

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO - Régimen jurídico / SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO - Fundamento. Finalidad / CONSCRIPTOS - Deber positivo de protección por parte del Estado. Posición de garante

De conformidad con la Ley 48 de 1993, “por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización”, los varones colombianos están obligados a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumplan la mayoría de edad, con excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes la definirán cuando obtengan el respectivo título. Por su parte, el Estado contrae en relación con los conscriptos un deber positivo de protección, lo cual implica que debe responder por los daños que éstos sufran en el ejercicio de la actividad militar, pues, al imponer el deber de prestar el servicio militar, debe garantizar la integridad psicofísica del soldado, ya que se trata de una persona que se encuentra sometida a su custodia y cuidado, de suerte que la Administración asume una posición de garante, al doblegar la voluntad del soldado y disponer de su libertad individual para un fin determinado, por lo que entra en una relación de especial sujeción, que lo hace responsable de los posibles daños que pueda padecer aquél, mientras permanezca a su cargo (...) cuando una persona ingresa al servicio militar obligatorio en buenas condiciones de salud, debe dejar el servicio en condiciones similares, criterio a partir del cual se estableció la obligación de reparación a cargo de la entidad demandada, frente a los daños cuya causa esté vinculada con la prestación del servicio y excedan la restricción de los derechos y libertades inherentes a la condición de militar. **NOTA DE RELATORIA:** Respecto al Estado y su posición de garante con los conscriptos y a su deber de custodia y cuidado, consultar sentencia de 17 de abril de 2013, exp. 25183

FUENTE FORMAL: LEY 48 DE 1993

CONSCRIPTOS Y MIEMBROS VOLUNTARIOS DE LA FUERZA PUBLICA - Régimen de responsabilidad aplicable según el caso

La jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado que el régimen de responsabilidad bajo el cual debe resolverse la situación de los conscriptos es diferente del que se aplica a quienes voluntariamente ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado, como es el caso, por ejemplo, de los militares, agentes de policía o detectives del DAS, bajo el entendido de que el sometimiento de aquéllos a los riesgos inherentes a la actividad militar no se realiza de manera voluntaria, sino que obedece al cumplimiento de los deberes que la Constitución impone a las personas, “derivados de los principios fundamentales de solidaridad y reciprocidad social”, para “defender la independencia nacional y las instituciones públicas” (artículo 216 C.P.). Lo anterior implica que quienes prestan servicio militar obligatorio sólo están obligados a soportar las cargas inherentes a éste, como la restricción a los derechos fundamentales de libertad y locomoción, pero no los riesgos anormales o excepcionales. Por su parte, los que prestan el servicio en forma voluntaria asumen todos y cada uno de los riesgos propios de la actividad militar. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con los riesgos inherentes a la actividad militar y el cumplimiento de deberes constitucionales de los conscriptos, ver Corte Constitucional, sentencia T-250 de 1993. Sobre los perjuicios sufridos por los miembros voluntarios de la fuerza pública y el derecho que tienen a las prestaciones e indemnizaciones previamente establecidas en el ordenamiento jurídico (a forfai), consultar sentencia de 21 de febrero de 2002, exp. 12799. Respecto a las cargas que no

deben soportar los conscriptos al prestar el servicio militar obligatorio, consultar sentencia de 27 de noviembre de 2006, exp. 15583

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 216

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS CAUSADOS A CONSCRIPTOS - Régimen jurídico aplicable / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS CAUSADOS A CONSCRIPTOS - Título de imputación aplicable / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS CAUSADOS A CONSCRIPTOS - Daño especial / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS CAUSADOS A CONSCRIPTOS - Falla en la prestación del servicio / PRINCIPIO IRA NOVIT CURIA - Aplicación / CAUSALES EXIMENTES O EXONERATIVAS DE RESPONSABILIDAD - Culpa exclusiva de la víctima, fuerza mayor y hecho exclusivo de la víctima

En relación con los títulos de imputación aplicables cuando se trata de estudiar la responsabilidad del Estado respecto de los daños causados a soldados conscriptos, la jurisprudencia ha establecido que los mismos pueden ser i) de naturaleza objetiva –tales como el daño especial o el riesgo excepcional- y ii) por falla del servicio, siempre y cuando de los hechos y de las pruebas allegadas al proceso ésta se encuentre acreditada. Adicionalmente, en aplicación del principio iura novit curia, esta Corporación ha señalado que el juzgador debe verificar si el daño antijurídico resulta imputable al Estado con fundamento en uno cualquiera de los títulos de imputación antes mencionados. Pues bien, el daño especial opera cuando se produce un rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas. Por su parte, el riesgo excepcional se da como consecuencia de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que, en su estructura, son peligrosos. A su turno, la falla en la prestación del servicio surge cuando la irregularidad administrativa produce el daño. En todo caso, éste no resulta imputable al Estado cuando ocurre por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero, circunstancia que lleva al rompimiento del nexo causal y lo libera de responsabilidad. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con los títulos de imputación aplicables por daños causados a conscriptos, consultar sentencia de 28 de abril de 2010, exp. 17992

CAUSALES EXONERATIVAS O EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD - Análisis

En los casos en que se invoque, por parte de la entidad demandada, la existencia de una causa extraña como generadora del daño, será necesario analizar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que éste se produjo, pues es posible que el Estado haya contribuido co-causalmente a su generación; por lo tanto, la sola constatación de la existencia de una aparente causa extraña como origen o fuente material de los daños ocasionados a conscriptos no es suficiente para que éstos (los daños) sean considerados como no atribuibles a la Administración Pública, pues se requiere, además, que ésta acredite que su actuación no contribuyó a su producción, por lo cual no le sería imputable fáctica ni jurídicamente. Lo anterior, por cuanto es posible que la causa directa, inmediata y material del daño sea la actuación o el hecho de un tercero o de la propia víctima, pero que, en todo caso, dicho resultado perjudicial tenga una relación inmediata con el servicio desarrollado por el soldado conscripto, caso en el cual la demandada no puede liberarse de su

responsabilidad, pues, aún en esa eventualidad, es posible que le sea atribuible jurídicamente el daño. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema consultar sentencia de 2 de marzo de 2000, exp. 11401

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS CAUSADOS A MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA - Suicidio de soldado conscripto en base militar de Sabana de Torres, departamento de Santander. Disparo en el pecho con arma de dotación oficial / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SUICIDIO DE SOLDADO CONSCRIPTO - Causal eximente de responsabilidad. Culpa exclusiva de la víctima / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SUICIDIO DE SOLDADO CONSCRIPTO - No se configuró. Culpa exclusiva de la víctima

Acreditado, como está, que el soldado Varela Rubiano se suicidó con su arma de dotación, resulta necesario, en este momento, precisar las razones que éste habría tenido para tomar esa fatal decisión, pues, para que opere la causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, se requiere que tal hecho resulte imprevisible e irresistible para la entidad demandada. En efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en casos similares al que ahora ocupa la atención de la Sala, ha dicho que, en los eventos en los que se persigue el resarcimiento de los daños y perjuicios causados con ocasión del suicidio de un conscripto, es necesario demostrar que tal hecho fue inducido por la entidad en la que éste prestaba servicio militar, o que ésta no lo previó debiendo hacerlo, o que lo previó y no desplegó las acciones necesarias para evitar su acaecimiento (...) se encuentra acreditado que la víctima era una persona tranquila, reservada, respetuosa y cumplidora de su deber y que no tenía problemas con ninguno de sus compañeros ni con sus superiores; al respecto, el Sargento Primero Plutarco Guardiola Pardo, Comandante del Grupo de Contraguerrilla Águila Cinco, del Batallón Ricaurte (...) el soldado Varela Rubiano no tenía problemas con sus compañeros y mucho menos con sus superiores; además, el trato que recibió durante su permanencia en la base militar fue bueno, como lo aseguraron quienes declararon en el proceso, aspectos éstos que no fueron cuestionados, para nada, por la parte actora. (...) todo indica que el suicidio del soldado Varela Rubiano no pudo ser previsto ni evitado por sus compañeros y mucho menos por sus superiores, en la medida en que no se demostró en el plenario que el uniformado presentara desequilibrios o trastornos mentales que debieran ser conocidos por aquéllos, a lo cual se suma que no obra prueba alguna en el expediente que indique que la víctima fue inducida, por sus compañeros o por sus superiores, a cometer el suicidio. (...) fue un hecho súbito e inesperado, que tomó por sorpresa a todos y, por lo mismo, es obvio que éste resultó imprevisible e irresistible para la demandada, pues, como se vio a lo largo del proceso, durante la permanencia del soldado en las filas del Ejército Nacional no se evidenció en él un comportamiento tal que hiciera pensar o presagiar que tuviera la firme y fatal intención de acabar con su vida, de modo que ninguna responsabilidad le cabe a la accionada en este asunto y, por lo tanto, se confirmará la sentencia de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 68001-23-15-000-1998-00468-01(31499)

Actor: EDELMIRA RUBIANO TORRES

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL

Referencia: REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por el demandante contra la sentencia del 30 de noviembre de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, Norte de Santander y Cesar, Sala de Descongestión, que resolvió (se transcribe textualmente):

“PRIMERO: DECLÁRASE probada la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA respecto de LIDA LILIANA Y MARICELA MONTENEGRO RUBIANO.

