

## **RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS SUFRIDOS POR CONSCRIPTOS Y MIEMBROS VOLUNTARIOS DE LA FUERZA PUBLICA - Diferencias**

La jurisprudencia del Consejo de Estado distingue entre la responsabilidad aplicable a la administración por daños sufridos en el ejercicio del servicio militar obligatorio –y con ocasión del mismo-, de la que surge de aquellos daños padecidos por un integrante de las fuerzas armadas incorporado voluntariamente al servicio. Dicha distinción tiene su fundamento razonable en que, mientras en el primer caso la prestación del servicio militar es impuesta a algunos ciudadanos por el ordenamiento jurídico, en la segunda eventualidad la persona ingresa al servicio por iniciativa propia, con lo que asume los riesgos inherentes que implica el desempeño de la carrera militar. Así las cosas, las personas que prestan servicio militar obligatorio sólo están obligadas a soportar las cargas que son inseparables a la prestación del servicio, tales como la restricción a los derechos fundamentales de libertad y locomoción, pero no los riesgos anormales o excepcionales. Quienes prestan el servicio en forma voluntaria, por su parte, asumen todos aquellos riesgos que naturalmente están relacionados con el desempeño de las actividades de la milicia. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencias de 27 de noviembre de 2006, exp. 15583 y de 6 de junio de 2007.

**REGIMEN APLICABLE POR DAÑOS SUFRIDOS POR CONSCRIPTOS - Objetivo. Aplicación de la teoría del riesgo excepcional / DAÑOS SUFRIDOS POR MIEMBROS VOLUNTARIOS DE LA FUERZA PUBLICA - Riesgo propio del servicio / DAÑOS SUFRIDOS POR MIEMBROS VOLUNTARIOS DE LA FUERZA PUBLICA - Daño producido por causa y con ocasión del servicio e imputable a la administración / REGIMEN APLICABLE POR DAÑOS SUFRIDOS POR MIEMBROS VOLUNTARIOS DE LA FUERZA PUBLICA - Subjetivo. Falla del servicio**

Si se trata de determinar la responsabilidad en el caso de los daños causados a quien presta servicio militar obligatorio, la imputación se hace con base en la teoría del riesgo excepcional, bajo la óptica de un régimen objetivo de responsabilidad. En cambio, si se trata de determinar la responsabilidad frente a quien prestaba sus servicios como voluntario, se entiende que dicha persona es parte en una relación laboral con el Estado, la cual está regida por los derechos y obligaciones relativos a dicho nexo, los cuales se concretan cuando se presentan daños ocurridos con ocasión de la prestación del servicio y en directa relación con el mismo; igualmente, si el daño no se produjo por causa y con ocasión del servicio, pero es imputable a la administración, la responsabilidad deberá establecerse bajo la óptica de la falla del servicio. (...) de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3° y 4° ibídem, los soldados que prestan de forma voluntaria el servicio militar ostentan los beneficios y calidades característicos de la vinculación al servicio de manera permanente –por un lapso no menor de doce meses-, en forma similar a como ocurre con los soldados profesionales, situación ésta que implica que los soldados voluntarios tienen una condición de prestación del servicio sustancialmente diferente a la que es predicable de aquellos soldados que han ingresado al cuerpo militar en situación de conscripción. Por tal razón, es necesario que en cada caso particular se demuestre la forma de vinculación del servidor con las fuerzas armadas, para efectos de establecer el régimen de responsabilidad que resulta pertinente, toda vez que el régimen objetivo de responsabilidad sólo es aplicable cuando se trate de soldados concriptos –que presten servicio militar obligatorio- independientemente de su modalidad de incorporación tal como previamente se ha señalado. Por lo tanto, si bien es cierto que el deber del Estado de proteger la vida de todas las personas se predica también con relación a los miembros de los cuerpos armados, la asunción

voluntaria de los riesgos propios de esas actividades modifica las condiciones en las cuales el Estado responde por los daños que éstos puedan llegar a sufrir, sin que ello signifique que la aceptación de tales riesgos admita que recaiga sobre ellos cargas desproporcionadas e innecesarias o que se exonere a los cuerpos armados de proteger la vida e integridad de sus integrantes. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar Consejo de Estado, Sala Plana, sentencia de 17 de febrero de 1995, exp. S-247. En el mismo sentido consultar sentencias de: 18 de octubre de 1991, exp. 6667; 20 de febrero de 2008, exp. 16649 y de 23 de junio de 2010, exp.18570.

**FUENTE FORMAL:** LEY 48 DE 1993 - ARTICULO 13

**CARGA DE LA PRUEBA EN EL REGIMEN DE FALLA PROBADA DEL SERVICIO - Corresponde a quien lo alega / CARGA DE LA PRUEBA - No se arrimó / PRUEBA - Incendio de archivos militares relevantes por parte de la entidad demandada / PRUEBA - No se reconstruyó**

La carga de la prueba en un régimen de falla probada que permita evidenciar si el daño sufrido fue antijurídico y éste le es imputable a las autoridades públicas con ocasión de su acción u omisión, corresponde a quien lo alega, es decir, a la parte actora. No obstante ésta Sala ha considerado, en criterio que aquí reitera, que cuando el material probatorio es solicitado por la parte, decretado por el a quo e injustificadamente no arrimado por la parte que lo atesora, el ocultamiento de las pruebas obstaculiza la construcción de la verdad judicial y desconoce el deber de colaboración con la justicia, lo que además evidencia un desprecio hacia el dolor de los que desean obtener un relato creíble y objetivo de lo que sucedió con sus familiares y/o de sí mismos o de un colectivo o grupo, bajo el entendido de que la reconstrucción de la verdad es una forma de reparación simbólica que contribuye a sanar las heridas en una sociedad. (...) Este precedente sería suficiente argumento para despachar favorablemente las súplicas de la demanda, pues como allí se indica y adelante se insistirá, la omisión del deber de aportar la documentación oficial que pueda servir para esclarecer los hechos es un indicio grave en contra de la Administración y por esa ruta se llega al incumplimiento de lo señalado en el artículo 210 del Código de Procedimiento Civil, con las consecuencias que ello apareja. Sin embargo, la gravedad de lo sucedido en el caso concreto, esto es, el incendio de unos archivos militares relevantes para un obtener información oficial y con vocación probatoria en un proceso judicial, su no reconstrucción y la pasividad de los responsables en averiguar las razones de lo ocurrido y sus posibles consecuencias administrativas, disciplinarias y penales, imponen a la Sala proporcionar razones adicionales que no solo sustancien la decisión de responsabilidad que se proferirá, sino que también pongan de relieve la importancia que tienen los archivos oficiales –y en especial los militares- en sociedades que pretenden transiciones de conflicto armado a convivencia pacífica. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencia de 29 de septiembre de 2011, exp. 22150.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 210

**DEBER DE ARCHIVO DE DOCUMENTOS PUBLICOS - Imperativo constitucional y legal**

El deber de archivo de los documentos públicos es un imperativo para la administración que desde una actuación operativa contribuye a la realización y plena garantía de un cúmulo de derechos fundamentales, centrales para el funcionamiento de la democracia en el marco del Estado Social de Derecho, como

son: el derecho de petición (art. 23 constitucional), el acceso a la información pública y bases de datos (arts. 15, 20, 74 constitucional), debido proceso administrativo (art. 29 constitucional), acceso a la justicia (art. 229 constitucional), pero también el de reconstrucción de la memoria histórica (arts. 70 y 72 constitucional). Con esta misma orientación, respecto al deber del Estado y sus servidores de conservar los documentos públicos. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar Corte Constitucional, sentencias: T-656 de 2010; T-443 de 1994; T-116 de 1997; T-129 de 1997 y T-875 de 2010.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 15 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 20 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 23 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 29 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 70 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 72 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 74 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 229

**DERECHO A LA RECONSTRUCCION DE LA MEMORIA HISTORICA - Basado en valores, principios, derechos constitucionales y fines estatales / MEMORIA HISTORICA - Patrimonio político y cultural de los pueblos**

Es también necesario resaltar el derecho a la reconstrucción de la memoria histórica que tiene como base valores, principios, derechos constitucionales y fines estatales, pues no de otra forma puede entenderse que en el preámbulo constitucional se promueva asegurar la convivencia, la justicia, “el conocimiento, la libertad y la paz”, que existan principios como la “prevalencia del interés general” (art. 1), que se estipulen fines como “la unidad de la Nación” (preámbulo), la participación en la vida “cultural de la Nación” (art. 2), el orden justo (preámbulo y art. 2); que se consagren derechos como la cultura en su dimensión de fundamento de la nacionalidad (art. 70 constitucional), la búsqueda del conocimiento (art. 71 constitucional) y finalmente se indique perentoriamente que “el patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado” (art. 72 superior). (...) cuando de lo que se trata es de documentos, testimonios, narraciones que dada su importancia pasan a ser piezas que contribuyen a enlazar la historia en la construcción de un relato nacional, estos sobrepasan el legítimo interés de las partes en el acceso a la justicia y comprometen la posibilidad de descubrir el sentido del pasado, la memoria histórica en tanto patrimonio político y cultural de los pueblos.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 1 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 71 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 72

**DEBER DE MEMORIA HISTORICA EN EL CONFLICTO ARMADO - Preocupación del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho legal interno / DEBER DE MEMORIA HISTORICA - Regulación normativa**

El deber de memoria histórica –con amplio fundamento en nuestra Constitución, como se vio- ha sido una particular preocupación del derecho internacional de los derechos humanos y más recientemente del derecho legal interno, con ocasión del conflicto armado que nuestro país padece. Así, el deber de memoria de los Estados fue inicialmente regulado por el derecho internacional para luego pasar a ser objeto de construcción social, política y jurídica del orden nacional, en especial en aquellos Estados en proceso de transición democrática tales como España,

Argentina, Guatemala y Perú. Los primeros pasos, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, fueron marcados por el Informe final sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los Derechos Humanos presentado por Louis Joinet y aprobado por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en 1998. En dicho informe se establecen tres principios básicos para la protección y promoción de los derechos humanos a través de la lucha contra la impunidad, en tanto derechos de las víctimas, como son: el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación. (...) Como la reparación integral comporta el derecho de la justicia y a la verdad, éstos derechos tienen como uno de sus correlatos el compromiso de la administración de preservar la memoria institucional, el cual es más acuciante cuando se trata de archivos militares que den cuenta de la versión oficial de los hechos de orden público propios de un país en conflicto armado. Consiente de la importancia de esta misión, Colombia ha dado pasos importantes con el fin de preservar la memoria histórica del conflicto armado, como un legado que integra la facilitación de los procesos de paz en el país. En efecto en la Ley 975 de 2005 en el componente de la reparación se consagra: (...) el Capítulo X, de la mencionada ley está dedicado a la conservación archivos, de suerte que en el artículo 56 se establezca el deber de memoria a cargo del Estado (...) El derecho a la reparación y el deber de memoria ha sido posteriormente delineado mediante la Ley 1448 de 2011.

**FUENTE FORMAL:** LEY 975 DE 2005 - ARTICULO 56 / LEY 1448 DE 2011

**EL DERECHO DE REPARACIÓN EN EL MARCO DEL CONFLICTO ARMADO - El deber de la memoria histórica / DESTRUCCION DE ARCHIVOS MILITARES POR PARTE DE LA FUERZA PUBLICA - Indicio grave en contra / DESTRUCCION DE ARCHIVOS MILITARES POR PARTE DE LA FUERZA PUBLICA - Configuración de una falla del servicio**

La destrucción por parte de la institución castrense de los archivos militares que contendrían la información oficial de lo ocurrido en materia de orden público y conflicto armado, se interpreta como un indicio grave en contra suya que hace prosperar las pretensiones de la demanda en cuanto a la presencia de una falla del servicio, pues tal situación permite configurar la presunción estipulada en el artículo 210 del C.P.C. (...) las pruebas que hubiesen contribuido a develar si la lesión recibida por el soldado se adecuaba a las que se enmarcan dentro de los riesgos propios de la actividad, no fueron allegadas por la demandada que de una parte omitió investigar la actuación adelantada en forma unilateral e inconsulta por parte de un integrante de la institución contra los archivos de la entidad, incinerándolos por considerarlos "basura"; y además no adelantó ninguna gestión dirigida a recaudar los documentos solicitados mediante la búsqueda en otros archivos disponibles en la misma entidad o testimonios, ni menos se preocupó por la reconstrucción del archivo incinerado. (...) al negligente actuar de la accionada en procura de la custodia y conservación de sus archivos, con violación de las normas constitucionales señaladas a lo largo de esta providencia, se agrega una doble omisión: i) en el adelantamiento de la investigación disciplinaria, penal militar y eventualmente penal que correspondía realizar para evitar la impunidad; y ii) el desinterés en propiciar la reconstrucción de los archivos, con la finalidad de recuperar el material probatorio que allí reposaba. Lo que evidencia la incuria de la demandada en la colaboración con la justicia que, además, no se compadece con los actuales estándares jurídicos y que ofende los principios de transparencia, rendición de cuentas y buen gobierno en una sociedad democrática como la que predica el Estado colombiano.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 210

**INDEMNIZACION DE PERJUICIOS MORALES - Depende de la intensidad del daño / DAÑO MORAL - Grave lesión y muerte de soldado voluntario. Destrucción de la memoria histórica / TASACION DEL PERJUICIO MORAL - Reconocimiento de la máxima indemnización para cada uno de los familiares. Cien salarios mínimos mensuales legales vigentes**

El monto a indemnizar por un perjuicio moral depende de la intensidad del daño. Cuando el perjuicio moral es de un mayor grado, como sucede generalmente con la pérdida de un hijo, se ha considerado como máximo a indemnizar la suma de 100 s.m.l.m.v a la fecha de la sentencia, lo que "no significa que no pueda ser superior cuando se pide una mayor indemnización y se alega y demuestra una mayor intensidad en el padecimiento del daño moral". En el caso de los hermanos ha sido criterio de esta Sala reconocer 50 s.m.l.m.v. Cabe señalar que en este caso, si bien el soldado Camacho falleció años después de instaurada esta demanda, ello no es el daño moral indemnizable sino el que se generó con la grave lesión que recibió y que lo dejó en estado de postración. Esta singular situación, hizo recaer en sus familiares una atención y dedicación cotidiana dada su situación de total dependencia física. Considera esta Sala que el daño moral que genera en el núcleo familiar aspectos como: ver, atender, cuidar, proteger y acompañar a un pariente que retiene una mínima calidad de vida, es de aquellos considerados de máxima intensidad, por cuanto su presencia evoca el hecho causante y acongoja día a día la vida en común. Por ende, dadas las especiales características que rodearon el daño, se reconocerá la máxima indemnización para cada uno los familiares. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencia del 10 de agosto de 2005, exp. 16205.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil trece (2013)

**Radicación número: 50001-23-31-000-1996-05888-01(22666)**

**Actor: RAFAEL CAMACHO CARVAJAL**

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

**Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA**

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 12 de octubre de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta-Sala de Descongestión para Fallos, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda. La sentencia será revocada.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Síntesis del caso

El 5 de septiembre de 1994 el soldado voluntario Wilson Camacho Ospina, quien se encontraba asignado al puesto de Calamar en San José del Guaviare, base militar perteneciente al Batallón de Contraguerrillas n.º 8 Quimbaya-Compañía "Cazador", fue herido de gravedad en el servicio por acción directa del enemigo en restablecimiento del orden público. La entidad accionada adujo que los archivos correspondientes al batallón en mención por los años 1994, 1995 y 1996 fueron incinerados por decisión del entonces comandante, y por ende correspondía a la actora probar la responsabilidad de la administración, argumento que fue acogido por el *a quo* al negar las pretensiones de la demanda.

### 2. Lo que se demanda

1. Mediante escrito presentado el 10 de diciembre de 1996 ante el Tribunal Administrativo del Meta (fls. 14 a 23)<sup>1</sup>, el señor Rafael Camacho Carvajal y otros, interpusieron acción de reparación directa contra la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, con el propósito de que se diera trámite favorable a las pretensiones que se citan a continuación:

*1. Se declare a la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional), responsable de los daños y perjuicios morales causados a RAFAEL CAMACHO CARVAJAL, (padre del lesionado), RAFAEL CAMACHO OSPINA y LINA MARÍA CAMACHO OSPINA (hermanos del lesionado), con motivo de las gravísimas lesiones personales sufridas por el soldado Wilson Camacho Ospina, en hechos acaecidos el día (5) de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), en San José del Guaviare y cuando éste se encontraba haciendo parte del Batallón Quimbaya, Compañía "Cazadores", en el puesto de "Calamar", cuyos efectivos fueron atacados sorpresivamente por algunos subversivos.*

*EN SUBSIDIO, la declaratoria de responsabilidad de la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa-Ejército Nacional-), se hará a favor de las personas mencionadas en su calidad de DAMNIFICADOS y, principalmente, en cuanto se refiere al señor RAFAEL CAMACHO OSPINA.*

*Segunda. Como consecuencia de la anterior declaración se condene a*

---

<sup>1</sup> El expediente consta de dos cuadernos y un anexo.

*la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional), a pagar por concepto de perjuicios morales al Sr. Rafael Camacho Carvajal (padre del lesionado), la cantidad de mil doscientos gramos oro (1.200 Gms. Oro) y a cada uno de los hermanos RAFAEL CAMACHO OSPINA y LINA MARÍA CAMACHO OSPINA, la cantidad de seiscientos gramos de oro (600 Gms. Oro) al precio que este metal tenga para la fecha de ejecutoria de la sentencia y según certificado que al respecto expida el Banco de la República.*

*En subsidio, esta condena económica por perjuicios morales en contra de La Nación Colombiana (Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional-) y en favor de los actores se hará en su calidad de damnificados.*

*TERCERA. Se condene a la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional-) a pagarle a los demandantes sobre las sumas de dinero que en concreto se les fije en la sentencia, intereses comerciales y moratorios conforme al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.*

*Se declarará expresamente que todo pago se imputará primero a los intereses conforme al artículo 1653 del código Civil.*

*CUARTA. Se comuniquen la sentencia para su ejecución y cumplimiento en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo (sic.)*

1.1. Sostuvo el apoderado de la parte actora que para el 5 de diciembre de 1994, el soldado profesional Wilson Camacho Ospina, se encontraba en el puesto de Calamar en San José del Guaviare, cuando un grupo de subversivos atacó las instalaciones en una operación "relámpago" e hirió gravemente al soldado Camacho (f. 18, c. 2). Producto de las lesiones el soldado en mención permaneció hospitalizado durante 8 meses y se le declaró invalidez permanente.

1.2. La fracción guerrillera consiguió atacar el puesto de Calamar "por falta de una adecuada estrategia militar en la vigilancia del lugar lo que constituye, sin lugar a dudas, una falla del servicio, ya que un puesto de avanzada como Calamar debía tener suficiente distribución de centinelas que en cualquier momento pudieran detectar la presencia del enemigo y evitar un ataque por sorpresa como el de autos" (f. 19, c. 2) (sic).

1.3. Debido a las gravísimas lesiones padecidas por el soldado Camacho, su larga hospitalización y las secuelas irreparables que le quedaron, tanto su padre como hermanos han sufrido perjuicios morales que les debe ser resarcidos por la demandada.

### **3. Trámite procesal**

2. El Ministerio de Defensa Nacional **contestó la demanda** (folios 35 y 36, c. ppal), se opuso a todas y cada unas de las pretensiones y manifestó que la lesión del soldado Wilson Camacho se dio en el servicio y por razón del mismo, "*pues es el riesgo que asume todo funcionario que porte el uniforme de las Fuerzas Militares*", situación que excluye la falla del servicio al ser producto de "*un hostigamiento en donde desafortunadamente resultó lesionado el hijo del hoy actor*". Adicionalmente la demandada agregó que le resulta confusa la presunta legitimación por perjuicios morales del lesionado tomando en consideración que éste no es parte procesal.

