

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C, ocho (8) de junio de dos mil once (2011).

Radicación número: 52001-23-31-000-1998-00519-01 (19772)

Actor: TELMO AVILES BONILLA Y OTROS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-
EJÉRCITO NACIONAL

Asunto: ACCIÓN DE REPARACIÓN 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 18 de diciembre de 2000 mediante la cual se dispuso:

“(...) DENIEGANSE LA TOTALIDAD DE LAS SÚPLICAS DE LA DEMANDA PRESENTADA POR LOS SEÑORES TELMO AVILES BONILLA, MARÍA DILCIA FAJARDO DE AVILES, JORGE AVILES FAJARDO, EVANGELISTO AVILES FAJARDO, MIRLEY JOHANA AVILES FAJARDO, YILBER ALEXIS AVILES FAJARDO, GEILER AVILES FAJARDO Y SARMINA AVILES FAJARDO, EN CONTRA DE LA NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL (...)”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda y pretensiones

TELMO AVILES BONILLA y MARÍA DILCIA FAJARDO DE AVILES, mayores de edad obrando en su propio nombre y en representación de sus hijos menores JORGE, EVANGELISTO, MIRLEY JOHANA y YILBER ALEXIS AVILES FAJARDO y GEYLER y SARMINA AVILES FAJARDO, éstos últimos mayores de edad y actuando en su propio nombre, 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 18 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-EJÉRCITO NACIONAL, son patrimonialmente responsables de todos los daños y perjuicios, tanto morales como materiales ocasionados a **TELMO AVILES BONILLA y MARÍA DILCIA FAJARDO DE AVILES** en su condición de padres y a sus hijos **JORGE AVILES FAJARDO, EVANGELISTO AVILES FAJARDO, MIRLEY JOHANA AVILES FAJARDO, YILBER ALEXIS AVILES FAJARDO** (representados en esta demanda por sus padres), **GEYLER AVILES FAJARDO y SARMINA AVILES FAJARDO** en su condición de hermanos del difunto **FERNELLY AVILES FAJARDO**, 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 **TELMO AVILES BONILLA y MARÍA DILCIA FAJARDO DE AVILES** en su condición de padres y a sus hijos **JORGE AVILES FAJARDO, EVANGELISTO AVILES FAJARDO, MIRLEY JOHANA AVILES FAJARDO, YILBER ALEXIS AVILES FAJARDO** (representados en esta demanda por sus padres), **GEYLER AVILES FAJARDO y SARMINA AVILES FAJARDO** en su condición de hermanos del difunto **FERNELLY AVILES FAJARDO**, todos los perjuicios morales y materiales, estos últimos en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, derivados del daño, así:*

a). PERJUICIOS MORALES:

*Se pagará a los esposos **TELMO AVILES BONILLA y MARÍA DILCIA FAJARDO DE AVILES** y a sus hijos **JORGE AVILES FAJARDO, EVANGELISTO AVILES FAJARDO, MIRLEY JOHANA AVILES FAJARDO, YILBER ALEXIS AVILES FAJARDO, GEYLER AVILES FAJARDO y SARMINA AVILES FAJARDO** 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 gramo de oro fino al momento de la sentencia.*

b). PERJUICIOS MATERIALES:

*Como perjuicios materiales se pagará a los esposos **TELMO AVILES BONILLA y MARÍA DILCIA FAJARDO DE AVILES***

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 FERNELLY AVILES FAJARDO, al momento de fallecimiento tenía 21 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. 7 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. 7 C. 1)*

2. Hechos

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

El Joven Fernelly Áviles Fajardo antes de ser reclutado para la prestación del servicio militar obligatorio, residía en la Inspección de Puerto Torres, jurisdicción del municipio de Puerto Rico, Caquetá, junto con sus padres, donde se dedicaba a las labores del campo, de las cuales derivaba su sustento y contribuía al sostenimiento de sus padres, obteniendo ingresos mensuales de \$160.000. (Fl. 3 C.1)

En el año 1995 el joven Áviles Fajardo fue incorporado al Ejército Nacional 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 joven soldado llegó a dicha base el 26 de agosto de 1996. El día 30 de agosto de 1996 aproximadamente a las 7:30 p.m., la Base Militar de “Las Delicias” fue atacada al parecer por un grupo de subversivos de las FARC, conformado por 200 hombres. En tales hechos murieron aproximadamente 60 hombres y otros lograron escapar de la muerte y del secuestro. (Fl. 3 C.1)

Al llegar a la Base Militar “Las Delicias” los Comandantes de la compañía de la cual formaba parte el joven Aviles Fajardo, 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 Fernelly Aviles Fajardo murió. (Fls. 3 y 4 C. 1)

A lo anterior se suma el escaso material de guerra, el mal estado de algunas armas y a pesar de haber pedido apoyo a los superiores, éste nunca fue prestado. En efecto, si bien llegaron aproximadamente a la 1:00 a.m., del 31 de agosto de 1996 dos aviones, éstos estuvieron por espacio de 15 minutos, hicieron algunas ráfagas sin que posteriormente volvieran a dar apoyo, a pesar de que los soldados combatieron hasta las 11:30 a.m., del día indicado, momento en el cual los últimos soldados se rindieron ante los subversivos por falta de munición. Solo hasta las 3:00 p.m., llegó al lugar de

los hechos el apoyo aéreo. Estas situaciones ponen de manifiesto la negligencia de los mandos superiores. (Fl. 4 C.1)

Tanto Fernelly Aviles Fajardo como sus compañeros eran jóvenes que llevaban escasos 9 meses de vinculación obligatoria al ejército y al momento de su fallecimiento tenía tan solo 21 años. (Fls. 4 y 5 C.1)

La muerte del joven Fernelly Aviles Fajardo surgió como consecuencia de la omisión en la obligación de la protección de la vida y la integridad física por parte de las autoridades, por tanto se le imputa esta responsabilidad administrativa y patrimonial a título de falla del servicio a la Nación. (Fl. 5 C.1)

3. Actuación procesal en primera instancia

Mediante auto del 3 de septiembre de 1998 el Tribunal admitió la demanda (Fls. 32 y 33 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. 40 C.1). Teniendo en cuenta que el apoderado de la parte actora corrigió el libelo, por auto del 4 de diciembre de 1998 el Tribunal admitió tal corrección, siendo notificada personalmente la entidad demandada el 10 de marzo de 1999 (Fl. 109 C.1).

Con escrito del 29 de octubre de 1998 (Fl. 45 a 55 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. 46 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. 47 C.1)

Sostuvo que respecto de los medios con que cuenta la administración, debe tenerse en cuenta la disponibilidad de los recursos, el material y el personal con que se cuenta, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado en su jurisprudencia. Al respecto el servicio no puede predicarse de un Estado ideal, porque se debía tener en cuenta la realidad misma del país, su desarrollo, la amplitud y cobertura de los servicios públicos. (Fl. 47 C.1)

Manifestó que debía tenerse en cuenta que en el caso del soldado Fernelly Aviles Fajardo, la muerte en combate y por acción del enemigo, constituye uno de los riesgos propios del servicio, por lo que debe descartarse cualquier tipo de responsabilidad a la entidad demandada, más aún cuando la Nación a través del Ministerio de Defensa reconoció a sus beneficiarios, las indemnizaciones legales pertinentes, todo ello de conformidad con el Decreto 2728 de 1968, Decreto 1414 de 1975, Decreto 1305 de 1975 y la Ley 131 de 1985, con las prerrogativas que esas mismas normas consagran como un ascenso póstumo al grado inmediatamente superior que en el caso del soldado Aviles fue el de Cabo Segundo. (Fl. 51 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 la muerte del señor Aviles Fajardo se produjo por la acción del enemigo, un riesgo propio del servicio. (Fl. 51 C.1)

Agotada la etapa probatoria y de la cual se dio inicio mediante auto del 22 de abril de 1999 (Fls. 132 a 137 C. 1), por auto del 23 de febrero de 2000 se ordenó la celebración de audiencia de conciliación (Fl. 348 C. 1), habiendo fracasado la misma. (Fls. 359 a 361 C.1)

Mediante auto del 12 de septiembre 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. 372 C. 1)

4. Alegatos de conclusión

En escrito del 29 de septiembre de 2000 la apoderada de la parte demandada presentó sus alegatos de conclusión reiterando en idéntico sentido los argumentos expuestos a lo largo del proceso. (Fls. 374 a 386 C.1)

En escrito del 6 de octubre de 2000 El Ministerio Público rindió concepto (Fls. 388 a 392 C.1). En su documento acogió los argumentos ya expuestos en otro proceso que se llevó a cabo entre Argemiro García Rodríguez contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional. A continuación se extrae lo más importante del concepto.

Se habla de falla en el servicio sin que la parte actora la hubiera probado, sin determinar cuáles fueron las acciones u omisiones del Estado y de la lectura de la demanda se puede deducir que las fallas consistieron en: 1) Enviar soldados regulares a sitios de orden público sin experiencia en combates con la guerrilla; 2) No dotarlos del armamento y municiones suficientes. 3) Fallas en la inteligencia por no percatarse de movimientos de la guerrilla cerca de la base. 4) fallas tácticas en el momento del enfrentamiento. 5) Tardío envío del

refuerzo para evitar que los soldados fueran masacrados. (Fls. 389 y 390 C.1)

Sin embargo se concluye lo siguiente:

1. Los soldados si bien eran conscriptos, tenían 9 meses de entrenamiento. Además el relevo debía efectuarse y no puede considerarse como falla táctica el haberlo realizado 4 días antes si no se sabía de su inminencia. (Fl. 390 C.1)

2. Según los testimonios de los subversivos, cada soldado tenía mínimo dos cargadores de 40 proyectiles, además algunos tenían munición de reserva. Si el combate duró más de 15 horas, esto muestra que había munición suficiente dentro de las circunstancias normales como para una Base como la de las Delicias. Los fusiles no faltaron por fallas de fabricación, pues se dice que en la mañana del 30 de agosto de 1996 se hizo limpieza a las mismas, sino que fallaron porque los soldados tuvieron que arrastrarse en una zona fangosa lo que indica que el barro trabó los fusiles, por lo tanto la entidad demandada no es responsable, sino que se presentó una fuerza mayor que exonera a la entidad. (Fl. 390 C.1)

3. Las fallas de inteligencia que alude la parte actora no tiene sustento probatorio, ya que no existen probanza que asegure que el Comandante del Batallón 49 haya tenido conocimiento de movimientos guerrilleros, al contrario, el ataque fue sorpresivo, meditado e irresistible. (Fl. 390 C.1)

4. Según los testimonios de los sobrevivientes, el día de los hechos se había entrenado el plan de reacción máxime si cada oficial, suboficial y centinela ocupó su lugar y duró el combate por más de 15 horas. (Fl. 390 C.1)

5. Respecto al apoyo se tiene probado que el Comandante del Batallón 49 envió refuerzos de embarcaciones pirañas pero éstos también fueron emboscados, teniendo que regresar y esperar un tiempo, aspectos ajenos a la propia demandada y propios de una táctica guerrillera, por lo que la tardanza debe atribuirse a una fuerza mayor. (Fl. 390 C.1)

Así mismo, el Ministerio consideró que los soldados conscriptos estaban en la obligación de defender a la patria y afrontar el enemigo con los riesgos propios de su función (Fl. 391 C.1)

La parte actora guardó silencio.

5. Sentencia del Tribunal

En sentencia del 18 de diciembre de 2000 el Tribunal denegó las súplicas de la demanda (Fls. 396 a 416 C. ppal). Para tomar esta decisión la Corporación tuvo como argumento lo siguiente:

De acuerdo con el acervo probatorio, se pudo acreditar que el 30 de agosto de 1996 en la Base Militar de las Delicias la Compañía estaba en formación para constatar el armamento, cuadros y personal. Aproximadamente a las 7:30 p.m., fue atacada la base por un número aproximado de 700 subversivos pertenecientes al bloque Sur de las FARC, trabándose un combate que se prolongó hasta el mediodía del 31 de agosto de 1996, en el que murieron varios militares, hirieron y secuestraron a otros. De acuerdo con la información dada por el Comandante del Batallón de selva No. 49, el informativo administrativo por muerte No. 12 del 11 de abril de 1997 y los testimonios de Nelson Enrique Núñez y Alejandro Muñoz Ríos, la compañía

se encontraba al mando del Capitán Mazo, integrada por 4 oficiales, 10 suboficiales y 91 soldados, encargados de dar cumplimiento a la operación fragmentaria No. 020, contado incluso con el estudio de seguridad, documentos que reposan en el expediente. Así mismo, se pudo verificar que el personal recibió la instrucción necesaria, contaban con el armamento y material de comunicaciones que se relacionan en el oficio emitido por el Comandante del Batallón de Selva No. 49. (Fl. 410 C. ppal)

Según el Tribunal, el ataque fue sorpresivo y ante el mismo se reaccionó de acuerdo con las instrucciones recibidas bajo el mando de los Comandantes de cada una de las escuadras, haciendo uso de las armas de dotación oficial hasta agotarse las municiones, siendo vencidos por los subversivos debido a la superioridad numérica y a la ventaja bélica del mismo. Fue recibido el apoyo bélico por corto tiempo ya que éstas fueron sacadas de combate y no fue posible las comunicaciones porque los alzados en armas destruyeron los equipos de comunicación. (Fl. 411 C. ppal)

De lo anterior, se desprende que la muerte de FERNELLY AVILES FAJARDO tuvo ocurrencia en un enfrentamiento propiciado por los subversivos. Por lo tanto

“(...) si bien, de conformidad con el inciso 2o. del artículo 2o. de la Constitución Nacional. las autoridades están instituidas para proteger a los habitantes del país, en su vida, honra y bienes, en el presente caso FERNELLY AVILES FAJARDO, quien falleció a causa de la acción guerrillera, estaba obligado a colaborar en la prestación de ese servicio por tratarse de un miembro del Ejército que había recibido la instrucción necesaria para ese fin (...)” (Fl. 412 C. ppal)

“(...) Su incorporación al Ejército Colombiano obedeció a un deber legal y se trataba de una unidad que se encontraba, no en instrucción militar sino preparada para el combate, y, por consiguiente, su muerte obedeció a los

riesgos normales de la actividad a la que se encontraba vinculado (...)" (Fls. 412 y 413 C. ppal)

Indicó el Tribunal que de acuerdo a los testimonios obrantes dentro del proceso se pudo establecer que el combate duró aproximadamente 17 horas lo que permite deducir que los militares contaban con dotación de armas y municiones y que se habían adoptado las tácticas contraguerrilleras para defender la unidad militar (Fl. 413 C. ppal)

Por lo anterior, no puede atribuirse responsabilidad alguna a la administración por falla en el servicio y la causa del fallecimiento del señor Aviles Fajardo es extraña a la administración, y fue el accionar de los subversivos lo que constituye el hecho de un tercero. (Fl. 414 C. ppal)

6. El recurso de apelación.

Mediante escrito de 15 de enero de 2001 el apoderado de la parte demandante interpuso y sustentó en tiempo el recurso de apelación en contra de la sentencia del 18 de diciembre 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. 417 a 420 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 (...) la construcción

de trincheras no cumplía con las especificaciones técnicas necesarias, no se implementó el sistema de defensa obligatorio para la defensa de bases fijas el cual estaba previsto en el Manual de Defensa de Bases fijas en el Ejército Nacional (...), 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 (...)" (Fls. 417 y 418 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 guarnición para la época de los hechos, pues se desplazó para 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. 418 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. 418 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. 418 y 419 C. ppal). Tampoco el mencionado Coronel tuvo diligencia respecto a las comunicaciones radiotelefónicas debido al desgaste que presentaba 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. 418 C. ppal)

Respecto al daño, el recurrente consideró la existencia del mismo, ya que como consecuencia del ataque, se produjo la muerte del señor FERNELLY AVILES FAJARDO, así como a su familia le ocasionaron perjuicios que deben ser indemnizados. (Fl. 419 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. 420 C. ppal)

Consideró que no era de recibo lo dicho por el Tribunal en considerar que la muerte del señor Aviles Fajardo fue como consecuencia del hecho de un tercero, porque esta causal solo exonera de responsabilidad a la Administración cuando es irresistible e imprevisible para el Estado, y en el

presente caso sí estaba en condiciones de preverlo o de resistirlo y como en efecto lo hizo pero de manera deficiente (Fl. 420 C. ppal).

7. Actuación en segunda instancia

El Tribunal concedió el recurso de apelación por auto del 26 de enero de 2001 (Fl. 423 C. ppal) y esta Corporación por auto del 30 de marzo de 2001 lo admitió (Fl. 428 C. ppal). Cumplido el trámite procesal, mediante auto del 4 de mayo de 2001 se ordenó correr traslado a las partes para alegar en conclusión y al Ministerio Público para el concepto de rigor. (Fl. 430 C. ppal).

8. Alegatos de Conclusión

En escrito del 5 de octubre de 2001 (Fls. 432 a 444 C. ppal) el Ministerio Público emitió concepto, expresando que no compartía la decisión tomada por el a quo y recomendó revocar el fallo de primera instancia y en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda, considerando que en el presente asunto la discrepancia con el fallo de primera instancia se centra en que la exoneración de responsabilidad de la administración obedeció al hecho de un tercero (guerrilla) y para el Ministerio Público tal determinación se aleja de la realidad probatoria, toda vez que

“(...) si bien en el enfrentamiento armado en el que debió participar FERNELLY AVILES FAJARDO, en su condición de conscripto, se originó en el ataque que perpetrara una columna de las fuerzas beligerantes autodenominadas Farc en contra de la patrulla militar que éste integraba, también lo es que la entidad estatal demandada incurrió en diversas y graves conductas omisivas respecto de la disposición de los medios de seguridad y protección a la vida de los miembros del convoy militar, conclusión a la que se arriba en apoyo del material probatorio que a continuación se relaciona:

En el Estudio de Seguridad efectuado el 26 de marzo de 1996 a las instalaciones de la Base Militar de las Delicias se consignó que ésta presentaba algunas falencias de seguridad, anotándose que “la base es vulnerable en todo sentido por el caserío y la finca, parte selvática y que no existen campos minados ni campos eléctricos de alto voltaje, entre otros, documento en el que se anotan algunas recomendaciones para extremar la seguridad del lugar tales como “elaborar trincheras cerca a los centinelas ya que son escasas las actuales y no tienen zanjas para tener contacto con las otras trincheras”, (...)“ (Fls. 436 y 437 C. ppal)

No obstante lo anterior y a pesar de haberse advertido las múltiples deficiencias que revelaba el campamento militar, ninguna actividad se llevó a cabo con miras a mejorar las condiciones del lugar y disminuir, de alguna manera, el peligro que significaba para los aproximadamente 100 uniformados que debían patrullar la zona (...) máxime cuando para el 26 de febrero y el 22 de abril de 1996 ya se tenía conocimiento de los desplazamientos de los guerrilleros hacia la Base de las Delicias y la posible toma que se harían de esas instalaciones por los facinerosos (...)” (Fl. 437 C. ppal)

Así mismo, manifestó que conforme a lo descrito por el informe de inspección de la Base Militar de las Delicias realizado por el Comando de las Fuerzas Militares el 2 de diciembre de 1996, anexo al expediente, se pudo determinar que tanto el Comandante del Batallón de Selva No. 49 así como los altos mandos conocían de la presencia de grupos narco – bandoleros en la jurisdicción, pero que al desarrollar el ciclo correspondiente, no se tenía inteligencia del mismo. En el mismo informe se estableció que la reacción a nivel institucional era retardada si se tenían en cuenta que las operaciones de búsqueda y persecución del bloque sur se iniciaron después de 48 horas de haberse presentado el ataque. Por último, el armamento que tenía la Compañía C adolecía de fallas. (Fl. 439 C. ppal)

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 22 de abril 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

¹ La pretensión mayor corresponde a 4000 gramos de oro por concepto de lucro cesante, que a la fecha de presentación de la demanda, 27 de agosto de 1998, supera el valor exigido para que el proceso sea de doble instancia.

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 inadmisión².

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...

² Como se señaló en el precedente de la Sala (providencia proferida por este despacho) sentencia de 25 de mayo de 2011. Expedientes: 15838, 18075 y 25212 acumulados.

(...)

“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”³.

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 corresponde⁴.

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 pública⁵

³ 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.

⁴ Sentencia del 26 de marzo de 2008, expediente: 34.038. M.P: Myriam Guerrero de Escobar.

⁵ Como se señaló en el precedente de la Sala (providencia proferida por este despacho) sentencia de 25 de mayo de 2011. Expedientes: 15838, 18075 y 25212 acumulados.

En materia de responsabilidad por daños a miembros de la fuerza pública la premisa de la evolución jurisprudencial es la siguiente: se trata de adecuar 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 policial⁶. 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 militar⁷.

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”⁸

En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional define que la

⁶ 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.

⁷ Como se señaló en el precedente de la Sala (providencia proferida por este despacho) sentencia de 25 de mayo de 2011. Exps. 15838, 18075 y 25212 acumulados.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T- 409 de 1992.

“... 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”⁹.

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

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-511 de 1994. Puede verse también sentencia T-363 de 1995.

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)”¹⁰.

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”¹¹.

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.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-699 de 2009. Puede verse también, sentencia T-218 de 2010.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-511 de 1994.

3.2. La obligación de prestar el servicio militar obligatorio no implica la renuncia a los derechos fundamentales y humanos¹².

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

Pero como todo ciudadano, aquél 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.

¹² Como se señaló en el precedente de la Sala (providencia proferida por este despacho) sentencia de 25 de mayo de 2011. Expedientes: 15838, 18075 y 25212 acumulados. Se emplea la perspectiva del derecho internacional humanitario.

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”¹³. 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”*¹⁴.

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”*¹⁵.

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”*¹⁶.

¹³ Sentencia de 26 de mayo de 2010. Exp.19158.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-534 de 1992.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-277 de 1993.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-200 de 1997.

Sin lugar a duda, no puede significar el sacrificio absoluto de los derechos fundamentales y humanos de aquellos que prestan el servicio militar obligatorio¹⁷, 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 institucional¹⁸”.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

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”*¹⁹ (subrayado fuera de texto).

Desde esta perspectiva, puede entenderse que los soldados que prestan el servicio militar obligatorio, como lo era Fernelly Aviles Fajardo como ciudadano-soldado que se encontraba en el cumplimiento de un deber constitucional no renunció 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

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia SU-200 de 1997.

“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”²⁰.

En ese sentido, se sostiene,

“En la segunda mitad de los años sesenta, la Comisión europea de derechos humanos²¹ ha adoptado una doctrina inspirada del derecho alemán, denominada <<limitaciones inherentes>>²². 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 Comisión²³

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-802 de 2002.

²¹ 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.

²² VAN DROOGHENBROECK, S. *La proportionnalité 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.

²³ Comisión Europea de Derechos Humanos, asunto 16728/90, Karaduman c. Turquía, de 3 de mayo de 1993.

(...)

... la Corte europea de derechos del hombre ha rechazado explícitamente esta doctrina de las limitaciones inherentes, en relación con los detenidos²⁴ así como en relación con el trato a los militares²⁵... 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”.²⁶

3.3. Las garantías de los derechos de los ciudadanos-soldados en el marco del conflicto armado interno²⁷.

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 interno²⁸ 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.

²⁴ 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.

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

²⁶ LOMBAERT, Bruno. “Les fonctionnaires renoncent-ils aux droits fondamentaux?”, en DUMONT, Hugues; OST, Francois; VAN DROOGHENBROECK, Sebastien (dir). *La responsabilité face cachée des droits de l’homme*. Burxelles, Bruylant, 2005, pp.483 a 500.

²⁷ Como se señaló en el precedente de la Sala (providencia proferida por este despacho) sentencia de 25 de mayo de 2011. Exps. 15838, 18075 y 25212 acumulados.

²⁸ 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 humanitario²⁹, 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”³⁰. En la Opinión Consultiva de 1996 sobre las armas nucleares, la Corte

²⁹ Corte Internacional de Justicia, caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, 1986.

³⁰ 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.

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”³¹. 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 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”³². 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 reciprocidad³³. 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”³⁴ y el establecimiento de un nivel mínimo de protección para las personas que no toman parte activa en las hostilidades³⁵; todo lo

³¹ 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.

³² 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.

³³ “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.

³⁴ 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.

³⁵ 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 Krajisnik, sentencia del 27 de septiembre de 2006.

*cual contribuye a que el Artículo 3 común sea en sí mismo una fuente autónoma y consuetudinaria de responsabilidad penal individual*³⁶.

*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 humano*³⁷. 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 causas³⁸.

Como se mencionó en apartados anteriores, el carácter consuetudinario de las normas básicas de las Convenciones de Ginebra de 1949,

³⁶ Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005.

³⁷ 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.”]

³⁸ 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 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.]

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”³⁹.

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”.

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007.

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”⁴⁰, 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

⁴⁰ Corte Internacional de Justicia. Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, 1996.

*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*⁴¹.

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>>*⁴². 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 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.

(...)

⁴¹ Citado en TUCKER, Robert W. *The Law of War and Neutrality at Sea*. Washington, 1957, p.6.

⁴² *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.

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 masacres⁴³ (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 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 inconcebibles⁴⁴.

⁴³ WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*. Barcelona, Paidós, 2001, pp.181 y 182.

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-802 de 2002.

3.4. Una vez reconocida la posición del ciudadano-soldado en el marco del derecho internacional humanitario, cabe indagar su encuadramiento en el marco del derecho de los “derechos humanos”.

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 individuos⁴⁵. 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”⁴⁶.

⁴⁵ 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 ómnium*, 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.

⁴⁶ *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.

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 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”⁴⁷.

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 perjudiciales⁴⁸, 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,

⁴⁷ 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.

⁴⁸ 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.

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 automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía⁴⁹.

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

⁴⁹ *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 Sawhoyamaya 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.

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 encuentre⁵⁰. 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 jurisdicción⁵¹ (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

⁵⁰ *Caso Baldeón García Vs. Perú*. Sentencia de 6 de abril de 2006, Serie C No. 147, párrafo 81; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya 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.

⁵¹ *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.

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.

4. Régimen aplicable por la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de los daños sufridos por quienes prestan el servicio militar obligatorio⁵².

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.

⁵² Como se señaló en el precedente de la Sala (providencia proferida por este despacho) sentencia de 25 de mayo de 2011. Expedientes: 15838, 18075 y 25212 acumulados.

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”⁵³ (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 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”⁵⁴.

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 delincuencia⁵⁵. En ese sentido, el precedente de la Sala indica que las fuerzas militares y los cuerpos de seguridad del Estado se

⁵³ Sentencia de 4 de febrero de 2010. Exp.18371.

⁵⁴ Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp.17127.

⁵⁵ Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp.17127.

“... 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”⁵⁶.

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 profesionalmente⁵⁷, a lo que se agrega que dicho régimen se encuentra ligado a la presencia de una vinculación o relación laboral para con la institución armada⁵⁸. Esto llevará a que se active la denominada “indemnización a for-fait”⁵⁹, lo que no excluye la posibilidad que pueda deducirse la responsabilidad y por tanto la obligación de reparar el daño causado⁶⁰, si se demuestra que el daño fue causado por falla del servicio o por exposición de la víctima a un riesgo excepcional⁶¹. 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

⁵⁶ 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.

⁵⁷ 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 al 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.

⁵⁸ 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.

⁵⁹ Sentencias de 15 de febrero de 1996. Exp. 10033; 20 de febrero de 1997. Exp.11756.

⁶⁰ 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.

⁶¹ 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.

deben afrontar como consecuencia de las acciones u omisiones imputables al Estado”⁶². 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”⁶³.

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”⁶⁴.

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”⁶⁵.

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”⁶⁶.

⁶² Sentencia de 26 de mayo de 2010. Exp.19158.

⁶³ Sentencia de 26 de mayo de 2010. Exp.19158.

⁶⁴ 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.

⁶⁵ Sentencias de 3 de marzo de 1989. Exp.5290; de 25 de octubre de 1991. Exp.6465.

⁶⁶ Sentencia de 26 de mayo de 2010. Exp.19158.

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”⁶⁷.

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”⁶⁸.

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”⁶⁹.

⁶⁷ Sentencias de 14 de diciembre de 2004. Exp.14422; de 3 de mayo de 2007. Exp.16200.

⁶⁸ Sentencia de 25 de febrero de 2009. Exp.15793.

⁶⁹ Sentencia de 25 de febrero de 2009. Exp.15793.

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*⁷⁰.

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 tal servicio “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”⁷¹.

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

⁷⁰ Sentencias de 27 de noviembre de 2002. Exp.13090; 18 de mayo de 2004. Exp.14338; 15 de octubre de 2008. Exp.18586.

⁷¹ Sentencia de 15 de octubre de 2008. Exp.18586.

asumir los riesgos a los que estuvo expuesto quien presta el servicio militar obligatorio⁷².

5. 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 la muerte del soldado, en atención a que el resultado perjudicial no estaba éste ni sus familiares obligados a soportar?

6. Los hechos probados dentro del proceso

Se encuentra probado dentro del plenario lo siguiente:

i) Copia del Registro civil de nacimiento de Fernelly Aviles Fajardo (Fl. 166 C.1) y del registro de defunción del 16 de junio de 1997, en la que se acredita que su muerte del mismo ocurrió el 30 de agosto de 1996 (Fl. 21 C.1).

ii) Copia de los registros civiles de nacimiento de Sarmina Aviles Fajardo (Fl. 170 C.1); Geyler Aviles Fajardo (Fl. 172 C.1); Mirley Johana Aviles Fajardo (Fl. 216 C.1); Evangelisto Aviles Fajardo (Fl. 217 C.1); Jorge Aviles Fajardo (Fl. 218 C.1) y Yilber Aviles Fajardo (Fl. 219 C.1).

iii) Copia de la partida de registro civil del matrimonio de los padres del causante (Fl.29 C.1) celebrado el 3 de agosto de 1975.

iv) Copia del informativo administrativo por muerte (Fls. 195 y 196 C.1) en el que se certifica que el señor Aviles Fajardo Fernelly murió en la toma a la Base Militar de las Delicias.

⁷² Sentencia de 15 de octubre de 2008. Exp.18586.

v) Oficio 30 de junio de 1999 (Fls. 184 a 214 C.1) dirigido por el Teniente Coronel Eduardo León Figueroa Cifuentes, Comandante del Batallón de Infantería No. 49 “J.B.S.O.” En él se indicó lo siguiente:

(...) 1. Disponibilidad de Oficiales, Suboficiales y Soldados para operaciones, se contaba con 24 Oficiales, 113 Suboficiales y 615 Soldados distribuidos en los siguientes lugares: Puesto de mando del Batallón de Selva No. 49 “JUAN BAUTISTA SOLARTE OBANDO”. Base Militar de la Araracuara, Base Militar de Chorrera, Base Militar de las Delicias, organizadas, entrenadas y equipadas para manejar cualquier problema táctico impuesto por la amenaza, todas ellas desarrollando misiones tácticas, como lo indican las respectivas Órdenes de Operaciones (...) (Fl. 185 C.1)

(...) Con relación a la existencia de registros o informes sobre la posible toma guerrillera, existe el estudio de seguridad de la Base Militar de las Delicias donde se indica una serie de partes e indicios que de dirigir el Comandante para contrarrestar las amenazas (...) (Fl. 188 C.1)

(...) 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)

vi) Estudio de Seguridad No. 002 del 26 de marzo de 1996 en el que se dan ciertas recomendaciones, a saber: (Fls. 201 a 208 C.1)

“(...) a. Topografía:

En razón a la proximidad de la selva a los predios de la base se recomienda que en forma continua se efectúen patrullajes de reconocimiento, descubiertas, como también en forma esporádica acampe una patrulla fuera de la base, con el objeto de detectar e impedir que personas extrañas ingresen a la base. (Fl. 206 C.1)

(...)

c. Zonas y Puntos Críticos.

Las zonas críticas a la cual se les deben incrementar más el control en la parte norte del sector de río Caquetá. (Fl. 206 C.1)

(...)

Se recomienda elaborar más trincheras cerca a los centinelas ya que son escasas las actuales y no tienen zanjas para tener contacto con las otras trincheras (...) (Fl. 206 C.1)

No existe comunicación entre los puestos centinelas ya que estos se encuentran muy distantes uno del otro. (Fl. 206 C.1)

Construir obstáculos que dificultan el movimiento, estos pueden ser alambradas o concertinas (...). (Fl. 206 C.1)

vii) Informe preliminar del ataque suscrito por el General Mayor Alfredo García R, del cual se extrae lo más importante: (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 compañía 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.
- Las actividades desarrolladas por la Unidad Fundamental se concentraron en aseo de armamento, arreglo de bases y deportes.
- Alrededor de la base no había tramas 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. (Fls. 11 y 12 C.1 de los anexos Investigación Preliminar de las Fuerzas Militares)

viii) Caso táctico NR. 001 de 1996. En este documento se expuso lo siguiente: (Folios 1848 a 1883 del C. 4 anexo de investigación preliminar 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. 1860 C. 4 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. 1861 C. 4 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. 1863 C. 4 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. (Fl. 1863 C. 4 de anexos investigación preliminar disciplinaria de las Fuerzas Militares)

A las 1900 horas el personal estaba en los kioscos viendo el noticiero. (Fl. 1864 C. 4 de anexos investigación disciplinaria por parte 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. (Fls. 1864 y 1865 C. 4 de anexos investigación disciplinaria por parte de las fuerzas militares)

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. (Fl. 1866 C.4 de anexos investigación disciplinaria por parte de las fuerzas militares)

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. (Fl. 1868 C. 4 de anexos proceso disciplinario)

Respecto al análisis de la operación:

“(...) Aspecto negativos

- 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. 1875 a 1877 C. 4 de anexos del proceso preliminar disciplinario de las Fuerzas Militares)

ix) 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). En el escrito se expuso lo siguiente:

“(...) 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 REACCIÓN INMEDIATA para combatir al enemigo trátense 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 Área 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. (...)"

x) Copia auténtica del informe de diligenciamiento preliminar de la Procuraduría General de la Nación (Fls. 134 a 144 C. 3 de anexos investigación disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación) y, formulación de cargos al Brigadier General Jesús María Castañeda Chacón y al Teniente Coronel José Claudio Bastidas Javela (Fls. 156 a 167 C. 3 anexos de la investigación de la Procuraduría), en el que concluyen que se presentó:

1. Falta de inteligencia y contrainteligencia sobre todo en el Comando Unificado del Sur debido a que conocían una posible toma desde meses atrás a la Base del cual tuvo conocimiento oportuno el Comandante del Batallón Selva No. 49 según el radiograma interno No. 011526 del 22 de Abril de 1996 suscrito por el Coronel Jose Claudio Bastidas dirigido al comando base de las Delicias.

2. Desconocimiento del área topográfica, locativa y de adecuación defensiva por parte de los Comandantes del CUS, detectándose la falta de conocimiento y atención de las necesidades requeridas en la Base. Por esas razones no fue posible por parte del Comandante de GASUR brindar el apoyo oportuno a la base, pues carecía de los medios aéreos propios (Fl. 137 C.3 anexos de la investigación disciplinaria de la Procuraduría)

3. Es cuestionable el estado del armamento de dotación entregado a los integrantes de la Compañía Córdoba "C" el cual presentaba fallas, especialmente los fusiles como lo asegura parte del personal sobreviviente al ataque.

xi) 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 Maria 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, así 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 herramientas logísticas y tácticas para evitar la toma. Aunado a lo anterior, 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, y 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.

xii) 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.

7. El daño antijurídico

De lo descrito anteriormente, se encuentra plenamente demostrado que el señor Fernelly Aviles Fajardo, quien para la época de los hechos era soldado regular perteneciente a la Compañía C del Ejército Nacional, murió en la Base Militar de "Las Delicias" el 30 de agosto de 1996, tal como lo determinó el registro de defunción y el informe administrativo por muerte proferido por el Comandante del Batallón de Selva No. 49 (Fls. 21 y 195 a 196 C.1).

8. 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 Delicias⁷³.

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 administrados⁷⁴, sin distinguir su condición, situación e interés⁷⁵. 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 potestad⁷⁶; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente

⁷³ Como se señaló en el precedente de la Sala (providencia proferida por este despacho) sentencia de 25 de mayo de 2011. Expedientes: 15838, 18075 y 25212 acumulados.

⁷⁴ 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.

⁷⁵ 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 general de la responsabilité civile considerée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

⁷⁶ “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.

*causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público*⁷⁷.

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 pública⁷⁸ tanto por acción, como por 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.

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

⁷⁷ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., pp.120-121.

⁷⁸ 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 [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

*Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración*⁷⁹.

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”⁸⁰.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁸¹, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁸². Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”⁸³.

⁷⁹ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996.

⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

⁸¹ 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 diiudicatoria)*”. KANT, I. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Alianza, 1989, p.35.

⁸² 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 autoridad pública compromete al Estado con sus resultados*”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 25 de marzo de 2003.

⁸³ “*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.

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*”⁸⁴. 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*”⁸⁵.

Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “*excluír del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar*”⁸⁶. 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 no⁸⁷.

⁸⁴ “*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.

⁸⁵ MIR PUIG, Santiago. Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁸⁶ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁸⁷ JAKOBS, G. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Bogotá, Universidad Externado, 1994.

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.

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 cognoscible⁸⁸. 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”⁸⁹.*

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

⁸⁸ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

⁸⁹ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber:

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

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

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

Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se 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^{90,91}.

⁹⁰ 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.

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 omisión⁹². Günther Jakobs ha demostrado que todos los problemas del 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”⁹³.

En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar, después de haberse acreditado el daño antijurídico, una

⁹¹ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

⁹² Cfr. Javier Sánchez-Vera. Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen. Duncker & Humbolt Berlin 1999. Pags. 51 y ss Kurt Seelmann. Grundlagen der Strafbarkeit. Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1. Reihe. Alternativkommentare. Luchterhand. Neuwied. 1990.Pag.389.

⁹³ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

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 tiene como conclusión de los hechos los siguientes:

Conforme a la orden impartida 020 emitida por el Comandante del Batallón No. 49, la Compañía C, quien estaba al mando del Capitán Mazo, se dirigía a la Base Militar de las Delicias el 26 de agosto de 1996 para hacer el relevo con la Compañía A, quien estaba bajo el mando el capitán Zambrano Zambrano. Una vez llegaron al lugar, se cuenta que el 27 de agosto de 1996 realizaron 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.

Para el día 30 de agosto de 1996, aproximadamente a las 5:30 de la tarde llegó el remolque que transportaba las remesas del comando y se le ordenó al Subteniente Ayala Traslaviña Manuel junto con algunos soldados, subir tales elementos hasta la Base. Sin embargo, estos militares no pudieron apoyar a aquéllos que se encontraban dentro de la Base militar en el momento del ataque.

Aproximadamente a las 7:30 de la noche se inició el ataque por parte de los miembros insurgentes; por tal razón el Capitán Mazo se comunicó con el Comandante del Batallón quien le informó sobre el mismo. A su vez, el Comandante del Batallón se comunicó con el centro de operaciones

solicitando ametrallamiento en la zona y con el comandante de la Fuerza Naval solicitándole apoyo fluvial para el día siguiente.

Aproximadamente a las 11 y media de la noche llegaron al sitio de los hechos 2 aviones OV-10 sobrevolando y ametrallando el lugar pero regresaron a la Base de Apiay por cuanto no tenían suficiente combustible ni munición.

Se pudo establecer que el ataque duró aproximadamente 17 horas hasta el 31 de agosto de 1996, momento en el cual llegó el apoyo fluvial y aéreo en el cual trasladaron a los heridos al Hospital Militar central y así mismo levantaron los cadáveres de aproximadamente 28 militares, entre los que se encontraba el cuerpo del soldado regular Fernelly Aviles Fajardo.

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 públicas⁹⁴; el de falla

⁹⁴ 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

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 peligrosos⁹⁵; 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 demandada⁹⁶”.

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”.

⁹⁵ 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”.

⁹⁶ sentencia de 30 de julio de 2008, expediente: 18.725. Puede verse también el Expediente 11.401.

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 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 servicio⁹⁷.

Es el presente caso la Sala encuentra que pudo haber un encuadramiento en los diferentes títulos de imputación, pero conviene afirmar que debería

⁹⁷ Sentencia de 15 de octubre de 2008. Exp.18586.

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 tercero⁹⁸, existe plena certeza que la responsabilidad es atribuible al Estado

⁹⁸ 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. (...)” (Negritillas 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

por el resultado dañoso causado a Fernelly Aviles Fajardo (muerte) y los demandantes. 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 riesgo⁹⁹ (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

o enervar la imputación frente al presunto responsable; el comportamiento de aquella para poder operar como causal exonerativa de responsabilidad debe ostentar una magnitud, de tal forma que sea evidente que su comportamiento fue el que influyó, de manera decisiva, en la generación del daño. “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 aquella 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.

⁹⁹ 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).

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 militares; 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 (como se resalta en las pruebas aportadas al proceso); 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 Leguízamo y 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 una 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 prevención¹⁰⁰ (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 Fernelly Aviles Fajardo 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

¹⁰⁰ Se hace referencia a los instrumentos que según el material probatorio habría podido mitigar, o limitar las consecuencias perjudiciales que pudo haber afrontado la víctima en el presente proceso.

reacción del Estado fue tardío, insuficiente y drásticamente limitado, lo que llevó a dejar sin alternativa alguna a los ciudadanos soldados, entre ellos, la muerte del joven Aviles Fajardo¹⁰¹. Por lo tanto, se sustenta dicha atribución, en su conjunto, en la falta absoluta de la “debida diligencia”¹⁰² (objetivamente considerada) 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) debieron 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 proporcionalidad¹⁰³, incluso sin razonabilidad¹⁰⁴, 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” del batallón de Selva No.49 “Juan Bautista Solarte Obando” en

¹⁰¹ 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).

¹⁰² DINAH L. SHELTON. *Private Violence, Public Wrongs, and the Responsibility of States*, 13 Fordham. Int'l L.J. 1, 25-26 (1989/1990)

¹⁰³ ROBERT ALEXY. *Theorie der Grundrechte*, Surkamp (taschenbuch wissenschaft). Erste Auflage, 1994, pp. 71 y ss.

¹⁰⁴ 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

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” (FI 11 y 12 C.1 C.1 investigación preliminar de las Fuerzas Militares).

Así mismo, en el informe del Caso Táctico elaborado por la Fuerzas del Ejército Nacional se identificaron varios aspectos negativos NR.001/96 (ver número viii) del capítulo de pruebas).

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 trátense 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,

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 desmontar 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 Síquima, 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 ésta la causa determinante 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 la muerte de Fernelly Aviles Fajardo, sino que se haya consumado el secuestro masivo de decenas de militares y la muerte de otros tantos más¹⁰⁵.

A lo anterior se agrega (conforme al acervo probatorio, valorado conjuntamente), 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

¹⁰⁵ Como se señaló en el precedente de la Sala (providencia proferida por este despacho) sentencia de 25 de mayo de 2011. Expedientes: 15838, 18075 y 25212 acumulados.

de las pruebas documentales 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 acceso¹⁰⁶.

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”¹⁰⁷, 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 constitucional¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Como se señaló en el precedente de la Sala (providencia proferida por este despacho) sentencia de 25 de mayo de 2011. Expedientes: 15838, 18075 y 25212 acumulados.

¹⁰⁷ RAMELLI, Alejandro. *Derecho internacional humanitario y estado de beligerancia*. 1ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p.52.

¹⁰⁸ 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”.

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 éstos 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”¹⁰⁹.

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”¹¹⁰, 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

¹⁰⁹ FORSTHOFF, Erns. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts Band I. Allgemeiner Teil*. 10a ed. Münche, CH Beck, 1973, pp.359 a 364.

¹¹⁰ MIRPUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.201.

General No. 6 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su artículo 6, los

“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”¹¹¹, 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 la muerte de Fernelly Aviles Fajardo, 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”¹¹².

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

¹¹¹ NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General No.6.

¹¹² BARCELONA LLOP, Javier. “Responsabilidad patrimonial por daños causados por, o sufridos por, los miembros de las fuerzas o cuerpos de seguridad”, en QUINTANA LÓPEZ, Tomás (dir) *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*. T.II. Valencia, tirant lo Blanch, 2009, p.1493.

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 guerra¹¹³ (subrayado fuera de texto).

La Sala llega a la conclusión que las entidades aquí demandadas son responsables patrimonialmente de la muerte de Fernelly Aviles Fajardo, 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 riesgo¹¹⁴, 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 la familia del joven Aviles Fajardo 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 Militar¹¹⁵.

¹¹³ WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas. Un razonamiento con ejemplos históricos*. Barcelona, Paidós, 2001, p.192.

¹¹⁴ 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.

¹¹⁵ Como se señaló en el precedente de la Sala (providencia proferida por este despacho) sentencia de 25 de mayo de 2011. Exps. 15838, 18075 y 25212 acumulados.

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 favor de TELMO AVILES BONILLA y MARÍA DILCIA FAJARDO DE AVILES (en calidad de padres) y a favor de JORGE, EVANGELISTO, MIRLEY JOHANA, YILBER ALEXIS, GEYLER y SARMINA AVILES FAJARDO en calidad de hermanos del causante, la suma de 1500 gramos oro para cada uno de ellos.

Tal y como lo ha manifestado esta Corporación, para obtener una indemnización por los perjuicios morales ocasionados a los parientes de la víctima se debe demostrar la calidad de pariente y de la lesión grave que conlleva a reconocer perjuicios morales a la parte demandante¹¹⁶.

De las pruebas allegadas al expediente, obra el poder otorgado por los padres de Fernelly Aviles Fajardo, obrando en su propio nombre y en representación de sus hijos menores Jorge, Evangelisto, Mirley Johana y Yilber Alexis Aviles Fajardo. Por otro lado, obra el poder de los dos hermanos

¹¹⁶ Sentencia del 23 de marzo de 200, Expediente: 12814. M.P María Elena Giraldo.

restantes del causante, quienes para el momento de la demanda ya contaban con la mayoría de edad.

Una vez revisados los registros civiles de nacimiento que obran en el expediente, se pudo determinar que el registro civil de Evangelisto Aviles Fajardo sentó como fecha de nacimiento el 15 de mayo de 1980. Teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el 27 de agosto de 1998, el señor Evangelisto contaba con 18 años de edad (mayoría de edad como lo dispone el artículo 98, párrafo, de la Constitución Política de 1991), por lo que debió otorgar poder de acuerdo con las reglas establecidas en los artículos 65 y siguientes del C.P.C.

Teniendo en cuenta tal situación, al señor Evangelisto Aviles Fajardo no se le reconocerá perjuicio moral alguno.

Respecto de las demás personas se tiene que conforme a los registros civiles (Fls. 169, 170, 172, 216 a 219 C. 1)¹¹⁷ se comprobó el parentesco existente. Por lo tanto, el perjuicio moral en cabeza de los demás demandantes con ocasión de la muerte del hijo y hermano, y con base en las reglas de la experiencia, hace presumir que la muerte de Fernelly Aviles Fjardo en las circunstancias violentas en las que ocurrieron, los parientes cercanos (que conforman su núcleo familiar) debieron afrontar un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad.¹¹⁸

¹¹⁷ Conforme a lo establecido en el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970

¹¹⁸ Sentencias del 18 de marzo de 2010, Expedientes: 32651 y 18569 M.P. Enrique Gil Botero

La Sala tendrá en cuenta los criterios vertidos en la sentencia de 6 de septiembre de 2001 (Exps. 13.232 y 15.646) fijándose en salarios mínimos legales mensuales vigentes como medida de tasación, con lo que se responda a la reparación integral y equitativa del daño al estimarse en moneda legal colombiana. Si bien, a partir de 2001 la jurisprudencia viene aplicando como criterio de estimación de los perjuicios morales el salario mínimo mensual legal vigente, 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.

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 desdoblamiento¹¹⁹.

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

TELMO AVILES BONILLA (padre)	100 smlmv
MARÍA DILCIA FAJARDO DE AVILES (madre)	100 smlmv
JORGE AVILES FAJARDO (hermano)	50 smlmv
MIRLEY JOHANA AVILES FAJARDO (hermana)	50 smlmv
YILBER ALEXIS AVILES FAJARDO (hermano)	50 smlmv
GEYLER AVILES FAJARDO (hermano)	50 smlmv
SARMINA AVILES FAJARDO (hermana)	50 smlmv

8.2 Perjuicios Materiales:

Se solicitó en la demanda el pago de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante consolidado y futuro a favor de los padres del causante, estos son, TELMO AVILES BONILLA y MARÍA DILCIA FAJARDO DE AVILES.

Toda vez que en el proceso no se demostraron los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, la Sala se ocupará exclusivamente de

¹¹⁹ Sentencias C-872 de 2003, C-125 de 2003 y C-858 de 2008.

analizar, de acuerdo con los elementos allegados al proceso el reconocimiento de la indemnización de perjuicios correspondientes al rubro de lucro cesante.

Para tal efecto, se liquidará a favor de cada uno de los padres del causante el perjuicio de lucro cesante consolidado por el ingreso que dejó de percibir desde la fecha en que ocurrió la muerte del mismo hasta la edad en que hubiera cumplido los 25 años, ya que

“(…) Aunque la jurisprudencia de la Corporación ha entendido que el hijo soltero contribuye al sostenimiento de su casa materna hasta la edad de 25 años, pues se presume que a partir de la misma forma su propio hogar, “realidad que normalmente impide atender las necesidades económicas de otros frentes familiares”, esa presunción puede ser desvirtuada cuando ha existido certeza de que el hijo prestaba auxilio económico a sus padres y se han encontrado reunidos otros elementos indiciarios como la vida modesta de la familia o “la voluntad reiterada, por actos sucesivos, de asumir el auxilio económico” y particularmente, cuando el hijo no había formado su propia familia y continuaba en la casa paterna.”¹²⁰

Teniendo en cuenta que existe prueba que demuestra que el señor Fernelly Aviles Fajardo era soldado regular vinculado al Comando “C”, adscrito al Batallón de Infantería No. 49 y que a su vez pertenecía al Comando Unificado del Sur del Ejército Nacional, pero no se conoce el salario devengado en el momento de su muerte, en aras del principio de equidad y atendiendo a las reglas de la experiencia, toda persona laboralmente activa no puede devengar menos del salario mensual legal vigente. Por lo tanto, se actualizará el valor del salario mínimo de la época de los hechos (1996) para así comparar éste con el actual y determinar cuál de los dos valores se acoge para efectos de la liquidación¹²¹.

¹²⁰ Sentencia de 20 febrero de 2003. Exp.14515.

¹²¹ El valor del salario mínimo legal mensual del año 1996 equivalía a \$142.145, que actualizándolo: IPC final (abril/2011 (107,25)) / IPC inicial (agosto1996 (36.56)) = **\$416.928.50**

Como el valor actualizado es inferior al valor del salario mínimo legal vigente, se tomará éste último (\$535.600,00)¹²² al cual se le adiciona un 25% (\$133.900,00) por concepto de prestaciones sociales y se descontará un 25% (\$167.375,00) correspondiente al rubro que destinaba el joven Aviles Fajardo para su propia subsistencia, obteniéndose como resultado el valor de \$502.125,00. Adicionalmente, esa suma se dividirá entre dos con el fin de establecer el salario base de liquidación para cada uno de los padres beneficiarios, entendiendo que el 100% se debe distribuir en un 50% para cada uno de ellos. Luego, la renta actualizada con base en la cual se establecerá la indemnización para cada uno de los padres será de \$251.062,50.

- **El periodo consolidado** inicia desde la fecha de los hechos (30 de agosto de 1996) hasta la fecha en que el señor Fernelly Aviles Fajardo cumplía 25 años. El causante había nacido el 15 de agosto de 1975 (Fl. 166 C.1), por lo que para la época de los hechos tenía 21 años. Con base en lo anterior, el joven Aviles Fajardo habría cumplido 25 años el día 15 de agosto de 2000. El periodo indemnizable por lo tanto es de 47.43 meses.
- Ra: \$251.062.50
- I. final = IPC correspondiente al mes de la liquidación, último conocido, Abril de 2011 (107.25)
- I. inicial = IPC que corresponde al mes en que se causó el daño. Agosto de 1996 (36.56)

i) Lucro cesante consolidado a favor de Telmo Aviles Bonilla

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

¹²² Modificado por el Decreto 033 de 2011

i

$$S = \$251.062.50 \frac{(1 + 0.004867)^{47.53} - 1}{0.004867} = \mathbf{\$13.389.633.00}$$

ii) Lucro cesante consolidado a favor de María Dilcia Fajardo de Aviles

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

$$S = \$251.062.50 \frac{(1 + 0.004867)^{47.53} - 1}{0.004867} = \mathbf{\$13.389.633.00}$$

8.3. 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.

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 medidas de justicia restaurativa, rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición o de carácter simbólico.

En reciente precedente de la Sala¹²³, 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

¹²³ 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”¹²⁴.

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 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

¹²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-454 de 2006.

un derecho o a un interés legítimo que, consecuencialmente, 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”¹²⁵.

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 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

¹²⁵ Sentencia de 20 de febrero de 2008. Exp.16996.

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”¹²⁶.

Con el objeto de corresponderse con el principio de reparación integral, la Sala conforme a los fundamentos del precedente jurisprudencial

¹²⁶ Sentencia de 20 de febrero de 2008. Exp.16996.

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 Fernelly Aviles Fajardo sufrió por el incumplimiento del deber positivo (objetivo) del Estado en atender protección de la vida e integridad personal de sus propios uniformados¹²⁷.

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 (que debe realizarse de manera conjunta y en sólo acto conforme a las decisiones judiciales que en este mismo sentido han sido proferidas); iii) proveer a la familia del causante de un tratamiento psicológico, que permita su reinserción social y la superación de las huellas de la guerra; iv) solicitar que el estado por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, en virtud de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, del Estatuto de la Corte

¹²⁷ Como se señaló en el precedente de la Sala (providencia proferida por este despacho) sentencia de 25 de mayo de 2011. Expedientes: 15838, 18075 y 25212 acumulados. No debe olvidarse, como señala el precedente constitucional: *“En este orden de ideas, las fuerzas militares, así como la Policía Nacional, tienen una posición de garante derivada de su obligación de cumplir deberes irrenunciables en un Estado social de derecho. El artículo 217 de la Constitución dispone que es función de las fuerzas militares garantizar el orden constitucional. Dicho orden no se limita a preservar la estructura democrática del país, sino que comprende el deber de participar activa y eficazmente (C.P. art. 209) en la defensa de los derechos constitucionales de los asociados. Tales derechos constituyen los bienes respecto de los cuales el Estado tiene el deber –irrenunciable- de proteger”*. Corte Constitucional. Sentencia SU-1184 de 2001.

Interamericana de Derechos Humanos, realice una opinión consultiva (en el marco del artículo 64¹²⁸) en relación con la interpretación de las normas de

¹²⁸ “14. El artículo 64 de la Convención confiere a esta Corte la más amplia función consultiva que se haya confiado a tribunal internacional alguno hasta el presente. Están legitimados para solicitar opiniones consultivas la totalidad de los órganos de la Organización de los Estados Americanos que enumera el Capítulo X de la Carta, e igualmente todo Estado Miembro de la misma, sea o no parte de la Convención. El objeto de la consulta no está limitado a la Convención, sino que alcanza a otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, sin que ninguna parte o aspecto de dichos instrumentos esté, en principio, excluido del ámbito de esa función asesora. Por último, se concede a todos los miembros de la OEA la posibilidad de solicitar opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

15. La amplitud de los términos del artículo 64 de la Convención contrasta con lo dispuesto para otros tribunales internacionales. Así, el artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas, confiere competencia a la Corte Internacional de Justicia para emitir opiniones consultivas, sobre cualquier cuestión jurídica, pero restringe la posibilidad de solicitarlas, a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad, o, en ciertas condiciones, a otros órganos y organismos especializados de la Organización; en cambio, no autoriza para ello a los Estados Miembros.

16. Dentro del ámbito de la protección internacional de los derechos humanos, el Protocolo No. 2 a la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, otorga competencia a la Corte Europea, para emitir opiniones consultivas, pero la somete a límites precisos. Sólo el Comité de Ministros puede formular una solicitud en ese sentido; y la opinión únicamente puede versar sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación de la Convención y sus Protocolos, excluido todo lo que se refiera al contenido o extensión de los derechos y libertades definidos en esos instrumentos, así como los demás asuntos que, en virtud de un recurso previsto en la Convención, podrían ser sometidos a la Comisión Europea de Derechos Humanos, a la propia Corte o al Comité de Ministros.

17. Los trabajos preparatorios de la Convención confirman el propósito de ésta, en el sentido de definir del modo más amplio la función consultiva de la Corte. La primera proposición sobre la materia se incluyó en el anteproyecto preparado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su período extraordinario de sesiones de julio de 1968, que fue adoptado por el Consejo de la OEA en octubre del mismo año (OEA/Ser.G/V/C-d-1631). El artículo 53 de este texto rezaba: La Asamblea General, el Consejo Permanente y la Comisión podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otro tratado concerniente a la protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos; y los Estados Partes, acerca de la compatibilidad entre alguna de sus leyes internas y dichos instrumentos internacionales.

Dicho texto, cuya amplitud, de por sí, superaba otros antecedentes análogos en derecho internacional, fue modificado por el artículo 64 de la vigente Convención, para extender aún más la función consultiva de la Corte. En lo que se refiere a la facultad de consulta, se le confirió, además, a los órganos de la OEA enumerados en el Capítulo X de la Carta y a los Estados Miembros de la Organización, aunque no fueran partes de la Convención. Y por lo que toca a la materia consultable, se sustituyó el singular del artículo 53 del anteproyecto de Convención ("otro tratado concerniente") por el plural ("otros tratados concernientes") lo que demuestra, en su conjunto, una marcada tendencia extensiva.

derechos humanos del sistema interamericano frente a las posibles violaciones de derechos humanos que se haya producido en los hechos del 30 de agosto de 1996 en la Base Militar de las Delicias; y; v) compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación, a la Fiscalía General de la Nación y a la Justicia Penal Militar para se investigue disciplinaria y penalmente los actos u omisiones de los que para la época de los hechos hubieran participado activa o pasivamente en las decisiones relativas a la Base Militar de Las Delicias, en atención a la vulneración de los derechos humanos de los aquí víctimas¹²⁹. Esta medida de satisfacción se establece en el marco del respeto y límites jurisdiccionales y competenciales, con lo que se respeta el precedente jurisprudencial constitucional en materia de juez natural según el cual,

“El derecho al juez natural constituye una de las garantías básicas que, junto al complejo del derecho de defensa y el principio de legalidad, definen el debido proceso. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹³⁰, el derecho en cuestión se encuentra consagrado en la Carta en el artículo 29, al disponer que “nadie podrá ser juzgado sino... ante juez o tribunal competente”. Dicho texto normativo, si bien enuncia la idea básica que subyace en el derecho al juez natural, no contiene en su integridad el contenido normativo del derecho, ni mucho menos define su núcleo esencial.

Según la jurisprudencia de esta Corporación, el juez natural es aquel a quien la Constitución y la ley le han asignado competencia para conocer cierto asunto¹³¹. Con ello, la Corte no ha hecho más que reiterar lo dispuesto en el texto normativo anterior. La exigencia de que se haya asignado normativamente competencia no es suficiente para definir el concepto de juez natural, pues

18. La amplitud de los términos del artículo 64 de la Convención no puede, sin embargo, confundirse con la ausencia de límites a la función consultiva de la Corte. En lo que se refiere a las materias que pueden ser objeto de consultas y, en particular, de los tratados que pueden ser interpretados, existen límites de carácter general que se derivan de los términos del artículo 64, dentro de su contexto, así como del objeto y fin del tratado”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. OPINIÓN CONSULTIVA OC-1/82 DEL 24 DE SETIEMBRE DE 1982. “OTROS TRATADOS” OBJETO DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE (ART. 64 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS).

¹²⁹ Como se señaló en el precedente de la Sala (providencia proferida por este despacho) sentencia de 25 de mayo de 2011. Expedientes: 15838, 18075 y 25212 acumulados.

¹³⁰ Sentencia C-111 de 2000 M.P. Alvaro Tafur Gálvis

¹³¹ Sentencias C-444 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-111 de 2000.

como lo subrayó esta Corporación en la sentencia C-208 de 1993¹³², el derecho en cuestión exige además que no se altere “la naturaleza de funcionario judicial” y que no se establezcan jueces o tribunales ad-hoc. Ello implica que es consustancial al juez natural que previamente se definan quienes son los jueces competentes, que estos tengan carácter institucional y que una vez asignada –debidamente- competencia para conocer un caso específico, no les sea revocable el conocimiento del caso, salvo que se trate de modificaciones de competencias al interior de una institución.

Por otra parte, en sentencia C-392 de 2000¹³³, al pronunciarse sobre la creación de jueces especializados del circuito para conocer de delitos que anteriormente eran competencia de los jueces regionales, se indicó:

“No es posible en consecuencia la existencia de una jurisdicción especial para que a través de ella se ejerza la función punitiva del Estado, pues ello pugna con la concepción del Estado Social Democrático de Derecho que sólo admite que el juzgamiento de las conductas tipificadas como delitos por el juzgador han de ser juzgadas de manera permanente por los funcionarios y órganos que integran la jurisdicción ordinaria, con el fin de asegurar plenamente, el derecho fundamental al debido proceso, el cual comprende la garantía del juzgamiento por el juez natural; es decir, la existencia de órganos judiciales permanentes preestablecidos por la ley a los cuales deben tener acceso todas las personas, en los términos de los arts. 29 y 229 de la Constitución, y así mismo la aplicación concreta del principio de igualdad. En virtud de este principio se garantiza a todos los justiciables el acceso a unos mismos jueces, eliminando toda suerte de privilegios o discriminaciones, y se excluye naturalmente el juzgamiento de algunas personas por jueces pertenecientes a una jurisdicción especial.”

De esta providencia se desprende que, además de los caracteres anotados, se exige un tratamiento igualitario de los procesos de competencia de tales jueces, de manera que “se excluye naturalmente el juzgamiento de algunas personas por jueces pertenecientes a una jurisdicción especial”. Ello, claramente, implica la introducción de consideraciones igualitarias –como principio-, dentro de la definición del derecho al juez natural.

Este análisis, empero, no permite distinguir los ámbitos claramente constitucionales de aquellos que corresponde definir al legislador. Distinción que resulta necesaria por el hecho de que aún en esta materia y a pesar de la amplia libertad de configuración normativa por parte del legislador, las normas legales deben estar sujetas a control constitucional.

9. La Corte había abordado esta problemática en la sentencia C-111 de 2000¹³⁴, en la que estudió la exequibilidad del artículo 1 de la Ley 362 de 1997, que le asignaba a los jueces laborales la competencia para conocer de todo conflicto jurídico relativo a asuntos de seguridad social, con independencia de que una de las partes fuese una entidad pública. En aquella oportunidad sostuvo que la configuración constitucional de la jurisdicción contenciosa administrativa se

¹³² M.P. Hernando Herrera Vergara

¹³³ M.P. Antonio Barrera Carbonell

¹³⁴ M.P. Alvaro Tafur Gálvis.

restringe a asignarle ciertas competencias reducidas, de suerte que queda en manos del legislador distribuir competencias entre los distintos jueces.

Lo anterior, sin embargo, no resuelve el punto, pues no habría criterio alguno para determinar si la asignación resulta constitucionalmente admisible y, además, hace imposible definir el núcleo esencial del derecho en cuestión. En la sentencia C-392 de 2000 se resolvió en buena medida este punto. En aquella ocasión la Corte señaló que “la Constitución sólo admite la existencia de la jurisdicción ordinaria y de jurisdicciones especiales como la contencioso administrativa, la constitucional, la disciplinaria, la de paz, y la de las comunidades indígenas, como se deduce del Título VIII de la Constitución.”

Para apreciar el alcance de esta afirmación ha de tenerse presente la sentencia C-728 de 2000¹³⁵. Al estudiar la constitucionalidad del numeral 13 del artículo 41 de la Ley 200 de 1995, en que se establecía que era falta disciplinaria el incumplimiento de ciertas obligaciones jurídicas, se encontró exequible la disposición bajo el entendido de que la declaración de que se habían incumplido las obligaciones emanase de una decisión judicial. El siguiente fue el razonamiento de la Corte:

*“esta Corporación sí considera que debe hacerse una claridad acerca de la misma [se refiere a la norma demandada]. En el precepto se prohíbe el reiterado e injustificado incumplimiento de las obligaciones legales y la violación de esa prohibición puede dar lugar a una sanción. Pues bien, le asiste razón al demandante cuando se pregunta acerca de quién debe ser el que califique si el servidor público ha incurrido en incumplimiento. La Corte considera que mal puede ser la autoridad disciplinaria la que se encargue de determinar esta situación. Ello sí constituiría una vulneración de los principios del juez natural y del debido proceso. **Solamente los jueces pueden determinar si una persona ha irrespetado sus compromisos legales, y para llegar a esa conclusión deben adelantar un proceso legal, en el cual se brinde al demandado el derecho de ejercer su defensa y presentar los recursos que considere pertinentes.**” (Negrillas fuera del texto)*

De esta decisión se desprende claramente que el derecho al juez natural comprende, además, el derecho a que únicamente (en realidad, es preferentemente) sean los jueces quienes dicten¹³⁶ el derecho. Dicha restricción, responde a la división de las ramas del poder público, y tiene traducción positiva en el derecho constitucional a acceder a la justicia. Sobre el particular resulta excepcionalmente ilustrativa la sentencia T-268 de 1996¹³⁷, en la que la Corte señaló que constituye violación del derecho a acceder a la justicia el hecho de que una organización sancione o prohíba la iniciación de acciones judiciales en su contra¹³⁸.

¹³⁵ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

¹³⁶ Ver sentencia C-111 de 2000

¹³⁷ M.P. Antonio Barrera Carbonell. Se trata de la tutela interpuesta por una persona afiliada a una Cooperativa contra la cooperativa, por cuanto le fue iniciado proceso disciplinario como consecuencia de haber iniciado acciones judiciales en contra de la entidad, desconociendo los estatutos internos que exigían un trámite interno o conciliatorio previo.

¹³⁸ En igual sentido T-544 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

De las consideraciones expuestas se desprende que el derecho al juez natural comprende entre otros, el derecho a acceder a la jurisdicción ordinaria y, en los casos autorizados por la Constitución, a las jurisdicciones especiales. Es decir, la jurisdicción ordinaria constituye la jurisdicción común para todos los asociados y, salvo que norma expresa indique lo contrario, todo asunto será de su competencia.

Tratándose, por lo tanto, de una jurisdicción común (el fuero común de todos los colombianos), la competencia de las otras jurisdicciones debe interpretarse de manera restringida, por tratarse de una excepción a la regla general de competencia. No sobra mencionar, antes de ahondar en este punto, que dicha interpretación restringida tiene varios matices, pues los eventuales conflictos entre las jurisdicciones especiales –definidos constitucionalmente– no pueden resolverse siempre remitiendo los asuntos a la jurisdicción ordinaria. Así mismo, ha de tenerse en cuenta que si bien la Corte, como se verá más adelante, ha entendido de manera restrictiva su competencia, debe observarse que la competencia de la Corte Constitucional, sea en ejercicio de sus facultades de revisión o del ejercicio del control abstracto de las leyes, se vincula directamente con la “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución” (C.P. art. 241), lo que implica que se trata de una “meta-jurisdicción” y verdadero órgano de cierre del sistema, cuya competencia, aunque está mediada normativamente (C.P. art. 241), no puede interpretarse en el sentido de hacer nugatoria su función de guarda de la Carta Magna.

En cuanto al carácter restringido de la competencia de las jurisdicciones especiales pueden tenerse en cuenta la sentencia C-111 de 2000, antes mencionada, que no otorga una competencia natural a la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer de los litigios entre particulares y entidades públicas, sino que define como único ámbito natural (constitucional) la declaración de nulidad (reservada, además, al Consejo de Estado) y la facultad de suspender los efectos de los actos administrativos. Nótese que, en lo que a la justicia ordinaria respecta, la Carta no define contenido alguno.

De otra parte, en la sentencia C-179 de 1994¹³⁹, relativa a la ley estatutaria de estados de excepción, la Corporación subrayó que la Constitución no autorizó a la Corte para decretar la suspensión provisional de las medidas dictadas bajo los estados de excepción, sino que debía limitarse a adoptar decisiones definitivas. Finalmente, cabe observar que la acción de tutela (C.P. art. 86) tiene carácter subsidiario, lo que implica que la solución ordinaria de los asuntos, aún los de protección de los derechos fundamentales, está en manos de otras jurisdicciones.

Así las cosas, puede entenderse que el derecho al juez natural comprende el derecho a acudir a la jurisdicción ordinaria para que resuelva los conflictos jurídicos dentro de la sociedad. En este sentido pues, la competencia de las jurisdicciones especiales será restringida a aquellos casos en los cuales la Constitución lo autoriza. Se trata, entonces, de unas competencias restringidas.

¹³⁹ M.P. Carlos Gaviria Díaz

De ahí que deba existir el mayor grado de certeza posible sobre la debida solución de un conflicto de competencias.

De lo expuesto se puede concluir que existirá violación del juez natural cuando (i) se desconoce la regla general de competencia para la investigación de delitos fijada en la Constitución, como ocurre con la Fiscalía General de la Nación; las excepciones a este principio están expresamente señaladas en la Carta; (ii), cuando se violan prohibiciones constitucionales, como aquella que proscribe el juzgamiento de civiles por militares o el juzgamiento de hechos punibles por parte de autoridades administrativas; (iii) cuando no se investiga por jurisdicciones especiales definidas en la Carta, como sería el caso de indígenas o menores; (iv) cuando se desconoce el fuero constitucional (y el legal); (v) cuando se realizan juicios ex-post con tribunales ad-hoc; y, (vi) cuando se desconoce el derecho a ser juzgado por una autoridad judicial ordinaria¹⁴⁰.

9. Condena en costas

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

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

FALLA

Revóquese la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 18 de diciembre de 2000 y en su lugar se resuelve:

PRIMERO: Declárese a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL administrativamente responsable de la muerte de Fernelly Aviles Fajardo derivada del incumplimiento del deber positivo de protección de los derechos de los soldados con ocasión de la toma guerrillera

¹⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia SU-1184 de 2001.

de las Delicias, en el Departamento del Putumayo, el día 30 de agosto de 1996.

SEGUNDO. Condénese a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL a pagar por perjuicios morales a cada una de las siguientes personas los siguientes valores: a TELMO AVILES BONILLA (padre) cien (100) SMLMV; a MARÍA DILCIA FAJARDO DE AVILES (madre) cien (100) SMLMV. A cada uno de los hermanos, estos son, JORGE, MIRLEY JOHANA, YILBER, GEYLER Y SARMINA AVILES FAJARDO cincuenta (50) SMLMV.

TERCERO: Condénese a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL a pagar por concepto de **lucro cesante consolidado** a favor de Telmo Áviles Bonilla el valor de TRECE MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS (\$13.389.633,00); por concepto de **lucro cesante consolidado** a favor de María Dilcia Fajardo de Aviles el valor de TRECE MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS (\$13.389.633,00); para un total por LUCRO CESANTE CONSOLIDADO de VEINTISEIS MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS (\$26.779.266,00).

CUARTO: CONDÉNASE a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL a pagar, por concepto de medidas de satisfacción a favor de los demandantes: 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 (que debe realizarse de manera conjunta y en sólo acto conforme a las decisiones judiciales que en este mismo sentido han sido proferidas); iii) proveer a la familia del causante de un tratamiento psicológico, que permita su reinserción social y la superación de las huellas de la guerra; iv) solicitar que el estado por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, en virtud de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, realice una opinión consultiva (en el marco del artículo 64) en relación con la interpretación de las normas de derechos humanos del sistema interamericano frente a las posibles violaciones de derechos humanos que se haya producido en los hechos del 30 de agosto de 1996 en la Base Militar de las Delicias; y; v) compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación, a la Fiscalía General de la Nación y a la Justicia Penal Militar para se investigue disciplinaria y penalmente los actos u omisiones de los que para la época de los hechos hubieran participado activa o pasivamente en las decisiones relativas a la Base Militar de Las Delicias, en atención a la vulneración de los derechos humanos de los aquí víctimas.

QUINTO: 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.

SEXTO: Sin condena en costas

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente de la Sala

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ JAIME ORLANDO SANTOFIMIO
GAMBOA

Magistrada

Magistrado Ponente

2C y 12 anexos