“SEGUNDO: DECLARASE probada la excepción de CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA propuesta por la parte demandada.

“TERCERO: DENIÉNGASE las pretensiones de la demanda” (folio 294, cuaderno 3).

I. ANTECEDENTES

1.1 La demanda

El 12 de marzo de 1998, en ejercicio de la acción de reparación directa y mediante apoderado judicial, los actores¹ solicitaron que se declarara la responsabilidad de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, por el homicidio del soldado regular Alvaro Varela Rubiano, en hechos ocurridos el 18 de marzo de 1996, en la Base Militar de Sabana de Torres, departamento de Santander (folios 8 a 18, cuaderno 1).

¹ El grupo demandante está conformado por Edelmira Rubiano Torres y Alvaro Varela (padres de la víctima), Lida Lilliana y Maricela Montenegro Rubiano y Jeisson Espitia Rubiano (hermanos).

Tal hecho obedeció a una falla en la prestación del servicio, imputable a la demandada, pues el soldado Varela Rubiano fue encontrado muerto en la base militar en la que prestaba servicio, con un disparo de arma de dotación, lo cual indica que alguien atentó contra su vida.

A pesar de ello, el Ejército Nacional le informó a la señora Edelmira Rubiano, madre de la víctima, que su hijo había fallecido en un accidente de tránsito, en el que también habían perdido la vida otros nueve uniformados. Al enterarse de que esto no era verdad, la señora Rubiano solicitó explicaciones acerca de las verdaderas causas de la muerte de su hijo, frente a lo cual el Ejército le aseguró que éste *“apareció muerto dentro de la base militar de Sabana de Torres, por un disparo de arma de fuego”*.

Ante las distintas versiones sobre la muerte del soldado Varela Rubiano, su madre pidió que le dejaran ver el cuerpo y observó que éste presentaba varios moretones, *“que debieron ser producidos por golpes o torturas”*; además, el Ejército se habría opuesto a que la víctima fuera sepultada en el municipio de San Juan de Rioseco, lugar en el que residía su madre, pues la idea era que debía ser enterrada lo más pronto posible.

En suma, la muerte del joven soldado se produjo por fuera de los riesgos propios del servicio militar, pues su fallecimiento fue consecuencia de un disparo con *“arma de dotación oficial dentro de una base militar, o por golpes dados dentro de una base militar”*; además, éste no *“estaba en combate, ni en misión”*, de modo que la demandada debe responder por los perjuicios causados, los cuales fueron estimados en una suma equivalente a 1500 gramos de oro, lo morales, para cada uno de los padres de la víctima, y de 700 gramos de oro, para cada uno de los hermanos. Por concepto de perjuicios materiales, los actores solicitaron, a favor de la señora Edelmira Rubiano, las sumas que se acreditaran en el proceso.

1.2. La contestación de la demanda

El 2 de junio de 1998, el Tribunal Administrativo de Santander, Norte de Santander y Cesar, Sala de Descongestión, admitió la demanda y el auto respectivo fue notificado a la accionada y al Ministerio Público (folios 20 y 21, cuaderno 1).

La demandada se opuso a las pretensiones de los actores y solicitó que se le exonerara de responsabilidad, por estimar que ninguna falla del servicio se acreditó en este caso, ya que la muerte del soldado Alvaro Varela Rubiano se debió a su propia culpa, pues éste se suicidó (folios 24 a 28, cuaderno 1).

1.3 Alegatos de conclusión en primera instancia

Vencido el período probatorio, el 16 de septiembre de 2000 se corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio de Público, para que rindiera concepto (folio 224, cuaderno 1).

1.3.1 La parte actora señaló que el soldado Varela Rubiano falleció a raíz de un disparo accidental con su arma de dotación, de modo que no se trató de un suicidio, como lo concluyó, erróneamente, el Juzgado de Instrucción Penal Militar que conoció del asunto. Aseguró que la prueba testimonial mostró que la víctima no sufría perturbaciones o desequilibrios mentales, que hicieran pensar en un suicidio; por el contrario, aquella era una persona alegre, tranquila, cumplidora de su deber y jamás tuvo problema alguno con sus compañeros o comandantes; además, en dos cartas que remitió a su familia, el soldado manifestó que se encontraba contento y bien de salud y que el trato que recibía en la Institución era bueno, de donde se infería, claramente, que su comportamiento era normal y, por ende, no existían motivos para que se quitara la vida, a lo cual se agrega que los soldados que se encontraban presentes cuando ocurrieron los hechos coincidieron en afirmar que no se dieron cuenta en qué momento el soldado se habría disparado, ya que se limitaron a decir que lo vieron sentado en su camarote *“y sonó un ruido como cuando se desasegura el arma y seguidamente se escuchó la detonación”*. Así, todo indica que la muerte del soldado fue un desafortunado accidente cuando manipulaba su arma de dotación, de suerte que el Estado está en la obligación de indemnizar los perjuicios causados, en la medida en que la víctima era un conscripto y su muerte se produjo con un arma de dotación (folios 232 a 237, cuaderno 1).

1.3.2 La demandada solicitó que se negaran las pretensiones de los actores, pues se demostró que el soldado Varela Rubiano se suicidó con su arma de dotación, como lo acreditó, ampliamente, el material probatorio aportado al plenario, lo cual configura la eximente de responsabilidad denominada culpa exclusiva de la víctima (folios 225 a 231, cuaderno 1).

1.3.3 El Ministerio Público solicitó que se accediera a las pretensiones de la demanda, toda vez que se acreditó en el proceso que el soldado Varela Rubiano era un conscripto y, además, no se demostró que éste se hubiera suicidado. Asimismo, pidió que se negaran las pretensiones de la demanda respecto de las menores Lida Liliana y Maricela Montenegro Rubiano, ya que no acreditaron el parentesco con la víctima (folios 244 a 246, cuaderno 1).

1.5 La sentencia recurrida

Mediante sentencia del 30 de noviembre de 2004, el Tribunal Administrativo de Santander, Norte de Santander y Cesar, Sala de Descongestión, negó las pretensiones de la demanda, en consideración a que se acreditó en el plenario que el soldado Alvaro Varela Rubiano se suicidó, *“sin que hubiesen intervenido otras personas en la formación de su decisión, ni en la ejecución del acto”*; además, su comportamiento siempre fue normal y, por ende, jamás dio muestras de querer acabar con su vida.

Señaló que la víctima no sufría de trastornos psicológicos ni de enfermedades mentales y mucho menos que tuviera problemas con sus compañeros y con sus superiores, de quienes siempre recibió buen trato, de modo que su muerte se debió a su propia culpa, pues, libre y voluntariamente, decidió quitarse la vida, circunstancia que exime de responsabilidad a la demandada por los hechos imputados (folios 273 a 294, cuaderno 3).

