que fueron contestes en manifestar que al regresar a su casa estuvo andando en muletas durante un tiempo, pero no puede darse valor probatorio a los documentos allegados con la demanda, porque si bien se trata – como lo aduce la mandataria judicial de la parte actora- de documentos privados que no fueron controvertidos ni tachados por la parte demandante, lo cierto es que del contenido de los mismos no es posible inferir la lesión sufrida por el actor, ya que se trata de una orden médica que dice “pedir control ortopedia en seis semanas” y se acompaña de una firma ilegible sin el correspondiente registro médico. Igual ocurre con el otro documento manuscrito sin membretes donde aparecen una notas que presuntamente registran la evolución clínica de paciente y al final se anota un nombre a modo de rúbrica, pero no se tiene certeza acerca de su autoría y de que el contenido corresponda a la historia clínica del paciente, máxime que se aseguró en la demanda que Chartré González fue atendido en el

Hospital Naval de Cartagena, lo cual hace dudar que ese sea el método empleado para llevar sus historias clínicas.

De igual forma se probó en el proceso a través de las declaraciones de quienes participaron en los hechos que el armamento y la munición con que contaban los uniformados para repeler el ataque era insuficiente y algunos elementos estaban en mal estado, tal como el radio de comunicaciones que para usarla debían buscar un sitio alto y las pilas no le servían. Debe resaltarse que los testimonios vertidos son contestes en afirmar la precariedad que padecían en este aspecto y señalan con precisión cuáles eran las deficiencias que tenían las armas que les asignaron para el cumplimiento de sus funciones.

También de las declaraciones se desprende que el grupo de infantes se desplazó desde la base de Juradó y al llegar a la vereda Coredó se instalaron en una escuela abandonada que no contaba con ninguna medida de seguridad y tampoco fueron implementadas por parte de la tropa.

De igual forma, los deponentes coincidieron en afirmar que desde antes de trasladarse a Coredó tenían conocimiento de la presencia de guerrilla en el área y estando en el sitio el comandante fue advertido del ataque guerrillero, directamente por el Alcalde y también mediante comunicación por la radio.

Se acreditó plenamente mediante la Resolución No. 0866 de marzo 10 de 1998, que el Ministerio de Defensa reconoció a los padres de Jaime García Vélez las prestaciones de su hijo en condición de Cabo Segundo (póstumo) y una indemnización por muerte, equivalente a 48 meses de salario.

5. El daño

El daño antijurídico, constituido por la lesión a un bien jurídicamente tutelado que la persona no se encuentra en la obligación de soportar, impone al Estado el

deber de indemnizarlo plenamente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 90 superior.

El daño constituye el primer elemento a tener en cuenta en un juicio de responsabilidad, en el caso concreto lo constituyen la muerte del infante Jaime García Vélez y las lesiones sufridas por el infante John Jairo Chantré González.

6. La imputación

Verificada la existencia de un daño, debe entonces determinarse si el mismo puede ser atribuido a las entidades demandadas para efectos de derivar responsabilidad.

En materia de daños sufridos por miembros de la fuerza pública, esta Corporación ha distinguido entre el personal que se vincula en cumplimiento del servicio militar obligatorio y aquellos que ingresan voluntariamente a las filas, de modo que respecto de los primeros generalmente la responsabilidad se estructura bajo un régimen objetivo, en virtud del rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas y en el caso de los segundos, se compromete la responsabilidad del Estado cuando se incurre en falla del servicio o cuando el daño se origina en un riesgo excepcional, diferente del riesgo propio del servicio.

A propósito de ese punto, se resalta que no pudo acreditarse cuál fue el tipo de vinculación de los actores con las fuerzas militares, ya que en la demanda se argumenta que se encontraban prestando el servicio militar, pero el apoderado de la entidad afirma que su vinculación a la Armada fue voluntaria, pero no se allegó certificación de la Armada Nacional que aclarara definitivamente el punto.

En el caso bajo estudio, se predica la omisión de las autoridades por el mal estado e insuficiencia del armamento con que contaba la tropa para defenderse y por no adoptar las medidas de seguridad necesarias a pesar de tener conocimiento de la posible incursión guerrillera.