3. Igualmente, solicitó se decreten pruebas y tengan como tales las pedidas por el apoderado de los actores, más otras nuevas que requirió como fueron:

*1. Oficiar al Batallón de Contra Guerrillas No. 8 "Quimbaya" de la Octava Brigada con sede en la ciudad de Armenia (Quindío), para que certifiquen si para el 05 de diciembre de 1.994 ese Batallón contaba con Tropas destacadas en la región de Calamar departamento del Guaviare. De igual forma, certifiquen si para la fecha de los hechos se encontraba en servicio activo en calidad de Soldado Voluntario al señor WILSON CAMACHO OSPINA.*

*2. Oficiar al Comando de la Séptima Brigada con sede en Villavicencio (Meta), para que certifiquen si para el 05 de diciembre de 1994 se encontraban agregados a esa Unidad Operativa, tropas pertenecientes al Batallón de Contra Guerrillas No. 8 "Quimbaya" (...) (sic).*

4. Mediante auto calendarado el 31 de octubre de 1997 el *a quo* decretó las pruebas solicitadas por las partes (f. 40-42, c.2), por lo que mediante oficio 0851 (f. 45-46, c.2) del 17 de abril de 1998 instó al Comandante del Ejército Nacional a allegar las siguientes pruebas documentales:

*1. Fotocopia auténtica del Informe respectivo donde se dio cuenta del ataque efectuado por subversivos el día 5 de diciembre de 1.994 al puesto de Calamar en San José del Guaviare, puesto perteneciente al Batallón Quimbaya, compañía "Cazadores", y en donde fue herido de suma gravedad el soldado WILSON CAMACHO OSPINA.*

*2. Fotocopia auténtica de la correspondiente averiguación administrativa sobre los hechos acaecidos y que contiene informes, declaraciones recibidas, y demás pruebas practicadas para el esclarecimiento de la verdad en relación con lo sucedido.*

*3. Fotocopia auténtica de la pertinente investigación penal, si la hubo, así como fotocopia auténtica del respectivo proceso disciplinario que con ocasión de los mismos hechos se haya adelantado.*

*4. Fotocopia auténtica de la pertinente orden administrativa del personal Comando del Ejército donde se le da de baja al soldado WILSON CAMACHO OSPINA, por incapacidad permanente (sic).*

5. De igual modo el *a quo* solicitó: i) mediante el oficio n.º 0852 al comandante del Batallón de Contraguerrillas n.º 8 Quimbaya, Octava Brigada con sede en Armenia-Quindío, para que certificara si para la fecha de los hechos narrados en la demanda, ese batallón contaba con tropas destacadas en la región de Calamar departamento del Guaviare y si para esa misma fecha se encontraba en servicio activo, en calidad de soldado voluntario el señor Wilson Camacho Ospina. (f. 47, c.2); ii) el oficio n.º 0853 por el cual le solicita al comandante de la Séptima Brigada con sede en Villavicencio (Meta) informar si para la fecha de los hechos se encontraban agregados a esa Unidad Operativa, tropas pertenecientes al batallón de contraguerrillas n.º 8 Quimbaya.

6. En respuesta a estas solicitudes el comandante de la Séptima Brigada remitió: i) copia de 3 radiogramas (8547 del 5 de diciembre de 1998, 8565 del 6 de diciembre de 1994 y 8567 del 6 de diciembre de 1994) enviados a su vez por el Batallón de Infantería 19 Joaquín París en donde éste último señala “*siendo los únicos documentos existentes en los archivos de esta Unidad*” (f. 52, c.2)<sup>2</sup>; ii) copia del oficio 21739-BR8-B3-375 del 8 de junio de 1998 procedente del Comando de la Octava Brigada donde indica que es “*imposible dar respuesta al requerimiento, en razón que el archivo de los años 94,95 y 96 fue incinerado en el año 1997*” (f. 80, c.2).

7. A su vez en el oficio 459-BR8-BCG8-CDO suscrito por el comandante del Batallón Quimbaya y dirigido al comandante de la Octava Brigada se señala:

*Con el presente me permito informar a ese Comando sobre un hecho sucedido en esta Unidad Táctica el año anterior y que a raíz de este se ha causado bastante traumatismo al funcionamiento de la Unidad.*

*El año anterior fue enviado a esta unidad en comisión del servicio el señor capitán Maury Ocampo Mauro quien era orgánico del Batallón Servicios No. 8. El mencionado al llegar a la unidad fue destinado en el cargo de enlace del BCG 8, y durante el ejercicio del mismo incineró toda la documentación que se encontraba en el archivo, años 1996-95-94, expresando como fundamento para esta actividad que todos esos papeles eran pura basura y no servían para nada, solo para estorbar, acabando de esta forma con la historia del Batallón.*

*De estos hechos son testigos: ST Montoya Cano José Luis, SV Erazo Díaz Henry, SS. Castañeda Caranton Hernan, SLV. Bambague campos Pedro, SLV. Rendón Giraldo Luis, quienes advirtieron al oficial de la*

---

<sup>2</sup> Oficio 3342 de fecha junio 3 de 1998.

*gravedad de su actuación pero hizo caso omiso.*

*Paso el presente informe a mi Coronel ya que a la Unidad le han efectuado varios requerimientos sobre información de estos años especialmente sobre investigaciones penales, disciplinarias, administrativas y además consultas internas del Batallón sin encontrar la respuesta adecuada y en forma oportuna, lo que ha causado traumatismos para la Unidad. (f. 82, c.2).*

8. Surtido el trámite de rigor<sup>3</sup>, y practicadas algunas de las pruebas decretadas como más adelante se precisará, el Tribunal de primera instancia corrió traslado a las partes para que presentaran **alegatos de conclusión**<sup>4</sup>, oportunidad procesal de la cual se hizo uso así:

9. El Ministerio de Defensa (f. 130-137, c. 2) solicitó que se denegaran las pretensiones de la demanda bajo las siguientes premisas: i) Es cierto que la administración puede comprometer su responsabilidad, en principio, nacida por fuera de una relación contractual y debe indemnizar los daños consecuenciales a ella, cuando incurre en una falla del servicio por el acto administrativo ilegal; ii) en el presente caso no ocurre el primer elemento de la falla probada del servicio por cuanto “(...) *no existe evidencia alguna dentro del expediente contencioso administrativo que permita establecer una verdadera falla, al acontecer un encuentro bélico, frente al enemigo, ocurriendo en el desarrollo del servicio, siendo un riesgo inherente a la actividad militar desplegada por Wilson Camacho Ospina, sin que en nada interviniera la administración, contingencia que ha sido cubierta a título de indemnización prestacional.*” (f. 131, c.2); iii) lo anterior evidencia la configuración de la causal exonerante de responsabilidad como el hecho de un tercero, que se configuró porque: a) la causa del daño es la conducta de la narcoguerrilla de las FARC, al emboscar a la compañía de la cual formaba parte el soldado lesionado; b) el tercero se encuentra debida y plenamente identificado o individualizado; c) no existe relación de dependencia entre el tercero y la institución, como presunta causante del daño; d) el hecho no ha sido provocado por el presunto responsable, fue producto de una emboscada ejecutada con alto grado de sevicia contra miembros del cuerpo militar que cumplían con su misión constitucional; e) las circunstancias en que se sucedió el daño fueron imprevisibles e irresistibles para el presunto responsable, puesto que los hechos se presentaron

---

<sup>3</sup> El 13 de junio de 2000 se llevó a cabo la audiencia de conciliación en el que la demandada manifestó en coadyuvancia de la Procuraduría General de la Nación, que no les asistía el ánimo conciliatorio (f. 113-114, c. 1.)

<sup>4</sup> En auto del 20 de noviembre de 2000 (f. 120, c. 1).

en un área selvática de esta región del país, en medio de unas condiciones que en nada favorecían el apoyo que eventualmente podían recibir ante la ocurrencia de hechos como el narrado en la demanda; iv) el hecho de un tercero previamente explicado destruye el nexo causal entre el perjuicio y la acción de la institucionalidad como presunta ofensora; v) en conjunción con la presencia de los riesgos propios del ejercicio de la actividad militar en tanto se trata de un soldado voluntario que se sometió por su propia decisión a la prestación del servicio; que conoció antes de su vinculación, el riesgo propio de su trabajo, que le da derecho a la indemnización establecidos en la ley a *for fait*, conformándose de esta forma una relación de naturaleza laboral con la responsabilidad que tal vínculo genera. Por último señaló:

*No debe olvidarse que en este régimen de responsabilidad la carga de la prueba le incumbe íntegramente a quien pretende la acción resarcitoria, circunstancia bien diferente en que se aplica la responsabilidad presunta de la administración, en donde la carga de la misma recae automáticamente en el Estado y entonces el actor únicamente le queda probar los dos restantes supuestos axiológicos de este tipo de responsabilidad (...)*

*Es aplicable en este evento, la posición asumida por el H. CONSEJO DE ESTADO, en la sentencia dictada dentro del proceso numero 8104, actor: BERNARDO ESPINOSA ESPINOSA, con ponencia del H. Magistrado Dr. ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO, de fecha 4 de diciembre de 1995, providencia en la que se expresó que la Falla del Servicio debe probarse, pues es imperante dar aplicación al artículo 175 del código de Procedimiento C., conforme del cual toda decisión debe fundarse en las pruebas regularmente allegadas al proceso. (f. 136, c.2)*

10. La parte actora reiteró los argumentos y pretensiones de la demanda y agregó que el soldado Wilson Camacho Ospina soportó el dolor material y moral que le causaron las lesiones generadas en el servicio hasta el 5 de enero del 2000, fecha en la que falleció en el Hospital Militar de Bogotá “*lapso también de sufrimientos para su padre y hermanos aquí demandantes y que hoy tienen que sufrir, además, la pérdida de este ser querido*” (f. 122, c.2).

11. Respecto a la carga probatoria adujo que en cumplimiento de los mandatos establecidos en los artículos 168 del C.C.A. y 177 del C.P.C. solicitó las pruebas para demostrar la falla del servicio argüida en la demanda y el Tribunal Administrativo del Meta, en providencia del 19 de diciembre de 1997 las decretó ordenando su remisión por parte de la demandada, la cual allegó algunas pero

también advirtió que bajo la acción del fuego desapareció toda la prueba pedida por la parte actora siendo imposible el envío al proceso del informe administrativo, de la averiguación administrativa sobre los hechos acaecidos, la investigación penal, todo ello *“como se dice en el argot jurídico no por culpa de la parte demandante sino debido a circunstancias imputables al estado a través de quienes bajo alguna particularidad tienen que ver con la cosa pública”* y agregó: *“en este evento se invierte la carga de la prueba y es tan así, que hasta ahora la parte demandante viene a saber que el SR. TENIENTE CORONEL HUMBERTO MORENO CEREZO (FOLIOS 53 y 54) era el Comandante del Batallón de infantería No. 19 JOAQUIN PARIS, pero LA NACION (...) parte demandada sí sabe y tiene en su poder no solo el nombre de TODOS LOS OFICIALES, SUBOFICIALES Y SOLDADOS que ese fatídico día se encontraban en el lugar de los hechos, sino también sus direcciones y, por consiguiente, se le facilitaba el cumplimiento del artículo 219 del Código de Procedimiento Civil, para contrarrestar las afirmaciones de la parte demandante y cuya prueba se encontraba fincada, precisamente, en la documentación destruida, acción que sucedió con posterioridad a la presentación de la demanda.”* (f. 126, c.2).

12. Por último, en torno a la legitimación en la causa de los actores alegó que la paternidad y la maternidad así como los vínculos fraternales, se encuentran probados mediante los registros civiles de nacimiento anexos a la demanda, tales como la partida de bautismo del padre y que conforme a la jurisprudencia administrativa el daño moral a los familiares de la víctima se presumen. Además, señaló que en el presente caso el lamentable estado de postración de su familia y su casi vida vegetativa, causó a los demandantes un profundo dolor que justifica el reclamo de los perjuicios morales invocados.

13. El Tribunal Administrativo del Meta-Sala de Descongestión para Fallos-, emitió **sentencia de primera instancia** el 12 de octubre de 2001 (f. 139 al 145), y negó las suplicas de la demanda por considerar que el daño que sufrió el soldado obedeció a los riesgos propios del servicio y adicionalmente no hubo respaldo probatorio que consiguiera determinar la falla del servicio. Respecto a esto último, expresamente el Tribunal dijo:

*Estima la Sala que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar porque no se dan los supuestos de la responsabilidad estatal en los términos del artículo 90 de la Constitución Nacional a título de falla en la prestación del servicio o dentro de alguno de los regímenes que al respecto*

*ha elaborado la doctrina y la jurisprudencia, ya que el hecho que se aduce como generador de perjuicios, las lesiones sufridas por el soldado WILSON CAMACHO OSPINA, no es imputable a las autoridades por acción u omisión, por cuanto estas se dieron en el escenario del cumplimiento del servicio.*

*No es de recibo los argumentos expuestos por la apoderada de los actores que atribuye sin sustento probatorio alguno de los ataques de la subversión y las graves lesiones padecidas por el soldado Voluntario WILSON CAMACHO OSPINA, son el producto de la falta de una adecuada estrategia militar en la vigilancia del lugar. (f. 143-, 144, c. 1) (sic).*

14. La parte demandante interpuso y sustentó (f. 146-149, c.1) oportunamente **recurso de apelación** contra la sentencia de primer grado, en el que solicita la revocatoria de ésta y que, en su lugar, se concedan las súplicas de la demanda. Lo anterior con base en los siguientes argumentos:

14.1. Las pruebas solicitadas en la demanda, dirigidas a demostrar la falla del servicio, no se pudieron acercar al plenario no por culpa de la parte actora sino por la de la demandada, quien incineró *“irresponsablemente”* en el año 1997 los archivos correspondientes al trienio 1994-1996 y *“el particular no puede cargar con la culpa de la administración”* (f. 148, c.1).

14.2. Además, tampoco aparece ninguna investigación penal, no se practicó diligencia del levantamiento del cadáver del soldado Arturo Tenorio Villareal ni su necropsia, ni tampoco se recibió la declaración instructiva del lesionado Wilson Camacho Ospina y por consiguiente a dicho plenario, que debió adelantarse de manera independiente de cualesquiera otra de las actuaciones atrás descritas, no se adjuntaron dicho documentos, en razón a la negligente actuación de la administración, quien por obligación legal debía ocuparse de estos menesteres.

14.3. Ante la ausencia de pruebas corresponde al Estado rebatir la afirmación que se hace en los hechos de la demanda sobre la falla de la administración por la falta de una adecuada estrategia militar en la vigilancia del lugar. Es decir, debe invertirse la carga de la prueba.

15. Una vez surtido el trámite correspondiente en la segunda instancia y corrido el traslado a las partes para que presentaran **alegatos de conclusión**<sup>5</sup>, la parte demandada insistió en que no se satisfacen los elementos estructurales de la responsabilidad de conformidad con lo prescrito por la jurisprudencia del Consejo

---

<sup>5</sup> Mediante auto del 19 de julio de 2002 (f. 160, c. 1).

de Estado y el artículo 90 superior, por cuanto la lesión ocurrida fue sufrida por un soldado voluntario, en ejercicio de sus funciones; y el hecho no es imputable a la demandada ya que éste no fue resultado de la acción u omisión por parte de la autoridad encargada de la prestación del servicio. Por último señaló que el lesionado fue pensionado con el monto correspondiente al salario devengado por un cabo segundo del Ejército e indemnizado por pérdida de la capacidad laboral del 100%, por lo cual tal indemnización excluye, en su criterio, los perjuicios materiales en esta instancia. (f. 161-164, c.1).

16. Mediante auto de fecha 10 de noviembre de 2011 la Sala solicitó a la demandada: i) revisar nuevamente sus archivos con el fin de arrimar toda la información disponible relacionada con las pruebas decretadas en primera instancia y, ii) allegar en original o copia auténtica el respectivo proceso penal y disciplinario que se hubiese adelantado contra el capitán Mauro Campo Maury con ocasión de la injustificada incineración de los archivos. (f. 171, c.1). En respuesta, mediante oficio de fecha 13 de marzo de 2012, el Jefe del Estado Mayor de la Vigésima Segunda Brigada de la Selva reiteró que los archivos de los años 1994 a 1996, fueron incinerados por el antes mencionado oficial y que en lo atinente a los *“respectivos procesos penal y disciplinario adelantados con ocasión a este incidente no se adelantaron en esta Unidad, razón por la cual no es posible atender dicho requerimiento”*. (f. 175, c.1).

II.

## CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

17. La Sala es competente para decidir el asunto por tratarse del recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta-Sala de Descongestión para Fallos-, en un proceso que, por su cuantía (f. 23)<sup>6</sup> determinada al momento de la interposición de la demanda, tiene vocación de doble instancia. Se aplican en este punto las reglas anteriores a la entrada en

---

<sup>6</sup> La pretensión mayor correspondiente al daño moral padecido por los padres y hermanos a raíz de las lesiones recibidas por el soldado Wilson Camacho Ospina fue estimada en catorce millones trescientos veintiséis mil ochocientos doce pesos (\$14.326.812) correspondientes a 1200 gramos oro, monto que supera la cuantía requerida en 1996 de trece millones cuatrocientos sesenta mil pesos (\$13' 460 000), año de presentación de la demanda, para que un proceso adelantado en acción de reparación directa fuera considerado de doble instancia de conformidad al Decreto 597 de 1988.

vigencia de la Ley 446 de 1998.

## **2. Hechos probados**

18. Con base en las pruebas recaudadas en el proceso contencioso administrativo, valoradas en su conjunto, se tienen como ciertas las siguientes circunstancias fácticas relevantes:

18.1. El joven Wilson Camacho Ospina era hijo del señor Rafael Camacho Carvajal y de la señora Olga Ospina Meneses (registro civil de nacimiento, f. 9, c. 2), y hermano de Lina María y Rafael Camacho Ospina (f. 8 y 10, c. 2).

18.2. El mencionado joven se incorporó al Ejército Nacional como soldado voluntario el 1º de abril de 1994 y fue herido en combate con un proyectil que le fracturó el cráneo el día 5 de diciembre del mismo año, cuando hacia las 4:00 p.m. la compañía Cazador del Batallón de Contraguerrilla n.º 8 Quimbaya, se enfrentó a integrantes de las FARC (informativo administrativo por lesiones, f. 96, c. 2).

18.3. La herida por arma de fuego que recibió el soldado de 21 años, le causó una lesión craneoencefálica que le dejó como secuelas: a. Hemiplejia espástica derecha, b. Afasia mixta, c. Severo compromiso de funciones cognitivas, ausencia de lenguaje funcional y entendimiento a sólo órdenes sencillas, que comprometió una disminución de la capacidad laboral del cien por ciento 100% , considerada absoluta y permanente. (acta de junta médica laboral del 11 de julio de 1995, f. 93-95, c.2).

18. 4. El 5 de enero de 2000 falleció Wilson Camacho Ospina, (registro civil de defunción, f. 129).

18.5. Los archivos militares de los años 1994, 1995 y 1996 que se encontraban bajo custodia del Batallón Quimbaya y en el que reposaría la información administrativa y militar que contribuyese a aclarar los hechos acaecidos el 5 de diciembre de 1994, fueron incinerados por decisión del capitán Maury Ocampo Mauro, orgánico del Batallón de Servicios n.º 8 en 1997, (informe del comandante del Batallón Quimbaya, de fecha 29 de abril de 1987). Hecho que fue ratificado en

---

<sup>7</sup> En dicho informe se afirma que fueron testigos de la incineración ST. Montoya Cano José Luis, SV. Erazo Díaz Henry, SS. Castañeda Carantón Hernán; SLV. Bambagué

esta instancia por el jefe del Estado Mayor de la Vigésima Segunda Brigada de Selva, oficio también remitido por el director de Control Interno del Ejército<sup>8</sup>. (f. 175 y 171, c. 1).

### 3. Problema jurídico

19. Debe la Sala establecer si existe o no responsabilidad del Ejército Nacional con ocasión del incendio de sus archivos militares del periodo 1994-1996, los cuales debían contener información solicitada por el actor relacionada con un enfrentamiento guerrillero, relevante para la demostración de la falla del servicio por falta de estrategia, determinante de la muerte de un soldado profesional.

### 4. Análisis de la Sala

20. De conformidad con los hechos probados, la Sala tiene por demostrado **el daño** invocado por la parte actora, es decir, está debidamente acreditada la grave lesión causada al soldado voluntario Wilson Camacho Ospina, ocurrida el 5 de diciembre de 1994 en enfrentamiento armado con el grupo de las FARC en San José del Guaviare y su posterior muerte el 5 de enero de 2000.

21. También se tiene acreditado el parentesco que los demandantes – Rafael Camacho Carvajal (padre), Olga Ospina Meneses (madre), Lina María y Rafael Camacho Ospina (hermanos), tenían con el fallecido, pues se allegaron al expediente los registros civiles que acreditan esa condición.

22. La Sala considera que, debido al nexo de parentesco que existía entre el fallecido y los accionantes en reparación, es presumible que la agonía y posterior muerte de aquél implicó para éstos una situación de congoja y dolor.

23. En lo que tiene que ver con la imputación del daño, la Sala considera

---

Campos Pedro, SLV. Rendón Giraldo Luis *“quienes advirtieron al oficial de la gravedad de su actuación pero hizo caso omiso”*. (f. 82, c.2).

<sup>8</sup> Oficio con radicado 2012220007391: MDN-CGFM-CE-DIV4-BR22-CJM-1.4 de 13 de marzo de 2012 firmado por el Jefe del Estado Mayor Vigésima Segunda Brigada de la Selva en respuesta con a la solicitud de pruebas para mejor proveer, auto de la Subsección B de la Sección Tercera, de 10 de noviembre de 2011 y también remitido por el Director de Control Interno del Ejército el 16 de marzo de 2012, radicado 20121300267181: MDN-CGFM-CE-IGE-DCD-44.1.

pertinente precisar que en el asunto *sub iudice* el régimen de responsabilidad bajo el cual se deben analizar las obligaciones resarcitorias que eventualmente existan a cargo del Estado, es el de la **falla probada del servicio**, de conformidad con las pautas jurisprudenciales que se reseñan a continuación:

24. La jurisprudencia del Consejo de Estado distingue entre la responsabilidad aplicable a la administración por daños sufridos en el ejercicio del servicio militar obligatorio –y con ocasión del mismo–, de la que surge de aquellos daños padecidos por un integrante de las fuerzas armadas incorporado voluntariamente al servicio. Dicha distinción tiene su fundamento razonable en que, mientras en el primer caso la prestación del servicio militar es impuesta a algunos ciudadanos por el ordenamiento jurídico<sup>9</sup>, en la segunda eventualidad la persona ingresa al servicio por iniciativa propia, con lo que asume los riesgos inherentes que implica el desempeño de la carrera militar.

25. Así las cosas, las personas que prestan servicio militar obligatorio sólo están obligadas a soportar las cargas que son inseparables a la prestación del servicio, tales como la restricción a los derechos fundamentales de libertad y locomoción, pero no los riesgos anormales o excepcionales<sup>10</sup>. Quienes prestan el servicio en forma voluntaria, por su parte, asumen todos aquellos riesgos que naturalmente están relacionados con el desempeño de las actividades de la milicia.

26. De manera que si se trata de determinar la responsabilidad en el caso de los daños causados a quien presta servicio militar obligatorio, la imputación se hace con base en la teoría del riesgo excepcional, bajo la óptica de un régimen objetivo de responsabilidad<sup>11</sup>. En cambio, si se trata de determinar la

---

<sup>9</sup> De acuerdo con el artículo 216 de la Constitución “[t]odos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas. // La ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar”.

<sup>10</sup> Se reiteran en este punto las consideraciones vertidas por la Sala en las sentencias del 27 de noviembre de 2006 (expediente 15.583), y del 6 de junio de 2007, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>11</sup> No obstante lo anterior, la Sala también ha precisado que cuando aparece demostrado que el daño sufrido por quien presta servicio militar obligatorio, se ha producido a causa de un deficiente funcionamiento del servicio, por ejemplo, cuando el daño se causó a raíz del incumplimiento de las obligaciones y deberes que tiene el Estado para con este tipo de soldados, es posible aplicar también el régimen subjetivo, bajo el título de imputación de falla probada del servicio, caso en el cual los dos regímenes –objetivo y subjetivo– coexisten y no se excluyen. Al efecto cabe consultar la sentencia proferida el 18 de

responsabilidad frente a quien prestaba sus servicios como voluntario, se entiende que dicha persona es parte en una relación laboral con el Estado, la cual está regida por los derechos y obligaciones relativos a dicho nexo, los cuales se concretan cuando se presentan daños ocurridos con ocasión de la prestación del servicio y en directa relación con el mismo<sup>12</sup>; igualmente, si el daño no se produjo por causa y con ocasión del servicio, pero es imputable a la administración, la responsabilidad deberá establecerse bajo la óptica de la falla del servicio. En relación con este último punto se dijo en la sentencia del 20 de febrero de 2008<sup>13</sup>:

*Ha precisado ésta Corporación<sup>14</sup> que la responsabilidad patrimonial del Estado, sin nexo laboral, se configura cuando el daño “se produce en forma independiente a la prestación ordinaria y normal del servicio porque ha sido causada por una falla del servicio, evento en el cual “el funcionario o el militar, en su caso, que la sufre o sus damnificados tienen derecho a ser indemnizados en su plenitud”<sup>15</sup>.*

*Se aprueba así que la irregularidad que podría dar origen a la responsabilidad patrimonial sin nexo laboral, que es diferente de la a forfait (responsabilidad del patrono, determinada legalmente), es la que ocurre “en forma independiente a la prestación ordinaria o normal del servicio” o “por fallas del servicio ajenas al trabajo profesional propio del agente”<sup>16</sup>.*

27. El artículo 13 de la Ley 48 de 1993<sup>17</sup> establece que el servicio militar obligatorio podrá prestarse en diferentes modalidades (como regular, como bachiller, como soldado campesino o como auxiliar bachiller en la Policía

---

octubre de 1991, exp. n.º 6667, a propósito de los daños causados a un recluso por el incumplimiento por parte del Estado, de la obligación de prestarle servicio de salud.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 17 de febrero de 1995, C.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora, expediente n.º S-247.

<sup>13</sup> Sección Tercera, sentencia del 20 de febrero de 2008, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, radicación n.º. 20001-23-31-000-1997-03329-01, actor: María Guillermina Serna Foronda y otros, demandado: La Nación–Ministerio de Defensa–Ejército Nacional.

<sup>14</sup> [7] Consejo de Estado, S. C. A., Sección Tercera, sentencia del 6 de junio de 2007, expediente 15.256, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>15</sup> [8] Consejo de Estado, sentencia de diciembre 13 de 1983, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Enrique Low Murtra, Exp. 10807. Reiterada, entre otras, en sentencias de agosto 26 de 1999, Exp. 14723 y 12423 de junio 15 de 2000.

<sup>16</sup> [9] Consejo de Estado, sentencia de agosto 26 de 1999, Exp. 14723.

<sup>17</sup> “Por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento y movilización.”

Nacional)<sup>18</sup>, mientras que el servicio militar voluntario está regido por la Ley 131 de 1985<sup>19</sup>, en cuyo artículos 1º y 2º se dispone:

*ART. 1º. Sin perjuicio de las disposiciones vigentes que regulan el servicio militar obligatorio, el Gobierno podrá establecer el servicio militar voluntario dentro de los términos de esta Ley.*

*Artículo 2º. Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él. Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan.*

*Parágrafo 1º. El servicio militar voluntario, se prestará por un lapso no menor de doce (12) meses.*

*Parágrafo 2º. La planta de personal de soldados que preste el servicio militar voluntario será establecida por el Gobierno.*

28. Es necesario precisar que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3º y 4º *ibídem*<sup>20</sup>, los soldados que prestan de forma voluntaria el servicio militar ostentan los beneficios y calidades característicos de la vinculación al servicio de manera permanente –por un lapso no menor de doce meses-, en forma similar a como ocurre con los soldados profesionales, situación ésta que implica que los soldados voluntarios tienen una condición de prestación del servicio sustancialmente diferente a la que es predicable de aquellos soldados que han ingresado al cuerpo militar en situación de conscripción. Por tal razón, es necesario que en cada caso particular se demuestre la forma de vinculación del servidor con las fuerzas armadas, para efectos de establecer el régimen de responsabilidad que resulta pertinente, toda vez que el régimen objetivo de responsabilidad sólo es aplicable cuando se trate de soldados conscriptos –que

---

<sup>18</sup> “ART. 13. **Modalidades de prestación del servicio militar obligatorio.** El Gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio.// Continuarán rigiendo las modalidades actuales sobre la prestación del servicio militar:// a. Como soldado regular de 18 a 24 meses.// b. Como soldado bachiller, durante 12 meses.// c. Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses.// d. Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses (...).”

<sup>19</sup> “Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario”.

<sup>20</sup> “ART. 3º. Las personas a que se refiere el artículo 2º de la presente Ley, quedarán sujetas, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad sicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta Ley.// ART. 4º. El que preste servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá superar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.”

presten servicio militar obligatorio- independientemente de su modalidad de incorporación tal como previamente se ha señalado<sup>21</sup>.

29. Por lo tanto, si bien es cierto que el deber del Estado de proteger la vida de todas las personas se predica también con relación a los miembros de los cuerpos armados, la asunción voluntaria de los riesgos propios de esas actividades modifica las condiciones en las cuales el Estado responde por los daños que éstos puedan llegar a sufrir, sin que ello signifique que la aceptación de tales riesgos admita que recaiga sobre ellos cargas desproporcionadas e innecesarias o que se exonere a los cuerpos armados de proteger la vida e integridad de sus integrantes.

30. En principio, la carga de la prueba en un régimen de falla probada que permita evidenciar si el daño sufrido fue antijurídico y éste le es imputable a las autoridades públicas con ocasión de su acción u omisión, corresponde a quien lo alega, es decir, a la parte actora. No obstante ésta Sala ha considerado, en criterio que aquí reitera, que cuando el material probatorio es solicitado por la parte, decretado por el *a quo* e injustificadamente no arrimado por la parte que lo atesora, el ocultamiento de las pruebas obstaculiza la construcción de la verdad judicial y desconoce el deber de colaboración con la justicia, lo que además evidencia un desprecio hacia el dolor de los que desean obtener un relato creíble y objetivo de lo que sucedió con sus familiares y/o de sí mismos o de un colectivo o grupo, bajo el entendido de que la reconstrucción de la verdad es una forma de reparación simbólica que contribuye a sanar las heridas en una sociedad. En efecto en sentencia de 29 de septiembre de 2011 se dijo:

*Es así que en este caso, la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional ha actuado en la dirección contraria a la que le corresponde, pues al ser ella la entidad que protocoliza cada uno de sus actos mediante informes que deben someterse a la ritualidad castrense, en su mayoría por escrito y en forma inmediata a la realización de los hechos, es a la vez guardián de la información que podría vencerla en juicio, por lo que su falta de colaboración con la justicia mediante el ocultamiento de la verdad, torna en sospechosa su actuación y por tanto configura un indicio grave en contra de sus acciones, toda vez que de conformidad*

---

<sup>21</sup> Tales modalidades de incorporación se encuentran establecidas en el 13 de la ley 48 de 1993, y ampliamente explicadas en la providencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, sentencia de 23 de junio de 2010, rad. 05001-23-31-000-1996-00508-01(18570).

*con el principio general del derecho “nadie puede beneficiarse de su propio dolo o culpa”<sup>22</sup>.*

31. Este precedente sería suficiente argumento para despachar favorablemente las súplicas de la demanda, pues como allí se indica y adelante se insistirá, la omisión del deber de aportar la documentación oficial que pueda servir para esclarecer los hechos es un indicio grave en contra de la Administración y por esa ruta se llega al incumplimiento de lo señalado en el artículo 210 del Código de Procedimiento Civil, con las consecuencias que ello apareja.

32. Sin embargo, la gravedad de lo sucedido en el caso concreto, esto es, el incendio de unos archivos militares relevantes para un obtener información oficial y con vocación probatoria en un proceso judicial, su no reconstrucción y la pasividad de los responsables en averiguar las razones de lo ocurrido y sus posibles consecuencias administrativas, disciplinarias y penales, imponen a la Sala proporcionar razones adicionales que no solo sustancien la decisión de responsabilidad que se proferirá, sino que también pongan de relieve la importancia que tienen los archivos oficiales –y en especial los militares- en sociedades que pretenden transiciones de conflicto armado a convivencia pacífica.

32. 1. El deber de archivo de los documentos públicos es un imperativo para la administración que desde una actuación operativa contribuye a la realización y plena garantía de un cúmulo de derechos fundamentales, centrales para el funcionamiento de la democracia en el marco del Estado Social de Derecho, como son: el derecho de petición (art. 23 constitucional), el acceso a la información pública y bases de datos (arts. 15, 20, 74 constitucional), debido proceso administrativo (art. 29 constitucional), acceso a la justicia (art. 229 constitucional), pero también el de reconstrucción de la memoria histórica (arts. 70 y 72 constitucional). Con esta misma orientación, respecto al deber del Estado y sus servidores de conservar los documentos públicos la Corte Constitucional ha señalado:

*En lo concerniente al archivo público, el deber del Estado en garantizar bajo diez principios fundamentales de archivística, la responsabilidad de los servidores públicos en la organización, conservación, uso y manejo de documentos, para servir a la comunidad como soporte documentario*

---

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Danilo Rojas Betancourth, sentencia de 29 de septiembre de 2011, rad, 5001-23-31-000-1996-5709-01 (22150).

y así poder garantizar la efectividad de otros principios tales como el derecho a la información o el debido proceso administrativo, que directa o indirectamente están ligados al servicio de archivo. De manera tal que se logre facilitar la participación de la comunidad y el control de los ciudadanos en las decisiones que los afecten. Igualmente se señalan varias características de los documentos que conforman los archivos dentro de las cuales se destacan las siguientes: (i). Son imprescindibles para la toma de decisiones basadas en antecedentes. (ii). Constituyen una herramienta indispensable para la gestión administrativa, económica, política y cultural del Estado y la administración de justicia. (iii). Son elementos fundamentales de la racionalidad de la administración pública. (iv). Se desarrollan como agentes dinamizadores de la acción estatal. (v). Cumplen una función probatoria, garantizadora y perpetuadora. Dentro de la normatividad referente a la archivística, se deja clara la responsabilidad que tienen los servidores públicos en cuanto a la guarda conservación y custodia de los documentos. Tanto así que se exigen unos procedimientos especiales para el trato de los documentos, que garanticen la integridad, autenticidad, veracidad y fidelidad de la información que se contiene. De acuerdo a lo anterior se colige, en primera medida, que por regla general todo ciudadano tiene derecho a acceder a cualquier información pública, contenida en documentos a cargo de la administración, siempre y cuando no esté protegida por reserva legal; y en segundo lugar, todo funcionario público a cuyo cargo esté la custodia y cuidado de los documentos de la administración, deberá garantizar a los administrados su efectivo acceso<sup>23</sup>.

32.2. Estas reflexiones de la Corte -y de la jurisprudencia en general que trata el tema-, ponen el énfasis en el primer bloque de derechos mencionados: petición, acceso a documentos públicos, debido proceso y acceso a la justicia. Pero es también necesario resaltar el derecho a la reconstrucción de la memoria histórica que tiene como base valores, principios, derechos constitucionales y fines estatales, pues no de otra forma puede entenderse que en el preámbulo constitucional se promueva asegurar la convivencia, la justicia, “el conocimiento, la libertad y la paz”, que existan principios como la “prevalencia del interés general” (art. 1), que se estipulen fines como “la unidad de la Nación” (preámbulo), la participación en la vida “cultural de la Nación” (art. 2), el orden justo (preámbulo y art. 2); que se consagren derechos como la cultura en su dimensión de fundamento de la nacionalidad (art. 70 constitucional), la búsqueda del conocimiento (art. 71 constitucional) y finalmente se indique perentoriamente que

---

<sup>23</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-656 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. En el mismo sentido sobre el derecho a la información recogida en bases de datos o archivos físicos y el derecho de acceso a la información vital ver la Sentencia T-443 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. También las sentencias T-116 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara, T-129 de 1997, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Más recientemente la sentencia T-875 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, reitera el derecho fundamental a la información vital y desarrolla el deber constitucional de debida gestión y administración de archivos,

“el patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado” (art. 72 superior)<sup>24</sup>.

32.3. Justamente con relación a la protección del patrimonio cultural de la Nación, la Unesco en el año 1954 preparó un conjunto de instrumentos internacionales dirigidos a la salvaguarda de los bienes culturales en caso de conflicto armado, interno o externo, para que los Estados que los suscriban adopten, en tiempos de paz, las medidas adecuadas para su protección, las cuales fueron adoptados en La Haya de la siguiente manera: i) la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, ii) el Reglamento para la aplicación de la Convención; y iii) el protocolo para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. Instrumentos que fueron aprobados por el gobierno colombiano el 15 de enero de 1996 con el impulso de la Ley 340 de 1996, declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-467 de 1997, y en vigor tras el canje de notas el 18 de junio de 1998.

32.4. En el artículo 1º de la Convención mencionada se incluyen los archivos de la siguiente manera:

*Artículo 1º. Definición de los bienes culturales.*

*Para los fines de la presente Convención, se consideran bienes culturales, cualquiera que sea su origen y propietario:*

*a) Los bienes, muebles e inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico, las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, **de archivos** o de reproducciones de los bienes antes definidos (...).*

32.5. Posteriormente el 26 de marzo de 1999, a instancias de la Unesco se aprobó el “Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado”, aprobado por el congreso

---

<sup>24</sup> “ARTICULO 72. El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica.”

colombiano mediante la Ley 1130 de 2007 y declarado exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-812 de 2007.

32.6. Esta batería de fundamentos normativos del derecho a la reconstrucción de la memoria histórica, es la que se ve afectada cuando el Estado minimiza la importancia de sus archivos al punto de desaparecerlos, pues allí reposan los materiales que contienen el trasegar administrativo, jurídico, político, económico cultural y social de una comunidad organizada que, sin conocimiento y sin forma de rastrear su cultura y su historia, hacen bien difícil, sino imposible, la constitución de unidad como nación y con ello el quiebre del interés general, de la libertad y de la paz.

32.7. No debe olvidarse que, cuando de lo que se trata es de documentos, testimonios, narraciones que dada su importancia pasan a ser piezas que contribuyen a enlazar la historia en la construcción de un relato nacional, estos sobrepasan el legítimo interés de las partes en el acceso a la justicia y comprometen la posibilidad de descubrir el sentido del pasado, la memoria histórica en tanto patrimonio político y cultural de los pueblos. Con relación al derecho ciudadano a la memoria histórica, José María Sauca señala:

*Es un derecho vinculado al concepto de ciudadanía entendida como la conformación de la subjetividad en el espacio público y, finalmente, es un derecho que se construye en una permanente articulación entre lo individual, la memoria, biografía o identidad personal, y lo colectivo, la permanente construcción de lo colectivo<sup>25</sup>.*

32.8. Es por ello que el deber de memoria histórica –con amplio fundamento en nuestra Constitución, como se vio- ha sido una particular preocupación del derecho internacional de los derechos humanos y más recientemente del derecho legal interno, con ocasión del conflicto armado que nuestro país padece.

32.8.1. Así, el deber de memoria de los Estados fue inicialmente regulado por el derecho internacional para luego pasar a ser objeto de construcción social, política y jurídica del orden nacional, en especial en aquellos Estados en proceso de transición democrática tales como España, Argentina, Guatemala y Perú<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Sauca Cano José María, “*El derecho ciudadano a la memoria histórica*”, en: Derecho y memoria histórica. Edición José Antonio Martín Pallín y Rafael Escudero Alday. Editorial Trotta. Madrid, 2008, pp. 89.

<sup>26</sup> Sobre las importantes experiencias vividas en torno al deber de memoria y la protección, organización y divulgación de los archivos de derechos humanos por estos países,

32.8.2. Los primeros pasos, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, fueron marcados por el *Informe final sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los Derechos Humanos*<sup>27</sup> presentado por Louis Joinet y aprobado por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en 1998. En dicho informe se establecen tres principios básicos para la protección y promoción de los derechos humanos a través de la lucha contra la impunidad, en tanto derechos de las víctimas, como son: el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación. El primero de ellos, como a continuación se verá, es explicado precisando su doble dimensión como derecho individual y colectivo, así como su intrínseca relación con el deber de memoria:

***El derecho de saber.***

*17. No se trata solamente del derecho individual que toda víctima, o sus parientes o amigos, tiene a saber qué pasó en tanto que derecho a la verdad. El derecho de saber es también un derecho colectivo que tiene su origen en la historia para evitar que en el futuro las violaciones se reproduzcan. Por contrapartida tiene, a cargo del Estado, el "deber de la memoria" a fin de prevenir contra las deformaciones de la historia que tienen por nombre el revisionismo y el negacionismo; en efecto, el conocimiento, para un pueblo, de la historia de su opresión pertenece a su patrimonio y como tal debe ser preservado. Tales son las finalidades principales del derecho de saber en tanto que derecho colectivo.*

*18. Dos series de medidas se proponen a este efecto. La primera concierne a la puesta en marcha, a corto plazo, de comisiones no judiciales de investigación. Salvo que haya una justicia rápida, y esto es poco común en la historia, los tribunales no pueden sancionar rápidamente a los asesinos y sus cómplices comanditarios. La segunda serie de medidas tiende a preservar los archivos que tengan relación con las violaciones de derechos humanos.*

32.8.3. De igual modo, en ese mismo informe se fijó el alcance de la relación existente entre la apropiada custodia de los archivos y la defensa y promoción de los derechos humanos,

---

consultar *Protección de la Memoria: legislación, jurisprudencia y doctrina. Los archivos y el deber de memoria del Estado colombiano en casos de violación de Derechos Humanos en el conflicto armado. Tomo II.* Clara Ligia Rodríguez, Carmenza Isaza. Patricia Linares Prieto, coordinadora de la investigación. Unidad de memoria y derechos humanos de la Dirección de Archivo de Bogotá, 2009.

<sup>27</sup> Comisión de Derechos, Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección de las minorías. 49 Sesión, punto 9 del orden del día. La administración de justicia y los Derechos Humanos de los detenidos. La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos Humanos (civiles y políticos). Informe final elaborado y revisado por Louis Joinet, en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión.

**Principio 13 - Medidas de preservación de los archivos.**

*El derecho de saber implica que sean preservados los archivos. Se han de tomar una serie de medidas técnicas y de sanciones penales para impedir la sustracción, la destrucción, la disimulación o la falsificación de los archivos, perpetradas principalmente con la finalidad de asegurar la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos<sup>28</sup>.*

32.8.4. Como la reparación integral comporta el derecho de la justicia y a la verdad, éstos derechos tienen como uno de sus correlatos el compromiso de la administración de preservar la memoria institucional, el cual es más acuciante cuando se trata de archivos militares que den cuenta de la versión oficial de los hechos de orden público propios de un país en conflicto armado. Consiente de la importancia de esta misión, Colombia ha dado pasos importantes con el fin de preservar la memoria histórica del conflicto armado, como un legado que integra la facilitación de los procesos de paz en el país. En efecto en la Ley 975 de 2005 en el componente de la reparación se consagra:

*ARTÍCULO 8o. DERECHO A LA REPARACIÓN. El derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas.*

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

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

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

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

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

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

*La reparación colectiva debe orientarse a la reconstrucción sico-social de las poblaciones afectadas por la violencia. Este mecanismo se prevé de manera especial para las comunidades afectadas por la ocurrencia de hechos de violencia sistemática.*

---

<sup>28</sup> En virtud de ello las Naciones Unidas adoptó ciertas medidas en torno a la preservación y el acceso a los archivos como herramienta indispensable para establecer las violaciones a los Derechos Humanos consagradas en el *Informe final sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los Derechos Humanos*, literal c. arts. 14 a 16.

*Las autoridades judiciales competentes fijarán las reparaciones individuales, colectivas o simbólicas que sean del caso, en los términos de esta ley.*

32.8.5. Así mismo el Capítulo X, de la mencionada ley está dedicado a la conservación archivos, de suerte que en el artículo 56 se establezca el deber de memoria a cargo del Estado bajo los siguientes términos:

*ARTÍCULO 56. DEBER DE MEMORIA. El conocimiento de la historia de las causas, desarrollos y consecuencias de la acción de los grupos armados al margen de la ley deberá ser mantenido mediante procedimientos adecuados, en cumplimiento del deber a la preservación de la memoria histórica que corresponde al Estado.*

32.8.6. El derecho a la reparación y el deber de memoria ha sido posteriormente delineado mediante la Ley 1448 de 2011 “*Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*” en el que se reitera y entiende que la preservación de la memoria constituye uno, dentro de otros elementos, que permiten asegurar la reparación simbólica<sup>29</sup>, se consagra el 9 de abril como el día de conmemoración de la memoria y de expresión de solidaridad con las víctimas<sup>30</sup>, se hace una apertura al concepto de deber de memoria en el que el Estado en tanto garante, potencializa y articula las diferentes expresiones de los actores sociales, académicos y organismos que le integran en el ejercicio de construcción de una verdad consensuada que excluya la imposición unilateral<sup>31</sup>, se crea el

---

<sup>29</sup> “ARTÍCULO 141. REPARACIÓN SIMBÓLICA. Se entiende por reparación simbólica toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, la solicitud de perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas.”

<sup>30</sup> “ARTÍCULO 142. DÍA NACIONAL DE LA MEMORIA Y SOLIDARIDAD CON LAS VÍCTIMAS. El 9 de abril de cada año, se celebrará el Día de la memoria y Solidaridad con las Víctimas y se realizarán por parte del Estado colombiano, eventos de memoria y reconocimiento de los hechos que han victimizado a los colombianos y colombianas. El Congreso de la República se reunirá en pleno ese día para escuchar a las víctimas en una jornada de sesión permanente.”

<sup>31</sup> “ARTÍCULO 143. DEL DEBER DE MEMORIA DEL ESTADO. El deber de Memoria del Estado se traduce en propiciar las garantías y condiciones necesarias para que la sociedad, a través de sus diferentes expresiones tales como víctimas, academia, centros de pensamiento, organizaciones sociales, organizaciones de víctimas y de derechos humanos, así como los organismos del Estado que cuenten con competencia, autonomía y recursos, puedan avanzar en ejercicios de reconstrucción de memoria como aporte a la realización del derecho a la verdad del que son titulares las víctimas y la sociedad en su conjunto.

PARÁGRAFO. En ningún caso las instituciones del Estado podrán impulsar o promover ejercicios orientados a la construcción de una historia o verdad oficial que niegue, vulnere o restrinja los principios constitucionales de pluralidad, participación y solidaridad y los

Centro de Memoria Histórica<sup>32</sup> como el ente encargado de acopiar, preservar y custodiar los materiales que documenten la historia del conflicto armado interno y en especial, sobre la grave vulneración a los derechos humanos enmarcadas en él.

33. En el **caso concreto**, con las pruebas allegadas al expediente se demostró que el soldado Wilson Camacho Ospina se vinculó a las filas del Ejército Nacional como soldado voluntario el 1º de abril de 1994, y que el 5 de diciembre del mismo año, en enfrentamientos con un grupo subversivo en San José del Guaviare, fue herido con arma de fuego causándole una lesión craneoencefálica que le dejó una incapacidad absoluta y permanente que disminuyó su capacidad laboral en un 100%.

---

*derechos de libertad de expresión y pensamiento. Se respetará también la prohibición de censura consagrada en la Carta Política.”*

<sup>32</sup> “ARTÍCULO 144. DE LOS ARCHIVOS SOBRE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS E INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO OCURRIDAS CON OCASIÓN DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO. Dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de la presente Ley, el Centro de Memoria Histórica, diseñará, creará e implementará un Programa de Derechos Humanos y Memoria Histórica, el cual tendrá como principales funciones las de acopio, preservación y custodia de los materiales que recoja o de manera voluntaria sean entregados por personas naturales o jurídicas, que se refieran o documenten todos los temas relacionados con las violaciones contempladas en el artículo 3o de la presente Ley, así como con la respuesta estatal ante tales violaciones.

Los archivos judiciales estarán a cargo de la Rama Judicial, la cual en ejercicio de su autonomía podrá optar, cuando lo considere pertinente y oportuno a fin de fortalecer la memoria histórica en los términos de la presente ley, encomendar su custodia al Archivo General de la Nación o a los archivos de los entes territoriales.

PARÁGRAFO 1o. En ningún caso se obstaculizarán o interferirán experiencias, proyectos, programas o cualquier otra iniciativa que sobre reconstrucción de memoria histórica avancen entidades u organismos públicos o privados. Los entes territoriales, en desarrollo de los principios de autonomía y descentralización, pueden desarrollar iniciativas sobre la materia y crear espacios dedicados a esta labor.

PARÁGRAFO 2o. La Procuraduría General de la Nación deberá garantizar la no destrucción, alteración, falsificación, sustracción o modificación de los archivos administrativos en todas las instituciones oficiales, del nivel regional y nacional. Lo anterior sin perjuicio de la aplicación de las normas penales pertinentes, y de los documentos que tengan carácter reservado.

PARÁGRAFO 3o. Para efectos de la aplicación del presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en la Ley 594 de 2000 y en el Capítulo X sobre conservación de archivos contenido en la Ley 975 de 2005.

PARÁGRAFO 4o. Los documentos que no tengan carácter reservado y reposen en archivos privados y públicos en los que consten las violaciones contempladas en el artículo 3o de la presente Ley, serán constitutivos del patrimonio documental bibliográfico.

PARÁGRAFO 5o. La obtención de las copias que se soliciten, serán con cargo al solicitante.”

34. Razón por la cual corresponde a la Sala comprobar si en el *sub judice* se cometió una falla del servicio por parte del Ejército Nacional por las características que rodearon la lesión del soldado en mención.

35. La actora sostuvo en la demanda que dicha incursión guerrillera ocurrió en forma sorpresiva, y las lesiones causadas a su familiar se ocasionaron debido a la falta de una adecuada estrategia militar en la vigilancia del lugar, por cuanto en su opinión *“un puesto de avanzada como Calamar debía tener suficiente distribución de centinelas que en cualquier momento pudieran detectar la presencia del enemigo y evitar un ataque sorpresa”* (f. 19, c.2). En la apelación sostuvo que no pudo demostrar tal falta de estrategia por cuanto los documentos que reposaban en los archivos militares fueron incinerados irresponsablemente por un oficial, hecho probado en virtud de las respuestas que el mismo Ministerio de Defensa-Ejército Nacional dio en múltiples oportunidades procesales para excusarse de no remitir la mayor parte de las pruebas requeridas por la actora para probar la falla del servicio.

36. Por su parte la demandada insistió en que la actora no probó la falla del servicio, y confirmó que efectivamente tales archivos fueron destruidos por un oficial, sin justificación alguna y pese a las advertencias que se le hicieron sus subalternos sobre las consecuencias de esta decisión, empero no se le inició ninguna investigación penal ni disciplinaria. De igual modo los archivos no han sido reconstruidos.

37. Así las cosas en el proceso no se pudo determinar si efectivamente la conducta de la demandada se adecuó a la debida prestación del servicio, y si los hechos que dieron lugar a la lesión sufrida por el soldado Camacho Ospina se encuentran dentro de los riesgos propios de la actividad contractual a la que se encontraba sometido o, por el contrario, excedieron tales supuestos por tratarse de un hecho previsible que pudo ser evitado si la demandada hubiese actuado con mayor diligencia<sup>33</sup>. Ante, la confirmada ausencia de pruebas, atribuibles a la negligencia en su conservación y cuidado por la administración en tanto

---

<sup>33</sup> Recuérdese que el Consejo de Estado ha proferido sentencias de condena por falla del servicio en el contexto del conflicto armado. Por todas, ver el caso de la toma guerrillera de las Delicias, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 25 de mayo de 2011, rad. 52001-23-31-000-1997-08789-01 (15838, 18075, 25212 acumulados), actor: José Ignacio Ibáñez Díaz y otros.

guardiana de la información que podría vencerla en juicio, la Sala entiende que se ha configurado un indicio grave en contra de la demandada, pues como ya ha sido señalado previamente y de conformidad con el principio general del derecho “*nadie puede beneficiarse de su propio dolo o culpa*”.

38. En efecto, la destrucción por parte de la institución castrense de los archivos militares que contendrían la información oficial de lo ocurrido en materia de orden público y conflicto armado, se interpreta como un indicio grave en contra suya que hace prosperar las pretensiones de la demanda en cuanto a la presencia de una falla del servicio, pues tal situación permite configurar la presunción estipulada en el artículo 210 del C.P.C. que dice:

*Confesión ficta o presunta. La no comparecencia del citado a la audiencia o a su continuación, se hará constar en el acta y hará presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles, contenidas en el interrogatorio escrito. De la misma manera se procederá cuando el compareciente incurra en renuencia a responder o dé respuestas evasivas.//La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos de la demanda y de las excepciones de mérito, o de sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio el citado no comparezca.//Si las preguntas no fueren asertivas o el hecho no admitiere prueba de confesión, la no comparecencia, la respuesta evasiva o la negativa a responder, se apreciarán como indicio grave en contra de la parte citada<sup>34</sup>.*

39. Adicionalmente, las pruebas que hubiesen contribuido a develar si la lesión recibida por el soldado se adecúa a las que se enmarcan dentro de los riesgos propios de la actividad, no fueron allegadas por la demandada que de una parte omitió investigar la actuación adelantada en forma unilateral e inconsulta por parte de un integrante de la institución contra los archivos de la entidad, incinerándolos por considerarlos “*basura*”; y además no adelantó ninguna gestión dirigida a recaudar los documentos solicitados mediante la búsqueda en otros archivos disponibles en la misma entidad o testimonios, ni menos se preocupó por la reconstrucción del archivo incinerado.

---

<sup>34</sup> Dicha figura jurídica fue analizada y declarada constitucional por la Corte Constitucional en la sentencia C- 622/98, M.P. Fabio Morón Díaz, al considerar que “(...) *La confesión ficta o presunta a la que se refiere el artículo 210 del C.P.C., es una presunción legal que como tal admite prueba en contrario, y que por lo tanto en nada afecta el derecho fundamental al debido proceso que consagra el artículo 29 superior*”.

40. En efecto, advierte la Sala que ante la persistencia del actor y el Tribunal por obtener las pruebas requeridas, los funcionarios del Ministerio de Defensa se limitaron a reenviar el informe rendido por el comandante del Batallón Quimbaya del 29 de abril de 1998 (f. 82, c.2) que da constancia de los hechos de destrucción de los archivos, documento que circula y es anexado en sus respuestas por distintas instancias del Ejército Nacional. De igual modo ante el auto expedido para mejor proveer en esta instancia por la Sala en el que expresamente se les solicita a la demandada “que revise nuevamente sus archivos, alleguen toda la información disponible relacionada con las pruebas referidas decretadas en primera instancia, y adicionalmente alleguen en original o copia auténtica el respectivo proceso penal y disciplinario que se hubiese adelantado contra el Capitán Mauro Campo Maury” (f. 171, c.1) la entidad se limita a reiterar, pasivamente, que los archivos fueron destruidos y que dicha actuación no generó ninguna suerte de investigación penal o disciplinaria al responsable, sin agotar ningún esfuerzo administrativo por trasladar o recuperar desde otros archivos o centros de documentación, el material probatorio destruido.

41. El actor, plasmó dicha situación en el recurso de apelación de la siguiente manera:

*En esa operación relámpago de la guerrilla también resultó muerto el soldado ARTURO TENORIO VILLAREAL, cuyo cadáver fue remitido a la ciudad de Cali.*

*Por eso, ahora, ante la ausencia total de la prueba solicitada, se tiene que no se produjo ningún informe detallado sobre el acontecer de los hechos y tampoco se llevó a efecto ninguna averiguación administrativa ni disciplinaria y si alguna de estas cuestiones sucedió todo desapareció bajo la acción del fuego, porque, irresponsablemente, el archivo fue incinerado y desapareció toda evidencia sobre el particular. Pero lo que más preocupa es que tampoco aparece ninguna investigación penal. No se practicó diligencia del levantamiento del cadáver del soldado ARTURIO TENORIO VILLAREAL, ni tampoco se recibió la declaración instructiva del lesionado Wilson Camacho Ospina y por consiguiente a dicho plenario que debió adelantarlo de manera independiente de cualesquiera otra de las actuaciones atrás descrita, no se adjuntó la necropsia del soldado ARTURIO TENORIO VILLAREAL ni los reconocimientos o dictámenes médico-legales sobre las gravísimas lesiones del soldado Wilson Camacho Ospina. Es decir, todo se dejó así, no se hizo nada, ni de una u otra forma, todo por la exclusiva culpa del Estado y no de la parte demandante, quien no tuvo que ver nada con la negligente actuación de las personas a quienes por obligación legal le correspondían estos menesteres.*

*(...) hasta ahora la parte demandante viene a saber que el Sr. TENIENTE CORONEL HUMBERTO MORENO CEREZO (f. 53 y 54) era el Comandante del Batallón de Infantería No. 19 JOAQUIN PARIS,*

*pero LA NACIÓN (Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional-), parte demandada, sí sabe y tiene en su poder no solo el nombre de TODOS LOS OFICIALES, SUBSOFICIALES y SOLDADOS que ese fatídico día se encontraban en el lugar de los hechos, sino también sus direcciones y, por consiguiente, se le facilitaba el cumplimiento del artículo 219 del Código de Procedimiento Civil, para contrarrestar las afirmaciones de la parte demandada y cuya prueba se encuentra fincada, precisamente en la documentación destruida, acción que sucedió con posterioridad a la presentación de la demanda... (f. 147 a 149, c.1).*

42. La Sala advierte que, en consonancia con lo anterior, también resultaba inocua la solicitud que desde esta instancia se hiciese para recaudar una prueba testimonial que diese cuenta de los hechos argüidos en la demanda, por cuanto el único posible testigo reconocido por el demandante es el amigo de Wilson Camacho, identificado como Arturo Tenorio Villareal, quien falleció en los mismos hechos que se encuentran bajo discusión.

43. Así las cosas, huelga concluir que al negligente actuar de la accionada en procura de la custodia y conservación de sus archivos, con violación de las normas constitucionales señaladas a lo largo de esta providencia, se agrega una doble omisión: i) en el adelantamiento de la investigación disciplinaria, penal militar y eventualmente penal<sup>35</sup> que correspondía realizar para evitar la impunidad; y ii) el desinterés en propiciar la reconstrucción de los archivos, con la finalidad de recuperar el material probatorio que allí reposaba. Lo que evidencia la incuria de la demandada en la colaboración con la justicia que, además, no se compadece con los actuales estándares jurídicos y que ofende los principios de transparencia, rendición de cuentas y buen gobierno en una sociedad democrática como la que predica el Estado colombiano.

## **5. Conclusión**

44. En mérito de lo expuesto, la Sala considera que están demostrados los elementos de la responsabilidad del Ministerio de Defensa–Ejército Nacional, y la sentencia del Tribunal de primera instancia será entonces revocada para proceder a conceder las pretensiones formuladas.

---

<sup>35</sup> En el Decreto 100 de 1980 se establecía, “Art. 223. -Destrucción, supresión y ocultamiento de documento público. Modificado Ley 43 de 1982, Art. 3o. El que destruya, suprima u oculte, total o parcialmente, documento público que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años. Si el hecho fuere realizado por empleado oficial en ejercicio de sus funciones, se impondrá prisión de tres (3) a diez (10) años”.

## 6. Indemnización de perjuicios

45. El monto a indemnizar por un perjuicio moral depende de la intensidad del daño. Cuando el perjuicio moral es de un mayor grado, como sucede generalmente con la pérdida de un hijo, se ha considerado como máximo a indemnizar la suma de 100 s.m.l.m.v a la fecha de la sentencia<sup>36</sup>, lo que *“no significa que no pueda ser superior cuando se pide una mayor indemnización y se alega y demuestra una mayor intensidad en el padecimiento del daño moral”*<sup>37</sup>. En el caso de los hermanos ha sido criterio de esta Sala reconocer 50 s.m.l.m.v.

46. Cabe señalar que en este caso, si bien el soldado Camacho falleció años después de instaurada esta demanda, ello no es el daño moral indemnizable sino el que se generó con la grave lesión que recibió y que lo dejó en estado de postración. Esta singular situación, hizo recaer en sus familiares una atención y dedicación cotidiana dada su situación de total dependencia física.

47. Considera esta Sala que el daño moral que genera en el núcleo familiar aspectos como: ver, atender, cuidar, proteger y acompañar a un pariente que retiene una mínima calidad de vida, es de aquellos considerados de máxima intensidad, por cuanto su presencia evoca el hecho causante y acongoja día a día la vida en común. Por ende, dadas las especiales características que rodearon el daño, se reconocerá la máxima indemnización para cada uno de los familiares.

## 7. Costas

48. El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 establece que se condenará en costas a la parte que hubiere actuado en forma temeraria. En el presente caso la Sala no observa comportamiento temerario en las actuaciones procesales de las partes dentro del proceso, razón por la cual no se condenará en costas.

49. En mérito de lo expuesto, la Sección Tercera –Subsección “B”- de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

---

<sup>36</sup> *Ibíd.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de agosto de 2005, C.P. María Elena Giraldo Gómez, radicación n.º 16205.

<sup>37</sup> *Ibíd.*

**RESUELVE:**

**PRIMERO. REVÓCASE** la sentencia del 12 de octubre de 2001 proferida por el Tribunal Administrativo del Meta-Sala de Descongestión para Fallos-, en cuanto negó las súplicas de la demanda y en su lugar:

**PRÍMERO. DECLÁRASE** responsable a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, de los perjuicios causados con motivo de las lesiones padecidas por Wilson Camacho Ospina.

**SEGUNDO. CONDÉNASE** como consecuencia de la declaración anterior, a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional a pagar las siguientes sumas de dinero, por concepto de perjuicios morales: al padre la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes y a cada uno de los hermanos el monto de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la ejecutoria del presente fallo.

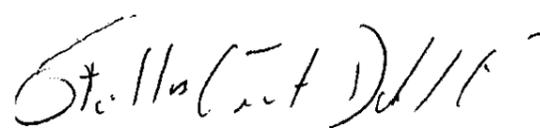
**TERCERO. ORDÉNESE** a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional a la reconstrucción del archivo destruido, en el término de seis meses contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

**CUARTO.** Sin costas.

**QUINTO.** Por secretaría **EXPÍDANSE** copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, las cuales se entregarán a quien acredite estar actuando como apoderado judicial dentro del proceso

**SEXTO.** Ejecutoriada la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de primera instancia para lo de su cargo.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



DANILO ROJAS BETANCOURTH

STELLA CONTO DIAZ DEL  
CASTILLO