Uno de los Magistrados salvó el voto, por estimar que el hoy occiso, quien se encontraba prestando servicio militar obligatorio, ingresó al Ejército en buenas condiciones de salud, tanto físicas como mentales, *“por lo que se debe presumir que cualquier alteración que hubiese presentado lo fue por causa o*

con ocasión del servicio", máxime cuando, a su juicio, no se demostró que aquél se hubiera suicidado (folios 295 y 296, cuaderno 3).

1.6 El recurso de apelación

Dentro del término legal, el apoderado de la parte actora formuló recurso de apelación contra la sentencia anterior, a fin de que fuera revocada y se accediera a las pretensiones de la demanda, pues, a su juicio, la muerte del soldado Varela Rubiano obedeció a un accidente, cuando manipulaba su arma de dotación, lo cual hace responsable a la demandada, teniendo en cuenta que la víctima era un conscripto y que su muerte se produjo con aquélla.

Manifestó que el Tribunal no aplicó el régimen de responsabilidad objetiva, pues la víctima ingresó al Ejército Nacional a prestar servicio militar obligatorio, de donde se infiere que el Estado tenía una obligación de resultado y, por lo mismo, debía devolverla a su familia en las mismas condiciones en las que ingresó a la Institución.

Así las cosas, probado el hecho dañoso –muerte-, le correspondía a la demandada acreditar la existencia de una causa extraña, que rompiera el nexo de causalidad, como es el caso de la culpa exclusiva de la víctima, la fuerza mayor o el hecho exclusivo de un tercero, circunstancia que no ocurrió, pues, como quedó visto, el soldado no se suicidó, sino que su muerte obedeció a un accidente con su arma de dotación.

No obstante que en el proceso penal se estableció que el soldado Varela Rubiano se suicidó, pues, según se dijo, éste *"se sentó en su cama y colocó el fusil en el piso, apuntándose en el pecho, luego desaseguró el arma y se propinó el disparo mortal"*, dicha decisión no ata, para nada, al juez de lo contencioso administrativo, ya que los títulos de imputación, en una y otra jurisdicción, son diferentes, pues, en el primero, se juzga la licitud o ilicitud de la conducta personal del agente causante del daño, en tanto que, en el segundo, se juzga la responsabilidad del Estado, con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política, de suerte que la responsabilidad de la Administración puede declararse aún en el evento de que no se acredite que su actuación fue

irregular, como ocurre, por ejemplo, cuando se aplica un régimen de actividad peligrosa, como es el caso del manejo de las armas de dotación.

Adicionalmente, todas las pruebas indican que el soldado Varela Rubiano jamás adoptó comportamientos desequilibrados, que evidenciaran en él la intención de suicidarse; por el contrario, la prueba testimonial mostró que se trataba de un joven alegre, cumplidor de su deber y sin ninguna clase de problemas con los demás reclutas ni con sus superiores (folios 306 a 312, cuaderno 3).

1.7 Los alegatos de conclusión en segunda instancia

1.7.1 Por auto del 17 de junio de 2005, el Tribunal concedió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora (folio 300, cuaderno 5) y, mediante auto del 17 de diciembre de ese mismo año, el Consejo de Estado lo admitió (folio 314, cuaderno 3).

1.7.2 El 28 de febrero de 2006, el Despacho corrió traslado a las partes, para que presentaran alegatos de conclusión y al Agente del Ministerio Público, para que rindiera concepto (folio 316, cuaderno 3).

1.7.3 La parte actora solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó, como causal de exoneración de responsabilidad, la culpa exclusiva de la víctima, pues es obvio que el soldado Varela Rubiano no se suicidó, máxime teniendo en cuenta que no se demostró en el proceso que éste sufriera de trastornos psicológicos, a lo cual se agrega que ninguno de los testigos presenciales de los hechos aseguró haber observado que el soldado se hubiera disparado (folio 317, cuaderno 3).

1.7.4 La demandada solicitó que se confirmara la sentencia de primera instancia, por estimar que, en el asunto *sub júdice*, se configuró una causa extraña, como lo es la culpa exclusiva de la víctima, lo cual la exime de responsabilidad (folios 318 a 320, cuaderno 3).

1.7.5. El Ministerio Público guardó silencio (folio 330, cuaderno 3).

II. CONSIDERACIONES

2.1 Prelación de fallo²

En la actualidad, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado tiene a su conocimiento procesos que entraron para proferir fallo definitivo con anterioridad al presente asunto, situación que, en los términos del artículo 18 de la Ley 446 de 1998, exigiría su decisión en el orden cronológico en que pasaron los expedientes al Despacho. No obstante, la Ley 1285 de 2009, en el artículo 16, permite decidir, sin sujeción al orden cronológico de turno, los procesos en relación con los cuales su decisión definitiva “*entrañe sólo la reiteración de la jurisprudencia*”.

En el presente asunto, el tema objeto de debate tiene que ver con la muerte del soldado regular Alvaro Varela Rubiano, quien perdió la vida mientras prestaba servicio militar obligatorio en el Ejército Nacional.

Respecto al tema antes referido, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse en muchas ocasiones, en las cuales ha fijado una jurisprudencia consolidada y reiterada, motivo por el cual, con fundamento en el artículo 16 de la Ley 1285, la Subsección se encuentra habilitada para resolver el presente asunto de manera anticipada.

2.2 Competencia de la Sala

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 30 de noviembre de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, Norte de Santander y Cesar, Sala de Descongestión, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, con ocasión de la muerte del soldado regular Alvaro Varela Rubiano, en un proceso con vocación de doble instancia, toda vez que la

pretensión mayor de la demanda fue establecida en el equivalente a 1500 gramos de oro que, por concepto de perjuicios morales, solicitaron los demandantes para cada uno de los padres de la víctima, esto es, \$19'234.950³, y la cuantía mínima exigida por la ley, en el año 1.998⁴, para que un proceso fuera de doble instancia, en acción de reparación directa, era de \$18'850.000⁵.

2.3 Caducidad de la acción

De conformidad con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, aplicable para la época de los hechos⁶, la acción de reparación directa caduca al cabo de dos (2) años, contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena, por causa de trabajo público o por cualquier otra causa. En el presente asunto, los hechos ocurrieron el 18 de marzo de 1996 y la demanda fue instaurada el 12 de marzo de 1998, es decir, dentro del término que contemplaba el ordenamiento legal de entonces.

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

De conformidad con la Ley 48 de 1993, *“por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización”*, los varones colombianos están obligados a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumplan la mayoría de edad, con excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes la definirán cuando obtengan el respectivo título⁷.

Por su parte, el Estado contrae en relación con los conscriptos un deber positivo de protección, lo cual implica que debe responder por los daños que

² De conformidad con el Acta de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado No 9 del 25 de abril de 2013.

³ Para la época de presentación de la demanda -12 de marzo de 1998-, el valor del gramo de oro era \$12.823,30.

⁴ Año de presentación de la demanda.

⁵ Decreto 597 de 1988.

⁶ Decreto 2304 de 1989.

⁷ El artículo 13 de la referida ley definió las siguientes modalidades de prestación del servicio militar obligatorio: *i)* soldado regular, de 18 a 24 meses, *ii)* soldado bachiller, durante 12 meses, *iii)* auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses y *iv)* soldado campesino, de 12 a 18 meses.

éstos sufran en el ejercicio de la actividad militar, pues, al imponer el deber de prestar el servicio militar, debe garantizar la integridad psicofísica del soldado, ya que se trata de una persona que se encuentra sometida a su custodia y cuidado, de suerte que la Administración asume una posición de garante, al doblegar la voluntad del soldado y disponer de su libertad individual para un fin determinado, por lo que entra en una relación de especial sujeción, que lo hace responsable de los posibles daños que pueda padecer aquél, mientras permanezca a su cargo⁸.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado que el régimen de responsabilidad bajo el cual debe resolverse la situación de los conscriptos es diferente del que se aplica a quienes voluntariamente ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado, como es el caso, por ejemplo, de los militares, agentes de policía o detectives del DAS⁹, bajo el entendido de que el sometimiento de aquéllos a los riesgos inherentes a la actividad militar no se realiza de manera voluntaria, sino que obedece al cumplimiento de los deberes que la Constitución impone a las personas, *“derivados de los principios fundamentales de solidaridad y reciprocidad social”*¹⁰, para *“defender la independencia nacional y las instituciones públicas”* (artículo 216 C.P.).

Lo anterior implica que quienes prestan servicio militar obligatorio sólo están obligados a soportar las cargas inherentes a éste, como la restricción a los derechos fundamentales de libertad y locomoción, pero no los riesgos anormales o excepcionales¹¹. Por su parte, los que prestan el servicio en forma voluntaria asumen todos y cada uno de los riesgos propios de la actividad militar.

Por eso, de tiempo atrás, se consideró que, cuando una persona ingresa al servicio militar obligatorio en buenas condiciones de salud, debe dejar el

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 17 de abril de 2013, expediente 25.183.

⁹ “Estos deben soportar los daños causados como consecuencia de los riesgos inherentes a la misma actividad, y sólo habrá lugar a la reparación cuando dicho daño se haya producido por falla del servicio, o cuando se someta al agente estatal a un riesgo excepcional, diferente o mayor al que deban afrontar quienes se encuentran en las mismas condiciones. En todo caso, éstos y quienes hayan sufrido perjuicio con el hecho dañoso, tendrán derecho a las prestaciones e indemnizaciones previamente establecidas en el ordenamiento jurídico (*a forfait*)” (Consejo de Estado, sentencia del 21 de febrero de 2002, expediente 12.799).

¹⁰ Corte Constitucional, T-250 del 30 de junio de 1993.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2006, expediente 15.583.

servicio en condiciones similares¹², criterio a partir del cual se estableció la obligación de reparación a cargo de la entidad demandada, frente a los daños cuya causa esté vinculada con la prestación del servicio y excedan la restricción de los derechos y libertades inherentes a la condición de militar.

En relación con los títulos de imputación aplicables cuando se trata de estudiar la responsabilidad del Estado respecto de los daños causados a soldados conscriptos, la jurisprudencia ha establecido que los mismos pueden ser *i)* de naturaleza objetiva –tales como el daño especial o el riesgo excepcional- y *ii)* por falla del servicio, siempre y cuando de los hechos y de las pruebas allegadas al proceso ésta se encuentre acreditada¹³. Adicionalmente, en aplicación del principio *iura novit curia*, esta Corporación ha señalado que el juzgador debe verificar si el daño antijurídico resulta imputable al Estado con fundamento en uno cualquiera de los títulos de imputación antes mencionados.

Pues bien, el daño especial opera cuando se produce un rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas¹⁴. Por su parte, el riesgo excepcional se da como consecuencia de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que, en su estructura, son peligrosos. A su turno, la falla en la prestación del servicio surge cuando la irregularidad administrativa produce el daño. En todo caso, éste no resulta imputable al Estado cuando ocurre por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero, circunstancia que lleva al rompimiento del nexo causal y lo libera de responsabilidad.

En los casos en que se invoque, por parte de la entidad demandada, la existencia de una causa extraña como generadora del daño, será necesario analizar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que éste se produjo, pues es posible que el Estado haya contribuido co-causalmente a su generación; por lo tanto, la sola constatación de la existencia de una aparente

¹² Sentencias del 3 de marzo de 1989, expediente 5290 y del 25 de octubre de 1991, expediente 6465, entre otras.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2010, expediente 17.992.

¹⁴ En sentencia del 10 de agosto de 2005, expediente 16205, la Sala, al decidir la demanda instaurada con el fin de obtener la indemnización de los perjuicios causados por las lesiones sufridas por un soldado que, en cumplimiento de la orden proferida por su superior jerárquico, consistente en realizar un registro de área en horas de la noche, al saltar un caño se cayó y golpeó contra una piedra, consideró: "...la causación de los daños material, moral y a la vida de relación tienen sustento, en este proceso, en el actuar de la Administración de sometimiento del soldado conscripto a una carga mayor a la que estaba obligado a soportar, cuando en el cumplimiento de la misión conferida a él por el Comandante del Escuadrón B de Contraguerrillas de registro del área general del Municipio de Paz de Aripuro dentro del servicio y con ocasión de él, se tropezó cayendo contra la maleza, lesionándose el ojo derecho".

causa extraña como origen o fuente material de los daños ocasionados a conscriptos no es suficiente para que éstos (los daños) sean considerados como no atribuibles a la Administración Pública, pues se requiere, además, que ésta acredite que su actuación no contribuyó a su producción, por lo cual no le sería imputable fáctica ni jurídicamente.

Lo anterior, por cuanto es posible que la causa directa, inmediata y material del daño sea la actuación o el hecho de un tercero o de la propia víctima, pero que, en todo caso, dicho resultado perjudicial tenga una relación inmediata con el servicio desarrollado por el soldado conscripto, caso en el cual la demandada no puede liberarse de su responsabilidad, pues, aún en esa eventualidad, es posible que le sea atribuible jurídicamente el daño.

Al respecto, mediante sentencia del 2 de marzo de 2000, la Sección Tercera sostuvo:

“...demostrada la existencia de un daño antijurídico causado a quien presta el servicio militar, durante el mismo y en desarrollo de actividades propias de él, puede concluirse que aquél es imputable al Estado. En efecto, dado el carácter especial de esta situación, por las circunstancias antes anotadas, es claro que corresponde al Estado la protección de los obligados a prestar el servicio militar y la asunción de todos los riesgos que se creen como consecuencia de la realización de las diferentes tareas que a ellos se asignen. No será imputable al Estado el daño causado cuando éste haya ocurrido por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, eventos cuya demostración corresponderá a la parte demandada”¹⁵.

Teniendo en cuenta los criterios jurisprudenciales acabados de referir y las pruebas que militan en el proceso, la Sala procederá a establecer si la muerte del soldado regular Alvaro Varela Rubiano es imputable al Estado o si, por el contrario, ésta obedeció a la culpa exclusiva de aquél, como lo alegó la demandada a lo largo del proceso y lo decidió el Tribunal Administrativo de Santander, Norte de Santander y Cesar, Sala de Descongestión.

2.5 El caso y su análisis

Se encuentra acreditado en el plenario que el joven Alvaro Varela Rubiano perdió la vida el 18 de marzo de 1996. Así lo acreditan el registro civil de defunción (folio 70, cuaderno 1), el acta de inspección y levantamiento (folios 185 y 186, cuaderno 1) y la necropsia del cadáver, practicada por el Instituto Nacional de Medicina Legal, Seccional Nor- Oriente (folios 99 a 101, cuaderno 2), en la que se estableció que la víctima presentaba *“orificios por proyectil único por arma de fuego que produce fracturas costales, laceración pulmonar, avulsión cardíaca, shock cardiogénico y la muerte”* (folio 102, cuaderno 2)¹⁶.

Conforme a lo visto, se encuentra acreditado en el plenario el daño sufrido por los demandantes, consistente en la muerte del joven Alvaro Varela Rubiano, circunstancia de la que se derivan los perjuicios cuyo resarcimiento se pretende en este caso.

Está demostrado, asimismo, que la víctima, para la época de su muerte, se encontraba prestando servicio militar como soldado regular, en la Base Militar de Sabana de Torres, departamento de Santander (folio 2002, cuaderno 1).

Los actores señalaron, por una parte, que el soldado Alvaro Varela Rubiano fue asesinado en la base en la que se encontraba prestando servicio militar y, por la otra, que aquél murió accidentalmente, cuando manipulaba su arma de dotación, motivo por el cual la demandada debe resarcir los perjuicios a ellos causados, toda vez que su obligación era devolver al uniformado a su

¹⁵ Expediente 11.401.

¹⁶ Tales pruebas obran en los expedientes prestacional y penal militar solicitados por la parte demandante y coadyuvados por la demandada, cuyo traslado fue decretado por el Tribunal, mediante auto del 7 de diciembre de 1998 (folios 34 y 35, cuaderno 1). Por su parte, la demandada remitió dichos expedientes al proceso, respectivamente, el 27 de julio de 1999 (folio 50, cuaderno 1) y el 18 de septiembre de 2001 (folio 1, cuaderno 2).

En cuanto al traslado de pruebas, esta Sección ha expresado que aquéllas que no cumplan con los requisitos previstos por el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil o que no hubieren sido solicitadas en el proceso contencioso administrativo por la parte contra la cual se aducen o no hubieren sido practicadas con audiencia de aquélla, no podrán ser valoradas en dicho proceso. También ha manifestado la Sala que, en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas recaudadas dentro de otro proceso es solicitado por ambas partes, dichas pruebas pueden ser tenidas en cuenta en el proceso contencioso administrativo, aun cuando hayan sido practicadas sin citación o intervención de alguna de ellas en el proceso original y no hayan sido ratificadas en el contencioso administrativo, considerando que, en tales casos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 21 de febrero de 2002, expediente 12.789).

casa en el mismo estado en el que fue incorporado a prestar servicio militar obligatorio, cosa que no ocurrió.

A su turno, la accionada afirmó, a lo largo del proceso, que el soldado Varela Rubiano se suicidó, hecho que el Tribunal encontró acreditado en el plenario y por ello la exoneró de responsabilidad. Por su parte, tanto el Ministerio Público como uno de los Magistrados del Tribunal que salvó el voto aseguraron que no estaba acreditado en el proceso que el soldado se hubiera suicidado.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala analizará, de conformidad con las pruebas que militan en el plenario, las distintas hipótesis acerca de la muerte del uniformado, pues, como se vio, existen varias versiones acerca de lo que realmente le ocurrió, ya que se dijo que éste fue asesinado; también que se trató de un suicidio y de una muerte accidental.

Pues bien, en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos sucedidos el 18 de marzo de 1996, en la base militar de Sabana de Torres, departamento de Santander, en la que perdió la vida el soldado regular Alvaro Varela Rubiano, se encuentra acreditado lo siguiente:

Según el informativo administrativo por muerte, elaborado por el Ejército Nacional el 22 de marzo de 1996: *“A LAS 07:05 HRS SE ESCUCHO UN DISPARO Y AL VERIFICAR LO SUCEDIDO SE ENCONTRO AL SOLDADO VARELA RUBIANO ALVARO CON UN DISPARO A LA ALTURA DE LA TETILLA IZQUIERDA CAUSADA POR EL MISMO, CON SU ARMA DE DOTACION (FUSIL GALIL AR), POR LO QUE SE PRESUME QUE EL SOLDADO SE SUICIDO”* (folio 32, cuaderno 1).

El Sargento Primero Plutarco Guardiola Pardo, quien para la época de los hechos se desempeñaba como “Comandante de la Contraguerrilla Águila Cinco” y estaba a cargo del grupo de soldados del que hacía parte la víctima, en declaración rendida el 18 de marzo de 1996 ante el Juzgado 100 de Instrucción Penal Militar de Santa Marta, manifestó que, el día de los hechos, cuando se encontraba en la sala de televisión, escuchó un disparo que provenía del alojamiento. Al llegar al lugar, observó que el soldado Alvaro Varela Rubiano

estaba agonizando y murió a los pocos segundos. Aseguró que los soldados Ramos Pinilla y Ramos Ramírez, quienes se encontraban en el alojamiento cuando se produjeron los hechos, le manifestaron que la víctima se había pegado un tiro con su arma de dotación.

Afirmó que, durante la formación diaria de los soldados, solía preguntar quién tenía problemas y que la víctima jamás dijo nada al respecto y mucho menos les comentó a sus compañeros que tuviera dificultades personales o familiares o de cualquier otra índole; además, estaba próxima a salir de licencia para su casa. Sostuvo que el hoy occiso era muy reservado y que hablaba muy poco, pero que era un buen soldado y que siempre cumplía con su deber. Adicionalmente, dijo (se transcribe textualmente):

“El soldado se causó la muerte con el fusil Galil Sar No. 8-1932194 el cual estaba asignado al soldado VARELA de acuerdo al cuaderno de asignación de armamento y que tiene estampada la firma de él, el fusil estaba debajo de la cama en el charco de sangre, cargado y desasegurado comprobado por la Inspectoría de Policía (...) el soldado tenía el culatín recogido y al parecer lo apoyó con el piso y se lo puso en el lado izquierdo porque la evidencia de la pólvora quedó marcada en el pecho (...)” (folio 15, cuaderno 2).

Al igual que el Sargento Primero Guardiola Pardo, los soldados que declararon en el proceso penal militar aseguraron que la víctima se suicidó con su arma de dotación. Así lo indicaron, entre otros, Javier Eduardo Pérez Guzmán (declaración rendida el 8 de abril de 1996) (folios 71 a 79, cuaderno 2), Javier Edilson Ballesteros Peña (declaración rendida el 15 de abril de 1996) (folios 85 a 90, cuaderno 2), Pastor Santamaría Figueroa (declaración rendida el 25 de mayo de 1996) (folios 143 a 148, cuaderno 2), Oscar Alexander Pineda Jiménez (declaración rendida el 28 de mayo de 1996) (folios 152 a 157, cuaderno 2) y Víctor Hugo Portilla Correa (declaración también rendida el 28 de mayo de 1996) (folios 164 a 169, cuaderno 2), aunque debe aclararse que ninguno de ellos estuvo presente cuando ocurrieron los hechos y dijeron que escucharon un disparo y que se percataron, luego, de que éste había sido realizado por el soldado Varela Rubiano, quien se suicidó.

A diferencia de los testigos acabados de mencionar, obran las declaraciones de otros soldados que estuvieron presentes en el alojamiento

donde sucedieron los hechos, entre ellos, el soldado Edgar Armando Robayo Anzola, quien, en declaración rendida el 26 de agosto de 1996, manifestó (se transcribe textualmente):

“(...) yo estaba a mano derecha de él a tres catres yo lo vi que estaba sentado ahí con el fusil en la mano, lo que pasa es que él estaba sentado de espaldas hacía mí en forma diagonal, no lo miraba de frente para saber que estaba haciendo (...) VARELA tenía el tiro ahí en el corazón abajo de la tetilla (...) No hubo ningún roce, nadie estaba peleando, todos estábamos haciendo algo por ejemplo PEREZ (...) estaba al lado de VARELA estaba arreglando el equipo, un catre detrás de él estaba el soldado RAMOS RAMIREZ hablando con otro soldado que no me acuerdo, el soldado RAMOS PINILLA que estaba detrás de él en el catre de enseguida, estaba haciendo aseo, y en el momento que sonó el disparo estaba sentado, se asustó porque le cayó esquirlas de teja y fragmentos de pared, porque el tiro pegó en el colchón de la cama de arriba o encima al lado de la cabecera y pegó a un lado de la pared, pegó en el techo y salió (...)” (folio 250, cuaderno 2).

El soldado José Germán Ramos Pinilla, en declaración rendida el 20 de marzo de 1996, relató (se transcribe textualmente):

“(...) el Soldado VARELA se sentó en su cama que es la cuarta entrando de izquierda a derecha al alojamiento, yo me senté en la tercera cama ahí a descansar, o sea en la de enseguida, yo quedé mirándole la espalda a él a VARELA, el Soldado ROBAYO estaba tendiendo la cama de él que es como la sexta cama del rincón del lado izquierdo del alojamiento y el Soldado VIVAS VALENTIN estaba ahí con ROBAYO estaban hablando, el Soldado RAMOS RAMIREZ estaba arreglando la cama de él que está ubicada más o menos en el centro del alojamiento; **yo escuché sonar el fusil del soldado VARELA, es decir escuché el ruido como cuando uno carga el arma** y pensé yo que era que estaba limpiando el fusil, yo miré hacia donde él, estaba sentado en la cama pero dándome la espalda **y de inmediato fue cuando sonó el disparo**, botó al frente de él el fusil y se puso la mano derecha en la herida o sea al lado izquierdo del pecho y de una vez le ví que le salía bastante sangre (...) yo salí corriendo hacia fuera del alojamiento para avisar es decir yo gritaba se mató el soldado VARELA (...) PREGUNTADO: Sirvase decirle al Despacho, qué actividad estaba realizando el Soldado VARELA RUBIANO ALVARO, en el momento del disparo, vale decir, si le estaba haciendo aseo al arma, si estaba jugando con ella, si la estaba guardando? CONTESTO: **No le estaba haciendo nada, yo ví que él tenía el fusil en medio de las piernas con la trompetilla hacia arriba**, yo lo ví así cuando me iba a sentar en la cama, **de pronto escuché el ruido como si lo hubiera cargado y al momento sonó el disparo (...)**” (se resalta) (folios 21 y 22, cuaderno 2).

Por su parte, el soldado Carlos Roberto Ramos Ramírez, en declaración rendida el 27 de agosto de 1996, afirmó que, el día de los hechos, se encontró en las duchas con el soldado Varela Rubiano, a eso de las 6 a.m., y que le preguntó qué le ocurría, ya que desde hacía cinco (5) días lo notaba un poco aburrido, pero que éste se quedó mirándolo fijamente y no le respondió nada; luego, indicó que se dirigió al alojamiento para ponerse el camuflado y que, como a los cinco minutos, entró Varela, quien se encontraba muy pensativo y se quedó sentado en la cama, sin pronunciar palabra alguna. Al poco tiempo, entró al alojamiento el Cabo José Alfonso Sánchez, con una escoba en la mano, y le solicitó a la víctima, amablemente, que barrierá el lugar. En adición, indicó (se transcribe textualmente):

“apenas mi Cabo salió yo miré a ver si VARELA se paraba a coger la escoba y no lo hizo sino que siguió ahí sentado, yo no le tomé importancia a que él no cumplió la orden y seguí ahí arreglando mi cama, en un momento me dio por mirar por debajo del catre para mirar a VARELA **y él se encontraba ahí mismo sentado en la cama de él, con el fusil recargado hacia el pecho, en ese momento yo le dije qué pasa VARELA porque le ví que tenía la mano en el cargador o palanca de fusil, él no me contestó nada, cuando yo me enderecé oí que cargó el fusil y en ese mismo instante sonó el disparo** y de inmediato salí corriendo del alojamiento porque es que yo no puedo ver sangre ni una situación así de muerte porque soy muy nervioso (...)” (se resalta) (folio 180, cuaderno 2).

Lo dicho por el testigo acabado de citar acerca de que el soldado Varela Rubiano se encontraba sentado en su camarote, con el fusil apoyado en el piso y su pecho recostado sobre el arma, concuerda con el resultado de la prueba de inspección judicial practicada en el lugar de los hechos el 29 de marzo de 1996 por el C.T.I. de la Fiscalía General de la Nación, en la que se verificó la trayectoria del proyectil que le produjo la muerte, y con la necropsia practicada al cadáver de la víctima.

En efecto, según el Laboratorio de Investigación Científica, Balística y Explosivos del C.T.I., el proyectil encontrado en el lugar de los hechos recorrió la siguiente trayectoria (se transcribe textualmente):

“1.1 Orificio de entrada producido por proyectil único disparado en arma de fuego, de forma irregular, bordes invertidos, de 2.0 cm de largo por 1.8 cm de ancho, ubicado en la parte inferior del colchón

del segundo nivel del camarote, a 43.0 cm de la cabecera y a 46.0 cm del borde izquierdo.

“1.2 Orificio de salida producido por proyectil único disparado en arma de fuego, de forma irregular, bordes evertidos, de 2.5 cm de diámetro, ubicado en la parte superior del colchón del segundo nivel y sobre la misma trayectoria del orificio de entrada 1.1.

“1.3 Impacto producido por proyectil único disparado en arma de fuego, de forma irregular, de 4.5 cm de diámetro en sus bordes externos, ubicado en la pared sobre la cabecera de la cama a 12.0 cm del borde izquierdo de la ventana y a 1.88 metros del piso.

“1.4 Tres orificios de forma irregular, de aproximadamente 2.0 cm de diámetro cada uno, compatibles con los producidos por fragmentos de proyectil único disparado en arma de fuego, ubicados en un diámetro de 20.0 cm en el techo de eternit, a 18.0 cm de la pared y a 35 cm de la prolongación de la línea del borde izquierdo de la ventana, entre los camarotes tres y cuatro.

“Ubicándonos frente al camarote cuatro y teniendo en cuenta las características y ubicación de orificios e impacto, se determina que el proyectil describió una trayectoria antero posterior, infero superior, de izquierda a derecha, con impacto y rebote postero anterior, infero superior, de izquierda a derecha, con respecto al alojamiento.

“Para apreciar en mejor forma la trayectoria se sugiere observar el informe fotográfico de la diligencia y el respectivo plano” (folios 62 y 63, cuaderno 2).

Al respecto, el informe fotográfico practicado en la diligencia muestra la posible posición de la víctima, antes de su muerte, e indica que ésta se encontraba sentada en el camarote de abajo, con el arma de dotación entre sus piernas y apoyada sobre el piso, y el pecho recostado contra el cañón (folio 54, cuaderno 2)¹⁷.

Pues bien, como acaba de verse, la trayectoria del proyectil y las lesiones que sufrió la víctima concuerdan con las afirmaciones del soldado Carlos Roberto Ramos Ramírez, en cuanto éste aseguró que el soldado Varela Rubiano se encontraba sentado en el camarote del primer piso, con su arma de dotación entre las piernas y apoyada sobre el piso, y el pecho recostado sobre el cañón.

¹⁷ Ver fotografía 18.

Ahora bien, según el acta de levantamiento del cadáver, practicado el 18 de marzo de 1996 por la Inspección Municipal de Policía de Sabana de Torres, departamento de Santander, la víctima presentaba una herida de tres (3) centímetros de diámetro, cerca de la tetilla izquierda y un orificio de salida por la paleta izquierda, producida por un fusil galil zar (folio 185, cuaderno 1). Por su parte, la necropsia practicada por el Instituto Nacional de Medicina Legal, Regional Nor Oriente, estableció que el cuerpo del soldado fallecido *“presenta orificios por proyectil único por arma de fuego que produce fracturas costales, laceración pulmonar, avulsión cardíaca, shock cardiogénico”* (folio 102, cuaderno 2).

Es indispensable señalar que la prueba de cotejo¹⁸, practicada el 21 de mayo de 1996 por la División de Criminalística del C.T.I. de la Fiscalía General de la Nación, concluyó que la vainilla encontrada en el lugar de los hechos pertenecía al proyectil que produjo la muerte del soldado Varela Rubiano, el cual fue disparado por el fusil galil 8-1932194, asignado a la víctima por el Ejército Nacional (folio 7, cuaderno 2).

En efecto, realizado *“el estudio comparativo con la ayuda del macroscopio de comparación para Balística, con material fotográfico incorporado entre la vainilla incriminada y las vainillas patronas calibre 7,62x51 mm, se pudo apreciar igualdad y continuidad en las señales identificativas. Lo anterior nos indica que la vainilla incriminada fue disparada por el fusil Galil No. 8-1932194”* (folios 172 a 174, cuaderno 2).

Cabe resaltar, asimismo, que la Inspectora de Policía que practicó el levantamiento del cadáver del soldado Varela Rubiano constató que el arma encontrada en el lugar de los hechos estaba cargada *“con veintitrés cartuchos y uno en la recámara y uno que fue disparado”* (se subraya) (folio 35, cuaderno 2).

Así, todo indica que el soldado regular Alvaro Varela Rubiano se suicidó con su arma de dotación, lo cual descarta, por una parte, que éste hubiera sido

¹⁸ Para la práctica de dicha prueba, se realizó el siguiente procedimiento (se transcribe textualmente): *“Con el arma incriminada descrita en el presente informe se efectuaron ocho (8) disparos en el polígono del Batallón Ricaurte en esta ciudad recuperando las respectivas vainillas, las cuales se procedió a embalar y remitir al Laboratorio de Balística y Explosivos en Santafé de Bogotá, con oficio LABICI-440 de la fecha, junto*

asesinado, como se dijo, infundadamente, en la demanda (folio 11, cuaderno 1) y, por otra parte, que su muerte obedeciera a un accidente, cuando manipulaba su arma de dotación, la cual, bueno es decirlo, se encontraba en “*buen estado de conservación y mantenimiento*” (folio 8, cuaderno 2).

Resulta de suma importancia destacar que, en la necropsia practicada al cadáver de la víctima por el Instituto Nacional de Medicina Legal (folios 99 a 102, cuaderno 2), no se encontró presencia de tatuaje, al menos no se dijo nada sobre el particular, circunstancia que refuerza la tesis de que el soldado no fue asesinado, sino que se trató más bien de un suicidio; al respecto, mediante sentencia del 8 de julio de 2009¹⁹, en un caso en el que se alegaba si un miembro del Ejército Nacional se había suicidado o no, la Sección Tercera de esta Corporación, con apoyo en la doctrina, sostuvo:

“Al respecto es importante señalar que la presencia del tatuaje normalmente permite descartar la versión del suicidio, dado que el mismo no se presenta en los disparos hechos o denominados ‘a boca de jarro’, esto es con la boca del arma aplicada contra el cuerpo de la víctima (...) porque en esos casos, debido a la proximidad con la que se efectúa el disparo, la quemadura y el llamado ‘golpe de mina’ se observan al interior de la herida y no fuera de ella²⁰. En efecto, el tatuaje está constituido por las partículas de pólvora que no entraron en combustión y se alojan en la epidermis y en la dermis, al salir junto con el proyectil y los gases, de manera que no se presenta cuando el disparo se realiza en la forma antes mencionada, evento en el cual tales partículas quedan dentro de la herida” (se resalta).

Ahora bien, si en gracia de discusión se aceptara que la muerte del soldado Varela Rubiano obedeció a un accidente, habría que decir, por un lado, que su arma de dotación se encontraba en buen estado, lo cual descarta que ésta se hubiera disparado por presentar fallas y, por el otro, que existía prohibición expresa de que las armas de dotación estuvieran cargadas, salvo que, so pena de violar los reglamentos de la Institución, se desconociera dicha prohibición, a lo cual se suma que los soldados estaban bien adiestrados en el manejo de las armas, pues recibían instrucción a diario al respecto.

con la vainilla recuperada en el lugar de los hechos, para la práctica del respectivo cotejo” (folio 93, cuaderno 2).

¹⁹ Expediente 17.527

²⁰ LOCLES, Roberto Jorge. *Ballística y Pericia*. Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1992, pags. 34, 35, 43 a 47.

Sobre el particular, los soldados Javier Eduardo Pérez Guzmán (declaración rendida el 8 de abril de 1996) (folios 71 a 79, cuaderno 2), Javier Edilson Ballesteros Peña (declaración rendida el 15 de abril de 1996) (folios 85 a 90, cuaderno 2) y Gonzalo Pinto González (declaración rendida el 28 de mayo de 1996) (folios 158 a 165, cuaderno 2) manifestaron que el Ejército los instruía, diariamente, sobre el manejo de las armas de dotación y que se les recalca, insistentemente, que las debían mantener descargadas. Señalaron, asimismo, que los instructores pasaban revista todos los días, a fin de constatar que se cumpliera con dicha prohibición. Por su parte, el soldado José Germán Ramos Pinilla relató²¹: *“allá en la base mi Primero GUARDIOLA todos los días nos habla de la seguridad con las armas asignadas, a la hora de pasar a la comida, al almuerzo, en todas las formaciones nos vive diciendo sobre esto y la orden que existe en la base es que nadie debe tener el arma cargada, ni siquiera los centinelas, siempre y cuando se vea que hay peligro para la base y el personal, se puede cargar el fusil de resto no”* (folio 24, cuaderno 2).

A lo dicho cabe adicionar que, para la época de su muerte, el soldado Varela Rubiano llevaba prestando servicio militar un (1) año y quince (15) días (folio 62, cuaderno 1), de donde se infiere que no era un inexperto en el manejo de las armas, máxime que, como lo dijeron los testigos citados en el párrafo anterior, los soldados de la Base Militar de Sabana Torres recibían instrucción diaria en dicha actividad.

Se descarta, asimismo, que el uniformado fallecido se encontrara, el día de los hechos, limpiando su arma de dotación, pues nadie dijo nada al respecto y, además, el soldado Edgar Armando Robayo Anzola, en declaración rendida el 26 de agosto de 1996, manifestó que la limpieza del armamento se realizaba *“entre la cancha y los kioskos, el mantenimiento de armamento lo hacíamos cada dos días (sic) nos formaban y nos decían hacer aseo de armamento, cada escuadra se hacía en los kioskos (sic), nos dividían en grupitos y hacíamos el aseo”* (folio 251, cuaderno 2).

Pues bien, acreditado, como está, que el soldado Varela Rubiano se suicidó con su arma de dotación, resulta necesario, en este momento, precisar las razones que éste habría tenido para tomar esa fatal decisión, pues, para

²¹ Declaración rendida el 20 de marzo de 1996.

que opere la causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, se requiere que tal hecho resulte imprevisible e irresistible para la entidad demandada.

En efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en casos similares al que ahora ocupa la atención de la Sala, ha dicho que, en los eventos en los que se persigue el resarcimiento de los daños y perjuicios causados con ocasión del suicidio de un conscripto, es necesario demostrar que tal hecho fue inducido por la entidad en la que éste prestaba servicio militar, o que ésta no lo previó debiendo hacerlo, o que lo previó y no desplegó las acciones necesarias para evitar su acaecimiento; al respecto, en sentencia del 30 de septiembre de 2000²², sostuvo:

“Las obligaciones del Estado frente a las personas sometidas a una situación especial de sujeción son de dos clases: 1) de hacer, esto es, de prever y controlar los peligros que pueda sufrir una persona retenida desde el momento mismo en que se recluta o se produce la privación material de la libertad, hasta el momento en que ella es devuelta a la sociedad y 2) de no hacer, referida a la abstención de cualquier conducta que pueda vulnerar o poner en peligro los derechos que no estén limitados por su situación especial.

“En síntesis, el reclutamiento y la retención como ejercicio legítimo del poder del Estado que afecta algunos derechos de las personas, en sí mismas no son actividades que generen responsabilidad patrimonial derivada de los perjuicios consustanciales a esas situaciones, dado que estas (sic) son cargas que los ciudadanos deben soportar. Pero así como el ciudadano debe asumir la carga derivada de la restricción de sus derechos, en la medida en que el reclutamiento o la retención son actividades que redundan en beneficio de la comunidad, el Estado se obliga a garantizarles una eficaz protección y seguridad para lo cual éste goza de posibilidades reales, pues posee también el monopolio de la fuerza y los poderes de coerción que le permiten afrontar tales riesgos.

“La obligación de abstenerse de causar cualquier limitación a los derechos de las personas que no estén implicados dentro de la medida cautelar de retención, así como las de prever y controlar cualquier acto que redunde en perjuicio de los conscriptos y retenidos son de resultado, pues la probabilidad de lograr la eficacia en el cumplimiento de la obligación es alta.

(...)

“En este orden de ideas, para que surja el deber del Estado de reparar el daño causado por el suicidio de un recluso o un

²² Expediente 13.329.

conscripto es necesario acreditar que por el trato que recibía en el establecimiento militar o carcelario fue inducido a tomar esa decisión, o bien que la persona sufría un trastorno psíquico o emocional que hacía previsible el hecho y que a pesar de ser conocida esa circunstancia por las autoridades encargadas de su seguridad, no se le prestó ninguna atención médica especializada, ni se tomó ninguna determinación tendiente a alejarlo de las situaciones que le generaran un estado de mayor tensión o peligro.

“En caso contrario, esto es, en el evento de que la decisión del soldado o retenido sea libre porque obedezca al ejercicio de su plena autonomía, o en el evento de que su perturbación o la necesidad de ayuda psicológica, por las especiales circunstancias del caso, no hubiera sido conocida por las autoridades encargadas de su protección, el hecho sería sólo imputable a su autor por ser imprevisible e irresistible para la administración (...)”.

En el presente asunto, se encuentra acreditado que la víctima era una persona tranquila, reservada, respetuosa y cumplidora de su deber y que no tenía problemas con ninguno de sus compañeros ni con sus superiores; al respecto, el Sargento Primero Plutarco Guardiola Pardo, Comandante del Grupo de Contraguerrilla Águila Cinco, del Batallón Ricaurte, cuya declaración fue citada unos párrafos atrás (página 14), aseguró (se transcribe textualmente):

“En la relación que yo realizo todos los días, pregunto qué soldado tiene algún problema y VARELA en ningún momento manifestó nada ni que tenía problemas familiares, inclusive estaba programado para salir de licencia (...) ningún soldado me comentó en la relación ni él le comentó a nadie que tenía problemas (...) él no daba ninguna molestia ni problemas para nada, no ponía problemas para el servicio y cualquier trabajo que se le pusiera lo cumplía bien” (folio 14, cuaderno 2).

El soldado José Germán Ramos Pinilla, cuyo testimonio aparece citado en las páginas 15 y 20 de este fallo, comentó (se transcribe textualmente):

“No sé si tenía problemas personales o familiares, nunca escuché nada sobre esto y a mí personalmente no me comentó nada al respecto, siempre mi Primero GUARDIOLA nos decía todas las mañanas que si teníamos problemas él nos podía ayudar a solucionarlo y VARELA nunca dijo tener problemas. En el servicio no tenía problemas con nadie ni con sus superiores ni con compañeros, ahí en la base todos somos como hermanos, nos hablamos y nos tratamos bien (...) siempre me pareció una persona normal física y mentalmente y el día de su muerte lo ví todo raro, mejor dicho uno le preguntaba cualquier cosa y él no contestaba, yo por lo menos le dije esa mañana que qué le pasaba

porque estaba todo callado y no me contestó nada (...)
PREGUNTADO: Sírvase decirnos qué trato se le daba al Soldado
VARELA RUBIANO (...)? CONTESTO: Buen trato, mi Primero
GUARDIOLA siempre está pendiente de la salud de uno, de la
comida y del alojamiento (...)" (folios 23 y 24, cuaderno 2).

Por su parte, el soldado Pastor Santamaría Figueroa, citado en la página 15 de este fallo, aseguró: *"Yo no supe de problemas que él tuviera porque nunca llegué a preguntarle ni el (sic) me los manifestó, aunque sí hablabamos (sic) pero nunca de él porque era reservado y conmigo nunca llegó (sic) hablar de la familia o de sus asuntos personales. Yo lo veía normal físicamente pero algo decaído y eso no era frecuente en él"* (folio 145, cuaderno 2).

Como se observa, el soldado Varela Rubiano no tenía problemas con sus compañeros y mucho menos con sus superiores; además, el trato que recibió durante su permanencia en la base militar fue bueno, como lo aseguraron quienes declararon en el proceso, aspectos éstos que no fueron cuestionados, para nada, por la parte actora.

Si bien algunos de los testigos manifestaron que la víctima, en ciertas ocasiones, permanecía un poco callada y algo distante, nunca manifestó qué le ocurría realmente, más aún, cuándo se le preguntaba acerca de su estado de ánimo, siempre guardaba silencio; además, sus compañeros no le dieron importancia a dicha situación, pues consideraron que se trataba de algo momentáneo, ya que aquella gozaba de buenas condiciones de salud, físicas y mentales, y que nunca notaron nada extraño en su comportamiento y mucho menos que tuviera problemas personales, familiares o de cualquier otra índole, a lo cual se suma que el "Comandante de la Contraguerrilla Águila Cinco", que estaba a cargo del grupo de soldados del que hacía parte el uniformado fallecido, preguntaba a diario a sus subordinados si alguno tenía problemas, pero que nadie nunca dijo nada al respecto.

Sobre el particular, el soldado Javier Edilson Ballesteros Peña, en declaración rendida el 15 de abril de 1996 (folios 85 a 90, cuaderno 2), aseguró: *"(...) llevaba como tres días que ya no le hablaba a uno, se le preguntaba qué le pasaba y contestaba nada, que estaba bien (...). El nunca tuvo problemas con nadie, era una persona muy seria y no se metía con nadie, no dijo tener problemas personales (...) lo tratamos (sic) bien, el comandante ha sido"*

excelente con todos los soldados, nunca ha habido maltrato" (folio 89, cuaderno 2).

Adicionalmente, resulta de suma importancia destacar que los actores señalaron, en el recurso de apelación:

"está probado en el proceso y así lo reconoció la sentencia, con fundamento en las declaraciones obrantes en la investigación penal de los compañeros de la víctima, **quienes coinciden en afirmar que ALVARO VARELA nunca adoptó comportamientos desequilibrados o de perturbación psíquica que hicieran suponer la intención de quitarse la vida.** Por el contrario manifiestan que era un joven alegre, cumplidor de su deber y sin ningún tipo de problemas con los demás reclutas o con sus comandantes.

"(...) **el estado anímico del conscripto, tanto en los días precedentes al hecho así como el día de su muerte, era equilibrado** y que había cumplido juiciosamente su turno de centinela, se fue a descansar al campamento, se levantó temprano, se bañó y arregló sus cosas como los demás miembros del pelotón **y no manifestó que tuviera problemas personales o familiares**" (se resalta) (folio 310, cuaderno 3).

Así las cosas, todo indica que el suicidio del soldado Varela Rubiano no pudo ser previsto ni evitado por sus compañeros y mucho menos por sus superiores, en la medida en que no se demostró en el plenario que el uniformado presentara desequilibrios o trastornos mentales que debieran ser conocidos por aquéllos, a lo cual se suma que no obra prueba alguna en el expediente que indique que la víctima fue inducida, por sus compañeros o por sus superiores, a cometer el suicidio.

Al respecto, debe anotarse que, mediante providencia del 23 de mayo de 1996, el Ejército Nacional se abstuvo de abrir investigación disciplinaria en contra de los superiores del soldado fallecido, en atención a que se demostró que éstos obraron "*con toda la diligencia y cuidado que les era exigible en su calidad de comandantes, siendo imposible establecer algun (sic) nexo de causalidad entre cualquier comportamiento de estos (sic) (por acción o por omisión) y el lamentable resultado dañino*" (folio 214, cuaderno 1), a lo cual se suma que, mediante providencia del 17 de septiembre de 1997, el Juzgado 130 de Instrucción Penal Militar de San Vicente de Chucurí se inhibió de abrir investigación penal por la muerte del referido soldado, por estimar que el

material probatorio estableció que éste tomó, libre y voluntariamente, la fatal determinación de acabar con su vida, sin que se vislumbrara “*ni siquiera indiciariamente la participación de nadie más en los hechos*” (folio 116, cuaderno 1).

Si bien la jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado la posibilidad que tiene el Juez Contencioso Administrativo de apartarse de la sentencia penal, o su equivalente, en razón de las diferencias sustanciales que existen entre ambas acciones, como lo aseguró el recurrente, no puede dejar de destacarse la importancia que tienen éstas en las decisiones que se adoptan en esta jurisdicción²³.

Hechas las anteriores precisiones, puede concluirse que el suicidio del soldado regular Alvaro Varela Rubiano fue un hecho súbito e inesperado, que tomó por sorpresa a todos y, por lo mismo, es obvio que éste resultó imprevisible e irresistible para la demandada, pues, como se vio a lo largo del proceso, durante la permanencia del soldado en las filas del Ejército Nacional no se evidenció en él un comportamiento tal que hiciera pensar o presagiar que tuviera la firme y fatal intención de acabar con su vida, de modo que ninguna responsabilidad le cabe a la accionada en este asunto y, por lo tanto, se confirmará la sentencia de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda.

2.6 Condena en costas

Teniendo en cuenta que, en el asunto *sub examine*, no se dan los supuestos previstos por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, ya que no se demostró que alguna de las partes hubiera actuado temerariamente, la Sala se abstendrá de imponer costas.

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

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de marzo de 1994, expediente 8585.

FALLA:

1. CONFÍRMASE la sentencia del 30 de noviembre de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, Norte de Santander y Cesar, Sala de Descongestión, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, con ocasión de la muerte del soldado regular Alvaro Varela Rubiano, ocurrida el 18 de marzo de 1996, en la Base Militar de Sabana de Torres.

2. ABSTIÉNESE de condenar en costas.

3. Una vez en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ CARLOS ALBERTO ZAMBRANO
BARRERA