

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL O EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Por omisión del deber de cumplir las medidas de seguridad sobre custodia de armas de fuego / ARMAS DE FUEGO - Deber de custodia y vigilancia / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL O EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Concurrencia de conductas en la producción del daño. Culpa exclusiva de la víctima / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL O EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Muerte de soldado conscripto. Suicidio de soldado conscripto del Batallón Ricaurte de Bucaramanga

El Ejército Nacional omitió cumplir las medidas de seguridad que conlleva la custodia de las armas de fuego, en consideración a la peligrosidad que ellas mismas representan, por cuanto la entidad demandada se encontraba en la obligación normativa objetiva de vigilar su uso y minimizar el riesgo con ellas creado. (...) De manera que, (...) el Ejército Nacional transgredió su obligación positiva de custodia de las armas de fuego y protección del personal bajo su mando, al actuar de forma negligente en la administración de las armas, aumentando las probabilidades de producción de daños antijurídicos en la integridad personal de los soldados conscriptos a su cargo. (...) no obstante, el aporte de la falla cometida por la demandada, en la concreción del daño, la Sala encuentra probado que la víctima, en pleno disfrute de sus facultades mentales, decidió incumplir el protocolo de manejo de las armas y decidió apoderarse de su fusil de dotación oficial para con él quitarse la vida, de manera que fue Freddy Antonio Gutierrez Lizarazo quien con su actuar concretó el daño a sus bienes jurídicos, de donde se deduce que la víctima participó en la consumación del riesgo creado por el Estado, pues, pese a estar al tanto del peligro del instrumento de guerra, decidió dispararlo contra sí mismo. (...) Si bien la participación de la víctima no fue la causa única y determinante del daño como para eximir de responsabilidad al Estado, sí se configura una concurrencia de eventos que la atenúan y en consecuencia, disminuiría el monto de la indemnización debida. (...) También se considera que para que se configure el hecho de la víctima como factor eximente o atenuante de responsabilidad, no es necesario que la entidad demandada acredite la irresistibilidad o imprevisibilidad del comportamiento de la víctima, pues basta con argumentar que es una causa adecuada y determinante para la producción del daño. (...) Dado que del acervo probatorio se deduce la determinación del soldado Freddy Antonio Gutierrez Lizarazo, en los hechos que condujeron a su muerte, sumado al incumplimiento de los deberes de protección y cuidado de la entidad demandada, la Sala concluye que se configura la responsabilidad administrativa del Ejército Nacional a título de falla probada del servicio.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL O EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Régimen aplicable por muerte o daños sufridos por soldado conscripto

Cuando del deber de prestar el servicio militar obligatorio se derivan daños a la integridad sicofísica del conscripto, que exceden la restricción de sus derechos fundamentales de locomoción o libertad, etc., esta Corporación ha avalado la aplicación de distintos títulos de imputación de responsabilidad al Estado, ya sean los de carácter objetivo -daño especial o riesgo excepcional-, o la falla del servicio cuando se encuentre acreditada la misma, siendo causales de exoneración o atenuación, el hecho de la víctima o de un tercero, o la fuerza mayor. (...) Por consiguiente, la Sala concluye que el Ejército Nacional omitió cumplir las medidas de seguridad que conlleva la custodia de las armas de fuego, en consideración a la peligrosidad que ellas mismas representan, por cuanto la entidad demandada se encontraba en la obligación normativa objetiva de vigilar su uso y minimizar el riesgo con ellas creado. De manera que, la Sala considera que el Ejército Nacional transgredió su obligación positiva de custodia de las armas de fuego y protección

del personal bajo su mando, al actuar de forma negligente en la administración de las armas, aumentando las probabilidades de producción de daños antijurídicos (...) Si bien la participación de la víctima no fue la causa única y determinante del daño como para eximir de responsabilidad al Estado, sí se configura una concurrencia de eventos que la atenúan y en consecuencia, disminuiría el monto de la indemnización debida.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el particular ver sentencia de 13 de agosto de 2008, exp. 17042

DAÑO ANTIJURIDICO - Noción / DAÑO ANTIJURIDICO - Elemento de la responsabilidad

En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la "antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima". (...) Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida.

NOTA DE RELATORIA: Sobre lo anteriormente expuesto ver Sentencias de la Corte Constitucional C-254 de 2003; C-285 de 2002; C-918 de 2002; sobre el mismo tema ver sentencias del Consejo de Estado de 19 de mayo de 2005, exp. 2001-01541(AG); 14 de septiembre de 2000, exp. 12166 y 2 de junio de 2005, exp. 1999-02382(AG)

IMPUTACION - Noción / IMPUTACION - Régimen objetivo / IMPUTACION OBJETIVA - Posición de garante

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico. (...) La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen". Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las "estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas". (...) En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que "el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible. (...) En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante". (...) Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el principio de imputabilidad ver Corte Constitucional sentencia C-254 de 2003; En relación a la posición de garante ver sentencia de la Corte Constitucional SU-1184 de 2001. Sobre la necesidad de motivar el juicio de imputación ver sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21515 y 23 de agosto de 2012, exp. 23492

PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento / PERJUICIOS MORALES - Concurrencia de culpas entre la entidad demandada y el muerto. Presunción de aflicción

La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012 señaló que en “cuanto se refiere a la forma de probar los perjuicios morales, debe advertirse que, en principio, su reconocimiento por parte del juez se encuentra condicionado –al igual que (sic) demás perjuicios- a la prueba de su causación, la cual debe obrar dentro del proceso”. (...) Respecto de los perjuicios morales en cabeza de los familiares de las víctimas con ocasión de la muerte y lesiones, por ejemplo, el juez contencioso administrativo debe observar que reconocida la existencia de los perjuicios morales teniendo en cuenta que con base en las reglas de la experiencia, se presume que, en las circunstancias en que ocurrió, para sus parientes inmediatos debió implicar un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 42 / LEY 446 DE 1996 - ARTICULO 16

NOTA RELATORIA: En relación a la forma de probar los perjuicios morales, ver sentencia de 23 de agosto de 2012, exp. 24392; en relación a la presunción de aflicción en cabeza de familiares de la víctima, ver sentencias de 18 de marzo de 2010, exp. 32651 y 18 de marzo de 2010, exp 18569. En relación con el perjuicio moral causado a parientes cercanos, ver auto de 26 de febrero de 2009, exp. 16727

PERJUICIOS MATERIALES - No se reconocen perjuicios por lucro cesante ni daño emergente. Carga procesal a cargo del actor

Constituye una carga procesal de la parte actora demostrar los supuestos de hecho invocados por ella en la demanda; sin embargo, la actora no cumplió con dicha carga y la consecuencia de su falencia no puede ser otra que la negación de suma alguna como indemnización por este concepto.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 177

NOTA DE RELATORIA: Sobre lo expuesto anteriormente ver sentencia de 24 de marzo de 2004, exp. 44001-23-31-000-2003-0166-01(AP)

Costas - No codena

El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el sub lite, ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 171

NOTA DE RELATORIA: Con salvamento de voto parcial del consejero Enrique Gil Botero y aclaración de voto de la doctora Olga Mérida Valle de De la Hoz

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de febrero dos mil trece (2013).

Radicación número: 68001-23-15-000-1996-12379-01(25334)

Actor: EDILIA LIZARAZO DE GUTIERREZ Y OTRA

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

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander de 27 de febrero de 2003 mediante la que se dispuso:

*“PRIMERO: DECLARASE probada la CULPA DE LA VICTIMA de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
SEGUNDO: DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.”* (fl. 129 a 145 c.2).

ANTECEDENTES

1. La demanda.

Fue presentada el 15 de noviembre de 1996 por Edilia Lizarazo de Gutierrez y Sandra Liliana Gutierrez Lizarazo, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas.

“PRIMERA: La Nación Colombiana - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional, es administrativamente responsable de la muerte del Soldado Bachiller FREDDY ANTONIO GUTIERREZ LIZARAZO (Q.E.P.D.), ocurrida en forma violenta y en confusos hechos el 15 de Diciembre de 1994

dentro de las instalaciones del Batallón Ricaute de Bucaramanga (Santander del Sur).

SEGUNDA: Como consecuencia de lo anterior, condénese a la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional, a pagar a las siguientes personas:

a) EDILIA LIZARAZO DE GUTIERREZ y SANDRA LILIANA GUTIERREZ LIZARAZO, el valor de los perjuicios morales y materiales (daño emergente y lucro cesante) que sufrieron y sufren con motivo de la muerte de su hijo y hermano FREDDY ANTONIO GUTIERREZ LIZARAZO.

b) Los gastos del proceso y los intereses correspondientes a la tasa legal sobre las cantidades que resulten en favor de la citadas señoras (madre y hermana) desde la fecha que deba realizarse el pago hasta aquella en que efectivamente se realice.

c) En la regulación de los perjuicios materiales y morales objetivados se distinguirán dos períodos de indemnización: la debida hasta la fecha probable del fallo y la futura. Además se actualizará su valor tomando en consideración el índice de precios al consumidor, conforme al artículo 178 C.C.A.

d) Para determinar el valor de los perjuicios morales subjetivados deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 106 del Código Penal.

En caso que dentro del proceso no quedare establecido el valor de los perjuicios se ordenará su regulación por el procedimiento señalado en artículo 308 del C.P.C." (fls. 12 a 26 c.1).

Como fundamento de las pretensiones, el actor expuso los hechos en la siguiente forma:

"Primero.- El joven FREDDY ANTONIO GUTIERREZ LIZARAZO, se integró voluntariamente al Ejército Nacional en grado ó categoría de soldado bachiller el 3 de Diciembre de 1.993, gozando para esa fecha de excelente estado físico y mental, pues nunca presentó enfermedad o padecimiento alguno que le impidiera su vinculación con la entidad demandada.

Segundo.- El día 15 de Diciembre de 1994, mientras se desempeñaba en labores ordinarias como estafeta el soldado FREDDY ANTONIO GUTIERREZ LIZARAZO en las instalaciones de la Segunda División (Batallón Ricaute de Bucaramanga Santander), de manera sorpresiva y en hechos confusos muere a las ocho y diez de la noche (20.10 h.).

Tercero.- La herida mortal encontrada en la humanidad de FREDDY ANTONIO GUTIERREZ LIZARAZO le cegó la vida y cortó su carrera militar que se iniciaba cumpliendo con el servicio militar obligatorio como miembro del Ejército Nacional cuando contaba con 18 años de edad.

Cuarto.- Las autoridades internas del estamento militar sostienen que el fallecimiento del soldado GUTIERREZ LIZARAZO, fue un suicidio, versión que se entregó a los familiares.

Quinto.- La incipiente acta de levantamiento del cadáver del militar GUTIERREZ LIZARAZO, No. 0643 del 16 de Diciembre de 1994, registrada en formato del Instituto de Medicina Legal por la Unidad Móvil de la Policía Judicial de la SIJIN de Bucaramanga y firmada por el Perito AG. ALBERTO ROMERO AGUIRRE, en el acápite 6.4 "DESCRIPCION DE HERIDAS" expresa: con enfriamiento y sin rigidez cadavérica, que al examen externo presenta las siguientes huellas de violencia. Presenta orificio de bordes irregulares con pigmentación de pólvora de 4x3 cm. en región sub-mamaria izquierda. Orificio de bordes irregulares en región escapular izquierda".

Sexto.- Se desprende del Acta sin número suscrita por las Fuerzas Militares de Colombia - Ejército Nacional, que trata de la defunción del soldado

GUTIERREZ LIZARAZO FREDDY ANTONIO, que el arma utilizada, supuestamente, fue un fusil Galíl, según el acápite DATOS DEL DECESO que expresa; "Siendo el día Jueves 15-DICIEMBRE-94 a las 20:10 horas, en el sector de los baños sanitarios de la compañía de ASPC de la Segunda División, se encontró tirado en el piso en medio de un poso de sangre, boca abajo y con un fusil galíl junto a su cuerpo el soldado GUTIERREZ LIZARAZO FREDDY ANTONIO, integrante del 5-C-93, inmediatamente se trasladó al HOSPITAL MILITAR REGIONAL, donde el Médico dictaminó su fallecimiento".

Séptimo.— En manuscrito personal signado por FREDDY ANTONIO GUTIERREZ LIZARAZO ("gato"), sin fecha, documento éste encontrado dentro de sus haberes en las instalaciones del Batallón Ricaute de la Segunda División después de su muerte, en la parte final se lee: " El "Sargento Mayor" tuvo toda la culpa esa GONORREA, PORQUERIA Y DESGRACIAO VIEJO CHOCHON".

Octavo_En razón de los hechos anteriormente narrados, se observa claramente que FREDDY ANTONIO GUTIERREZ LIZARAZO al ingresar a la institución militar gozaba de buena salud mental y física y el modo como terminó su carrera, éste se autoeliminó encontrándose en un estado mental anormal, por causa del mal trato y a los problemas originados por su superior el Sargento Mayor, como se observa en el manuscrito referido en el numeral anterior.

Noveno.- La forma en que fue encontrado el cuerpo del susodicho soldado bachiller y las circunstancias de modo, tiempo y lugar como ocurrieron los hechos, da lugar a concluir que el fallecimiento del mismo ocurrió por falla en el servicio, además porque el militar no tenía bajo su cargo arma alguna ya que el mismo prestaba sus servicios como estafeta en el Juzgado Penal Militar, y por razón del cargo no necesitaba arma, ya que para el ejercicio de sus funciones no la requería.

Se puede señalar que si el soldado FREDDY ANTONIO GUTIERREZ LIZARAZO que se mantenía sumido en estado de turbación por la presión de los problemas con sus superiores no hubiese encontrado el arma para tomar la fatídica decisión así no lo hubiera hecho, y por el contrario, el estamento militar hubiese brindado el tratamiento psicológico-siquiátrico respectivo para que éste superara la crisis, a la cual lo mismos superiores lo habían llevado, muy seguramente por este conducto no estuviesen mis clientes reclamando justicia a esa Honorable Corporación.

Por otra parte, la muerte del precitado militar ocurrió por una omisión de los miembros de seguridad, pues los centinelas o el personal que se encargan de identificar y autorizar tanto el ingreso de visitantes a la guarnición militar o de detectar cualquier movimiento irregular dentro de ella no cumplieron con su función; si GUTIERREZ LIZARAZO, se movilizó dentro de la guarnición militar con un arma de largo alcance y de grandes proporciones, estos debieron notarlo y desarmarlo, tomando los correctivos del caso, y por ende colocar a ordenes de sus superiores el infractor y el arma.

Décimo.- Obsérvese que el soldado GUTIERREZ LIZARAZO, "se encontró ... con un fusil galíl junto a su cuerpo arma que como se ha dicho no le pertenecía como dotación asignada como estafeta, y que hasta al momento no se ha determinado su procedencia ni su asignación; situación irregular, por cuanto ante el acto criminoso no se indagó por parte de sus superiores por ello, valga decir, la entidad no hizo ningún esfuerzo por establecer la responsabilidad directa en el caso.

Décimo primero.- El Soldado Bachiller FREDDY ANTONIO GUTIERREZ LIZARAZO, devengaba un sueldo de CIEN MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS (\$100.257,00).

Décimo Segundo.- El extinto FREDDY ANTONIO GUTIERREZ LIZARAZO era estado civil soltero y tenía sus esperanzas de realizarse como profesional militar, como lo demostró desde muy joven, pues tenía vocación de servicio cuando se enroló al Ejército Nacional, deseoso de prestar sus conocimientos y experiencia a la Patria para obtener los más altos honores en beneficio del Estado Colombiano, la sociedad y su familia, prueba de ello es que fue preseleccionado para ingresar a la escuela naval.

Décimo Tercero.- Con la muerte de su hijo y hermano el Soldado Bachiller FREDDY ANTONIO GUTIERREZ LIZARAZO (Q.E.P.D.), su Señora madre EDILIA LIZARAZO DE GUTIERREZ y su hermana SANDRA LILIANA GUTIERREZ LIZARAZO han sufrido la pérdida material del único hijo y hermano respectivamente, en consecuencia se les ha causado un daño material y moral irreparable, toda vez que se han visto privados de la presencia, compañía, el apoyo económico, el amor filial, la orientación propia y la representación de hijo y hermano.

Décimo Cuarto.-La muerte del Soldado Bachiller FREDDY ANTONIO GUTIERREZ LIZARAZO, implica una falla en el servicio, imputable a la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional, puesto que el estado mental anormal que padecía para el momento de los hechos fue producto de una instrucción militar mal impartida y la insuficiencia de aplicación de correctivos o la prevención respectiva por parte de sus superiores. El mismo entró al Ejército Nacional sano en cuerpo y siquis, y lo que entregó el Batallón Ricaute fue un cadáver, desprendiéndose fácilmente de los hechos de la presente demanda y sin esfuerzo alguno que ha existido un daño moral y material por parte del Estado en cabeza del Ejército Nacional y que este debe ser resarcido por él" (fls. 12 a 26 c.1).

2. Actuación procesal en primera Instancia

El Tribunal Administrativo de Santander mediante providencia de 10 de marzo de 1997 admitió la demanda (fl. 31 c.1), la cual fue notificada a la entidad demandada el 23 de octubre de 1997 (fls. 40 c.1).

El apoderado del Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional contestó la demanda en la oportunidad legal, mediante escrito en el cual manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Así mismo, planteó como argumentos de su defensa los siguientes:

"Me permito excepcionar

1. FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA: de las señoras EDILIA LIZARAZO DE GUTIERREZ y SANDRA LILIANA GUTIERREZ LIZARAZO, la primera en calidad de madre del occiso y la segunda como hermana, por cuanto no aportaron la prueba solemne del parentesco, no anexaron el registro civil de matrimonio de los padres de la víctima, y en los certificados del registro civil de nacimiento de SANDRA LILIANA GUTIERREZ LIZARAZO Y FREDDY ANTONIO GUTIERREZ LIZARAZO, no aparece la nota de reconocimiento de ninguno de sus padres, no demostrándose por los medios legales la calidad en que se presentan a actuar.

2. LA CULPA DE LA VICTIMA CONCAUSA EN LA PRODUCCION DEL DAÑO: En la muerte del Joven FREDDY ANTONIO GUTIERREZ LIZARAZO, concurren circunstancias extrañas a la actividad administrativa del Estado, como lo fueron los comportamientos observados por la víctima con anterioridad a su muerte, consistente en haber sacado un fusil sin permiso de un superior, por cuanto por estar pagando una pena no se le asignó ningún

tipo de arma, y de acuerdo a la versión de varios de sus compañeros y a la carta que de su puño y letra escribió, se encontraba muy deprimido y con toda la intención de quitarse la vida por la separación de sus padres.” (fls. 33 a 35 c.1).

Agotada la etapa probatoria a la que se dio inicio mediante auto del 20 de marzo de 1998 (fls. 43 a 45 c.1), por auto de 28 de agosto de 2002 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y se señaló el traslado especial a que había lugar en caso de solicitarse por el Ministerio Público (fl. 114 c.1).

La parte demandada en la oportunidad legal y por escrito presentó sus alegatos de conclusión (fls. 115 a 121 c.1).

El Ministerio Público rindió concepto en el que solicitó denegar las pretensiones de la demanda por encontrarse estructurada la eximente de responsabilidad “culpa exclusiva de la víctima” (fls. 125 a 128 c.1)

La parte demandante guardó silencio.

3. Sentencia de primera instancia.

El Tribunal Administrativo de Santander denegó las pretensiones de la demanda exonerando la responsabilidad de la entidad demandada. El fallo del *a quo* en su fundamentación señaló,

“Así las cosas, frente al escaso material probatorio (en esto es reiterativa la Sala) y partiendo del supuesto de que la demanda edifica su pretensión sobre la concurrencia de una conducta suicida de la víctima, al afirmarse expresamente en el libelo que el soldado GUTIERREZ LIZARAZO ...se autoeliminó encontrándose en un estado mental anormal, por causa del maltrato y a los problemas originados por su superior”, no es posible declarar la responsabilidad estatal pedida por los demandantes, en la medida en que no se lograron demostrar los supuestos de una falla en el servicio por omisión, concluyéndose que el acto obedeció a una decisión y autodeterminación propia de la víctima, sin que existan elementos de juicio que permitan en el caso concreto, endilgar responsabilidad a las autoridades bajo cuya custodia y vigilancia se encontraba el soldado GUTIERREZ LIZARAZO, circunstancias que conducen a la exoneración total de la responsabilidad administrativa dado el grado de participación del afectado en la producción del daño, pues este devino de una conducta imputable de manera exclusiva a la propia víctima, debiéndose por ende declarar como probada la excepción de fondo de culpa de la víctima, de acuerdo con lo previsto en el artículo 164 del C. C. A.” (fls. 129 a 145 c.2).

4. Recurso de apelación.

Contra la sentencia de primera instancia la parte actora interpuso recurso de apelación dentro del término legal (fls. 149 c.2).

El *a quo* mediante auto de 28 de mayo de 2003 concedió el recurso de alzada (fl. 152 c.2).

5. Actuación en segunda instancia

El despacho corrió traslado a la parte actora para sustentar el recurso de apelación. (fls. 157 c.2); el actor mediante escrito de 22 de agosto de 2003 sustentó oportunamente el recurso. (fls. 158 a 171 c.1); y admitió el mismo mediante auto de 5 de septiembre de 2003 (fls. 173 c.2); por medio de providencia de 26 de septiembre de 2003 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público por el término común de diez (10) días para que presentaran oportunamente los alegatos de conclusión y se surtiera el traslado especial para emitir concepto (fl. 175 c.2).

La parte demandada en sus alegatos, reitera las razones que la defensa ha expresado en las distintas instancias del proceso. (fls. 176 a 178 c.2)

La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer del presente recurso de apelación en razón a que la mayor pretensión individualmente considerada corresponde a \$45'235.958,40¹ por concepto de perjuicios materiales. En ese orden, corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 27 de febrero de 2003.

De otra parte, obliga a destacar que el recurso de apelación se encuentra limitado a los aspectos indicados en los escritos de alzada. Al respecto, conviene recordar lo establecido en la parte final del artículo 357 del C. de P. C., a cuyo tenor:

“La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones. (Negrillas adicionales).

Para resolver el asunto sometido a conocimiento de la Sala, se abordará el estudio de los siguientes aspectos: 1) el objeto del recurso de apelación; 2) los hechos probados; 3) el daño antijurídico; 4) la imputación de la responsabilidad; 4.1) presupuestos para la responsabilidad extracontractual; 4.2) la responsabilidad del estado por los daños causados a los conscriptos; 4.3) el caso concreto y; 5) los perjuicios.

1 Objeto del recurso de apelación.

Resulta necesario precisar que los recurso de apelación interpuesto por la parte demandante está encaminado a que se revoque la sentencia de primera instancia, para en su lugar acceder a las suplicas de la demanda, por considerar que,

¹ Como quiera que la sentencia y el recurso de apelación se interpuso para el año 2003, la norma aplicable, a efectos de determinar la segunda instancia, es el Decreto 597 de 1988, el cual señalaba que para el año 1996, fecha de presentación de la demanda, la cuantía mínima para que un proceso fuere susceptible del recurso de apelación era de \$13'460.000.

“...Aun cuando esta parte respeta la decisión del juzgador de primera instancia, disiente de la misma, primordialmente por cuanto considera, la decisión es contradictoria en algunos de sus apartes, y de otro lado, no consulta la línea jurisprudencial que ha mantenido el Honorable Consejo de Estado, en punto de la responsabilidad patrimonial del Estado frente a los daños ocasionados a los conscriptos.

En efecto, no comprende el suscrito procurador judicial la reflexión planteada por el Tribunal cuando, enseguida de criticar la escasa prueba allegada al proceso, no encuentra las razones suficientes y necesarias para declarar las omisiones en el servicio de la administración, pero sí, a partir de la misma escasa prueba, da por cierto que la muerte del conscripto obedeció única y exclusivamente a la auto eliminación de la víctima, cuando de tal situación no aparece prueba en la foliatura. Así lo evidencian los siguientes apartes de la sentencia recurrida:

(...)

Como se aprecia, el juzgador da por sentado la ocurrencia de un suicidio, basándose además en la afirmación que se hiciera en la demanda, la cual, no es otra que la versión dada por las autoridades a la familia del interfecto, al momento de entregarle su cadáver, pero que en medida alguna es óbice para que en aplicación del principio iura novit curia, y dándole vida a la carga de oficiosidad del juez, el Tribunal hubiese indagado por lo que realmente determinó la desaparición violenta del soldado.

Por manera que el a quo, lejos de cumplir el papel dinámico y activo del que reiteradamente se habla en la jurisprudencia, se limitó en el caso concreto a considerar los planteamientos hechos en el escrito introductorio, dejando de lado el análisis de otras circunstancias que jugaron sin hesitación alguna, un rol importante en la verificación de los hechos que terminaron con la desaparición del soldado.

Hechos tales como la calidad de conscripto que protegía al soldado; la circunstancia de ser éste un estafeta, privado en consecuencia del uso de armas del calibre de aquella con la cual se produjo su muerte {fusil galil}; el evidente descuido y error por parte de la administración, representada en ese momento por los superiores del occiso al omitir las medidas de seguridad y vigilancia necesarias para evitar el acceso a tales armas, etc.

Cabe preguntarse luego de leer el extracto jurisprudencial transcrito:

- 1. ¿Era necesario, para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado en el caso de marras, probar la ocurrencia de una falla del servicio en cabeza de la administración?*
- 2. ¿Pudo probar la entidad demandada, que actuó con diligencia frente a los hechos en que ocurrió la muerte del conscripto?*

Sin duda, el análisis de las respuestas a los interrogantes que se acaban de plantear, tiene gran importancia en la decisión que se apresta a tomar la Alta Corporación, de modo que ese será el aspecto que se entra a tratar.

A la primera pregunta, ¿Era necesario, para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado en el caso de marras, probar la ocurrencia de una falla del servicio en cabeza de la administración?

La respuesta se antoja lógica: NO. En los términos referidos atrás, frente a los conscriptos surge para el Estado una obligación especial de vigilancia y custodia, derivada de la circunstancia de haber sido ellos llevados por voluntad de la administración y no del soldado, bajo la égida estatal, sucediendo entonces que como consecuencia, debe reintegrársele al seno de la familia de la que fueron sacados, en las mismas condiciones. Lo anterior, como se viene diciendo, estructura un tipo de responsabilidad objetiva, que exime al actor de la prueba de la falla de la administración,

trasladando a esta la carga de romper esa "presunción" de responsabilidad que de entrada, recae sobre ella.

De lo que viene de decirse, no es de recibo la posición del a quo cuando desestima

las pretensiones de la demanda, con el argumento de no haberse probado por el actor, una falla o falta del servicio.

A la segunda pregunta, ¿Pudo probar la entidad demandada, que actuó con diligencia frente a los hechos en que ocurrió la muerte del conscripto?

No existe la más mínima prueba de la diligencia exigida en el extracto jurisprudencial. Así que, de aceptar la "certeza" del juez de primera instancia, a propósito de la ocurrencia de un suicidio, esa misma certeza sería demostrativa de la falta de diligencia de la institución castrense, traducida en la falta de control y vigilancia, de una parte, sobre el personal humano bajo su custodia, y de otra, sobre las armas de fuego también bajo su cuidado. Es decir, si en gracia de discusión se aceptara que la muerte de FREDDY ANTONIO GUTIERREZ LIZARAZO, fue causada por la misma víctima, ello mismo evidencia la falta de diligencia del demandado, por no tomar las medidas de seguridad y las providencias necesarias y suficientes para evitar el acceso a ese tipo de armas por parte de quien no lo debía tener y en un horario ajeno al propio del servicio de! obituado.

Frente a la tercera pregunta, ¿Existe plena prueba en la foliatura que lleve al juez a obtener certeza de la ocurrencia de un suicidio en el caso concreto?

Se echa de menos la prueba ai respecto, tal como lo acepta la misma corporación en el aparte transcrito en la primera página del presente escrito, aun cuando folios más adelante, reverse sobre su decisión para contradecirse,

Siendo la supuesta ocurrencia de la auto eliminación de la víctima, el fundamento de la decisión recurrida, es claro que la falta de prueba al respecto, deja sin piso el fallo y en su defecto, traslada el análisis a otros eventos dejados de lado por el Tribunal, en clara omisión.

Y es que, sin duda, la demandada no pudo aportar la prueba suficiente de la ocurrencia de algún hecho que rompiera, en este caso, la responsabilidad objetiva que le cabe y de la que se ha hecho mención en reiteradas ocasiones.

Tampoco el juez de instancia, oficiosamente buscó establecer otros elementos distintos a los aportados con la demanda, distintamente a como lo plantea el siguiente resumen jurisprudencial:

(...)

Obsérvese, que si bien es cierto, el fallecimiento del soldado fue producto de un homicidio o simplemente un suicidio, no deben pasarse por alto las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrieron los hechos, esto es: 1) Siendo el soldado fallecido un estafeta, estos no poseen armas, y menos de ese calibre (fusil galil). 2) El horario de este tipo de empleados - administrativos - es el de una jornada de oficina, es decir, de 8 a 12 m. y de 2 a 6 p.m., 3) El paso es restringido al lugar donde están las armas, 4) Cómo hizo la víctima para colocarse el fusil en el pecho y dispararse, como lo enseñan las pruebas aportadas por medicina legal, cuando esta arma pesa más de tres kilos, para poderlo sostener y accionarlo, de hecho el impacto no lograría el objetivo; circunstancias que no fueron advertidas por el despacho y por el ministerio público.

(...)

Para su análisis deberá partirse de la aplicación de la tesis manejada por la jurisprudencia en casos similares al estudiado, en los cuales se reitera la especial obligación del Estado frente a ¡os conscriptos, al punto de edificar en cabeza de la administración una responsabilidad objetiva, partiendo de la

consideración inicial e imprescindible de la obligación estatal de devolver al soldado a su seno familiar, en las mismas condiciones en que fue sacado de él.

De esa responsabilidad solo podrá liberarse la demandada, cuando demuestre que observó diligencia en las circunstancias que precedieron o recorrieron paralelas, el hecho dañoso.

De modo que, no siendo necesaria la prueba de una falla del servicio en este caso, pues en últimas se ha evolucionado a una tendencia no sancionatoria sino reparatoria, a voces de la jurisprudencia, en casos como el presente más que probar una falla por parte de la administración, resulta relevante la no prueba de la diligencia que le era exigible a la demandada a fin de evitar la ocurrencia del siniestro y de paso, liberarse de la responsabilidad que se le endilga.

Es por las anteriores razones y por la confianza en la aplicación que de sus Tesis, harán los Señores Magistrados, que me permito solicitar a Ustedes se revoque la sentencia que se impugna, procediendo en su defecto a acoger favorablemente las pretensiones demandadas.” (fls. 158 a 171 c.2)

2 Los hechos probados.

Respecto de los hechos que dieron origen al presente proceso, se tiene que los medios probatorios debidamente allegados y practicados en el proceso y que gozan de eficacia probatoria en el *sub judice*, son los siguientes:

- 1) Registro civil de nacimiento de FREDDY ANTONIO GUTIERREZ LIZARAZO.
- 2) Registro civil de nacimiento de SANDRA LILIANA GUTIERREZ LIZARAZO.
- 3) Fotocopia auténtica del diploma de Bachiller expedido por el Instituto Salesiano San Juan Bosco de Cúcuta de FREDDY ANTONIO GUTIERREZ LIZARAZO.
- 4) Telegrama de fecha Octubre 12 de 1993, remitido a FREDDY ANTONIO GUTIERREZ LIZARAZO por el Contralmirante SERGIO GARCIA, Director de la Escuela Naval con sede en Cartagena.
- 5) Licencia de Inhumación No. 3.469 emanada del Departamento Nacional de Estadísticas DANE, de fecha 16 de Diciembre de 1.994.
- 6) Formato Nacional de Acta de Levantamiento de Cadáver No. 0643 de fecha 16 de Diciembre de 1.994, suscrito por el AG. ALBERTO ROMERO AGUIRRE, de la Unidad Móvil de la SIJIN - Ejército Nacional, Bucaramanga.
- 7) Registro de defunción de fecha 16 de diciembre de 1.994 emanado de la Notaría Octava de Bucaramanga a nombre del extinto FREDDY ANTONIO GUTIERREZ LIZARAZO.
- 8) Acta sin número suscrita por las Fuerzas Militares de Colombia-Ejército Nacional, que trata de la defunción del soldado GUTIERREZ LIZARAZO FREDDY ANTONIO, suscrita el 21 de diciembre de 1.994 en Bucaramanga.
- 9) Manuscrito personal signado por FREDDY ANTONIO GUTIERREZ LIZARAZO (“gato”), sin fecha, documento éste encontrado dentro de los haberes de éste en las instalaciones del Batallón Ricaurte de la Segunda División.

10) Protocolo de necropsia practicado al cuerpo de FREDDY ANTONIO GUTIERREZ LIZARAZO, por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Regional Nororiente.

11) Declaraciones rendidas por los señores Luis Felipe Rodríguez Pérez y Juan Ramón Rincón Florez.

3 El daño antijurídico.

El daño antijurídico comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual² y del Estado impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”³; o la “lesión de un interés o con la alteración “in pejus” del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”⁴; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”⁵, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general⁶.

En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la “antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”⁷. Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha

²“(…) el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.185. Martín Rebollo se pregunta: “¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión”. MARTIN REBOLLO, Luis. “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas”, en BADELL MADRID, Rafael (Coord). Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA). Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279.

³LARENZ. “Derecho de obligaciones”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

⁴SCONAMIGLIO, R. “Novissimo digesto italiano”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

⁵“(…) que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.186.

⁶SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción”, próximo a publicación.

⁷Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar,

señalado “que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”⁸.

De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”⁹.

Debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”¹⁰. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable¹¹, anormal¹² y que se trate de una situación jurídicamente protegida¹³.

Para el caso concreto, el daño antijurídico se encuentra acreditado mediante la copia auténtica del registro civil de defunción No. 1464363 del 16 de diciembre de 1994 (fl. 7 c.), y con la copia auténtica de la diligencia de necropsia practicada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses Regional Nororiente, en la se concluyó “*Muerte violenta por arma de fuego; herida única en tórax produce lesión pulmonar y miocardia falleciendo en cuadro de anemia aguda, shock hipovolémico irreversible...*”

independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales “debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuricidad (sic)”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.168.

⁸Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que “no puede confundirse la antijuricidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiéndose por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. 1ª ed. Navarra, Aranzadi, 2011, p.297.

⁹Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que “la antijuricidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos”, definiéndose como “violación de una norma especial o de la más genérica alterum non laedere”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.298.

¹⁰Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigírle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550.

¹¹Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

¹²“por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166.

¹³Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

Sin embargo, no siendo suficiente constatar la existencia del daño antijurídico, es necesario realizar el correspondiente juicio de imputación, que permita determinar si cabe atribuirlo fáctica y jurídicamente a las entidades demandadas, o si opera alguna de las causales exonerativas de responsabilidad, o se produce un evento de concurrencia de acciones u omisiones en la producción del daño.

4 La imputación de la responsabilidad.

4.1 Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”¹⁴ de la responsabilidad del Estado¹⁵ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados¹⁶ y de su patrimonio¹⁷, sin distinguir su condición, situación e interés¹⁸. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”¹⁹. Como bien se sostiene en la doctrina, la “responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad²⁰; los daños cubiertos por la

¹⁴En la jurisprudencia constitucional se indica: “El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

¹⁵La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

¹⁶Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. ALEXANDER, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49. La “la responsabilidad es, desde luego, en primer lugar una garantía del ciudadano, pero, coincidiendo en esto con otros autores (sobre todo franceses: Prosper Weil, André Demichel), creo que la responsabilidad es también un principio de orden y un instrumento más de control del Poder”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.308.

¹⁷“La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

¹⁸La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2006, expediente AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie general de la responsabilité civile* considerée en sa double fonction de garantie et de peine privée. Paris, 1947.

¹⁹RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français”, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BÉNOIT, F. “Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, en *JurisClasseur Publique*, 1954. T.I, V.178.

²⁰“La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su

responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público²¹.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado²² tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública²³ tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo²⁴, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012²⁵ y de 23 de agosto de 2012²⁶.

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica²⁷, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la “superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o

actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”. MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

²¹MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., pp.120-121.

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

²³Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

²⁴“Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213.

²⁵Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón.

²⁶Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente 23492. Pon. Hernán Andrade Rincón.

²⁷“La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”. SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.

materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen²⁸.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad²⁹, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica³⁰. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”³¹.

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”³². Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”³³.

Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”³⁴. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en

²⁸Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

²⁹En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”. KANT, I. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

³⁰El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

³¹“Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”. MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05-05-2003 [<http://criminnet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7.

³²“El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”. GIMBERNAT ORDEIG, E. *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*. Madrid, 1990, pp.77 ss.

³³MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

³⁴LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no³⁵. Es más, se sostiene doctrinalmente “que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños”³⁶.

Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad³⁷ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación³⁸ que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”³⁹.

³⁵JAKOBS, G. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sentencia de 24 de febrero de 2005. Exp.14170.

³⁶MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

³⁷“El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización (...) En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.

³⁸“La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

³⁹ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. Between Facts and Norms, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que “el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección⁴⁰ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁴¹. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”⁴².

irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. Habermas on Law and Democracy. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

⁴⁰ Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”. CASAL H, Jesús María. Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

⁴¹ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

⁴² A lo que se agrega por el mismo precedente: “En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber: 1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro. Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás. 2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso. Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se

En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante⁴³.

Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcar por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal⁴⁴, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse (...) que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”⁴⁵, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho⁴⁶.

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado⁴⁷, sino que cabe hacer

trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos (Cfr. Günther Jakobs. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss)”. Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. En la doctrina se afirma que la “posición de garantía” debe modularse: “(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas”. JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*. 1ª reimp. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16.

⁴³Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

⁴⁴“La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

⁴⁵MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*., ob., cit., p.204.

⁴⁶“(...) el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”., ob., cit., p.308.

⁴⁷Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

el proceso de examinar si procede encuadrar en la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos⁴⁸, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder hacer su encuadramiento en la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera:

“(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación”⁴⁹.

Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo⁵⁰ que permita la

⁴⁸Merkel ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la *conditio sine qua non*, sino *conditio per quam* de la administración”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211. Para Martín Rebollo: “Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”., ob., cit., p.311.

⁴⁹“En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado”. Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón; de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

⁵⁰“En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda: ineficiente”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.174. De acuerdo con Martín Rebollo “(...) es que la responsabilidad pública es un tema ambivalente que, a mi juicio, no debe ser enfocado desde el estricto prisma de la dogmática jurídico-privada. Esto es, no debe ser analizado sólo desde la óptica de lo que pudiéramos llamar la justicia conmutativa, aunque tampoco creo que éste sea un instrumento idóneo de justicia distributiva. La responsabilidad es, desde luego, siempre y en primer lugar, un mecanismo de garantía. Pero es también un medio al servicio de una política jurídica. Así lo señala Ch. Eisenmann: el fundamento de la responsabilidad puede ser la reparación del daño, pero su función «remite a la cuestión de los fines perseguidos por el legislador cuando impone una obligación de reparar. En este sentido –concluye– la responsabilidad es un medio al servicio de una política jurídica o legislativa”.

mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

4.2 El régimen jurídico aplicable a la responsabilidad del Estado por los daños causados a los conscriptos.

El deber de prestar el servicio militar tiene rango constitucional en el Estado colombiano, así, el artículo 216 de la C.P. consagra que *“Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas”*.

En aras de la prevalencia del interés público (art. 1° de la C.P.) y conforme al principio de solidaridad social (art. 95 de la C.P.), la Ley 48 de 1993 *“por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización”* impuso límites razonables al ejercicio de las libertades de los varones colombianos al preceptuar que están obligados a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumplan su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes la definirán cuando obtengan su título de bachiller, hasta el día en que cumplan los cincuenta (50) años de edad (art. 10); y de otra parte, al determinar las modalidades para atender la obligación de prestación del servicio militar obligatorio, así: como soldado regular, de 18 a 24 meses; soldado bachiller, de 12 meses; auxiliar de policía bachiller, 12 meses; y como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses (art. 13).

Correlativamente, el Estado adquiere un deber positivo de protección frente a los varones que son destinatarios de dicha carga pública, la cual, a su vez, lo hace responsable de todos los posibles daños que la actividad militar pueda ocasionar en los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico a toda persona.

El deber positivo de protección de los derechos de todos los ciudadanos, en especial de aquellos que prestan el servicio militar obligatorio, no sólo debe responder a las garantías constitucionales y supraconstitucionales, sino corresponderse con el necesario reconocimiento del valor intrínseco del ser humano, sin importar su condición o posición, ya que en el fondo se procura la tutela efectiva de su dignidad, y no se puede simplemente asumir la pérdida de vidas humanas o las lesiones de los miembros de las fuerzas armadas, en especial de los soldados conscriptos, como un riesgo asumible por parte de nuestra sociedad para tratar de atender las necesidades públicas.

Así las cosas, el deber positivo de protección que corresponde al Estado, aspira a que en el ejercicio de las actividades peligrosas asignadas a los conscriptos se disminuyan al máximo los riesgos para sus bienes jurídicos tutelados, esto es, que las fuerzas militares actúen dentro de los límites de lo permitido y en ejercicio de sus deberes de sujeto defensor y custodio del soldado.

Cuando del deber de prestar el servicio militar obligatorio se derivan daños a la integridad sicofísica del conscripto, que exceden la restricción de sus derechos fundamentales de locomoción o libertad, etc., esta Corporación ha avalado la aplicación de distintos títulos de imputación de responsabilidad al Estado, ya sean los de carácter objetivo -daño especial o riesgo excepcional-, o la falla del servicio

MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”, en AFDUAM: no.4, 2000, p.307.

cuando se encuentre acreditada la misma, siendo causales de exoneración o atenuación, el hecho de la víctima o de un tercero, o la fuerza mayor⁵¹.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sección se pronunció en el siguiente sentido:

“Atendiendo a las condiciones concretas en las que se produjo el hecho, la Sala ha aplicado en la solución de los casos, los distintos regímenes de responsabilidad. Así, ha decidido la responsabilidad del Estado bajo el régimen de daño especial cuando el daño se produjo como consecuencia del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas; el de falla probada cuando la irregularidad administrativa produjo el daño y, el de riesgo cuando éste proviene o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos; pero, en todo caso, ha considerado que el daño no será imputable al Estado cuando se haya producido por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero (...)

En providencia de 2 de marzo de 2000, dijo la Sala:

“...demostrada la existencia de un daño antijurídico causado a quien presta el servicio militar, durante el mismo y en desarrollo de actividades propias de él, puede concluirse que aquél es imputable al Estado. En efecto, dado el carácter especial de esta situación, por las circunstancias antes anotadas, es claro que corresponde al Estado la protección de los obligados a prestar el servicio militar y la asunción de todos los riesgos que se creen como consecuencia de la realización de las diferentes tareas que a ellos se asignen. No será imputable al Estado el daño causado cuando éste haya ocurrido por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, eventos cuya demostración corresponderá a la parte demandada”⁵².

En conclusión, la obligación constitucional de prestar el servicio militar y la consecuente restricción de derechos que ello implica para los soldados conscriptos, le impone al Estado una especial obligación de seguridad, protección, vigilancia y cuidado de la vida, la salud y, en general, de la integridad personal de los mismos. El incumplimiento del deber objetivo de cuidado, decantado en la ley y los reglamentos, que deriva en la causación de un daño antijurídico, puede ser imputado al Estado a título de daño especial, riesgo excepcional o falla del servicio, según lo determine el juez con fundamento en el principio *iura novit curia*⁵³.

Conforme al daño especial, se le imputa responsabilidad al Estado cuando el daño se produce por el rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas, es decir,

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 15 de octubre de 2008, C.P.: ENRIQUE GIL BOTERO, exp. 18586.

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 30 de julio de 2008, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO, exp. 18725.

⁵³ Ahora bien, la Sala advierte que en aplicación del principio del *iura novit curia* se analiza el caso adecuando los supuestos fácticos al título de imputación que se ajuste debidamente, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa *petendi*, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso, ni que se establezca un curso causal hipotético arbitrario.

De manera que es posible analizar la responsabilidad patrimonial del Estado bajo un título de imputación diferente a aquel invocado en la demanda, en aplicación al principio *iura novit curia*, que implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, corresponde al juez definir la norma o el régimen aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la causa *petendi*, esto es, de los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión⁵³.

cuando se somete a un soldado conscripto a una carga mayor a la que estaba obligado a soportar, al respecto ésta Corporación se pronunció en los siguientes términos:

“En relación con el conscripto la jurisprudencia ha dicho que si bien éstos pueden sufrir daños con ocasión de la obligación de prestar servicio militar obligatorio, consistentes en la restricción a los derechos fundamentales de locomoción, libertad etc. ellos no devienen en antijurídicos, porque dicha restricción proviene de la Constitución; pero que pueden sufrir otros daños que sí devienen en antijurídicos y que tienen su causa en dicha prestación, cuando ocurren durante el servicio y en cumplimiento de las actividades propias de él, que les gravan de manera excesiva, en desmedro de la salud y de la vida, los cuales deben indemnizarse por el conglomerado social a cuyo favor fueron sacrificados dichos bienes jurídicos, porque se da quebranto al principio de igualdad frente a las cargas públicas”⁵⁴.

Se aplica el riesgo excepcional cuando el daño proviene o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos, de modo que si se demuestra que los hechos ocurrieron por el riesgo a que fueron expuestos los conscriptos, no se requiere realizar valoración subjetiva de la conducta del demandado⁵⁵. Sobre el particular ésta Corporación ha señalado lo siguiente:

“en efecto, la Administración debe responder siempre que produzca un daño con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos de la misma naturaleza, como lo es la manipulación de las armas de fuego de las cuales están dotadas algunas autoridades por razón de las funciones a ellas encomendadas, tales como la Policía Nacional, el D.A.S., o el Ejército Nacional, pues el Estado asume los riesgos a los cuales expone a la sociedad con la utilización de tales artefactos peligrosos. En virtud de ese título de imputación objetivo, el demandante tiene el deber de probar la existencia del daño y el nexo causal entre éste y una acción u omisión de la entidad pública demandada, para que se pueda deducir la responsabilidad patrimonial, sin entrar a analizar la licitud o ilicitud de la conducta del agente, la cual resulta irrelevante.”⁵⁶

Sin perjuicio de los regímenes de responsabilidad objetiva, ésta Corporación también ha endilgado responsabilidad por daños a conscriptos a título de falla del servicio. Así, cuando la irregularidad administrativa es la que produce el daño o aporta a su producción, ésta Corporación se ha inclinado por aplicar el régimen general de responsabilidad:

“En todo caso, la falla probada del servicio constituye el régimen de responsabilidad general, y en los casos en que el asunto no pueda gobernarse bajo dicho título de imputación, se potenciará uno de responsabilidad distinta, y como quiera que en este caso, estamos en presencia de una actividad peligrosa en tratándose de la manipulación de armas de fuego, podría privilegiarse también la tesis del riesgo excepcional en caso de ser procedente. En este marco de referencia, sin duda, será el

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 10 de agosto de 2005, C.P.: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ, exp. 16205.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 28 de abril de 2005, C.P.: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ, exp. 15445.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 11 de noviembre de 2009, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, exp. 17927.

juzgador en presencia de todos los elementos existentes el que determinará si finalmente se dan o no los presupuestos para resolver el asunto sometido a su conocimiento con fundamento en la teoría de la falla probada del servicio, tal y como sucedió en el caso concreto, pues, las distintas pruebas incorporadas y practicadas conducen a inferir la falla imputada a la administración”⁵⁷ (Subraya fuera del texto).

En el mismo sentido, el precedente jurisprudencial de la Sala también ha señalado la preferencia de la falla probada del servicio, en el evento de haber lugar a ello, así:

“Sin embargo, cuando se advierte que el daño no se produjo accidentalmente sino por un mal funcionamiento de la Administración, ello se debe poner de presente y el título de imputación bajo el cual se definirá el litigio será el de falla del servicio, en aras del cumplimiento del deber de diagnóstico y pedagogía que tiene el juez al definir la responsabilidad del Estado y con el fin de que éste pueda repetir contra el agente que dolosa o culposamente hubiere producido el daño, en caso de ser condenado a la correspondiente reparación. En términos generales, la falla del servicio probada surge a partir de la comprobación de que el daño se ha producido como consecuencia de una violación -conducta activa u omisiva- del contenido obligacional, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, lo cual resulta de la labor de diagnóstico que adelanta el juez en relación con las falencias en las cuales incurrió la Administración y se constituye en un juicio de reproche”⁵⁸ (Subraya fuera del texto).

Expuesto el régimen de responsabilidad en el caso de los conscriptos, pasa la Sala a analizar si en el caso bajo estudio se configura la imputación fáctica y jurídica del daño antijurídico, el título de imputación que habrá lugar a utilizarse; y finalmente, si opera alguna de las causales eximentes o atenuantes de la responsabilidad del Estado.

En la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico corresponderá al Estado siempre que concurren el sustento fáctico y la atribución jurídica de la misma⁵⁹.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 13 de noviembre de 2008, C.P.: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, exp. 16741.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 11 de noviembre de 2009, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, exp. 17927.

⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Aclaración de voto de ENRIQUE GIL BOTERO a la sentencia de 19 de septiembre de 2007. Exp. 16010. “Así las cosas, hay que reconocer que desde la estructura moderna de la responsabilidad patrimonial del Estado, el nexo de conexión, o vínculo que debe existir entre la acción, omisión, o conducta generante de un efecto, esto es, de una modificación patrimonial –el daño en sentido fenoménico y jurídico-, corresponde a la imputación material y/o normativa del mismo, lo que explica precisamente la posibilidad de eximentes de imputación cuando quiera que por alguna circunstancia no es posible hacer esa referibilidad, superando así aún, la problemática que presenta la denominada causalidad de la conducta omisiva y que en el esquema tradicional en vano ha tratado de justificarse acudiendo a todo tipo de distorsiones dialécticas, que lo único que hacen es poner de manifiesto el paralelismo entre physis y nomos. Esa relación en el derecho, tradicionalmente llamada causalidad física, no puede seguir siendo la base del sistema, ni elemento autónomo, ya que es parte estructural del daño al posibilitar su existencia en la alteración o conformación mejor de una realidad, cosa diferente es la posibilidad de atribuir ese daño al obrar o no del sujeto, lo que constituye la imputación en sentido jurídico; más aún hoy día en que se habla de la crisis del dogma causal en las ciencias de la naturaleza, lo que ha permitido la conceptualización y desarrollo de criterios como el de la imputación objetiva y el deber de cuidado en el campo jurídico, desde luego.”

4.3 El caso concreto.

En el caso *sub lite*, quedó establecido que Freddy Antonio Gutierrez Lizarazo, ingresó a formar parte del Ejército Nacional, en calidad de soldado bachiller – conscripto, por cuanto resultó, física y psicológicamente⁶⁰, apto para la prestación del servicio militar obligatorio.

Es evidente, entonces, que estas aptitudes personales del conscripto Gutierrez Lizarazo, se vieron perturbadas a tal grado que resolvió quitarse la vida, pues así está expuesto en la nota suicida⁶¹ dejada por el occiso obrante en el expediente, la cual, concuerda con el protocolo de necropsia N-1232-94 GPF-DNO, en donde se concluyó que,

“DESCRIPCIÓN DE LAS HERIDAS POR PROYECTIL ARMA DE FUEGO” se consignó; “1.1. ORIFICIO DE ENTRADA: En región pectoral izquierda superior, a 6 cms de la línea media anterior y a 40 cms del vértice, circular de 2.8 x 3.0 cms, con bandeleta de contusión, quemadura y tatuaje de pólvora en tejidos internos al orificio y quemadura periorificial en forma de margarita y marca textil periorificial.

1.2. ORIFICIO DE SALIDA: Región escapular izquierda, a 40 cms del vértice y a 8 cms de la línea media posterior, circular de 0.9 cms de diámetro, bordes everidos...”

Para la Sala, el Militar se auto eliminó con un arma de dotación oficial, aunque no resultaron absolutamente establecidos los motivos que llevaron a Gutierrez Lizarazo a tomar esta determinación.

De lo anterior, es relevante para la Sala confrontar la forma en que el soldado Gutierrez Lizarazo tuvo acceso al arma de dotación y a la correspondiente munición, comoquiera que desempeñaba el cargo de estafeta⁶² de la Compañía ASPC, de donde se infiere, como es natural, que el soldado no tenía a su cargo el fusil galil con el que se quitó la vida y mucho menos a la hora de la ocurrencia del hecho (8:10 p.m.)⁶³, pero ello no fue obstáculo para soslayar su tarea, ya que le resultó cómodo acceder al armamento, lo cual es suficiente para aseverar que la armería no disponía de las medidas de seguridad y vigilancias requeridas en el manejo de armas, algo tan trascendental para el correcto ejercicio de las fuerzas militares cuya lasitud quedó de presente en el caso de autos, pues no se verificó el deber de cuidado y vigilancia que su autoridad requiere, mucho más cuando se trata de imposibilitar que se haga un uso inapropiado de las armas o la munición que se tiene bajo guarda y custodia.

⁶⁰ ARTÍCULO 15. EXAMENES DE APTITUD SICOFISICA. El personal inscrito se someterá a tres exámenes médicos. ARTÍCULO 16. PRIMER EXAMEN. El primer examen de aptitud sicofísica será practicado por oficiales de sanidad o profesionales especialistas al Servicio de las Fuerzas Militares en el lugar y hora fijados por las autoridades de Reclutamiento. Este examen determinará la aptitud para el servicio militar, de acuerdo con el reglamento expedido por el Ministerio de Defensa Nacional para tal fin. ARTÍCULO 17. SEGUNDO EXAMEN. Se cumplirá un segundo examen médico opcional, por determinación de las autoridades de Reclutamiento o a solicitud del inscrito el cual decidirá en última instancia la aptitud sicofísica para la definición de la situación militar. ARTÍCULO 18. TERCER EXAMEN. Entre los 45 y 90 días posteriores la incorporación de un contingente, se practicará un tercer examen de aptitud sicofísica para verificar que los soldados no presenten inhabilidades incompatibles con la prestación del servicio militar.

⁶¹ El "Sargento Mayor" tuvo toda la culpa esa GONORREA, PORQUERIA Y DESGRACIAO VIEJO CHOCHON”

⁶² Acta que trata de la defunción del soldado Gutierrez Lizarazo Freddy Antonio. fl. 8 c.1

⁶³ Acta de levantamiento del cadáver fl. 6 c.1

Por consiguiente, la Sala concluye que el Ejército Nacional omitió cumplir las medidas de seguridad que conlleva la custodia de las armas de fuego, en consideración a la peligrosidad que ellas mismas representan, por cuanto la entidad demandada se encontraba en la obligación normativa objetiva de vigilar su uso y minimizar el riesgo con ellas creado.

De manera que, la Sala considera que el Ejército Nacional transgredió su obligación positiva de custodia de las armas de fuego y protección del personal bajo su mando, al actuar de forma negligente en la administración de las armas, aumentando las probabilidades de producción de daños antijurídicos en la integridad personal de los soldados conscriptos a su cargo.

“En este sentido, es preciso resaltar que en el ámbito castrense se reconoce la existencia de un deber de vigilancia o seguridad adscrito a los superiores funcionales y a favor de sus subordinados; en este sentido el artículo 29 del Decreto 85 de 1989 preceptúa:

“Los superiores tienen la obligación de servir de ejemplo y guía a sus subalternos, estimular sus sentimientos de honor, dignidad, lealtad y abnegación; fomentar su iniciativa y responsabilidad y mantenerse permanentemente preocupados por su bienestar. Deben además inspirar en el personal confianza y respeto y guardarles deferencias que se deben a personas con las cuales se comparten responsabilidades inherentes a la profesión militar.”

Dicha prescripción reviste consecuencias disciplinarias cuando no se actúa con la diligencia requerida al momento de prescribir las órdenes necesarias para velar por la integridad física o protección de quienes se tiene a cargo; en este sentido, el Decreto 85 de 1989 enseña:

“Artículo 65 Son faltas contra la disciplina las que se clasifican y enumeran a continuación:

(...)

Sección ‘C’ De la diligencia en el mando.

Constituyen negligencia en el mando los siguientes actos:

(...)

h) La despreocupación por el bienestar del personal bajo su mando”⁶⁴.

Por otro lado, no obstante, el aporte de la falla cometida por la demandada, en la concreción del daño, la Sala encuentra probado que la víctima, en pleno disfrute de sus facultades mentales, decidió incumplir el protocolo de manejo de las armas y decidió apoderarse de su fusil de dotación oficial para con él quitarse la vida, de manera que fue Freddy Antonio Gutierrez Lizarazo quien con su actuar concretó el daño a sus bienes jurídicos, de donde se deduce que la víctima participó en la consumación del riesgo creado por el Estado, pues, pese a estar al tanto del peligro del instrumento de guerra, decidió dispararlo contra sí mismo.

Si bien la participación de la víctima no fue la causa única y determinante del daño como para eximir de responsabilidad al Estado, sí se configura una concurrencia de eventos que la atenúan y en consecuencia, disminuiría el monto de la indemnización debida. Al respecto ésta Corporación ha sostenido lo siguiente:

⁶⁴ Sentencia de 19 de agosto de 2011. Exp.19952.

“...será el juez quien en cada caso concreto el que valorará el curso o cursos causales existentes, para determinar la imputación fáctica del daño antijurídico, lo que permitirá establecer si operó una causa única o si existió una concausa, situación ésta en la que habrá que fijar proporcionalmente, según el grado de participación de cada sujeto, el monto del perjuicio padecido.

Ahora bien, no significa lo anterior que toda conducta de la víctima tenga la suficiente dimensión o entidad para excluir o enervar la imputación frente al presunto responsable; el comportamiento de aquella para poder operar como causal exonerativa de responsabilidad debe ostentar una magnitud, de tal forma que sea evidente que su comportamiento fue el que influyó, de manera decisiva, en la generación del daño”⁶⁵.

También se considera que para que se configure el hecho de la víctima como factor eximente o atenuante de responsabilidad, no es necesario que la entidad demandada acredite la irresistibilidad o imprevisibilidad del comportamiento de la víctima, pues basta con argumentar que es una causa adecuada y determinante para la producción del daño. Así se ha señalado por esta Corporación:

“En síntesis, no se requiere para configurar la culpa exclusiva de la víctima que el presunto responsable acredite que la conducta de aquélla fue imprevisible e irresistible, sino que lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño; incluso, una participación parcial de la víctima en los hechos en modo alguno determina la producción del daño, sino que podría de manera eventual conducir a estructurar una concausa y, por lo tanto, a reconocer una proporcionalidad en la materialización del mismo y en su reparación.

“Así las cosas, si la culpa de la víctima es causa parcial (concausa) en la producción del daño, esta circunstancia puede constituir un factor de graduación del perjuicio, todo lo cual dependerá del grado de participación de la propia persona afectada en la concreción de los hechos que son objeto de análisis”⁶⁶.

Dado que del acervo probatorio se deduce la determinación del soldado Freddy Antonio Gutierrez Lizarazo, en los hechos que condujeron a su muerte, sumado al incumplimiento de los deberes de protección y cuidado de la entidad demandada, la Sala concluye que se configura la responsabilidad administrativa del Ejército Nacional a título de falla probada del servicio.

5. Los perjuicios.

5.1. Perjuicios morales

5.1.1. Reconocimiento de los perjuicios morales.

La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012⁶⁷ señaló que en “cuanto se refiere a la forma de probar los perjuicios morales, debe advertirse que, en principio, su reconocimiento por parte del juez se

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 13 de agosto de 2008, M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO, exp. 17042.

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

encuentra condicionado –al igual que (sic) demás perjuicios- **a la prueba de su causación, la cual debe obrar dentro del proceso**". En la misma providencia se agrega que "la Sala reitera **la necesidad de acreditación probatoria del perjuicio moral que se pretende reclamar**, sin perjuicio de que, en ausencia de otro tipo de pruebas, pueda reconocerse con base en las presunciones derivadas del parentesco, las cuales **podrán ser desvirtuadas total o parcialmente** por las entidades demandadas, **demonstrando la inexistencia o debilidad de la relación familiar en que se sustentan**".

Sin duda, en los eventos en los que la afectación a las personas (por muerte o lesiones) produce como consecuencia de los daños antijurídicos en virtud de los hechos como los ocurridos el 15 de diciembre de 1994 en los que perdiera la vida el soldado Gutierrez Lizarazo, no puede reducirse su materialidad a la simple constatación desde la perspectiva ordinaria, sino que cabe comprender su consideración en el marco del respeto al ordenamiento jurídico, intereses y bienes que se vean vulnerados, socavados y lesionados, y se radican en cabeza de los demandantes.

La premisa, inicial, para fundamentar esto se radica en la afirmación del principio de la dignidad humana, cuyo despliegue no se agota solamente en la esfera interior, íntima y personal del sujeto, sino que se desdobra a los sentimientos que se producen de aflicción, desesperación, congoja, desasosiego, temor, etc., que afloran cuando se produce la afectación. Se trata, por lo tanto, de reconocer por conexidad la íntima relación que en este tipo de eventos se produce entre la esfera moral de cada individuo.

Sostener esto, sin duda alguna, representa el respeto al derecho a la reparación integral consagrada en el artículo 16 de la ley 446 de 1996, y se aproxima a la regla de la *restitutio in integrum*.

Debe, además, como parte de la motivación, examinarse si se acreditó el parentesco debida y legalmente, con los registros civiles, para reconocer los perjuicios morales en cabeza de los familiares de la víctima, para lo que procede la aplicación de las reglas de la experiencia, según las cuales se presume que la muerte, lesión, etc, afecta a la víctima y a sus familiares más cercanos (esto es, los que conforman su núcleo familiar), y se expresa en un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia⁶⁸ como espacio básico de toda sociedad⁶⁹

⁶⁸ "Las reglas de la experiencia, y la práctica científica han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo. Razón por la cual la Sala reitera la posición asumida por la Corporación en la sentencia de 17 de julio de 1992 donde sobre el particular, y con fundamento en la Constitución, se analizó el tópico, así: "En punto tocante con perjuicios morales, hasta ahora se venían aceptando que estos se presumen para los padres, para los hijos y los cónyuges entre sí, mientras que para los hermanos era necesario acreditar la existencia de especiales relaciones de fraternidad, o sea, de afecto, convivencia, colaboración y auxilio mutuo, encaminados a llevar al fallador la convicción de que se les causaron esos perjuicios resarcibles. Ocurre sin embargo, que la Constitución Nacional que rige en el país actualmente, en su artículo 2º., señala que Colombia como Estado Social de derecho que es, tiene como fines esenciales el de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma; también el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecte y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; al igual que defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica (sic) y la vigencia de un orden justo. "Por su parte el artículo 42 de la Carta Política, establece que el Estado y la sociedad tienen como deber ineludible el de garantizar la protección integral de la familia, núcleo fundamental de la sociedad, que "se constituye por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla." Y agrega que "Cualquier forma de violencia en la familia se considera

destruccion de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes”. (Subrayas fuera de texto). “La ley no ha definido taxativamente las personas que integran la familia que goza de la especial protección del estado y de la sociedad en general. Así las cosas, podría adoptarse como criterio interpretativo el concepto amplio de la familia, como aquellos parientes próximos de una persona a los que se refiere el artículo 61 del C.C., que es del siguiente tenor: “En los casos en que la Ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van a expresarse y en el orden que sigue: “1°. Los descendientes legítimos; “2°. Los ascendientes legítimos; “3°. El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o este a falta de descendientes o ascendientes legítimos; “4°. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1°, 2° y 3°; “5°. Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1°, 2°, y 4°; “6°. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores; “7°. Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados. “Si la persona fuera casada, se oirá también, en cualquiera de los casos de este artículo a su cónyuge; y si alguno o algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad o estuvieren sujetos a la potestad ajena, se oirá en su representación a los respectivos guardadores, o a las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituidos”. “También resulta procedente tomar como familia lo que los tratadistas definen como familia nuclear, esto es, la integrada por los parientes en primer grado a que alude el artículo 874, ordinal 3° ibídem, que reza: “La familia comprende (además del habitador cabeza de ella) a la mujer y a los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aún (sic) cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.” “La familia para fines de las controversias indemnizatorias, está constituida por un grupo de personas naturales, unidas por vínculos de parentesco natural o jurídico, por lazos de consanguinidad, o factores civiles, dentro de los tradicionales segundo y primer grados señalados en varias disposiciones legales en nuestro medio. “Así las cosas, la Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues ninguna razón para que en un orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestran la solidaridad o afecto hasta hoy requeridos, para indemnizarlos. Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que el daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales. “Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se ha tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente. En síntesis, la Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido lo normal y de requerir la prueba de lo anormal. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien.” (Negrillas de la Sala)”. Sección Tercera, sentencia de 15 de octubre de 2008. Exp.18586.

⁶⁹4.2. Amparada en la doctrina especializada, también la jurisprudencia constitucional ha señalado que el surgimiento de la familia se remonta a la propia existencia de la especie humana, razón por la cual se constituye en “la expresión primera y fundamental de la naturaleza social del hombre”. Bajo esta concepción, la familia es considerada un “presupuesto de existencia y legitimidad de la organización socio-política del Estado, lo que entraña para éste la responsabilidad prioritaria de prestarle su mayor atención y cuidado en aras de preservar la estructura familiar, ya que [e]s la comunidad entera la que se beneficia de las virtudes que se cultivan y afirman en el interior de la célula familiar y es también la que sufre grave daño a raíz de los vicios y desordenes que allí tengan origen”. 4.3. En Colombia, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 no acogió la propuesta formulada por el Gobierno de asignarle a la familia un alcance puramente asistencial y se decidió, en cambio, por reconocerle el carácter de pilar fundamental dentro de la organización estatal, asociándola con la primacía de los derechos inalienables de la persona humana y elevando a canon constitucional aquellos mandatos que propugnan por su preservación, respeto y amparo. De este modo, la actual Carta Política quedó alineada con la concepción universal que define la familia como una institución básica e imprescindible de toda organización social, la cual debe ser objeto de protección especial. 4.4. En efecto, el derecho internacional, en las declaraciones, pactos y convenciones sobre derechos humanos, civiles, sociales y culturales, se refiere a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad” y le asigna a los estados y a la sociedad la responsabilidad de protegerla y asistirle. Tal consideración aparece contenida, entre otros instrumentos internacionales, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16), en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y políticos (art. 23), en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10°) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (art. 17); los cuales se encuentran incorporados a nuestro derecho interno por haber sido suscritos, aprobados y ratificados por el Estado colombiano. 4.5. Bajo ese entendido, en nuestro país el régimen constitucional de la familia quedó definido: (i) en el artículo 5° de la Carta, que eleva a la categoría de principio fundamental del Estado la protección de la familia como institución básica de la

Ahora bien, respecto de los perjuicios morales en cabeza de los familiares de las víctimas con ocasión de la muerte y lesiones, por ejemplo, el juez contencioso administrativo debe observar que reconocida la existencia de los perjuicios morales teniendo en cuenta que con base en las reglas de la experiencia, se presume que, en las circunstancias en que ocurrió, para sus parientes inmediatos debió implicar un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad⁷⁰. Y se afirma que se trate de parientes cercanos, ya que dicha presunción, al no existir otro medio probatorio en el expediente, reviste sustento jurídico solamente respecto del núcleo familiar vital, esto es, aquel que se comprende dentro del mandato constitucional del artículo 42 de la Carta Política⁷¹.

sociedad; (ii) en el artículo 13, en cuanto dispone que todas las personas nacen libres e iguales y que el origen familiar no puede ser factor de discriminación; (iii) en el artículo 15, al reconocer el derecho de las personas a su intimidad familiar e imponerle al Estado el deber de respetarlo y hacerlo respetar; (iv) en el artículo 28, que garantiza el derecho de la familia a no ser molestada, salvo que medie mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley; (v) en el artículo 33, en cuanto consagra la garantía fundamental de la no incriminación familiar, al señalar que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (vi) en el artículo 43, al imponerle al Estado la obligación de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia; (vii) en el artículo 44, que eleva a la categoría de derecho fundamental de los niños el tener una familia y no ser separado de ella; y (viii) en el artículo 45, en la medida en que reconoce a los adolescentes el derecho a la protección y a la formación integral. 4.6. En concordancia con ello, el artículo 42 de la Constitución consagró a la familia como el “núcleo fundamental de la sociedad”, precisando que la misma puede constituirse por vínculos naturales o jurídicos, esto es, “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Ello permite advertir que en el orden constitucional vigente, no se reconocen privilegios en favor de un tipo determinado de familia, sino que se legitima la diversidad de vínculos o de formas que puedan darle origen. Así, tanto la familia constituida por vínculos jurídicos, es decir, la que procede del matrimonio, como la familia que se constituye por vínculos naturales, es decir, la que se forma por fuera del matrimonio o en unión libre, se encuentran en el mismo plano de igualdad y son objeto de reconocimiento jurídico y político, de manera que las personas tienen plena libertad para optar por una o otra forma de constitución de la institución familiar. 4.7. Conforme con el alcance reconocido a la familia, el propio artículo 42 le asigna a la sociedad y al Estado el deber de garantizar su protección integral, al tiempo que le asigna a la ley la función de regular, por una parte, las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo; y por la otra, lo referente a los efectos civiles de los matrimonios religiosos y de las sentencias dictadas por las autoridades religiosas que declaren su nulidad, así como también lo relacionado con la cesación de los efectos civiles de todos los matrimonios a través del divorcio. 4.8. La protección integral de que es objeto la institución familiar, cualquiera que sea la forma que ella adopte, es recogida y prologada por la propia Constitución mediante la implementación de un sistema de garantías, cuyo propósito es reconocer su importancia en el contexto del actual Estado Social de Derecho y hacer realidad los fines esenciales de la institución familiar, entre los que se destacan: la vida en común, la ayuda mutua, la procreación y el sostenimiento y educación de los hijos. Tal como lo ha destacado esta Corporación,[5] ese ámbito de protección especial se manifiesta, entre otros aspectos, (i) en el reconocimiento a la inviolabilidad de la honra, dignidad e intimidad de la familia; (ii) en el imperativo de fundar las relaciones familiares en la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja y en respeto entre todos sus integrantes; (iii) en la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia, sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma; (iv) en el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para los hijos, independientemente de cuál sea su origen familiar; (v) en el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos que desea tener; y (vi) en la asistencia y protección que en el seno familiar se debe a los hijos para garantizar su desarrollo integral y el goce pleno de sus derechos”. Corte Constitucional, C-821 de 9 de agosto de 2005.

⁷⁰ Sección Tercera, sentencias del 18 de marzo de 2010, expedientes: 32651 y 18569.

⁷¹ Con lo que se da continuidad al precedente de la Sala según el cual: “En relación con el perjuicio moral, debe precisarse que la Sala en recientes pronunciamientos ha señalado que éste 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. En tal sentido, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que pone de manifiesto que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con el daño irrogado a uno de sus miembros”. Sección Tercera, sentencia de 26 de febrero de 2009, expediente 16727.

Sin embargo, el juez contencioso administrativo debe examinar si encuentra que las entidades demandadas o las pruebas obrantes en el expediente, precisamente, desvirtuaron la presunción de aflicción causada a los demandantes por lo que lleva a concretar la existencia y reconocimiento de los perjuicios morales en cabeza de los familiares de víctima.

Para el caso en concreto, la nota suicida dejada por Freddy Antonio Gutierrez Lizarazo como elemento probatorio determinante que obra para acreditar la tasación y liquidación de los perjuicios ocasionados a los familiares de la víctima, ofrece elementos con base en los cuales permiten concluir que no hay lugar a la liquidación de los perjuicios morales toda vez que la misma revela;

“Papa: Usted fue buen padre, aunque tenía algunos detalles como: si le pedía algo decía que no tenía porque mi tía le decía que no nos diera nada nosotros que lo suyo era de las niñas René y Diana, pero bueno eso queda a su conciencia.

Papá le comento que lo que hice no fue por lo de ahora último sino por una serie de problemas que les cuento: 1- la separación de ustedes, el que no viviéramos juntos me dolía mucho. 2- en mi corta vida no tuve ni una sola novia para sentir amor de una mujer sólo tuve amigas pero nunca novia. 3- yo a usted y a mamá no les gustaba mi presencia, ni se preocupaban en darme cariño de hijo pero bueno, esto fue para evitarles menos dolores de cabeza y menos gastos.

Aunque usted a veces disimulaba y se preocupaba por mí pero como usted decía yo le tenía sin cuidado.

Mamá: gracias por la carta que me mandó pero déjese de ser mentirosa que usted nunca me quiso siempre era todo para Sandra, pero bueno hay (sic) queda sola con su hija, porque para mí nunca hubo nada como fiesta de primera comunión, grado, cumpleaños, etc... pero bueno hay (sic) quedan solas. Ah y no vaya a botar lágrimas de cocodrilo por mí porque yo sé que me quería más mi peor enemigo que usted. Y yo de bobo pedía permisos para ir a mi casa a visitar a mi mamá, pero ella estaba de rumba en Caracas diciendo que estaba trabajando pero... mejor no la juzgo porque eso es malo y no llore porque sabré que es por pura hipocresía.

Sandra: De usted no me quedan rencores, aunque como era la que pagaban la casa, cuando se calentaba me echaba y siempre me humillaba por eso y la ropa. Hay (sic) le dejó todo lo mío uselo tranquila. Ah y perdóneme por la ropa que le ensuciaba y manchaba. chao. Le ruego que me lleve saludes y le comenté lo que pasó a Marcela. Si no la conoce dígale a Javier que le diga que yo la quería mucho y estaba tragado de ella. Que me recuerdes siempre. Salude a todos mis amigos y familiares.

(...)”

En efecto, resulta claro para la Sala que si bien se encuentra debidamente acreditado el parentesco entre las demandantes y la víctima, lo cierto es que teniendo en cuenta el contenido de la nota suicida quedó demostrado que las demandantes no tenía una relación de cercanía sentimental con la víctima, por el contrario, la misma revela la desintegración del núcleo familiar, la ausencia de cariño hacia uno de sus miembros, la inexistencia de lazos de solidaridad y el respecto de la dignidad humana. Circunstancias que no permiten presumir razonadamente que efectivamente las demandantes experimentaron con la muerte de Freddy Antonio profundo dolor, angustia y aflicción.

Casos como el que hoy ocupa a la Sala, justifican la necesidad de demostrar el perjuicio moral, más allá de cualquier presunción, pues no puede perderse de vista

el concepto de familia, su importancia para determinar la procedencia de tal perjuicio, ya que debe apreciarse:- cómo estaba conformada la familia?; - qué rol desempeñaba la víctima al interior de su familia?; - cómo estaban definidas las relaciones entre la víctima y los demás miembros de la familia?; - se trataba de una familia que convivía o no en un mismo espacio?; - se trataba de una familia que estaba disgregada, o de una familia fruto de diferentes relaciones de los padres –hermanastros, hermanos de crianza, por ejemplo-?), y de reconocer su existencia bien sea como un derecho prestaciones, o fundamental⁷².

En ese orden, mal podría reconocerse indemnización alguna en favor de las demandantes, pues claramente del documento dejado por la víctima, no puede predicarse presunción de aflicción, la cual como presunción que es, admite prueba en contrario.

En ese sentido, la sentencia de la Corte Constitucional T-212 de 2012 concluyó:

*“De igual forma, establece que (ii) una autoridad judicial viola el derecho al debido proceso constitucional de una persona cuando la condena por perjuicios morales, en un monto significativo, **sin tener pruebas ciertas para ello**. Tal decisión constituye un defecto fáctico, y si la condena es de carácter contencioso administrativo, desconoce además, la jurisprudencia que al respecto ha sido establecida por el Consejo de Estado en la materia, que indica al juez a que sus decisiones sobre condenas por perjuicios morales encuentran sustento en su buen juicio, enmarcado dentro de los límites de la racionalidad y la razonabilidad.*

*Finalmente, la Sala advierte que de acuerdo con la jurisprudencia contencioso administrativa (iii) los perjuicios morales son daños que pueden ser reconocidos por el juez administrativo y cuyo pago **puede ser ordenado siempre que el mismo se encuentre debidamente probado**. No basta con demostrar algún tipo de dolor o de afectación, es preciso probar que la afectación fue intensa. La discrecionalidad judicial en materia de perjuicios morales no es arbitrariedad o mero pálpito o intuición judicial. El ejercicio de la discrecionalidad debe tener en cuenta (a) “las condiciones particulares de la víctima” y (b) “la gravedad objetiva de la lesión”. En cualquier caso, la decisión de definición de los perjuicios morales debe tener en cuenta los*

⁷² “Se discute igualmente en relación con el contenido y alcance de las medidas constitucionales de protección de la familia. En efecto, aquéllas se manifiestan en la necesaria adopción de normas legales, de actos administrativos, así como de decisiones judiciales, medidas todas ellas encaminadas a lograr y preservar la unidad familiar existente, al igual que brindar una protección económica, social y jurídica adecuada para el núcleo familiar. Estos son los propósitos, o la razón de ser de las normas jurídicas y demás medidas de protección previstas por el ordenamiento jurídico. Así mismo, se presenta una controversia acerca de si la familia puede ser considerada, en sí misma, un derecho fundamental o uno de carácter prestacional. De tal suerte que las medidas de protección de aquélla pueden ser comprendidas de manera diferente, dependiendo de si se entiende que familia es un derecho fundamental (de primera generación), o si, por el contrario, se ubica como un derecho de contenido prestacional. En efecto, si se entiende que “familia” es un derecho prestacional, entonces el Estado, según las condiciones económicas podrá establecer mayores o menores beneficios que proporcionen las condiciones para que las familias puedan lograr su unidad, encontrándose protegidas económica y socialmente. De igual manera, entraría a aplicarse el principio de no regresión, pudiéndose, en algunos casos, excepcionarse. Por el contrario, si se comprende a la familia en términos de derecho fundamental, entonces las medidas estatales relacionadas con aquélla serán obligatorias, no pudiendo alegarse argumentos de contenido económico para incumplirlas, pudiéndose además instaurar la acción de tutela para su protección. Finalmente, la tesis intermedia apunta a señalar que la familia como institución debe ser protegida por el Estado, en cuanto a la preservación de su unidad y existencia, presentando en estos casos una dimensión de derecho fundamental; al mismo tiempo, otros elementos, de contenido económico y asistencial, se orientan por la lógica de implementación y protección propia de los derechos prestacionales. En suma, de la comprensión que se tenga del término “familia” dependerá el sentido y alcance de los mecanismos constitucionales de protección”. Corte Constitucional, sentencia T-572 de 26 de agosto de 2009.

principios de equidad, razonabilidad y reparación integral'. (resaltado por fuera de texto)

5.2 Perjuicios materiales.

5.2.1 Daño emergente.

Por este concepto no obra prueba en el expediente que dé cuenta de gastos en que se incurrido por parte de las demandantes con ocasión del daño, motivo por el cual no hay lugar a su estudio.

5.2.2 Lucro cesante.

En materia de perjuicios materiales se reclama el pago de los perjuicios a título de lucro cesante consolidado y futuro a favor de Edilia Lizarazo de Gutierrez (madre) y Sandra Liliana Gutierrez Lizarazo (hermana). Para el reconocimiento de este perjuicio, de tiempo atrás la Sala tiene por establecido que para proceda tal indemnización, debe acreditarse, por regla general⁷³, la dependencia económica existente entre los demandantes y la víctima.

En el presente caso, no obra en el expediente prueba idónea que demuestre que efectivamente Edilia Lizarazo de Gutierrez y Sandra Liliana Gutierrez Lizarazo dependían y recibían parte de los ingresos que percibía su hijo Freddy Antonio, en contraste, de la nota suicida dejada por el occiso se desprende, de una parte, que para la época de los hechos la señora Edilia se encontraba por fuera del país presuntamente laborando, y de otra, que la hermana Sandra Liliana era quien sufragaba por su propia cuenta los gastos de la vivienda.

Así, a tenor de lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, según el cual *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, constituye una carga procesal de la parte actora demostrar los supuestos de hecho invocados por ella en la demanda; sin embargo, la actora no cumplió con dicha carga y la consecuencia de su falencia no puede ser otra que la negación de suma alguna como indemnización por este concepto.

En efecto, a juicio de la jurisprudencia de esta Sección:

“Si bien el derecho procesal tiene la finalidad de ‘servir de instrumento necesario para la concreción y efectividad de las normas sustanciales’⁷⁴, la Constitución de 1991 ‘lo elevó a rango constitucional en su artículo 228, pues son las normas procesales probatorias de una especial relevancia ya que tal como se repite desde siempre y concreta el aforismo romano ‘Idem est non esse aut non probari’, igual a no probar es carecer del derecho, pues de poco sirve ser titular de una determinada relación jurídica u ostentar una precisa calidad de tal orden, si en caso de que se pretenda desconocer o discutir o sea necesario evidenciarla, no estamos en capacidad de acreditar esa titularidad ante quien nos la requiere, en cuestiones públicas o privadas’⁷⁵.

⁷³ Se presume dependencia respecto de quienes son acreedores alimentarios por ley, exigiéndose prueba para cualquier persona que no esté dentro de estas categorías. Excepciones: ayuda previa por fuera de la regla de la experiencia, invalidez de los hijos o de los padres, condición de hijo único. Sentencias del 3 de octubre de 1992, del 8 de agosto de 2000 y del 15 de agosto de 2002.

⁷⁴ “LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil Pruebas*, Tomo III, DUPRE Editores, Bogotá D. C. 2001, Pág. 15.”

⁷⁵ “Ibídem.”

“Es así como una de las reglas técnicas del derecho probatorio es la de la carga de la prueba, la cual parte del supuesto de que ‘son los sujetos de derecho que intervienen en el proceso sobre los que gravita fundamentalmente el deber de procurar que las pruebas se practiquen o aporten y por eso que a su iniciativa para solicitarlas e interés para llevarlas a efecto se atiende de manera primordial. (...) El concepto de carga de la prueba es central para entender el porqué de ciertas decisiones judiciales, pues en aquellos eventos donde la ausencia de pruebas se presenta, no puede el juez abstenerse de decidir y es así como se impone un fallo en contra de quien tenía radicada la carga de la prueba”⁷⁶. Es evidente que nadie mejor que el interesado para conocer los medios de prueba que deben emplear, con el fin de demostrar los hechos en que están fundamentando sus pretensiones.”⁷⁷

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

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

FALLA

REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander de 27 de febrero de 2003, la que quedará de la siguiente manera:

PRIMERO. DECLARESE administrativa responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional de la muerte del señor Freddy Antonio Gutierrez Lizarazo.

SEGUNDO. DENIÉGUENSE las pretensiones indemnizatorias solicitadas por la parte demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. ABSTÉNGASE de condenar en costas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

OLGA VALLE DE DELA HOZ
Magistrada
Aclaró voto

ENRIQUE GIL BOTERO
Magistrado
Salvó voto parcialmente

⁷⁶ “Op. Cit. Pág. 26.”

⁷⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 24 de marzo de 2004, Radicación número: 44001-23-31-000-2003-0166-01 (AP), C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente