

MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA - No Condena

MIEMBRO DE LAS FUERZAS MILITARES - Ejercicio de funciones de alto riesgo con la defensa y seguridad del estado / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Actividades riesgosas. Indemnización a forfait

[L]as personas que ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado, como los militares o agentes de policía, deben soportar los daños causados como consecuencia de los riesgos inherentes a la misma actividad y sólo habrá lugar a la reparación cuando dicho daño se haya producido por falla del servicio, o cuando se someta al funcionario a un riesgo excepcional, diferente o mayor al que deban afrontar sus demás compañeros. En todo caso, el funcionario y quienes hayan sufrido perjuicio con el hecho tendrán derecho a las prestaciones e indemnizaciones previamente establecidas en el ordenamiento jurídico (a forfait) **NOTA DE RELATORIA** Sobre las indemnizaciones previamente establecidas (a forfait) consultar sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, exp. 15793 del 25 de febrero de 2009

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO - Daño antijurídico / DAÑO ANTIJURÍDICO - Acreditación / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Agente de las Fuerzas Militares con artefacto explosivo

[E]stá demostrado el daño antijurídico sufrido por los demandantes, como consta en el Acta de Junta Médico-laboral 106 del 26 de enero de 1999, expedida por el personal de sanidad del Ejército Nacional (...), mediante resolución 01818 del 8 de mayo de 2000, el Director de Prestaciones Sociales de las Fuerzas Militares reconoció una indemnización de \$20'558.185.25 al señor José Albeiro Otavo Rodríguez, por disminución de su capacidad laboral (...) se tienen por probadas las lesiones de que fue objeto el señor José Albeiro Otavo Rodríguez, es decir, se advierte la existencia del daño alegado en la demanda; no obstante, la Sala considera que el mismo no se le puede atribuir a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, habida cuenta de que las pruebas aportadas resultan insuficientes para llegar a tal conclusión. En efecto, del escaso acervo probatorio alegado al proceso lo que se saca en claro es que el señor Otavo Rodríguez fungía –para la época de los hechos– como miembro del Ejército Nacional y que, encontrándose en desarrollo de sus funciones –manejo de explosivos–, resultó lesionado al activarse una arma trampa o trampa explosiva, lo cual le produjo un severo desgarramiento de la palma de la mano izquierda y deformación de los dedos de la misma; sin embargo, no se allegaron las pruebas necesarias para demostrar las circunstancias en que se produjeron dichas lesiones y solo se cuenta para ello con los dos informes del Ejército, que no evidencian falla alguna del servicio ni riesgo mayor, sino que, por el contrario, dan cuenta de que los hechos se produjeron por “causa y razón” del servicio. (...), el acervo probatorio con el que se pretendía demostrar la forma como sucedieron los hechos está integrado por los informes que realizó la misma demandada, de los cuales, se insiste, lo único que se saca en claro es que la víctima resultó herida al activarse una “trampa explosiva”, pero no ponen en evidencia irregularidad alguna de la entidad.

EJERCITO NACIONAL – La incorporación voluntaria de sus miembros, supone la asunción de un riesgo inherente a su oficio / ACTIVIDAD RIESGOSA - Manipulación de explosivos por parte de cabo del ejército. Labor propia de sus funciones / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Se debe demostrar la exposición a un riesgo superior al que normalmente supone la actividad riesgosa desempeñada por miembro voluntario de la fuerza pública / DAÑO - Constituyó un riesgo propio del servicio

[E]l deber del Estado de salvaguardar la vida de todas las personas se predica también en relación con los miembros de los cuerpos armados, aunque la asunción voluntaria de los riesgos propios de sus funciones modifica las condiciones en las cuales el Estado responde por los daños que éstos puedan llegar a sufrir, en tanto el daño que es consecuencia natural y directa de las actividades que desempeñan no compromete la responsabilidad patrimonial del Estado. En este orden de ideas, cuando una persona se vincula de manera voluntaria a las Fuerzas Militares (como ocurrió en el sub examine, en que el señor Otavo Rodríguez ingresó por su propia voluntad a las filas del Ejército) asume los riesgos inherentes a su oficio, de allí que, para efectos de imputar daños al Estado por ese concepto, se debe demostrar la ocurrencia de una falla en el servicio o de un riesgo mayor y anormal frente al que deban afrontar sus compañeros. (...) la actividad de manipulación de explosivos que desempeñaba el señor Otavo Rodríguez, para la cual se encontraba capacitado y entrenado [págs. 6 y 9 supra], aunque es una actividad riesgosa, por las implicaciones que conlleva su ejercicio, no es suficiente para responsabilizar a la demandada por los hechos que acá se discuten, pues resulta claro que la víctima asumió por voluntad propia tanto la ejecución de la actividad como el sometimiento al riesgo; por tanto, la ocurrencia del daño constituyó la concreción de un riesgo inherente al servicio y que, por ende, está obligado a soportar (...), al señor Otavo Rodríguez no se le asignó una labor diferente a las propias de sus funciones, tampoco se le expuso a un riesgo superior o diferente a aquel para el cual se encontraba formado y entrenado (explosivos y minas) ni, mucho menos, con los elementos de convicción allegados al proceso se puede establecer la existencia de una falla del servicio, pues, como se vio, ni siquiera se probaron los hechos anteriores o concomitantes a la ocurrencia del daño; en este sentido, se insiste, el daño que sufrió el mencionado señor constituyó un riesgo propio del servicio, que estaba obligado a asumir como miembro del Ejército Nacional. La ocurrencia del mismo, por tanto, no origina responsabilidad del Estado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUB SECCIÓN A

Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá D.C., nueve (9) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 68001-23-31-000-1999-02769-01(38544)

Actor: JOSÉ VICENTE OTAVO ÁLVAREZ Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la parte actora contra la sentencia del 9 de octubre de 2009, dictada por el Tribunal Administrativo de Santander, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. El 25 de noviembre de 1999, los señores Graciela Ramírez de Rodríguez, José Vicente Otavo Álvarez, Graciela Rodríguez Ramírez (quien actúa en nombre propio y en representación del menor Jhon Wilson Otavo Rodríguez), Yumira Isabel, Eldery y José Albeiro Otavo Rodríguez, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa, solicitaron que se declarara patrimonialmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, por los perjuicios causados como consecuencia de las lesiones de que fue víctima el último de ellos (José Albeiro Otavo Rodríguez), en hechos ocurridos el 4 de febrero de 1998 en la Base Militar de Palonegro (Bucaramanga).

Según los hechos de la demanda, el señor Otavo Rodríguez es miembro activo del Ejército Nacional y, con ocasión del servicio, sufrió un accidente que le afectó su mano izquierda, rostro y cadera, como consecuencia de la explosión de un artefacto explosivo en inmediaciones de dicha base militar. Se afirma que la parte demandada incurrió en falla del servicio, como quiera que la víctima recibió varias “órdenes imprudentes” de uno de sus superiores, por medio de las cuales se le indicó que debía revisar constantemente las minas explosivas instaladas como alertas tempranas, y en cuya función resultó gravemente lesionado, pese a que reiteradamente el lesionado advirtió que “... no era recomendable estar manipulando las minas porque eran muy sensibles y se podían explotar”¹.

Como pretensiones de condena, se solicitaron 1500 gramos de oro para la víctima directa, 1000 gramos de oro para los señores José Vicente Otavo Álvarez y Graciela Rodríguez Ramírez (padres) y 500 gramos de oro para los señores Graciela Ramírez de Rodríguez (abuela), Jhon Wilson, Yumira Isabel y Eldery Otavo Rodríguez (hermanos), por concepto de perjuicios morales; adicionalmente, por concepto de “perjuicios fisiológicos” se pidió el monto equivalente a 4000 gramos de oro, en favor de la víctima directa y, por concepto de perjuicios materiales (lucro cesante), la suma que resulte probada según los parámetros dispuestos por esta Corporación (fls. 16 a 32, c. 1).

¹ Fl. 19, c. 1.

2. La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional se opuso a todas las pretensiones de la demanda, toda vez que, en su criterio, el daño se produjo como un riesgo propio de la actividad militar, razón por la cual no se comprometía su responsabilidad patrimonial; en este orden de ideas, formuló la excepción que denominó “*inimputabilidad del daño a la Nación*”².

También expresó que al apoderado de la parte actora no se le otorgó la facultad para solicitar el pago de perjuicios fisiológicos y, en ese sentido, formuló la excepción que denominó “*falta de personería para solicitar el reconocimiento y pago de perjuicios fisiológicos*” (fls. 38 a 41, c. 1).

3. Cerrada la etapa probatoria, se corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión (auto del 28 de septiembre de 2005, fl. 105 C. 1)

3.1 La parte demandada solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda, toda vez que, a su juicio, las lesiones sufridas por el señor José Albeiro Otavo Rodríguez no se produjeron como consecuencia de una actuación irregular del Estado, constitutiva de falla en el servicio, sino que se produjeron en ejercicio de las funciones que, como militar, “... ejecutaba en forma directa y personal” (fl. 212, c. 1).

3.2 Por su parte, el extremo demandante reiteró las pretensiones y argumentos expuestos en la demanda (fls. 216 a 221, c. 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 9 de octubre de 2009, el Tribunal Administrativo de Santander negó las pretensiones de la demanda, por cuanto, a su juicio, el daño que sufrió el señor José Albeiro Otavo Rodríguez se ocasionó por razones propias del servicio o en cumplimiento de sus funciones como miembro de la fuerza pública, cuando “... procedía a instalar las alertas tempranas de las minas explosivas que habían sido colocadas (sic) en la Base Militar de Palonegro”³; por tanto, en su criterio, la víctima estaba en la obligación de soportar el daño.

Arguyó que, si bien se encontraba probado el daño antijurídico, le correspondía a la parte actora acreditar los demás elementos de la responsabilidad, esto es, la imputación y el nexo de causalidad; sin embargo, no lo hizo (fls. 240 a 258, c. 1).

² Fl. 39, C. 1.

³ Fl. 258, c. 1.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante formuló recurso de apelación, por medio del cual solicitó que se revocara la sentencia anterior y se declarara la responsabilidad patrimonial de la demandada, para cuyo efecto únicamente manifestó (se transcribe conforme obra, inclusive con errores):

“De la lectura de las pruebas que obran en el proceso, se deduce que el cabo segundo JOSE ALBEIRO OTAVO RODRÍGUEZ, sufrió las lesiones físicas, debido a la explosión de una mina que estaba revisando, por ordenes repetidas de su superior el sargento viceprimero Elías Guerrero Triviño; lo que constituye una falla del servicio, al haberlo expuesto imprudentemente” (fl. 269, c. ppal.).

IV. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación fue admitido por esta Corporación el 21 de mayo de 2010 (fl. 270, c. ppal.).

El 2 de julio de 2010, se corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que rindiera concepto.

La parte demandada solicitó que se *“... Reconfirme (sic) el fallo de primera instancia, en todas sus partes”*⁴, para lo cual expresó que la víctima era un profesional de las armas, enrolado voluntariamente a las filas del Ejército Nacional, y que, por tanto, el daño no se podía imputar al Estado (fls. 291 a 294, c. ppal.).

En esta oportunidad procesal, el representante del Ministerio Público rindió concepto, en escrito por medio del cual solicitó que se confirmara la sentencia de primera instancia, toda vez que, en su criterio, no se estableció el nexo causal entre la actuación de la Administración y las lesiones de que fue objeto el señor Otavo Rodríguez; para el efecto, indicó que no se aportaron las pruebas necesarias para concluir que el daño, efectivamente, era imputable a la Nación a título de falla en el servicio (fls. 296 a 300, c. ppal.).

⁴ Fl. 294, c. 1.

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, dado que la cuantía supera la exigida en vigencia del Decreto 597 de 1988, para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa tuviera vocación de segunda instancia⁵.

2. Valoración probatoria y caso concreto

Sea lo primero anotar que las personas que *"... ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado, como los militares o agentes de policía, deben soportar los daños causados como consecuencia de los riesgos inherentes a la misma actividad y sólo habrá lugar a la reparación cuando dicho daño se haya producido por falla del servicio, o cuando se someta al funcionario a un riesgo excepcional, diferente o mayor al que deban afrontar sus demás compañeros. En todo caso, el funcionario y quienes hayan sufrido perjuicio con el hecho tendrán derecho a las prestaciones e indemnizaciones previamente establecidas en el ordenamiento jurídico (a forfait)"*⁶.

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta que el señor José Albeiro Otavo Rodríguez era miembro del Ejército Nacional –como se verá más adelante–, la Sala analizará las pruebas aportadas al proceso, con miras a determinar si las lesiones de que fue objeto se produjeron por fallas en la prestación del servicio o por el sometimiento a un riesgo extraordinario o superior al que, normalmente, están expuestos los miembros de las fuerzas armadas.

Pues bien, está demostrado el daño antijurídico sufrido por los demandantes, como consta en el Acta de Junta Médico-laboral 106 del 26 de enero de 1999, expedida por el personal de sanidad del Ejército Nacional, en la que se concluyó (se transcribe conforme obra, inclusive con errores):

⁵ Cuando se presentó la demanda, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa tuviera vocación de doble instancia era de \$18'850.000.00 (artículos 129 y 132 del C.C.A., subrogados por el Decreto 597 de 1988). En el presente asunto, la pretensión mayor asciende a \$59'331.280.00, monto equivalente a los 4000 gramos de oro solicitados en favor de la víctima directa, por concepto de "perjuicios fisiológicos" (se tiene en cuenta la certificación 1252-16091999, expedida por el Banco de la República).

⁶ Sentencia del 25 de febrero de 2009, radicado 1995 - 5743 (15793), Consejo de Estado, Sección Tercera.

“A. ... 1º. HERIDA POR MINA MANO IZQUIERDA CON LESIÓN OSEA NERVIOSA Y VASCULAR. HERIDAS FACIALES Y EN MIEMBROS INFERIORES TRATADO QUIRURGICAMENTE DEJANDO COMO SECUELAS: (A) PERDIDA FUNCIONAL MANO IZQUIERDA SECUNDARIA A AMPUTACIÓN A NIVEL DE DORSO, (B) CICATRICES FACIALES DEFECTO ESTETICO MINIMO SIN DEFICIT FUNCIONAL, (C) CICATRIZ CRESTA ILIACA IZQUIERDA SECUNDARIA A COLGAJO, DOLOROSA ... // B. ... LE DETERMINA INCAPACIDAD RELATIVA Y PERMANENTE. NO APTO SE RECOMIENDA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA // C. ... LE PRODUCE UNA DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD LABORAL DEL CINCUENTA Y SEIS PUNTO OCHO POR CIENTO (56.8%) ..., //D. ... LESIÓN 1 OCURRIDA EN EL SERVICIO POR CAUSA Y RAZON DEL MISMO” (fl. 110, c. 1).

Las conclusiones consignadas en el acta anterior fueron modificadas el 17 de enero de 2000 por el Tribunal de Revisión Militar y de Policía, así (se transcribe conforme obra, inclusive con errores): **“A) SE ADICIONA: 2) HIPOACUSIA IZQUIERDA DE 30DB // B) SE RATIFICA // C) LE PRODUCE UNA DISMINUCION DE LA CAPACIDAD LABORAL DEL SESENTA Y UNO PUNTO DOCE POR CIENTO (61.12%) // D) AFECCION DIAGNOSTICADA EN EL SERVICIO PERO NO POR CAUSA NI RAZON DEL MISMO”** (FL. 109 vto. c.1).

El señor José Albeiro Otavo Rodríguez se encontraba vinculado al Ejército Nacional desde el 1 de marzo de 1996 y, para la época de los hechos, tenía el grado de cabo primero, como consta en la hoja de vida que obra a folios 113 a 117 del cuaderno 1. También se destaca su formación y entrenamiento en “EXPLOSIVOS Y MINAS”⁷, área para la cual fue destinado desde el 7 de mayo de 1988.

En relación con la ocurrencia de los hechos, en el informe [sin número] de 4 de febrero de 1998, rendido por el Comandante del Batallón de Ingenieros “Francisco José de Caldas” al Comandante de la Quinta Brigada del Ejército, se consignó (se transcribe conforme obra, inclusive con errores):

*“A las 16:30 horas aproximadamente el CS. OTAVO, estaba reunido en el Régimen Interno con el señor SV. GUERRERO TRIVIÑO ELIAS, Comandante de la Base Militar; **en la conversación que sostenían el Sargento le preguntó ‘que si había instalado nuevamente la trampa de alerta temprana que dos días antes accidentalmente se había activado por imprudencia de el soldado MUÑOZ VELA FREDY’**. Este respondió ‘que sí la había instalado nuevamente’.*

*“Aproximadamente a las 17:20 horas el SV. GUERRERO escucho una explosión leve y se dirigió hacia el V.O.R., encontrándose con los Soldados MONTAÑA PRADA EDGAR y DELGADO BUSTO GABRIEL ORLANDO; los cuales traían al CS. OTAVO herido por la activación de la **trampa explosiva**, la cual le produjo un severo desgarramiento de la palma de la mano izquierda y deformación de los dedos de la misma, por efectos de la **onda explosiva**.*

“(...) Por último quiero informarle a mi General que de acuerdo a la investigación inicial que realizó el Señor Mayor RICARDO CARVAJALINO

⁷ Fl. 115, c. 1.

PAGANO, Oficial S-3 del Batallón CALDAS, y **producto de las versiones que dieron los Soldados testigos presenciales del accidente el CS. OTAVO, le mintió al SV. GUERRERO diciéndole que sí había activado la trampa**, lo cual fue falso, y en el momento que terminó la conversación que estaban sosteniendo en el Régimen Interno, el SV. OTAVO, se fue inmediatamente con el Soldado MONTAÑA PRADA EDGAR hasta el puesto No. 5 el cual se encuentra en el V.O.R. Allí dejó al Soldado y siguió solo hasta el puesto de centinela No. 3 donde estaba el Soldado DELGADO BUSTOS GABRIEL ORLANDO, el cual le ayudo a llevar el bolso donde tenía el artefacto explosivo para instalar; el Soldado se lo entregó y lo dejó solo terminando la instalación y en este momento fue cuando sucedieron los hechos" (se resalta, fls. 49 y 50, c. 1).

También obra en el expediente el "RADIOGRAMA" 0439, de la misma fecha, en el que el Comandante del Batallón de Ingenieros "Francisco José de Caldas" expresó: "ACCIDENTOSE AL REVISAR DISPOSITIVO ALARMAS TEMPRANAS CS. OTAVO RODRIGUEZ JOSE CM. 930877939 SUFRIENDO HERIDAS MANO IZQUIERDA X RECLUIDO HOSMIR BRS 17:35 HORAS X DIAGNOSTICO MEDICO PERDIDA UN DEDO MANO IZQUIERDA ESQUIRLAS EN CARA" (fl. 125,c. 1). En el informe administrativo 001 del 12 de febrero de 1998, el mismo Comandante del Batallón "Francisco José de Caldas" expresó (se transcribe conforme obra, inclusive con errores):

"El día 04-FEB-98 a las 16:30 horas aproximadamente **el SV. GUERRERO TRIVIÑO ELIAS Comandante de la Base Militar de Palonegro le preguntó al Cabo Segundo OTAVO RODRIGUEZ JOSE ALBEIRO si había instalado nuevamente la trampa de alerta temprana que accidentalmente se había activado por imprudencia de un soldado de la misma base, éste le respondió que sí había quedado nuevamente instalada**. Una vez terminada la conversación el CS. OTAVO se dirigió hasta el puesto de centinela No. 3, el soldado de dicho puesto le ayudó a llevar el bolso donde tenía el artefacto explosivo para instalar, regresándose nuevamente para su puesto, cuando había transcurrido unos minutos escuchó una explosión leve y se dirigió hacia donde estaba el CS. OTAVO, **el cual había sufrido un accidente por activación de una trampa explosiva instalada por alivio de tensión**.

"Inmediatamente fue conducido al Hospital Regional de la BR5, donde fue atendido por personal de ese centro y cuyo diagnóstico fue herida por arma explosiva en mano izquierda con pérdida de un dedo y esquirlas en la cara.

"Este comando conceptúa que las lesiones personales del CS. OTAVO RODRIGUEZ JOSE ALBEIRO CM. 93037939 sucedieron al revisar las alarmas tempranas de seguridad de la Base por lo cual el hecho ocurrió en el servicio por causa y razón del mismo, literal 'b' artículo 35 del Decreto 94/89" (se resalta, fl. 48, c. 1).

De otra parte, se encuentra acreditado que, mediante resolución 01818 del 8 de mayo de 2000, el Director de Prestaciones Sociales de las Fuerzas Militares reconoció una indemnización de \$20'558.185.25 al señor José Albeiro Otavo Rodríguez, por disminución de su capacidad laboral (fl. 162, c. 1).

Obran en el expediente las declaraciones rendidas en la primera instancia por los señores Aydé Hernández de Gómez, Gloria Esperanza Gómez Hernández, Libardo Oyuela Galindo, Victorio Devia y María Fanny Ballesteros Cancheros, quienes, *grosso modo*, dan cuenta de las condiciones físicas del lesionado, de la presunta asistencia económica que éste le brindaba al resto de los demandantes y de la existencia de lazos de afecto entre ellos (fls. 189 a 193, c. 1).

También obra el oficio 3886 del 15 de septiembre de 2001, en el cual se reitera que el señor Otavo Rodríguez desarrollaba funciones en "manejo de explosivos" y se afirma que, en relación con los hechos alegados en la demanda, no se adelantó proceso disciplinario alguno (fl. 46, c. 1).

Pues bien, con lo anterior se tienen por probadas las lesiones de que fue objeto el señor José Albeiro Otavo Rodríguez, es decir, se advierte la existencia del daño alegado en la demanda; no obstante, la Sala considera que el mismo no se le puede atribuir a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, habida cuenta de que las pruebas aportadas resultan insuficientes para llegar a tal conclusión.

En efecto, del escaso acervo probatorio allegado al proceso lo que se saca en claro es que el señor Otavo Rodríguez fungía –para la época de los hechos– como miembro del Ejército Nacional y que, encontrándose en desarrollo de sus funciones –manejo de explosivos–, resultó lesionado al activarse una arma trampa o "trampa explosiva"⁸, lo cual "*... le produjo un severo desgarramiento de la palma de la mano izquierda y deformación de los dedos de la misma ...*" [ver, pág. 6 *supra*]; sin embargo, no se allegaron las pruebas necesarias para demostrar las circunstancias en que se produjeron dichas lesiones y solo se cuenta para ello con los dos informes del Ejército, que no evidencian falla alguna del servicio ni riesgo mayor, sino que, por el contrario, dan cuenta de que los hechos se produjeron por "causa y razón" del servicio.

El material probatorio tampoco permite establecer los acontecimientos previos a la explosión, tales como las supuestas "órdenes imprudentes" impartidas al señor Otavo Rodríguez por uno de sus superiores, con el fin de que revisara permanentemente las minas instaladas como "alertas tempranas" en la Base Militar de Palonegro, así como la advertencia reiterada de la víctima, consistente en que "*... no era recomendable estar*

⁸ Entiéndase por este tipo de arma, "*... todo artefacto o material concebido, construido o adaptado para matar o herir y que funcione inesperadamente cuando una persona toque un objeto aparentemente inofensivo o se aproxime a él, o realice un acto que aparentemente no entrañe riesgo alguno*" (art. 2, núm. 2, Convención de 1980 (Protocollo II)).

manipulando las minas porque eran muy sensibles y se podían explotar", como se afirma en la demanda.

En este orden de ideas, el acervo probatorio con el que se pretendía demostrar la forma como sucedieron los hechos está integrado por los informes que realizó la misma demandada, de los cuales, se insiste, lo único que se saca en claro es que la víctima resultó herida al activarse una "trampa explosiva" [ver, págs. 7 y 8 *supra*], pero no ponen en evidencia irregularidad alguna de la entidad.

Ahora, el deber del Estado de salvaguardar la vida de todas las personas se predica también en relación con los miembros de los cuerpos armados, aunque la asunción voluntaria de los riesgos propios de sus funciones modifica las condiciones en las cuales el Estado responde por los daños que éstos puedan llegar a sufrir, en tanto el daño que es consecuencia natural y directa de las actividades que desempeñan no compromete la responsabilidad patrimonial del Estado.

En este orden de ideas, cuando una persona se vincula de manera voluntaria a las Fuerzas Militares (como ocurrió en el *sub examine*, en que el señor Otavo Rodríguez ingresó por su propia voluntad a las filas del Ejército) asume los riesgos inherentes a su oficio, de allí que, para efectos de imputar daños al Estado por ese concepto, se debe demostrar la ocurrencia de una falla en el servicio o de un riesgo mayor y anormal frente al que deban afrontar sus compañeros.

En el presente asunto, la actividad de manipulación de explosivos que desempeñaba el señor Otavo Rodríguez, para la cual se encontraba capacitado y entrenado [págs. 6 y 9 *supra*], aunque es una actividad riesgosa, por las implicaciones que conlleva su ejercicio, no es suficiente para responsabilizar a la demandada por los hechos que acá se discuten, pues resulta claro que la víctima asumió por voluntad propia tanto la ejecución de la actividad como el sometimiento al riesgo; por tanto, la ocurrencia del daño constituyó la concreción de un riesgo inherente al servicio y que, por ende, está obligado a soportar [ver, págs. 6 y 8 *supra*].

Así, entonces, al señor Otavo Rodríguez no se le asignó una labor diferente a las propias de sus funciones, tampoco se le expuso a un riesgo superior o diferente a aquel para el cual se encontraba formado y entrenado ("explosivos y minas") ni, mucho menos, con los elementos de convicción allegados al proceso se puede establecer la existencia de una falla del servicio, pues, como se vio, ni siquiera se probaron los hechos anteriores o concomitantes a la ocurrencia del daño; en este sentido, se insiste, el daño que sufrió el

mencionado señor constituyó un riesgo propio del servicio, que estaba obligado a asumir como miembro del Ejército Nacional. La ocurrencia del mismo, por tanto, no origina responsabilidad del Estado.

Ahora, la Sala tampoco encuentra demostrado ningún incumplimiento obligacional que permita imputarle el daño a la demandada, pues, para la época de los hechos, no se encontraba prohibida la utilización de este tipo de armas –trampa– por parte de las fuerzas militares; por el contrario, una revisión exhaustiva de la normativa vigente en aquel momento (particularmente, del derecho internacional) permite establecer que el empleo de tales armas se encontraba autorizado, de manera excepcional, para fines preventivos y de seguridad en objetivos militares; al respecto, la Convención de 1980⁹ dispuso:

“Artículo 4. Restricciones del empleo de minas que no sean lanzadas a distancia, armas trampa y otros artefactos en zonas pobladas.

“1. El presente artículo se aplica:

“a) a las minas que no sean lanzadas a distancia ;

“b) a las armas trampa; y

“c) a otros artefactos.

*“2. Queda prohibido el empleo de las armas a que se refiere el presente artículo en ciudades, pueblos, aldeas u otras zonas en las que exista una concentración similar de personas civiles y donde no se estén librando combates entre fuerzas terrestres, o donde dichos combates no parezcan inminentes, **a menos que:***

*“a) **sean colocadas en objetivos militares que pertenezcan a una parte adversa o estén bajo su control, o en las inmediaciones de dichos objetivos;***

o

“b) se tomen medidas para proteger a la población civil de los efectos de dichos artefactos, por ejemplo, instalando señales de peligro, colocando centinelas, formulando advertencias o instalando cercas” (se resalta).

En el *sub examine* la parte actora no acreditó que las trampas explosivas se encontraran instaladas en “... ciudades, pueblos, aldeas u otras zonas ...” en las que existiera una “... concentración similar de personas civiles”, tampoco se demostró la ausencia de “combates” en el área o que éstos no fueran inminentes ni, mucho menos, se demostró que no se hubieran tomado las medidas necesarias para “... proteger a la población civil de los efectos de dichos artefactos”; por el contrario, de las pruebas que obran en el plenario lo que se saca en claro es que la víctima era un

⁹ Por medio de la cual se restringió el empleo de “... Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos”.

miembro del Ejército Nacional, debidamente entrenado y capacitado en el manejo de explosivos, y que tales trampas se encontraban instaladas en una base militar como medidas de protección -“alertas tempranas”-, para lo cual su utilización se encontraba permitida por la norma convencional acabada de transcribir.

Bajo este escenario y teniendo en cuenta la precariedad probatoria que gobierna el presente asunto, se impone para la Sala negar las pretensiones de la demanda, como consecuencia de la inactividad probatoria exhibida por el extremo demandante¹⁰. Al respecto, el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil establece que las partes deben “... *probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”, por manera que, en este caso y con el fin de demostrar la existencia de responsabilidad del Estado, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la parte actora debía acreditar no solo el daño, sino también, por lo menos, las circunstancias en las que éste se verificó.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia apelada.

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

F A L L A:

¹⁰ Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido:

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

“Es así como una de las reglas técnicas del derecho probatorio es la de la carga de la prueba, la cual parte del supuesto de que son los sujetos de derecho que intervienen en el proceso sobre los que gravita fundamentalmente el deber de procurar que las pruebas se practiquen o aporten y (sic) por eso que a su iniciativa para solicitarlas e interés para llevarlas a efecto se atiende de manera primordial. (...) El concepto de carga de la prueba es central para entender el porqué de ciertas decisiones judiciales, pues en aquellos eventos donde la ausencia de pruebas se presenta, no puede el juez abstenerse de decidir y es así como se impone un fallo en contra de quien tenía radicada la carga de la prueba. Es evidente que nadie mejor que el interesado para conocer los medios de prueba que deben (sic) emplear, con el fin de demostrar los hechos en que están (sic) fundamentando sus pretensiones” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de marzo de 2004, radicado: 44001-23-31-000-2003-0166-01 A.P.).

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia del 9 de octubre de 2009, dictada por el Tribunal Administrativo de Santander, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

MEDIO DE CONTROL DE REPARACION DIRECTA - Aclaración de voto / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Uso y manejo de explosivos / TRAMPAS EXPLOSIVAS - Aunque su utilización no se prohibía en el momento de los hechos, su uso resulta contrario a los preceptos del derecho internacional humanitario

la Subsección consideró que para la época de los hechos no estaba proscrito del ordenamiento jurídico la utilización, en bases militares, de artefactos explosivos como aquel que le causó el daño al soldado Otavo Álvarez, sin embargo, considero pertinente señalar que ese proceder por parte de la Fuerza Pública, esto es, la utilización de trampas explosivas no puede entenderse como una actuación válida, ni mucho menos legítima a la luz del régimen jurídico actual y desde luego de cara al contexto actual del país. En efecto, en el derecho internacional humanitario y en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, el uso de las minas, como por ejemplo las antipersonales, comporta una práctica, además de ilegal, de amplio y enérgico reproche, en especial en Colombia, cuyos habitantes –civiles y pertenecientes a la Fuerza Pública– han resultado víctimas de ese actuar repudiable por parte de grupos subversivos. Si esa clase de actos criminales, crueles, vandálicos, atroces e inhumanos ameritan un evidente y categórico rechazo frente a quienes los cometen, usualmente

grupos armados al margen de la ley, con mayor razón estaría llamado a desecharse y a enjuiciarse una actuación similar por parte del Estado, en este caso a través de su Fuerza Pública, la cual, en la actualidad, no puede acudir al empleo de esa clase de armas.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUB SECCIÓN A

Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá D.C., nueve (9) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 68001-23-31-000-1999-02769-01(38544)

Actor: JOSÉ VICENTE OTAVO ÁLVAREZ Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL

ACLARACION DE VOTO DE LA DRA. MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

La Subsección, dentro del caso citado en la referencia, confirmó¹¹ la sentencia de primera instancia en cuanto denegó las pretensiones de la demanda, toda vez que el daño sufrido por la parte actora provino de la concreción de un riesgo propio del servicio.

Estimo pertinente señalar que la razón por la cual acompañé esa decisión obedeció, en primer lugar, a que en ella se dio aplicación a la jurisprudencia consolidada y reiterada de la Sección Tercera del Consejo de Estado, según la cual cuando una persona se vincula de manera voluntaria a las Fuerzas Militares –como ocurrió en ese asunto– asume los riesgos inherentes a su oficio, de allí que, para efectos de imputar daños al Estado por ese concepto, se debe demostrar la ocurrencia de una falla en el servicio o de un riesgo mayor y anormal frente al que deban afrontar sus compañeros.

En segundo lugar, porque no se demostró en el proceso la existencia de una falla en el servicio.

En relación con este último aspecto debo señalar que el daño que padeció el Cabo Primero del Ejército José Vicente Otavo Rodríguez consistió en la lamentable pérdida de su mano izquierda

¹¹ A través de fallo de fecha 9 de marzo de 2016, proferido dentro del proceso con número interno de radicación 38.544 y con ponencia del señor Consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera.

como consecuencia de la detonación de una trampa explosiva, denominada “*alerta temprana*”, la cual fue instalada por la propia entidad demandada dentro de una base militar como mecanismo de protección.

Según se indicó en el fallo de segunda instancia, la utilización de esa clase de artefactos explosivos no estaba prohibida por el ordenamiento jurídico para la época de los hechos, tal como se señaló en la sentencia a la cual corresponde esta aclaración de voto, a saber:

“Ahora, la Sala tampoco encuentra demostrado ningún incumplimiento obligacional que permita imputarle el daño a la demandada, pues, para la época de los hechos, no se encontraba prohibida la utilización de este tipo de armas –trampa– por parte de las fuerzas militares; por el contrario, una revisión exhaustiva de la normativa vigente en aquel momento (particularmente, del derecho internacional) permite establecer que el empleo de tales armas se encontraba autorizado, de manera excepcional, para fines preventivos y de seguridad en objetivos militares; al respecto, la Convención de 1980¹² dispuso:

‘Artículo 4. Restricciones del empleo de minas que no sean lanzadas a distancia, armas trampa y otros artefactos en zonas pobladas.

‘1. El presente artículo se aplica:

- ‘a) a las minas que no sean lanzadas a distancia;*
- ‘b) a las armas trampa; y*
- ‘c) a otros artefactos.*

*‘2. Queda prohibido el empleo de las armas a que se refiere el presente artículo en ciudades, pueblos, aldeas u otras zonas en las que exista una concentración similar de personas civiles y donde no se estén librando combates entre fuerzas terrestres, o donde dichos combates no parezcan inminentes, **a menos que:***

*‘a) **sean colocadas en objetivos militares que pertenezcan a una parte adversa o estén bajo su control, o en las inmediaciones de dichos objetivos;** o*

‘b) se tomen medidas para proteger a la población civil de los efectos de dichos artefactos, por ejemplo, instalando señales de peligro, colocando centinelas, formulando advertencias o instalando cercas’ (se resalta).

“En el sub examine la parte actora no acreditó que las trampas explosivas se encontraran instaladas en ‘... ciudades, pueblos, aldeas u otras zonas ...’ en las que existiera una ‘... concentración similar de personas civiles’, tampoco se demostró la ausencia de ‘combates’ en el área o que éstos no fueran inminentes ni, mucho menos, se demostró que no se hubieran tomado las medidas necesarias para ‘... proteger a la población civil de los efectos de dichos artefactos’; por el contrario, de las pruebas que obran en el plenario lo que se saca en claro es que la víctima era un miembro del Ejército Nacional, debidamente entrenado y capacitado en el manejo de explosivos, y que tales trampas se encontraban instaladas en una base militar como medidas de protección –‘alertas tempranas’-, para lo cual su utilización se encontraba permitida por la norma convencional acabada de transcribir” (Negritas del original, subrayas adicionales).

¹² Cita del texto original: “Por medio de la cual se restringió el empleo de ‘... Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos’.

Como se puede observar, la Subsección consideró que para la época de los hechos no estaba proscrito del ordenamiento jurídico la utilización, en bases militares, de artefactos explosivos como aquel que le causó el daño al soldado Otavo Álvarez, sin embargo, considero pertinente señalar que ese proceder por parte de la Fuerza Pública, esto es, la utilización de trampas explosivas no puede entenderse como una actuación válida, ni mucho menos legítima a la luz del régimen jurídico actual y desde luego de cara al contexto actual del país.

En efecto, en el derecho internacional humanitario y en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, el uso de las minas, como por ejemplo las antipersonales, comporta una práctica, además de ilegal, de amplio y enérgico reproche, en especial en Colombia, cuyos habitantes –civiles y pertenecientes a la Fuerza Pública– han resultado víctimas de ese actuar repudiable por parte de grupos subversivos.

En ese sentido, la Convención de Ottawa de 18 de septiembre de 1997 consagra, precisamente, *“la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal”*, normativa esta que fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 554 de 2000 y en cuyo control de constitucionalidad se señaló:

“Las minas antipersonal constituyen una arma de guerra nociva y con efectos indiscriminados, a las cuales se les ha dado un uso irresponsable. Están diseñadas para matar y, en su defecto, para mutilar partes del cuerpo humano, dejando repercusiones psicológicas profundas en sus víctimas. Tienen una particularidad especial pues el daño que infligen no sólo se produce durante la situación de conflicto armado -internacional o interno-, sino que al permanecer activas indefinidamente, su amenaza se torna latente. Sus efectos no se limitan a soldados y sus propósitos a resultados exclusivamente militares sino que cobijan a la población civil cuando desarrolla las más sencillas actividades cotidianas.

“ ...

“Las minas antipersonal interrumpen el desarrollo económico y social de las comunidades bajo su amenaza, pues bajo el terror que imprimen dentro de su radio de acción, impiden que las personas circulen libremente hacia sus lugares de trabajo, escuelas, centros de salud y mercados, o que adelanten labores en los campos relacionadas con el cultivo de las tierras, el levantamiento de ganado, etc.

“ ...

*“El Estado colombiano suscribió dicho instrumento internacional **en desarrollo de una política de defensa de los derechos humanos de sus habitantes, de humanización de sus conflictos**, de protección al medio ambiente sano y de búsqueda, consecución y mantenimiento de la paz, compromiso que también ha guiado la participación en otros acuerdos internacionales. Este es un caso ejemplarizante de la adopción de un instrumento que incentiva el desarrollo del derecho internacional humanitario, al establecer límites a la conducción de la guerra, y que a la vez concientiza a los Estados hacia la necesidad de adoptar acciones preventivas frente al control **o la prohibición de ciertas armas que resultan incompatibles con ese derecho**”¹³ (He destacado).*

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-991 de 2 de agosto de 2000. M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis.

Así, pues, si esa clase de actos criminales, crueles, vandálicos, atroces e inhumanos ameritan un evidente y categórico rechazo frente a quienes los cometen, usualmente grupos armados al margen de la ley, con mayor razón estaría llamado a desecharse y a enjuiciarse una actuación similar por parte del Estado, en este caso a través de su Fuerza Pública, la cual, en la actualidad, no puede acudir al empleo de esa clase de armas.

En los anteriores términos dejo expuesto un tema que consideré necesario plantear en relación con el fallo que compartí, pues estimo que en modo alguno la utilización, por parte del Ejército Nacional para el caso concreto, de una trampa explosiva –“*alerta temprana*”– constituyó o puede llegar a comportar un aspecto que pasó desapercibido frente a la Sala, ni mucho menos que pueda o deba entenderse como una práctica avalada por la misma, solo que para el momento de los hechos, el manejo y utilización de minas no estaba prohibido.

MUY RESPETUOSAMENTE,

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

MEDIO DE CONTROL DE REPARACION DIRECTA - SALVAMENTO DE VOTO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Debe tenerse en cuenta el ordenamiento jurídico internacional en el contexto del conflicto armado / MARCO OBLIGACIONAL DEL ESTADO - Debe interpretarse de acuerdo a los instrumentos internacionales / MINAS ANTIPERSONA - Incrementan insosteniblemente los riesgos permitidos para miembros de la Fuerza publica

[E]l comportamiento del Estado en el conflicto armado interno debe estar dirigido a su humanización y, en tal propósito su conducta debe ajustarse tanto al ordenamiento jurídico interno, como a los instrumentos internacionales sobre el particular. (...) Si bien para la época de los hechos sub judice Colombia no había ratificado la “Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción”, hecha en Oslo el dieciocho (18) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997), esta misma ya había sido adoptada por los Estados partes de las Naciones Unidas el 18 de septiembre de 1997, lo cual implica que para tal época pudiera ser catalogada como soft law y, en esa medida, como criterio auxiliar de interpretación del derecho interno. (...) en el presente asunto el marco obligacional del Estado debía interpretarse con base en los instrumentos internacionales vigentes para tal fecha, particularmente la Convención de Ottawa de 1997, de la cual resulta razonable predicar que, para los Estados miembro de las Naciones Unidas, al margen de la ratificación de la mencionada Convención, el uso de “minas antipersona” incrementaba insosteniblemente los riesgos permitidos, no sólo para la población civil, sino para los miembros de la fuerza pública, por manera que los daños causados por la explosión de tales artefactos, controlados por el Estado,

comportarían su responsabilidad, en tanto se incurre en una falla del servicio por la desatención de sus obligaciones constitucionales y legales.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUB SECCIÓN A

Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá D.C., nueve (9) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 68001-23-31-000-1999-02769-01(38544)

Actor: JOSÉ VICENTE OTAVO ÁLVAREZ Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Con el respeto que profeso por las decisiones que adopta la Sala, procedo a señalar los motivos por los cuales me aparto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, en virtud de la cual se resolvió confirmar la sentencia del 9 de octubre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en la cual fueron negadas las pretensiones de la demanda.

En apretada síntesis en el *sub lite* se debate la responsabilidad del Estado por los daños sufridos José Vicente Otavo Rodríguez, quien, al desempeñarse como soldado profesional, sufrió un accidente al detonar un artefacto explosivo, utilizado como alerta temprana, en el perímetro de la base militar en la que cumplía sus funciones.

Tal como lo manifesté a la Sala en el marco del debate dirigido a la adopción de la decisión de fondo en el asunto de la referencia, respetuosamente considero que en el presente caso, las pruebas allegadas al plenario dan cuenta de una falla del servicio por cuyas consecuencias debió hacerse responsable el Estado.

No obstante lo anterior, la Sala, mayoritaria, consideró que:

*“... al señor Otavo Rodríguez no se le asignó una labor diferente a las propias de sus funciones, tampoco se le expuso a un riesgo superior o diferente a aquel para el cual se encontraba formado y entrenado (‘explosivos y minas’) **ni, mucho menos, con los elementos de convicción allegados al proceso se puede establecer la existencia de una falla del servicio**, pues, como se vio, ni siquiera se probaron los hechos anteriores o concomitantes a la ocurrencia del daño; en este sentido, se insiste, **el daño que sufrió el mencionado señor constituyó un riesgo propio del servicio, que estaba obligado a asumir como miembro del Ejército Nacional**. La ocurrencia del mismo, por tanto, no origina responsabilidad del Estado.*

“Ahora, la Sala tampoco encuentra demostrado ningún incumplimiento obligacional que permita imputarle el daño a la demandada, pues, para la época de los hechos, no se encuentra prohibida la utilización de este tipo de armas –trampa- por parte de las fuerzas militares; por el contrario, una revisión exhaustiva de la normativa vigente en aquel momento (particularmente, del derecho internacional) permite establecer que el empleo de tales armas se encontraba autorizado, de manera excepcional, para fines preventivos y de seguridad en objetivos militares...”.-

Debo manifestar que no se comparte la decisión, por las siguientes razones:

- (i) De acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Carta Política, son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

A partir de tal precepto, sin perjuicio, por supuesto de la cláusula general de responsabilidad del Estado contenida en el artículo 90 *eiusdem*, el comportamiento del Estado en el conflicto armado interno debe estar dirigido a su humanización¹⁴ y, en tal propósito su conducta debe ajustarse tanto al ordenamiento jurídico interno, como a los instrumentos internacionales sobre el particular.

- (ii) Si bien para la época de los hechos *sub judice* Colombia no había ratificado la “Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción”, hecha en Oslo el dieciocho (18) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997), esta

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de febrero de 2014, exp. 45818, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

misma ya había sido adoptada por los Estados partes de las Naciones Unidas el 18 de septiembre de 1997, lo cual implica que para tal época pudiera ser catalogada como *soft law* y, en ese medida, como criterio auxiliar de interpretación del derecho interno.

(iii) En sentencia C-991 de 2009, la Corte Constitucional indicó:

“El abuso en el empleo de las minas antipersonal o comúnmente llamadas en Colombia como “quebrapatas”, llevó a finales del siglo XX, a que las naciones del mundo comenzaran a dar los primeros pasos para erradicarlas e impedir su uso como instrumentos de primera mano para resolver los conflictos políticos internacionales e internos. Se calcula que hay más de ciento diez millones de minas antipersonal ubicadas en más de sesenta países del mundo, situación que día a día sigue empeorando. Cada año se siembran dos millones de nuevas minas terrestres, mientras que, por ejemplo, en el año de 1995 sólo fueron desactivadas cincuenta mil. En Colombia, según estimativos parciales existen por lo menos 70.000 minas antipersonal, ubicadas en 105 municipios de 23 departamentos. El 10% de la población de los municipios del país es potencial víctima de esos artefactos explosivos. Dichas minas se han puesto para fines de defensa y agresión, por militares y subversivos, en un conflicto armado interno cuya vigencia comprende más de cuarenta años.

“Se las identifica como el ‘soldado perfecto’, pues nunca duerme y nunca falla, no dejan de actuar frente a un cese de actividades bélicas y aunque han sido creadas para fines de guerra, no distinguen entre combatientes, adultos ni niños, pues se observa que sólo el diez por ciento de sus víctimas son combatiente; es decir, sus efectos no se limitan a soldados y sus propósitos a resultados exclusivamente militares sino que cobijan a la población civil cuando desarrolla las más sencillas actividades cotidianas.

“Las minas antipersonal constituyen una arma de guerra nociva y con efectos indiscriminados, a las cuales se les ha dado un uso irresponsable. Están diseñadas para matar y, en su defecto, para mutilar partes del cuerpo humano, dejando repercusiones psicológicas profundas en sus víctimas. Tienen una particularidad especial pues el daño que infligen no sólo se produce durante la situación de conflicto armado -internacional o interno-, sino que al permanecer activas indefinidamente, su amenaza se torna latente. Sus efectos no se limitan a soldados y sus propósitos a resultados exclusivamente militares sino que cobijan a la población civil cuando desarrolla las más sencillas actividades cotidianas.

(...)

“Las minas antipersonal interrumpen el desarrollo económico y social de las comunidades bajo su amenaza, pues bajo el terror que imprimen dentro de su radio de acción, impiden que las personas circulen libremente hacia sus lugares de trabajo, escuelas, centros de salud y mercados, o que adelanten labores en los campos relacionadas con el cultivo de las tierras, el levantamiento de ganado, etc

“(...).

En consecuencia de lo anterior, advierto que en el presente asunto el marco obligacional del Estado debía interpretarse con base en los instrumentos internacionales vigentes para tal fecha, particularmente la Convención de Ottawa de 1997, de la cual resulta razonable predicar que, para los Estados miembro de las Naciones Unidas, al margen de la ratificación de la mencionada Convención, el uso de “minas antipersona” incrementaba insosteniblemente los riesgos permitidos, no sólo

para la población civil, sino para los miembros de la fuerza pública, por manera que los daños causados por la explosión de tales artefactos, controlados por el Estado, comportarían su responsabilidad, en tanto se incurre en una falla del servicio por la desatención de sus obligaciones constitucionales y legales.

En este sentido, con el mayor respeto por la posición mayoritaria, dejo expresado mi salvamento de voto.

HERNÁN ANDRADE RINCÓN
Consejero de Estado