De la valoración conjunta de las pocas pruebas que fueron arrimadas al plenario se puede concluir que se trató de una incursión guerrillera, de modo que los hechos fueron causados por terceros, pero ello no excluye la responsabilidad de la entidad, ya que se acreditó la existencia de una falla en el servicio, consistente en someter a los infantes a enfrentar una situación de peligro, prácticamente en circunstancias de indefensión por el mal estado en que se encontraban las armas que tenían a su cargo y también porque a pesar de las advertencias sobre la posible ocurrencia de los hechos, nada se hizo para prevenir el ataque o para apoyarlos durante el desarrollo del mismo.

En efecto, a pesar del hecho de un tercero, lo determinante en la producción del daño fueron las omisiones del Estado al no adoptar las medidas razonables para prevenir el ataque, lo cual no era imposible si se tiene en cuenta que habían sido advertidos antes de llegar a la vereda y también durante su estadía en el sitio y las omisiones respecto del deber de protección de la vida e integridad de los infantes.

Para la Sala, los testimonios vertidos en el proceso merecen credibilidad por la consistencia de los mismos y la coincidencia entre ellos, sin que sean de recibo las acusaciones de parcialidad del apoderado de la entidad, efectuadas al momento de la impugnación cuando procesalmente tuvo la oportunidad de participar en su recepción y controvertir su contenido.

Así las cosas encuentra la Sala debidamente acreditada la falla del servicio y en consecuencia la entidad demandada está llamada a responder.

7. La causal exonerativa de responsabilidad

La entidad alegó en su favor la existencia de la causal exonerativa de responsabilidad consistente en el hecho de un tercero, por considerar que el daño fue causado por los subversivos que atacaron a los infantes de marina.

Cuando se establece la existencia de esta causal no se configura ni la imputación fáctica (*imputatio facti*) ni la jurídica (*imputatio iure*), puesto que el daño resulta única y exclusivamente atribuible al accionar de un tercero.

Al respecto debe señalarse que el análisis de las pruebas allegadas al proceso no permite tener por probada la causal de exoneración, carga que estaba radicada en cabeza de la entidad puesto que ella la alegó, mientras que sí se acreditó la existencia de una falla del servicio de modo que lo determinante en la producción del daño fueron las omisiones del Estado, de lo cual se concluye que la causal exonerativa no está llamada a prosperar.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la rebaja de los perjuicios decretada por el Tribunal de primera instancia, aduciendo que hubo concurrencia entre la responsabilidad de la entidad y el hecho de un tercero, considera la Sala que tal determinación es errónea porque se asimiló este caso a los eventos en que existe culpa de la víctima y que la misma ley autoriza la atenuación de la condena impuesta por su contribución en la producción del daño.

En efecto, tanto la fuerza mayor, como el hecho de un tercero, y la culpa exclusiva de la víctima tienen la capacidad de excluir la posibilidad de atribuir responsabilidad a la entidad, de manera que sus efectos no pueden ser parciales, pero en tratándose de eventos en los cuales la víctima participa en la ocurrencia del daño, pero no es determinante para su producción, la ley señala que también debe compartir la responsabilidad de manera proporcional. No obstante lo anterior se mantendrá la condena impuesta por el *a-quo*, en aplicación de la *no reformatio in pejus*.

6. La Indemnización de los perjuicios.

6.1. Perjuicios morales

Acerca de los perjuicios morales solicitados para sí por el joven John Jairo Chartré González y también respecto de los pedidos por sus padres y hermanos, teniendo en cuenta que estos fueron fijados por el juez de primera instancia y que en este caso la entidad demanda fue la única que apeló, deberá darse aplicación al principio de la no reformatio in pejus y por ello se confirmarán los valores concedidos, pero el reconocimiento se hará en salarios mínimos legales mensuales vigentes, así se fijarán en 40 SMMLV para el lesionado, 20 SMMLV para cada padre y 10 SMMLV a cada uno de los hermanos.

En cuanto a los perjuicios morales reconocidos a los padres por la muerte del joven Jaime García Vélez, siguiendo la jurisprudencia sobre el tema, lo pertinente sería reconocer el máximo valor fijado, pero en aplicación del principio de la no reformatio in pejus habrá de confirmarse lo concedido en primera instancia pero acogiendo la recomendación efectuada por la Corporación a partir de la sentencia de septiembre 6 de 2001, según la cual su reconocimiento debe hacerse en salarios mínimos legales mensuales vigentes, se fijarán definitivamente en 80 salarios para cada uno de ellos.

6.2. Perjuicios provenientes del daño en la salud.

Estos perjuicios fueron solicitados por John Jairo Chantré y negados por el Tribunal de primera instancia al considerar que no fueron probados, ya que no se estableció cuáles fueron las consecuencias de la lesión sufrida por el actor en materia de salud o de alteración en las condiciones de existencia o afectación de la vida de relación, decisión que será confirmada por encontrarla ajustada a los parámetros establecidos por esta Corporación sobre ese punto y también por no hacer más gravosa la situación del apelante único.

6.3. Perjuicios materiales.

En lo relativo a los perjuicios materiales solicitados tanto por la muerte de Jaime García Vélez como por las lesiones sufridas por John Jairo Chartré González, los mismos fueron negados por considerar que no se acreditó su existencia y atendiendo a lo manifestado acerca de la imposibilidad de agravar la situación de

quien apeló la decisión, habrá de confirmarse lo decidido en el fallo de primera instancia.

7. 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, no habrá lugar a condenar en costas, en cuanto no se evidencia que la parte haya actuado con temeridad o mala fe.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, Subsección "C" administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero. Modificar la sentencia proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Descongestión con sede en Medellín, el 30 de enero de 2001, que declaró administrativamente responsable a la Nación- Ministerio de Defensa-Armada Nacional por la muerte de Jaime García Vélez y la lesión sufrida por John Jairo Chantré González, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Declarar probada la falta de legitimación por activa, respecto de las señora Jenny García Vélez y Maria Odilia Clavijo.

Tercero. Condenar a la Nación, Ministerio de Defensa Armada Nacional, a cancelar a los señores Jaime García Clavijo y Gloria María Vélez el equivalente a

80 SMMLV para cada uno, por concepto de perjuicios morales, de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones.

Cuarto. Condenar a la Nación, Ministerio de Defensa, Armada Nacional, a cancelar a John Jairo Chartré González el equivalente a 40 SMMLV a Jose Pastor Chantré y Tereza González, el equivalente a 20 SMMLV para cada uno y a Jorge Armando, Leydy Viviana, Jose Leonardo y Sonnia Chantré González, 10 SMMLV, para cada uno, por concepto de perjuicios morales, de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones.

Quinto. Negar las demás pretensiones de la demanda, según lo consignado en la parte motiva de esta decisión.

Sexto. Sin condena en costas.

Séptimo. La entidad dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Octavo. Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen Para su cumplimiento y expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias de las que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

Presidenta de la Sala

ENRIQUE GIL BOTERO

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

RIESGOS DE LA FUERZA PUBLICA – Por asumirlos no renuncian a los derechos constitucionalmente reconocidos, es necesario aplicar principio de proporcionalidad para establecer frente a qué riesgo se puede restringir un derecho

En mi criterio la Sala no puede prodigar postulados como el señalado en la sentencia, porque explícita o implícitamente se aceptaría la restricción o renuncia de los derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas, sino que hay la obligación de aplicar el principio de proporcionalidad para establecer si es frente a todos los riesgos, o respecto de algunos, o si es necesario ponderar cuando un riesgo inherente al servicio puede restringir o condicionar el ejercicio de un derecho, sin que implique, a su vez, la imputación de la responsabilidad a la administración pública por su vulneración, y consecuente ocurrencia de un daño antijurídico.

HECHO DE UN TERCERO – No se exime de responsabilidad al Estado por muerte de miembro de la fuerza pública, por ataque de grupos armados insurgentes

El hecho del tercero radica en su análisis desde la óptica de la causalidad, o bien en el marco de la tendencia moderna de imputación objetiva, o en la construcción de los deberes positivos del Estado. Sin embargo, la tendencia es a reducir la discusión a la determinación de las condiciones para que el hecho del tercero opere, y si cabe exigir que se reúnan las mismas condiciones que para la fuerza mayor. Esto resulta equivocado, si nos atenemos a los presupuestos inicialmente tratados en la ponencia, ya que sería valorar el hecho del tercero desde la perspectiva propia al debate de la causalidad, de la determinación de si causalmente como eximente tiene la entidad para producir la ruptura de la “superada” relación de causalidad, cuyo lugar en el juicio de imputación que se elabora en la actualidad está en el ámbito fáctico de la imputabilidad del Estado. Pero, ¿cómo superar el tratamiento causalista del hecho del tercero? En primer lugar, debe decirse que fruto de la constitucionalización de la responsabilidad extracontractual del Estado, la concepción del hecho del tercero como eximente no debe convertirse en elemento que no permita hacer viable el contenido del artículo 90 de la Carta Política, sino que debe advertirse que en la situación en la que se encuentra Colombia, de conflicto armado interno, no puede entronizarse como supuesto eximente el hecho del tercero, ya sea ligado a los presupuestos [equivocados] de la fuerza mayor [imprevisibilidad e irresistibilidad], o a la naturaleza de la actividad, o la relación del sujeto que realiza el hecho dañoso, sino que debe admitirse, o por lo menos plantearse la discusión, de si cabe imputar, fáctica y jurídicamente, al Estado aquellos hechos en los que contribuyendo el hecho del tercero a la producción del daño antijurídico, se logra establecer que aquel no respondió a los deberes normativos, a los deberes positivos de protección, promoción y procura de los derechos de los administrados, y de precaución y prevención de las acciones de aquellos que encontrándose al margen de la ley buscan desestabilizar el orden democrático y, poner en cuestión la legitimidad de las instituciones.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá D.C. veintinueve (29) de febrero de dos mil doce (2012)

Radicación número : 27001-23-31-000-1999-00684-01(20858)

Actor: JAIME GARCIA LOPEZ Y OTROS

Demandado: LA NACION- MINDEFENSA – ARMADA NACIONAL

Referencia: REPARACION DIRECTA

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque compartí la decisión adoptada por la Sala de Sub-sección C en la sentencia de 29 de febrero de 2012, me permito aclarar voto en cuanto a: 1) los miembros de la fuerza pública por asumir riesgos no renuncian a los derechos constitucionalmente reconocidos y, el concepto de riesgo propio del servicio; y, 2) alcance del hecho del tercero como eximente de responsabilidad, especialmente cuando se trata de supuestos en los que la responsabilidad del Estado por muerte de miembros de la fuerza pública como consecuencia de ataques de grupos armados insurgentes.

1) Los miembros de la fuerza pública por asumir riesgos no renuncian a los derechos constitucionalmente reconocidos y, el concepto de riesgo propio del servicio.

En la sentencia de la Sala se sostiene,

“(…) En materia de daños sufridos por miembros de la fuerza pública, esta Corporación ha distinguido entre el personal que se vincula en cumplimiento del servicio militar obligatorio y aquellos que ingresan voluntariamente a las filas, de modo que respecto de los primeros generalmente la responsabilidad se estructura bajo un régimen objetivo, en virtud del rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas y en el caso de los segundos, se compromete la responsabilidad del Estado cuando se incurre en falla del servicio o cuando el daño se origina en un riesgo excepcional, diferente del riesgo propio del servicio” (fl.236 ambas caras cp; subrayado fuera de texto).

Se emplea como premisa el concepto de “acto propio” o de “riesgo propio del servicio”⁶ que ha llevado a plantear que los

“... derechos a la vida y a la integridad personal del militar profesional constituye un riesgo propio de la actividad que dichos servidores públicos ordinariamente despliegan, riesgo que se concreta, por vía de ejemplo, en eventos en los cuales infortunadamente tiene lugar el deceso o la ocurrencia de lesiones como consecuencia de combates, emboscadas, ataques de grupos subversivos, desarrollo de operaciones de inteligencia”⁷.

El común denominador del daño antijurídico reclamado como consecuencia de la muerte o de las lesiones de un miembro de las fuerzas armadas es el de la “exposición a un elevado nivel de riesgo para la integridad personal”. Esto indica, pues, que quien ingresa voluntaria o profesionalmente a las fuerzas armadas está advertido que debe afrontar situaciones de alta peligrosidad, entre las que cabe encuadrar el eventual enfrentamiento con la delincuencia⁸. En ese sentido, el precedente de la Sala indica que las fuerzas militares y los cuerpos de seguridad del Estado se

“(...) encuentran expuestos en sus “actividades operativas, de inteligencia o, en general, de restauración y mantenimiento del orden público... conllevan la necesidad de afrontar situaciones de alta peligrosidad, entre ellas el eventual enfrentamiento con la delincuencia de la más diversa índole o la utilización de armas”⁹.

“... asunción voluntaria de los riesgos propios de esas actividades modifica las condiciones en las cuales el Estado responde por los daños que éstos puedan llegar a sufrir”¹⁰.

La cuestión que plantea esta argumentación que se ha prodigado en la Sala y en la Sección Tercera lleva a contraponer un fundamento sustancial: las personas que ingresan a las Fuerzas Armadas no renuncian a sus derechos, por lo que es exigible su protección, de tal manera que el concepto de “acto de servicio” debe modularse en virtud de dicha irrenunciabilidad, y no al contrario. El fundamento anterior cabe sustentarlo en la siguientes premisas: 1) ¿Es admisible plantear que por tratarse de un acto de servicio el miembro de la fuerza armada deba renunciar a sus derechos?

⁶ Sentencia de 4 de febrero de 2010. Exp.18371.

⁷ Sección Tercera, Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp.17127.

⁸ Sección Tercera, Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp.17127.

⁹ Cuando una persona ingresa libremente a las fuerzas militares y cuerpos de seguridad del Estado “está aceptando la posibilidad de que sobrevengan tales eventualidades y las asume como una característica propia de las funciones que se apresta cumplir”. Sección Tercera, Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp.17127.

¹⁰ Sección Tercera, Sentencia de 26 de mayo de 2010. Exp.19158.

Desde una primera perspectiva se plantea que por la “naturaleza propia de ciertos derechos fundamentales” y de su nexa con la noción de “orden público”, e incluso “del lugar que ocuparían en el seno de una jerarquía de derechos” se excluiría cualquier tipo de renuncia a los mismos¹¹.

En una segunda perspectiva, por el carácter “fundamental” de los derechos y por la calidad de “ser humano”¹² a la que están referidos no habría lugar a someterlos a ningún tipo de límite, menos aquel gestado por valoraciones derivadas de la regulación de las actividades desplegadas por cualquier sujeto, o por personas en especiales condiciones, como es el caso de los miembros de las Fuerzas Armadas.

Si se llegara a pensar en la renuncia a los derechos fundamentales, habría lugar sólo en el caso en que se piense que la misma ofrece el acrecimiento de otras libertades. En ese sentido la doctrina sostiene,

“(…) Abordamos la cuestión de la libertad de renunciar, como aquella del reconocimiento de un <derecho a renunciar>, bien sea que se trate de determinados derechos o de los derechos del hombre en general, a partir de la interrogación sobre el contexto en el cual la renuncia se produce o en la que el ejercicio del derecho a renunciar es reivindicado. Consideramos la facultad de renunciar reconocida al individuo no como un fin en sí mismo, sino como un medio de acrecentar sus libertades. Desde esta óptica, el reconocimiento de esta facultad no se justifica más que en la medida en la que se constituye en instrumento de la autonomía individual”¹³.

En una segunda perspectiva se indaga ¿si cabe afirmar que los servidores de la administración pública (entre los que se cuenta a los miembros de las Fuerzas Armadas que voluntariamente ingresan a las mismas) pueden ser considerados como víctimas a sus derechos¹⁴. Para abordar esta cuestión la doctrina plantea,

¹¹ SCHUTTER, Olivier de. “La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échance”, en DUMONT, Hugues; OST, François; DROOGHENBROECK, Sébastien Van (Dir.). *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*. Bruxelles, Bruylant, 2006, p.442.

¹² SCHUTTER, Olivier de. “La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échance”, ob., cit., p.442.

¹³ “Nuestra hipótesis es que la cuestión de saber si el titular de un derecho fundamental debe poder renunciar no es una cuestión a tratar en función de la naturaleza del derecho en causa o de una teoría general de la <renunciabilidad a los derechos fundamentales>, sino sobre la base de un examen, lo más individualizado posible, de las circunstancias en torno a la renuncia, y principalmente de la autonomía de la que dispone el sujeto cuando toma esa decisión. Preconizamos por lo tanto una solución procesal más que sustancial, contextualizada más que descontextualizada”. SCHUTTER, Olivier de. “La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échance”, ob., cit., p.443.

¹⁴ LOMBAERT, Bruno. “Les fonctionnaires renoncent-ils aux droits fondamentaux?”, en DUMONT, Hugues; OST, François; DROOGHENBROECK, Sébastien Van (Dir.). *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*. Bruxelles, Bruylant, 2006, p.483.

“(…) Esta doble calidad –de agente público y de ciudadano- determina la medida en la cual los funcionarios se benefician de los derechos fundamentales: en que tanto que órganos o colaboradores privilegiados de los poderes públicos, sufrirán, si se les compara con otros ciudadanos, numerosas restricciones a sus derechos individuales, requeridas por el interés general al que sirven”¹⁵.

De acuerdo con lo anterior, Robert Andersen sostiene,

“(…) el funcionario sufrirá una suerte de incapacidad menor de ejercicio; sin duda continuará disfrutando de los mismos derechos civiles y políticos anteriores a su entrada a la función pública, pero no podrá ejercerlos sino en la medida en que sean compatibles con los deberes a su cargo y el espacio de libertad le será modulado”¹⁶.

Con fundamento en lo anterior, en mi criterio la Sala no puede prodigar postulados como el señalado en la sentencia, porque explícita o implícitamente se aceptaría la restricción o renuncia de los derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas, sino que hay la obligación de aplicar el principio de proporcionalidad para establecer si es frente a todos los riesgos, o respecto de algunos, o si es necesario ponderar cuando un riesgo inherente al servicio puede restringir o condicionar el ejercicio de un derecho, sin que implique, a su vez, la imputación de la responsabilidad a la administración pública por su vulneración, y consecuente ocurrencia de un daño antijurídico.

2) Alcance del hecho del tercero como eximente de responsabilidad, especialmente cuando se trata de supuestos en los que la responsabilidad del Estado por muerte de miembros de la fuerza pública como consecuencia de ataques de grupos armados insurgentes.

En la sentencia se considera,

“En efecto, tanto la fuerza mayor, como el hecho del tercero, y la culpa de la exclusiva de la víctima tienen la capacidad de excluir la posibilidad de atribuir responsabilidad a la entidad, de manera que sus efectos no pueden ser parciales” (fl.237 cara posterior cp).

Se destaca que el hecho del tercero debe estar revestido de cualidades como que sea i) imprevisible, ii) irresistible y iii) ajeno a la entidad demandada. Es acertado que algunas decisiones sostengan que no se requiere que el hecho del tercero sea culposo para que proceda como eximente, y por otra parte, se tiene como

¹⁵ LOMBAERT, Bruno. “Les fonctionnaires renoncent-ils aux droits fondamentaux?”. ob., cit., p.484.

¹⁶ ANDERSEN, Robert. “Préface”, en LOMBAERT, Bruno. *La convention européenne des droits de l’homme dans le contentieux de la fonction publique belge*. Bruxelles, Bruylant, 2001.

exigencia que la causa (la actuación del tercero) sea adecuada. También se indica que corresponde a la entidad demandada probar los elementos constitutivos de este eximente de responsabilidad.

La problemática que plantea el hecho del tercero radica en su análisis desde la óptica de la causalidad, o bien en el marco de la tendencia moderna de imputación objetiva, o en la construcción de los deberes positivos del Estado. Sin embargo, la tendencia es a reducir la discusión a la determinación de las condiciones para que el hecho del tercero opere, y si cabe exigir que se reúnan las mismas condiciones que para la fuerza mayor. Esto resulta equivocado, si nos atenemos a los presupuestos inicialmente tratados en la ponencia, ya que sería valorar el hecho del tercero desde la perspectiva propia al debate de la causalidad, de la determinación de si causalmente como eximente tiene la entidad para producir la ruptura de la “superada” relación de causalidad, cuyo lugar en el juicio de imputación que se elabora en la actualidad está en el ámbito fáctico de la imputabilidad del Estado.

Pero, ¿cómo superar el tratamiento causalista del hecho del tercero? En primer lugar, debe decirse que fruto de la constitucionalización de la responsabilidad extracontractual del Estado, la concepción del hecho del tercero como eximente no debe convertirse en elemento que no permita hacer viable el contenido del artículo 90 de la Carta Política, sino que debe advertirse que en la situación en la que se encuentra Colombia, de conflicto armado interno, no puede entronizarse como supuesto eximente el hecho del tercero, ya sea ligado a los presupuestos [equivocados] de la fuerza mayor [imprevisibilidad e irresistibilidad], o a la naturaleza de la actividad, o la relación del sujeto que realiza el hecho dañoso, sino que debe admitirse, o por lo menos plantearse la discusión, de si cabe imputar, fáctica y jurídicamente, al Estado aquellos hechos en los que contribuyendo el hecho del tercero a la producción del daño antijurídico, se logra establecer que aquel no respondió a los deberes normativos, a los deberes positivos de protección, promoción y procura de los derechos de los administrados, y de precaución y prevención de las acciones de aquellos que encontrándose al margen de la ley buscan desestabilizar el orden democrático y, poner en cuestión la legitimidad de las instituciones.

Las anteriores premisas derivan en las siguientes cuestiones,

2.1. El Estado no es un asegurador universal, simplemente obedece a unas obligaciones que se desprenden del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho que exige ya no sólo la garantía de los derechos y libertades, sino su protección eficaz, efectiva y la procura de una tutela encaminada a cerrar la brecha de las debilidades del Estado, más cuando se encuentra en una situación singular como la de Colombia de conflicto armado interno, que representan en muchas ocasiones violaciones sistemáticas, o la aceptación de las mismas por parte de actores que no haciendo parte del Estado, no dejan de ser ajenos a la problemática de la responsabilidad extracontractual del Estado.

2.2. Actores que desvirtúan que el Estado es el único que viola derechos. De acuerdo con la idea del “tercero” en el marco de un conflicto armado interno, no hay duda que no se requiere que haya un acuerdo o una “connivencia” entre el Estado y los terceros que producen violaciones sistemáticas a los derechos humanos. En este sentido, la concepción del hecho del tercero debe superar como hipótesis la necesidad de determinar un vínculo material u orgánico para que pueda atribuirse la responsabilidad, ya que lo sustancial es el rol que juega la administración pública, su “posición de garante de vigilancia”, de la que derivan todos los deberes de actor llamado de evitar, a ofrecer la protección debida a corresponderse con los deberes positivos, y que implica que debe actuar frente a situaciones que amenacen o puedan desencadenar un daño como consecuencia de las acciones de terceros, sino que sea admisible permitir que opere como cláusula de cierre de la eximente que se trate de actos indiscriminados, o que deba contarse con la verificación de la misma amenaza, sino que es el Estado el llamado a ejercer una intervención mucho más profunda ante fenómenos de violencia, o de insurgencia que tiene plenamente definidos.

2.3. Reconocimiento internacional a las acciones de los particulares. Debe tenerse en cuenta, también, que el “Estado será responsable de los actos de particulares si los órganos del Estado hubieran podido actuar para prevenir o reprimir el comportamiento de éstos, o si existiese una relación de hecho específica entre la persona o entidad que observó el comportamiento y el Estado”¹⁷.

Las obligaciones de prevención se conciben por lo general como obligaciones de realizar los máximos esfuerzos, es decir, que obligan a los Estados a adoptar todas las medidas razonables o necesarias para evitar que se produzca un

¹⁷ RODRIGUEZ H, Gabriela. “Normas de responsabilidad internacional de los Estados”, en MARTIN, Claudia; RODRIGUEZ-PINZON, Diego; GUEVARA B., José A. (Comp) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 1ª ed. México, Fontamara; Universidad Iberoamericana, 2004, pp.56.

acontecimiento determinado, aunque sin garantizar que el acontecimiento no vaya a producirse, la violación de una obligación de prevención puede ser un hecho ilícito de carácter continuo.

En este sentido dejo presentada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA