

PRUEBA TRASLADADA - Ratificación en el proceso contencioso administrativo. Requisito de contradicción / PRUEBA TRASLADADA - Valoración de testimonios / PRUEBA TRASLADADA - Prueba testimonial / PRUEBA TRASLADADA - Valor probatorio. Eficacia probatoria

En lo que se refiere a la prueba trasladada, debe reiterarse lo expuesto por la Sala en el sentido de que aquellos medios que no cumplan con los requisitos previstos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, es decir, que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con su audiencia, o que en su defecto no hubieren sido solicitadas en el proceso contencioso administrativo por la parte contra quien se aducen, no podrán ser valoradas en éste. También ha establecido la Sala que en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas rendidas dentro de otro proceso hubiere sido solicitado por ambas partes, dichas pruebas pueden ser tenidas en cuenta en el proceso contencioso administrativo sin limitaciones, 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 las partes soliciten que la prueba haga parte del acervo probatorio, pero que en el evento de resultar desfavorable a sus intereses invoquen las formalidades legales para su inadmisión. Si no se cumple alguno de los mencionados requisitos, la posibilidad de apreciar tales pruebas dependerá si en el proceso al cual se trasladan se atienden las formalidades que la ley ha establecido respecto de cada una de éstas, (...). La Sala al revisar los documentos que obran en el expediente, observa que pueden ser valorados en esta oportunidad, porque tales medios de prueba han permanecido a disposición de las partes durante el curso del proceso y ninguna de ellas a controvertido la autenticidad de los mismos, razones por las cuales tales pruebas serán apreciadas en el sub lite con el valor legal que les corresponde. No ocurre lo mismo con la prueba testimonial practicada en los procesos disciplinarios anteriormente mencionados, puesto que respecto de ella no se cumplieron los requisitos de traslado, la misma no fue aportada al proceso por solicitud de la demandada, razones por las cuales dicho material no podrá ser imputado en su contra en aras de proteger el derecho de defensa de la Administración y de impedir la violación a su derecho de contradicción de la prueba.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 185

NOTA DE RELATORIA: Sobre el valor probatorio de las pruebas trasladadas, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 26 de marzo de 2008, exp. 34038, C.P. Myriam Guerrero de Escobar

DAÑOS SUFRIDOS POR MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA - Servicio militar obligatorio / DAÑOS SUFRIDOS POR MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA - Miembros voluntarios de la fuerza pública / MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA - Servicio militar obligatorio. Miembros voluntarios de la fuerza pública

En materia de responsabilidad por daños a miembros de la fuerza pública la premisa de la evolución jurisprudencial es la siguiente: se trata de encuadrar los daños sufridos por quienes prestan el servicio militar obligatorio en las modalidades de soldados regulares o conscriptos, o de quienes voluntariamente ingresan en cualquiera de las carreras militar o policial. Por lo tanto, es determinante la condición que ostenta el soldado al momento de producirse el

daño, lo que exige aproximarse a su delimitación en el precedente jurisprudencial constitucional.

FUENTE FORMAL: LEY 48 DE 1993 - ARTICULO 13

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO - Obligación constitucional. Deber constitucional. Precedente jurisprudencial constitucional

De acuerdo con el precedente jurisprudencial constitucional la obligación de prestar el servicio militar tiene el siguiente alcance, “La obligación de prestar el servicio militar es desarrollo del postulado según el cual los intereses colectivos prevalecen sobre los individuales y si, además, el Estado al exigirlo no puede desconocer la igualdad de las personas ante la ley, cuyos dictados deben ser objetivos e imparciales, es evidente que la objeción de conciencia para que pueda invocarse, requiere de su expresa institucionalización dentro del respectivo ordenamiento jurídico. El servicio militar en sí mismo, es decir como actividad genéricamente considerada, carece de connotaciones que puedan afectar el ámbito de la conciencia individual, por cuanto aquel puede prestarse en diversas funciones de las requeridas para la permanencia y continuidad de las Fuerzas Militares”. En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional define que la “... propia Carta Política impone a los colombianos obligaciones genéricas y específicas, en relación con la fuerza pública. En efecto, de manera general, dentro de las obligaciones de la persona y del ciudadano se encuentran las de "respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituídas (sic) para mantener la independencia y la integridad nacionales" o para "defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica";.... y de "propender al logro y mantenimiento de la paz". Deberes estos genéricos cuya finalidad, resulta coincidente con los fines que son propios de las instituciones conformantes de la fuerza pública; de suerte que no están desprovistos los asociados del cumplimiento de obligaciones expresas que les son impuestas por el orden superior”.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la obligación de prestar el servicio militar, Corte Constitucional, sentencias T-409 de 1992; C-511 de 1994 y T-363 de 1995.

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO - Régimen legal. Normatividad aplicable. Precedente jurisprudencial constitucional

Desde la perspectiva normativa y jurisprudencial el precedente concreta el sistema legal con base en el cual se rige la relación con el servicio militar obligatorio en la siguiente forma, “22. Conforme lo establece la Constitución Política la fuerza pública esta (sic) integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (Art. 216). En relación con las primeras, debe indicarse que la finalidad primordial es la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional y están integradas por el ejército, la armada y la fuerza aérea (Art. 217). Por su parte, la segunda es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil a cargo de la Nación, cuyo fin esencial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz (Art. 218). Así mismo, el Ordenamiento Superior (Art. 216) dispone que todos los colombianos tienen la obligación de tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas, previsión normativa que debe ser armonizada con valores y principios constitucionales tales como la prevalencia del interés general como postulado estructurante (sic) de nuestro Estado Social de Derecho (Art. 1), deberes de los

ciudadanos (Art. 95) de respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales, participar en la vida política, cívica y comunitaria del país y propender al logro y mantenimiento de la paz, lo cual indudablemente tiene por finalidad el fortalecimiento de la unidad de la Nación (preámbulo) y el mantenimiento de la integridad territorial para asegurar la convivencia pacífica (Art. 2). 23. En el plano legislativo, debe resaltarse que el marco normativo regulatorio del servicio militar obligatorio está determinado actualmente por las leyes 48 de 1993, 418 de 1997, 548 de 1999 y 642 de 2001. La primera normativa establece como imperativo que todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar desde el momento en el que cumpla la mayoría de edad, con excepción de los estudiantes de bachillerato quienes deberán definirla cuando obtengan el título de bachiller, obligación que únicamente cesará a los cincuenta (50) años de edad (Art. 10). Igualmente, prevé que la duración del servicio bajo banderas tendrá una duración de doce (12) a veinticuatro (24) meses, tiempos que dependen de la modalidad de servicio prestado, es decir, ya sea como soldado regular, soldado bachiller, auxiliar de policía bachiller o soldado campesino (Arts. 11, 13)".

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 1 / CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 2 / CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 95 / CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 216 / CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 217 / LEY 48 DE 1993 - ARTICULO 10 / LEY 48 DE 1993 - ARTICULO 11 / LEY 48 DE 1993 - ARTICULO 13 / LEY 418 DE 1997 / LEY 548 DE 1999 / LEY 642 DE 2001

NOTA DE RELATORIA: Sobre la normatividad aplicable al servicio militar obligatorio, Corte Constitucional, sentencias T-699 de 2009 y T-218 de 2010

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO - Alcance del deber constitucional. Precedente jurisprudencial constitucional / SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO - Obligación genérica ciudadana. Finalidad y alcances

Así mismo, en el precedente jurisprudencial constitucional se establece que el servicio militar se representa constitucionalmente como un deber cuyo alcance es, "Un deber constitucional no puede entenderse como la negación de un derecho, pues sería tanto como suponer en el constituyente trampas a la libertad. Los correspondientes deberes constitucionales se orientan en el sentido de proteger los principios de legalidad, el apoyo de las autoridades, el reconocimiento del derecho ajeno y no abuso del propio, la solidaridad social, la convivencia pacífica, la protección de los recursos ecológicos y del ambiente o la financiación del gasto público, que no pueden entenderse como discriminatorios o limitantes de la libertad, sino que resultan materialmente propiciatorios de la misma, al promover las condiciones necesarias para obtener su eficacia real. Son frecuentes en el ordenamiento jurídico, las normas que buscan sancionar a quienes evadan un deber constitucional, y constituyen un instrumento que asegura el cumplimiento del deber; de donde se desprende que, de manera general, no se puede excusar el cumplimiento de un deber para asegurar un derecho". De todo lo anterior, queda claro que la prestación del servicio militar en cualquiera de sus modalidades es una de aquellas obligaciones genéricas a las que debe responder todo ciudadano con el objetivo de preservar la democracia como ingrediente esencial del Estado y, a la que no puede negarse por tratarse de la forma en la que se ratifica el postulado básico del contrato social rousseauiano.

NOTA DE RELATORIA: Sobre los alcances del deber constitucional de prestar el servicio militar obligatorio, Corte Constitucional, sentencias C-511 de 1994

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO - Límites / SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO - No implica renuncia a los derechos fundamentales. Ciudadano soldado / SOLDADO QUE PRESTA EL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO - Calidad de ciudadano soldado

La obligación de prestar el servicio militar obligatorio no implica la renuncia a los derechos fundamentales y humanos. (...) Lo anterior, no quiere decir que por estar radicado en todo ciudadano ese "llamado patriótico", constitutivo de un deber constitucional, este sea ilimitado, o pueda suponer la negación, restricción o deformación de los derechos que también ese o cualquier individuo tiene la posibilidad de ejercer. Se trata simplemente, de establecer una exigencia que se corresponde con el principio de solidaridad y de preservación de la convivencia, ya que con la existencia del servicio militar se permite garantizar el ejercicio y despliegue de los derechos reconocidos constitucionalmente. Pero como todo ciudadano, aquel que presta el servicio militar en cualquiera de sus modalidades no queda excluido de las mínimas garantías reconocidas constitucionalmente y al respeto de los derechos humanos que no mutan por tratarse de personal militar, ya que no cabe establecer distinción, discriminación o aplicación diferente, como sucede al sostenerse el concepto de "acto de servicio", que resulta en la circunstancias específicas de la toma de la Base Militar de Las Delicias orientando la decisión del juez contencioso administrativo hacia una suerte de aplicación inconstitucional del concepto de servicio militar obligatorio, que no respeta las garantías y derechos constitucionalmente reconocidos a toda persona, incluso al ciudadano-soldado. Como se señaló en reciente precedente de la Sala, la protección de la vida "se predica también en relación con los miembros de los cuerpos armados". En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional sostiene, "En este orden de ideas, las autoridades militares deben poner todo el empeño y diligencia posible para proteger la vida de los soldados colombianos, y hacer todo lo que esté a su alcance para que su estadía de éstos en el Ejército Nacional sea lo más humana, dignificante y enriquecedora". Precisamente, la idea de procurar una estancia humana, dignificante y enriquecedora es la manifestación concreta según la cual los soldados que prestan el servicio militar obligatorio no renuncian a sus derechos fundamentales, ya que como se sostiene en el precedente jurisprudencial constitucional, "Si bien los derechos, y particularmente los considerados como fundamentales, no se pueden desconocer en su esencia bajo ninguna situación, no se vulneran cuando se regulan para su adecuado ejercicio, ni tampoco cuando se limitan por la ley o la misma Carta para viabilizar el cumplimiento de los deberes que la Constitución le impone a las personas en beneficio de la colectividad o al servicio del Estado". Lo que lleva a considerar por el mismo precedente que la "... prestación del servicio militar, si bien es exigible a todos los nacionales, con las excepciones que la ley consagra, debe someterse a los postulados constitucionales y respetar los derechos fundamentales y las libertades básicas de los llamados a filas".

NOTA DE RELATORIA: Sobre los derechos de quienes prestan el servicio militar obligatorio, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de mayo de 2010, exp.19158 y Corte Constitucional, sentencias T-534 de 1992; SU-277 de 1993; SU-200 de 1997 y T-376 de 1997

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO - Necesidad de preparación y entrenamiento de los soldados / SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO - Deber estatal de preparación y entrenamiento de los soldados

De ahí, pues, que se sostiene que el Ejército puede estar incurso en la violación de los derechos fundamentales de los soldados cuando no cuentan con la preparación suficiente, lo que se expresó en el precedente jurisprudencial constitucional en la siguiente forma, “El Ejército Nacional sí atenta contra el derecho fundamental a la vida de los soldados bachilleres, o al menos lo amenaza de manera ostensible, cuando envía soldados menores de edad a zonas donde se pueden estar presentando combates o cuando envía a los soldados mayores de edad, sin la preparación militar, técnica y psicológica suficiente, a zonas especialmente conocidas por la presencia de grupos guerrilleros. La transferencia de un soldado a las zonas de combate es algo más que un simple traslado, habida cuenta del mayor riesgo que representa, particularmente en áreas de permanente y nutrida confrontación entre las fuerzas regulares y los escuadrones subversivos. En condiciones de mayor edad y plena preparación y entrenamiento en el campo militar, tal transferencia no es extraña ni ilegítima y, por el contrario, resulta indispensable para que el Ejército cumpla su función, pero no debe darse cuando el soldado afectado por ella es menor o carece del más mínimo entrenamiento”.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el deber estatal de preparación y entrenamiento de quienes prestan el servicio militar obligatorio, Corte Constitucional, sentencia SU-200 de 1997

SOLDADO QUE PRESTA SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO - Deber estatal positivo de protección / CONFLICTO ARMADO INTERNO - Servicio militar obligatorio. Derecho internacional humanitario / CONFLICTO ARMADO INTERNO - Garantía de los derechos del ciudadano soldado. Derecho internacional humanitario

La Sala advierte que los hechos ocurridos en la Base Militar de Las Delicias, en el Departamento del Putumayo, son producto o resultado del conflicto armado interno que el país viene sufriendo desde hace décadas, lo que hace exigible al Estado un deber positivo de protección no sólo respecto a los ciudadanos o población civil, sino también en relación con los propios miembros de la fuerza pública, y especialmente con aquellos que cumpliendo el deber constitucional de prestar el servicio militar obligatorio ostentan la calidad de ciudadanos-soldados. Dicho deber positivo (u objetivo) de protección que está en cabeza del Estado se hace exigible imperativamente si se quiere corresponderse con el respeto de las reglas de derecho internacional humanitario, en especial con lo establecido en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, (...). Sin duda, el deber positivo que el Estado tiene para con los soldados que prestan el servicio militar obligatorio se extrema en condiciones específicas de conflicto armado interno y, específicamente, cuando ocurren hechos como los ocurridos en la Base Militar de las Delicias en los que se producen flagrantes violaciones al derecho a la vida y a la integridad personal. Se trata, sin duda alguna, de exigir no sólo el respeto de los derechos consagrados constitucionalmente (reconocido como quedó que el ciudadano-soldado no renuncia a estos), sino que también debe acatarse las reglas del derecho internacional humanitario (como la señalada) como forma de hacer efectivos tales derechos, y como corolario del respeto a las reglas del derecho internacional humanitario, (...).

FUENTE FORMAL: CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949 - ARTICULO 3 COMUN / CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 93

NOTA DE RELATORIA: Sobre el conflicto armado interno, Corte Constitucional, sentencias C-802 de 2002; C-172 de 2004; C-291 de 2007; T-444 de 2008; T-496 de 2008; T-922A de 2008

SOLDADO QUE PRESTA SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO - Derecho a la vida e integridad personal / CONFLICTO ARMADO INTERNO - Derechos de quien presta servicio militar obligatorio. Derecho internacional humanitario / DERECHO A LA VIDA E INTEGRIDAD PERSONAL - Soldado que presta servicio militar obligatorio. Conflicto armado interno

Es precisamente la salvaguardia del derecho a la vida y a la integridad personal un mandato positivo (objetivo) del Estado, que tiene su sustento no sólo en nuestra Carta Política, sino que encuentra fundamento (invocando la cláusula del bloque de constitucionalidad del artículo 93 de la Constitución) en el derecho internacional humanitario, donde la premisa indica que “el derecho a no ser arbitrariamente privado de la vida se aplica también durante las hostilidades”, lo que comprende las situaciones de conflicto armado interno como en el que se encuentra el país. Precisamente, la situación de conflicto armado interno en la que se encuentra el país desde hace décadas, exige del Estado corresponderse con mayor rigor con su deber positivo de protección de los derechos de todos los ciudadanos, en especial de aquellos que participan en el mismo, ya que no sólo se debe responder a las garantías constitucionales y supraconstitucionales, sino corresponderse con el necesario reconocimiento del valor intrínseco del ser humano, sin importar su condición o posición, ya que en el fondo se procura la tutela efectiva de su dignidad, y no se puede simplemente asumir la pérdida de vidas humanas o las lesiones de los miembros de las fuerzas armadas, en especial de aquellos que prestan el servicio militar obligatorio, como un riesgo asumible por parte de nuestra sociedad para tratar de solucionar la problemática violenta de los grupos armados insurgentes.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 93

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO - Por violaciones de derechos humanos del ciudadano soldado / RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO - Por violaciones de derechos humanos de quien presta servicio militar obligatorio / RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO - Por hechos de terceros. Por actos de particulares / RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR HECHOS DE TERCEROS - Límites

Siendo esto es así, no cabe duda que al ciudadano-soldado le es aplicable la exigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos según la cual también puede generarse responsabilidad internacional del Estado por atribución a éste de actos violatorios de derechos humanos cometidos por terceros o particulares, en el marco de las obligaciones del Estado de garantizar el respeto de esos derechos entre individuos. En este sentido, la Corte Interamericana ha considerado que: “Dicha responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. [Las obligaciones erga omnes de respetar y hacer respetar las normas de protección, a cargo de los Estados Partes en la Convención,] proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones erga omnes contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención”. (...) No se trata, no obstante, de hacer radicar en el Estado una responsabilidad

ilimitada frente a cualquier acto o hecho de los particulares (hecho de un tercero), pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo que es achacable directamente al Estado como garante principal. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía.

FUENTE FORMAL: CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 1.1 / CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 2

NOTA DE RELATORIA: Sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos de terceros o particulares, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam, sentencia de 15 de junio de 2005; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, sentencia de 8 de julio de 2004; Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala, sentencia de 27 de noviembre de 2003; Caso Bulacio Vs. Argentina, sentencia de 18 de septiembre de 2003; Caso González y otras Vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009; Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, sentencia de 29 de marzo de 2006; y Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2008.

DERECHOS HUMANOS - Deber estatal de prevenir vulneraciones / DERECHOS HUMANOS - Medidas estatales de prevención de vulneraciones / SOLDADO QUE PRESTA SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO - Deber estatal de prevenir vulneraciones de sus derechos humanos

Ahora bien, merece especial mención que el deber de prevención por parte del Estado, abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que su eventual vulneración sea efectivamente considerada y tratada como un hecho ilícito susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales, que actuando puedan producir violaciones a los derechos humanos, sin que el Estado se haya correspondido con su ineludible obligación positiva. Dicha obligación comprende el deber de atender el conflicto armado interno aplicando medidas de precaución (anticipación del riesgo) y de prevención, especialmente respecto al despliegue de su propia fuerza militar y de los miembros que la componen, con especial énfasis para el caso de aquellos que prestan el servicio militar obligatorio, de tal manera que los derechos humanos que le son inherentes sean efectiva, eficaz y adecuadamente protegidos. (...) Los derechos a la vida y a la integridad personal revisten un carácter esencial en la Convención Americana de Derechos Humanos y conforme al artículo 27.2 forman parte del núcleo inderogable de derechos que no pueden ser suspendidos en casos de guerra, peligro público u otras amenazas. No basta que los Estados se abstengan de violar estos derechos, sino que deben adoptar medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones necesarias para evitar la vulneración del derecho a la vida, lo que no

se produjo con ocasión de la toma de la Base Militar de Las Delicias el 30 de agosto de 1996.

FUENTE FORMAL: CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 27.1

NOTA DE RELATORIA: Sobre el deber estatal de prevenir vulneraciones de derechos humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988; Caso Perozo y otros Vs. Venezuela, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de enero de 2009; Caso Anzualdo Castro Vs. Perú, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de septiembre de 2009; Caso González y otras Vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009; Caso Baldeón García Vs. Perú, sentencia de 6 de abril de 2006; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, sentencia de 29 de marzo de 2006 y Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006.

DERECHO A LA VIDA - Incumplimiento de la obligación estatal de protección / PROTECCION DEL DERECHO A LA VIDA - Frente a hechos de terceros / PROTECCION DEL DERECHO A LA VIDA - Frente a hechos de agentes del estado / PROTECCION DEL DERECHO A LA VIDA - Conocimiento de la situación de riesgo

Las obligaciones asumidas por los Estados Miembros en relación con la protección del derecho a la vida en la implementación de la política pública sobre seguridad ciudadana, pueden incumplirse especialmente en dos tipos de situaciones: (1) cuando el Estado no adopta las medidas de protección eficaces frente a las acciones de particulares que pueden amenazar o vulnerar el derecho a la vida de las personas que habitan en su territorio; y (2) cuando sus fuerzas de seguridad utilizan la fuerza letal fuera de los parámetros internacionalmente reconocidos (en el caso de la toma de la Base Militar de Las Delicias, cabe encuadrar en el primer supuesto). Para que tenga lugar el incumplimiento de la primera situación es caso necesario que las autoridades hubieran tenido conocimiento, o debían haber sabido, de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo identificado o de algunos individuos respecto de actos criminales de terceros, y que tales autoridades no tomaron las medidas dentro del alcance de sus poderes que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para evitarlo.

DAÑOS SUFRIDOS EN EL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO - Régimen de responsabilidad objetivo / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Daños sufridos en el servicio militar obligatorio / SOLDADO QUE PRESTA SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO - No asume los riesgos propios del servicio

En cuanto al régimen aplicable por los daños sufridos por quienes prestan el servicio militar obligatorio, se ha venido encuadrando en un título de imputación objetivo, bien sea el daño especial, o el riesgo excepcional. La premisa de la que se parte es que se produce la ruptura del principio de igualdad en la asunción de las cargas públicas, teniendo en cuenta que el ingreso a la fuerza pública ocurre en razón del acatamiento del mandato constitucional previsto en el artículo 216 de la Carta Política. (...) cuando se trata de personas que se encuentran prestando el servicio militar obligatorio se afirma que no quedan sometidos a los riesgos inherentes a la actividad militar voluntariamente, “sino que corresponde 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”. Precisamente, la necesaria distinción que se ofrece entre quien presta el servicio militar obligatorio y no, ha llevado frente al primero a elaborar una premisa que construida como argumento en el precedente de la Sala, “cuando una persona ingresa al servicio militar obligatorio en buenas condiciones de salud debe dejar el servicio en condiciones similares”. A lo que se agrega, siguiendo el precedente, que se trata de daños “... cuya causa esté vinculada con la prestación del servicio y libertades inherentes a la condición de militar”. Por lo tanto, no “... puede ser igual el tratamiento que se dispense a quienes ejercen sus funciones profesionalmente, con alto grado de entrenamiento y compromiso, y a quienes, simplemente por estar obligados legalmente a ello, ingresan a las filas en las instituciones armadas; en consecuencia, las labores o misiones que a estos últimos se les encomienden, deben ser proporcionales a ese grado básico de instrucción, además de representar un mínimo riesgo para su vida e integridad personal, salvo que la situación específica de necesidad de defensa del Estado exija algo distinto”.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 216

NOTA DE RELATORIA: Sobre la responsabilidad del Estado por los daños sufridos por quien presta servicio militar obligatorio, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 3 de abril de 1997, exp. 11187; 26 de mayo de 2010, exp. 19158; 3 de marzo de 1989, exp. 5290; de 25 de octubre de 1991, exp. 6465; 26 de mayo de 2010. Exp.19158; 14 de diciembre de 2004, exp. 14422 y 3 de mayo de 2007, exp. 16200.

DAÑOS SUFRIDOS EN EL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO - Exposición del soldado a fuego adversario. Falla del servicio. Precedente jurisprudencial / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Por exposición de conscriptos al fuego adversario. Falla del servicio. Precedente jurisprudencial / SOLDADO QUE PRESTA SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO - Exposición a fuego adversario. Falla del servicio. Principio iura novit curia

En cierto precedente de la Sala se llega a considerar que podría haber falla del servicio cuando no se cumple con la obligación según la cual los “... soldados reclutados en calidad de conscriptos deben recibir instrucción para realizar actividades de bienestar social en beneficio de la comunidad y tareas para la preservación del medio ambiente y la conservación ecológica, de suerte que a éstas actividades deben ser destinados los jóvenes que prestan el servicio militar obligatorio en cualquiera de sus modalidades”. Se trata de un supuesto en el que la administración pública además de incumplir con una obligación legal, expone a quien presta el servicio militar obligatorio al fuego adversario. En este supuesto, tampoco cabe afirmar el hecho de un tercero como eximente porque, siguiendo el precedente, carece de “virtualidad suficiente para enervar la relación etiológica entre el hecho imputable jurídicamente” y el daño causado. Se concluye, por lo tanto, que la administración pública debió haberlo evitado, “absteniéndose de exponer al soldado al fuego adversario”. En cualquiera de los anteriores eventos, la Sala en su precedente ha sostenido que la invocación de la falla no impide estudiar la responsabilidad bajo el régimen objetivo del riesgo excepcional, aplicando por tanto la máxima o principio iura novit curia.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la aplicación de la falla del servicio en casos de responsabilidad del Estado por daños sufridos por quien presta servicio militar obligatorio, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de febrero 25 de 2009, exp. 15793. Sobre el principio iura novit curia, Consejo de Estado, Sección

Tercera, sentencias de 27 de noviembre de 2002, exp. 13090; 18 de mayo de 2004, exp. 14338; 15 de octubre de 2008, exp. 18586

SOLDADO QUE PRESTA SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO - Bajo custodia y cuidado del Estado / SOLDADO QUE PRESTA SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO - Posición de garante del Estado / SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO - Relación de especial sujeción. Estado en posición de garante

En reciente precedente de la Sala se dijo que cuando la administración pública impone el deber de prestar el servicio militar, se configura que esa persona que presta el servicio militar obligatorio “se encuentra sometida a su custodia y cuidado”, situándose en una posición de riesgo, “lo que en términos de imputabilidad significa que debe responder por los daños que le sean irrogados relacionados con la ejecución de la carga pública”. En ese mismo precedente, se dijo que el Estado se encontraría frente a la persona que presta el servicio militar obligatorio en una posición de garante, representada por la existencia de una relación de especial sujeción. Lo anterior indica, que en ciertos casos el Estado puede contribuir co-causalmente, pese a que haya intervenido el hecho de un tercero. Este argumento se depura, afirmándose que el Estado pone a quien presta el servicio militar obligatorio en una situación de riesgo, lo que lleva a concluir que la simple constatación de la existencia de una causa extraña, como la del hecho de un tercero, no es suficiente para que los daños no sean atribuibles, centrándose la atención en que el resultado perjudicial tiene relación mediata con el servicio. En los anteriores términos, al Estado sólo le queda acreditar que le resultaba absolutamente imprevisible e irresistible asumir los riesgos a los que estuvo expuesto quien presta el servicio militar obligatorio.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la posición de garante del Estado en relación con quien presta servicio militar obligatorio, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de octubre 15 de 2008, exp. 18586.

DAÑOS SUFRIDOS POR MIEMBROS VOLUNTARIOS DE LA FUERZA PUBLICA - Régimen de responsabilidad aplicable / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Daños sufridos por miembros voluntarios de la fuerza pública / MIEMBROS VOLUNTARIOS DE LA FUERZA PUBLICA - Riesgos propios del servicio. Indemnización a forfait

Cuando se trata de personal que voluntaria o profesionalmente ingresa a los cuerpos o fuerzas de seguridad del Estado, el régimen aplicable varía y se encuadra en la falla del servicio debido a que la conducta haya sido negligente o indiferente, de tal manera que se deja al personal expuesto a una situación de indefensión. En este segundo supuesto, el precedente de la Sala emplea como premisa el concepto de “acto propio” o de “riesgo propio del servicio” (que como se dijo, dadas las especiales circunstancias de la toma de la Base Militar de Las Delicias puede resultar contradictorio con los expresos mandatos constitucionales, que puede derivar en el incumplimiento de las obligaciones de protección de los derechos humanos), que ha llevado a plantear que los “... derechos a la vida y a la integridad personal del militar profesional constituye un riesgo propio de la actividad que dichos servidores públicos ordinariamente despliegan, riesgo que se concreta, por vía de ejemplo, en eventos en los cuales infortunadamente tiene lugar el deceso o la ocurrencia de lesiones como consecuencia de combates, emboscadas, ataques de grupos subversivos, desarrollo de operaciones de inteligencia”. De acuerdo con el mismo precedente, el común denominador del daño antijurídico reclamado como consecuencia de la muerte o de las lesiones de

un miembro de las fuerzas armadas es el de la “exposición a un elevado nivel de riesgo para la integridad personal”. Esto indica, pues, que quien ingresa voluntaria o profesionalmente a las fuerzas armadas está advertido que debe afrontar situaciones de alta peligrosidad, entre las que cabe encuadrar el eventual enfrentamiento con la delincuencia. (...) Como consecuencia de lo anterior, se establece un régimen prestacional especial, que reconoce la circunstancia del particular riesgo a que se somete a todo aquel que ingresó voluntaria y profesionalmente, a lo que se agrega que dicho régimen se encuentra ligado a la presencia de una vinculación o relación laboral para con la institución armada. Esto llevará a que se active la denominada “indemnización a for-fait”, lo que no excluye la posibilidad que pueda deducirse la responsabilidad y por tanto la obligación de reparar el daño causado, si se demuestra que el daño fue causado por falla del servicio o por exposición de la víctima a un riesgo excepcional.

NOTA DE RELATORIA: Sobre los riesgos propios del servicio de los miembros voluntarios de la fuerza pública, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de febrero 4 de 2010, exp. 18371 y febrero 18 de 2010, exp. 17127. Sobre la naturaleza del vínculo entre el Estado y los miembros voluntarios de la fuerza pública y la indemnización a forfait, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 15 de febrero de 1996, exp. 10033; 20 de febrero de 1997, exp. 11756; 21 de febrero de 2002, exp. 12799; 12 de febrero de 2004, exp. 14636; 14 de julio de 2005, exp. 15544; 26 de mayo de 2010, exp. 19158; 1 de marzo de 2006, exp. 14002; 30 de agosto de 2007, exp. 15724; 25 de febrero de 2009, exp. 15793; 15 de noviembre de 1995, exp. 10286; 12 de diciembre de 1996, exp. 10437; 3 de abril de 1997, exp. 11187; 3 de mayo de 2001, exp. 12338; 8 de marzo de 2007, exp. 15459; 17 de marzo de 2010, exp. 17656.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO –Presupuestos. Elementos. Daño antijurídico. Imputación / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Presupuestos. Elementos. Daño antijurídico. Imputación / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Constitucionalización. Mecanismo de protección de los administrados

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización” de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados, sin distinguir su condición, situación e interés. Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión. Dicha imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar: i) atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional), y ii); adicionalmente a lo anterior, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 90

NOTA DE RELATORIA: Sobre la responsabilidad del Estado como mecanismo de protección de los administrados, Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996, reiterada en la sentencia C-892 de 2001. Sobre la cláusula general de responsabilidad estatal, Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001. Sobre la finalidad de protección por parte de las autoridades públicas, Consejo de Estado,

sentencia de 26 de enero de 2006, exp. AG-2001-213. Sobre los elementos de la responsabilidad, Consejo de Estado, sentencia de 21 de octubre de 1999, exps. 10948 y 11643.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Daño antijurídico / DAÑO ANTIJURIDICO - Principio de solidaridad. Principio de igualdad

En cuanto al daño antijurídico, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho. (...) De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra a los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 1 / CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 2 / CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 13 / CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 58

NOTA DE RELATORIA: Sobre el daño antijurídico, Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996 y sentencia C-832 de 2001.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Imputación. Principio de imputabilidad / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Atribución jurídica / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Imputación objetiva. Cuando el Estado ostenta posición de garante

(...) todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”. En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”. Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no. Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el principio de imputabilidad, Corte Constitucional, sentencia C-254 de 25 de marzo de 2003. Sobre atribución jurídica del daño cuando el Estado ostenta posición de garante, Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

TOMA GUERRILLERA - Base Militar Las Delicias / TOMA GUERRILLERA - Daños sufridos por soldados regulares / TOMA GUERRILLERA - La gravedad del daño exige aplicar el principio iura novit curia

De acuerdo con el acervo probatorio allegado en el proceso se encuentra acreditado que Omar León Molina Castro, para el momento de los hechos, estaba vinculado con las Fuerzas Militares, específicamente con el Ejército Nacional (Batallón de Selva No.49), prestando el servicio militar obligatorio, lo que les daba la condición de soldados regulares. Teniendo en cuenta lo anterior, cabría encuadrar la atribución de los daños causados a los demandantes en los títulos de imputación en los que ordinariamente el precedente de la Sala ha venido realizando, esto es, daño especial, riesgo excepcional y falla del servicio, pero hay que advertir en el presente caso la gravedad que representó la toma de la Base Militar de Las Delicias lo que exige aplicar el principio iura novit curia, como garantía mínima para la determinación de la imputación de la responsabilidad.

NOTA DE RELATORIA: Sobre los distintos títulos de imputación aplicables en casos de responsabilidad estatal por daños sufridos por soldados regulares, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de julio de 2008, exp. 18725

IMPUTACION JURIDICA - A partir del resultado perjudicial causado a las víctimas / IMPUTACION JURIDICA - Hecho de un tercero. Toma guerrillera. Base militar Las Delicias / TOMA GUERRILLERA DE LA BASE MILITAR LAS DELICIAS - Omisión estatal de adoptar medidas de prevención. Violación de derechos humanos / TOMA GUERRILLERA DE LA BASE MILITAR LAS DELICIAS - Creación por parte del Estado de una situación anormal de riesgo

Es el presente un caso [donde] la Sala encuentra que pudo haber un encuadramiento en los diferentes títulos de imputación, pero conviene afirmar que debería consolidarse la imputación por medio de la imputación del resultado perjudicial causado a las víctimas. En realidad, por lo acreditado en el expediente la Sala encuentra que al Estado le es imputable, atribuible directamente el resultado perjudicial, sin perjuicio que la causa directa haya sido producida por el hecho de un tercero, existe plena certeza que la responsabilidad es atribuible al Estado por el resultado dañoso causado a Omar León Molina Castro. Y es atribuible el resultado dañoso, porque lo determinante en su producción está constituido en i) la omisión del Estado de haber adoptado todas las medidas razonables para prevenir la violación de los Derechos Humanos de las que fueron objeto los ciudadanos-soldados, y; ii) porque fue el Estado el que creó la situación objetiva de riesgo (comprendida por la existencia de la Base Militar de Las Delicias en un ámbito espacial, de orden público y de posibilidades defensa y protección limitada, como se aceptó), sin que hubiera desplegado los deberes de salvamento, apoyo y protección suficiente al que estaba obligado por expresos mandatos constitucionales, como se señala en el deber de proteger el territorio y los ciudadanos frente a todo tipo de agresión interna o externa. Concretamente, el estado creó la situación objetiva de riesgo en atención a los siguientes factores: i) la falta de preparación y de entrenamiento en los días anteriores al ataque guerrillero, lo que no fue supervisado, ni tuvo la vigilancia debida por parte de los mandos oficiales de la fuerzas armadas; ii) la existencia misma de la Base Militar

de Las Delicias en una posición que no fue estudiada estratégicamente, ni se valoró adecuadamente las vías de escape y de penetración, lo que llevó a que en la mañana del 31 de agosto de 1996 se produjera la incursión completa de las fuerzas irregulares al interior de la Base; iii) el retardo injustificado e insuficiente del apoyo militar, pese a que en las proximidades se contaba con la Base de Tresesquinas, los apoyos fluviales desde Puerto Leguísimo, el apoyo aéreo desde Apiay; iv) los fallos en el armamento y en la planeación de la infraestructura de la base necesaria para poder repeler y afrontar con garantías un ataque de los grupos subversivos; v) teniendo en cuenta que en la zona operaban los grupos subversivos, constituía un hecho notorio la posibilidad de un ataque de los mismos, lo que representa una amenaza inminente, cierta e inevitable.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la atribución jurídica al Estado del hecho de un tercero, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de agosto 13 de 2008, exp. 17042.

TOMA GUERRILLERA - Base militar Las Delicias. Falta absoluta de la debida diligencia

Se reitera por la Sala, la responsabilidad que se imputa al estado es por el resultado en atención a que i) no hubo o no se emplearon suficientes instrumentos de prevención (frente a lo que los altos mandos militares reflejan su omisión y desatención); ii) la calidad de la respuesta que se tuvo para defender a los miembros de la fuerza militar, entre ellos a Omar León Molina Castro fue limitada, tardía, insuficiente y propia de la falta absoluta de planeación y coordinación que exige la estrategia y desarrollo militar (pese a que nuestra fuerza militar tiene instituciones y forma a sus cuadros en escuelas militares de las mejores en el mundo), y; iii) a que el apoyo o reacción del Estado fue tardío, insuficiente y drásticamente limitado, lo que llevo a dejar sin alternativa alguna a los ciudadanos soldados, que produjo la muerte de uno de ellos y las lesiones de los otros dos. Por lo tanto, se sustenta dicha atribución, en su conjunto, en la falta absoluta de la “debida diligencia” que debía aplicar el Estado en el caso concreto de la toma de la Base Militar de Las Delicias por parte de un grupo armado insurgente.

FUERZA PUBLICA - Presencia en todo el territorio nacional / FUERZA PUBLICA - Deber de no desamparar sus tropas / FUERZA PUBLICA - Deber de ponderación de su actuación y estrategia

(...) no se puede validar el argumento según el cual para la época de los hechos las Fuerzas Militares (Ejército Nacional) debió atender múltiples acciones insurgentes en distintos lugares del territorio nacional, porque no puede apoyarse la idea según la cual dichas Fuerzas sólo concentren su tropa e infraestructura militar en un ámbito reducido del territorio donde entiendan que hay amenazas de perturbación del orden público, pues tal decisión resulta ausente de toda ponderación y proporcionalidad, incluso sin razonabilidad, en la medida en que se habría dejado de considerar el derecho a la seguridad e integridad de sus propios hombres, de los ciudadanos-soldados que se encuentran en territorios inhóspitos y tan alejados, que se pueda constituir en un simple y llano desamparo, como fue lo que se concretó el 30 de agosto de 1996. Precisamente, está llamado el Estado a ponderar los derechos, intereses, prioridades y decisiones estratégicas, que conduzcan, sin lugar a dudas, a la adopción de decisiones en el marco de sus atribuciones legalmente establecidas, de las capacidades y posibilidades que fácticamente se ofrecían y de las alternativas que debía haber considerado (que como en el presente caso lleva a concluir, posteriormente, que no era necesaria la existencia de la propia Base de Las Delicias).

TOMA GUERRILLERA - Causa determinante del daño / TOMA GUERRILLERA DE LA BASE MILITAR LAS DELICIAS - Causa determinante del daño

(...) se encuentra que es imputable la responsabilidad patrimonial a las entidades demandadas, pese a que en los hechos haya intervenido un tercero (grupo subversivo) ya que no fue esta la causa determinante o capaz de enervar la sustancia fenomenológica y fáctica, que sigue residiendo en el resultado mismo achacable al Estado, que no sólo está llamado a enfrentar a la delincuencia, a los grupos irregulares, sino que también está obligado, principalmente, a adoptar las medidas de precaución, prevención y contención adecuadas para enfrentar todas las manifestaciones del delito, ya que de lo contrario estaríamos asistiendo a la escenificación de una tragedia colectiva en la que los muertos y los heridos son compatriotas que en cumplimiento de un deber, o en la realización de una misión deben sacrificarse para mantener las instituciones, el sistema democrático, las libertades y el respeto de los derechos en el marco del Estado Social, Democrático y de Derecho. Luego, hay pruebas suficientes para acreditar la omisión de prevenir o atender adecuadamente la situación de riesgo objetiva creada por el Estado, al permitir que un resultado dañoso como el ocurrido en la toma de la Base Militar de las Delicias, lo que no se constituía en un imposible material, militar ni jurídico, al tenor de lo reflejado en los propios informes del Estado, por la falta de planeación, insuficiente e inadecuada dotación logística, de material de guerra y equipos de comunicación, retardo injustificado en el apoyo, debilidades en el diseño y establecimiento de la Base, sin tener en cuenta las condiciones climáticas, las circunstancias sociales y las dificultades tácticas y de desplazamiento para el apoyo militar fluvial y por vía terrestre, lo que facilitó que en la toma no sólo se haya producido las lesiones a Omar León Molina Castro, sino que se haya consumado el secuestro masivo de decenas de militares y la muerte de otros tantos más.

MISIONES DE SEGURIDAD - Principios de humanidad / MISIONES DE SEGURIDAD - No sacrificio de los derechos / VULNERACION DE LOS PRINCIPIOS DE HUMANIDAD - Misiones de seguridad. Responsabilidad objetiva

(...) el estado es responsable del resultado perjudicial ya que no se correspondió con los principios de humanidad, esto es, con aquellos que exigen que el ejercicio de toda actividad, como por ejemplo las misiones de seguridad asignadas a los miembros de las fuerzas armadas, debe estar orientada hacia la preservación de los derechos, y no al sacrificio absoluto de estos por una causa que legal y democrática no está llamado ningún individuo a soportar porque implicaría la supresión de la esencia propia del ser humano como destinatario de la protección, convirtiendo al Estado en prioridad en la búsqueda de la paz. En ese sentido, debe prodigarse la aplicación de la responsabilidad objetiva en este tipo de casos, siempre que se cumplan ciertas condiciones (siguiendo lo propuesto por Erns Fosrthoff): i) debe nacer cuando la administración pública crea una situación de peligro individual y extraordinaria (eine individuelle un auBergewöhnliche Gefahrenlage); ii) debe tratarse de un riesgo especial, incrementado (Besondere, erhöhte Gefahr), "que supere netamente los riesgos normales a que todos se encuentran expuestos", y; iii) que "el daño... sufrido por la víctima sea consecuencia inmediata de la realización de dicho peligro".

TOMA GUERRILLERA DE LA BASE MILITAR LAS DELICIAS - Responsabilidad patrimonial del Estado / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Toma guerrillera de la base militar Las Delicias

La Sala llega a la conclusión que las entidades aquí demandadas son responsables patrimonialmente de los daños causados a Omar León Molina Castro y a su familia, con fundamento en la indiscutible posición de garante institucional que residía en dichas entidades, y como consecuencia directa de la creación de la situación objetiva de riesgo, ya que como se dijo atrás, estaba llamado el estado a evitar los riesgos, debilidades y fallas que se cometieron en la Base Militar de Las Delicias, que permitió el ataque guerrillero, con el resultado funesto y desafortunado para las familias de los demandantes y de todos los que resultaron víctimas del mismo, quienes debieron ser amparados como ciudadanos-soldados en sus derechos fundamentales y humanos. Fue, por lo tanto, la omisión protuberante, ostensible, grave e inconcebible del Estado de la que se desprende la responsabilidad por el resultado dañoso de los demandantes, quien estaba en la obligación de ofrecer, por lo menos, una intervención proporcionada y adecuada a las circunstancias riesgosas creadas por el mismo, como se constató al afirmarse la inconveniencia de la existencia en ese lugar de la Base Militar.

PERJUICIOS MORALES - Arbitrio judicial. Discrecionalidad del juez / PERJUICIOS MORALES - Intensidad del daño / TASACION DE PERJUICIOS MORALES - Intensidad del daño

Si bien a partir de 2001 la jurisprudencia viene aplicando como criterio de estimación de los perjuicios morales el salario mínimo mensual legal vigente (en una suerte de equivalencia con los gramos oro reconocidos en la primera instancia), no deja de seguir siendo un ejercicio discrecional (arbitrio iudicis) del juez de tasar tales perjuicios, sin lograr, aún, la consolidación de elementos objetivos en los que pueda apuntalarse la valoración, estimación y tasación de los mismos, con lo que se responda a los principios de proporcionalidad y razonabilidad con lo que debe operar el juez y, no simplemente sustentarse en la denominada “cierta discrecionalidad”. Así mismo, para el reconocimiento y tasación el juez se sujeta al criterio determinante de la intensidad del daño, que usualmente se demuestra con base en las pruebas testimoniales las cuales arrojan una descripción subjetiva de quienes, por la cercanía, conocimiento o amistad deponen en la causa, restando objetividad a la determinación de dicha variable, cuya complejidad en una sociedad articulada, plural y heterogénea exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada de los perjuicios morales, sin que se constituya en tarifa judicial o, se pretenda el establecimiento de una tarifa legal.

PERJUICIOS MORALES - Principio de proporcionalidad. Test de proporcionalidad / TASACION DE PERJUICIOS MORALES - Principio de proporcionalidad. Test de proporcionalidad / TEST DE PROPORCIONALIDAD - Tasación de perjuicios morales. Subprincipio de idoneidad / TEST DE PROPORCIONALIDAD - Tasación de perjuicios morales. Subprincipio de necesidad / TEST DE PROPORCIONALIDAD - Tasación de perjuicios morales. Subprincipio de proporcionalidad stricto sensu

De acuerdo con lo anterior, la Sala empleará un test de proporcionalidad para la liquidación de los perjuicios morales. El fundamento de éste test no es otro que el principio de proporcionalidad, según el precedente jurisprudencial constitucional, dicho principio comprende tres sub principios que son aplicables al mencionado test: idoneidad, necesidad y la proporcionalidad en el sentido estricto. En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se

corresponda con criterios como intensidad del dolor, alcance y dosificación de la incapacidad. En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes. Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del daño y su desdoblamiento.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el test de proporcionalidad, Corte Constitucional, sentencias C-872 de 2003, C-125 de 2003 y C-858 de 2008.

DEMANDA - Incongruencia entre hechos y pretensiones

Al parecer existe una incongruencia con los hechos narrados y lo solicitado en el libelo de la demanda, por cuanto se tiene probado que el señor Omar León Molina Castro sufrió unas lesiones como consecuencia del ataque perpetrado por miembros subversivos, pero en el capítulo de los perjuicios, se solicitó indemnización desde la muerte hasta la fecha límite de la esperanza de vida del señor Alfonso Martínez Gutiérrez, quien en el presente caso, no está incluido dentro de la parte demandante ni ostenta la calidad de afectado o lesionado, por lo que esta Sala considera que existió un error involuntario por parte del apoderado y lo que realmente se está solicitando es el lucro cesante consolidado y futuro por las lesiones causadas al señor Omar León Molina Castro, como consecuencia de la incapacidad que padece de conformidad con lo establecido por la Junta Médica de Sanidad del Ejército Nacional.

PERJUICIO FISIOLÓGICO - Tasación. Atiende las particulares circunstancias de cada caso / TASACION DEL PERJUICIO FISIOLÓGICO - Atiende las particulares circunstancias de cada caso / PERJUICIO FISIOLÓGICO - Trauma psicológico

En la demanda se solicitó el reconocimiento de perjuicios fisiológicos para el señor Omar León Molina Castro por un valor de 4000 gramos oro. Se pudo comprobar que sufrió profundas alteraciones el señor Molina Castro, no sólo como consecuencia de la incapacidad dictaminada, sino esencialmente por los rigores que la guerra imprime en la vida de personas que por su extracción social, condiciones de vida y expectativas de progreso personal han visto limitadas y restringidas sus respectivas esferas de desenvolvimiento social, lo que lleva a que se revela, como se deduce de la prueba testimonial, en la presencia de un trauma psicológico que perturba el despliegue de las actividades que ordinariamente realicen los mencionados soldados.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la definición de perjuicio fisiológico, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de agosto 15 de 2007, exp. 2003-385(AG), C.P. Mauricio Fajardo Gómez y mayo 13 de 2011, exp. 19031

MEDIDAS DE SATISFACCION - Reparación integral del daño. Vulneración de derechos humanos / REPARACION INTEGRAL DEL DAÑO - Medidas de satisfacción. Vulneración de derechos humanos / MEDIDAS DE SATISFACCION - Insuficiencia de la indemnización patrimonial. Gravedad del daño

La Sala para corresponderse con el precedente de la jurisprudencia del Corte Interamericana de Derechos Humanos, y con el objeto de proceder a la aplicación

del principio de reparación integral, tendrá en cuenta la aplicación de medidas de satisfacción en atención a la gravedad e impacto causado por la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional a los demandantes se tiene que con base en el principio de reparación integral, establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998 y en el artículo 8 de la ley 975 de 2005, cuando se produce la violación de derechos humanos es posible ordenar medidas de justicia restaurativa, rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición, o de carácter simbólico. (...) En ese orden de ideas, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos implica no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también supone la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual era posible la implementación de una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño (strictu sensu), sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos vulnerados. Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona específicamente con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas de rehabilitación, o de no repetición, ello no implica en manera alguna que no se repare íntegramente el perjuicio.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 16 / LEY 975 DE 2005 - ARTICULO 8

NOTA DE RELATORIA: Sobre la responsabilidad e indemnización en el marco del sistema interamericano de derechos humanos, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de octubre 19 de 2007, exp. 29273, C.P. Enrique Gil Botero. Sobre el derecho a la reparación integral del daño, Corte Constitucional, sentencia C-454 de 2006 y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de febrero 20 de 2008, exp. 16996

TOMA GUERRILLERA DE LA BASE MILITAR LAS DELICIAS - Reparación integral del daño. Medidas de satisfacción del daño

Con el objeto de corresponderse con el principio de reparación integral, la Sala conforme a los fundamentos del precedente jurisprudencial interamericano de derechos humanos, fijará una serie de medidas, los cuales sólo serán aplicables para especiales casos que como la toma de Las Delicias, representan un evento de grave e indiscutible violación de los derechos humanos de los ciudadanos-soldados que como Omar León Molina Castro sufrió por el incumplimiento del deber positivo (objetivo) del Estado en atender protección de la vida e integridad personal de sus propios uniformados. En ese sentido, la Sala considera procedente ordenar i) la publicación de la presente sentencia, en un término de seis (6) meses, contados a partir de la notificación de la misma, en el Diario Oficial y de la parte resolutive de la misma en un diario de circulación nacional; ii) la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad por parte de las entidades demandadas, que debe ser transmitido por el canal institucional, y la declaración del Ministro de la Defensa de una política dirigida a corregir los fallos cometidos en esta base militar; iii) proveer al lesionado de un tratamiento psicológico, que permita su reinserción social y la superación de las huellas de la guerra; iv) solicitar, en virtud de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, de los reglamentos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la realización de un informe especial relativo a las violaciones de derechos humanos que se haya producido en los hechos del 30 de agosto de

1996 en la Base Militar de las Delicias, como consecuencia de las acciones tanto de la fuerza militar estatal, como del grupo armado insurgente que llevó a cabo el ataque, y; v) compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación para se investigue disciplinaria y penalmente los actos u omisiones de los altos mandos militares para la época de los hechos, en atención a la vulneración de los derechos humanos de los aquí víctimas.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C veinticinco (25) de mayo de dos mil once (2011).

Radicación número: 52001-23-31-000-1998-00515-01(18747)

Actor: DALILA CASTRO DE MOLINA Y OTROS

Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (sentencia)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 21 de julio de 2000 mediante la cual se dispuso:

“(...) DENEGAR LA TOTALIDAD DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA presentada por la señora DALILA CASTRO DE MOLINA Y OTROS por intermedio de apoderado judicial en contra del Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional (...)”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda y pretensiones

Dalila Castro de Molina (madre), obrando en su propio nombre y en representación de su hija menor Yudi Andrea Molina Castro (hermana); Faustino Velásquez Rodríguez, quien obra en representación de su hijo menor Faustino Velásquez Castro y en su condición de padre de crianza de Omar León Molina

Castro; los compañeros permanentes Omar León Molina Castro (lesionado) y Leonor Chavarro Trujillo quienes actúan en su propio nombre y en representación de su hijo menor Harold Alexis Molina Chavarro y, Olga Maryury Molina Castro (hermana), mediante apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., presentaron demanda (Fls. 2 a 19 C.1) el 27 de agosto de 1998 con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA: *Que la NACION COLOMBIANA-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL, son patrimonialmente responsables de todos los daños y perjuicios, morales, ocasionados a **DALILA CASTRO DE MOLINA** en su condición de madre y **FAUSTINO VELASQUEZ RODRIGUEZ**, en su condición de padre de crianza, y a sus hijos menores **YUDI ANDREA MOLINA CASTRO y FAUSTINO VELASQUEZ CASTRO**, (Representados en esta demanda por sus padres), y a **OLGA MARYURY MOLINA CASTRO**, en su condición de hermana, y los perjuicios morales y materiales ocasionados a **LEONOR CHAVARRO TRUJILLO**, en su condición de compañera permanente y a su hijo **HAROLD ALEXIS MOLINA CHAVARRO**, (Representado en esta demanda por su padre); así como también los perjuicios morales, materiales y fisiológicos ocasionados a **OMAR LEON MOLINA CASTRO**, en hechos ocurridos el día 30 de agosto de 1996 a eso de las 7:00 P. M. y hasta las 11:30 A.M. del día 31 de agosto del mismo año en la Base Militar de “LAS DELICIAS” en jurisdicción del Municipio de LA TAGUA, Departamento del Putumayo. (Fl. 6 C.1)*

SEGUNDA: *Condenase a la NACION COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL, a pagar a **DALILA CASTRO DE MOLINA** en su condición de madre y **FAUSTINO VELASQUEZ RODRIGUEZ**, en su condición de padre de crianza, y a sus hijos menores **YUDI ANDREA MOLINA CASTRO y FAUSTINO VELASQUEZ CASTRO**, (Representados en esta demanda por sus padres), y a **OLGA MARYURY MOLINA CASTRO**, en su condición de hermana, y los perjuicios morales y materiales ocasionados a **LEONOR CHAVARRO TRUJILLO**, en su condición de compañera permanente y a su hijo **HAROLD ALEXIS MOLINA CHAVARRO**, (Representado en esta demanda por su padre) y a **OMAR LEON MOLINA CASTRO**, todos los perjuicios morales, materiales y fisiológicos, estos últimos en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, derivados del daño, así:*

a). PERJUICIOS MORALES:

Se pagará a los señores:

- A **DALILA CASTRO DE MOLINA** en su condición de madre;
- A **FAUSTINO VELASQUEZ RODRIGUEZ**, en su condición de padre de crianza de **OMAR LEON MOLINA CASTRO**;
- A los menores **YUDI ANDREA MOLINA CASTRO y FAUSTINO VELASQUEZ CASTRO**, (Representados en esta demanda por sus padres);
- A **OLGA MARYURY MOLINA CASTRO**, en su condición de hermana;
- A **LEONOR CHAVARRO TRUJILLO**, en su condición de compañera permanente y a su hijo **HAROLD ALEXIS MOLINA CHAVARRO**,

*(Representado en esta demanda por su padre); y a **OMAR LEON MOLINA CASTRO**, a título de perjuicios morales, la suma de dinero equivalente en moneda Nacional Colombiana a 1.500 gramos de oro fino para cada uno de los demandantes ya relacionados, y de acuerdo con la certificación que expida el Banco de la República acerca del valor del gramo de oro fino al momento de la sentencia. (Fl. 6 C.1)*

b). PERJUICIOS MATERIALES:

*Como perjuicios materiales se pagará a los señores: **LEONOR CHAVARRO TRUJILLO**, en su condición de compañera permanente y a su hijo **HAROLD ALEXIS MOLINA CHAVARRO**, (Representado en esta demanda por su padre); y a **OMAR LEON MOLINA CASTRO**.*

LUCRO CESANTE:

*Para la liquidación de estos perjuicios materiales los ingresos deberán actualizarse y se debe tener en cuenta al momento de la muerte hasta la fecha límite de su esperanza de vida, según las tablas aprobadas por la Superintendencia Bancaria, teniendo en cuenta que **ALONSO MARTINEZ GUTIERREZ**, al momento de fallecimiento tenía 20 años de edad. Estos perjuicios deben ser actualizados en su oportunidad procesal, de acuerdo con los precios al consumidor certificados por el DANE, y deben ser actualizados y desarrollados de acuerdo con la fórmula (sic) que ha venido aplicando el Honorable Consejo de Estado (...). (Fl. 7 C.1)*

La indemnización comprenderá dos periodos a saber: El vencido o consolidado y el futuro.

Subsidiariamente a falta de bases suficientes para la liquidación matemático-actuarial de los perjuicios reclamados, el Honorable Tribunal se servirá fijarlos por razones de equidad, en el equivalente en pesos a la fecha de la ejecutoria de la sentencia de cuatro mil (4.000) gramos de oro fino, para cada uno de los padres, de conformidad con lo previsto por los artículos 4 y 8 de la ley 153 de 1887, y artículo 107 del C.P. (Fl. 8 C.1)

c). PERJUICIOS FISIOLÓGICOS:

*Se pagará al señor **OMAR LEON MOLINA CASTRO**, a título de perjuicios fisiológicos, la suma de dinero equivalente en moneda Nacional Colombiana a 4.000 gramos de oro fino, y de acuerdo con la certificación que expida el Banco de la República acerca del valor del gramo de oro fino al momento de la sentencia.*

Todas las condenas serán actualizadas conforme a la evolución del índice de precios al consumidor. (Fl. 8 C.1)

TERCERA: LA NACION COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL, deberá dar cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta (30) días siguientes a su ejecutoria, y reconocer intereses de plazo y moratorios en caso de producirse los eventos previstos en los Artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.” (Fl. 8 C. 1)

2. Hechos

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

El joven Omar León Molina Castro antes de ser reclutado para la prestación del servicio militar obligatorio, residía en la ciudad de Florencia, Caquetá, junto con su compañera permanente Leonor Chavarro Trujillo y su hijo Harold Alexis Molina Chavarro, donde se dedicaba a las labores de construcción y de la cual derivaba el sustento obteniendo ingresos mensuales de \$170.000. (Fl. 3 C.1)

En el año 1995 el señor Molina Castro fue incorporado al Ejército Nacional a la edad de 22 años para prestar el servicio militar obligatorio, habiendo sido asignado al Batallón de Selva No. 49 JUAN BAUTISTA SOLARTE OBANDO, en la Base Militar “Las Delicias”; en la jurisdicción del municipio de la Tagua, Putumayo. (Fl. 3 C.1)

El soldado llegó a dicha base el 26 de agosto de 1996. El 30 de agosto de 1996 aproximadamente a las 7:30 p.m., la Base Militar de “Las Delicias” fue atacada al parecer por el grupo de subversivos de las FARC, conformado por 200 hombres. (Fl. 3 C.1)

Al llegar a la base militar “Las Delicias” los comandantes de la compañía de la cual formaba parte Molina Castro, no tomaron las medidas necesarias como la realización de inteligencia militar, emplazamiento de los morteros, ejercicios de registro y control del área, al igual que la base no contaba con alarmas ni campos minados, que impidieran que la Base Militar fuera atacada y copada y de donde el señor Omar León Molina, sufrió graves lesiones físicas que afectaron su capacidad auditiva y la memoria que le impidió laborar y disfrutar. (Fl. 4 C. 1)

Expresó que entre las 11:30 p.m. del 30 de agosto de 1996 y la 1:00 a.m., del 31 de agosto del mismo año, llegaron dos aviones que estuvieron por espacio de unos 15 minutos sobrevolando la Base de Las Delicias. Estos hicieron algunas ráfagas y desaparecieron sin que posteriormente regresaran a prestar apoyo. Solo hasta las 3:00 p.m. del 31 de agosto de 1996 concurrió al lugar el apoyo aéreo, cuando ya todo estaba consumado y los subversivos ya tenían a los rehenes. Por lo tanto, se presentó negligencia absoluta de los mandos superiores respecto de la suerte de los soldados y oficiales de la base militar. (Fl. 4 C.1)

Las lesiones causadas al joven surgieron como consecuencia de la omisión en la obligación de la protección de la vida y la integridad física por parte de las autoridades, imputándole la responsabilidad administrativa y patrimonial a título de falla del servicio. (Fl. 5 C.1)

3. Actuación procesal en primera instancia

Mediante auto del 3 de septiembre de 1998 el Tribunal admitió la demanda (Fl. 34 C.1), siendo notificado personalmente el señor Ministro de la Defensa y el Comandante General del Ejército Nacional por conducto del señor Comandante del Batallón de Infantería No. 9 el 8 de octubre de 1998. (Fl. 41 C. 1). Teniendo en cuenta que el apoderado de la parte actora corrigió el libelo, por auto del 25 de noviembre de 1998 el Tribunal admitió tal corrección, siendo notificada personalmente la entidad demandada el 30 de abril de 1999. (Fl. 91 C.1)

Con escrito del 11 de noviembre de 1998 (Fl. 66 a 78 C.1) la parte demandada contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones de la misma. Como razones de la defensa expresó que se presentaba una causal de exoneración de responsabilidad, esto era, el hecho de un tercero (la guerrilla), entendiéndose que tal ataque revestía de las características de imprevisibilidad e irresistibilidad. (Fl. 67 C. 1)

Argumentó que por la conducta homicida de los guerrilleros no debe adjudicársele ningún tipo de responsabilidad a la entidad demandada, ya que ésta suministró al personal desplazado a la base militar de las Delicias, instrucción idónea para hacerle frente a las incursiones guerrilleras y, armamento suficiente para poder contrarrestar la acción de los subversivos. (Fl. 68 C.1)

Acogiendo la postura de la alta Corporación, citó alguna jurisprudencia al respecto y consideró que la falla no podía predicarse de un Estado ideal, porque se debía tener en cuenta la realidad misma del país. (Fl. 68 C.1)

Así mismo, manifestó que en el presente caso no operaba la presunción de que los soldados debían dejar el servicio en las mismas condiciones en que ingresaron, ya que en este caso las lesiones del soldado Omar León Castro se produjeron por la acción del enemigo, un riesgo propio del servicio. (Fl. 72 C.1)

Agotada la etapa probatoria y de la cual se dio inicio mediante auto del 1 de junio de 1999 (Fl.117 C. 1), por auto del 29 de octubre de 1999 se ordenó la celebración de audiencia de conciliación (Fl. 386 C. 1), habiendo fracasado la misma. (Fl. 426 C.1)

Mediante auto del 15 de mayo de 2000 el Tribunal corrió traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto. (Fl. 432 C. 1)

4. Alegatos de conclusión

En escrito del 26 de mayo de 2000 la apoderada de la parte demandada presentó sus alegatos de conclusión reiterando los argumentos expresados en la contestación de la demanda. (Fls. 433 a 446 C.1)

En escrito del 30 de mayo de 2000 El Ministerio Público rindió concepto tomando en consideración lo siguiente: (Fls. 448 a 454 C.1)

“La Procuraduría no comparte la fundamentación jurídica que hace la parte demandante, pues el artículo 2º. Inciso 2º. De la C.N. tiene establecido que las autoridades de la República están instituidas para proteger la vida, honra y bienes de las personas. Es un contenido obligacional de carácter general y para que se alegue incumplimiento debe en el proceso determinarse cuál fue la acción u omisión cometida por la autoridad que generó el daño; en el caso en estudio, ninguna actuación se ha probado al Ejército Nacional. Se dice en la demanda que hubo falla en el servicio y de inteligencia, pero no se probó esta aseveración y cabe recordar que en los procesos contencioso administrativos de reparación directa, la justicia es rogada, lo que equivale a decir, que al Juez se le entregan unos hechos probados para que con base en ellos decida si el ente demandado es o no responsable del daño causado. Bajo esta perspectiva de violación de la Constitución Nacional, artículo 2º. las pretensiones de la demanda están llamadas a fracasar.” (Fl. 450 C.1)

Consideró que el artículo 90 de la Carta Política no contenía en forma absoluta la responsabilidad objetiva, porque este artículo estatuyó que el Estado respondería del daño antijurídico causado por la acción u omisión de sus obligaciones, y en el presente caso no se ha probado cuál fue la acción u omisión en que incurrió el Ejército Nacional para que se le pudieran imputar las lesiones padecidas por el señor Molina Castro. (Fl. 450 C.1). Expresó así mismo, que en el sub lite evidentemente se presentó el hecho de un tercero, esto es, la guerrilla, quien le ocasionó las lesiones al actor. (Fl. 450 C. 1), concluyendo que en el presente caso no debían prosperar las pretensiones de la demanda. (Fl. 454 C.1)

La parte actora guardó silencio.

5. Sentencia del Tribunal

En sentencia del 21 de julio de 2000 el Tribunal denegó las súplicas de la demanda (Fls. 458 a 471 C.1). Para tomar esta decisión la Corporación tuvo como argumento lo siguiente:

A partir de los tres elementos constitutivos de la responsabilidad (hecho, daño y nexo de causalidad) consideró que de las pruebas allegadas dentro del proceso se pudo establecer que el 30 de agosto de 1996 a las 7:30 de la noche la Base Militar de “Las Delicias” fue atacada por subversivos dejando 27 soldados muertos, heridos otros tantos y secuestrados 60, quienes al saber que era zona guerrillera debieron estar preparados para un posible enfrentamiento, existiendo culpabilidad de la víctima y a la vez el hecho de un tercero. Por lo tanto, no se probó la falla del servicio, mediante una prueba fehaciente, sino que por el contrario, se demostró que se debió a la emboscada de miembros subversivos, es decir, que las lesiones se produjeron por el hecho de un tercero, que en el caso en mención fueron miembros de las FARC. (Fls. 470 y 471 C. ppal)

6. El recurso de apelación.

Mediante escrito de 5 de julio de 2000 el apoderado de la parte demandante interpuso y sustentó en tiempo el recurso de apelación en contra de la sentencia del 21 de junio de 2000 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, solicitando la revocatoria de la misma y en su lugar se accediera a las pretensiones de la demanda. (Fls. 475 a 482 C. ppal)

Consideró el recurrente que se encontraban debidamente acreditados los elementos constitutivos de la responsabilidad. En cuanto a la falla en el servicio adujo lo siguiente:

“(...) la Base Militar no contaba con ningún sistema apropiado de protección, no se hicieron registros de inteligencia; en el área de las Delicias, el armamento era escaso y no funcionaba correctamente, no se organizaron núcleos de resistencia, la base no tenía ni alarmas ni campos minados, los militares allí acantonados no recibieron durante la toma de la Base Militar de “LAS DELICIAS” ayuda de ninguna clase; no se contaba con equipos de comunicación apropiados, no tenían suficiente munición (...) y como si fuera poco, los Comandantes del Comando Unificado del Sur y del Batallón de Selva No. 49, omitieron cumplir con sus deberes, como se demostró dentro del proceso disciplinario y la investigación interna adelantada por el propio Ejército Nacional (...)” (Fl. 476 C. ppal)

Adujo que la Procuraduría inició investigación disciplinaria contra el Comandante del Comando Unificado del Sur y el Comandante del Batallón de Selva No. 49 "J.B.S.O.", contenido en el expediente No. 001-327 que obra dentro del proceso y del cual resultó demostrado que el Brigadier General Castañeda Chacón no se encontraba en la guarnición para la época de los hechos, pues se desplazó hacia la ciudad de Manaus, Brasil, no obstante que el Ministerio de Defensa le había autorizado el viaje a partir del 3 de septiembre de 1996, por lo tanto, no estaba cumpliendo su deber como máxima autoridad del Comando Unificado Sur, a cuya jurisdicción pertenecía la Base Militar de las Delicias. (Fl. 477 C. ppal)

Así mismo, se pudo evidenciar que el General Castañeda no practicó ninguna visita a la base atacada por lo cual no estaba en condiciones de cumplir con su deber en cuanto a mejorar la seguridad de la base y el poder subsanar las deficiencias que tenía la misma. Se hizo alusión en la investigación disciplinaria al estudio de "Caso Táctico" y de la investigación preliminar realizada por la Inspección del Ejército Nacional, donde se resaltaron aspectos negativos en cuanto a las deficiencias en la estructura organizacional de la Base. (Fls. 477 y 478 C. ppal)

Con relación al Coronel José Claudio Bastidas se observó un comportamiento negligente respecto de las medidas preventivas que hubiera podido tomar en relación con la Base Militar de las Delicias, ya que ni siquiera tuvo el interés de conocerla, cuando era una de sus principales obligaciones, especialmente teniendo en cuenta que el mencionado Comandante tenía conocimiento de una posible toma a esa Unidad, según se constató con el radiograma No. 011526 del 22 de abril de 1996 y de la cual nada informó a sus superiores. (Fl. 478 C. ppal). Tampoco el mencionado Coronel tuvo diligencia respecto a las comunicaciones radiotelefónicas debido al desgaste que presentaban las baterías y fue advertido de esta situación por el Capitán Zambrano en el momento en que entregó la Base de las Delicias el 26 de agosto de 1996. (Fl. 478 C. ppal)

Respecto al daño, el recurrente consideró la existencia del mismo, ya que como consecuencia del ataque, se produjeron lesiones al señor Omar León Molina Castro, así como a su familia se ocasionaron perjuicios que deben ser indemnizados. (Fl. 480 C. ppal)

Por último, en cuanto a la relación de causalidad, el recurrente manifestó que:

“(...) si la Base hubiera contado con un sistema adecuado de defensa, como equipos de comunicación, armamento apropiado y suficiente trincheras técnicamente construidas, se hubieran adelantado labores de inteligencia, se hubieran organizado los militares por núcleos de resistencia, hubiera tenido alarmas, barreras de contención (...) campos minados, etc., es decir, si se hubieran tomado las medidas de seguridad previstas por el Ejército en su manual para la defensa de puestos o base fijas, (...) no hubiera sido posible a los subversivos copar la Base Militar de las Delicias (...)” (Fl. 480 C. ppal)

Consideró que no era de recibo lo dicho por el Tribunal al sostener que las lesiones ocasionadas al señor Molina Castro fueron como consecuencia del hecho de un tercero, porque en el presente caso se pudo prever algún hostigamiento y la entidad demandada no lo hizo. Tampoco puede decirse, como lo afirmó el Representante del Ministerio Público, que el daño sufrido por el actor pueda atribuirse a una culpa exclusiva de la víctima, pues éste no estaba en condiciones de resistirse a que lo enviaran a una zona peligrosa bajo el mando de unos Comandantes irresponsables. (Fl. 481 C. ppal).

7. Actuación en segunda instancia

El Tribunal concedió el recurso de apelación por auto del 11 de julio de 2000 (Fl. 484 C. ppal) y esta Corporación por auto del 8 de septiembre de 2000 lo admitió. (Fl. 489 C. ppal) Cumplido el trámite procesal, mediante auto del 9 de febrero de 2001 se ordenó correr traslado a las partes para alegar en conclusión y al Ministerio Público para el concepto de rigor. (Fl. 398 C. ppal).

8. Alegatos de Conclusión

La parte demandada presentó alegatos de conclusión reiterando los mismos argumentos expuestos a lo largo del proceso. (Fls. 496 a 497 C. ppal)

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Corporación es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en proceso de doble instancia¹, seguido contra la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, en el cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

Se advierte por la Sala, que como la sentencia sólo es apelada por la parte demandante, deberá cumplirse lo establecido en el artículo 357 del C. de P. C., de tal manera que el recurso se entiende interpuesto respecto a lo desfavorable al apelante.

2. Consideraciones previas por la Sala

La Sala debe señalar que en el presente caso obra copia auténtica del proceso disciplinario No. 001 iniciado por el Ejército Nacional y el de la Procuraduría General de la Nación bajo el radicado No. 001-327, asuntos que fueron trasladados al *sub lite* por solicitud de la parte actora y decretados como prueba por el Tribunal Administrativo de Nariño el 1 de junio de 1999, sin embargo, la petición de traslado no fue coadyuvada por la entidad demandada.

En lo que se refiere a la prueba trasladada, debe reiterarse lo expuesto por la Sala en el sentido de que aquellos medios que no cumplan con los requisitos previstos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, es decir, que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con su audiencia, o que en su defecto no hubieren sido solicitadas en el proceso contencioso administrativo por la parte contra quien se aducen, no podrán ser valoradas en éste. También ha establecido la Sala que en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas rendidas dentro de otro proceso hubiere sido solicitado por ambas partes, dichas pruebas pueden ser tenidas en cuenta en el proceso contencioso administrativo sin limitaciones, 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 las partes soliciten que la prueba haga parte del acervo probatorio, pero que en el evento de resultar

¹ La pretensión mayor corresponde a gramos de oro por concepto de perjuicios fisiológicos, que a la fecha de presentación de la demanda, 27 de agosto de 1998, supera el valor exigido para que el proceso sea de dos instancias.

desfavorable a sus intereses invoquen las formalidades legales para su inadmisión.

Si no se cumple alguno de los mencionados requisitos, la posibilidad de apreciar tales pruebas dependerá si en el proceso al cual se trasladan se atienden las formalidades que la ley ha establecido respecto de cada una de éstas, asunto que precisó la Sala en los siguientes términos:

“Conforme a lo anterior, se tiene que los testimonios practicados en un proceso diferente de aquél en el que se pretende su valoración sólo pueden ser tenidos en cuenta por el juzgador cuando son trasladados en copia auténtica, y siempre que hayan sido practicados con audiencia de la parte contra la cual se aducen, o cuando, sin cumplimiento de este último requisito, son ratificados en el nuevo proceso, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 229 del C. de P. C. Si no se dan estas condiciones, las pruebas aludidas no podrán apreciarse válidamente...

“En cuanto a los documentos, públicos o privados autenticados, podrán ser valorados en el proceso contencioso administrativo al cual son trasladados, siempre que se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil. En efecto, una vez allegado el documento, deberá expedirse un auto que ordene tenerlo como prueba; la parte contra la cual se aduce podrá tacharlo de falso dentro de los cinco días siguientes a su notificación...

(...)

“Debe anotarse, adicionalmente, que en los eventos en que el traslado de los testimonios rendidos dentro de otro proceso es solicitado por ambas partes, la Sala ha considerado que dichas pruebas pueden ser tenidas en cuenta en el proceso contencioso administrativo, aun cuando hayan sido practicadas sin su citación o intervención en el proceso original y no hayan sido ratificados 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 y, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su admisión”².

La Sala al revisar los documentos que obran en el expediente, observa que pueden ser valorados en esta oportunidad, porque tales medios de prueba han permanecido a disposición de las partes durante el curso del proceso y ninguna de ellas a controvertido la autenticidad de los mismos, razones por las cuales tales pruebas serán apreciadas en el *sub lite* con el valor legal que les corresponde³.

² Ver sentencias proferidas por la Sección Tercera el 18 de septiembre de 1997, expediente: 9666, M.P: Alier Hernández Enríquez y sentencia del 8 de febrero de 2001, expediente 13.254, M.P: Alier Hernández Enríquez.

³ Sentencia del 26 de marzo de 2008, expediente: 34.038. M.P: Myriam Guerrero de Escobar.

No ocurre lo mismo con la prueba testimonial practicada en los procesos disciplinarios anteriormente mencionados, puesto que respecto de ella no se cumplieron los requisitos de traslado, la misma no fue aportada al proceso por solicitud de la demandada, razones por las cuales dicho material no podrá ser imputado en su contra en aras de proteger el derecho de defensa de la Administración y de impedir la violación a su derecho de contradicción de la prueba.

3. La responsabilidad por daños a miembros de la fuerza pública

En materia de responsabilidad por daños a miembros de la fuerza pública la premisa de la evolución jurisprudencial es la siguiente: se trata de encuadrar los daños sufridos por quienes prestan el servicio militar obligatorio en las modalidades de soldados regulares o conscriptos, o de quienes voluntariamente ingresan en cualquiera de las carreras militar o policial⁴. Por lo tanto, es determinante la condición que ostenta el soldado al momento de producirse el daño, lo que exige aproximarse a su delimitación en el precedente jurisprudencial constitucional.

3.1. Aproximación a la obligación de prestar el servicio militar

De acuerdo con el precedente jurisprudencial constitucional la obligación de prestar el servicio militar tiene el siguiente alcance,

“La obligación de prestar el servicio militar es desarrollo del postulado según el cual los intereses colectivos prevalecen sobre los individuales y si, además, el Estado al exigirlo no puede desconocer la igualdad de las personas ante la ley, cuyos dictados deben ser objetivos e imparciales, es evidente que la objeción de conciencia para que pueda invocarse, requiere de su expresa institucionalización dentro del respectivo ordenamiento jurídico. El servicio militar en sí mismo, es decir como actividad genéricamente considerada, carece de connotaciones que puedan afectar el ámbito de la conciencia individual, por cuanto aquel puede prestarse en diversas funciones de las requeridas para la permanencia y continuidad de las Fuerzas Militares”⁵

⁴ De acuerdo con el artículo 13 de la ley 48 de 1993, el servicio militar obligatorio se puede prestar en la siguiente forma: como soldado regular; soldado bachiller; auxiliar de policía bachiller; soldado campesino; auxiliar del INPEC.

⁵ Corte Constitucional, sentencia T- 409 de 1992.

En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional define que la

“... propia Carta Política impone a los colombianos obligaciones genéricas y específicas, en relación con la fuerza pública. En efecto, de manera general, dentro de las obligaciones de la persona y del ciudadano se encuentran las de "respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas (sic) para mantener la independencia y la integridad nacionales" o para "defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica";... y de "propender al logro y mantenimiento de la paz". Deberes estos genéricos cuya finalidad, resulta coincidente con los fines que son propios de las instituciones conformantes de la fuerza pública; de suerte que no están desprovistos los asociados del cumplimiento de obligaciones expresas que les son impuestas por el orden superior”⁶.

Desde la perspectiva normativa y jurisprudencial el precedente concreta el sistema legal con base en el cual se rige la relación con el servicio militar obligatorio en la siguiente forma,

“22. Conforme lo establece la Constitución Política la fuerza pública esta (sic) integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (Art. 216). En relación con las primeras, debe indicarse que la finalidad primordial es la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional y están integradas por el ejército, la armada y la fuerza aérea (Art. 217). Por su parte, la segunda es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil a cargo de la Nación, cuyo fin esencial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz (Art. 218).

Así mismo, el Ordenamiento Superior (Art. 216) dispone que todos los colombianos tienen la obligación de tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas, previsión normativa que debe ser armonizada con valores y principios constitucionales tales como la prevalencia del interés general como postulado estructurante (sic) de nuestro Estado Social de Derecho (Art. 1), deberes de los ciudadanos (Art. 95) de respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales, participar en la vida política, cívica y comunitaria del país y propender al logro y mantenimiento de la paz, lo cual indudablemente tiene por finalidad el fortalecimiento de la unidad de la Nación (preámbulo) y el mantenimiento de la integridad territorial para asegurar la convivencia pacífica (Art. 2).

23. En el plano legislativo, debe resaltarse que el marco normativo regulatorio del servicio militar obligatorio está determinado actualmente por las leyes 48 de 1993, 418 de 1997, 548 de 1999 y 642 de 2001. La primera normativa establece como imperativo que todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar desde el momento en el que cumpla la mayoría de edad, con excepción de los estudiantes de bachillerato quienes

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-511 de 1994. Puede verse también sentencia T-363 de 1995.

deberán definirla cuando obtengan el título de bachiller, obligación que únicamente cesará a los cincuenta (50) años de edad (Art. 10). Igualmente, prevé que la duración del servicio bajo banderas tendrá una duración de doce (12) a veinticuatro (24) meses, tiempos que dependen de la modalidad de servicio prestado, es decir, ya sea como soldado regular, soldado bachiller, auxiliar de policía bachiller o soldado campesino (Arts. 11, 13)”⁷.

Así mismo, en el precedente jurisprudencial constitucional se establece que el servicio militar se representa constitucionalmente como un deber cuyo alcance es,

“Un deber constitucional no puede entenderse como la negación de un derecho, pues sería tanto como suponer en el constituyente trampas a la libertad. Los correspondientes deberes constitucionales se orientan en el sentido de proteger los principios de legalidad, el apoyo de las autoridades, el reconocimiento del derecho ajeno y no abuso del propio, la solidaridad social, la convivencia pacífica, la protección de los recursos ecológicos y del ambiente o la financiación del gasto público, que no pueden entenderse como discriminatorios o limitantes de la libertad, sino que resultan materialmente propiciatorios de la misma, al promover las condiciones necesarias para obtener su eficacia real. Son frecuentes en el ordenamiento jurídico, las normas que buscan sancionar a quienes evadan un deber constitucional, y constituyen un instrumento que asegura el cumplimiento del deber; de donde se desprende que, de manera general, no se puede excusar el cumplimiento de un deber para asegurar un derecho”⁸.

De todo lo anterior, queda claro que la prestación del servicio militar en cualquiera de sus modalidades es una de aquellas obligaciones genéricas a las que debe responder todo ciudadano con el objetivo de preservar la democracia como ingrediente esencial del Estado y, a la que no puede negarse por tratarse de la forma en la que se ratifica el postulado básico del contrato social rousseauiano.

3.2. La obligación de prestar el servicio militar obligatorio no implica la renuncia a los derechos fundamentales y humanos.

Lo anterior, no quiere decir que por estar radicado en todo ciudadano ese “llamado patriótico”, constitutivo de un deber constitucional, éste sea ilimitado, o pueda suponer la negación, restricción o deformación de los derechos que también ese o cualquier individuo tiene la posibilidad de ejercer. Se trata simplemente, de establecer una exigencia que se corresponde con el principio de solidaridad y de preservación de la convivencia, ya que con la existencia del servicio militar se

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-699 de 2009. Puede verse también, sentencia T-218 de 2010.

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-511 de 1994.

permite garantizar el ejercicio y despliegue de los derechos reconocidos constitucionalmente.

Pero como todo ciudadano, aquel que presta el servicio militar en cualquiera de sus modalidades no queda excluido de las mínimas garantías reconocidas constitucionalmente y al respeto de los derechos humanos que no mutan por tratarse de personal militar, ya que no cabe establecer distinción, discriminación o aplicación diferente, como sucede al sostenerse el concepto de “acto de servicio”, que resulta en las circunstancias específicas de la toma de la Base Militar de Las Delicias orientando la decisión del juez contencioso administrativo hacia una suerte de aplicación inconstitucional del concepto de servicio militar obligatorio, que no respeta las garantías y derechos constitucionalmente reconocidos a toda persona, incluso al ciudadano-soldado.

Como se señaló en reciente precedente de la Sala, la protección de la vida “se predica también en relación con los miembros de los cuerpos armados”⁹. En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional sostiene,

*“En este orden de ideas, las autoridades militares deben poner todo el empeño y diligencia posible para proteger la vida de los soldados colombianos, y hacer todo lo que esté a su alcance para que su estadía de éstos en el Ejército Nacional sea lo más humana, dignificante y enriquecedora”*¹⁰.

Precisamente, la idea de procurar una estancia humana, dignificante y enriquecedora es la manifestación concreta según la cual los soldados que prestan el servicio militar obligatorio no renuncian a sus derechos fundamentales, ya que como se sostiene en el precedente jurisprudencial constitucional,

*“Si bien los derechos, y particularmente los considerados como fundamentales, no se pueden desconocer en su esencia bajo ninguna situación, no se vulneran cuando se regulan para su adecuado ejercicio, ni tampoco cuando se limitan por la ley o la misma Carta para viabilizar el cumplimiento de los deberes que la Constitución le impone a las personas en beneficio de la colectividad o al servicio del Estado”*¹¹.

Lo que lleva a considerar por el mismo precedente que la

⁹ Sentencia de 26 de mayo de 2010. Exp.19158.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-534 de 1992.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia SU-277 de 1993.

“... prestación del servicio militar, si bien es exigible a todos los nacionales, con las excepciones que la ley consagra, debe someterse a los postulados constitucionales y respetar los derechos fundamentales y las libertades básicas de los llamados a filas”¹².

Sin lugar a dudas, no puede significar el sacrificio absoluto de los derechos fundamentales y humanos de aquellos que prestan el servicio militar obligatorio¹³, especialmente de su derecho a la vida y a la integridad personal. En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional sostiene,

“El militar, por el mismo hecho de su responsabilidad, debe asumir las eventuales consecuencias, claramente riesgosas e impredecibles en muchos casos, que para su integridad, su libertad personal y aun su vida comporta la vinculación a filas. Pero, los deberes exigibles a las personas no pueden hacerse tan rigurosos que comprometan el núcleo esencial de sus derechos fundamentales, pudiendo ser éstos preservados. Si el riesgo para la vida o la integridad no resulta (sic) imperioso o necesario, considerada la situación concreta, no ha de propiciarse su exigencia. El deber de arriesgar la vida no es absoluto. En relación con los deberes, únicamente pueden ser exigibles en su integridad cuando el obligado a ellos está en capacidad efectiva de cumplirlos, pues, al igual que los derechos, también tienen sus límites. Deben existir diferentes niveles en los cuales se puede cumplir con la obligación constitucional de tomar las armas teniendo en cuenta el entrenamiento, disposición y aptitudes de quien va a defender la independencia, soberanía e integridad institucional”¹⁴.

De ahí, pues, que se sostiene que el Ejército puede estar incurso en la violación de los derechos fundamentales de los soldados cuando no cuentan con la preparación suficiente, lo que se expresó en el precedente jurisprudencial constitucional en la siguiente forma,

“El Ejército Nacional sí atenta contra el derecho fundamental a la vida de los soldados bachilleres, o al menos lo amenaza de manera ostensible, cuando

¹² Corte Constitucional, sentencia SU-200 de 1997.

¹³ Los derechos intrínsecamente concebidos son “ilimitados”, sin embargo “salvo que se acepte la concepción extrema de los derechos orientados a la voluntad, característica, por ejemplo, del darwinismo social radical a lo Spencer, los límites son posibles e incluso necesarios, aunque sólo como límites extrínsecos y al único objeto de prevenir la colisión destructiva de los propios derechos y de posibilitar su ejercicio a todos, tal como se expresa el artículo 4 de la Declaración de 1789. Desde esta perspectiva, los únicos límites a los derechos son también, y exclusivamente, los derechos (de los demás). La Ley –como ocurre en la filosofía política kantiana- no tiene atribuida otra competencia que la de establecer los confines entre los distintos grupos de derechos de cada sujeto jurídico”. ZAGREBLESKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 9ª ed. Madrid, Trotta, 2009, p.87.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-200 de 1997. Puede verse el siguiente precedente: “Los nacionales que presten el servicio militar continúan siendo titulares de los derechos reconocidos en la Carta Política, además de ser beneficiarios de ciertas prerrogativas y exenciones legalmente establecidas en virtud de su especial situación, así como sujetos de limitaciones razonables para el ejercicio de sus derechos y libertades con ocasión de las condiciones propias que impone el servicio militar, bajo lineamientos de obediencia según la línea de mando y de la disciplina propia de las entidades castrenses que enmarcan dicha actividad, siempre y cuando aquellas resulten proporcionales a los fines que las sustentan”. Corte Constitucional, sentencia T-376 de 1997.

envía soldados menores de edad a zonas donde se pueden estar presentando combates o cuando envía a los soldados mayores de edad, sin la preparación militar, técnica y psicológica suficiente, a zonas especialmente conocidas por la presencia de grupos guerrilleros. La transferencia de un soldado a las zonas de combate es algo más que un simple traslado, habida cuenta del mayor riesgo que representa, particularmente en áreas de permanente y nutrida confrontación entre las fuerzas regulares y los escuadrones subversivos. En condiciones de mayor edad y plena preparación y entrenamiento en el campo militar, tal transferencia no es extraña ni ilegítima y, por el contrario, resulta indispensable para que el Ejército cumpla su función, pero no debe darse cuando el soldado afectado por ella es menor o carece del más mínimo entrenamiento¹⁵ (subrayado fuera de texto).

Desde esta perspectiva, puede entenderse que los soldados que prestan el servicio militar obligatorio, como lo era Omar León Molina Castro, como ciudadano-soldado que se encuentra en el cumplimiento de un deber constitucional no renuncia a sus derechos fundamentales, lo que lleva a plantear una suerte de tensión entre dicho deber y los derechos a él constitucional e internacionalmente reconocidos (en aplicación del bloque de constitucionalidad, conforme al artículo 93 de la Carta Política). Doctrinalmente se ha dicho que aquel que cumple, ejerce o realiza una misión o deber público se beneficia de los derechos fundamentales pese a que subsistan limitaciones. No debe olvidarse, siguiendo el precedente jurisprudencial constitucional, que el

*“El derecho es la única alternativa de vida civilizada. Es el instrumento normativo con que cuenta el Estado para promover la integración social, satisfacer las necesidades colectivas, establecer pautas de comportamiento y decidir los conflictos suscitados; todo ello con miras a realizar los fines que le incumben como organización política y, por esa vía, hacer efectivos los principios constitucionales y los derechos fundamentales. De allí la interferencia que el derecho ejerce sobre el comportamiento humano y las relaciones sociales pues, sin desconocer la intangibilidad de aquellos espacios que sólo a la interioridad de cada quien incumben, se trata de orientar la institucionalidad y el entramado social precisamente a la realización de esos valores, principios y derechos. Desde luego, es una interferencia que está mediada por las profundas convicciones filosóficas, políticas y sociales imperantes en cada época y que hacen que el Estado asuma, en cada caso, una u otra estructura axiológica y tome un lugar en ese amplio espectro que conduce desde el autoritarismo hasta el liberalismo”*¹⁶.

En ese sentido, se sostiene,

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-200 de 1997.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-802 de 2002.

“En la segunda mitad de los años sesenta, la Comisión europea de derechos humanos¹⁷ ha adoptado una doctrina inspirada del derecho alemán, denominada <<limitaciones inherentes>>¹⁸. Según esta teoría, la relación especial de sujeción en la que se encuentran ciertas personas - los detenidos, los militares, los funcionarios, los estudiantes,...- justifica de plano la limitación, incluso la privación de ciertos derechos fundamentales garantizados por la Convención.

La doctrina de las limitaciones inherentes actúa así como una excepción tácita a la Convención, que sustraería la situación que concierne a su campo de aplicación. Como lo han mostrado algunas decisiones posteriores de la Comisión¹⁹

(...)

... la Corte europea de derechos del hombre ha rechazado explícitamente esta doctrina de las limitaciones inherentes, en relación con los detenidos²⁰ así como en relación con el trato a los militares²¹... La Corte ha proclamado el principio según el cual toda persona que se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado contratante debe beneficiarse, según los términos del artículo 1 de la Convención, de los derechos garantizados, poco importa la situación particular de sujeción en la que aquella se encuentre. Por tanto, las injerencias en el ejercicio de estos derechos deberán ser objeto de un control en consideración de los criterios de derecho común establecidos por las disposiciones de la Convención”.²²

3.3. Las garantías de los derechos de los ciudadanos-soldados en el marco del conflicto armado interno.

La Sala advierte que los hechos ocurridos en la Base Militar de Las Delicias, en el Departamento del Putumayo, son producto o resultado del conflicto armado interno²³ que el país viene sufriendo desde hace décadas, lo que hace exigible al Estado un deber positivo de protección no sólo respecto a los ciudadanos o población civil, sino también en relación con los propios miembros de la fuerza pública, y especialmente con aquellos que cumpliendo el deber constitucional de prestar el servicio militar obligatorio ostentan la calidad de ciudadanos-soldados.

¹⁷ Comisión Europea de Derechos Humanos, asunto 1860/63 X c. República Federal de Alemania, de 15 de diciembre de 1965; asunto 1760/63, X c. Austria, de 23 de mayo de 1966; asunto 2375/64, X c. República Federal de Alemania, de 7 de febrero de 1967; asunto 2676/65, X c. Austria, de 3 de abril de 1967; asunto 2795/66, X c. República Federal de Alemania, de 22 de mayo de 1969 y asunto 4517/70, Huber c. Austria, del 19 de diciembre de 1970.

¹⁸ VAN DROOGHENBROECK, S. *La proportionalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme-Prendre l'idée simple au sérieux*. Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.53 a 56.

¹⁹ Comisión Europea de Derechos Humanos, asunto 16728/90, Karaduman c. Turquía, de 3 de mayo de 1993.

²⁰ Corte Europea de Derechos Humanos, asuntos De Wilde, Ooms y Versyp, de 18 de junio 1971; Golder contra Reino Unido, de 21 de febrero de 1975; Campbell y Fell c. Reino Unido, de 28 de junio de 1984.

²¹ Corte Europea de Derechos Humanos, asunto Grigoriades c. Grecia, de 25 de noviembre de 1997.

²² LOMBAERT, Bruno. “Les fonctionnaires renoncent-ils aux droits fondamentaux?”, en DUMONT, Hugues; OST, Francois; VAN DROOGHENBROECK, Sébastien (dir). *La responsabilité face cachée des droits de l'homme*. Bruxelles, Bruylant, 2005, pp.483 a 500.

²³ Reconocido así en el precedente jurisprudencial constitucional: sentencias C-802 de 2002; C-172 de 2004; C-291 de 2007; T-444 de 2008; T-496 de 2008; T-922^a de 2008.

Dicho deber positivo (u objetivo) de protección que está en cabeza del Estado se hace exigible imperativamente si se quiere corresponderse con el respeto de las reglas de derecho internacional humanitario, en especial con lo establecido en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, el cual reza:

“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios” (subrayado fuera de texto).

En ese sentido, la invocación del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 no tiene otro objeto que la afirmación del **principio de humanidad**, que es inherente al respeto de la dignidad. En el precedente jurisprudencial constitucional se indica,

“Según la Corte Internacional de Justicia, el artículo 3 común es uno de los principios generales fundamentales del derecho humanitario²⁴, y las reglas que lo componen reflejan lo que se denominó en la sentencia de 1949 sobre el Estrecho de Corfú como “consideraciones elementales de humanidad”²⁵. En la Opinión Consultiva de 1996 sobre las armas nucleares, la Corte Internacional de Justicia enfatizó que la naturaleza humanitaria de las reglas plasmadas en el Artículo 3 común subyace a la totalidad del derecho internacional humanitario y se aplica a todo tipo de conflictos y de armas: “El carácter intrínsecamente humanitario de los principios legales en cuestión (...) permea la totalidad del derecho del conflicto armado, y se aplica a todas las formas de guerra y a todo tipo de armas, las del pasado, las del presente y las del futuro”²⁶. El carácter imperativo del principio humanitario subyacente al Artículo 3 Común y a los instrumentos universales y regionales de derechos humanos ha sido resaltado también

²⁴ Corte Internacional de Justicia, caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, 1986.

²⁵ Traducción informal: “and they are rules which, in the Court's opinion, reflect what the Court in 1949 called ‘elementary considerations of humanity’”. Corte Internacional de Justicia, caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, 1986.

²⁶ Traducción informal: “[T]he intrinsically humanitarian character of the legal principles in question (...) permeates the entire law of armed conflict and applies to all forms of warfare and to all kinds of weapons, those of the past, those of the present and those of the future”. Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la Legalidad o el Uso de Armas Nucleares, 1996.

por el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, al indicar que “las disposiciones del Artículo 3 Común y de los instrumentos universales y regionales de derechos humanos comparten un núcleo común de estándares fundamentales que son aplicables en todo tiempo, en todas las circunstancias y a todas las partes, y de los cuales no se permite ninguna derogación”²⁷. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la obligación de cumplir con el artículo 3 común de los convenios de Ginebra es una obligación de carácter absoluto, que no está sujeta a reciprocidad²⁸. El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia también ha señalado que la obligación esencial impuesta a las partes de un conflicto armado internacional o interno por el Artículo 3 Común—cuyo carácter consuetudinario es indudable— es la de cumplir ciertos estándares humanitarios fundamentales, mediante “la aplicación de las reglas de humanidad reconocidas como esenciales por las naciones civilizadas”²⁹ y el establecimiento de un nivel mínimo de protección para las personas que no toman parte activa en las hostilidades³⁰; todo lo cual contribuye a que el Artículo 3 común sea en sí mismo una fuente autónoma y consuetudinaria de responsabilidad penal individual³¹.

Según ha explicado el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, el propósito mismo del Artículo 3 común es el de reivindicar y proteger la dignidad humana inherente al individuo; por ello, el listado de posibles contravenciones de ese principio de dignidad es una mera enunciación, no taxativa, de formas particularmente graves de maltrato que son fundamentalmente incompatibles con el principio subyacente de trato humano³². Según han precisado tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, las garantías mínimas establecidas en el artículo 3 común se aplican, en el contexto de los conflictos armados internos, a quienes no toman parte directa o activa en las hostilidades, incluida la población civil y las personas puestas fuera de combate por rendición, captura u otras causas³³.

²⁷ Traducción informal: “the provisions of Common Article 3 and the universal and regional human rights instruments share a common “core” of fundamental standards which are applicable at all times, in all circumstances and to all parties, and from which no derogation is permitted.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Sefer Halilovic**, sentencia del 16 de noviembre de 2005.

²⁸ “la obligación de dar cumplimiento al artículo 3 común es absoluta para ambas partes e independiente de la obligación de la otra parte.” Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997.

²⁹ Traducción informal: “Common Article 3 requires the warring parties to abide by certain fundamental humanitarian standards by ensuring ‘the application of the rules of humanity which are recognized as essential by civilized nations.’” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Sefer Halilovic**, sentencia del 16 de noviembre de 2005.

³⁰ Traducción informal: “Common Article 3 of the Geneva Conventions (...) sets out a minimum level of protection for persons taking no active part in the hostilities”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Momcilo Krajsnik**, sentencia del 27 de septiembre de 2006.

³¹ Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005.

³² El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia explicó en este sentido en el caso *Aleksovski*: “Una lectura del párrafo (1) del artículo 3 común revela que su propósito es el de reivindicar y proteger la dignidad humana inherente al individuo. Prescribe trato humano sin discriminación basada en raza, color, religión o credo, sexo, nacimiento, o riqueza, u otros criterios similares. En lugar de definir el tratamiento humano allí garantizado, los Estados partes eligieron proscribir formas particularmente odiosas de maltrato que son, sin duda, incompatibles con el trato humano.” [Traducción informal: “A reading of paragraph (1) of common Article 3 reveals that its purpose is to uphold and protect the inherent human dignity of the individual. It prescribes humane treatment without discrimination based on ‘race, colour, religion or faith, sex, birth, or wealth, or any other similar criteria’. Instead of defining the humane treatment which is guaranteed, the States parties chose to proscribe particularly odious forms of mistreatment that are without question incompatible with humane treatment.”]

³³ En términos de la Comisión: “El objetivo básico del artículo 3 común es disponer de ciertas normas legales mínimas que se puedan aplicar en el curso de hostilidades para proteger a las personas que no tomaron, o que ya no toman parte directa o activa en las hostilidades. Las personas que tienen derecho a la protección que legalmente les confiere el artículo 3 común, incluyen a los miembros del gobierno y de las fuerzas disidentes que

Como se mencionó en apartados anteriores, el carácter consuetudinario de las normas básicas de las Convenciones de Ginebra de 1949, concretamente los artículos comunes 1 y 3, ha sido confirmado por distintos tribunales internacionales; entre otras, por la Corte Internacional de Justicia en el caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, en el cual las clasificó como “los principios generales fundamentales del derecho humanitario”³⁴.

Sin duda, el deber positivo que el Estado tiene para con los soldados que prestan el servicio militar obligatorio se extrema en condiciones específicas de conflicto armado interno y, específicamente, cuando ocurren hechos como los sucedidos en la Base Militar de las Delicias, en los que se producen flagrantes violaciones al derecho a la vida y a la integridad personal. Se trata, sin duda alguna, de exigir no sólo el respeto de los derechos consagrados constitucionalmente (reconocido como quedó que el ciudadano-soldado no renuncia a estos), sino que también deben acatarse las reglas del derecho internacional humanitario (como la señalada) como forma de hacer efectivos tales derechos, y como corolario del respeto a las reglas del derecho internacional humanitario, se trata pues de un

“... imperativo para la efectiva protección de los derechos y garantías consagrados en la Carta, a la vez que constituye un presupuesto para la realización de la dignidad de los individuos que son afectados por el conflicto armado. Estos elementos cobran especial relevancia en la situación actual del país, que exige un reforzamiento de los procedimientos que estén dirigidos a la salvaguarda de la población civil. El carácter prevalente del derecho internacional humanitario impide que pueda ser desconocido a través de las medidas de estado de excepción. Es evidente que al pertenecer el derecho de los conflictos armados al ámbito del derecho internacional general, su preceptiva adquiere la misma función que los derechos intangibles a los que se hizo referencia al analizar los artículos 4 del Pacto Internacional y 27 de la Convención Americana, lo que a su vez es reforzado por la obligación de cumplir con los compromisos que el Estado colombiano ha suscrito en virtud de la ratificación y aprobación de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales”.

Es precisamente la salvaguardia del derecho a la vida y a la integridad personal un mandato positivo (objetivo) del Estado, que tiene su sustento no sólo en nuestra

se rinden, son capturados o están fuera de combate (*hors de combat*). De igual modo, los civiles están protegidos por las garantías del artículo 3 común, cuando son capturados o de alguna otra manera quedan sujetos a la autoridad de un adversario, incluso aunque hayan militado en las filas de la parte opositora”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997. En igual sentido, ver el caso Limaj del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia: “dado que el Artículo 3 Común protege a las personas que no toman parte activa en las hostilidades, las víctimas de la violación alegada no deben haber estado tomando parte activa en las hostilidades al momento de la comisión del crimen” [Traducción informal: “as Common Article 3 protects persons taking no active part in the hostilities, the victims of the alleged violation must have taken no active part in the hostilities at the time the crime was committed”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005.]

³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007.

Carta Política, sino que encuentra fundamento (invocando la cláusula del bloque de constitucionalidad del artículo 93 de la Constitución) en el derecho internacional humanitario, donde la premisa indica que “el derecho a no ser arbitrariamente privado de la vida se aplica también durante las hostilidades”³⁵, lo que comprende las situaciones de conflicto armado interno como en el que se encuentra el país.

Precisamente, la situación de conflicto armado interno en la que se encuentra el país desde hace décadas, exige del Estado corresponderse con mayor rigor con su deber positivo de protección de los derechos de todos los ciudadanos, en especial de aquellos que participan en el mismo, ya que no sólo se debe responder a las garantías constitucionales y supraconstitucionales, sino corresponderse con el necesario reconocimiento del valor intrínseco del ser humano, sin importar su condición o posición, ya que en el fondo se procura la tutela efectiva de su dignidad, y no se puede simplemente asumir la pérdida de vidas humanas o las lesiones de los miembros de las fuerzas armadas, en especial de aquellos que prestan el servicio militar obligatorio, como un riesgo asumible por parte de nuestra sociedad para tratar de solucionar la problemática violenta de los grupos armados insurgentes. En cuanto a esto, el fiscal británico en los juicios de Nuremberg señaló,

*“La muerte de los combatientes es justificable (...) únicamente cuando la propia guerra es legal. Pero cuando la guerra es ilegal (...), no hay nada que justifique las muertes y esos asesinatos no pueden distinguirse de aquellos que cometen el resto de las bandas de salteadores al margen de la ley”*³⁶.

A lo que cabe agregar,

“Por lo que respecta a la dirección de las hostilidades, no debe considerarse permitido causar <<ningún perjuicio que no tienda materialmente al fin (de la victoria), ni ningún perjuicio cuyo carácter de medio conducente al fin sea leve en comparación con la entidad del perjuicio>>³⁷. Lo que aquí se prohíbe es el daño excesivo. Hay dos criterios propuestos para determinar el exceso. El primero es el de la victoria misma o el de lo habitualmente recibe el nombre de necesidad militar. El segundo depende de cierta noción de proporcionalidad: hemos de valorar <<el perjuicio causado>>, lo que, presumiblemente, no sólo se refiere al daño inmediatamente producido a

³⁵ Corte Internacional de Justicia. Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, 1996.

³⁶ Citado en TUCKER, Robert W. *The Law of War and Neutrality at Sea*. Washington, 1957, p.6.

³⁷ *Elements of Politics*, op. cit., pág.254; para un informe de la época desde un punto de vista aproximadamente parecido, véase R. B. Brandt, <<Utilitarianism and the Rules of War>> en *Philosophy and Public Affairs*, vol.1, 1972, págs..145-165.

los individuos, sino también a cualquier ofensa infligida a los intereses permanentes de la humanidad, y valorarlo por contraposición que aporta el perjuicio respecto al fin de la victoria.

Así expuesto, no obstante, el argumento estipula que los intereses de los individuos y los de la humanidad tienen menor valor que la victoria que se está buscando. Es probable que cualquier acto de fuerza que contribuya de modo significativo al objetivo de ganar la guerra sea considerado permisible; también es probable que cualquier mando militar que exponga aquello a lo que <<conduce>> el ataque que está planeando encuentre apoyo para realizarlo. Una vez más, la proporcionalidad se revela como un criterio difícil de aplicar, ya que no existe ninguna forma rápida de establecer un punto de vista independiente o estable respecto a los valores que deban actuar como contraste para medir la destrucción la guerra. Nuestros juicios morales (si Sidgwick tiene razón) descansan sobre consideraciones puramente militares y rara vez podrán sostenerse frente a un análisis de las condiciones imperantes en la batalla o de las estrategias de campaña que pueda realizar un profesional cualificado.

(...)

Aparentemente, Sidgwick creía que, tan pronto como aceptamos no emitir ningún juicio sobre la utilidad relativa de los diferentes resultados, esta conclusión resulta inevitable porque en ese caso debemos conceder que los soldados están autorizados a intentar ganar las guerras en las que tienen derecho a combatir.

(...)

Si se pusiera efectivamente en práctica, eliminaría buena parte de la crueldad de la guerra, ya que, respecto a la muerte de muchas de las personas que sucumben en el transcurso de una guerra, ya sean civiles o militares, debe decirse que no es una muerte que se haya producido porque <<tienda materialmente al fin (de la victoria)>> y que la contribución que dichas muertes representan respecto a ese fin es en realidad <<leve>>. Esas muertes no son más que la consecuencia inevitable de poner armas mortales en manos de soldados carentes de disciplina, el resultado de confiar hombres armados al criterio de generales fanáticos o estúpidos. Toda historia militar es un relato de violencia y destrucción desprovisto de cualquier relación con las exigencias del combate: por un lado, masacres y, por otro, batallas ruinosas y mal planeadas que sólo son un poco mejores que las masacres³⁸ (subrayado fuera de texto).

Desde nuestra propia realidad, el precedente jurisprudencial constitucional señala,

“Esta reflexión es aquí de especial importancia en cuanto la realidad colombiana ha estado ligada a una reiterada y grave alteración del orden público. A nadie escapan las incidencias del conflicto armado que aqueja al país desde hace décadas. Ese conflicto ha implicado un alto costo humano, social, económico y político; ha condicionado la convivencia de los colombianos en ya varias generaciones; ha implicado retos institucionales; para atenderlo se han formulado y reformulado las agendas públicas; se ha diseñado y rediseñado buena parte de la normatividad legal; etc.

(...)

De este modo, en manera alguna se trata de hechos sobrevinientes pues todas ellas son situaciones que de tiempo atrás afectan a la sociedad colombiana. No obstante, no puede perderse de vista que a pesar de

³⁸ WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*. Barcelona, Paidós, 2001, pp.181 y 182.

*tratarse de hechos arraigados en la historia del conflicto armado que afronta el país, las dimensiones que esos comportamientos adquirieron últimamente, fundamentalmente tras la ruptura del proceso de paz, les dan unas implicaciones completamente diferentes. Es cierto, todas esas modalidades delictivas tienen un profundo contenido de lesividad y plantean un palmario desconocimiento de los valores mínimos que posibilitan la pacífica convivencia. Pero, no obstante ese contenido de antijuridicidad, esas conductas pueden redefinirse por sus autores a partir de una nueva dimensión que los lleva a alentarse de unos nuevos propósitos, a modificar sustancialmente las circunstancias de su comisión y, en consecuencia, a generar unas implicaciones que en el anterior marco eran inconcebibles*³⁹.

Siendo esto es así, no cabe duda que al ciudadano-soldado le es aplicable la exigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos según la cual también puede generarse responsabilidad internacional del Estado por atribución a éste de actos violatorios de derechos humanos cometidos por terceros o particulares, en el marco de las obligaciones del Estado de garantizar el respeto de esos derechos entre individuos⁴⁰. En este sentido, la Corte Interamericana ha considerado que:

*“Dicha responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. [Las obligaciones erga omnes de respetar y hacer respetar las normas de protección, a cargo de los Estados Partes en la Convención,] proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones erga omnes contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención”*⁴¹.

Igualmente en su opinión consultiva sobre *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, la Corte señaló que “[...] se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-802 de 2002.

⁴⁰ No olvidemos lo señalado por Ferrajoli: “Pues el derecho es en todo caso un instrumento de paz, es decir, una técnica para la solución pacífica de las controversias y para la regulación y la limitación del uso de la fuerza. En la cultura jurídica moderna, éste se justifica como remedio al *bellum omnium*, gracias al cual se produce la superación del estado de naturaleza en el estado civil”. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. 2. Madrid, Trotta, 2011, p.486.

⁴¹ *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C No. 124, párrafo 211; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C No. 109, párrafo 183; *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C No. 103, párrafo 71; *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100, párrafo 111.

relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares”⁴².

Ahora bien, merece especial mención que el deber de prevención por parte del Estado, abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que su eventual vulneración sea efectivamente considerada y tratada como un hecho ilícito susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales⁴³, que actuando puedan producir violaciones a los derechos humanos, sin que el Estado se haya correspondido con su ineludible obligación positiva. Dicha obligación comprende el deber de atender el conflicto armado interno aplicando medidas de precaución (anticipación del riesgo) y de prevención, especialmente respecto al despliegue de su propia fuerza militar y de los miembros que la componen, con especial énfasis para el caso de aquellos que prestan el servicio militar obligatorio, de tal manera que los derechos humanos que le son inherentes sean efectiva, eficaz y adecuadamente protegidos.

No se trata, no obstante, de hacer radicar en el Estado una responsabilidad ilimitada frente a cualquier acto o hecho de los particulares (hecho de un tercero), pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo que es achacable directamente al Estado como garante principal. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos de otro particular, aquél no es

⁴² Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párrafo 140. También hizo lo propio al ordenar medidas provisionales para proteger a miembros de grupos o comunidades de actos y amenazas causados por agentes estatales y por terceros particulares.

⁴³ Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párrafo 166; *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párrafo 149; *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de septiembre de 2009, Serie C No. 202, párrafo 63; *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrafo 252.

automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía⁴⁴.

Los derechos a la vida y a la integridad personal revisten un carácter esencial en la Convención Americana de Derechos Humanos y conforme al artículo 27.2 forman parte del núcleo inderogable de derechos que no pueden ser suspendidos en casos de guerra, peligro público u otras amenazas. No basta que los Estados se abstengan de violar estos derechos, sino que deben adoptar medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre⁴⁵. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones necesarias para evitar la vulneración del derecho a la vida, lo que no se produjo con ocasión de la toma de la Base Militar de Las Delicias el 30 de agosto de 1996.

La observancia del artículo 4, en conjunción con el artículo 1.1 de la Convención Americana, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente, sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida, conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción⁴⁶ (incluidos los ciudadanos-soldados).

Las obligaciones asumidas por los Estados Miembros en relación con la protección del derecho a la vida en la implementación de la política pública sobre seguridad ciudadana, pueden incumplirse especialmente en dos tipos de situaciones: (1) cuando el Estado no adopta las medidas de protección eficaces frente a las acciones de particulares que pueden amenazar o vulnerar el derecho a la vida de las personas que habitan en su territorio; y (2) cuando sus fuerzas de seguridad utilizan la fuerza letal fuera de los parámetros internacionalmente

⁴⁴ *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrafo 280; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párrafo 123; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párrafo 155; y *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192, párrafo 78.

⁴⁵ *Caso Baldeón García Vs. Perú*. Sentencia de 6 de abril de 2006, Serie C No. 147, párrafo 81; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párrafo 154; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párrafo 111.

⁴⁶ *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párrafo 144; *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160, párrafo 237; y *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 155, párrafo 75.

reconocidos (en el caso de la toma de la Base Militar de Las Delicias, cabe encuadrar en el primer supuesto).

Para que tenga lugar el incumplimiento de la primera situación es caso necesario que las autoridades hubieran tenido conocimiento, o debían haber sabido, de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo identificado o de algunos individuos respecto de actos criminales de terceros, y que tales autoridades no tomaron las medidas dentro del alcance de sus poderes que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para evitarlo.

3.4. Régimen aplicable por la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de los daños sufridos por quienes prestan el servicio militar obligatorio.

Dentro de este marco, cabe examinar cómo el precedente de la Sala viene dando tratamiento a la responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por quienes prestan el servicio militar obligatorio, o por aquellos que lo prestan voluntaria o profesionalmente.

En cuanto al régimen aplicable por los daños sufridos por quienes prestan el servicio militar obligatorio, se ha venido encuadrando en un título de imputación objetivo, bien sea el daño especial, o el riesgo excepcional. La premisa de la que se parte es que se produce la ruptura del principio de igualdad en la asunción de las cargas públicas, teniendo en cuenta que el ingreso a la fuerza pública ocurre en razón del acatamiento del mandato constitucional previsto en el artículo 216 de la Carta Política.

Cuando se trata de personal que voluntaria o profesionalmente ingresa a los cuerpos o fuerzas de seguridad del Estado, el régimen aplicable varía y se encuadra en la falla del servicio debido a que la conducta haya sido negligente o indiferente, de tal manera que se deja al personal expuesto a una situación de indefensión. En este segundo supuesto, el precedente de la Sala emplea como premisa el concepto de “acto propio” o de “riesgo propio del servicio”⁴⁷ (que como se dijo, dadas las especiales circunstancias de la toma de la Base Militar de Las Delicias puede resultar inconstitucional por violación de los principios y derechos constitucionales, y por incumplir obligaciones derivadas del bloque ampliado de

⁴⁷ Sentencia de 4 de febrero de 2010. Exp.18371.

constitucionalidad –artículo 93 de la Carta Política- respecto a la protección de los derechos humanos), que ha llevado a plantear que los

“... derechos a la vida y a la integridad personal del militar profesional constituye un riesgo propio de la actividad que dichos servidores públicos ordinariamente despliegan, riesgo que se concreta, por vía de ejemplo, en eventos en los cuales infortunadamente tiene lugar el deceso o la ocurrencia de lesiones como consecuencia de combates, emboscadas, ataques de grupos subversivos, desarrollo de operaciones de inteligencia”⁴⁸.

De acuerdo con el mismo precedente, el común denominador del daño antijurídico reclamado como consecuencia de la muerte o de las lesiones de un miembro de las fuerzas armadas es el de la “exposición a un elevado nivel de riesgo para la integridad personal”. Esto indica, pues, que quien ingresa voluntaria o profesionalmente a las fuerzas armadas está advertido que debe afrontar situaciones de alta peligrosidad, entre las que cabe encuadrar el eventual enfrentamiento con la delincuencia⁴⁹. En ese sentido, el precedente de la Sala indica que las fuerzas militares y los cuerpos de seguridad del Estado se

“... encuentran expuestos en sus “actividades operativas, de inteligencia o, en general, de restauración y mantenimiento del orden público... conllevan la necesidad de afrontar situaciones de alta peligrosidad, entre ellas el eventual enfrentamiento con la delincuencia de la más diversa índole o la utilización de armas”⁵⁰.

Como consecuencia de lo anterior, se establece un régimen prestacional especial, que reconoce la circunstancia del particular riesgo a que se somete a todo aquel que ingresó voluntaria y profesionalmente⁵¹, a lo que se agrega que dicho régimen se encuentra ligado a la presencia de una vinculación o relación laboral para con la institución armada⁵². Esto llevará a que se active la denominada “indemnización a for-fait”⁵³, lo que no excluye la posibilidad que pueda deducirse la

⁴⁸ Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp.17127.

⁴⁹ Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp.17127.

⁵⁰ Cuando una persona ingresa libremente a las fuerzas militares y cuerpos de seguridad del Estado “está aceptando la posibilidad de que sobrevengan tales eventualidades y las asume como una característica propia de las funciones que se apresta cumplir”. Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp.17127.

⁵¹ Cuando se concreta un riesgo usual “surge el derecho al reconocimiento de las prestaciones y de los beneficios previstos en el régimen laboral especial... sin que en principio resulte posible deducir responsabilidad adicional la Estado por razón de la producción de los consecuentes daños, a menos que se demuestre que los mismos hubieren sido causados... por una falla del servicio o por la exposición de la víctima a un riesgo excepcional en comparación con aquel que debían enfrentar”. Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp.17127.

⁵² En recientes precedentes se dijo que los daños sufridos “por quienes ejercen funciones de alto riesgo” no compromete la responsabilidad del Estado, ya que se producen con ocasión de la relación laboral y se indemnizan a for fait. Sentencias de 21 de febrero de 2002. Exp.12799; 12 de febrero de 2004. Exp.14636; 14 de julio de 2005. Exp.15544; 26 de mayo de 2010. Exp.19158.

⁵³ Sentencias de 15 de febrero de 1996. Exp. 10033; 20 de febrero de 1997. Exp.11756.

responsabilidad y por tanto la obligación de reparar el daño causado⁵⁴, si se demuestra que el daño fue causado por falla del servicio o por exposición de la víctima a un riesgo excepcional⁵⁵. En reciente precedente de la Sala se reiteró que debe haberse sometido a los miembros de la fuerza pública “a asumir riesgos superiores a los que normalmente deben afrontar como consecuencia de las acciones u omisiones imputables al Estado”⁵⁶. Precisamente, y siguiendo el mismo precedente, 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”⁵⁷.

Por el contrario, cuando se trata de personas que se encuentran prestando el servicio militar obligatorio se afirma que no quedan sometidos a los riesgos inherentes a la actividad militar voluntariamente, “sino que corresponde 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”⁵⁸.

Precisamente, la necesaria distinción que se ofrece entre quien presta el servicio militar obligatorio y no, ha llevado frente al primero a elaborar una premisa que construida como argumento en el precedente de la Sala,

“cuando una persona ingresa al servicio militar obligatorio en buenas condiciones de salud debe dejar el servicio en condiciones similares”⁵⁹.

A lo que se agrega, siguiendo el precedente, que se trata de daños

“... cuya causa esté vinculada con la prestación del servicio y libertades inherentes a la condición de militar”⁶⁰.

Por lo tanto, no

⁵⁴ Sentencias de 1 de marzo de 2006. Exp.14002; de 30 de agosto de 2007. Exp.15724; de 25 de febrero de 2009. Exp.15793.

⁵⁵ Sentencias de 15 de noviembre de 1995. Exp.10286; 12 de diciembre de 1996. Exp.10437; 3 de abril de 1997. Exp.11187; 3 de mayo de 2001. Exp.12338; 8 de marzo de 2007. Exp.15459; de 17 de marzo de 2010. Exp.17656.

⁵⁶ Sentencia de 26 de mayo de 2010. Exp.19158.

⁵⁷ Sentencia de 26 de mayo de 2010. Exp.19158.

⁵⁸ Sentencia de 26 de mayo de 2010. Exp.19158. El deber del Estado de proteger la vida de todas las personas tiene alcance limitado respecto a los miembros de las fuerzas militares y los cuerpos de seguridad, puesto que estos asumen voluntariamente “los riesgos propios de esas actividades”. Los “riesgos inherentes a la actividad militar no se realizan de manera voluntaria, sino que corresponde al cumplimiento de los deberes que la Constitución impone”. Sentencia de 3 de abril de 1997. Exp.11187.

⁵⁹ Sentencias de 3 de marzo de 1989. Exp. 5290; de 25 de octubre de 1991. Exp. 6465.

⁶⁰ Sentencia de 26 de mayo de 2010. Exp.19158.

“... puede ser igual el tratamiento que se dispense a quienes ejercen sus funciones profesionalmente, con alto grado de entrenamiento y compromiso, y a quienes, simplemente por estar obligados legalmente a ello, ingresan a las filas en las instituciones armadas; en consecuencia, las labores o misiones que a estos últimos se les encomienden, deben ser proporcionales a ese grado básico de instrucción, además de representar un mínimo riesgo para su vida e integridad personal, salvo que la situación específica de necesidad de defensa del Estado exija algo distinto”⁶¹.

En cierto precedente de la Sala se llega a considerar que podría haber falla del servicio cuando no se cumple con la obligación según la cual los

“... soldados reclutados en calidad de conscriptos deben recibir instrucción para realizar actividades de bienestar social en beneficio de la comunidad y tareas para la preservación del medio ambiente y la conservación ecológica, de suerte que a éstas actividades deben ser destinados los jóvenes que prestan el servicio militar obligatorio en cualquiera de sus modalidades”⁶².

Se trata de un supuesto en el que la administración pública además de incumplir con una obligación legal, expone a quien presta el servicio militar obligatorio al fuego adversario.

En este supuesto, tampoco cabe afirmar el hecho de un tercero como eximente de responsabilidad porque, siguiendo el precedente, carece de “virtualidad suficiente para enervar la relación etiológica entre el hecho imputable jurídicamente” y el daño causado. Se concluye, por lo tanto, que la administración pública debió haberlo evitado, “absteniéndose de exponer al soldado al fuego adversario”⁶³.

En cualquiera de los anteriores eventos, la Sala en su precedente ha sostenido que la invocación de la falla no impide estudiar la responsabilidad bajo el régimen objetivo del riesgo excepcional, aplicando por tanto la máxima o principio *iura novit curia*⁶⁴.

En reciente precedente de la Sala se dijo que cuando la administración pública impone el deber de prestar el servicio militar, se configura que esa persona que presta el servicio militar obligatorio “se encuentra sometida a su custodia y cuidado”, situándose en una posición de riesgo, “lo que en términos de

⁶¹ Sentencias de 14 de diciembre de 2004. Exp.14422; de 3 de mayo de 2007. Exp.16200.

⁶² Sentencia de 25 de febrero de 2009. Exp.15793.

⁶³ Sentencia de 25 de febrero de 2009. Exp.15793.

⁶⁴ Sentencias de 27 de noviembre de 2002. Exp.13090; 18 de mayo de 2004. Exp.14338; 15 de octubre de 2008. Exp.18586.

imputabilidad significa que debe responder por los daños que le sean irrogados relacionados con la ejecución de la carga pública”⁶⁵.

En ese mismo precedente, se dijo que el Estado se encontraría frente a la persona que presta el servicio militar obligatorio en una posición de garante, representada por la existencia de una relación de especial sujeción. Lo anterior indica, que en ciertos casos el Estado puede contribuir co-causalmente, pese a que haya intervenido el hecho de un tercero. Este argumento se depura, afirmándose que el Estado pone a quien presta el servicio militar obligatorio en una situación de riesgo, lo que lleva a concluir que la simple constatación de la existencia de una causa extraña, como la del hecho de un tercero, no es suficiente para que los daños no le sean atribuibles, centrándose la atención en que el resultado perjudicial tiene relación mediata con el servicio. En los anteriores términos, al Estado sólo le queda acreditar que le resultaba absolutamente imprevisible e irresistible asumir los riesgos a los que estuvo expuesto quien presta el servicio militar obligatorio⁶⁶.

4. Problema jurídico

De lo anterior se puede plantear como problema jurídico: ¿Cabe endilgar la responsabilidad patrimonial a las entidades demandadas por los daños causados como consecuencia de las lesiones del soldado, en atención a que el resultado perjudicial no estaba éste ni sus familiares obligados a soportar?

5. Los hechos probados dentro del proceso

Se encuentra probado dentro del plenario lo siguiente:

1. Copia de la historia clínica del señor Omar León Molina Castro remitido por el Hospital Central Militar (Fls. 174 a 200 C.1) de la cual se puede extractar lo siguiente:

DIAGNOSTICOS (Fl. 178 C.1)
Politrauma - HAF (esquirra) hematoma Intraparenquima
Toso frontal izquierdo
Meningitis bacteriana
Tx acústico oído derecho
Sept 1/96 CIRUGIAS

⁶⁵ Sentencia de 15 de octubre de 2008. Exp.18586.

⁶⁶ Sentencia de 15 de octubre de 2008. Exp.18586.

*Esquirolectomía Drenaje hematoma intrapenquima
Toso frontal izquierdo
Fecha y hora de salida:
Sept 27/96 10 am
Estancia 27 días*

RESUMEN DE LA HISTORIA CLINICA

Pcte de 19 años que ingresa 24 H posterior a HAF (esquirla) frontal estuporoso movilizand 4 extremidades (sic) obedeciendo ocasionales ordenes (sic) sencillas, se realiza TA (sic) cerebral que muestra FX deprimida frontal izquierda con gran hematoma IP frontal izquierdo, se lleva a cirugía esquierlectomía y drenaje del hematoma evolucionando adecuadamente, protegido con PNC cloranfeninico, pero presenta rigidez nuczal y fiebre asociado a confusión, apatía, se realiza PL previo Tac control cerebral que muestra drenaje el hematoma se realiza PL previo del IV ventrículo, el LCR es compatible con Meningitis por lo que se agrega rocefín evolucionando adecuadamente, recibe rocefín por 21 días y se decide dar salida son déficit neurológico. (...) (Fl. 178 C.1)

"(...) Septiembre 1 de 1996. NOTA DE INGRESO A UNIDAD MEDICA. (...) edad: 19 AÑOS. Procedente de las Delicias (Putumayo).

Paciente que recibió herida por proyectil arma de fuego que le produjo herida frontal y hematoma con edema parilesional. TAC mostró hematoma intrapariquetatesofrontal izquierdo con fragmentos metálicos en su interior con edema parilesional. Este hematoma drena al sistema ventricular (ventrículo lateral izquierdo y ejerce efecto compresivo sobre los (ilegible) frontales (...)) (Fl. 181 posterior C.1)

2. Copia del acta de Junta Médica de Sanidad del Ejército Nacional No. 2424 del 21 de mayo de 1997 correspondiente al señor Molina Castro. En el escrito se determinó lo siguiente:

CONCLUSIONES

A. Diagnóstico positivo de las lesiones

1. HERIDA CON ARMA DE FUEGO ESQUIRLA FRONTAL CON HEMATOMA INTRAPARENQUIMATOSO MENINGITIS BACTERIANA QUEDANDO COMO SECUELA. A) CEFALEA CRONICA. b) SINDROME VERTIGINOSO c) HIPOCUSTA DERECHA DE 20 DECIBELES d) SINDROME CONVULSIVO.

B. Clasificación de las lesiones o afecciones y clasificación de capacidad sicofísico para el servicio.

LE DETERMINA UNA INCAPACIDAD RELATIVA Y PERMANENTE NO APTO

C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral.

LE PRODUCE UNA DISMINUCION DE LA CAPACIDAD LABORAL DEL OCHENTA Y UN PUNTO TREINTA Y DOS POR CIENTO (81.32%)
(Subrayado por la Sala)

D. Imputabilidad del servicio

LESION PRODUCIDA EN EL SERVICIO POR CAUSA Y RAZON DEL MISMO Y HERIDAS EN COMBATE COMO CONSECUENCIA DE LA ACCION DIRECTA DEL ENEMIGO EN TAREAS DE MANTENIMIENTO DEL ORDEN PUBLICO DE ACUERDO CON EL INFORME RELACIONADO ANTERIORMENTE (...)" (Fl. 259 C.1)

3. Oficio 14 de julio de 1999 dirigido por el Teniente Coronel Eduardo León Figueroa Cifuentes, Comandante del Batallón de Infantería No. 49 "J.B.S.O."

(...)

3. La orden que había recibido el Señor capitán MAZO GAMBOA ORLANDO era cumplir la orden de operaciones No. 020 del Comando del Batallón de Selva No. 49 "JUAN BAUTISTA SOLARTE OBANDO" para el 23 de Agosto de 1.996 donde aparece detalladamente la misión, la asignación de responsabilidades y las actividades que el Señor Capitán MAZO debió cumplir con todo el personal para evitar el fracaso operacional que sufrió la Institución. (...)

4. Con relación al material; el personal de la Base contaba con el armamento de dotación, uno por hombre, con munición correspondiente a la carga básica y carga de reserva para un total de 250 hombres, dos ametralladoras M-60 tipo Comando con su carga básica y de reserva, así como los accesorios, una ametralladora Estándar M-60 con carga básica y de reserva, dos morteros Soltand con 32 granadas para los mismos, 08 lanzagranadas MGL de 40 mm con 162 granadas para los mismos, 160 granadas de mano, 08 trampas de iluminación para alerta temprana, 16 bengalas Sudafricanas para señales y coordinaciones nocturnas, 05 anteojos de campaña, 01 pistola PIETRO BERETTA calibre 9 mm, siendo la totalidad de munición de reserva 21.000 cartuchos calibre 7,62 mm y 3.600 cartuchos eslabonados para las ametralladoras, de acuerdo al Informativo Administrativo No. 008 por pérdida y daño de material de Guerra según hechos ocurridos el día 30 de Agosto de 1.996 en la Base Militar de las Delicias, cuya copia reposa en esta Unidad Táctica.

5. Relacionado al material de comunicaciones el personal de la Base de Delicias contaba con 02 radios PRC-77, 03 antenas AT 271, 03 antenas AT 892, 01 radio TRC 340, 01 radio THOMPSON HF y demás accesorios necesarios para mantener el enlace con toda índole de Comandantes, desde el centro de Operaciones Conjuntas COC del Comando General de las Fuerzas Militares hasta el Centro de Operaciones Tácticas COT del Comando del Batallón de Selva No. 49 en la Tagua. Tradicionalmente en un documento que se llama Código de Identificación de Tropas, se dan las respectivas frecuencias de trabajo e indicativos de las estaciones superiores y adyacentes. De acuerdo a investigación administrativa No. 009 por pérdida de material de Comunicaciones según hechos ocurridos el 30 de Agosto de 1.996 en la Base Militar de Delicias, (...) (Fl. 205 C.1)

4. Copia de la orden de operación Fragmentaria No. 020 del 23 de agosto de 1996 y en ella dan cuenta del conocimiento de los frentes XIV y XV de las FARC que operan en la zona y que tenían como propósito el hostigamiento a las bases militares. La misión de la operación era la siguiente: (Fls. 206 a 209 C.1)

*“(...) El Batallón de Infantería de Selva No. 49 “J.B.S.O” a partir del día 26-AGOS-96 05:00. con 03 pelotones de la compañía “C”, Inicia operación de desplazamiento en el área general del Río Caquetá hasta la Inspección Las Delicias fin efectuar relevo Base Militar Delicias de la Compañía “A” Duranete (sic) su permanencia efectuará operaciones de registro y control de la (sic) área general Delicias. Puerto Boy, Mecaya, Sencella, Merendu; cierre y contestación. con (sic) el fin de neutralizar o contrarrestar acciones subversivas de Bandoleros que delinquen en la jurisdicción de la unidad Táctica. (Fl. 207 C.1) (Subrayado por la Sala)
(...)”*

**Se debe instruir a todo el personal sobre el tipo de operación que se va a efectuar se debe extremar al máximo las medidas de seguridad y de contrainteligencia para lograr el éxito durante la permanencia en el puesto de mando (Delicias).*

**Se deben realizar registros en los puntos críticos y descubiertas por la mañana y por la tarde fin evitar aproximaciones del enemigo.*

**Se debe de incrementar la inteligencia de combate (...)*

5. Copia del oficio del 18 de septiembre de 1996 emanada del Comandante del Batallón de Infantería No. 49 José Claudio Bastidas Javela en el que informó el número de muertos, heridos y sobrevivientes de la toma de la Base Militar en las que se encontraba el Soldado Molina Castro Omar León (Fl. 538 C. 1 investigación preliminar de las Fuerzas Militares)

6. Informe preliminar del ataque suscrito por el General Mayor Alfredo García R, del cual se resume lo más importante así: (Fls. 1 a 12 C.1 de anexos investigación preliminar de las Fuerzas Militares)

Dentro del ambiente operacional, se especificó que las cuadrillas que conformaban el bloque sur de las FARC habían decidido en los últimos dos meses de aquella época presionar a la población de la jurisdicción a fin de que se concentraran en la ciudad de Florencia y presionar al Gobierno Nacional para que suspendiera las fumigaciones en los cultivos de coca. (Fl. 4. C.1 de los anexos Investigación Preliminar de las Fuerzas Militares)

El 24 de agosto de 1996 se envió a la unidad fundamental en 2 remolcadores llegando a la unidad táctica el domingo 25 de agosto en las 5 horas de la tarde. El comandante recibió a la Unidad Fundamental, les informó el relevo que debían hacer con la Compañía "A" y de la presencia de NARCO FARC en la zona, dándoles a conocer de una posible toma de la base de acuerdo a los informes que había recibido de la Fuerza Naval Sur. Esa noche, se relevó la totalidad de los oficiales y el 20% de suboficiales. Desde el día en que llegaron a la Base Militar hasta el día de la toma, la unidad no desarrolló ninguna operación alrededor de la base, no hizo las descubiertas ordenadas en la madrugada y al anochecer no hizo ningún ensayo real del plan de defensa y contraataque, no desarrolló ninguna actividad de inteligencia y se dedicaron hacer actividades netamente administrativas como arreglo de la base, aseo, etc. (Fl. 5 C.1 de los anexos Investigación Preliminar de las Fuerzas Militares)

El 30 de agosto de 1996 el Subteniente Ayala Traslaviña Manuel con el personal del segundo y tercer pelotón de la Campaña "C", empezó a subir la remesa. A las 19:30 horas el personal estaba formado en la plaza de armas y quedaban pendientes de subir 8 bultos de arroz cuando estalló la primera granada de mortero en el kiosco de televisión, inmediatamente iniciaron el plan de reacción y contraataque. (Fl. 6 C.1 de los anexos Investigación Preliminar de las Fuerzas Militares)

A las 19:30 horas el señor Cabo Segundo Bernal Tolosa Juan Carlos radiooperador de la compañía C, informó al Teniente Montes Ospina que se encontraba como oficial del Batallón del selva No. 49, que en ese momento los estaban atacando. El Teniente le informó de inmediato al Teniente Coronel Bastidas, quien habló directamente con el Capitán Mazo sobre la situación. El Comandante del Batallón dio instrucciones para defenderse y protegerse del enemigo y según versiones de los sobrevivientes, se pudo establecer que algunos de los soldados se entregaron. (Fl. 6 C.1 de los anexos Investigación Preliminar de las Fuerzas Militares)

Se pudo establecer así mismo que hubo sobrevuelo de los aviones que efectuaron unas pasadas, lanzaron bengalas y ametrallaron los alrededores de la base. (Fl. 7 C.1 de los anexos Investigación Preliminar de las Fuerzas Militares)

Aproximadamente a las 14:00 horas del 31 de agosto de 1996 llegó al Puerto de las Delicias el elemento de combate fluvial utilizado por la Fuerza Naval del Sur para apoyar a las tropas que se encontraban en esa Base, pero las cuadrillas del Bloque Sur ya habían abandonado el lugar y únicamente encontraron los cadáveres de 28 soldados de la compañía "C" y 16 heridos, los cuales fueron evacuados inicialmente hacia el grupo aéreo del sur y luego al Hospital Militar de Bogotá. (Fl. 8 C.1 de los anexos Investigación Preliminar de las Fuerzas Militares)

El Coronel José Claudio Bastidas dispuso que el Capitán Zambrano Zambrano David Comandante de la Compañía "A", debía permanecer en el puesto de mando hasta que el Capitán Mazo Gamboa Orlando, Comandante de la Compañía "C" quedara perfectamente enterado de la situación enemiga. Teniendo en cuenta que el Capitán Mazo ya había sido Comandante de la Compañía "A" en el puesto de las Delicias durante los meses de febrero a abril, manifestó que conocía de su misión y que no era necesario que el Capitán Zambrano se quedara en la base. (Fl. 9 C.1 de los anexos Investigación Preliminar de las Fuerzas Militares)

Las fallas encontradas más relevantes fueron las siguientes:

- La noche anterior al desplazamiento de la Compañía "C" para ocupar el puesto en la Base de las Delicias, fue relevado el 100% de los oficiales y un 20% de suboficiales.
- No hubo empalme entre las compañías C y A.
- No hubo información de la plana mayor a los cuadros de la Compañía C sobre el enemigo, las últimas actividades y todos los aspectos relacionados con las operaciones, inteligencia etc.
- Durante los cuatro días que llevaba la compañía C en la Base, no se realizó control militar, ni patrullaje alrededor de la base, no hubo ensayo real del plan de defensa y contraataque.
- Alrededor de la base no había trampas de iluminación, ni campos minados o sistemas de alarmas.
- El armamento de dotación de la unidad fundamental presentó fallas en su operación.
- No hubo apoyo oportuno a pesar de que el combate fue prolongado en el tiempo.
- La operación de relevo de las tropas se efectuó en forma improvisada y sin supervisor por parte del Comando del Batallón de Selva No. 49.

- No se realizó patrullaje alguno para garantizar la seguridad de la Compañía y de sus hombres.
- El apoyo aéreo si bien fue oportuno, no fue eficaz por la limitación de las comunicaciones (Fl. 10 C. 1 de los anexos investigación preliminar de las Fuerzas Militares)

7. Caso táctico NR. 001 de 1996 (Folios 717 a 748 C. 2 de anexos de investigación preliminar disciplinario de las Fuerzas Militares)

En cuanto a las órdenes impartidas, se tiene que el comandante del Batallón de Infantería No. 49 informó haber impartido la orden al Comandante de la Compañía para que en forma permanente la base empleara sus unidades así:

Un pelotón en la base

Un pelotón en operaciones - patrullaje

Un pelotón ocupando punto críticos como seguridad de la base

Esta orden no se cumplió (Fl. 726 C. 2 de anexos investigación preliminar de las Fuerzas Militares)

El comandante del Batallón informó haber impartido la orden al comandante de la Compañía "A" (unidad saliente) para que permaneciera en la base para un mejor empalme con el comandante entrante. Esta orden no se cumplió. (Fl. 726 C. 2 de anexos investigación preliminar de las Fuerzas Militares)

Se hace un recuento de las actividades realizadas por la compañía C desde el momento en que llegó a la Base Militar de las Delicias hasta el día de los hechos, en los que se puede destacar que el 27 de agosto de 1996 entre las 1500 y 1800 horas se efectuó un ensayo del plan de reacción y contraataque que se limitó a una reunión del comandante de la compañía con sus comandantes de pelotón y cuadros, y éstos a su vez, le indicaron a los soldados el sitio donde se debían ubicar en caso de un ataque, pero sin establecer campos de tiro, ubicación de las armas de acompañamiento y de apoyo, tarjetas de tiro y vías de aproximación del enemigo. (Fl. 728 C. 2 de anexos investigación preliminar disciplinaria de las Fuerzas Militares)

Para el día de los hechos, a las 1730 horas llegó el motor que transportaba las remesas y se le ordenó al Subteniente Ayala Traslaviña Manuel que con un

personal de soldados iniciara a subir la remesa del puerto a la base (150 metros aproximadamente). Este personal al momento del ataque, permaneció por fuera de la base, ya que cuando trataban de ingresar, eran rechazados por la misma tropa.

A las 1900 horas el personal estaba en los kioscos viendo el noticiero. (Fl. 729 C.2 de anexos investigación preliminar disciplinaria de las fuerzas militares)

Respecto a los hechos ocurridos entre las 1930 a 2200 horas del 30 de agosto de 1996, el Comandante Fundamental se comunicó con el comando del batallón y le informó sobre el ataque. Se recibieron instrucciones por parte del Comandante del Batallón quien expresó cómo orientar al personal y la búsqueda de protección. A las 2010 horas el Comandante del Batallón le informó al Centro de Operaciones del Ejército la situación que se presentaba y solicitó ametrallamiento aéreo, enviando radiograma con las coordenadas del sitio.

A las 2005 horas, el Comandante del Batallón se comunicó con el Comandante de la Fuerza Naval del Sur, solicitándole apoyo de elementos de Combate Fluvial y de las dos cañoneras de la flotilla que se encontraba en la Tagua, con el fin de enviarlas a primera hora del día siguiente. El comandante le informó que le prestaba toda la colaboración pero que se demoraba un poco porque tenía que trasladar un elemento de combate fluvial por tierra desde Puerto Leguizamo hasta la Tagua para ubicarlo sobre el río Caquetá.

A las 2145 por versiones de los sobrevivientes y heridos el ataque principal se produjo por el sector suroccidental y suroriental de la base quedando totalmente desprotegido.

A las 2330 horas se envió al sitio de los hechos dos aviones OV-10. A las 0040 horas los aviones sobrevolaron pero no obtuvo comunicación con la base. A las 0130 horas los aviones solicitaron a GASUR regresar a la base en APIAY, ya que no les quedaba combustible y tenían poca munición. (Fls. 733 y 734 C. 2 de anexos proceso disciplinario de las Fuerzas Militares)

Respecto al análisis de la operación:

“(…)

- a) *La infraestructura organizacional, la escasez de medios, las distancias y condiciones geográficas del CUS, como organización militar, en las*

actuales circunstancias de guerra, no le permiten ejercer el mando en la forma que se requiere.

- b) No hubo inteligencia sobre el enemigo en ninguno de los niveles del mando comprometidos en el hecho.*
- c) El dispositivo de las unidades en el área no permitía el apoyo y/o reacción.*
- d) La ubicación y la misión de la base, no justificaba su permanencia, como tampoco sus resultados operacionales.*
- e) No hubo en el suministro de los apoyos, teniendo en cuenta la magnitud de los hostigamientos y ataques, una determinación de la prioridad de los hechos.*
- f) No existía disponibilidad a nivel Unidad Operativa Mayor (CUS), de una reserva para empleo inmediato.*
- g) El CUS como Unidad Operativa Mayor, no dispone de una infraestructura de Inteligencia ni de apoyo aerotáctico para su empleo operacional.*
- h) La forma improvisada y apresurada en que se efectuó el relevo hizo que se presentaran una serie de errores tácticos que contribuyeron a la acción del enemigo.*
- i) El relevo de la totalidad de los oficiales y algunos sub oficiales 12 horas antes de salir a cumplir la misión no permitió que hubiese el suficiente conocimiento, confianza y coordinación que se requiere.*
- j) Se incumplió por parte de los Comandantes de las compañía A y C, la orden del Comando del Batallón de ubicar la Compañía C, en un dispositivo que garantizara seguridad, destacando un pelotón en patrullajes de registro y control, un pelotón ocupando puntos críticos y un pelotón de seguridad de la base. Así mismo, se incumplió la orden sobre la permanencia en la base de los dos Capitanes Comandantes de Unidad Fundamental.*
- k) La construcción de las trincheras no cumplía con las necesarias especificaciones técnicas y tácticas (14 muertos por tiros en la cabeza). Los fusileros necesitaban ponerse de pie para disparar y en ese momento facilitaban o permitían el fuego enemigo.*
- l) No hubo un empalme operacional ni administrativo como tampoco el intercambio en todos los aspectos necesarios en una operación de relevo.*
- m) No se encontró (ni en la base ni el batallón) y por lo tanto no se pudo constatar la existencia del censo del caserío de LAS DELICIAS, y sus áreas circunvecinas.*
- n) El plan de reacción y contraataque no funcionó. No hubo una integración de los fuegos entre los pelotones y las armas de apoyo y acompañamiento. No había alternativas o cursos de acción según las situaciones que se pudieran presentar. El ensayo que se hizo obedeció a una concepción de defensa y a la ubicación individual de los soldados.*
- ñ) Lo que se pudo aclarar con el personal era que en la base se vivía una situación totalmente administrativa. Las actividades eran controladas por un "Oficial de vivac". Las instalaciones daban la sensación de una organización completamente administrativa menos la de una situación de combate.*
- o) Durante los cuatro días previos al ataque no se realizó ninguna actividad de tipo operacional, tales como:*

Censo de moradores

Patrullajes perimétricos

Reconocimiento y ubicación de puntos críticos

Instalación de puestos avanzados de combate

Instalación de alarmas y alerta temprana

Instalación de trampas y ardides

Descubiertas

p) *Se presentaron fallas en el armamento (Fusiles G3) a pesar de que algunos de ellos habían sido cambiados. La situación de lluvia y pantano en las trincheras facilitó esta anomalía (...)* (Fls. 739 a 740 C. 2 de anexos del proceso preliminar disciplinario de las Fuerzas Militares)

8. Informe evaluativo Comisión "A" a las Delicias, Putumayo y otros lugares donde se encuentran los componentes del Comando Unificado del Sur efectuado por la Procuraduría General de la Nación (Fls. 196 a 206 C. 1 de anexos proceso de investigación disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación)

"(...) 1) Teniendo en cuenta el material probatorio recogido claramente se establece lo siguiente:

El día de la toma guerrillera a la Base Militar de "LAS DELICIAS" no se habían tomado efectivamente las medidas de seguridad ordenada por los comandos Superiores Inmediatos, por parte del Comandante de la Base Militar de LAS DELICIAS PUTUMAYO, así está demostrado mediante radiogramas y Visitas hechas anteriormente (...)

(...)

3) No existe en toda el área del sur perteneciente al COMANDO UNIFICADO medios de REACCION INMEDIATA para combatir al enemigo trátase de extranjeros o subversivos (guerrilla y narcoguerrilla) que operan en la región, no hay Aviones ni helicópteros con autonomía de vuelo aptos para apoyar a las Bases ni a las mismas Unidades Militares en acción o Reacción de Combate.

(...)

4) El área en donde fue construida la Base Militar "LAS DELICIAS" sobre el Río Caquetá, se hizo para una Compañía y el sector es muy pequeño, sobre una loma del costado occidental del Río tiene escasamente dos (2) fanegadas por los corredores o zanjas de arrastre (cunetas de defensa o trincheras) por lo cual cuando se presentaron los acontecimientos del 30 y 31 de agosto de 1996, el personal militar en número superior a los cien (100) hombres se encontraban aglutinados y fueron presa fácil del ataque subversivo con armas pesadas los lugares de los cambuches frágiles, sitios de alojamiento en huecos, facilitaron la acción delictiva, sumado a lo anterior la entrega de los Soldados que al parecer lo hicieron en horas de la noche del 30 de Agosto sin combatir, porque se dice corrió de parte de ellos la voz de entrega. Por lo cual se concluye que pudo haber infiltrados de la guerrilla que síquicamente los motivaron.

5) Habían o existían órdenes para que la tropa hiciera control y vigilancia sobre la Base Militar fuera del Area de permanencia. Y no las cumplió el Capitán MAZO quien comandaba la Base de "LAS DELICIAS".

Fue un hecho cierto que una vez se inició la toma de la Base Militar se produjeron las comunicaciones del caso, sin embargo, de la información obtenida por lo Comandos Superiores del anterior Comando Unificado del Sur, se observó que no atendieron el llamado de apoyo a la Base Militar de las Delicias porque una escuadrilla OV- 10 de la Base Militar de Apiay salió

en la primera hora de la madrugada del 31 de Agosto de 1996 dando apoyo hasta las 12:30 a.m. Se dice que estuvo el apoyo aéreo aproximadamente a la 1:30 a.m. habiendo lanzado unas bengalas y posiblemente alguna bomba que al parecer causó más daños que beneficios. Según informativo el avión sobrevoló aproximadamente 15 minutos y al parecer no volvió.

Según información del Comandante de Apoyo de la Armada Nacional con sede en Puerto Leguizamo, fue la primera en suministrar el apoyo ya que arribó a la base a las 1400 horas del 31 de agosto de 1996 con equipo médico y auxiliar, a pesar de que fueron atacados por grupos subversivos. Igualmente a las 6: 00 p.m., del 31 de agosto de 1996 se hizo presente un helicóptero de la Fuerza Aérea para llevar a los heridos de la Base a los centros hospitalarios. De lo anterior se concluyó que se presentó una posible omisión de apoyo por parte del comando general de las fuerzas militares. (...)"

9. Decisión del 31 de agosto de 1998 proferida por la Procuraduría General de la Nación (Fls. 137 a 155 C.4 de anexos proceso disciplinario de la Procuraduría General de la Nación):

En esta decisión, se ordenó la separación absoluta del Brigadier General de Infantería del Comando Unificado del Sur Jesús María Castañeda y al Teniente Coronel del Batallón de Infantería No. 49 José Claudio Bastidas Javela por incumplimiento a los deberes para con las Fuerzas Militares de conformidad con lo establecido en el Decreto 085 de 1989, literales e y h de la sección C y literal c de la Sección E, por los hechos ocurridos el 30 y 31 de agosto de 1996 cuando se realizó la toma por parte de los subversivos a la Base Militar de las Delicias.

El fundamento de la decisión por parte de la Procuraduría General de la Nación se basó específicamente en el caso táctico elaborado por las mismas fuerzas militares luego de la toma a la Base Militar de "Las Delicias" teniendo en cuenta que se presentaba una deficiencia táctica, técnica y física de la base en mención, tal como también lo estableció la investigación preliminar elaborada por la Inspección del ejército donde se presentaron fallas en la operación y en el apoyo requerido.

Así mismo, de los documentos allegados al expediente se pudo determinar que el Brigadier General Castañeda era el Comandante de la Unidad del Sur de la cual el Batallón de infantería No. 49 estaba bajo su jurisdicción, así como la base militar de las Delicias estaba adscrita a dicho Batallón. El mencionado Oficial para la época de los hechos, incursionó en una comisión de la cual solo se había dado permiso desde el 3 de septiembre de 1996 tal como se corroboró con la copia de

la resolución proferida por el entonces Ministro de Defensa. Sin embargo, el Brigadier partió el 30 de agosto de 1996 a la comisión incumpliendo con lo ordenado y autorizado por su superior, y que para el presente caso, debió estar en la base de Leticia ejerciendo sus funciones y apoyando a sus subordinados con el apoyo logístico y táctico para evitar la toma. Así mismo, se pudo evidenciar que el mencionado Oficial no visitó la Base militar desde que asumió el cargo como Brigadier General, lo que imposibilitó el conocimiento de lo requerido por la misma, en aspectos tales como de logística, topográfica, provisión y mejoramiento del armamento etc., con lo cual desatendió y obró sin diligencia de la base que también estaba bajo su cuidado y mando.

Respecto del Teniente Coronel Bastidas siendo Comandante del Batallón de Infantería No. 49, unidad a la cual pertenecía la Base de las Delicias, se pudo verificar que tampoco visitó la Base mencionada, aunado a que con anterioridad conocía de una supuesta toma que iban a realizar los subversivos según lo expresado en el radiograma No. 011526 del 22 de abril de 1996 y que se le comunicó al Comandante de la Base de las Delicias.

De acuerdo con lo documentado, el Capitán Mazo, quien estaba al mando en la Base Militar de las Delicias, informó al Coronel Bastidas sobre el hostigamiento en forma masiva con artillería pesada por parte de 400 a 500 bandoleros. Por su parte, el Coronel envió simplemente un radiograma dirigido al Comando del Ejército en Bogotá sobre un simple hostigamiento, descripción imprecisa sobre lo que realmente estaba sucediendo.

10. Decisión del 20 de noviembre de 1998 en la que se resuelven los recursos de reposición interpuestos por los disciplinados contra el fallo el 31 de agosto de 1998 (Fls. 375 a 389 C. 4 de los anexos investigación disciplinaria de la Procuraduría) y en la cual se confirma la decisión.

11. Testimonios realizados en el proceso contencioso administrativo de los señores Francisco Antonio Claros Tobón (Fls. 279 a 281 C. 1), Wilson Quintero Cuellar (Fls. 289 a 291 C.1), Alejandro Muñoz Ríos (Fls. 292 a 294 C.1), Enrique Núñez Nelson (Fls. 351 a 352 C.1) y Roberto Capera Benitez (Fls. 381 a 385 C.1), quienes eran soldados regulares pertenecientes a la Compañía "C" y se encontraban en la Base Militar de las Delicias para la época de los hechos. De las declaraciones sobresalen las siguientes respuestas:

Sobre el relato de los hechos, todos concuerdan que aproximadamente a las 7:30 de la noche del 30 de agosto de 1996 inició la toma guerrillera en la Base Militar de las Delicias, y solo aproximadamente hasta la media noche, llegó el apoyo aéreo del ejército durando poco tiempo en la zona de la toma.

A la pregunta si los Comandantes de la Compañía ordenaron hacer y si se efectuaron los registros de inteligencia en el área, todos afirmaron en su declaración que no se hicieron tales registros.

Respecto a la pregunta sobre el armamento y el estado del mismo antes, durante y después de la toma a la Base Militar, los declarantes afirmaron que llevaban consigo fusiles G3, dos M-60, MGL, morteros y granadas de mortero. Alguno de los declarantes afirmó que algunos M60 no servía, pero en términos generales el armamento era aceptable.

Respecto de la pregunta si se hicieron ejercicios de registro y control del área una vez llegaron a la Base Militar de las Delicias, los declarantes informaron que en ningún momento se hizo tal actividad.

En cuanto a si existían alarmas y campos minados en la Base militar, todos los testimonios indicaron que no había estas medidas de prevención.

Respecto a cuál fue el apoyo recibido durante el ataque a la Base Militar por parte de los comandos del ejército, la marina, la fuerza aérea y si el apoyo fue oportuno, los declarantes informaron en términos generales que el apoyo fue por parte de aviones que hicieron algunas ráfagas, sin embargo se retiraron de la zona.

6. El daño antijurídico

De lo descrito anteriormente, se encuentra plenamente demostrado que el señor Omar León Molina Castro, quien para la época de los hechos era soldado regular perteneciente a la Compañía C del Ejército Nacional, resultó con lesiones con arma de fuego esquirla frontal con hematoma intraparenquimatoso meningitis bacteriana quedando como secuela. a) cefalea crónica. b) sindorme vertiginoso. c) hipocusta derecha de 20 decibeles. d) síndrome convulsivo, de acuerdo con lo descrito por la Junta Médica de Sanidad del Ejército Nacional, y que se

ocasionaron como consecuencia del ataque realizado por subversivos de las FARC a la Base Militar de las Delicias el 30 y 31 de agosto de 1996.

7. La imputación de la responsabilidad. La imputación objetiva o la responsabilidad por el resultado en casos de vulneración de derechos humanos, como lo ocurrido el 30 de agosto de 1996 en la Base Militar de Las Delicias.

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización” de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados⁶⁷, sin distinguir su condición, situación e interés⁶⁸. Como bien se sostiene en la doctrina,

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad⁶⁹; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”⁷⁰.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública⁷¹ tanto por acción, como por omisión. Dicha imputación

⁶⁷ La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

⁶⁸ La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

⁶⁹ “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

⁷⁰ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*., ob., cit., pp.120-121.

⁷¹ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del

exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar: i) atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional), y; ii) adicionalmente a lo anterior, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado.

En cuanto al daño antijurídico, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo de Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho. Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado,

“La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”⁷².

De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”⁷³.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁷⁴, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁷⁵. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”⁷⁶.

[daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993

⁷² Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996.

⁷³ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

⁷⁴ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (*imputatio*) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (*causa libera*) de una acción, que entonces se llama acto (*factum*) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (*imputatio iudiciaria*), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (*imputatio djiudicatoria*)”. KANT, I. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Alianza, 1989, p.35.

⁷⁵ El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”⁷⁷. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”⁷⁸.

Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”⁷⁹. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no⁸⁰.

Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación.

autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 25 de marzo de 2003.

⁷⁶ “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”. MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [<http://criminet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7.

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

⁷⁸ MIR PUIG, Santiago. Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁷⁹ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁸⁰ JAKOBS, G. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Bogotá, Universidad Externado, 1994.

En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional indica:

*“... el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar **si el sujeto era competente** para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁸¹. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”⁸².*

A lo que se agrega por el mismo precedente,

“En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber:

*1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de **deberes de seguridad en el tráfico**, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce - un peatón cae en la zanja- surgen los llamados **deberes de salvamento**, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo - prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por **asunción** de una función*

⁸¹ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

⁸² Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro.

Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son **deberes negativos** porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás.

2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y **protegerlo contra los peligros que lo amenacen**, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso.

Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de **deberes positivos**, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos^{83,84}.

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

“Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa. Vg. Si alguien maneja una represa y el agua se desborda ocasionándole daño a una población, en el juicio de imputación lo sustancial no es si el operario abrió la compuerta mas de lo debido (acción) o simplemente no la cerró a tiempo (omisión); lo fundamental es si cumplió o no con los deberes de seguridad que surgían del control de una fuente de peligro. Lo mismo acontece, cuando en virtud de relaciones institucionales se tiene el deber de resguardar un determinado bien jurídico contra determinados riesgos. El padre de familia incumple sus deberes de protección frente a su hijo, no sólo cuando entrega el arma homicida, también lo hace cuando no evita que un tercero le ocasione una lesión mortal. En la actualidad, se afirma que la técnica moderna y el sistema social, hacen intercambiables la acción y la omisión⁸⁵. Günther Jakobs ha demostrado que todos los problemas del

⁸³ Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss.

⁸⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

⁸⁵ Cfr. Javier Sánchez-Vera. Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen. Duncker & Humboldt Berlin 1999. Pags. 51 y ss Kurt Seelmann.

*delito de omisión son trasladables a la acción. Hay conductas activas, socialmente adecuadas, que se convierten en un riesgo jurídicamente desaprobado cuando la persona tiene una posición de garante. Ejemplo: es socialmente adecuado apagar la luz del portón de una casa (acción) aun cuando sea probable que un peatón puede tropezar en la oscuridad; pero se convierte en un comportamiento prohibido (apagar la luz) si el propietario ha realizado una construcción frente a ella, porque al crear una fuente de peligro aparecen deberes de seguridad en el tráfico: alumbrar la obra para que nadie colisione con ella*⁸⁶.

En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar, después de haberse acreditado el daño antijurídico, una vez se demuestre la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico). Conforme al anterior esquema, se analizará el caso a resolver.

De acuerdo con el acervo probatorio allegado en el proceso se encuentra acreditado que Omar León Molina Castro, para el momento de los hechos, estaba vinculado con las Fuerzas Militares, específicamente con el Ejército Nacional (Batallón de Selva No.49), prestando el servicio militar obligatorio, lo que les daba la condición de soldados regulares.

Teniendo en cuenta lo anterior, cabría encuadrar la atribución de los daños causados a los demandantes en los títulos de imputación en los que ordinariamente el precedente de la Sala ha venido realizando, esto es, daño especial, riesgo excepcional y falla del servicio, pero hay que advertir en el presente caso la gravedad que representó la toma de la Base Militar de Las Delicias lo que exige aplicar el principio *iura novit curia*, como garantía mínima para la determinación de la imputación de la responsabilidad.

De acuerdo con el precedente de la Sala,

*“Atendiendo a las condiciones concretas en las que se produjo el hecho, la Sala ha aplicado en la solución de los casos, los distintos regímenes de responsabilidad. Así, ha decidido la responsabilidad del Estado bajo el régimen de daño especial cuando el daño se produjo como consecuencia del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas*⁸⁷; *el de falla*

Grundlagen der Strafbarkeit. Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1. Reihe. Alternativkommentare. Luchterhand. Neuwied. 1990.Pag.389.

⁸⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

⁸⁷ En sentencia de 10 de agosto de 2005, exp: 16.205, la Sala al resolver la demanda instaurada con el fin de obtener la indemnización de los perjuicios causados por las lesiones sufridos por un soldado, quien en cumplimiento de la orden proferida por su superior jerárquico, de 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

probada cuando la irregularidad administrativa produjo el daño y, el de riesgo cuando éste proviene o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos⁸⁸; pero, en todo caso, ha considerado que el daño no será imputable al Estado cuando se haya producido por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero, por rompimiento del nexo causal. En providencia de 2 de marzo de 2000, dijo la Sala:

“...demostrada la existencia de un daño antijurídico causado a quien presta el servicio militar, durante el mismo y en desarrollo de actividades propias de él, puede concluirse que aquél es imputable al Estado. En efecto, dado el carácter especial de esta situación, por las circunstancias antes anotadas, es claro que corresponde al Estado la protección de los obligados a prestar el servicio militar y la asunción de todos los riesgos que se creen como consecuencia de la realización de las diferentes tareas que a ellos se asignen. No será imputable al Estado el daño causado cuando éste haya ocurrido por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, eventos cuya demostración corresponderá a la parte demandada⁸⁹”.

Luego, cuando se trata de los daños y perjuicios causados a soldados regulares (conscriptos), se encuentra que el Estado es quien los somete a la prestación de un servicio militar como una carga o deber constitucional, frente al que responderá bien porque i) se produjo la ruptura del equilibrio de las cargas públicas que jurídicamente estaba llamado a soportar cada soldado; ii) se produjo un riesgo excepcional, que excede del que normalmente estaría sometido, o del que deriva o se desprende del carácter riesgoso inherente a la actividad; iii) se produjo una falla del servicio. De acuerdo con el precedente de la Sala,

“Como se aprecia, en relación con los conscriptos, el principio iura novit curia, reviste una característica especial, toda vez que al juez debe verificar si el daño antijurídico resulta imputable o atribuible al Estado, con fundamento en cualquiera de los títulos de imputación antes mencionados. Además, no debe perderse de vista que, en tanto la administración pública imponga el deber de prestar el servicio militar, deber garantizar la integridad psicofísica del soldado en la medida en que es una persona que se

del área general del Municipio de Paz de Ariporo dentro del servicio y con ocasión de él, se tropezó cayendo contra la maleza, lesionándose el ojo derecho”.

⁸⁸ En sentencia de 28 de abril de 2005, exp. 15.445, dijo la Sala: “En el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado la jurisprudencia ha aplicado varios títulos jurídicos de imputación en relación a los conscriptos. Generalmente se acude al de daño especial cuando el “daño” tiene su causa en el rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas. Sin embargo cuando la causa de los daños se origina en otro tipo de hechos, según estos debe aplicarse el de falla probada cuando la irregularidad administrativa produjo el daño y el de riesgo cuando los conscriptos sufren daños con causa y por razón del servicio que provienen o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos...Ha partido de la regulación legal especial contemplada para la Fuerza Pública y en especial para los conscriptos, y ha concluido que cuando las pruebas son indicadoras de que los hechos ocurrieron por el riesgo a que fueron expuestos los conscriptos no se requiere realizar valoración subjetiva de conducta del demandado; que sólo es necesario demostrar: el ejercicio por parte del Estado de una actividad de riesgo en desarrollo del servicio militar prestado -o por su destinación o por su estructura-; el daño antijurídico; y el nexo de causalidad eficiente y determinante entre ese riesgo y el daño causado al conscripto; y que el demandado sólo se exonera por causa extraña, es decir por el hecho exclusivo del tercero o de la víctima y fuerza mayor”.

⁸⁹ sentencia de 30 de julio de 2008, exp. 18.725. Puede verse también el Expediente 11.401.

encuentra sometida a su custodia y cuidado, además que, por regla general, lo sitúa en una posición de riesgo, lo que, en términos de imputabilidad significa que debe responder por los daños que le sean irrogados relacionados con la ejecución de la carga pública.

Además de lo anterior, se reitera, que el Estado frente a los conscriptos y reclusos, adquiere no sólo una posición de garante al doblegar, en ambos casos, su voluntad y disponer de su libertad individual para un fin determinado, sino que, de igual manera, el Estado entra en una relación de especial sujeción que lo hace sujeto responsable de los posibles daños que puedan padecer aquéllos.

En conclusión, en cada caso concreto en los cuales se invoque la existencia de una causa extraña por parte de la entidad demandada, es necesario analizar los detalles de tiempo, modo y lugar en que se produjo el daño, por cuanto es posible que el Estado haya contribuido co-causalmente a la generación del mismo, específicamente, al situar al conscripto en la situación de riesgo, o bien por una ruptura de la igualdad ante las cargas públicas o por una falla del servicio⁹⁰.

Es el presente un caso la Sala encuentra que pudo haber un encuadramiento en los diferentes títulos de imputación, pero conviene afirmar que debería consolidarse la imputación por medio de la imputación del resultado perjudicial causado a las víctimas. En realidad, por lo acreditado en el expediente la Sala encuentra que al Estado le es imputable, atribuible directamente el resultado perjudicial, sin perjuicio que la causa directa haya sido producida por el hecho de un tercero⁹¹, existe plena

⁹⁰ Sentencia de 15 de octubre de 2008. Exp.18586.

⁹¹ En el precedente de la Sala se señala, “No se puede, por consiguiente, afirmar de manera simple y llana, que la sola constatación de la existencia de una aparente causa extraña como origen o fuente material o fenomenológica, en relación con los daños ocasionados a conscriptos o reclusos, es suficiente para que estos sean considerados como no atribuibles -por acción u omisión- a la administración pública. Se requiere, además, en estos eventos, que la entidad demandada acredite que su actuación no contribuyó en la producción del daño, motivo por el cual no le es imputable fáctica o jurídicamente. Lo puntualizado, en la medida en que es posible que la causa directa, inmediata y material del daño sea la actuación de un tercero o de la propia víctima, pero tal resultado perjudicial tenga una relación mediata con el servicio que estaba desplegando el soldado conscripto, motivo por el cual la entidad no puede desprenderse de su responsabilidad, por cuanto también puede serle endilgable jurídicamente el daño. No quiere significar lo precisado que, en este tipo de situaciones, no opere la causa extraña en sus diversas modalidades como causal exonerativa de responsabilidad, sólo que, como se ha venido señalando, la acreditación de la eximente debe hacerse a través de la demostración de que, en estos precisos eventos, le resultaba a la entidad demandada absolutamente imprevisible e irresistible. Sin embargo, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero, por regla general, tal y como lo ha aceptado la doctrina autorizada sobre la materia, no requieren para su configuración que se pruebe su imprevisibilidad e irresistibilidad. Al respecto, vale la pena transcribir algunos apartes de la providencia reciente de la Sala, oportunidad en la cual se precisó: “Sobre el particular, debe advertirse que los propios hermanos Mazeaud rectificaron la doctrina que sobre el particular habían trazado en su obra “Lecciones de Derecho Civil” (1960), cuando en su tratado de “Responsabilidad Civil” (1963), en relación con la materia objeto de análisis manifestaron: **“1462. ¿Debe ser imprevisible e irresistible el hecho de la víctima?** - La irresistibilidad y la imprevisibilidad son, por lo general, consideradas como necesarias para que haya fuerza mayor; pero no para que el hecho de la víctima sea una causa liberatoria. Desde el momento en que el hecho no es imputable al demandado, eso basta. No cabría obligar al demandado, según se dice, a precaverse contra los hechos de la víctima, como no cabe obligarse a que se prevenga en contra de los acontecimientos naturales. (...)”(Negrillas de la Sala). “Lo anterior no quiere significar en modo alguno, que el hecho de la víctima en ocasiones pueda ser total o parcial, en cuanto se refiere a la materialización del resultado dañoso, motivo por el cual será el juez quien en cada caso concreto el que valorará el curso o cursos causales existentes, para determinar la imputación fáctica del daño antijurídico, lo que permitirá establecer si operó una causa única o si existió una concausa, situación ésta en la que habrá que fijar proporcionalmente, según el grado de participación de cada sujeto, el monto del perjuicio padecido. “Ahora bien, no significa lo anterior que toda conducta de la víctima tenga la suficiente dimensión o entidad para excluir o enervar la imputación frente al presunto responsable; el comportamiento de aquella para poder operar como causal exonerativa de responsabilidad debe ostentar una magnitud, de tal

certeza que la responsabilidad es atribuible al Estado por el resultado dañoso causado a Omar León Molina Castro. Y es atribuible el resultado dañoso, porque lo determinante en su producción está constituido en i) la omisión del Estado de haber adoptado todas las medidas razonables para prevenir la violación de los Derechos Humanos de las que fueron objeto los ciudadanos-soldados, y; ii) porque fue el Estado el que creó la situación objetiva de riesgo⁹² (comprendida por la existencia de la Base Militar de Las Delicias en un ámbito espacial, de orden público y de posibilidades defensa y protección limitada, como se aceptó), sin que hubiera desplegado los deberes de salvamento, apoyo y protección suficiente al que estaba obligado por expresos mandatos constitucionales, como se señala en el deber de proteger el territorio y los ciudadanos frente a todo tipo de agresión interna o externa. Concretamente, el Estado creó la situación objetiva de riesgo en atención a los siguientes factores: i) la falta de preparación y de entrenamiento en los días anteriores al ataque guerrillero, lo que no fue supervisado, ni tuvo la vigilancia debida por parte de los mandos oficiales de la fuerzas armadas; ii) la existencia misma de la Base Militar de Las Delicias en una posición que no fue estudiada estratégicamente, ni se valoró adecuadamente las vías de escape y de penetración, lo que llevó a que en la mañana del 31 de agosto de 1996 se produjera la incursión completa de las fuerzas irregulares al interior de la Base; iii) el retardo injustificado e insuficiente del apoyo militar, pese a que en las proximidades se contaba con la Base de Tres esquinas, los apoyos fluviales desde Puerto Leguizamo, el apoyo aéreo desde Apiay; iv) los fallos en el armamento y en la planeación de la infraestructura de la base necesaria para poder repeler y afrontar con garantías un ataque de los grupos subversivos; v) teniendo en cuenta que en la zona operaban los grupos subversivos, constituía un hecho notorio la

forma que sea evidente que su comportamiento fue el que influyó, de manera decisiva, en la generación del daño. “El principio de confianza conlleva implícito la tranquilidad que tienen las personas que integran la sociedad, de que el Estado prestará adecuadamente sus servicios públicos, por lo que, no cualquier tipo de participación de la víctima, en una actividad riesgosa, reviste la estatus necesario para excluir la responsabilidad de la administración. “En síntesis, no se requiere para configurar la culpa exclusiva de la víctima que el presunto responsable acredite que la conducta de aquélla fue imprevisible e irresistible, sino que lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño; incluso, una participación parcial de la víctima en los hechos en modo alguno determina la producción del daño, sino que podría de manera eventual conducir a estructurar una concausa y, por lo tanto, a reconocer una proporcionalidad en la materialización del mismo y en su reparación. “Así las cosas, si la culpa de la víctima es causa parcial (concausa) en la producción del daño, esta circunstancia puede constituir un factor de graduación del perjuicio, todo lo cual dependerá del grado de participación de la propia persona afectada en la concreción de los hechos que son objeto de análisis.” MAZEAUD, Henri y León, y TUNC, André “Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil”, Tomo Segundo, Volumen II, Ed. Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1963, Pág. 40. “Pero la doctrina y la jurisprudencia discuten sobre la necesidad de que ese hecho exclusivo de la víctima sea imprevisible e irresistible. Los Mazeaud sostienen que la “imprevisibilidad y la irresistibilidad no son necesarias al hecho exclusivo de la víctima, para que este exonere de responsabilidad.” TAMAYO Jaramillo, Javier “Tratado de Responsabilidad Civil”, Ed. Legis, Tomo II, Pág. 61. sentencia de 13 de agosto de 2008, exp. 17.042.

⁹² Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, G.A. Res. 56/83, art. 2, U.N. GAOR, 56th Sess., Supp. n.º 10, U.N. Doc. A/RES/56/83 (enero 28, 2002).

posibilidad de un ataque de los mismo, lo que representa una amenaza inminente, cierta e inevitable.

Se reitera por la Sala, la responsabilidad que se imputa al Estado es por el resultado en atención a que i) no hubo o no se emplearon suficientes instrumentos de prevención (frente a lo que los altos mandos militares reflejan su omisión y desatención); ii) la calidad de la respuesta que se tuvo para defender a los miembros de la fuerza militar, entre ellos a Omar León Molina Castro fue limitada, tardía, insuficiente y propia de la falta absoluta de planeación y coordinación que exige la estrategia y desarrollo militar (pese a que nuestra fuerza militar tiene instituciones y forma a sus cuadros en escuelas militares de las mejores en el mundo), y; iii) a que el apoyo o reacción del Estado fue tardío, insuficiente y drásticamente limitado, lo que llevó a dejar sin alternativa alguna a los ciudadanos soldados, que produjo las lesiones del actor⁹³. Por lo tanto, se sustenta dicha atribución, en su conjunto, en la falta absoluta de la “debida diligencia”⁹⁴ que debía aplicar el Estado en el caso concreto de la toma de la Base Militar de Las Delicias por parte de un grupo armado insurgente.

Y no se puede validar el argumento según el cual para la época de los hechos las Fuerzas Militares (Ejército Nacional) debió atender múltiples acciones insurgentes en distintos lugares del territorio nacional, porque no puede apoyarse la idea según la cual dichas Fuerzas sólo concentren su tropa e infraestructura militar en un ámbito reducido del territorio donde entiendan que hay amenazas de perturbación del orden público, pues tal decisión resulta ausente de toda ponderación y proporcionalidad⁹⁵, incluso sin razonabilidad⁹⁶, en la medida en que se habría dejado de considerar el derecho a la seguridad e integridad de sus propios hombres, de los ciudadanos-soldados que se encuentran en territorios inhóspitos y tan alejados, que se pueda constituir en un simple y llano desamparo, como fue lo que se concretó el 30 de agosto de 1996.

Precisamente el Estado aceptó, en la “Investigación preliminar sobre los hechos ocurridos el día viernes 30 de agosto de 1996 durante el ataque a la Compañía “C”

⁹³ Comité de Derechos Humanos, Comentario General 31: *Nature of the General Legal Obligations Imposed on States Parties to the Covenant*, P 11, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/ Add.13 (May 26, 2004).

⁹⁴ DINAH L. SHELTON. *Private Violence, Public Wrongs, and the Responsibility of States*, 13 Fordham. Int'l L.J. 1, 25-26 (1989/1990)

⁹⁵ ROBERT ALEXY. *Theorie der Grundrechte*, Surkamp (taschenbuch wissenschaft). Erste Auflage, 1994, pp. 71 y ss.

⁹⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3.ª ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 575 y ss

del batallón de Selva No.49 “Juan Bautista Solarte Obando” en la Inspección de Las Delicias, del Departamento del Putumayo”, que se cometieron ciertas fallas enunciadas concluyendo puntos trascendentales como por ejemplo:

“... C. La operación de relevo de las tropas asignadas a prestar sus servicios en la Base de las Delicias, se efectuó en forma improvisada y sin supervisión por parte del Comando del Batallón de Selva No.49

D. Los mandos naturales de la compañía fueron relevados 12 horas antes de iniciar la operación y no conocían a los hombres con los cuales iban a operar.

E. Se puede concluir que tanto el Comandante de BISEL No.49 como la plana mayor tenían informaciones de la presencia de grupos narco-subversivos en la jurisdicción.

F. No se efectuó por parte del Comandante de la Compañía recién llegada a las Delicias, patrullaje alguno para garantizar la seguridad de la misma y de sus hombres.

G. No había en la Base Militar de las Delicias una alarma temprana que permitiera detectar la incursión guerrillera en el perímetro de las instalaciones.

(...)

K. El Batallón de Selva No.49, la Fuerza Naval del Sur y el Grupo Aéreo del Sur no contaban con los medios apropiados para una reacción inmediata de apoyo.

(...)

M. El armamento de dotación del personal de tropa presentó fallas en la operación.

(...)

O. De acuerdo a las informaciones hasta ahora conseguidas faltó conducción de los cuadros en el combate.

(...)

Q. Los apoyos enviados llegaron al área con demasiado retardo en relación con la hora de iniciación del ataque.

R. Las operaciones de persecución de los grupos atacantes se iniciaron con aproximadamente 48 horas de retardo en relación al inicio del combate” (Fl 12 a 14 C.1 investigación preliminar de las Fuerzas Militares).

Finalmente, el Ministerio Público investigó la actuación de los oficiales del Ejército que tenían a su cargo las actividades y acciones en la fecha de los hechos, arrojando, en primer lugar, un “Informe Evaluativo de la Comisión “Las Delicias” en el que claramente se indicó,

*“Por la Información (sic) recibida de los distintos Comandantes, especialmente por el Comandante del **BATALLON DE SELVA No. 49**, el material de guerra es insuficiente (sic) para la defensa de la Soberanía (sic) Nacional (sic) en la Zona (sic) afectada por la guerrilla” (fls.200 y 201 C.1 de los anexos, investigación de la Procuraduría).*

*La Base Militar de “**LAS DELICIAS**” viene operando desde el año 1989, ésta se construyó en época en que la estructura y como estrategia para combatir el enemigo eran funcionales y permitían su operatividad, hoy ha*

*crecido la narcoguerrilla y su infraestructura y armamento la (sic) permiten ventajas, a lo cual se suma el hecho de que la población civil de la Inspección de **LAS DELICIAS** los días de la toma guerrillera abandonaron previamente la Inspección, lo hace suponer que conocían el objetivo de los insurrectos” (Fl. 201 C.1 de los anexos, investigación de la Procuraduría).*

*De acuerdo con la versión del Coronel José Claudio Bastidas Javela, atribuyó los hechos “a que la Base Militar había sido amenazada meses atrás, porque la misma Compañía que se encontraba en **LAS DELICIAS** en Operaciones del Caguán habían desmantelado Laboratorios de Coca y habían destruido pistas clandestinas del Narcotráfico” (Fl.201 C.1 de los anexos, investigación de la Procuraduría).*

En sus conclusiones y recomendaciones se dijo,

*“El día de la toma guerrillera a la Base Militar de “**LAS DELICIAS**”, no se habían tomado efectivamente las medidas de seguridad ordenadas por los Comandos Superiores Inmediatos...*

(...)

*No existe en toda el área del sur perteneciente al **COMANDO UNIFICADO** medios de **REACCION INMEDIATA** para combatir al enemigo trátase de extranjeros y de subversivos (**guerrilla y narcoguerrilla**) que operan en la región, no hay Aviones (sic) ni helicópteros con autonomía de vuelo aptos para apoyar a las Bases ni a las mismas Unidades Militares en acción o Reacción (sic) de Combate (sic)” (Fls.203 y 204 C.1 de los anexos, investigación de la Procuraduría).*

También se pudo determinar que el área donde se construyó la base permitió el ataque guerrillero; no se hizo el control y vigilancia sobre la base militar fuera del área de permanencia y se observó “una posible **OMISION DE APOYO** por parte del **COMANDO GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES**, hecho que debe ser investigado”.

Lo que llevó a que por providencia de 31 de agosto de 1998, proferida por el despacho del Procurador General de la Nación dentro del expediente 001-327, se sancionara por los hechos ocurridos en Las Delicias al Brigadier General de Infantería de Marina Jesús María Castañeda Chacón y al Teniente Coronel del Ejército José Claudio Bastidas Javela, con la separación absoluta de las fuerzas militares, en cuyos fundamentos se destaca, decisión que fue confirmada mediante providencia del 20 de noviembre de 1998 y que se destaca lo siguiente:

i) “Así como el General **CASTAÑEDA**, hizo que durante el ejercicio del mando, se desplazara hacia la base el Mayor **CARLOS GUSTAVO LEYVA RODRIGUEZ**, para cerciorarse de sus necesidades, bien pudo haber llevado a cabo dicha labor por sí mismo, como era su deber, si se tiene en cuenta que las dificultades por

superar para hacer el recorrido de observación, no podían ser distintas en uno y otro caso. (Fl. 145 C. 4 investigación de la Procuraduría General de la Nación)

Solo mediante su presencia física en la Base, el Comandante del CUS podía haber cumplido efectivamente con el deber que le impone el artículo 27 del ya citado Decreto 085 de 1989, referente a “conocer los esfuerzos de sus subalternos”, en orden a estimular el espíritu de permanente vocación al sacrificio militar. (Fl. 145 C. 4 investigación de la Procuraduría General de la Nación)

Pero, además, específicamente en el caso del Comandante del Comando Unificado, entre sus responsabilidades primarias figura de manera destacada, la de “mantener la seguridad de la organización y la del área geográfica asignada”, según está dispuesto en el denominado, “Manual de Acción Unificado de Operaciones Conjuntas para las Fuerzas Militares”. (Fl. 146 C. 4 investigación de la Procuraduría General de la Nación)

ii) “Con motivo de la visita practicada en el mes de junio de 1996, dos meses antes del ataque subversivo, el Mayor **CARLOS GUSTAVO LEYVA RODRIGUEZ**, había prevenido a su superior del CUS, mediante la siguiente conclusión: “Las medidas de seguridad perimétricas son deficientes a pesar de los esfuerzos hechos por el Comandante de la Base en razón a que no cuenta con los medios o elementos necesarios como concertinas, piquetes, alambradas, etc. Así mismo las posiciones defensivas se deterioran rápidamente por acción del clima” (Fls. 146 y 147 C. 4 de la investigación de la Procuraduría General de la Nación)

iii) “Justamente, porque no se tomó el cuidado de visitar e inspeccionar la Base, el entonces Comandante del CUS, no tenía la menor idea en relación con esas diversas y numerosas falencias detectadas por sus superiores, y mucho menos pudo comprender que... se imponía demontar (sic) la Base de tiempo atrás, porque ni su ubicación, ni sus labores de tipo operacional, justificaban su mantenimiento” (Fl. 148 C. 4 de la investigación de la Procuraduría General de la Nación)

iv) “Los catastróficos resultados del ataque enemigo ocurrido el 30 de agosto de 1996, son de por sí indicativos de posibles deficiencias de carácter operacional y de recursos defensivos”. (Fl. 148 C. 4 de la investigación de la Procuraduría General de la Nación)

v) “Todas las unidades y particularmente las ubicadas a considerable distancia de los Comandos operacionales, prácticamente habían sido declarados objetivos militares primordiales por parte de la guerrilla, lo cual imponía un mayor deber de prevención y adecuada preparación” (Fl. 149 C. 4 de la investigación de la Procuraduría General de la Nación)

vi) “La información imprecisa sobre las verdaderas dimensiones del ataque que en su momento soportaba la Base, indudablemente confundió al alto mando de Bogotá y ello explica que se hubiera concedido prioridad de apoyo a la zona de Guayabal de Siquima, en Cudinamarca, sometida al asedio de la subversión al mismo tiempo” (Fl. 150 C. 4 de la investigación de la Procuraduría General de la Nación)

Conforme al anterior acervo probatorio, se reitera, que tiene respaldo en la prueba recaudada por el propio Ministerio Público durante el proceso disciplinario cursado, se encuentra que es imputable la responsabilidad patrimonial a las entidades demandadas, pese a que en los hechos haya intervenido un tercero (grupo subversivo) ya que no fue esta la causa determinante o capaz de enervar la sustancia fenomenológica y fáctica, que sigue residiendo en el resultado mismo achacable al Estado, que no sólo está llamado a enfrentar a la delincuencia, a los grupos irregulares, sino que también está obligado, principalmente, a adoptar las medidas de precaución, prevención y contención adecuadas para enfrentar todas las manifestaciones del delito, ya que de lo contrario estaríamos asistiendo a la escenificación de una tragedia colectiva en la que los muertos y los heridos son compatriotas que en cumplimiento de un deber, o en la realización de una misión deben sacrificarse para mantener las instituciones, el sistema democrático, las libertades y el respeto de los derechos en el marco del Estado Social, Democrático y de Derecho.

Luego, hay pruebas suficientes para acreditar la omisión de prevenir o atender adecuadamente la situación de riesgo objetiva creada por el Estado, al permitir que un resultado dañoso como el ocurrido en la toma de la Base Militar de las Delicias, lo que no se constituía en un imposible material, militar ni jurídico, al tenor de lo reflejado en los propios informes del Estado, por la falta de planeación, insuficiente e inadecuada dotación logística, de material de guerra y equipos de comunicación, retardo injustificado en el apoyo, debilidades en el diseño y

establecimiento de la Base, sin tener en cuenta las condiciones climáticas, las circunstancias sociales y las dificultades tácticas y de desplazamiento para el apoyo militar fluvial y por vía terrestre, lo que facilitó que en la toma no sólo se haya producido las lesiones a Omar León Molina Castro, sino que se haya consumado el secuestro masivo de decenas de militares y la muerte de otros tantos más.

A lo anterior se agrega, que se demostró que durante el enfrentamiento se incurrió en errores tácticos, derivados de la falta de entrenamiento que la Compañía C tuvo los días previos a la toma o ataque, lo que no fue supervisado, vigilado, ni controlado por los oficiales y estado mayor de las fuerzas militares, lo que impidió que se hiciera la labor de inteligencia que es ordinaria en este tipo de bases para detectar movimientos o actividades riesgosas, o para preparar a los militares acantonados en la Base para cumplir adecuadamente con el Plan de Reacción, ya que como se puede ver de las pruebas documentales y testimoniales allegadas al proceso, hubo desorden y confusión al momento de tomar posiciones y de resguardar las diferentes áreas de la Base, lo que permitió que se fuera minando la resistencia de hasta llegar a superarla y despojar de cualquier medida a los pocos militares que permanecían vivos.

Frente a esto, como se revela en los informes del Ejército y del Ministerio de Defensa, los oficiales al mando de la Base y quienes coordinaban operaciones en la zona, como los sancionados por el Ministerio Público, no se correspondieron con las medidas que debían adoptarse para prever y evitar el ataque guerrillero, o por lo menos para enfrentar el mismo con garantías, como la falta de entrenamiento previo del plan de reacción, la falta de inteligencia, el relevo de los oficiales, y la existencia de una Base en una zona tan apartada y con tantas complicaciones y dificultades de acceso.

Es determinante para la imputación de la responsabilidad que el Estado en incumplimiento de la planeación, organización, seguimiento y despliegue de la fuerza armada, especialmente en zonas donde el conflicto armado tenía las más complejas, serias y graves circunstancias. Y no debe olvidarse que si se aplica el *ius in bellum*, el fin último al que debió responder el Estado era “atenuar, en la

medida de lo posible, el sufrimiento causado a las víctimas de las hostilidades”⁹⁷, entre las que cabe tener a los militares que prestando su servicio están cumpliendo con el principio de solidaridad que exige cumplir con ese deber patriótico constitucional⁹⁸.

Y si esto es, así el Estado es responsable del resultado perjudicial ya que no se correspondió con los principios de humanidad, esto es, con aquellos que exigen que el ejercicio de toda actividad, como por ejemplo las misiones de seguridad asignadas a los miembros de las fuerzas armadas, debe estar orientada hacia la preservación de los derechos, y no al sacrificio absoluto de estos por una causa que legal y democrática no está llamado ningún individuo a soportar porque implicaría la supresión de la esencia propia del ser humano como destinatario de la protección, convirtiendo al Estado en prioridad en la búsqueda de la paz. En ese sentido, debe prodigarse la aplicación de la responsabilidad objetiva en este tipo de casos, siempre que se cumplan ciertas condiciones (siguiendo lo propuesto por Erns Fosrthoff): i) debe nacer cuando la administración pública crea una situación de peligro individual y extraordinaria (eine individuelle un auBergewöhnliche Gefahrenlage); ii) debe tratarse de un riesgo especial, incrementado (Besondere, erhöhte Gefahr), “que supere netamente los riesgos normales a que todos se encuentran expuestos”, y; iii) que “el daño... sufrido por la víctima sea consecuencia inmediata de la realización de dicho peligro”⁹⁹.

En ese sentido, también es imputable el resultado dañoso a las entidades demandadas porque se quebró e incumplió la cláusula general de la “buena administración pública”¹⁰⁰, que se refuerza especialmente cuando el Estado está a cargo de las misiones militares, de salvaguarda de la seguridad y de enfrentar con suficientes y plenas garantías a la delincuencia. Porque en caso de producirse, la omisión del Estado puede desencadenar la producción de actos de genocidio o de violencia que como lo señala la Observación General No. 6 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su artículo 6, los

⁹⁷ RAMELLI, Alejandro. *Derecho internacional humanitario y estado de beligerancia*. 1ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p.52.

⁹⁸ Montesquieu señaló: “Il est clair que, lorsque la conquete este faite, le conquérant n'a plus le droit de tuer; puisqu'il n'est plus dans le cas de la défense naturelle, et de sa propre conservation”.

⁹⁹ FORSTHOFF, Erns. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts Band I. Allgemeiner Teil*. 10a ed. Münche, CH Beck, 1973, pp.359 a 364.

¹⁰⁰ MIRPUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.201.

“Estados tienen la suprema obligación de evitar las guerras, los actos de genocidio y demás actos de violencia de masas que causan la pérdida arbitraria de vidas humanas”.

Lo que se corresponde, siguiendo la misma Observación, con la exigencia de extender dicha obligación a los propios miembros de las fuerzas militares, que participan al prestar el servicio militar obligatorio, de manera que se comprenda que la “expresión “el derecho a la vida es inherente a la persona humana” no puede entenderse de manera restrictiva y la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas”¹⁰¹, que como en la toma de la Base Militar de Las Delicias brillaron por su ausencia, lo que lleva a imputar a las entidades demandadas la responsabilidad por las lesiones a Omar León Molina Castro, teniendo en cuenta el deficiente funcionamiento que se acreditó de la actividad obligada a desplegar por parte de la administración pública, esto es “teniendo en cuenta si hay o no defectos imputables a la estructura administrativa que sean relevantes en la producción del efecto lesivo”¹⁰².

En la doctrina se ha dicho,

*“Los estados existen para defender los derechos de quienes los integran, pero una de las dificultades de la teoría de la guerra estriba en el hecho de que la defensa colectiva de los derechos vuelve individualmente problemáticos. El problema inmediato consiste en que los soldados que participan en la lucha, aunque rara vez pueda decirse que haya escogido luchar, pierden los derechos que supuestamente defienden. Ganan las guerras en tanto que combatientes y prisioneros en potencia, pero pueden ser atacados y muertos a voluntad por sus enemigos. Por el simple hecho de luchar, sean cuales sean sus esperanzas e intenciones privadas, han perdido el derecho que tenían a la vida y a la libertad y lo han perdido incluso en el caso de que, a diferencia de los Estados agresores, no hayan cometido ningún crimen. <<Los soldados han sido hechos para que los maten>>, dijo en una ocasión Napoleón; por eso la guerra es un infierno. Pero incluso en el caso de que decidamos observar las cosas desde la perspectiva del infierno, podemos seguir afirmando que nadie más ha sido hecho para que lo maten. Esta precisión es la base de las reglas de la guerra”*¹⁰³ (subrayado fuera de texto).

La Sala llega a la conclusión que las entidades aquí demandadas son responsables patrimonialmente de los daños causados a Omar León Molina Castro y a su familia, con fundamento en la indiscutible posición de garante

¹⁰¹ NACIONES UNIDAS. COMITE DE DERECHOS HUMANOS. Observación General No.6.

¹⁰² BARCELONA LLOP, Javier. “Responsabilidad patrimonial por daños causados por, o sufridos por, los miembros de las fuerzas o cuerpos de seguridad”, en QUINTANA LOPEZ, Tomás (dir) *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*. T.II. Valencia, tirant lo Blanch, 2009, p.1493.

¹⁰³ WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas. Un razonamiento con ejemplos históricos*. Barcelona, Paidós, 2001, p.192.

institucional que residía en dichas entidades, y como consecuencia directa de la creación de la situación objetiva de riesgo¹⁰⁴, ya que como se dijo atrás, estaba llamado el Estado a evitar los riesgos, debilidades y fallas que se cometieron en la Base Militar de Las Delicias, que permitió el ataque guerrillero, con el resultado funesto y desafortunado para las familias del demandante y de todos los que resultaron víctimas del mismo, quienes debieron ser amparados como ciudadanos-soldados en sus derechos fundamentales y humanos. Fue, por lo tanto, la omisión protuberante, ostensible, grave e inconcebible del Estado de la que se desprende la responsabilidad por el resultado dañoso de los demandantes, quien estaba en la obligación de ofrecer, por lo menos, una intervención proporcionada y adecuada a las circunstancias riesgosas creadas por el mismo, como se constató al afirmarse la inconveniencia de la existencia en ese lugar de la Base Militar.

Con fundamento en los anteriores argumentos, la Sala revocará la sentencia recurrida, y declarará la responsabilidad de las entidades demandadas, ordenando la indemnización de los perjuicios a que haya lugar con base en lo pretendido en la demanda y en la garantía del principio de reparación integral, teniendo en cuenta los derechos humanos comprometidos.

8. Indemnización de perjuicios

8.1 Perjuicios morales:

En el escrito de demanda se solicitó el reconocimiento de perjuicios morales a la señora Dalila Castro de Molina en condición de madre, a Faustino Velásquez Rodríguez en condición de padre de crianza, a Yudi Andrea Molina Castro y Faustino Velásquez Castro representados por sus padres, Olga Maryury Molina Castro en calidad de hermanos del señor Omar León Castro Molina, a Leonor Chavarro Trujillo en calidad de compañera permanente, al menor Harold Alexis Molina Chavarro en calidad de hijo y a Omar León Molina Castro en calidad de lesionado la suma de 1500 gramos oro para cada uno de ellos.

¹⁰⁴ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo; PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en filosofía y derecho, 2006, pp. 65 y ss.

Tal y como lo ha manifestado esta Corporación, para obtener una indemnización por los perjuicios morales ocasionados a los parientes del lesionado se debe demostrar la calidad de pariente y de la lesión grave que conlleva a reconocer perjuicios morales a la parte demandante¹⁰⁵.

De las pruebas allegadas al expediente se tiene que la señora Dalila Castro Valencia contrajo matrimonio con el señor Omar Molina Rodríguez el 6 de septiembre de 1972 en el municipio de Puerto Rico, Departamento de Caquetá, de acuerdo con lo consignado en copia del acta de matrimonio suscrita por el entonces Alcalde Municipal del Puerto Rico el 26 de noviembre de 1987 y que a su vez, dicha copia fue autenticada por el Notario 2 del círculo de Florencia Caquetá. (Fl. 25 C.1)

Si bien se aportó el certificado de matrimonio en copia auténtica de la copia del acta, que debe reposar en los archivos o registros de la Alcaldía municipal de Puerto Rico, es claro que en muchas entidades no se crean registros adecuados y eficientes lo que impide que el ciudadano en muchas ocasiones acceda a la copia del original, ya que la entidad en ciertos eventos no la entrega. Por lo tanto, se accederá a reconocer perjuicios del orden moral a la señora Dalila Castro Valencia en condición de madre del señor Omar León Molina Castro.

Respecto del señor Faustino Velásquez Rodríguez, quien invoca ser el padre de crianza del señor Molina Castro, revisado el acervo probatorio no se encontró prueba que determinara el vínculo entre el señor Velásquez y la señora Dalila Castro, madre del lesionado, ya sea con un registro de matrimonio, con declaraciones extrajudicial o bien con testimonios que indicaran el vínculo afectivo entre ellos y la relación existente entre éste y el soldado lesionado. Por lo anterior, esta Sala no reconocerá perjuicio moral alguno al señor Faustino Velásquez por las razones anteriormente expuestas.

Por otro lado, se solicitaron perjuicios morales para cada una de las siguientes personas: Yudi Andrea Molina Castro y Faustino Velásquez Castro representados por sus padres y Olga Maryury Molina Castro en calidad de hermanos del señor Omar León Molina Castro. Respecto a éstos se tiene que conforme a los registros civiles (Fls. 26 a 28, 30 y 151 C. 1) se comprobó el vínculo de consanguinidad

¹⁰⁵ Sentencia del 23 de marzo de 200, Expediente: 12814. M.P María Elena Giraldo.

existente por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que la lesión física de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, además de la importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad.¹⁰⁶

Ahora bien, la señora Leonor Chavarro Trujillo quien invoca ser la compañera permanente de Omar León Molina Castro solicita el reconocimiento de perjuicios morales, sin embargo, analizados y revisados los documentos que obran en el expediente, no hay prueba que indique la existencia del vínculo que los une, como por ejemplo una declaración extrajuicio o testimonio que lleven a la conclusión que efectivamente tenían relaciones afectivas. Por lo anterior, se negará el reconocimiento de los perjuicios morales solicitados.

Por último, se tiene probado que Harold Alexis Molina Chavarro es hijo extramatrimonial del señor Omar León Molina Castro de conformidad con la copia auténtica del registro civil allegado al proceso (Fl. 152 C.1). Por lo tanto, se reconocerá perjuicios morales a éste y por supuesto, al señor Omar León Molina como directo afectado de los hechos acaecidos el 30 y 31 de agosto de 1996.

Por consiguiente, si bien a partir de 2001 la jurisprudencia viene aplicando como criterio de estimación de los perjuicios morales el salario mínimo mensual legal vigente (en una suerte de equivalencia con los gramos oro reconocidos en la primera instancia), no deja de seguir siendo un ejercicio discrecional (*arbitrio iudicis*) del juez de tasar tales perjuicios, sin lograr, aún, la consolidación de elementos objetivos en los que pueda apuntalarse la valoración, estimación y tasación de los mismos, con lo que se responda a los principios de proporcionalidad y razonabilidad con lo que debe operar el juez y, no simplemente sustentarse en la denominada “cierta discrecionalidad”.

De acuerdo con lo anterior, la Sala empleará un test de proporcionalidad para la liquidación de los perjuicios morales. El fundamento de este test no es otro que el principio de proporcionalidad, según el precedente jurisprudencial constitucional dicho principio comprende tres sub principios que son aplicables al mencionado test: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto.

¹⁰⁶ Sentencias del 18 de marzo de 2010, Expedientes: 32651 y 18569 M.P. Enrique Gil Botero

En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como intensidad del dolor, alcance y dosificación de la incapacidad.

En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en él o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes.

Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del daño y su desdoblamiento¹⁰⁷.

Con base en lo anterior, la Sala liquidará la indemnización por los perjuicios morales a favor de los demandantes, en las cantidades siguientes:

OMAR LEON MOLINA CASTRO (lesionado)	100 smlmv
DALILA CASTRO VALENCIA (madre)	100 smlmv
YUDI ANDREA MOLINA CASTRO (hermana)	50 smlmv
FAUSTINO VELASQUEZ CASTRO (hermano)	50 smlmv
OLGA MARYURY MOLINA CASTRO (hermana)	50 smlmv
HAROLD ALEXIS MOLINA CHAVARRO (hijo)	100 smlmv

8.2 Perjuicios Materiales:

Se solicitó en la demanda el pago de perjuicios materiales a favor de Leonor Chavarro Trujillo en su condición de compañera permanente, a Harold Alexis Molina Chavarro como hijo del lesionado y al señor Molina Castro como actor principal.

Toda vez que en el proceso no se demostraron los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, la Sala se ocupará exclusivamente de analizar, de acuerdo con los elementos allegados al proceso, el reconocimiento de la indemnización de perjuicios correspondientes al rubro de lucro cesante.

Al parecer existe una incongruencia con los hechos narrados y lo solicitado en el libelo de la demanda, por cuanto se tiene probado que el señor Omar León Molina

¹⁰⁷ Sentencias C-872 de 2003, C-125 de 2003 y C-858 de 2008.

Castro sufrió unas lesiones como consecuencia del ataque perpetrado por miembros subversivos, pero en el capítulo de los perjuicios, se solicitó indemnización desde la muerte hasta la fecha límite de la esperanza de vida del señor Alfonso Martínez Gutiérrez, quien en el presente caso, no está incluido dentro de la parte demandante ni ostenta la calidad de afectado o lesionado, por lo que esta Sala considera que existió un error involuntario por parte del apoderado y lo que realmente se está solicitando es el lucro cesante consolidado y futuro por las lesiones causadas al señor Omar León Molina Castro, como consecuencia de la incapacidad que padece de conformidad con lo establecido por la Junta Médica de Sanidad del Ejército Nacional.

Para tal efecto, se liquidará a favor del lesionado el perjuicio material por el ingreso que dejó de percibir a raíz de la incapacidad que le produjeron las lesiones ocasionadas por el ataque a la Base Militar de las Delicias, el cual se encuentra certificado por la Junta Médica de Sanidad del Ejército Nacional en un 81.32%. Por lo tanto, de conformidad con el artículo 38 de la Ley 100 de 1993¹⁰⁸, se liquidará dicho perjuicio material en un porcentaje equivalente al 100% de la invalidez, de acuerdo con la siguiente información:

8.2.1 Lucro cesante consolidado

Teniendo en cuenta que existe prueba que demuestra que el señor Omar León Molina Castro era soldado regular vinculado al Comando "C", adscrito al Batallón de Infantería No. 49 y que a su vez pertenece al Comando Unificado del Sur del Ejército Nacional, pero no se conoce el salario devengado en el momento de su salida de la Institución, en aras del principio de equidad y atendiendo a las reglas de la experiencia, toda persona laboralmente activa no puede devengar menos de este monto. Por lo tanto, se actualizará el valor del salario mínimo de la época de los hechos (1996) para así comparar éste con el actual salario mínimo y determinar cuál de los dos valores se acoge para efectos de la liquidación.

$$Ra = Rh \cdot \frac{I. \text{ final}}{I. \text{ Inicial}}$$

Donde: Ra = renta actualizada
Rh = renta histórica, salario mínimo legal de **1996**: \$142.125.00

¹⁰⁸ Artículo 38: Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

I. final = IPC correspondiente al mes de la liquidación. Abril de 2011 (107.25)

I. inicial = IPC que corresponde al mes en que se causó el daño. Agosto de 1996 (36.56)

$$\begin{array}{l} \text{Ra} = \text{Rh} (\$142.125,00) \\ \mathbf{\$416.928.50} \end{array} \quad \frac{\text{Indice final - abril/2011 (107,25)}}{\text{Indice inicial - agosto/1996 (36.56)}} =$$

Como el valor actualizado es inferior al valor del salario mínimo legal vigente, se tomará éste último (\$535.600,00)¹⁰⁹ al cual se le adiciona un 25% (\$133.900,00) por concepto de prestaciones sociales y se descuenta un 25% (\$167.375,00) correspondiente al rubro que destinaba para su propia subsistencia, obteniéndose como resultado el valor de **\$502.125,00**.

- **El periodo consolidado** inicia desde la fecha de los hechos (30 de agosto de 1996) hasta la fecha de esta sentencia (mayo de 2011) es decir 176.73 meses.
- Ra: \$502.125,00
- I. final = IPC correspondiente al mes de la liquidación Abril de 2011 (107.25)
- I. inicial = IPC que corresponde al mes en que se causó el daño. Agosto de 1996 (36.56)

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

$$S = \$502.125,00 \frac{(1 + 0.004867)^{176.73} - 1}{0.004867} = \mathbf{\$140.163.453,00}$$

Total de lucro cesante consolidado para el señor Omar León Molina Castro:
\$140.163.453,00

8.2.2 Lucro cesante futuro

Se liquidará este periodo desde el día siguiente de la fecha de esta sentencia hasta la expectativa total de vida del señor Molina Castro.

¹⁰⁹ Modificado por el Decreto 033 de 2011

- El señor Molina Castro nació el 12 de octubre de 1973, para la época de los hechos tenía 22 años de edad, según las tablas de mortalidad proferidas por la entonces Superintendencia Bancaria la expectativa de vida equivale a 53.94 años que en meses son 647.28.
- Periodo futuro (n): 470.55 que se deriva de la resta entre los meses de la expectativa total de vida del señor Molina Castro (647.28 meses) y el periodo consolidado (176.73 meses)
- Ra: \$502.152.00

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

$$S = \$502.125,00 \frac{(1 + 0,004867)^{470.55} - 1}{0,004867 (1 + 0,004867)^{470.55}} = \$92.665.267,00$$

Total de valor lucro cesante futuro: **\$92.665.267,00**

Valor total por concepto de lucro cesante **\$232.828.720**

8.3. Perjuicio fisiológico:

En la demanda se solicitó el reconocimiento de perjuicios fisiológicos para el señor Omar León Molina Castro por un valor de 4000 gramos oro.

Se pudo comprobar que sufrió profundas alteraciones el señor Molina Castro, no sólo como consecuencia de la incapacidad dictaminada, sino esencialmente por los rigores que la guerra imprime en la vida de personas que por su extracción social, condiciones de vida y expectativas de progreso personal han visto limitadas y restringidas sus respectivas esferas de desenvolvimiento social, lo que lleva a que se revela, como se deduce de la prueba testimonial, en la presencia de un trauma psicológico que perturba el despliegue de las actividades que ordinariamente realicen los mencionados soldados.

En el más reciente precedente de la Sala, se señala el curso que ha tenido la jurisprudencia para definir el perjuicio fisiológico

“En efecto, en la sentencia del 6 de septiembre de 1993, la Sección tercera puntualizó lo siguiente:

“el PERJUICIO FISIOLÓGICO O A LA VIDA DE RELACION, exige que se repare la pérdida de la posibilidad de realizar “...otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia... A quienes sufren pérdidas irremediabiles es necesario brindarles la posibilidad de procurarse una satisfacción equivalente a la que han perdido. Por algo se enseña el verdadero carácter del resarcimiento de los daños y perjuicios es un PAPEL SATISFACTORIO...”

Con posterioridad, en sentencia del 25 de septiembre de 1997, se precisó al respecto lo que se transcribe a continuación¹¹⁰:

“1. El mal llamado perjuicio fisiológico se conoce en el derecho francés como perjuicio de placer (prejudice d’agrément), loss of amenity (sic) of the life (pérdida del placer de la vida) en el derecho anglosajón o daño a la vida de relación en el derecho italiano¹¹¹

“La jurisprudencia francesa ha definido este particular tipo de daño tomando como marco de referencia la resolución No. 75-7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativo a la reparación de daños en caso de lesión corporal, adoptada el 14 de marzo de 1975, según la cual la víctima debe ser indemnizada de “diversos problemas y malestares tales como enfermedades, insomnios, sentimientos de inferioridad, una disminución de los placeres de la vida causada por la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades placenteras¹¹²

“2. La indebida utilización del concepto fisiológico parece derivarse de una mala traducción e interpretación de la jurisprudencia francesa, la cual en una sentencia de la Corte de Casación del 5 de marzo de 1985 distinguió entre el daño derivado de la “privación de los placeres de la vida normal, distinto del perjuicio objetivo resultante de la incapacidad constatada” y los “problemas psicológicos que afectan las condiciones de trabajo o de existencia de la vida”. El perjuicio psicológico, de acuerdo con esta distinción, constituye un perjuicio corporal de carácter objetivo que se distingue esencialmente del perjuicio moral reparado bajo la denominación de perjuicio de placer¹¹³.

“Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que el adjetivo fisiológico que hace referencia a disfunciones orgánicas, no resulta adecuado para calificar el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria (recreativa, culturales, deportivas, etc.).

“3. El perjuicio de placer es un perjuicio extrapatrimonial que tiene una entidad propia, lo cual no permite confundirlo con el daño moral (pretium doloris o Schmerzgeld) o precio del dolor, especie también del daño extrapatrimonial, ni con el daño material (daño emergente y lucro cesante, art.1613 del C.C.).

“(...)”

Luego, en proveído del 19 de julio de 2000, expediente 11842, la Sección Tercera del Consejo de Estado replanteó el nomen iuris del citado perjuicio

¹¹⁰ Consejo de Estado, Sección tercera, exp.10.241, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹¹¹ Algunos autores han sugerido llamar a este perjuicio *préjudice de désagrément*, perjuicio por desagrado. Cfr. Yvez (sic) Chartier, citado por Javier Tamayo Jaramillo, De la responsabilidad civil, T.II, de los perjuicios y su indemnización. Bogotá, Ed. Temis, 1986, pág.147.

¹¹² Max Le Roy. L'évaluation du préjudice corporel. Paris, Libraire de la Cour de Cassation, 1989. p.66.

¹¹³ *Ibidem*, p.67.

con fundamento en el siguiente razonamiento que se transcribe in extenso¹¹⁴:

“Debe insistirse ahora, entonces, con mayor énfasis, en que el daño extrapatrimonial denominado en los fallos mencionados “daño a la vida de relación”, corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquélla, ni siquiera en los casos en que este daño extrapatrimonial –distinto del moral- es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización. En efecto, el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre.

“De otra parte, se precisa que una afectación de tal naturaleza puede surgir de diferentes hechos y no exclusivamente como consecuencia de una lesión corporal. De otra manera, el concepto resultaría limitado y, por lo tanto, insuficiente, dado que, como lo advierte el profesor Felipe Navia Arroyo, únicamente permitía considerar el perjuicio sufrido por la lesión a uno solo de los derechos de la personalidad, la integridad física¹¹⁵. Así, aquella afectación puede tener causa en cualquier hecho con virtualidad para provocar una alteración a la vida de relación de las personas, como una acusación calumniosa o injuriosa, la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de éste por otra persona...

(...)

“Debe advertirse, adicionalmente, que el perjuicio al que se viene haciendo referencia no alude, exclusivamente, a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, como parece desprenderse de la expresión préjudice d’agrement (perjuicio de agrado), utilizada por la doctrina civilista. No todas las actividades que, como consecuencia del daño causado, se hacen difíciles o imposibles, tendrían que ser calificadas de placenteras. Puede tratarse de simples actividades rutinarias, que ya no pueden realizarse, o requieren de un esfuerzo excesivo.

(...)

“De acuerdo con lo anterior, resulta, sin duda, más adecuada la expresión daño a la vida de relación, utilizada por la doctrina italiana, la cual acoge plenamente esta Corporación. Se advierte, sin embargo, que, en opinión de la Sala, no se trata simplemente de la afectación sufrida por las persona en su relación con los seres que la rodean. Este perjuicio extrapatrimonial puede afectar muchos otros actos de su vida, aun los de carácter individual, pero externos, y su relación, en general, con las cosas del mundo. En efecto, se trata, en realidad, de un daño extrapatrimonial a la

¹¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2000, exp.11842, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

¹¹⁵ NAVIA ARROYO, Felipe. Ensayo sobre la evolución del daño moral al daño fisiológico, próximo a publicarse. El doctor Navia Arroyo precisa, además, que el concepto de daño fisiológico – de acuerdo el alcance que, hasta ahora, le ha dado esta Corporación – corresponde al de perjuicio de agrado elaborado por la doctrina civilista francesa, y explica que la expresión daño fisiológico, en realidad, corresponde a una noción más amplia, también de creación francesa y aparentemente abandonada, que hace referencia a las repercusiones que puede tener una lesión permanente no sólo en la capacidad de gozar la vida de una persona, sino, en general, en sus condiciones de existencia, al margen de cualquier consecuencia patrimonial, por lo cual resultaría más cercana al concepto de daño a la vida de relación, elaborado por la doctrina italiana.

vida exterior; aquél que afecta directamente la vida interior sería siempre un daño moral”

En el precedente jurisprudencial interamericano de derechos humanos se sostiene,

“El daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones en las condiciones de existencia de la víctima o su familia. No siendo posible asignar al daño inmaterial un preciso equivalente monetario, sólo puede ser objeto de compensación, para los fines de la reparación integral a las víctimas, de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y, en segundo lugar, mediante otros medios cuyo objetivo es comprometer al Estado con los esfuerzos tendientes a que hechos similares no vuelvan a ocurrir”¹¹⁶.

Por lo anterior, es indiscutible que lo ocurrido en la toma de Las Delicias en el año 1996 le causó a Omar León Molina Castro un perjuicio fisiológico, en atención a los efectos que se derivan de la depresión, de la frustración o de la privación de los placeres de la vida tal como la jurisprudencia lo ha señalado

“5. Así mismo, tampoco constituye perjuicio de placer el caso en que la víctima, “a pesar de no presentar ninguna anomalía orgánica, a causa de la depresión en que se ve sumergido no puede realizar las actividades normales de la vida”¹¹⁷, perjuicio que debe entenderse indemnizado bajo el rubro de lucro cesante (ganancia o provecho frustrado), a fin de evitar la resurrección del fantasma del daño moral objetivado, concepto en el que la jurisprudencia buscó englobar en el pasado las llamadas repercusiones objetivas del daño moral”¹¹⁸

8.4. Medidas de satisfacción

La Sala para corresponderse con el precedente de la jurisprudencia del Corte Interamericana de Derechos Humanos, y con el objeto de proceder a la aplicación del principio de reparación integral, tendrá en cuenta la aplicación de medidas de satisfacción en atención a la gravedad e impacto causado en las familias de las víctimas y en la sociedad colombiana.

¹¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 2 de septiembre de 2004. Caso Instituto de Reeducación del menor vs. Paraguay. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ Sentencia del 6 de septiembre de 1993

Con fundamento en lo anterior, se encuentra que para resarcir plenamente el daño causado por la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional a los demandantes se tiene que con base en el principio de reparación integral, establecido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y en el artículo 8 de la Ley 975 de 2005, cuando se produce una vulneración a los derechos humanos es posible ordenar medias de justicia restaurativa, rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición o de carácter simbólico.

En reciente precedente de la Sala¹¹⁹, con ocasión de una condena impuesta al Ejército Nacional por la muerte de dos personas perpetrada por personal adscrito a dicha Institución, en hechos ocurridos el 22 de octubre de 1997, en el municipio de Ituango, Departamento de Antioquia, se pronunció sobre la **responsabilidad e indemnización de los Estados en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos**, su complementariedad con la indemnización en la Jurisdicción Contencioso Administrativa a nivel interno, así como el contenido y alcance del principio de “reparación integral” en el derecho interno colombiano:

“El Estado colombiano adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos mediante Ley 16 de 1972, y aceptó la competencia de la Corte a partir del 21 de julio de 1985; por tal razón, al ratificar este instrumento internacional y al aceptar la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado colombiano se obligó de forma voluntaria a acatar las decisiones de dicho tribunal, en los casos que resulte comprometida su responsabilidad (...) Por ser ésta una jurisdicción eminentemente subsidiaria, la responsabilidad estatal, bajo el sistema interamericano, sólo puede ser exigida, a nivel internacional, luego de que el Estado haya tenido la oportunidad de investigar, sancionar y reparar una presunta violación de derechos humanos con los recursos de su jurisdicción interna (...) Para que la Corte Interamericana pueda conocer de un caso de violación a los derechos humanos, necesariamente se tiene que haber tramitado de manera previa, el procedimiento ante la Comisión Interamericana, y se debe haber agotado una serie de requisitos, entre los que se encuentran: La materia o el asunto, debe versar sobre hechos que constituyan una trasgresión de los derechos humanos consagrados en alguno de los instrumentos que hacen parte del sistema interamericano, y que le atribuyan esa competencia a la Comisión Interamericana. Deben haber sido agotados los recursos contemplados en la jurisdicción interna, salvo las excepciones contempladas en la Convención Americana. La petición deberá ser presentada dentro de los seis meses siguientes al agotamiento de los recursos internos.

En cuanto a la imputación de responsabilidad internacional de un Estado dentro del sistema interamericano, la Corte señala que las infracciones a la

¹¹⁹ Sentencia de 19 de octubre de 2007, expediente 29.273, M.P. Enrique Gil Botero. Pueden consultarse, asimismo, las siguientes providencias: sentencia de 20 de febrero de 2008, expediente 16.996; sentencia de 28 de enero de 2009, expediente 30.340; sentencia de 11 de noviembre de 2009, expediente 35.529, todas con ponencia del doctor Enrique Gil Botero.

Convención no pueden ser juzgadas con aplicación de reglas que tengan en cuenta elementos de naturaleza psicológica, orientados a calificar la culpabilidad individual de sus autores. A efectos de este análisis, señala la Corte que, "la tesis de responsabilidad objetiva es la que más contribuye a asegurar la efectividad de un tratado de derechos humanos y la realización de su objeto y propósito." En ese contexto, la Corte Interamericana al atribuir la responsabilidad internacional a un Estado en particular, examina si ha existido alguna conducta que se constituya como violatoria de alguna obligación internacional, bien sea por acción u omisión, siempre que, en términos de la Convención Americana se haya faltado a los deberes de respeto y garantía, o cuando aquel Estado no ha adoptado la supresión de normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a lo previsto en la Convención Americana o también como consecuencia de la no expedición de normas y el no desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Así las cosas, se podría inferir que, en materia de responsabilidad en el sistema interamericano de derechos humanos, la Corte Interamericana, si bien manifiesta aplicar el régimen objetivo de responsabilidad, lo cierto es que a la luz de nuestra tradición jurídica, este tipo de imputación encuadraría en el régimen subjetivo, denominado por la jurisprudencia Colombiana como la falla o falta en el servicio, la cual consiste en el incumplimiento de una obligación a cargo del Estado.

En cuanto a las similitudes, diferencias y limitaciones en los regímenes de responsabilidad por violación a los Derechos Humanos que se establecen en la jurisdicción contencioso administrativa colombiana a través de la acción de reparación directa, y a las que se realizan en el sistema interamericano, las mismas, han sido objeto de estudio por parte de la Corte Interamericana en el caso de la masacre de Ituango contra el Estado Colombiano. Sin perjuicio de lo anterior, en el sistema interamericano de derechos humanos, se busca determinar principalmente, si en los casos sometidos a su conocimiento existió o no responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana sobre las personas sujetas a su jurisdicción, y que como consecuencia de ello, se ordene una reparación integral y adecuada en el marco de la Convención, que contenga las medidas tendientes a garantizar la rehabilitación, la satisfacción, y las garantías de no repetición. Por su parte, en el ordenamiento jurídico colombiano, una de las finalidades principales de la jurisdicción contencioso administrativa, a través de la acción de reparación directa es, precisamente, la de otorgar la correspondiente indemnización de perjuicios, producidos como consecuencia de un daño antijurídico imputable al Estado, que sin duda se puede referir a un derecho consagrado en la Convención.

En cuanto a las modalidades de reparación en el sistema interamericano, como se mencionó antes, las mismas pueden ser pecuniarias y no pecuniarias e incluyen: La restitución o *restitutio in integrum*, es el restablecimiento de las cosas a su estado normal o anterior a la violación, producto del ilícito internacional, es la forma perfecta de reparación, y que sólo en la medida en que dicha restitución no resulte accesible procede acordar otras medidas reparatorias. La indemnización por los perjuicios materiales sufridos por las víctimas de un caso en particular, comprende el daño material (daño emergente, lucro cesante) y el daño inmaterial. Rehabilitación, comprende la financiación de la atención médica y psicológica o siquiátrica o de los servicios sociales, jurídicos o de otra índole. Satisfacción, son medidas morales de carácter simbólico y colectivo, que comprende los perjuicios no materiales, como por ejemplo, el

reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, actos conmemorativos, bautizos de vías públicas, monumentos, etc. Garantías de no repetición, son aquellas medidas idóneas, de carácter administrativo legislativo o judicial, tendientes a que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones a su dignidad, entre las cuales cabe mencionar aquellas encaminadas a disolver los grupos armados al margen de la ley, y la derogación de leyes, entre otras”.

En ese orden de ideas, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos implica no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también supone la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual era posible la implementación de una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño (*strictu sensu*), sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos vulnerados. Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona específicamente con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas de rehabilitación, o de no repetición, ello no implica en manera alguna que no se repare íntegramente el perjuicio.

En el precedente jurisprudencial constitucional la reparación integral se entiende como un derecho cuya comprensión en clave de derecho internacional implica,

“El derecho de reparación, conforme al derecho internacional contemporáneo también presenta una dimensión individual y otra colectiva. Desde su dimensión individual abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, y comprende la adopción de medidas individuales relativas al derecho de (i) restitución, (ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv) satisfacción y (v) garantía de no repetición”¹²⁰.

En el precedente de la Sala se ha precisado que el principio de la reparación integral representa que el

“... Estado colombiano reconoce claramente el derecho que le asiste a toda persona a deprecar, de parte de la organización pública, o de cualquier particular que haya ocasionado una determinada lesión a la persona o a cosas, la correspondiente reparación integral del perjuicio, la cual deberá garantizarse en términos de equidad. En esa perspectiva, el Estado a nivel

¹²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-454 de 2006.

interno, se ve claramente comprometido a verificar la reparación integral de los daños que padezcan los asociados, principio del derecho resarcitorio que se ve igualmente reflejado en el ámbito internacional. Por lo tanto, la coexistencia del principio general del derecho referido a la “reparación integral del daño”, debe ser objeto de estudio, con el fin de determinar cuál es el alcance de este postulado normativo en el marco internacional, específicamente, en el relativo al Sistema Interamericano de Derechos Humanos -de ahora en adelante “SIDH”-, y cómo se proyecta en el contexto del derecho interno colombiano. Corresponderá, por consiguiente, definir a partir de este paralelo, ¿cuál debe ser el papel del Juez de lo Contencioso Administrativo en la aplicación de dichos axiomas?; ¿cómo debe armonizar el principio de “reparación integral” en el ámbito interno?, y ¿qué tanta influencia y fuerza vinculante proyecta en el derecho nacional este canon reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos? Es necesario, por lo tanto, abordar el estudio de la aplicación concreta del principio de reparación integral en el ordenamiento jurídico interno, así como la forma en la cual el mismo se relaciona y desarrolla a partir del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, específicamente a partir del concepto de resarcimiento del daño. Toda reparación parte de la necesidad de verificar la materialización de una lesión a un bien jurídico tutelado, o de una violación a un derecho o a un interés legítimo que, consecuentemente, implica la concreción de un daño que, igualmente, debe ser valorado como antijurídico, en la medida en que quien lo sufre no está obligado a soportarlo, como quiera que el ordenamiento jurídico no se lo impone”¹²¹.

Dicho principio, desde la perspectiva de los derechos humanos exige, siguiendo el precedente de la Sala,

“Toda violación a un derecho humano genera la obligación ineludible de reparar integralmente los daños derivados de dicho quebrantamiento. No todo daño antijurídico reparable (resarcible), tiene fundamento en una violación o desconocimiento a un derecho humano y, por lo tanto, si bien el perjuicio padecido deber ser reparado íntegramente, dicha situación no supone la adopción de medidas de justicia restaurativa. Como se aprecia, en la primera hipótesis, se enfrenta a una situación en la cual el operador judicial interno, dentro del marco de sus competencias, debe establecer a cabalidad la reparación integral del daño sufrido, en tanto, en estos eventos, según los estándares normativos vigentes (ley 446 de 1998 y 975 de 2005), se debe procurar inicialmente por la restitutio in integrum del perjuicio y de la estructura del derecho trasgredido, para que constatada la imposibilidad de efectuar en toda su dimensión la misma, pueda abordar entonces medios adicionales de reparación como la rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición y, adicionalmente el restablecimiento simbólico, entre otros aspectos. En otros términos, cuando se habla del análisis de hechos relacionados con la violación de derechos humanos, según los parámetros normativos y descriptivos contenidos en los preceptos de la Carta Política y en las normas internacionales que regulan la materia, el juez de lo contencioso administrativo no debe estar limitado por su función principal, es decir, la de establecer y decretar el resarcimiento económico de un perjuicio cuya valoración económica y técnica es posible en términos

¹²¹ Sentencia de 20 de febrero de 2008. Exp.16996.

actuariales, sino que debe ir mucho más allá, con el fin de que el principio de reparación integral se vea claramente materializado, para lo cual debe aplicar el conjunto de normas que le brindan suficientes instrumentos dirigidos a que se pueda materializar un efectivo restablecimiento integral del daño. Debe colegirse, por lo tanto, que el principio de reparación integral, entendido éste como aquel precepto que orienta el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo, debe ser interpretado y aplicado de conformidad con el tipo de daño producido, es decir, bien que se trate de uno derivado de la violación a un derecho humano, según el reconocimiento positivo del orden nacional e internacional o que se refiera a la lesión de un bien o interés jurídico que no se relaciona con el sistema de derechos humanos (DDHH). En esa perspectiva, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos supone, no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan, naturalmente, de una violación a las garantías de la persona, reconocidas nacional e internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del statu quo, motivo por el cual se adoptan una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que propenden por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos, máxime si se tiene en cuenta que tales vulneraciones, tienen origen en delitos o crímenes que son tipificados como de lesa humanidad. La anterior conclusión se impone, a todas luces, como quiera que, en estos eventos, el reconocimiento de una indemnización económica con miras al cubrimiento de un determinado perjuicio o detrimento, en modo alguno puede catalogarse como suficiente, toda vez que la persona o conglomerado social ven afectado un derecho que, en la mayoría de los casos, es de aquellos que pertenecen a la primera generación de derechos humanos y, por lo tanto, por regla general, se ven cercenadas garantías de naturaleza fundamental, sin las cuales la existencia del ser humano no es plena. En esa dirección, el juez de lo contencioso administrativo debe asumir una posición dinámica frente a las nuevas exigencias que le traza el ordenamiento jurídico interno, así como el internacional, toda vez que, la protección de los derechos humanos se ha convertido en un aspecto de regulación positiva que ha desbordado las barreras que, tradicionalmente habían sido fijadas por los Estados en su defensa acérrima del principio de soberanía nacional. Este nuevo cambio de paradigma, en el cual el sujeto y la sociedad son el eje fundamental del Estado (social y democrático de derecho), hacen que todo el ordenamiento jurídico internacional, tenga directo interés en la materialización real y efectiva de los derechos y garantías de los cuales es titular el ser humano. Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona, específicamente, con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas, de rehabilitación, o de no repetición, dicha circunstancia, per se, no supone que no se repare íntegramente el perjuicio. Lo anterior, por cuanto en estos eventos el daño antijurídico, no supone la afectación personal de un derecho o una garantía relacionada con el núcleo esencial del ser humano y con su posibilidad de vivir e interrelacionarse en términos de respeto absoluto a la dignidad del

individuo, sino que tiene su fundamento en el aminoramiento patrimonial padecido”¹²².

Con el objeto de corresponderse con el principio de reparación integral, la Sala conforme a los fundamentos del precedente jurisprudencial interamericano de derechos humanos, fijará una serie de medidas, los cuales sólo serán aplicables para especiales casos que como la toma de Las Delicias, representan un evento de grave e indiscutible violación de los derechos humanos de los ciudadanos-soldados que como Omar León Molina Castro sufrió por el incumplimiento del deber positivo (objetivo) del Estado en atender protección de la vida e integridad personal de sus propios uniformados.

En ese sentido, la Sala considera procedente ordenar i) la publicación de la presente sentencia, en un término de seis (6) meses, contados a partir de la notificación de la misma, en el Diario Oficial y de la parte resolutive de la misma en un diario de circulación nacional; ii) la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad por parte de las entidades demandadas y la declaración del Ministro de la Defensa de una política dirigida a corregir los fallos cometidos en esta base militar; iii) proveer al lesionado de un tratamiento psicológico, que permita su reinserción social y la superación de las huellas de la guerra; iv) solicitar, en virtud de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, de los reglamentos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la realización de un informe especial relativo a las violaciones de derechos humanos que se haya producido en los hechos del 30 de agosto de 1996 en la Base Militar de las Delicias, como consecuencia de las acciones tanto de la fuerza militar estatal, como del grupo armado insurgente que llevó a cabo el ataque; y; v) compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación para se investigue disciplinaria y penalmente los actos u omisiones de los altos mandos militares para la época de los hechos, en atención a la vulneración de los derechos humanos de los aquí víctimas.

FALLA

Revóquese la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 21 de junio de 2000 y en su lugar se resuelve:

¹²² Sentencia de 20 de febrero de 2008. Exp.16996.

PRIMERO: Declárese a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL administrativamente responsable por los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión de las lesiones padecidas por el señor Omar León Molina Castro, derivada del incumplimiento del deber positivo de protección de los derechos de los soldados con ocasión de la toma guerrillera de las Delicias, en el Departamento del Putumayo, el día 30 de agosto de 1996.

SEGUNDO. Condénese a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL a pagar por perjuicios morales a cada una de las siguientes personas los siguientes valores: a OMAR LEON MOLINA CASTRO (lesionado) cien (100) SMLMV; a DALILA CASTRO VALENCIA (madre) cien (100) SMLMV y HAROLD ALEXIS MOLINA CHAVARRO (hijo) cien (100) SMLMV. A cada uno de los hermanos, estos son, YUDI ANDREA MOLINA CASTRO (hermana); FAUSTINO VELASQUEZ CASTRO (hermano) y OLGA MARYURY MOLINA CASTRO (hermana) cincuenta (50) SMLMV.

TERCERO: Condénese a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL a pagar por concepto de **lucro cesante consolidado** el valor de CIENTO CUARENTA MILLONES CIENTO SESENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS (\$140.163.453,00); y por concepto de **lucro cesante futuro** la suma de NOVENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS (\$92.665.267), para un total por LUCRO CESANTE de DOSCIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS VEINTIOCHO MIL SETECIENTOS VEINTE PESOS (\$232.828.720).

CUARTO: Condénese a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL a pagar, por concepto de perjuicio fisiológico a favor de Omar León Molina Castro, el equivalente en pesos a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

QUINTO. CONDENASE a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL a pagar, por concepto de medidas de satisfacción a favor de los demandantes: i) la publicación de la presente sentencia, en un término de seis (6) meses, contados a partir de la notificación de la misma, en el Diario Oficial y de la

parte resolutive de la misma en un diario de circulación nacional; ii) la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad por parte de las entidades demandadas y la declaración del Ministro de la Defensa de una política dirigida a corregir los fallos cometidos en esta base militar; iii) proveer al lesionado de un tratamiento psicológico, que permita su reinserción social y la superación de las huellas de la guerra; iv) solicitar, en virtud de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, de los reglamentos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la realización de un informe especial relativo a las violaciones de derechos humanos que se haya producido en los hechos del 30 de agosto de 1996 en la Base Militar de las Delicias, como consecuencia de las acciones tanto de la fuerza militar estatal, como del grupo armado insurgente que llevó a cabo el ataque; y; v) compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación para se investigue disciplinaria y penalmente los actos u omisiones de los altos mandos militares para la época de los hechos, en atención a la vulneración de los derechos humanos de los aquí víctimas.

SEXTO: Dese cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

SEPTIMO: Sin condena en costas

OCTAVO: Devuélvase el expediente al Tribunal de origen una vez ejecutoriada la presente sentencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente de la Sala

OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO
Magistrado Ponente

ACLARACION DE VOTO DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO

TOMA GUERRILLERA DE LA BASE MILITAR LAS DELICIAS - Título de imputación aplicable. Falla del servicio.

De acuerdo con la anterior conclusión, debo manifestar que suscribí la sentencia bajo el entendimiento que el título aplicado en el caso concreto fue el de falla del servicio. En efecto, los informes de carácter técnico de las fuerzas militares permitieron a la Sala inferir que se había vulnerado el deber de protección y seguridad que la institución militar tenía con el soldado víctima de la toma subversiva de Las Delicias, ocurrida entre el 30 y 31 de agosto de 1996. (...) Sin duda, ante el panorama establecido en esa unidad militar era necesario declarar una falla del servicio probada, toda vez que las situaciones acreditadas en el proceso llevaron a deducir graves omisiones en el deber de protección de la vida e integridad personal de quienes se encontraban en esa base militar.

OPERACIONES DE GUERRA - Conflicto armado interno. Posibilidad enjuiciamiento de su ejecución / FUERZAS MILITARES - Conflicto armado interno. Operaciones de guerra. Enjuiciamiento de su actividad

Debo señalar, en todo caso, que la declaración de responsabilidad patrimonial se circunscribe a lo acontecido en el lugar y fecha descritos, por lo que mal podría caerse en generalizaciones y equívocos, como sería el de enjuiciar la conducción de operaciones de guerra por parte de las fuerzas militares en el conflicto armado interno, más aún cuando ha transcurrido un lapso superior a una década de la ocurrencia de los hechos objeto de la sentencia y las circunstancias de esa confrontación se han transformado radicalmente. Pero acaso lo decisivo en este aspecto, es que la cláusula de responsabilidad patrimonial del Estado, consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política, se orienta al resarcimiento de las víctimas de daños antijurídicos imputables al Estado y no a otro tipo de fines estatales, que competen de manera exclusiva a otras ramas del poder público.

IMPUTACION FACTICA - Omisiones. Comisión por omisión

En esa perspectiva, el problema jurídico que abordó la Sala, se contrajo a determinar si se dio una omisión por parte de la fuerza pública que posibilitó la materialización del daño reclamado, consistente en las lesiones causadas al soldado Omar León Molina Castro. Es decir, que la imputación fáctica contenida en el libelo demandatorio se dirigió a censurar la omisión en la que incurrió la demandada, que permitió que se concretara el daño antijurídico. Sobre el particular, y en relación con la figura de la comisión por omisión en materia de responsabilidad de la administración pública, la doctrina con excelente sindéresis ha precisado: “Los problemas fundamentales que se plantean, pues, en sede de omisión (y que son problemas de imputación), son la determinación de cuándo existe el deber jurídico de evitar el resultado (en definitiva, la determinación de cuándo se encuentra la Administración en posición de garante de la víctima) y la concreción del grado de capacidad evitadora del resultado que exigimos a la acción omitida, partiendo de valoración normativas, para imputar el resultado.”

IMPUTACION FACTICA - Posición de garante. Omisiones de quien se encuentra en posición de garante / POSICION DE GARANTE - Omisiones

Desde esa perspectiva, la posición de garante se erige como uno de los ejes basilares sobre los cuales se edifica el concepto de imputación fáctica, puesto que a partir del conjunto de principios establecidos en el artículo 1º de la Constitución Política, se hace responsable, desde diversas perspectivas jurídicas (penal,

disciplinaria, patrimonial, etc.) a la persona que con su omisión ha facilitado la producción del daño, lo que desvirtúa en el plano jurídico el principio causal según el cual a partir de la omisión no se deriva nada. En ese contexto, la posibilidad de atribuir resultados o daños, con base en un criterio normativo - jurídico, no es otra cosa distinta que la reivindicación de la multiplicidad de valores y principios jurídicos sobre los que se fundamenta el Estado Colombiano, es decir, como un Estado Social de Derecho, en el cual los asociados no solo se benefician de una gama de derechos y garantías, sino que, de igual manera, se encuentran conminados al cumplimiento de una serie de deberes (v.gr. principio de solidaridad, de dignidad humana, de tolerancia, etc.) sin los cuales la sociedad no podría funcionar.

FALLA DEL SERVICIO - Incumplimiento grave de las obligaciones estatales. Falla relativa del servicio

No se trata de endilgar una obligación de imposible cumplimiento al Estado, en los términos de la relatividad de la falla del servicio, sino que, en el caso concreto, se infiere que la administración pública tenía conocimiento de la situación y no adoptó las medidas necesarias para proteger la integridad personal del soldado lesionado. (...) Como se aprecia, la falla del servicio no puede ser analizada desde una perspectiva ideal, crítica o abstracta del funcionamiento del servicio, sino que debe ser estudiada desde un ámbito real que consulte las circunstancias de tiempo, modo, lugar y capacidad administrativa de la administración pública al momento de producción del daño. En el caso concreto estoy de acuerdo con que se declare la ocurrencia de una falla del servicio, ya que de la valoración en conjunto de las pruebas que obran en el proceso, aparece clara su configuración; no se trata de la atribución de un genérico y abstracto deber de protección sino de su grave incumplimiento, por parte de la administración, respecto de quienes se encontraban en esa unidad militar al momento del ataque armado.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la falla relativa del servicio, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de febrero 15 de 1996, exp. 9940.

DAÑOS CAUSADOS A LOS SOLDADOS CONSCRIPTOS - Títulos de responsabilidad aplicables

Por último, en relación con los títulos de imputación aplicables a los daños causados a soldados conscriptos, condición de la víctima del daño antijurídico en el presente proceso, la Sección Tercera de esta Corporación, ha avalado la posibilidad de que sean, en primera medida, aquellos de naturaleza objetiva, tales como el daño especial o el riesgo excepcional, y, de otro lado, el de la falla del servicio, siempre y cuando de los hechos y de las pruebas allegadas al proceso se encuentre acreditada la misma, como sucede en el proveído frente al cual aclaró mi voto. (...) En consecuencia, frente a los perjuicios ocasionados a soldados regulares, conscriptos, en la medida que su voluntad se ve doblegada por el imperium del Estado, al someterlos a la prestación de un servicio que, no es nada distinto, a la imposición de una carga o un deber público, es claro que la organización estatal debe responder bien porque frente a ellos el daño provenga de i) un rompimiento de las cargas públicas que no tenga la obligación jurídica de soportar; ii) de un riesgo excepcional que desborda aquel al que normalmente estaría sometido, y que puede tener origen en el riesgo actividad o en el riesgo de la cosa, o iii) de una falla del servicio, a partir de la cual se produce el resultado perjudicial.

NOTA DE RELATORIA: Sobre los títulos de imputación aplicables en casos de daños a conscriptos, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de julio 30 de 2008, exp. 18725, C.P. Ruth Stella Correa Palacio y octubre 15 de 2008, exp. 18586, C.P. Enrique Gil Botero

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO - Carga pública riesgosa. Relaciones de especial sujeción

Corresponde al juez, entonces, establecer si el daño antijurídico resulta atribuible al Estado, con fundamento en cualquiera de los títulos de imputación mencionados. No debe perderse de vista que, en tanto la administración pública imponga el deber de prestar el servicio militar, debe garantizar la integridad psicofísica del conscripto, en la medida en que es una persona que se encuentra sometida a su custodia y cuidado; además, por regla general, lo sitúa en una posición de riesgo, lo que, en términos de imputabilidad, significa que debe responder por los daños que le sean irrogados relacionados con la ejecución de la carga pública. Así mismo, se ha reiterado, que el Estado frente a los conscriptos y reclusos, al doblegar su voluntad, en ambos casos, y disponer de su libertad individual, entra en una relación de especial sujeción que lo hace sujeto responsable de los posibles daños que puedan padecer aquéllos, en el desarrollo de tal relación.

PERJUICIO FISIOLÓGICO - Daño a la salud. Diferente al concepto de daño a la vida de relación

En la providencia se evidencia la confusión existente en los tipos de daño inmateriales denominados “daño a la vida de relación” y “perjuicio fisiológico”. A mi modo de ver se incurre en un yerro en cuanto se identifica al “perjuicio fisiológico o daño a la salud” como una expresión de la categoría “daño a la vida de relación”. En la providencia se asimila al denominado “perjuicio fisiológico”, es decir el derivado de lesiones a la integridad psicofísica, para reiterar el criterio jurisprudencial actual, según el cual “el daño a la vida de relación” y, últimamente, la llamada “alteración grave a las condiciones de existencia” engloban todos los perjuicios inmateriales distintos o disímiles al daño moral. La confusión no podría ser mayor.

PERJUICIOS INMATERIALES RESARCIBLES - Dificultades para establecer su tipología

En ese orden de ideas, con las afirmaciones contenidas en la sentencia se agrava aún más la dificultad que existe en Colombia para determinar cuáles son los perjuicios inmateriales resarcibles –diferentes al daño moral–, pues no se define con claridad: i) si se indemniza el daño por sí mismo o lo que la doctrina denomina el “daño evento”, o si por el contrario se reparan las consecuencias exteriores de ese daño “daño consecuencia”, ii) cuáles son los bienes, derechos o intereses legítimos que tienen cabida en el plano de la responsabilidad y, por lo tanto, que ostentan el carácter de indemnizables, y iii) si el daño derivado de lesiones psicofísicas es posible resarcirlo a través de criterios objetivos y que contengan estándares que garanticen el principio de igualdad, toda vez que frente a una misma lesión podría eventualmente declararse una idéntica o similar reparación. Así las cosas, con la aserción contenida en la sentencia según la cual la expresión perjuicios fisiológicos debe entenderse incluida en la que ha señalado la posición mayoritaria de la Sala como “daño a la vida de relación” y la que se creía hasta ahora superada “privación de los placeres de la vida” genera una mayor problemática en el manejo de la tipología del perjuicio inmaterial, pues nada más

alejado a la realidad entender que el perjuicio fisiológico, daño biológico o a la salud es una expresión de la mencionada categoría. En mi criterio, muy respetuosamente, desde luego, con lo decidido, se entronizó la entropía en materia de ontología jurídica, cuando no se distingue que el daño a la vida de relación no es ni perjuicio moral, ni fisiológico, sino una entidad con autonomía que no ampara o protege la órbita interna o afectiva de la persona, como tampoco su integridad psicofísica o derecho a la salud, sino otra órbita de intereses legítimos que son relevantes para la responsabilidad. Con el agravante que dicha categoría ha sido desechada por la doctrina y la jurisprudencia comparada que le dio origen.

DAÑO A LA SALUD - Concepto. Perjuicio autónomo

(...) “el daño a la salud” reviste autonomía para la indemnización de perjuicios provenientes de la lesión a la integridad psicofísica, pues se trata de un tipo de daño que gana concreción, objetividad y razonabilidad respecto de las categorías abiertas que son prohijadas por el criterio mayoritario contenido en la providencia de la referencia (v.gr. alteración a las condiciones de existencia o daño a la vida de relación). (...) Así las cosas, me aparto de los señalamientos contenidos en el proveído como quiera que no obstante reconocer en un primer instante la importancia del “daño fisiológico o a la salud” a la hora de reparar lesiones psicofísicas de la víctima, en un giro copernicano se señaló que ese importante perjuicio hace parte de la vida de relación, criterio jurisprudencial que no comparto en lo absoluto porque trastoca el universo jurídico de los bienes resarcibles y la importancia de reparar el daño a partir de criterios o estándares objetivos y razonables que permitan garantizar los principios de igualdad material y de dignidad humana de las personas que reclaman la indemnización derivada afectaciones al derecho a la salud.

REPARACION INTEGRAL DEL DAÑO - No implica enriquecimiento sin causa

(...) el principio de reparación integral en Colombia (artículo 16 ley 446 de 1998) impone la obligación de que el juez, con apoyo en los cánones y principios constitucionales, establezca una “justa y correcta” medición del daño ocasionado, de tal forma que opere su resarcimiento o indemnización plena, sin que ello suponga, de otro lado, un enriquecimiento injustificado para la víctima. Por consiguiente, no debe perderse de vista que el derecho constitucional fluye a lo largo de todo el ordenamiento jurídico, situación que hace aún más compleja la valoración del daño, toda vez que la persona adquiere la condición de eje central del poder público y, por consiguiente, las constituciones políticas adquieren la connotación de antropocéntricas, en donde el sujeto es titular de un universo de derechos e intereses legítimos que deben ser protegidos, garantizados y reparados efectivamente en aquellos eventos en que se presenten lesiones injustificadas. (...) En consecuencia, la cuantificación del daño en que se ha inspirado el ordenamiento jurídico interno, obedece al criterio de la restitución in integrum cuyo objetivo es el restablecimiento patrimonial y/o espiritual, dañado por un hecho ilícito, o que el perjudicado no tenga la obligación de padecer, lo cual encuentra su fundamento y límite, se itera, en dos principios generales del derecho que además tienen soporte normativo: la reparación integral del daño (art. 16 ley 446 de 1998 y art. 2341 C.C.) y el enriquecimiento injusto (art. 8 ley 153 de 1887); por ello el resarcimiento debe cubrir nada más que el daño causado, pues si va más allá, representaría un enriquecimiento ilegítimo del afectado, y si es menor, constituiría un empobrecimiento correlativo, desnaturalizándose así los principios de dignidad humana y de igualdad, que constituyen pilares basilares del modelo Social de Derecho.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO16 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 2341 / LEY 153 DE 1887 - ARTICULO 8

SISTEMA DE RESPONSABILIDAD COLOMBIANO - Fundamentado en el daño antijurídico / DAÑO ANTIJURIDICO - Eje del sistema de responsabilidad colombiano

La anterior circunstancia motivó a que el Constituyente de 1991, diseñara y adoptara en el artículo 90 de la Carta Política, un sistema de responsabilidad estatal fundamentado en el daño antijurídico, en donde el elemento esencial de la responsabilidad se traslada de la conducta de la administración pública, para concentrarse en el producto de la misma, esto es, en la lesión o afectación que padece la persona. En ese orden de ideas, el paradigma del derecho de daños sufrió una significativa modificación con la expedición de la Carta Política de 1991, en donde el daño se eleva a la condición de elemento y punto central a la hora de analizar la responsabilidad de la organización estatal. Desde esa perspectiva, es claro que el derecho de daños ha tenido transformaciones de diversa índole que han significado que se ajuste a las nuevas perspectivas, desarrollos, riesgos y avances de la sociedad. De otro lado, lo que podría denominarse como la “constitucionalización del derecho de daños”, lleva de la mano que se presente una fuerte y arraigada imbricación entre los principios constitucionales y aquellos que, en el caso colombiano, se encuentran contenidos de antaño en el código civil.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 90

PERJUICIOS INMATERIALES - Tipología / PERJUICIO FISIOLÓGICO - Daño a la salud. Perjuicio autónomo / DAÑO A LA VIDA DE RELACION / Daño de placer. Perjuicio autónomo / ALTERACION GRAVE DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Modificación anormal del proyecto de vida. Perjuicio autónomo

En ese orden de ideas, es posible afirmar que se presentó un trastocamiento en la sistematización del perjuicio inmaterial diferente al moral, a partir de una confusión que se generó con la asimilación entre el daño biológico, fisiológico o a la salud con el préjudice d'agrément (daño de placer o de agrado), reconocido en el derecho francés, relacionado con la pérdida del placer o del disfrute que, en ocasiones, se deriva de la producción de un determinado daño, al no poder realizar las actividades (deportes, trabajos, hobbies, etc.) a las que estaba acostumbrado el sujeto. Ahora, con el criterio adoptado en el año 2007, la confusión relacionada con la tipología del perjuicio inmaterial se entronizó en mayor medida, como quiera que sin abandonar el contenido y alcance del concepto “daño a la vida de relación”, se mutó su nombre, para designarlo como “la alteración a las condiciones de existencia” (des troubles dans les conditions d'existence), lo cual a todas luces es incorrecto, puesto que este último corresponde a un perjuicio autónomo que tiene una dimensión distinta al perjuicio de placer o de agrado (daño a la vida de relación), y que se refiere a la modificación grave, sustancial y anormal del proyecto de vida que cada persona tiene trazado. Como se aprecia, el daño a la salud –denominado por la doctrina y jurisprudencia francesa como daño corporal o fisiológico, y en Italia biológico–, fue imbricado con el concepto de perjuicio de agrado y con la alteración a las condiciones de existencia, daños autónomos que han sido reconocidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, lo que desencadenó que un perjuicio de constatación y valuación objetiva como lo es aquél, fuera revestido por una condición indefinida o englobada en la que se puede dar cabida a cualquier

tipo de afectación, al margen de que se refleje en el ámbito externo o interno del sujeto, y sea liquidable en términos objetivos o subjetivos.

DAÑO A LA SALUD - Reconocimiento / DAÑO A LA SALUD - Lesión corporal

En consecuencia, se debería adoptar el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, el trastocamiento del derecho a la salud del individuo. Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), se podrán reclamar los siguientes tipos de perjuicios –siempre que estén acreditados en el proceso –: los materiales o patrimoniales de daño emergente y lucro cesante, y los inmateriales o no patrimoniales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal. No resulta pertinente suprimir la categoría del daño moral, a pesar de lo anfibiológico de su nominación, puesto que está encaminado, se insiste, a compensar económicamente la aflicción espiritual que se origina con un daño, mientras que el daño a la salud va dirigido a resarcir la modificación de la armonía psicofísica de la persona, como presupuesto básico para el ejercicio de otros derechos e intereses legítimos. (...) Desde esa perspectiva, se itera, el daño a la salud comprendería toda la órbita psicofísica del sujeto (daño corporal, daño sexual, daño psicológico, alteración o pérdidas anatómicas o funcionales, etc.), mientras que los demás derechos o bienes jurídicos en un criterio dinámico del daño adquirirían un escenario autónomo en donde el juez en cada caso concreto deberá valorar si el perjuicio está acreditado y si reviste la suficiente entidad para su reparación y resarcimiento, es decir, que no constituya un daño irrelevante.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C veinticinco (25) de mayo de dos mil once (2011).

Radicación número: 52001-23-31-000-1998-00515-01(18747)

Actor: DALILA CASTRO DE MOLINA Y OTROS

Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL

Referencia: ACLARACION DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales si bien comparto la decisión adoptada el 25 de mayo del año en curso, aclaro mi voto en relación con dos aspectos de la parte motiva que, de conformidad con la posición mayoritaria, quedaron plasmados en la respectiva providencia. El primero, en cuanto al régimen aplicado en el caso concreto y, el segundo, relacionado con el denominado perjuicio de alteración a las condiciones de existencia.

En la providencia señalada, se revocó la sentencia del 21 de julio de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo Nariño, y se declaró responsable a la demandada por las lesiones causadas al soldado Omar León Molina Castro “derivada del incumplimiento del deber positivo de protección de los derechos de los soldado con ocasión de la toma guerrillera de las Delicias, en el Departamento de Putumayo, el día 30 de agosto de 1996” (parte resolutive del fallo, folio 76).

1. Régimen de responsabilidad aplicado en el caso concreto

En la sentencia, en lo que concierne a la imputación jurídica contra la demandada se consideró lo siguiente:

“La Sala llega a la conclusión que las entidades aquí demandadas son responsables patrimonialmente de los daños causados a Omar León Molina Castro y a su familia, con fundamento en la indiscutible posición de garante institucional que residía en dicha entidades y como consecuencia directa de la creación de la situación objetiva de riesgo¹²³, ya que como se dijo atrás, estaba llamado a evitar los riesgos, debilidades y fallas que se cometieron en la Base Militar de Las Delicias, que permitió el ataque guerrillero, con el resultado funesto y desafortunado para las familias del demandante y todos los que resultaron víctimas del mismo, quienes debieron ser amparados como ciudadanos-soldados en sus derechos

¹²³ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo; PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en filosofía del derecho, 2006, pp. 65 y ss.

fundamentales y humanos. Fue, por lo tanto, la omisión protuberante, ostensible grave e inconcebible del Estado de la que se desprende la responsabilidad por el resultado dañoso de los demandantes, quien estaba en la obligación de ofrecer, por lo menos, una intervención proporcionada y adecuada a las circunstancias riesgosas creadas por el mismo, como se constató al afirmarse la inconveniencia de la existencia en ese lugar de la Base Militar” (folio 60 de la providencia).

De acuerdo con la anterior conclusión, debo manifestar que suscribí la sentencia bajo el entendimiento que el título aplicado en el caso concreto fue el de falla del servicio. En efecto, los informes de carácter técnico de las fuerzas militares permitieron a la Sala inferir que se había vulnerado el deber de protección y seguridad que la institución militar tenía con el soldado víctima de la toma subversiva de Las Delicias, ocurrida entre el 30 y 31 de agosto de 1996.

El fundamento probatorio del caso se encuentra establecido, principalmente, en el informe preliminar del Mayor General Alfredo García R. y en el “Caso táctico NR. 001 de 1996”, que obran en la investigación preliminar de las Fuerzas Militares, en los que se evidenciaron, por lo menos, 17 errores de ese carácter, en la defensa de esa unidad militar, entre los cuales cabe destacar:

“a) La infraestructura organizacional, la escasez de medios, las distancias y las condiciones geográficas del CUS [Comando Unificado del Sur], como organización militar, en las actuales circunstancias de guerra, no le permiten ejercer el mando en la forma que se requiere.

(...)

d) La ubicación y la misión de la base no justificaba su permanencia, como tampoco sus resultados operacionales.

(...)

f) No existía disponibilidad a nivel de Unidad Operativa Mayor (CUS), de una reserva para el empleo inmediato.

g) El CUS como Unidad Operativa Mayor, no dispone de una infraestructura de Inteligencia ni de apoyo aerotáctico para su empleo operacional.

(...)

ñ) Lo que se pudo aclarar con el personal era que en la base se vivía una situación totalmente administrativa. Las actividades eran apoyadas por un “Oficial de vivac”. Las instalaciones daban la sensación de una organización completamente administrativa menos la de una situación de combate.

o) Durante los cuatro días previos al ataque no se realizó ninguna actividad de tipo operacional, tales (sic) como: Censo de moradores, patrullajes perimétricos, reconocimiento y ubicación de puntos críticos, instalación de puestos avanzados de combate, instalación de alarmas y alerta temprana, instalación de trampas y ardides, descubiertas...” (folios 38 y 39 del proyecto).

El mencionado informe llevó a que, el 31 de agosto de 1998, la Procuraduría General de la Nación ordenara la separación absoluta del Brigadier General de Infantería de Marina y del Teniente Coronel del Ejército al mando del Comando Unificado del Sur y del Batallón de Infantería de Selva N 49, respectivamente, encargados de la unidad militar atacada para la época de los hechos, por incumplimiento de sus deberes para con las Fuerzas Militares, de conformidad con lo establecido en el Decreto 085 de 1989.

Sin duda, ante el panorama establecido en esa unidad militar era necesario declarar una falla del servicio probada, toda vez que las situaciones acreditadas en el proceso llevaron a deducir graves omisiones en el deber de protección de la vida e integridad personal de quienes se encontraban en esa base militar.

Debo señalar, en todo caso, que la declaración de responsabilidad patrimonial se circunscribe a lo acontecido en el lugar y fecha descritos, por lo que mal podría caerse en generalizaciones y equívocos, como sería el de enjuiciar la conducción de operaciones de guerra por parte de las fuerzas militares en el conflicto armado interno, más aún cuando ha transcurrido un lapso superior a una década de la ocurrencia de los hechos objeto de la sentencia y las circunstancias de esa confrontación se han transformado radicalmente. Pero acaso lo decisivo en este aspecto, es que la cláusula de responsabilidad patrimonial del Estado, consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política, se orienta al resarcimiento de las víctimas de daños antijurídicos imputables al Estado y no a otro tipo de fines estatales, que competen de manera exclusiva a otras ramas del poder público.

En esa perspectiva, el problema jurídico que abordó la Sala, se contrajo a determinar si se dio una omisión por parte de la fuerza pública que posibilitó la materialización del daño reclamado, consistente en las lesiones causadas al soldado Omar León Molina Castro. Es decir, que la imputación fáctica contenida en el libelo demandatorio se dirigió a censurar la omisión en la que incurrió la demandada, que permitió que se concretara el daño antijurídico. Sobre el particular, y en relación con la figura de la comisión por omisión en materia de responsabilidad de la administración pública, la doctrina con excelente sindéresis ha precisado:

“Los problemas fundamentales que se plantean, pues, en sede de omisión (y que son problemas de imputación), son la determinación de cuándo existe el deber jurídico de evitar el resultado (en definitiva, la determinación de cuándo se encuentra la Administración en posición de garante de la víctima)¹²⁴ y la concreción del grado de capacidad evitadora del resultado que exigimos a la acción omitida, partiendo de valoraciones normativas, para imputar el resultado.”¹²⁵

Ahora bien, frente a la posibilidad de emplear la posición de garante, como elemento normativo para la construcción de la imputación fáctica del resultado, la jurisprudencia de la Sala ha señalado:

“Por posición de garante debe entenderse aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho¹²⁶.

¹²⁴ “En la determinación de cuándo existe posición de garante o no del sujeto responsable no tiene ninguna incidencia que la responsabilidad se configure como objetiva o basada en la culpa. Aquella determinación constituye una cuestión previa: solo cuando se haya verificado que el sujeto estaba obligado a evitar el resultado entrará en juego la circunstancia de que la responsabilidad sea objetiva o no.”

¹²⁵ PUIGPELAT, Oriol Mir “La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria”, Ed. Civitas, Pág. 243 y 244.

¹²⁶ “La posición de garante trata de dar una explicación y respuesta teórica y coherente a la cuestión de cuáles son las condiciones que deben darse para que el no impedir la entrada de un resultado sea equiparable a la causación positiva del mismo. Según la opinión que aquí será defendida, sólo se puede alcanzar una solución correcta si su búsqueda se encamina directamente en la sociedad, pero ésta entendida como un sistema constituido por normas, y no si la problemática toma como base conceptos enigmáticos basados en el naturalismo de otrora, pues la teoría de la posición de garante, como aquí entendida, busca solucionar solamente un problema normativo-social, que tiene su fundamento en el concepto de deber jurídico.” Cf. PERDOMO Torres, Jorge Fernando “La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión”, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2001, Pág. 17 a 20. Ver igualmente: LOPEZ Díaz, Claudia “Introducción a la Imputación Objetiva”, Ed. Universidad Externado de Colombia; JAKOBS, Günther “Derecho Penal – Parte General”, Ed. Marcial Pons; ROXIN, Claus “Derecho Penal – Parte General “Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito”, Ed. Civitas.

“Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley –en sentido material– atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida.^{127,128}

De otro lado, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, acerca del contenido y alcance de la mencionada institución ha sostenido, en sentencia de unificación de jurisprudencia, lo siguiente:

“(…) En una grave violación a los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquel que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión. En virtud del principio de igualdad, cuando la acción y la omisión son estructural y axiológicamente idénticas, las consecuencias deben ser análogas: Si la conducta activa es ajena al servicio, también deberá serlo el comportamiento omisivo. **Un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal.** Las fuerzas militares tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del derecho internacional humanitario (restricción absoluta aun frente a los estados de excepción según lo dispone el artículo 214 de la Constitución) y los derechos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Colombia, no pueden ser suspendidos durante tales estados. **Permitir que ocurran, sea porque activamente intervienen en ellas o porque omiten el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos, constituye una flagrante violación a la posición de garante de las**

¹²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de octubre de 2007, exp. 15567, C.P.: Enrique Gil Botero.

¹²⁸ Ver igualmente: sentencias de 15 de octubre de 2008, exp. 18586, C.P.: Enrique Gil Botero, de 20 de febrero de 2008, exp. 16996, C.P.: Enrique Gil Botero, de 1º de octubre de 2008, exp. 27268, C.P.: Enrique Gil Botero.

De igual manera, el Consejo de Estado ha sostenido que los eventos señalados en el Código Penal, como constitutivos de posición de garante, son igualmente extensivos a la responsabilidad extracontractual del Estado, motivo por el cual son aplicables para definir en qué casos un daño antijurídico es imputable a la organización estatal. Así las cosas, las causales de posición de garante, para efectos de imputar responsabilidad o daños causados, se encuentran contenidas en el artículo 25 del Código Penal (que regula la acción y omisión), y su análisis y aplicación puede ser trasladado a la responsabilidad extracontractual del Estado, con precisas salvedades. Tales circunstancias son las siguientes:

“Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.”

condiciones mínimas y básicas de la organización social y, por lo mismo, nunca podrán considerarse como un acto relacionado con el servicio. En suma, desde el punto de vista estrictamente constitucional, resulta claro que las Fuerzas Militares ocupan una posición de garante para el respeto de los derechos fundamentales de los colombianos. La existencia de esa posición de garante significa que el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia). Las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; estas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho.”¹²⁹

Desde esa perspectiva, la posición de garante se erige como uno de los ejes basales sobre los cuales se edifica el concepto de imputación fáctica, puesto que a partir del conjunto de principios establecidos en el artículo 1º de la Constitución Política, se hace responsable, desde diversas perspectivas jurídicas (penal, disciplinaria, patrimonial, etc.) a la persona que con su omisión ha facilitado la producción del daño, lo que desvirtúa en el plano jurídico el principio causal según el cual a partir de la omisión no se deriva nada¹³⁰. En ese contexto, la posibilidad de atribuir resultados o daños, con base en un criterio normativo - jurídico, no es otra cosa distinta que la reivindicación de la multiplicidad de valores y principios jurídicos sobre los que se fundamenta el Estado Colombiano, es decir, como un Estado Social de Derecho, en el cual los asociados no solo se benefician de una gama de derechos y garantías, sino que, de igual manera, se encuentran conminados al cumplimiento de una serie de deberes (v.gr. principio de solidaridad, de dignidad humana, de tolerancia, etc.) sin los cuales la sociedad no podría funcionar¹³¹.

¹²⁹ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹³⁰ “Ex nigilo nili fit”. De la nada, nada.

¹³¹ “Estas posiciones de garantía están acordes constitucionalmente con el principio de solidaridad, el cual, principalmente viene exigido cuando se trata de la protección de bienes jurídicos relacionados con la vida e integridad personal... Sobre esto ha dicho la Corte Constitucional: “La solidaridad es un valor constitucional que sirve de pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas situaciones.” Los deberes constitucionales son patrones de conducta social impuestos por el Constituyente a todo ciudadano, más no exigibles, en principio, como consecuencia de su mera consagración en la Carta Política, sino en virtud de una ley que los desarrolle.” OVIEDO Pinto, María Leonor “La posición de garante”, Ed. Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá, Pág. 138.

No se trata de endilgar una obligación de imposible cumplimiento al Estado, en los términos de la relatividad de la falla del servicio, sino que, en el caso concreto, se infiere que la administración pública tenía conocimiento de la situación y no adoptó las medidas necesarias para proteger la integridad personal del soldado lesionado. La Sala, al respecto, ha señalado:

“No es el Estado un asegurador general, obligado a reparar todo daño, en toda circunstancia, pues la administración de justicia, debe observar la ley sustantiva, consultar la jurisprudencia e inspirarse en la equidad, para aplicar los principios de derecho y fundamentar las decisiones en las diversas tesis sobre los cuales se edifica y sirve de razón a la imputación del deber reparador. Así en el caso presente la relatividad del servicio debe entenderse en cuanto no era exorbitante disponer, porque existían elementos materiales y humanos para una misión debida. Se ha dicho que al Estado se le deben exigir los medios que corresponden a su realidad, haciendo caso omiso de las utopías de la concepción ideal del Estado perfecto, omnipotente y omnipresente. A esto se ha llamado la teoría de la relatividad del servicio, a fin de no pedir más de lo posible, pero con la misma lógica debe concluirse que el Estado debe hacer todo cuanto está a su alcance.”¹³²

Como se aprecia, la falla del servicio no puede ser analizada desde una perspectiva ideal, crítica o abstracta del funcionamiento del servicio, sino que debe ser estudiada desde un ámbito real que consulte las circunstancias de tiempo, modo, lugar y capacidad administrativa de la administración pública al momento de producción del daño.

En el caso concreto estoy de acuerdo con que se declare la ocurrencia de una falla del servicio, ya que de la valoración en conjunto de las pruebas que obran en el proceso, aparece clara su configuración; no se trata de la atribución de un genérico y abstracto deber de protección sino de su grave incumplimiento, por parte de la administración, respecto de quienes se encontraban en esa unidad militar al momento del ataque armado.

¹³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de febrero de 1996, exp. 9940, Jesús María Carrillo.

Por último, en relación con los títulos de imputación aplicables a los daños causados a soldados conscriptos, condición de la víctima del daño antijurídico en el presente proceso, la Sección Tercera de esta Corporación, ha avalado la posibilidad de que sean, en primera medida, aquellos de naturaleza objetiva, tales como el daño especial o el riesgo excepcional, y, de otro lado, el de la falla del servicio, siempre y cuando de los hechos y de las pruebas allegadas al proceso se encuentre acreditada la misma, como sucede en el proveído frente al cual aclaró mi voto.

Al respecto, la jurisprudencia de la Sección, ha puntualizado¹³³:

“Atendiendo a las condiciones concretas en las que se produjo el hecho, la Sala ha aplicado en la solución de los casos, los distintos regímenes de responsabilidad. Así, ha decidido la responsabilidad del Estado bajo el régimen de daño especial cuando el daño se produjo como consecuencia del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas¹³⁴; el de falla probada cuando la irregularidad administrativa produjo el daño y, el de riesgo cuando éste proviene o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos¹³⁵; pero, en todo caso, ha considerado que el daño no será imputable al Estado cuando se haya producido por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero, por rompimiento del nexo causal. En providencia de 2 de marzo de 2000, dijo la Sala:

¹³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 2008, exp. 18.725, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Reiterada en sentencia del 15 de octubre de 2008, exp. 18586, M.P. Enrique Gil Botero

¹³⁴ En sentencia del 10 de agosto de 2005, exp: 16.205, la Sala al resolver la demanda instaurada con el fin de obtener la indemnización de los perjuicios causados por las lesiones sufridos por un soldado, quien en cumplimiento de la orden proferida por su superior jerárquico, de 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 Ariporo dentro del servicio y con ocasión de él, se tropezó cayendo contra la maleza, lesionándose el ojo derecho”.

¹³⁵ En sentencia de 28 de abril de 2005, exp. 15.445, dijo la Sala: “En el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado la jurisprudencia ha aplicado varios títulos jurídicos de imputación en relación a los conscriptos. Generalmente se acude al de daño especial cuando el “daño” tiene su causa en el rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas. Sin embargo cuando la causa de los daños se origina en otro tipo de hechos, según estos debe aplicarse el de falla probada cuando la irregularidad administrativa produjo el daño y el de riesgo cuando los conscriptos sufren daños con causa y por razón del servicio que provienen o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos...Ha partido de la regulación legal especial contemplada para la Fuerza Pública y en especial para los conscriptos, y ha concluido que cuando las pruebas son indicadoras de que los hechos ocurrieron por el riesgo a que fueron expuestos los conscriptos no se requiere realizar valoración subjetiva de conducta del demandado; que sólo es necesario demostrar: el ejercicio por parte del Estado de una actividad de riesgo en desarrollo del servicio militar prestado -o por su destinación o por su estructura-; el daño antijurídico; y el nexo de causalidad eficiente y determinante entre ese riesgo y el daño causado al conscripto; y que el demandado sólo se exonera por causa extraña, es decir por el hecho exclusivo del tercero o de la víctima y fuerza mayor”.

“...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”¹³⁶.

En consecuencia, frente a los perjuicios ocasionados a soldados regulares, conscriptos, en la medida que su voluntad se ve doblegada por el *imperium* del Estado, al someterlos a la prestación de un servicio que, no es nada distinto, a la imposición de una carga o un deber público, es claro que la organización estatal debe responder bien porque frente a ellos el daño provenga de i) un rompimiento de las cargas públicas que no tenga la obligación jurídica de soportar; ii) de un riesgo excepcional que desborda aquel al que normalmente estaría sometido, y que puede tener origen en el riesgo actividad o en el riesgo de la cosa, o iii) de una falla del servicio, a partir de la cual se produce el resultado perjudicial.

Corresponde al juez, entonces, establecer si el daño antijurídico resulta atribuible al Estado, con fundamento en cualquiera de los títulos de imputación mencionados. No debe perderse de vista que, en tanto la administración pública imponga el deber de prestar el servicio militar, debe garantizar la integridad psicofísica del conscripto, en la medida en que es una persona que se encuentra sometida a su custodia y cuidado; además, por regla general, lo sitúa en una posición de riesgo, lo que, en términos de imputabilidad, significa que debe responder por los daños que le sean irrogados relacionados con la ejecución de la carga pública.

Así mismo, se ha reiterado, que el Estado frente a los conscriptos y reclusos, al doblegar su voluntad, en ambos casos, y disponer de su libertad individual, entra en una relación de especial sujeción que lo hace sujeto responsable de los posibles daños que puedan padecer aquéllos, en el desarrollo de tal relación.

2. En cuanto al perjuicio fisiológico

¹³⁶ Sentencia del 2 de marzo de 2000. Expediente 11.401. C.P. Alier Hernández Henríquez.

En el proveído, en cuanto concierne a la tipología del perjuicio inmaterial, diferente al moral, se consignó lo siguiente:

“Se pudo comprobar que sufrió profundas alteraciones el señor Molina Castro, no sólo como consecuencia de la incapacidad dictaminada, sino esencialmente por los rigores que la guerra imprime en la vida de personas que por su extracción social , condiciones de vida y expectativas de progreso personal han visto limitadas y restringidas sus respectivas esferas de desenvolvimiento social , lo que lleva a que se revela, como se deduce de la prueba testimonial, en la presencia de un trauma psicológico que perturba el despliegue de las actividades que ordinariamente realicen los mencionados soldados.

(...)

“Por lo anterior, es indiscutible que lo ocurrido en la toma de Las Delicias en el año 1996 le causó a Omar León Molina Castro un perjuicio fisiológico, en atención a los efectos que se derivan de la depresión, de la frustración o de la privación de los placeres de la vida tal como la jurisprudencia lo ha señalado...” (folios 66 y 68 de la providencia).

Los motivos que me llevan a aclarar el voto guardan relación con mi posición frente al denominado el *daño a la vida de relación* y la inconveniencia de su aplicación en la jurisprudencia de la Sala, dada su ambigüedad, así como la confusión que se ha generado con *la alteración a las condiciones de existencia*.

En la providencia se evidencia la confusión existente en los tipos de daño inmateriales denominados “daño a la vida de relación” y “perjuicio fisiológico”. A mi modo de ver se incurre en un yerro en cuanto se identifica al “perjuicio fisiológico o daño a la salud” como una expresión de la categoría “daño a la vida de relación”. En la providencia se asimila al denominado “perjuicio fisiológico”, es decir el derivado de lesiones a la integridad psicofísica, para reiterar el criterio jurisprudencial actual, según el cual “el daño a la vida de relación” y, últimamente, la llamada “alteración grave a las condiciones de existencia” engloban todos los

perjuicios inmateriales distintos o disímiles al daño moral. La confusión no podría ser mayor.

En ese orden de ideas, con las afirmaciones contenidas en la sentencia se agrava aún más la dificultad que existe en Colombia para determinar cuáles son los perjuicios inmateriales resarcibles –diferentes al daño moral–, pues no se define con claridad: i) si se indemniza el daño por sí mismo o lo que la doctrina denomina el “daño evento”, o si por el contrario se reparan las consecuencias exteriores de ese daño “daño consecuencia”, ii) cuáles son los bienes, derechos o intereses legítimos que tienen cabida en el plano de la responsabilidad y, por lo tanto, que ostentan el carácter de indemnizables, y iii) si el daño derivado de lesiones psicofísicas es posible resarcirlo a través de criterios objetivos y que contengan estándares que garanticen el principio de igualdad, toda vez que frente a una misma lesión podría eventualmente declararse una idéntica o similar reparación.

Así las cosas, con la aserción contenida en la sentencia según la cual la expresión perjuicios fisiológicos debe entenderse incluida en la que ha señalado la posición mayoritaria de la Sala como “daño a la vida de relación” y la que se creía hasta ahora superada “privación de los placeres de la vida” genera una mayor problemática en el manejo de la tipología del perjuicio inmaterial, pues nada más alejado a la realidad entender que el perjuicio fisiológico, daño biológico o a la salud es una expresión de la mencionada categoría. En mi criterio, muy respetuosamente, desde luego, con lo decidido, se entronizó la entropía en materia de ontología jurídica, cuando no se distingue que el daño a la vida de relación no es ni perjuicio moral, ni fisiológico, sino una entidad con autonomía que no ampara o protege la órbita interna o afectiva de la persona, como tampoco su integridad psicofísica o derecho a la salud, sino otra órbita de intereses legítimos que son relevantes para la responsabilidad. Con el agravante que dicha categoría ha sido desechada por la doctrina y la jurisprudencia comparada que le dio origen.

De otro lado, en proveído del 9 de mayo de 2011¹³⁷, la Subsección C de esta Sección señaló que “el daño a la salud” reviste autonomía para la indemnización de perjuicios provenientes de la lesión a la integridad psicofísica, pues se trata de un tipo de daño que gana concreción, objetividad y razonabilidad respecto de las categorías abiertas que son prohijadas por el criterio mayoritario contenido en la providencia de la referencia (v.gr. alteración a las condiciones de existencia o daño a la vida de relación). En el citado pronunciamiento se discurrió así:

“En consecuencia, el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y aflictiva del ser humano; el daño a la salud garantizaría un resarcimiento equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona; y, por último, se deja abierta la posibilidad de que los jueces reparen los demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima directa o de los perjudicados que logren acreditar efectivamente que padecieron ese daño autónomo e independiente, sin que quede cobijado por la tipología antes delimitada (v.gr. el derecho al buen nombre). La aplicación estricta del paradigma que aquí se defiende, garantiza la reparación estática y dinámica del perjuicio, esto es, los efectos internos y externos, subjetivos y objetivos, individuales y colectivos que la lesión antijurídica o injusta desencadena en el sujeto y las personas que constituyen su entorno.

“Así las cosas, la jurisprudencia nacional ha restringido la posibilidad de indemnizar daños en sí mismos, para concentrarse en las manifestaciones externas, relacionales o sociales que desencadena el daño, circunstancia que limita ampliamente la reparación integral de todos los derechos, bienes o intereses constitucional o legalmente protegidos y, de manera adicional, radica un problema de tipo lógico y práctico, en tanto puede conllevar a que ciertos perjuicios que pertenecen a la órbita interna del sujeto queden por fuera de la tutela judicial.

“De otra parte, no se trata de una reparación arbitraria e indefinida del daño, sino que atiende a la necesidad de indemnizar de forma autónoma e independiente, las diversas afecciones que sufre la persona frente a la concreción del daño antijurídico, de tal forma que se repare de manera integral el perjuicio, con fundamento no en los efectos externos o que se pueden exteriorizar a causa del hecho

¹³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de mayo de 2011, exp. 19031, M.P. Enrique Gil Botero.

dañoso, sino con el criterio de que se indemnicen todas las lesiones que sean irrogadas a bienes o derechos, lo que refleja una mejor concepción del Estado Social de Derecho, en el cual el ser humano y las garantías de las que es titular son el fin último del ejercicio del poder público y la razón de ser de la organización estatal.

“Por lo anterior, y de conformidad con el acta de la junta médica laboral, en la que consta la amputación de la pierna derecha con conservación de la rodilla realizada a Antonio José Vigoya Giraldo, se hace evidente el daño a la salud, por el cual se le reconocerá por este concepto el valor de 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

Así las cosas, me aparto de los señalamientos contenidos en el proveído como quiera que no obstante reconocer en un primer instante la importancia del “daño fisiológico o a la salud” a la hora de reparar lesiones psicofísicas de la víctima, en un giro copernicano se señaló que ese importante perjuicio hace parte de la vida de relación, criterio jurisprudencial que no comparto en lo absoluto porque trastoca el universo jurídico de los bienes resarcibles y la importancia de reparar el daño a partir de criterios o estándares objetivos y razonables que permitan garantizar los principios de igualdad material y de dignidad humana de las personas que reclaman la indemnización derivada afectaciones al derecho a la salud.

Entonces, en mi criterio, es necesario regresar a tipos indemnizatorios reconocidos de tiempo atrás por la jurisprudencia y, a partir de ellos, crear unos nuevos que permitan coherencia en la aplicación del principio de reparación integral, establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998. Esto es, recuperar el significado primigenio del daño fisiológico o a la salud, que sería el hilo conductor del daño inmaterial diferente del moral que se pretende establecer, y a partir de allí indemnizar de acuerdo con los derechos fundamentales afectados patrimonialmente por el hecho dañoso.

En efecto, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en varias providencias que han sido proferidas desde el año 2007¹³⁸, ha reconocido que el *perjuicio fisiológico*, hoy daño a la vida de relación, se encuentra inmerso dentro de lo que se denomina perjuicio a las *alteraciones a las condiciones de existencia*.

El citado criterio parte de la interpretación de dos providencias proferidas en el año 2007¹³⁹, en las cuales la Sala se refirió a la alteración a las condiciones de existencia como un perjuicio autónomo e independiente al daño a la vida de relación, para dar a entender ahora que simplemente operó un cambio en la denominación del perjuicio, sin que puedan existir de manera autónoma. En otros términos, pareciera que el criterio fijado en la jurisprudencia es a que el *daño a la vida de relación* adopte un nuevo nombre, bajo el epígrafe de *alteración a las condiciones de existencia*, circunstancia que es a todas luces incorrecta.

En efecto, el principio de reparación integral en Colombia (artículo 16 ley 446 de 1998) impone la obligación de que el juez, con apoyo en los cánones y principios constitucionales, establezca una “justa y correcta” medición del daño ocasionado, de tal forma que opere su resarcimiento o indemnización plena, sin que ello suponga, de otro lado, un enriquecimiento injustificado para la víctima.

Por consiguiente, no debe perderse de vista que el derecho constitucional fluye a lo largo de todo el ordenamiento jurídico, situación que hace aún más compleja la valoración del daño, toda vez que la persona adquiere la condición de eje central del poder público y, por consiguiente, las constituciones políticas adquieren la connotación de antropocéntricas, en donde el sujeto es titular de un universo de derechos e intereses legítimos que deben ser protegidos, garantizados y reparados efectivamente en aquellos eventos en que se presenten lesiones injustificadas.

¹³⁸ Sobre la referida problemática, se pueden consultar los siguientes documentos: aclaración de voto a la sentencia del 4 de junio de 2008, exp. 15.657, M.P. Myriam Guerrero de Escobar, aclaración de voto a la sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003 – 385 M.P. Mauricio Fajardo Gómez, y aclaración de voto a la sentencia de 1º de diciembre de 2008, exp. 17.744, M.P. Enrique Gil Botero.

¹³⁹ Sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003 – 385 M.P. Mauricio Fajardo Gómez y sentencia del 18 de octubre de 2007, exp. AG-029.

La anterior circunstancia motivó a que el Constituyente de 1991, diseñara y adoptara en el artículo 90 de la Carta Política, un sistema de responsabilidad estatal fundamentado en el daño antijurídico, en donde el elemento esencial de la responsabilidad se traslada de la conducta de la administración pública, para concentrarse en el producto de la misma, esto es, en la lesión o afectación que padece la persona. En ese orden de ideas, el paradigma del derecho de daños sufrió una significativa modificación con la expedición de la Carta Política de 1991, en donde el daño se eleva a la condición de elemento y punto central a la hora de analizar la responsabilidad de la organización estatal.

En efecto, así se anticipó la Corte Suprema de Justicia durante el período de la corte de oro, cuando reflexionó en los siguientes términos:

“Ya el ilustre expositor Giorgi apuntaba lo siguiente en alguno de los primeros años de este siglo: “El mundo marcha, y la ley del progreso, que todo lo mueve, no puede detenerse cristalizando la ciencia. El resarcimiento de los daños, es entre todos los temas jurídicos, el que siente más que otro alguno la influencia de la conciencia popular y debe proporcionarse a las necesidades morales y económicas de la convivencia social. La doctrina, pues, del resarcimiento debe ajustarse a ella siguiendo sus progresos...”

“Ese movimiento profundo de las ideas en los últimos años, tiende a ampliar aun más el concepto fundamental de la responsabilidad, para así sancionar hechos lesivos del interés de terceros que antes no generaban reparación. Dada la complejidad de la vida social moderna y el desigual poderío de los individuos que ello ha venido a ocasionar, es natural que la doctrina contemporánea preconice un análisis más hondo y sutil de las ideas de causa y daño...”¹⁴⁰

Desde esa perspectiva, es claro que el derecho de daños ha tenido transformaciones de diversa índole que han significado que se ajuste a las nuevas

¹⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 21 de febrero de 1938, G.J. No.1932, pág. 58.

perspectivas, desarrollos, riesgos y avances de la sociedad. De otro lado, lo que podría denominarse como la “constitucionalización del derecho de daños”, lleva de la mano que se presente una fuerte y arraigada imbricación entre los principios constitucionales y aquellos que, en el caso colombiano, se encuentran contenidos de antaño en el código civil.

En consecuencia, la cuantificación del daño en que se ha inspirado el ordenamiento jurídico interno, obedece al criterio de la *restitutio in integrum* cuyo objetivo es el restablecimiento patrimonial y/o espiritual, dañado por un hecho ilícito, o que el perjudicado no tenga la obligación de padecer, lo cual encuentra su fundamento y límite, se itera, en dos principios generales del derecho que además tienen soporte normativo: la reparación integral del daño (art. 16 ley 446 de 1998 y art. 2341 C.C.) y el enriquecimiento injusto (art. 8 ley 153 de 1887); por ello el resarcimiento debe cubrir nada más que el daño causado, pues si va más allá, representaría un enriquecimiento ilegítimo del afectado, y si es menor, constituiría un empobrecimiento correlativo, desnaturalizándose así los principios de dignidad humana y de igualdad, que constituyen pilares basilares del modelo Social de Derecho¹⁴¹.

Ahora bien, la reparación del daño material o patrimonial no ha sido un aspecto problemático sobre el que se presenten mayores dificultades en cuanto a la determinación y cuantificación por parte de la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera; sin embargo, no ocurre igual con el perjuicio inmaterial o no patrimonial, puesto que uno de los grandes problemas actuales de la responsabilidad extracontractual –civil y del Estado– consiste en el diseño del sistema idóneo de reparación del mismo, que no sirva como fuente de enriquecimiento injustificado. La adopción de una teoría estructurada en esta

¹⁴¹ “En otras palabras, el juez, al considerar como de recibo una demanda resarcitoria, puede dar cabida dentro de los intereses sociales dignos de tutela a un cierto comportamiento, una expresión, un anhelo, de un individuo o de un grupo, que antes no la tenía, con lo que establece o fija un límite para la sociedad; este límite también se establece, como es obvio, en el caso contrario, es decir, cuando el juez niega la inclusión de un interés discutido, en la escala de los valores sociales.” CORTES, Edgar “Responsabilidad Civil y daños a la persona – El daño a la salud en la experiencia italiana ¿un modelo para América Latina?”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pág. 13.

materia, garantiza que se satisfagan verdaderos parámetros de igualdad, en donde para las circunstancias iguales se decreten medidas exactas o similares¹⁴².

Definido lo anterior, es claro que para efectuar el análisis del perjuicio, se debe abordar el estudio de lo que se conoce como la “tipología del perjuicio”, esto es, el examen, valoración y fijación de los estándares de indemnización que pueden ser objeto de reconocimiento, lo que se hace a partir de la respuesta a los siguientes interrogantes: i) ¿Qué se indemniza?, ii) ¿Cuál es el criterio para determinar la necesidad de reconocimiento de un perjuicio indemnizable?, iii) ¿Se indemniza el perjuicio por sí mismo, o las consecuencias apreciables que él produce (internas o externas), siempre y cuando sean valorables?, iv) ¿Cuál orientación tiene el ordenamiento jurídico Colombiano en relación con la reparación del perjuicio; se indemnizan las consecuencias del daño o se reparan las afectaciones a los diferentes bienes o intereses jurídicos?

Como se observa, existe toda una serie de cuestionamientos que el juez debe formularse, con el fin de establecer una posición en la materia, lo que implica, a todas luces, un ejercicio hermenéutico e interpretativo a partir del análisis de las normas constitucionales que regulan la responsabilidad patrimonial del Estado, para con fundamento en ello, arribar a las conclusiones que consulten los parámetros efectivos de justicia material, en lo que concierne a la reparación integral.

En nuestro ordenamiento jurídico, y específicamente la jurisprudencia contencioso administrativa ha reconocido como daños indemnizables, los de tipo material esto es, el daño emergente y el lucro cesante (artículo 1614 del Código Civil), así como los inmateriales, género éste en el que se han decretado condenas por concepto de perjuicios morales y fisiológicos, categoría esta última en la que desde que fue reconocida por primera vez en 1993, ha sido denominada de diversa forma, en ocasiones “daño a la vida de relación” o “alteración a las condiciones de

¹⁴² “lo que no se puede tolerar es que el tratamiento diferenciado, que se deduce de la interpretación de las normas tradicionales de la responsabilidad, beneficie a aquellos que se encuentran en una situación de privilegio.” CORTES, Edgar Ob. Cit. Pág. 15.

existencia”, pero con un sustrato idéntico, esto es, la pérdida de placer en la realización de una actividad o alteración grave que produce el daño en las relaciones del sujeto con su entorno.

En efecto, en la sentencia del 6 de septiembre de 1993, la Sección Tercera puntualizó lo siguiente:

“el PERJUICIO FISIOLÓGICO o A LA VIDA DE RELACION, exige que se repare la pérdida de la posibilidad de realizar "...otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia..... A quienes sufren pérdidas irremediables es necesario brindarles la posibilidad de procurarse una satisfacción equivalente a la que han perdido. Por algo se enseña el verdadero carácter del resarcimiento de los daños y perjuicios es un PAPEL SATISFACTORIO...”

Con posterioridad, en sentencia del 25 de septiembre de 1997, se precisó al respecto lo que se transcribe a continuación¹⁴³:

“1. El mal llamado perjuicio fisiológico se conoce en el derecho francés como perjuicio de placer (*prejudice d'agrément*), *loss of amenity of the life* (pérdida del placer de la vida) en el derecho anglosajón o daño a la vida de relación en el derecho italiano¹⁴⁴.

“La jurisprudencia francesa ha definido este particular tipo de daño tomando como marco de referencia la resolución No. 75-7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativo a la reparación de daños en caso de lesión corporal, adoptada el 14 de marzo de 1975, según la cual la víctima debe ser indemnizada de “diversos problemas y malestares tales como enfermedades, insomnios, sentimientos de inferioridad, una disminución de los placeres de la vida causada principalmente por la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades placenteras”.¹⁴⁵

¹⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 10.421, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁴⁴ Algunos autores han sugerido llamar a este perjuicio *préjudice de désagrément*, perjuicio por desagrado. Cfr. Yvez Chartier, citado por Javier Tamayo Jaramillo, De la responsabilidad civil, T. II, de los perjuicios y su indemnización. Bogotá, Ed. Temis, 1986, pág. 147.

¹⁴⁵ Max Le Roy. L'évaluation du préjudice corporel. Paris, Libraire de la Cour de Cassation, 1989. p. 66.

“2. La indebida utilización del concepto fisiológico parece derivarse de una mala traducción e interpretación de la jurisprudencia francesa, la cual en una sentencia de la Corte de Casación del 5 de marzo de 1985 distinguió entre el daño derivado de la “privación de los placeres de la vida normal, distinto del perjuicio objetivo resultante de la incapacidad constatada” y los “problemas psicológicos que afectan las condiciones de trabajo o de existencia de la vida”. El perjuicio psicológico, de acuerdo con esta distinción, constituye un perjuicio corporal de carácter objetivo que se distingue esencialmente del perjuicio moral reparado bajo la denominación de perjuicio de placer.¹⁴⁶

“Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que el adjetivo fisiológico que hace referencia a disfunciones orgánicas, no resulta adecuado para calificar el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria (recreativas, culturales, deportivas, etc.).

“3. El perjuicio de placer es un perjuicio extrapatrimonial que tiene una entidad propia, lo cual no permite confundirlo con el daño moral (*pretium doloris* o *Schmerzugeld*) o precio del dolor, especie también del daño extrapatrimonial, ni con el daño material (daño emergente y lucro cesante, art. 1613 del C.C.).

“(…)

“5. Así mismo, tampoco constituye perjuicio de placer el caso en que la víctima, “a pesar de no presentar ninguna anomalía orgánica, a causa de la depresión en que se ve sumergido no puede realizar las actividades normales de la vida”¹⁴⁷, perjuicio que debe entenderse indemnizado bajo el rubro de lucro cesante (ganancia o provecho frustrado), a fin de evitar la resurrección del fantasma del daño moral objetivado, concepto en el que la jurisprudencia buscó englobar en el pasado las llamadas repercusiones objetivas del daño moral”.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 67.

¹⁴⁷ Ibidem.

Luego, en proveído del 19 de julio de 2000, expediente 11842, la Sección Tercera del Consejo de Estado replanteó el *nomen iuris* del citado perjuicio con fundamento en el siguiente razonamiento que se transcribe *in extenso*¹⁴⁸:

“Debe insistirse ahora, entonces, con mayor énfasis, en que el daño extrapatrimonial denominado en los fallos mencionados “daño a la vida de relación”, corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquélla, ni siquiera en los casos en que este daño extrapatrimonial - distinto del moral - es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización. En efecto, el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre.

“De otra parte, se precisa que **una afectación de tal naturaleza puede surgir de diferentes hechos, y no exclusivamente como consecuencia de una lesión corporal.** De otra manera, el concepto resultaría limitado y, por lo tanto, insuficiente, dado que, como lo advierte el profesor Felipe Navia Arroyo, únicamente permitiría considerar el perjuicio sufrido por la lesión a uno solo de los derechos de la personalidad, la integridad física.¹⁴⁹ Así, aquella afectación puede tener causa en cualquier hecho con virtualidad para provocar una alteración a la vida de relación de las personas, como una acusación calumniosa o injuriosa, la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de éste por otra persona (situaciones a las que alude, expresamente, el artículo 4º del Decreto 1260 de 1970), o un sufrimiento muy intenso (daño moral), que, dada su gravedad, modifique el comportamiento social de quien lo padece, como podría suceder en aquellos casos en que la muerte de un ser querido afecta profundamente la vida familiar y social de una persona. Y no se descarta, por lo demás, la posibilidad de que el perjuicio a la vida de relación provenga de una afectación al patrimonio, como podría ocurrir en aquellos eventos en que la

¹⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2000, exp. 11842, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

¹⁴⁹ NAVIA ARROYO, Felipe. Ensayo sobre la evolución del daño moral al daño fisiológico, próximo a publicarse. El doctor Navia Arroyo precisa, además, que el concepto de daño fisiológico – de acuerdo con el alcance que, hasta ahora, le ha dado esta Corporación – corresponde al de perjuicio de agrado, elaborado por la doctrina civilista francesa, y explica que la expresión daño fisiológico, en realidad, corresponde a una noción más amplia, también de creación francesa y aparentemente abandonada, que hace referencia a las repercusiones que puede tener una lesión permanente no sólo en la capacidad de gozar la vida de una persona, sino, en general, en sus condiciones de existencia, al margen de cualquier consecuencia patrimonial, por lo cual resultaría más cercana al concepto de daño a la vida de relación, elaborado por la doctrina italiana.

pérdida económica es tan grande que - al margen del perjuicio material que en sí misma implica - produce una alteración importante de las posibilidades vitales de las personas.

“Debe decirse, además, que este perjuicio extrapatrimonial puede ser sufrido por la víctima directa del daño o por otras personas cercanas a ella, por razones de parentesco o amistad, entre otras. Así, en muchos casos, parecerá indudable la afectación que - además del perjuicio patrimonial y moral - puedan sufrir la esposa y los hijos de una persona, en su vida de relación, cuando ésta muere. Así sucederá, por ejemplo, cuando aquéllos pierden la oportunidad de continuar gozando de la protección, el apoyo o las enseñanzas ofrecidas por su padre y compañero, o cuando su cercanía a éste les facilitaba, dadas sus especiales condiciones profesionales o de otra índole, el acceso a ciertos círculos sociales y el establecimiento de determinadas relaciones provechosas, que, en su ausencia, resultan imposibles.

“Debe advertirse, adicionalmente, que el perjuicio al que se viene haciendo referencia no alude, exclusivamente, a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, como parece desprenderse de la expresión préjudice d’agrément (perjuicio de agrado), utilizada por la doctrina civilista francesa. No todas las actividades que, como consecuencia del daño causado, se hacen difíciles o imposibles, tendrían que ser calificadas de placenteras. Puede tratarse de simples actividades rutinarias, que ya no pueden realizarse, o requieren de un esfuerzo excesivo. Es por esto que, como se anota en el fallo del 25 de septiembre de 1997, algunos autores prefieren no hablar de un perjuicio de agrado, sino de desagrado. Lo anterior resulta claro si se piensa en la incomodidad que representa, para una persona parapléjica, la realización de cualquier desplazamiento, que, para una persona normal, resulta muy fácil de lograr, al punto que puede constituir, en muchos eventos, un acto reflejo o prácticamente inconsciente.

“En este sentido, son afortunadas las precisiones efectuadas por esta Sala en sentencia del 2 de octubre de 1997, donde se expresó, en relación con el concepto aludido, que no se trata de indemnizar la tristeza o el dolor experimentado por la víctima - daño moral -, y tampoco de resarcir las consecuencias patrimoniales que para la víctima siguen por causa de la lesión - daño material -, “sino más bien de compensar, en procura de otorgar al damnificado una indemnización integral... la mengua de las posibilidades de realizar actividades que la víctima bien podría haber realizado o realizar, de

no mediar la conducta dañina que se manifestó en su integridad corporal”.¹⁵⁰

“Para designar este tipo de perjuicio, ha acudido la jurisprudencia administrativa francesa a la expresión alteración de las condiciones de existencia, que, en principio y por lo expresado anteriormente, parecería más afortunada. No obstante, considera la Sala que su utilización puede ser equívoca, en la medida en que, en estricto sentido, cualquier perjuicio implica, en sí mismo, alteraciones en las condiciones de existencia de una persona, ya sea que éstas se ubiquen en su patrimonio económico o por fuera de él. Tal vez por esta razón se explica la confusión que se ha presentado en el derecho francés, en algunos eventos, entre este tipo de perjuicio y el perjuicio material, tema al que se refiere ampliamente el profesor Henao Pérez, en el texto citado.”¹⁵¹

“De acuerdo con lo anterior, resulta, sin duda, más adecuada la expresión daño a la vida de relación, utilizada por la doctrina italiana, la cual acoge plenamente esta Corporación. Se advierte, sin embargo, que, en opinión de la Sala, no se trata simplemente de la afectación sufrida por la persona en su relación con los seres que la rodean. Este perjuicio extrapatrimonial puede afectar muchos otros actos de su vida, aun los de carácter individual, pero externos, y su relación, en general, con las cosas del mundo. En efecto, se trata, en realidad, de un daño extrapatrimonial a la vida exterior; aquél que afecta directamente la vida interior sería siempre un daño moral.

“Por último, debe precisarse que, como en todos los casos, la existencia e intensidad de este tipo de perjuicio deberá ser demostrada, dentro del proceso, por la parte demandante, y a diferencia de lo que sucede, en algunos eventos, con el perjuicio moral, la prueba puede resultar relativamente fácil, en la medida en que, sin duda, se trata de un perjuicio que, como se acaba de explicar, se realiza siempre en la vida exterior de los afectados y es, por lo tanto, fácilmente perceptible. Podrá recurrirse, entonces, a la práctica de testimonios o dictámenes periciales, entre otros medios posibles.” (Cursivas del original - negrillas adicionales).

¹⁵⁰ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, expediente 11.652. Actor: Francisco Javier Naranjo Peláez y otros. M.P. Daniel Suárez Hernández.

¹⁵¹ Ibid. p.p. 252 a 263.

Por último, en recientes pronunciamientos¹⁵² del máximo tribunal de lo contencioso administrativo se adoptó la denominación de “alteración a las condiciones de existencia”, para designar ese “específico” perjuicio que desde el año 1993 fue avalado por la jurisprudencia contencioso administrativa, para indemnizar no sólo las lesiones a la integridad psicofísica sino cualquier lesión de bienes, derechos o intereses legítimos diversos a la unidad corporal del sujeto, como la honra, el buen nombre, el daño al proyecto de vida, etc., como se hizo a partir de la sentencia de 19 de julio de 2000, exp. 11842, ya trascrita.

En efecto, en sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003-385, se sostuvo:

“A partir del fallo anterior, la jurisprudencia ha entendido el daño a la vida de relación, como aquel que “rebasa la parte individual o íntima de la persona y además le afecta el área social, es decir *su relación con el mundo exterior*; por ello se califica en razón al plano afectado: la vida de relación”.¹⁵³

“En esta oportunidad la Sala aprovecha para, en aras de precisión y rigor en la nomenclatura, dejar de lado el *nomen* que hasta ahora se ha venido utilizando -en ocasiones de manera inadecuada o excesiva- para acudir al concepto de daño por *alteración grave de las condiciones de existencia*, el cual ofrece mayor amplitud que el anterior y abarca no sólo la relación de la víctima con el mundo exterior, sino, de manera más general, esos cambios bruscos y relevantes a las condiciones de una persona en cuanto tal y como expresión de la libertad y el albedrío atributos esenciales a la dignidad humana principio fundante del Estado Social de Derecho colombiano y de su ordenamiento jurídico, según consagra el artículo 1 de la Constitución Política.

“En la citada sentencia del 19 de julio de 2000 se dijo, refiriéndose al daño a la vida de relación social que “[p]ara designar este tipo de perjuicio, ha acudido la jurisprudencia administrativa francesa a la

¹⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de junio de 2008, exp. 15.657, M.P. Myriam Guerrero de Escobar, sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003 – 385 M.P. Mauricio Fajardo Gómez, y sentencia de 1º de diciembre de 2008, exp. 17.744, M.P. Enrique Gil Botero, con aclaración de voto del ponente sobre esta materia.

¹⁵³ Sección Tercera, Sentencia del 10 de julio de 2003, Radicación número: 76001-23-31-000-1994-9874-01(14083), Actor: JORGE ENRIQUE RENGIFO LOZANO Y OTROS, Demandado: DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA.

expresión alteración de las condiciones de existencia, que, en principio y por lo expresado anteriormente, **parecería más afortunada**. No obstante, considera la Sala que su utilización puede ser equívoca, en la medida en que, en estricto sentido, **cualquier perjuicio implica, en sí mismo, alteraciones en las condiciones de existencia de una persona, ya sea que éstas se ubiquen en su patrimonio económico o por fuera de él.**”

“Resulta ahora pertinente recoger estos planteamientos para señalar que si bien es cierto que la expresión relativa a la *alteración de las condiciones de existencia* resulta ser más comprensiva y adecuada, mal podría pensarse, desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado, que todo perjuicio, de cualquier carácter y magnitud, comporte necesaria y automáticamente una alteración a las condiciones de existencia jurídicamente relevante.

“Sobre el particular la doctrina ha señalado, precisamente, que *“para que se estructure en forma autónoma el perjuicio de alteración de las condiciones de existencia, se requerirá de una connotación calificada en la vida del sujeto, que en verdad modifique en modo superlativo sus condiciones habituales, en aspectos significativos de la normalidad que el individuo llevaba y que evidencien efectivamente un trastocamiento de los roles cotidianos, a efectos de que la alteración sea entitativa de un perjuicio autónomo, pues no cualquier modificación o incomodidad sin solución de continuidad podría llegar a configurar este perjuicio, se requiere que el mismo tenga significado, sentido y afectación en la vida de quien lo padece”*¹⁵⁴.

“Por su parte, en la doctrina francesa se ha considerado que los llamados *troubles dans les conditions d’existence*¹⁵⁵ pueden entenderse como *“una modificación anormal del curso de la existencia del demandante, en sus ocupaciones, en sus hábitos o en sus proyectos”*¹⁵⁶ o *“las modificaciones aportadas al modo de vida de los demandantes por fuera del mismo daño material y del dolor moral”*¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Gil Botero, Enrique. *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*, Ed. Comlibros, Tercera Edición, 2006, p. 98.

¹⁵⁵ Navia Arroyo Felipe. *Del daño moral al daño fisiológico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 78.

¹⁵⁶ Chapus René. *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, citado por Juan Carlos Henao, *El Daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 252.

¹⁵⁷ Paillet Michel. *La Responsabilidad Administrativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, o. 278.

“El reconocimiento de indemnización por concepto del daño por **alteración grave de las condiciones de existencia** es un rubro del daño inmaterial -que resulta ser plenamente compatible con el reconocimiento del daño moral-, que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones.

“En otras palabras, para que sea jurídicamente relevante en materia de responsabilidad estatal, el impacto respecto de las condiciones de existencia previas ha de ser grave, drástico, evidentemente extraordinario.”¹⁵⁸ (negritas y cursivas del original - subrayado adicional).

Como se desprende de los anteriores pronunciamientos, la línea jurisprudencial que se ha trazado en torno a la tipología del perjuicio inmaterial, diferente al moral, ha supuesto una naturaleza dual, consistente en que se indemniza la lesión a la integridad corporal del sujeto –daño evento– (artículo 49 C.P. derecho a la salud), así como las consecuencias que el daño produce tanto a nivel interno (alteración a las condiciones de existencia) como externo o relacional (daño a la vida de relación).

Esa doble connotación del daño fisiológico, a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia –entendiéndolos como perjuicios de índole idéntica o similar, tal y como lo ha venido haciendo la jurisprudencia vernácula–, ha limitado la posibilidad de valorar el daño en términos de objetividad material –es decir, a partir de criterios reales, uniformes y verificables–. En consecuencia, esa naturaleza bifronte, ha desencadenado que, teóricamente, se haya aceptado esos planteamientos como un progreso jurisprudencial que permite no sólo indemnizar la integridad psicofísica del sujeto (daño corporal), sino también otros bienes jurídicos como su honra, el buen nombre, la tranquilidad, etc.

¹⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003-385, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

No obstante lo anterior, esa doble condición del daño a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia, ha generado que se creen problemas en la cuantificación y en la naturaleza óptica del daño, ya que el actual contenido y alcance de los mismos en el ámbito nacional, se presta para valoraciones equívocas, lo que en determinados eventos puede dar lugar a inequidades como por ejemplo el haber decretado una grave alteración a las condiciones de existencia cuando el daño consistió en la pérdida de un testículo¹⁵⁹, sin que esa precisa circunstancia afectara la esfera interna del sujeto, ni mucho menos la externa, ya que la posibilidad de procreación se mantiene intacta al igual que la capacidad de interrelacionarse sexualmente, motivo por el que, en esas circunstancias especiales, el daño a reconocerse, sin anfibología alguna, sería el daño a la salud en la medida que supone una afectación a la integridad psicofísica del sujeto.

En ese orden de ideas, es posible afirmar que se presentó un trastocamiento en la sistematización del perjuicio inmaterial diferente al moral, a partir de una confusión que se generó con la asimilación entre el daño biológico, fisiológico o a la salud con el *préjudice d'agrément* (daño de placer o de agrado), reconocido en el derecho francés, relacionado con la pérdida del placer o del disfrute que, en ocasiones, se deriva de la producción de un determinado daño, al no poder realizar las actividades (deportes, trabajos, hobbies, etc.) a las que estaba acostumbrado el sujeto. Ahora, con el criterio adoptado en el año 2007, la confusión relacionada con la tipología del perjuicio inmaterial se entronizó en mayor medida, como quiera que sin abandonar el contenido y alcance del concepto “daño a la vida de relación”, se mutó su nombre, para designarlo como “la alteración a las condiciones de existencia” (*des troubles dans les conditions d'existence*), lo cual a todas luces es incorrecto, puesto que este último corresponde a un perjuicio autónomo que tiene una dimensión distinta al perjuicio de placer o de agrado (daño a la vida de relación), y que se refiere a la

¹⁵⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de mayo de 2009, exp. 16925, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

modificación grave, sustancial y anormal del proyecto de vida que cada persona tiene trazado¹⁶⁰.

Como se aprecia, el daño a la salud¹⁶¹ –denominado por la doctrina y jurisprudencia francesa como daño corporal o fisiológico, y en Italia biológico–, fue imbricado con el concepto de perjuicio de agrado y con la alteración a las condiciones de existencia, daños autónomos que han sido reconocidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, lo que desencadenó que un perjuicio de constatación y valuación objetiva como lo es aquél, fuera revestido por una condición indefinida o englobada en la que se puede dar cabida a cualquier tipo de afectación, al margen de que se refleje en el ámbito externo o interno del sujeto, y sea liquidable en términos objetivos o subjetivos.

En efecto, la citada superposición de conceptos se desprende de manera palmaria en una sentencia proferida el 3 de julio de 1992¹⁶², por el Tribunal Administrativo de Antioquia, confirmada por el Consejo de Estado el 1º de julio de 1993¹⁶³, proveído en el que el tribunal *a quo* puntualizó lo siguiente:

“8. El daño especial.

¹⁶⁰ “Se ve cómo se introduce una nueva categoría de daño que llama perjuicio fisiológico o perjuicio a la vida de relación, que trata como sinónimos, desconociendo el significado que tales categorías tiene en los sistemas de origen. Y al momento de liquidar el daño, al que le reconoce un carácter satisfactorio, vuelve en confusión al decir que, “habida consideración de la gravedad que tuvieron las lesiones, que determinaron la amputación bilateral de las piernas por encima de las rodillas, la edad del lesionado y su actividad profesional como chofer, la cual no podrá ejercer en el futuro por el estado corporal en que quedó, los fija en la suma de... con cuya rentabilidad la víctima podrá atender razonablemente al pago de una persona que lo acompañe en su silla de ruedas cuando tenga necesidad de movilizarse de un sitio a otro. Con ella puede, igualmente, adquirirla sin sofisticaciones”. Habiendo deslindado en precedencia el daño fisiológico del daño patrimonial, al momento de la liquidación los mezcla con la consideración que hace del trabajo de la víctima y con la necesidad que ella tiene de una silla de ruedas y de un acompañante. El daño que se había propuesto se desdibuja así, al momento de la liquidación.” CORTES, Edgar Ob. Cit. Pág. 255.

¹⁶¹ “...la ciencia jurídica que le dio entrada al concepto de daño biológico prefiere hoy utilizar la expresión “daño a la salud”, concepto jurídico (y no médico) con un alcance más amplio, pues mientras que el daño biológico se refiere a aspectos anatómicos y fisiológicos de la persona, el daño a la salud, además de referirse a ellos, tiene que ver con las manifestaciones generales del bien “salud” como bien necesario para una correcta expresión de la persona en la comunidad en que vive.” CORTES, Edgar Ob. Cit. Pág. 21 y 22. Consultar igualmente: BUSNELLI, Francesco Donato, “Il danno biologico. Dal diritto vivente al diritto vigente” Torino, 2001, pág. 3 y s.s.

¹⁶² Tribunal Administrativo de Antioquia, sentencia del 3 de julio de 1992, exp. 25878, M.P. Humberto Cárdenas.

¹⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1º de julio de 1993, exp. 7772, M.P. Daniel Suárez Hernández.

“8.1. El demandante separa este perjuicio en tres categorías diferentes, a saber: a. El daño personal especial debido “al perjuicio sufrido... en su vida de relación social y personal, por efecto de la grave invalidez...” b. Los “perjuicios estéticos” y el “daño corporal especial” debido también a la invalidez total que sufre. La Sala estima que los anteriores daños deben agruparse en uno solo que los comprende a todos: el perjuicio fisiológico, o el “préjudice d’agrément” de que habla la doctrina francesa. A pesar de los elementos comunes que los unen, o confunden, en algunos casos, es posible afirmar que los daños moral subjetivo, materiales y fisiológico son diferentes, es decir, se refieren a distintos bienes del ser humano: a.- El moral subjetivo o “Pretium doloris”, trata de mitigar la aflicción, la tristeza y la depresión que producen la muerte o las lesiones de un padre, un hijo, un hermano, etc., b.- El material, se encamina a mantener los ingresos que, por ejemplo, percibían en lesionado y la esposa y los hijos del padre fallecido., c.- El fisiológico, que pretende darle oportunidad a una persona como... que ha sido privado de llevar a cabo los “placeres de la vida”, de reemplazar, o mejor, de tratar de reemplazar lo que en adelante no le será dado hacer...

“(...) La parálisis de los miembros inferiores (paraplejia) que padece el actor lo priva de los placeres cotidianos de la vida, tales como los de caminar, trotar, montar en bicicleta, bailar, trepar a un árbol, nadar, desplazarse cómodamente de una ciudad a otra y otras actividades similares. La fijación de la indemnización de este rubro depende mucho del criterio prudente del juez, quien debe tener también en cuenta para el efecto la profesión y la edad del lesionado, las privaciones que sufre a raíz de la lesión, etc. Se condenará, en consecuencia, a la demandada, a cubrir al demandante, una suma equivalente a 2.000 gramos de oro fino.”

Como se aprecia, el equívoco en la determinación del contenido y alcance del perjuicio a la salud (fisiológico o biológico), operó en una trasposición jurídica del derecho francés e italiano al ámbito nacional, pero se dejó de lado que en el primero de los países mencionados se ha reconocido, dependiendo el caso concreto, de una multiplicidad de daños que pretenden cubrir las esferas del individuo afectadas con el mismo (v.gr. daño estético, daño sexual, alteración a las condiciones de existencia, perjuicio de agrado, entre otros), mientras que en el

segundo, dada la redacción rígida del artículo 2059 del Código Civil de ese país¹⁶⁴, el propósito de la doctrina y jurisprudencia recayó en la forma de abrir nuevas perspectivas y hermenéuticas que permitieran ir más allá del simple reconocimiento del daño moral en cuanto se refiere al resarcimiento del daño no patrimonial. Como se aprecia, los conceptos de perjuicio de agrado (*préjudice d'agrément*), frente al perjuicio corporal (*dommage corporel*) si bien parecieran tener puntos de encuentro y semejanzas, lo cierto es que el primero cubre una esfera interna del individuo, mientras que el segundo está estructurado sobre la necesidad de resarcir la órbita de la salud del ser humano, entendida esta última, según la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS) como “el estado completo de bienestar físico, psíquico, y social, no circunscrito a la ausencia de afecciones y enfermedades.”¹⁶⁵

Así se desprende de la misma jurisprudencia Italiana –supuestamente a partir de la cual se adoptó el concepto de daño a la vida de relación–, en la que se hace una clara diferencia entre el perjuicio biológico (fisiológico), el daño moral, y el daño existencial. Sobre el particular, vale la pena destacar la sentencia del 19 de diciembre de 2007, proferida por la Corte Suprema de Casación de ese país, en la que se puntualizó:

“(...) 3) La categoría del daño no patrimonial se articula a su vez en un subsistema compuesto del daño biológico en estricto sentido, del daño existencial, y del daño moral subjetivo.

“4) El daño biológico y el daño existencial tienen una morfología homogénea, entrañan internamente una lesión de carácter constitucional, la primera referida a la salud, y la segunda constituida por “valores/intereses constitucionalmente protegidos...”¹⁶⁶.

¹⁶⁴ “El daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley.”

¹⁶⁵ www.who.int/en/

¹⁶⁶ Cf. Corte de Casación Italiana, sentencia del 19 de diciembre de 2007, No. 4712. (Traducción libre). Ver igualmente, las sentencias de 31 de mayo de 2003, números 8827 y 8828 de la Sala Civil de la Corte de Casación Italiana, así como las sentencias Nos. 184 de 1986 y 233 de 2003, proferidas por la Corte Constitucional de ese mismo país.

Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readoptar la noción de daño a la salud (fisiológico o biológico), pero con su contenido y alcance primigenio, como quiera que al haberlo subsumido en unas categorías o denominaciones que sirven para identificar perjuicios autónomos y que han sido reconocidos en diferentes latitudes, como por ejemplo la alteración a las condiciones de existencia (v.gr. Francia), se desdibujó su verdadero y real propósito que era delimitar un daño común (lesión a la integridad corporal) que pudiera ser tasado, en mayor o menor medida, a partir de parámetros objetivos y equitativos¹⁶⁷.

Es así como la doctrina, sobre el particular señala:

“Hecha esta identificación, entre el daño corporal y el daño a la salud, vemos que también se identifica con el perjuicio fisiológico; terminología que impera en la doctrina francesa para referirse al daño en la esfera funcional, como sinónimo del daño a la integridad física y psíquica de la persona; se denomina así porque afecta, como decimos, la esfera funcional con independencia de la pérdida de rentas que pueda ocasionar.

“Pero esta terminología es peligrosa porque se desliza hacia una realidad diferente. Como se ha precisado por la doctrina italiana, hay que matizar que, si bien a veces se utiliza como sinónimo del llamado daño biológico, la doctrina italiana más especializada, ha señalado que este último, es un concepto médico - legal, mientras que el daño a la salud es un concepto jurídico, normativo, que se encuentra consagrado en el artículo 32 de la Constitución...”¹⁶⁸.

En esa perspectiva, se insiste, la noción de daño a la vida de relación que sirvió al Consejo de Estado para indemnizar los perjuicios inmateriales sufridos por el sujeto, diferentes al moral, no es más que un concepto desechado y obsoleto por

¹⁶⁷ “El daño subjetivo o daño a la persona es aquél cuyos efectos recaen en el ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, desde la concepción hasta el final de la vida. Por la complejidad del ser humano, los daños pueden efectuar alguna o algunas de sus múltiples manifestaciones o “maneras de ser””. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos “El daño a la persona”, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pág. 71 y s.s.

¹⁶⁸ VICENTE Domingo, Elena “Los daños corporales: tipología y valoración”, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, Pág. 139.

la doctrina y jurisprudencia Italianas, en la medida en que se ha reconocido independencia entre el perjuicio biológico o fisiológico –relacionado con la órbita psicofísica del individuo– y otros perjuicios que afectan valores, derechos o intereses de la persona que, en la actualidad, en Italia, serían indemnizados bajo la panorámica del daño existencial (v.gr. la tranquilidad del ser humano, la seguridad, las condiciones de existencia, entre otros)¹⁶⁹, sin que esta última categoría se encuentre lo suficientemente decantada en otras latitudes, razón para rechazar en esta instancia su adopción en el derecho colombiano, máxime si de manera reciente fueron proferidas cuatro sentencias de la Sección Unida (Sala Plena) de la Corte de Casación Italiana, en la que se recoge el daño existencial dado, precisamente, de la amplitud y falta de delimitación conceptual que implicaba (imposibilidad de objetivización)¹⁷⁰.

Desde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, nunca podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, puesto que parten de confrontar, o mejor de un parangón entre la esfera individual y la externa o social; el primero en la carga relacional del sujeto (relaciones sociales) lo que llevó a que fuera considerado en Italia como un daño subjetivo e inequitativo –dado que una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, sin que eso suponga que deba indemnizarse diferente el daño–, y el segundo, por referirse a una alteración grave y significativa del proyecto de vida, es decir, a los planes y objetivos de la persona hacia el futuro. *A contrario sensu*, el daño a la salud, gana claridad, exactitud y equidad donde los precisados perjuicios la pierden, puesto que siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no sólo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que las mismas generan, razón por la que, sería comprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de

¹⁶⁹ “Allí se define el daño existencial [se refiere a la sentencia de la Sala Plena de la Corte de Casación Italiana No. 6572 del 24 de marzo de 2006] como todo perjuicio causado en el hacer no reditual del sujeto, susceptible de ser constatado de manera objetiva, que altera sus hábitos y su modo de relacionarse, induciéndolo a alternativas de vida distintas, que inciden en el despliegue y realización de su personalidad en el mundo exterior.” KOTEICH Khatib, Milagros “El daño extrapatrimonial”, en “Diritto Romano Comune e America Latina”, Universidad Externado de Colombia, Pág. 259.

¹⁷⁰ Ver: Corte de Casación Italiana, sentencia del 24 de junio de 2008, publicada el 11 de noviembre de 2008, No. 26972.

ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables, con lo que se conseguiría una sistematización del daño no patrimonial¹⁷¹.

En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica¹⁷².

Así las cosas, resulta pertinente que la Sección Tercera delimite y sistematice los distintos perjuicios inmateriales distintos al moral, con miras a dotar de seguridad jurídica a la comunidad y, principalmente, para estructurar criterios de resarcimiento fundamentados en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima “a igual daño, igual indemnización”¹⁷³.

En consecuencia, se debería adoptar el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, el trastrocamiento del derecho a la salud del individuo. **Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), se podrán reclamar los siguientes tipos de perjuicios** –siempre que estén acreditados en el proceso –:

¹⁷¹ Fruto del trabajo jurisprudencial en Italia, se llegó a establecer dentro de este orden que el concepto daño biológico agrupa entre otros: el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a la esfera sexual y el daño a la incapacidad laboral genérica, todo lo cual ha sido recogido y reconocido por la Corte Suprema de Casación de ese país. Ver entre otras, las sentencias: No. 2761 de 1990, 1341 de 1991, 11133 de 1990, 9170 de 1994, y 7262 de 1991.

¹⁷² “Este estado de cosas no sólo deja la sensación de desorden, sino que también crea desigualdades entre víctimas, cuyos intereses aparecen, en igual medida, dignos de protección; así pues, el problema de fondo es el de establecer los límites, que deben ser “límites razonables”, determinados sí, en términos jurídicos.” CORTES, Edgar Ob. Cit. Pág. 57.

¹⁷³ “En el histórico fallo 184 de 1986 la Corte Constitucional italiana afirmó que el criterio de liquidación que debe adoptarse para el resarcimiento del daño biológico “debe, de un lado, responder a una uniformidad pecuniaria de base (el mismo tipo de lesión no puede valorarse de manera diferente para cada sujeto) y, de otro, debe ser suficientemente elástico y flexible para adecuar la liquidación del caso concreto a la incidencia efectiva de la lesión sobre las actividades de la vida cotidiana, por medio de las cuales se manifiesta concretamente la eficiencia sicofísica del sujeto perjudicado.” ROZO Sordini, Paolo “El daño biológico”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 209 y 210.

los materiales o patrimoniales de daño emergente y lucro cesante, y los inmateriales o no patrimoniales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal¹⁷⁴. No resulta pertinente suprimir la categoría del daño moral, a pesar de lo anfibiológico de su nominación, puesto que está encaminado, se insiste, a compensar económicamente la aflicción espiritual que se origina con un daño, mientras que el daño a la salud va dirigido a resarcir la modificación de la armonía psicofísica de la persona, como presupuesto básico para el ejercicio de otros derechos e intereses legítimos.

Ahora bien, en aquellos eventos en los cuales el daño no provenga de la lesión psicofísica del sujeto (casos minoritarios), sería oportuno que la jurisprudencia contencioso administrativa avanzara hacia una indemnización de los bienes, derechos o intereses legítimos que tengan un reconocimiento y protección constitucional, de manera autónoma e independiente, sin arribar el extremo de reconducirlos a su unificación en una única categoría (v.gr. como la de daño existencial o daño a la vida de relación), sino que sean analizados, valorados y cuantificados en cuanto a su dimensión (v.gr. el daño al buen nombre, a la honra o al honor), por cuanto constituyen daños indemnizables en sí mismos. Lo anterior, máxime si los conceptos de daño a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia, dada su ambivalencia, ambigüedad y conceptualización equívoca, generan varios problemas en la definición y tasación de los perjuicios que dicen comprender o abarcar.

En efecto, una criterio diferente permitiría afirmar que el desplazamiento forzado, por sí mismo, no genera indemnización y reparación integral del daño, salvo que la persona demandante logre acreditar de manera plena, que padeció una consecuencia económica o material a causa esa diáspora a la que se vio conminada por grupos al margen de la ley o por el Estado. En consecuencia,

¹⁷⁴ “Se está en presencia de un nuevo sistema clasificatorio del daño que acepta la existencia de tres modalidades del mismo: los patrimoniales, los morales y el biológico. Diferenciándose el biológico en cuanto al moral en la medida en que el primero es la lesión en sí misma considerada, y otra diferente, son los sufrimientos, el dolor y los afectos que de dicha lesión se pueden derivar, lo que constituiría el efecto o daño moral; sin embargo, ambos hacen parte del daño no patrimonial, esto es, no susceptible de contenido económico.” GIL Botero, Enrique “Daño Corporal – Daño Biológico – Daño a la vida de relación”, pág. 10.

desde este supuesto, y en esa lógica que no comparto, si el individuo víctima del desplazamiento no se viera afectado económicamente por las consecuencias del mismo, no sería beneficiario de la indemnización, conclusión que desde mi punto de vista es inaceptable.

El anterior ejemplo extraído de la experiencia, sirve de apoyo para reflejar lo que se pretende poner a consideración a través de esta postura, esto es, la necesidad de que se repare el perjuicio en atención a la lesión de bienes jurídicos, más no a la consecuencia externa, física, o material que acarrea el daño. En otros términos, el juez debe indemnizar a través de un criterio que permita reparar todas aquellas lesiones o trasgresiones con que se vea afectada la persona o el sujeto, de manera autónoma e independiente, sin que sea válido exigir, previa la reparación del daño, la verificación consecuencial de los efectos que produce el mismo en el mundo exterior (que puede ser un perjuicio interior pero que se traduzca o refleje exteriormente), para luego ser indemnizado mediante la aplicación de un concepto genérico que pretende englobar todos los bienes jurídicos de los cuales es titular la persona humana.

Desde esa perspectiva, se itera, el daño a la salud comprendería toda la órbita psicofísica del sujeto (daño corporal, daño sexual, daño psicológico, alteración o pérdidas anatómicas o funcionales, etc.), mientras que los demás derechos o bienes jurídicos en un criterio dinámico del daño adquirirían un escenario autónomo en donde el juez en cada caso concreto deberá valorar si el perjuicio está acreditado y si reviste la suficiente entidad para su reparación y resarcimiento, es decir, que no constituya un daño irrelevante. En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización individual y autónoma (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros).

Ahora bien, el hecho de sistematizar el daño a la salud (integridad corporal, psicológica, sexual, estética), mientras se deja abierta la estructura de los demás bienes o derechos jurídicos, garantiza un esquema coherente con los lineamientos conceptuales, teóricos y prácticos del resarcimiento del daño, como quiera que no se presta para generar una tipología paralela al daño a la salud (v.gr. el daño existencial del derecho italiano) que produzca los mismos efectos perjudiciales que acarrearón las nociones abiertas e indefinidas del daño a la vida de relación y de alteración a las condiciones de existencia.

En conclusión, los conceptos de daño a la vida de relación adoptado a partir del año 2000, y modificado por el de alteración a las condiciones de existencia desde el año 2007, no los comparto, puesto que tales aserciones, de conformidad con las anteriores razones, no se acompañan con los lineamientos modernos que se asumen frente a la reparación del daño, esto es, con una tipología del perjuicio que reconozca que el ser humano se integra por una multiplicidad de derechos, bienes e intereses legítimos, en donde se conjugan aspectos físicos, psíquicos, morales, afectivos, de integridad emocional y social, así como relativos a la existencia espacio temporal, en sí misma.

Bajo las anteriores precisiones, dejo sentada mi posición en cuanto concierne a la forma como se ha venido abordando el análisis de los llamados daño a la vida de relación y alteración a las condiciones de existencia, en el ámbito de la jurisprudencia contencioso administrativa, conceptos que como lo he precisado en estas líneas deben ser confinados del ámbito indemnizatorio del perjuicio no patrimonial, para darle paso a categorías o voces que reflejen un manejo más apropiado de los bienes, derechos e intereses legítimos a ser resarcidos desde una perspectiva objetiva (con una comprensión estática y dinámica de las consecuencias del daño), que permita dotar al sistema de equidad y, por sobre todo, garantizar en cada caso concreto los principios de igualdad material y de dignidad humana¹⁷⁵.

Atentamente,

¹⁷⁵ “En todas las actividades es saludable, de vez en cuando, poner un signo de interrogación sobre aquellas cosas que por mucho tiempo se han dado como seguras.” Bertrand Russell.

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra