

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Uso de arma de dotación oficial / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Cláusula general RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Postulados

A partir de la expedición de la Constitución de 1991, la responsabilidad del Estado se define de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 90 en virtud del cual, el Estado será patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión imputable a sus agentes. En efecto, dos son los postulados que fundamentan dicha responsabilidad: i) El daño antijurídico, y ii) la imputación del mismo a la administración, “sin que sea posible predicar la existencia y necesidad y/o valoración y análisis de otro tipo de componentes a efectos de configurar la responsabilidad”. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que “la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable”.

DAÑO ANTIJURIDICO - Noción

Sobre la noción de daño antijurídico, esta Sección ha definido que “consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar”. En este sentido, el daño ocasionado a un bien jurídicamente tutelado, impone el deber de indemnizar el consecuente detrimento con el objetivo de garantizar el principio de igualdad ante las cargas públicas.

IMPUTACION JURIDICA - El juez determina del plano fáctico si existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico / TITULOS DE IMPUTACION - De los diferentes sistemas de responsabilidad. Artículo 90 de la Constitución Política

En lo relativo a la imputación, se entiende que se trata de la “atribución de la respectiva lesión”; en consecuencia, “la denominada imputación jurídica (imputatio iure o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política”.

NOTA DE RELATORIA: En relación con los elementos de la responsabilidad del Estado y los títulos de imputación, consultar sentencia de 9 de junio de 2010, Exp.1998-0569.

RIESGO EXCEPCIONAL - Título de imputación / RIESGO EXCEPCIONAL - En actividades desarrolladas por agentes estatales el daño será imputable a la administración

Si dichas actividades son desarrolladas por agentes estatales, el eventual daño que puedan causar será imputable a la administración a título de riesgo excepcional. Al respecto, esta Sección explica que “En cuanto a la aplicación de la teoría del riesgo excepcional, ha sido reiterada la tesis según la cual, en los eventos en que el daño es producido por cosas o actividades peligrosas (armas de dotación oficial, vehículos automotores, conducción de energía eléctrica, etc.) el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación es el riesgo grave y anormal al cual el Estado expone a los administrados. De tal

manera, que basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella”

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO SUBJETIVA - Falla del servicio / FALLA DEL SERVICIO - Por lesiones causadas a civil con arma de dotación oficial accionada por otro miembro de la Policía en servicio quien obró imprudentemente / RIESGO EXCEPCIONAL - Responsabilidad objetiva / RIESGO EXCEPCIONAL - En la utilización de armas de dotación oficial por tratarse de actividad peligrosa / RIESGO EXCEPCIONAL - Basta con acreditar existencia del daño y nexo de causalidad con el servicio

No obstante lo anterior, también se ha considerado que en aquellas ocasiones en las que la actividad peligrosa hubiere sido desplegada de manera negligente o imprudente, el régimen de responsabilidad aplicable ya no sería objetivo por riesgo excepcional, sino subjetivo por falla en el servicio. En efecto, “Por regla general, la imputación de responsabilidad patrimonial al Estado derivada de los daños antijurídicos producidos con ocasión de la utilización de armas de dotación oficial, por tratarse de una actividad peligrosa, se hace con fundamento en el régimen del riesgo excepcional, en el cual basta con acreditar la existencia del daño y su nexo de causalidad con el servicio sin necesidad de entrar a determinar o calificar la conducta de quien produjo el daño, como culposa o no; sin embargo, en el presente asunto resulta evidente la existencia de una falla del servicio, constituida por las lesiones causadas a uno de los demandantes, miembro de la Policía Nacional, con arma de dotación oficial accionada por otro miembro de esta entidad, que estando también en servicio, obró imprudentemente”.

FALLA EN EL SERVICIO POR USO EXCESIVO DE LA FUERZA - En desarrollo de orden de operaciones

En el sub lite se trata de un daño antijurídico ocasionado con arma de dotación oficial por parte de personal adscrito al Ejército Nacional. Sin embargo, el análisis del régimen de responsabilidad aplicable, como se verá más adelante, debe abordarse a título de responsabilidad subjetiva por falla en el servicio, pues se comprobó un uso excesivo de la fuerza en desarrollo de una precipitada orden de operaciones.

RECORTES DE PRENSA - Valoración probatoria en conjunto con otras pruebas para establecer la veracidad en ellos contenida

Los recortes de prensa anexados con la demanda, habrán de ser analizados en conjunto con las demás pruebas que obran en el expediente, con el fin de verificar la información que en ellos consta

PRUEBA TRASLADADA - De proceso penal. Valoración probatoria

Con respecto a las pruebas trasladadas del proceso penal, cuya práctica se decretó en segunda instancia, se les dará valor probatorio de acuerdo con lo dicho en el artículo 185 del CPC –por remisión directa del artículo 168 del Código Contencioso Administrativo-, en virtud del cual, “las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella”. En el sub lite, el proceso primitivo se adelantó en contra de miembros del Ejército Nacional, parte demandada en el proceso que ahora se decide.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 185

DAÑO ANTIJURIDICO - Civil lesionado por proyectil de arma de fuego de uso oficial, accionada por soldados del ejército en reten contra cuadrillas de las Farc que se desplazaban de Utica a Villeta Cundinamarca

En el sub lite, la amputación del dedo meñique derecho a nivel de articulación interfalángica proximal, la imposibilidad para la flexión del cuarto dedo (anular) derecho, el cual se encuentra deformado por angulación en sentido cubital y anquilosis de las articulaciones interfalángicas, la cicatriz no notoria a lo largo de articulación interfalángica proximal del 4º dedo de mano derecha, lesiones todas sufridas por el joven José Yamil y certificadas a través del informe No. 981002541-ULV, rendido el 2 de octubre de 1998 por el médico forense adscrito a la unidad local de Villeta del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, son suficientes para acreditar el daño antijurídico del cual se derivan los perjuicios cuya reparación solicitan él y su compañera permanente.

FALLA EN EL SERVICIO POR MIEMBROS DEL EJERCITO - Por falta de planeación al ordenar y ejecutar operativo contra grupos subversivos sin los procedimientos necesarios de protección a población civil / FALLA EN EL SERVICIO DE MIEMBROS DEL EJERCITO - Por uso desproporcionado de armas de dotación oficial sin que mediara juicio alguno de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad

De acuerdo con el acervo probatorio referenciado ad supra, es evidente la falla en el servicio en la que incurrieron las demandadas al ordenar y ejecutar un operativo que estaba destinado a fracasar; así, “no debe perderse de vista que los miembros de la Fuerza Pública no sólo reciben suficiente instrucción y preparación en el ejercicio de esta actividad, al punto de estar obligados a observar las indicaciones sobre el manejo mecánico y las medidas de seguridad, sino que también son capacitados para actuar en operativos oficiales, al punto que ese nivel de instrucción les debe permitir solventar situaciones como la ocurrida en el sub lite, de manera que cuando se advierte que éstos actuaron de manera irregular en el cumplimiento de sus funciones y durante un servicio oficial obviando los procedimientos para los cuales han sido preparados, se confirma una falla del servicio que debe declararse”. En efecto, la falla no solamente se encuentra verificada en la falta de planeación de las acciones a desarrollar, sino en su ejecución, quedando acreditado el uso desproporcionado de las armas de dotación sin que mediara juicio alguno de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad.

RESPONSABILIDAD DE MIEMBROS DEL EJERCITO - Por lesiones personales ocasionadas a civil en retén contra grupos guerrilleros por uso desproporcionado de armas de dotación oficial.

El comportamiento asumido por los uniformados que procedieron militarmente contra los motociclistas, desconoció abiertamente principios elementales de orden táctico y militar que indican que las armas de dotación deben utilizarse como última medida o recurso, pues sólo en casos extremos y por excepción la Fuerza Pública está autorizada para hacer uso de las armas, y si lo hace, ha de tomar todas y cada una de las medidas y precauciones que resulten necesarias para proteger la vida y la integridad de los ciudadanos (...) En suma, uso excesivo de la fuerza pública que en el *sub lite* quedó más que comprobado, pues la reacción de los miembros del Ejército Nacional, al paso del joven José Yamil, fue desproporcionada ya que la vida e integridad de los soldados que intentaron

cumplir la cantinflasca orden de operaciones, nunca estuvo en peligro por actuación alguna de éste, ni de los demás civiles que se vieron afectados por el operativo.

NOTA DE RELATORIA: En relación con la responsabilidad patrimonial del estado por uso de la fuerza pública infringiendo los principios de necesidad y proporcionalidad, consultar sentencia de 11 de febrero de 2009, Exp.17318

PERJUICIOS MORALES - Valor de la indemnización obedece al arbitrio del juez como medida compensatoria apropiada para aliviar dolor sufrido

Es así como con el objetivo de exponer las razones por las cuales la tasación asciende a un monto u a otro, debe acudir al contenido de la jurisprudencia constitucional consignada en recientes providencias (T-351, T-464 y T-212 todas del año 2011), en las que se impone al juez contencioso la obligación de explicar las razones por las cuales en ciertos casos, los perjuicios morales serán tasados en montos que exceden los que tradicionalmente han sido reconocidos por esta Corporación, como consecuencia de las circunstancias particulares del caso que se analice. In extenso. (...) teniendo certeza de la gravedad objetiva de la lesión de acuerdo con lo consignado en el informe técnico suscrito por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, y de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que dicha lesión se ocasionó, esta Subsección considera innecesaria mayor acreditación de la zozobra en la que se vio sumido José Yamil al ser confundido con personal guerrillero durante el desarrollo de un operativo militar destinado a fracasar, y al verse mutilado por la falla de la administración, razón por la cual se reconocerá en su favor, a título de perjuicios morales, lo equivalente a 100 smlmv.

PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento a compañera permanente de la víctima

En este mismo sentido, comprobada la existencia de una relación marital de hecho entre la víctima y su compañera con base en las tres declaraciones rendidas dentro del proceso contencioso, y cuyo contenido es conteste en lo que se refiere a la existencia de vida común entre ellos -sin que hubiere sido tachado de falso por las entidades demandadas-, esta Subsección da por demostrado el perjuicio moral sufrido por ésta con ocasión de las lesiones de las que fue víctima su pareja, "por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que el sufrimiento de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, además de la importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad".

PERJUICIOS MATERIALES - Daño emergente o consolidado / DAÑO EMERGENTE PRESENTE O CONSOLIDADO - No hay lugar a reconocimiento por no probarse los gastos en que se incurrió por las lesiones sufridas / DAÑO EMERGENTE FUTURO- Ejército Nacional debe proporcionar tratamiento médico para rehabilitación de víctima / DAÑO EMERGENTE FUTURO - Ejército Nacional debe cubrir gastos de medicamentos / DAÑO EMERGENTE FUTURO - Fuerza Pública debe cubrir prótesis que víctima requiera y que sea apta para su implantación

En cuanto al daño emergente presente o consolidado, no reposa prueba ninguna de las erogaciones realizadas con ocasión de las lesiones sufridas, razón suficiente para negar cualquier reconocimiento por este concepto. En lo que respecta al daño emergente futuro, esta Subsección por considerar que las lesiones sufridas por José

Yamil generaron un perjuicio de carácter cierto, ordenará al Ejército Nacional a proporcionar lo que los médicos tratantes consideren necesario para su rehabilitación física, psicológica y psiquiátrica; esto incluye todas las terapias que requiera con el objetivo de superar las limitaciones físicas y mentales relacionadas con la perturbación de su miembro superior derecho; los medicamentos que al efecto le sean formulados; y los procedimientos médico quirúrgicos requeridos, incluyendo prótesis en caso de que la víctima desee y sea apta para su implantación. Lo anterior, por cuanto ya se ha dicho que cuando “se tiene establecido el carácter cierto del daño, consistente en este caso, en las secuelas en la salud de la víctima como consecuencia de la lesión producida por la entidad pública demandada (...), deberán ser atendidas médicamente cuando las condiciones de salud del lesionado así lo demanden, lo cual sin duda le generará erogaciones pecuniarias -perjuicio- que de no ser por el daño sufrido, no tendría la necesidad de sufragar”

PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante / LUCRO CESANTE - Reconocimiento en salario mínimo actual por no acreditar la utilidad que reportaba en la actividad de venta de chance / LUCRO CESANTE - Indemnización debe incluir porcentaje por concepto de prestaciones sociales

En cuanto al lucro cesante consolidado se tiene que el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses certificó una incapacidad definitiva de 35 días. Así mismo, reposan testimonios suficientes que dan cuenta de la actividad económica a la que se dedicaba José Yamil –recogedor de chance-, sin que exista certeza de lo que dicha actividad le reportaba, razón por la cual se liquidarán los perjuicios con base en el salario mínimo actual por cuanto una persona laboralmente activa no puede devengar un salario menor al mínimo vigente, salario que hoy asciende a \$589,500. A dicho valor, de acuerdo con la posición reiterada de la Sala, se debe aumentar un 25% por concepto de prestaciones sociales, y el total, que asciende a \$736,875, será la cifra que se utilice para indicar el salario base para la liquidación ya que no se disminuirá monto alguno por cuanto la incapacidad durante esos 35 días (1 mes y 5 días) fue considerada definitiva por la autoridad competente.

PERJUICIO INMATERIAL - Daño a la salud / DAÑO A LA SALUD - Para resarcir económicamente una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona

Del texto de la demanda se tiene que los actores solicitaron el reconocimiento de los perjuicios fisiológicos en favor de la víctima, por la deformidad física de carácter permanente debidamente acreditada, por lo que procede esta Sub-Sección a reconocerlos, con base en la posición mayoritaria de la Sala, que describe el daño a la salud “como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo (...) En consecuencia, el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y aflictiva del ser humano; el daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona”

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá, D.C., veinte (20) de marzo dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-26-000-1998-02484-01(24550)

Actor: JOSE YAMIL ORDOÑEZ Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE REPARACION DIRECTA

Resuelve la Subsección el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 5 de febrero de 2003, por medio de la cual se negaron las súplicas de la demanda. La sentencia será revocada.

ANTECEDENTES

1. La demanda

El 17 de septiembre de 1998, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de Reparación Directa establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, el señor José Yamil Ordoñez y la señora María Amparo Bohórquez, formularon demanda ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en contra de la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, solicitando que se hagan las siguientes declaraciones y condenas¹ (folio 2 del cuaderno principal):

1. LA NACIÓN COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL, es administrativamente responsable de las lesiones

¹ Adicionalmente solicitó perjuicios materiales sin cuantificarlos, y perjuicios fisiológicos por un valor de \$38'898,000 equivalentes a 3000 gramos de oro fino.

sufridas por el señor JOSÉ YAMIL ORDOÑEZ, ocasionadas por disparos que le hicieron miembros del Ejército Nacional, en la jurisdicción del Municipio de Villeta (Cundinamarca), el día 24 de enero de 1998.

2. *Como consecuencia de lo anterior, condénase [sic] a LA NACIÓN COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL a pagar por concepto de perjuicios morales:
 - a) *Al señor JOSÉ YAMIL ORDOÑEZ, la cantidad de 1.000 gramos de oro, o lo máximo que reconozca la jurisprudencia.*
 - b) *A su compañera permanente la cantidad de 1.000 gramos de oro, o lo máximo que le reconozca la jurisprudencia.**

3. *Las respectivas condenas se actualizarán en su valor tomando como base el índice de precios al consumidor, conforme al artículo 178 del C.C.A., y las cantidades líquidas reconocidas en la sentencia, devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término.*

Para fundamentar el anterior *petitum*, la actora explicó que el 24 de enero de 1998, el señor José Yamil se trasladaba en motocicleta transportada por él mismo, por la vía que conduce a Villeta, Cundinamarca, cuando fue herido con arma de fuego percutida por miembros del Ejército Nacional, quienes al parecer, habían instalado un retén que fue sobrepasado por la víctima sin detenerse. Las lesiones le causaron daños irreversibles en la extremidad superior derecha.

Con el objetivo de demostrar lo anterior, adjuntó: registros civiles de nacimiento de los demandantes, y varios recortes de prensa. Así mismo solicitó: oficiar al Juzgado 105 Penal Militar adscrito a la 10ª Brigada del Ejército Nacional con sede en Tolemaida, con el fin de que aporte copia auténtica de los procesos penal y disciplinario adelantados contra los miembros del Ejército Nacional que estuvieron implicados en los sucesos ocurridos el día de los hechos; y oficiar al Hospital Salazar en el municipio de Villeta, para que arrime copia auténtica de la historia clínica correspondiente al joven José Yamil, quien ingresó por urgencias el 24 de enero de 1998. Adicionalmente solicitó la práctica de un dictamen médico legal, y la recepción de algunos testimonios.

2. La contestación de la demanda

La demanda fue admitida el 22 de octubre de 1998 (folio 16 del cuaderno principal), y notificada personalmente al Ejército Nacional el 29 de marzo de 1999 (folio 18 del cuaderno principal). El 26 de abril siguiente, la demandada contestó (folio 23 del cuaderno principal) diciendo que *“de aceptarse la falla tendría derecho al reconocimiento de los perjuicios solamente el lesionado quien directamente sufrió lesiones en su mano derecha, considerando además que este sigue en su actividad que venía haciendo antes de los hechos, y se daría proporcionalmente a la disminución de la capacidad laboral, que demuestre el dictamen médico legal”*, advirtiendo, además, que la solicitud de la prueba testimonial no cumple con los requisitos del artículo 219 del Código de Procedimiento Civil.

3. Los alegatos de conclusión en primera instancia

Habiéndose dado traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión el 22 de agosto de 2000 (folio 32 del cuaderno principal), el 15 de septiembre siguiente, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de reposición contra el auto de traslado por considerar que no existe material probatorio suficiente para proferir sentencia (folio 33 del cuaderno principal); el 14 de noviembre de 2000, el Tribunal dictó auto revocando el recurrido (folio 34 del cuaderno principal), a través del cual ordenó reiterar los oficios de solicitud de pruebas.

Se volvió a dar traslado para alegar el 6 de agosto de 2001 (folio 40 del cuaderno principal), auto contra el cual el actor presentó recurso de reposición por considerar que al expediente faltan por aportar pruebas importantes (folio 41 del cuaderno principal), razón por la cual el 18 de septiembre de 2001, el Tribunal decide, nuevamente, revocar el auto que dio traslado para alegar, ordenando reiterar los oficios de solicitud de pruebas (folio 47 del cuaderno principal).

Finalmente, el 27 de agosto de 2002, se dio traslado para alegar, sin que ninguna de las partes hiciera uso de su derecho (folio 53 del cuaderno principal).

4. La providencia impugnada

El 5 de febrero de 2003, la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia negando las súplicas de la demanda (folio 54 del cuaderno principal). En efecto consideró que *“del escaso*

material probatorio allegado, encontramos que las lesiones ocasionadas al señor José Yamil Ordóñez, ocurrieron en circunstancias desconocidas las cuales no se esclarecieron dentro del curso del proceso, debido como anteriormente se mencionó, a las deficiencias probatorias en que se incurrió. Así las cosas, las acusaciones endilgadas a la entidad demandada se quedaron en simples afirmaciones dado que no se allegó prueba alguna de la cual se pueda inferir que las lesiones hayan sido causadas por parte del Ejército Nacional en un retén instaurado el día 24 de enero de 1998 en Villeta”.

5. El recurso de apelación

El 14 de febrero de 2003, el actor interpuso recurso de apelación (folio 61 del cuaderno principal), el cual fue concedido el 5 de marzo siguiente (folio 68 del cuaderno principal), y admitido por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 10 de abril del mismo año (folio 73 del cuaderno principal).

En el escrito de sustentación (folio 61 del cuaderno principal), el apelante solicitó revocar la sentencia por cuanto la falta de material probatorio no puede cargarse al actor cuando su solicitud se hizo en tiempo y fue legalmente decretada. Explicó que *“el Tribunal traslada la falta de interés al apoderado de la parte demandante de no allegar dicho proceso penal al proceso, pero desconoce el vía crucis que debe soportar el abogado a fin de que la parte demandada o las entidades que hacen parte de ella, se dignen enviar un expediente que saben dónde está pero le ponen todas las trabas posibles a fin de que el proceso se quede sin pruebas”*. Finalmente, recuerda que es obligación del juez insistir en que las pruebas se practiquen, razón por la cual, ante la inactividad del *A quo*, solicitó oficiar al Juzgado 105 Penal Militar para que allegue copia del proceso penal adelantado por los hechos ahora investigados.

El 25 de abril de 2003, el actor adicionó y corrigió la sustentación del recurso, especificando que el proceso penal cuyo traslado se requiere se encuentra en la Auditoría de Guerra ubicada en el Ministerio de Defensa (folio 74 del cuaderno principal).

6. Pruebas decretadas en segunda instancia

En auto del 6 de junio de 2003, el Magistrado sustanciador resolvió decretar la prueba documental oportunamente solicitada por la parte actora (folio 76 del cuaderno principal), la que finalmente se allegó al expediente (folios 361- 481 del cuaderno principal), y fue tenida como tal en auto del 18 de junio de 2004 (folio 483 del cuaderno principal).

7. Los alegatos de conclusión en segunda instancia

Habiéndose dado traslado a las partes para alegar el 16 de julio de 2004 (folio 485 del cuaderno principal), el 23 de agosto siguiente la actora concluyó que existe material probatorio suficiente para endilgar responsabilidad en la Nación por las lesiones sufridas por el señor José Yamil, con arma de dotación oficial a manos de miembros del Ejército Nacional en desarrollo de un malogrado operativo militar (folio 486 del cuaderno principal).

La demandada y el Ministerio Público guardaron silencio (folio 488 del cuaderno principal).

El proceso entró a esta Corporación para fallo, el 31 de agosto de 2004.

8. Solicitud para celebrar audiencia de conciliación

El 12 de abril de 2007, la parte actora solicitó convocar a audiencia de conciliación, la cual no se llevó a cabo por cuanto a las entidades demandadas no les asistió ánimo conciliatorio (folio 504 del cuaderno principal).

9. La competencia de la Sub-Sección

El artículo 129 del C.C.A., modificado por el artículo 37 de la ley 446 de 1998 referido a la competencia del Consejo de Estado en segunda instancia², dice que la Corporación, en la Sala Contenciosa Administrativa, conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales, en el mismo sentido del artículo 212 de C.C.A., subrogado por el artículo 51 del Decreto 2304 de 1989. Así, la Corporación es competente para conocer del asunto, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante³, en proceso con vocación de segunda instancia ante el Consejo de Estado⁴.

² Es preciso advertir que el artículo 308 de la ley 1437 de 2011 dice que el nuevo Código "sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia. Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior".

³ "La competencia del juez de segunda instancia se encuentra limitada por el alcance del respectivo recurso de alzada (...) [Es así como], si la apelación debe entenderse interpuesta únicamente en relación con aquello que en el fallo impugnado resultare perjudicial o gravoso para el recurrente, el juez de la segunda instancia

CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios de la segunda instancia, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado⁵, procede la Subsección a resolver el asunto sometido a su consideración de acuerdo con el siguiente esquema: 1) El régimen de responsabilidad aplicable; 2) Los hechos probados; 3) La valoración probatoria y conclusiones; 4) La liquidación de perjuicios; y 5) La condena en costas.

1. El régimen de responsabilidad aplicable

A partir de la expedición de la Constitución de 1991, la responsabilidad del Estado se define de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 90 en virtud del cual, el Estado será patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión imputable a sus agentes. En efecto, dos son los postulados que fundamentan dicha responsabilidad: i) El daño antijurídico, y ii) la imputación del mismo a la administración, *“sin que sea posible predicar la existencia y necesidad y/o valoración y análisis de otro tipo de componentes a efectos de configurar la responsabilidad”*⁶. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que *“la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable”*⁷.

Sobre la noción de daño antijurídico, esta Sección ha definido que *“consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el*

está en el deber de respetar y de mantener incólume, para dicho recurrente único –y con ello para el resto de las partes del proceso–, los demás aspectos de ese fallo que no hubieren sido desfavorables para el impugnante o frente a los cuales él no hubiere dirigido ataque o cuestionamiento alguno, puesto que la ausencia de oposición evidencia, por sí misma, que el propio interesado no valora ni estima como perjudiciales para sus intereses los aspectos, las decisiones o las materias del fallo de primera instancia que de manera voluntaria y deliberada no recurrió, precisamente por encontrarse conforme con ellos”. Consejo de Estado; Sala Plena de Sección Tercera; Sentencia de Unificación del 9 de febrero de 2012; Exp. 21060.

⁴ De acuerdo con lo consignado en el decreto 597 de 1988, la cuantía requerida para que un proceso tuviera vocación de doble instancia -cuando la demanda fuera interpuesta en el año 1998-, era de \$18'850,000. En el *sub lite*, la mayor pretensión superaba los \$38'000,000, suma alegada como perjuicios fisiológicos por los demandantes.

⁵ Al momento de la presentación de la demanda, el 17 de septiembre de 1998, no habían transcurrido los dos años de los que habla la norma para que la acción de reparación directa se encuentre caducada, por cuanto los hechos ocurrieron el 24 de enero del mismo año.

⁶ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 30 de agosto de 2007; Exp. 15932

⁷ Corte Constitucional; Sentencia C-333 de 1996.

*deber jurídico de soportar*⁸. En este sentido, el daño ocasionado a un bien jurídicamente tutelado, impone el deber de indemnizar el consecuente detrimento con el objetivo de garantizar el principio de igualdad ante las cargas públicas.

En lo relativo a la imputación, se entiende que se trata de la *“atribución de la respectiva lesión”*⁹; en consecuencia, *“la denominada imputación jurídica (imputatio iure o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política”*¹⁰.

Al respecto, esta Sección ha reiterado que:

*“la imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto. De otro lado, la concreción de la imputación fáctica no supone por sí misma, el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios bien a partir de la verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas”*¹¹.

En este sentido, se tiene que el daño antijurídico puede ser ocasionado por el desarrollo de actividades definidas como peligrosas por la ley o la jurisprudencia. En efecto, *“la jurisprudencia de la Sala ha señalado que tratándose de la producción de daños originados en el despliegue —por parte de la entidad pública*

⁸ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 13 de agosto de 2008; Exp. 17042

⁹ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 30 de agosto de 2007; Exp. 15932

¹⁰ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 12 de julio de 1993; Exp. 7622

¹¹ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 9 de junio de 2010; Rad. 1998-0569

o de sus agentes— de actividades peligrosas, es aquel a quien corresponde jurídicamente la guarda de la actividad quien quedará obligado a responder por los perjuicios que se ocasionen por la realización del riesgo creado”¹².

Si dichas actividades son desarrolladas por agentes estatales, el eventual daño que puedan causar será imputable a la administración a título de riesgo excepcional. Al respecto, esta Sección explica que *“En cuanto a la aplicación de la teoría del riesgo excepcional, ha sido reiterada la tesis según la cual, en los eventos en que el daño es producido por cosas o actividades peligrosas (armas de dotación oficial, vehículos automotores, conducción de energía eléctrica, etc.) el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación es el riesgo grave y anormal al cual el Estado expone a los administrados. De tal manera, que basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella”¹³.*

No obstante lo anterior, también se ha considerado que en aquellas ocasiones en las que la actividad peligrosa hubiere sido desplegada de manera negligente o imprudente, el régimen de responsabilidad aplicable ya no sería objetivo por riesgo excepcional, sino subjetivo por falla en el servicio. En efecto, *“Por regla general, la imputación de responsabilidad patrimonial al Estado derivada de los daños antijurídicos producidos con ocasión de la utilización de armas de dotación oficial, por tratarse de una actividad peligrosa, se hace con fundamento en el régimen del riesgo excepcional, en el cual basta con acreditar la existencia del daño y su nexo de causalidad con el servicio sin necesidad de entrar a determinar o calificar la conducta de quien produjo el daño, como culposa o no; sin embargo, en el presente asunto resulta evidente la existencia de una falla del servicio, constituida por las lesiones causadas a uno de los demandantes, miembro de la Policía Nacional, con arma de dotación oficial accionada por otro miembro de esta entidad, que estando también en servicio, obró imprudentemente”¹⁴.*

En el *sub lite* se trata de un daño antijurídico ocasionado con arma de dotación oficial por parte de personal adscrito al Ejército Nacional. Sin embargo, el análisis del régimen de responsabilidad aplicable, como se verá más adelante, debe abordarse a título de responsabilidad subjetiva por falla en el servicio, pues se

¹² Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 17 de marzo de 2010; Exp. 18567

¹³ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 15 de marzo de 2001; Exp. 11222

¹⁴ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 19 de agosto de 2004; Exp. 15791

comprobó un uso excesivo de la fuerza en desarrollo de una precipitada orden de operaciones.

2. Los hechos probados

El acervo probatorio está integrado por las pruebas aportadas directamente por las partes, por las ordenadas por el *A quo*, y por las decretadas en segunda instancia. Al respecto, se imponen varias precisiones¹⁵.

En lo que se refiere a los recortes de prensa que se anexaron con el texto de la demanda, en reciente pronunciamiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado¹⁶ se estableció lo siguiente:

“Conforme el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil y a lo que ha sostenido la doctrina procesal, la publicación periodística que realice cualquiera de los medios de comunicación puede ser considerada prueba documental¹⁷. Sin embargo, en principio solo representa valor secundario de acreditación del hecho en tanto por sí sola, únicamente demuestra el registro mediático de los hechos. Carece de la entidad suficiente para probar en sí misma la existencia y veracidad de la situación que narra y/o describe. Su eficacia como plena prueba depende de su conexidad y su coincidencia con otros elementos probatorios que obren en el expediente. Por tanto, individual e independientemente considerada no puede constituir el único sustento de la decisión del juez¹⁸.

En la jurisprudencia de esta Corporación existen precedentes que concuerdan con esta posición. Se ha estimado que las publicaciones periodísticas “...son indicadores sólo de la percepción del hecho por parte de la persona que escribió la noticia”, y que si bien “...son susceptibles de ser apreciadas como medio probatorio, en cuanto a la existencia de la noticia y de su inserción en medio representativo (periódico, televisión,

¹⁵ Ver sentencias en igual sentido pronunciadas por el mismo Despacho que hoy resuelve el asunto: Exp. 26489, 26604, 24676, 25087 y 24964

¹⁶ Consejo de Estado; Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; Sentencia del 29 de mayo de 2012; Rad: 11001-03-15-000-2011-01378-00 (PI)

¹⁷ Esta Corporación ha reiterado que los artículos publicados en la prensa escrita pueden apreciarse por el juez como prueba documental solo para tener “(...) certeza sobre la existencia de la información, pero no de la veracidad de su contenido”. Sobre el mérito probatorio de las publicaciones de prensa como prueba en los procesos se encuentran también las siguientes providencias: sentencia del 27 de junio de 1996, Rad. 9255; sentencia del 15 de junio de 2000, Exp. 13.338; sentencia del 10 de noviembre de 2000, Exp. 18298; y sentencia del 16 de enero de 2001, Rad. ACU-1753; sentencia del 25 de enero de 2001, Rad. 3122; sentencia de 6 de junio de 2002, Rad. 739-01.

¹⁸ En sentencias de 15 de junio de 2000 y de 25 de enero de 2001, al igual que en auto de noviembre 10 de 2000, según radicaciones 13338, 11413 y 8298, respectivamente, el Consejo de Estado, Sección Tercera, sostuvo la tesis según la cual una versión periodística aportada al proceso sólo prueba que la noticia apareció publicada en el respectivo medio de comunicación.

Internet, etc.) no dan fe de la veracidad y certidumbre de la información que contienen”¹⁹.

Lo anterior equivale a que cualquier género periodístico que relate un hecho (reportajes, noticias, crónicas, etc.), en el campo probatorio puede servir solo como indicador para el juez, quien a partir de ello, en concurrencia con otras pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, podría llegar a constatar la certeza de los hechos” (subrayado fuera de texto).

Así las cosas, los recortes de prensa anexados con la demanda, habrán de ser analizados en conjunto con las demás pruebas que obran en el expediente, con el fin de verificar la información que en ellos consta²⁰.

Ahora bien, con respecto a las pruebas trasladadas del proceso penal²¹, cuya práctica se decretó en segunda instancia, se les dará valor probatorio de acuerdo con lo dicho en el artículo 185 del CPC –por remisión directa del artículo 168 del Código Contencioso Administrativo-, en virtud del cual, *“las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella”*. En el *sub lite*, el proceso primitivo se adelantó en contra de miembros del Ejército Nacional, parte demandada en el proceso que ahora se decide.

Realizadas las anteriores precisiones, pasa la Subsección a hacer la relación de las pruebas que considera útiles y pertinentes para fallar.

Sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se causaron las lesiones que sufrió el señor José Yamil, reposan las siguientes pruebas:

- Folio 363 del cuaderno principal: informe rendido el 8 de septiembre de 1999 por el agente especial del Ministerio Público dentro del sumario 178, adelantado por el Comandante de la Décima Brigada Aerotransportada en primera instancia, en el que se lee: *“Atendiendo la convocatoria a CONSEJO DE GUERRA VERBAL sin intervención de vocales que fuera decretada en contra de los implicados en este asunto, se eleva tesis de juzgamiento con sentencia condenatoria en contra*

¹⁹ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 6 de junio de 2007; Exp. AP-00029.

²⁰ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 30 de enero de 2013; Exp. 25087

²¹ Obrar en los folios 361-481 del cuaderno principal

de los mismos, plasmándose la prueba que determina la TIPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD y CULPABILIDAD.

(...) Sea lo primero consignar que ningún elemento de duda conlleva la materialización de los lamentables episodios históricos que revelan la configuración de un concurso heterogéneo de hechos punibles que aparecen estructurados en virtud a [sic] las probanzas arrojadas a la actuación y que aparecen reseñadas en acápites anteriores en el presente estudio. Se tiene así, que obra la certeza del deceso de los particulares (...) como se desprende no solo con las Necropsias allegadas al plenario, las actas de levantamiento, las correspondientes actas de defunción y los informes suministrados por los organismos de policía y del C.T.I. que colaboraron con la justicia en esta investigación, sino a través de los testimonios rendidos por quienes los acompañaban aquella funesta noche del 24 de enero de 1998 cuando al cruzar el paso llamado de la "Y" que circunscribe territorio que de Villeta conduce a Utica, absurdamente fueron confundidos como integrantes de grupos guerrilleros y abaleados indiscriminadamente por un comando del Ejército.

(...) En igual sentido habrá de señalarse que acude la vulneración a éste mismo tipo penal, pero, sin haber sido consumado ni perfeccionado, la ubica en el grado de TENTATIVA a luces de lo normado en el art. 22 del C.P., por cuanto si bien se causaron sólo lesiones en las humanidades de los particulares (...) JOSÉ YAMIL ORDOÑEZ (...), la conducta inequívoca perseguida era la de darles muerte (...).

Diáfano resulta ser entonces que la acción encaminada por parte de los militares involucrados en éstos hechos, no se produjo por la simple imprudencia con las [sic] que dispararon o por inobservancia de las normas mínimas exigidas para éste tipo de operación o lo que es mejor, olvidando las consecuencias del uso de este tipo de artefactos, sino que el accionar de las armas iba encaminado a dar de baja al objetivo, tanto así que ante la orden de disparar, los soldados participantes en ese asunto desenfundaron toda la provisión que para el momento tenían, sosteniendo esta agencia, que fue exagerado el número de disparos hechos (78 trayectorias de proyectil de arma de fuego), si ha [sic] tenerse en cuenta la poca población civil atacada (recuérdese que entre muertos y heridos escasamente se contabilizaban doce personas), mientras que el grupo de militares que al parecer actuó en la operación, describe un número aproximado de 30 personas.

(...) Resulta claro colegir que el factor decisivo que fue el motor de la serie de conductas punibles desarrolladas a través de este lamentable episodio radica en la información allegada para la tarde del 24 de enero del año próximo [sic] pasado al Batallón de Infantería 28 "Colombia", base militar acantonada en Tolemaida, en el sentido de que se señalaba la presunta presencia de Comandantes de las Cuadrillas 22 y 42 de las FARC en la vía que del Municipio de Utica conduce a Villeta, quienes se movilizaban en dos vehículos (...). La información allegada al Comando dio lugar a una serie de acciones, que de haber sido conducidas diligente y profesionalmente no habrían dado lugar al desenlace fatal que ocupa hoy nuestra acción (...).

Si bien los dirigentes aquí comprometidos pretendieron anunciar que el operativo registraba la ORDEN DE OPERACIONES No. 4 de fecha enero 24 de 1998, denominada como OPERACIÓN LINCE, acude la primera inconsistencia al haberse demostrado probatoriamente que ésta fue emitida sólo en las primeras horas del día 25 de enero de 1998, pues como lo confirma el mismo subteniente LUIS FERNANDO CHAMORRO, fue obligado al día siguiente de ocurrencia de los hechos, a firmar en forma rápida la orden de operaciones, sin que ni siquiera se le hubiese permitido leerla previamente. Con esto se demuestra que el plan a seguir para capturar a integrantes de la guerrilla obedeció a órdenes de carácter verbal e inmediatas, sin que se perfilara una orden escrita bajo un plan someramente estudiado y concienzudo, que como se repite fue elaborado un día después de ocurridos los hechos y sólo con el afán desmedido de justificar el operativo bajo las formalidades requeridas.

(...) Lo anterior se confirma a través de lo declarado por los testigos presenciales del hecho, con el resultado de las inspecciones judiciales practicadas al lugar de los hechos y así mismo realizadas sobre los rodantes que fueron blanco de los disparos y, hasta por la aceptación que en últimas vienen hacer [sic] los propios implicados tanto dirigentes como soldados participantes, quienes entre otras cosas, fueron contestes al señalar que no se contaba con los elementos mínimos para montar el retén (...).

Como se repite, la Orden de Operaciones, fue emitida verbalmente por el Comandante del Batallón Colombia, siendo formalizada al día siguiente de ocurridos los hechos. El proceso de inteligencia fue deficiente, incompleto y

errado, ya que también está probado, que fue una simple llamada telefónica, al parecer de un informante identificada [sic] como ALEJANDRA o LUISA, que la hiciera hacia las 18.00 horas al Capitán REY, la que sirvió de sustento para ordenar la irregular orden de operaciones, a efectuarse en forma inmediata, sin planeación alguna y lo que es menos, sin constatación de la información de la "inteligencia militar".

El retén no se hizo con las formalidades legales (...). De la actuación de los miembros de las fuerzas públicas, se infiere que en ningún momento, observaron las más elementales normas de cómo debía hacerse un retén, desde luego no se les exigía que se cumpliera al pie de la letra, como sería el ideal, pero sí que se tomaran las medidas más primarias para que efectivamente se hicieran con alguna profesionalidad, y es que no se puede afirmar, que por no tener todos los equipos que demanda un retén, no se hiciera, porque esa OMISIÓN no la pueden sufrir los particulares que intempestivamente pasaban por el lugar, quienes al no observar una correcta señalización, ni oír una orden de "pare", pensaron y creyeron que se trataba de delincuentes o de miembros de la guerrilla, y que al pretender retroceder, son recibidos por fuego cruzado, por parte de los representantes de la ley, no quedándoles otra alternativa que la de someterse a las balas, con los resultados conocidos en autos. (...)

No existe por ello ninguna prueba de ataque por parte de la población civil que justifique el accionar de las armas por parte del ejército y en tal sentido pierde toda consistencia la aceptación de causal de justificación del hecho que favorezca a los comprometidos.

(...) Téngase en cuenta que, no obstante que la informante había advertido características muy definitivas y diferenciables de los vehículos en los que supuestamente se movilizaban algunos cabecillas de la guerrilla, no se constató por su parte la veracidad de la información, no emprendió ninguna acción encaminada a ese fin antes de dar la orden de disparar, ya que de haber actuado de dicha manera, es decir diligentemente como era su labor, se había podido evitar el episodio.

(...) De acuerdo a [sic] las disquisiciones plasmadas en líneas precedentes, ésta procuraduría eleva solicitud de SENTENCIA CONDENATORIA en contra de los procesados" (subrayado fuera de texto).

- Folio 437 del cuaderno principal: sentencia proferida el 7 de febrero de 2000 por el Tribunal Superior Militar en segunda instancia, dentro del proceso No. 2217-5866-141823, en la que se lee: *“Procede la Tercera Sala de Decisión a desatar el recurso de Apelación oportunamente interpuesto por los Doctores (...) defensores de los procesados afectados (...). Con los elementos de juicio y convicción aportados en lo andado de la instructiva, quedó acreditado con suficiencia que: (...) entró una llamada para el CT. NESTOR JOSÉ REY ROLDAN, Oficial de inteligencia del Batallón, donde una mujer decía que tenía una información urgente que transmitirle dejando el número de teléfono suyo, por lo que él llamó al Capitán dictándole dicho número telefónico; recibiendo a eso de las 18:20 horas una llamada del CT. REY, quien le suministró la información que la mujer le había dado, la que se condensaba en que a las 21:00 horas del mismo día los Comandantes de las cuadrillas 22 y 42 de las FARC se desplazarían desde Utica en dirección a Guaduas pasando por Villeta, en dos vehículos, una camioneta roja de placas BHH-840 y una camioneta gris, escoltados por dos motos y aproximadamente 18 hombres, decidiendo él en ese momento montar una operación militar en el sitio conocido como la “Ye” para capturar a dichos subversivos. Siendo así como en su Condición de Comandantes (e) del P.M.A. ordeno [sic] al CT. REY que en Río Seco elaborara la orden de operaciones correspondiente y transmitiera un radio a la BR-13 informando la iniciación de la operación; ordenando luego al ST. CHAMORRO GONZÁLEZ organizara la Unidad para cumplir la operación, respondiéndole éste que no podía cumplirla con un solo pelotón porque tenía novedades por sanidad, disponiendo entonces que empleara personal del otro pelotón, lográndose conformar la patrulla con un oficial, tres suboficiales y 34 soldados, a los que ordenó formar, trasmitiéndoles a vivía voz la orden de operaciones, iniciando por comentarle la información que con grado de credibilidad A-1 había recibido, por lo que disponía que en la “Ye” montarían un retén y una emboscada, determinando que el jefe del retén sería el CS. LUIS CARLOS BERROCAL BERRÍO, y el jefe de la seguridad del retén el CP. EDISON VARÓN MURILLO, mientras las escuadras comandadas por el ST. LUIS FERNANDO CHAMORRO GONZALEZ y el CP. HUGO PALACIOS PALACIOS montarían la emboscada; distribuyendo los tres radios Motorola con que se contaba, cuyo alcance máximo es de aproximadamente dos kilómetros, así: uno para él, otro para el ST. CHAMORRO y otro para el Cabo BERROCAL; ordenándoles además llevaran todo lo necesario para montar el retén como linternas y demás, sin que le*

informaran que no poseían el equipo, preguntando si había algún problema para cumplir la misión, respondiéndosele que no. Participando él en el desarrollo de la operación pues decidió que se embarcaría en la camioneta azul de placas XVJ-165 que conducía el DE. JORGE ENRIQUE PERDOMO GUZMAN, acompañándolo el CS. PEDRO JESUS RODRIGUEZ POLO y cuatro soldados, se dirigiría hacia Utica verificando durante el trayecto la presencia de los vehículos y motos reportados como los que transportaban a los guerrilleros, y le informaría al Cabo BERROCAL a través del radio apenas los viera, debiendo proceder éste a salir a la carretera y detener a los motociclistas, neutralizarlos para evitar advirtieran a los que se desplazaban en los vehículos, y en caso de ser atacados debían responder y no dejarlos devolverse y salir de la emboscada; habiendo partido él y la patrulla a eso de las 20:40 horas, y cuando vio pasar motos y vehículos llamó al Cabo BERROCAL y al Teniente avisándoles para que verificaran e identificaran a sus conductores, perdiendo toda comunicación con éstos pues supero [sic] los dos kilómetros de alcance del radio al desplazarse hacia Utica distante como a 30 kilómetros, en donde permaneció buscando los vehículos con resultados negativos, por lo que a eso de las 23:00 resolvió regresar enterándose de lo ocurrido (...).

Que habiendo salido la patrulla a eso de las 20:45 horas, procedieron en cumplimiento a las órdenes emitidas por el CT. HERNANDEZ a ubicarse en la siguiente forma: el Cabo BERROCAL BERRÍO con su escuadra como retenantes [sic] del muro de concreto que había en la curva, al Cabo VARON MURILLO con su escuadra después de ese muro de concreto como seguridad de retén, y las escuadras del ST. CHAMORRO GONZALEZ y el CP. PALACIOS PALACIOS se ubicaron al frente, en el cerro distante aproximadamente a 30 metros de la carretera; estando en el proceso de ocupación de sus lugares pasaron dos vehículos por lo que, y en obediencia a lo ordenado por el CT. HERNANDEZ, se ocultaron para evitar que detectaran su presencia; y no habían acabado de acomodarse cuando recibió el Cabo BERROCAL llamada del CT. HERNÁNDEZ reportando se acercaban dos motos y un vehículo, perdiéndose la comunicación sin que alcanzase a explicar si se trataba de los que estaban esperando, por lo que el Cabo BERROCAL ordenó a los Soldados MERCADO RAMIREZ y MANCERA GONZALEZ saliesen a detener los rodantes que se acercaban, apareciendo una primera moto, la susuki [sic] negra de placas KHZ-40, conducida por el chancero de profesión HENRY CRUZ MURILLO, a la que detuvieron, y cuando se le iba a advertir descendiese apareció una segunda

moto, la Kawasaki roja de placas ADV-58, conducida por MAURICIO SALINAS BERMUDEZ en la que iba como parrillero VICTOR JULIO SARMIENTO LONDOÑO, quienes al ver a su compañero detenido sin señales de pare que indicara presencia de autoridad legítima en el área, resolvieron devolverse pensando se trataba de un atraco, habiendo el Soldado WILLIAM ALBERTO MOTATO RAMIREZ, quien se hallaba de seguridad del retén al lado del Cabo VARON MURILLO, al ver que la moto se devolvía y se venían de frente hacia ellos, al esconderse, "...en ese momento que yo retrocedí se me enredó el dedo en el disparador y se me disparó el arma salieron en ráfaga..." (...). Empezando la reacción en cadena de la mayoría de los miembros de la patrulla, quienes sin disciplina de fuego hicieron uso de sus armas de dotación contra los ocupantes de los vehículos que veían transitar, motivados únicamente por el hecho de escuchar disparos, no porque hubiesen sentido eran sometidos a agresión con arma de fuego; cayendo bajo sus proyectiles (...) resultando afectados además los particulares (...) y JOSÉ YAMIL ORDOÑEZ quienes transitaban en la motocicleta Suzuki azul de placas KHR-84, ocultándose JOSÉ YAMIL en una alcantarilla (...). Contándose con los reconocimientos médico legales practicados a JOSÉ YAMIL ORDOÑEZ a quien se le determinó una incapacidad definitiva de 35 días y como secuela de deformidad física de carácter permanente (...). Y es que el Capitán HERNÁNDEZ CORREDOR, con escasos doce días de hallarse en el área de operaciones, lo que implicaba desconocimiento no solo de su topografía sino de la situación de orden público que en ella se vivía, al conocer que en dos horas presuntamente iban a pasar unos cabecillas de frentes guerrilleros por la vía que de utica [sic] conduce a Guaduas pasando por Villeta, vía de gran flujo vehicular por unir dos localidades turísticas, lo que debió fue, en desarrollo de los procedimientos de inteligencia, confirmar esa información enviando a la ciudad de Utica en forma ahí sí apresurada a miembros del dos para que evidenciaran la presencia de los guerrilleros en dicha localidad. Pero no resolver, haciendo gala de una absoluta falta de madurez y ecuanimidad, llevado tal vez por el ansia de obtener éxitos sin importar el cómo ni su costo, que iba a montar y ejecutar la operación militar tendiente al sometimiento de estos individuos que al margen de la ley pretenden derrocar el gobierno legalmente constituido; en un afán tal que lo llevo [sic] a olvidar que una orden de operaciones demanda de un procedimiento de Comando en el que establecida la misión y determinada la maniobra que se va a desarrollar, ha de cuestionarse, verificarse y responderse a la Unidad a la que se va a imponer su ejecución cuenta con el personal necesario y adecuado entrenamiento para el tipo de operación, analizar las circunstancias de tiempo,

modo y lugar en que ésta se va a ejecutar para establecer la clase de medios que se han de utilizar, constatar si se cuenta con los medios materiales que demanda, registrando las instrucciones de coordinación que se estiman necesarias para el éxito de la misma.

(...) retén absolutamente irregular pues ni era el normalmente mandado en donde se colocan señales en la vía para advertir a los que por allí circulan que se instaló dicho retén a fin de que reduzcan la velocidad y se detengan cuando se les indique, ni era el retén emboscada que se prevé en el Reglamento de Combate Contra Guerrillas a instalar como punto de control de tránsito dentro de las zonas de combate, y por la oscuridad de la noche y el continuo flujo vehicular, resultaba muy difícil determinar la aparición de los vehículos y motos que se esperaban, y al tener que detener a alguno para verificar si se trataba de ellos, se corría el riesgo de que los ciudadanos que circulaban pensasen se enfrentaban a delincuentes, adoptando el comportamiento natural que tal pensamiento impone cual es el tratar de huir de ellos. (...) RESUELVE. (...) Confirmar el numeral PRIMERO del RESUELVE de la sentencia impugnada (...) mediante el cual se CONDENÓ (...)" (subrayado fuera de texto).

Sobre el daño que sufrió el señor José Yamil, reposan las siguientes pruebas:

- Folio 40 del cuaderno de pruebas: oficio sin número suscrito el 13 de febrero de 2001 por el Director del Hospital Salazar de Villeta al que adjunta la historia clínica del señor José Yamil, en la que se lee que ingresó el 25 de enero de 1998 a las 10:00 horas procedente de La Magdalena: *"motivo de la consulta: herida en 4 y 5 dedo de mano derecha hace 16 horas recibió herida por arma de fuego"*.
- Folio 362 del cuaderno principal: informe No. 981002541-ULV, rendido el 2 de octubre de 1998 por el médico forense adscrito a la unidad local de Villeta del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el que se lee: *"Examinado: JOSÉ YAMIL ORDOÑEZ (...) Segundo reconocimiento médico-legal. Se revisa anterior reconocimiento médico-legal No. 980128053-ULV de enero 28 de 1998 en donde se encuentra que el examinado recibió lesiones por proyectil de arma de fuego en mano derecha y pie derecho que determinaron incapacidad médico-legal definitiva de treinta y cinco (35) días y secuela estética. Al examen presente se encuentra: 1) Amputación del dedo meñique derecho a nivel de articulación interfalángica proximal. 2) Imposibilidad para la flexión del*

cuarto dedo (anular) derecho, el cual se encuentra deformado por angulación en sentido cubital y anquilosis de las articulaciones interfalángicas. 3) Cicatriz no notoria a lo largo de articulación interfalángica proximal del 4º dedo de mano derecha. 4) Edema de tejidos blandos a nivel de región maleolar externa de pie derecho. Conclusiones: a) incapacidad médico-legal: se ratifica en treinta y cinco (35) días como definitiva. b) secuelas: deformidad física de carácter permanente. Las lesiones descritas no originan secuela funcional ya que la función de presión de la mano derecha está conservada".

Sobre la relación sentimental que unía a la víctima con su compañera permanente, y de las actividades laborales que desempeñaba para la época de los hechos, reposan las siguientes pruebas:

- Folio 24 del cuaderno de pruebas: declaración rendida el 11 de agosto de 2000 por el señor Alirio Ordóñez ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Quebradanegra, Cundinamarca, en cumplimiento de despacho comisorio, en la que se lee: "PREGUNTADO. Informe cuánto tiempo hace que usted conoce a JOSÉ YAMIL ORDOÑEZ, lo mismo que a MARÍA AMPARO BOHORQUEZ BUSTOS, cuál es la relación de estas dos personas? CONTESTO: a JOSÉ YAMIL hace unos 25 años que lo conozco, lo conocí en La Magdalena, soy primo segundo de él, a MARÍA AMPARO BOHORQUEZ hace unos 6 años la conocí, creo que es de la vereda Salitreblanco de Villeta y hasta hace como 6 años llegó a La Magdalena y la he conocido como la compañera de JOSÉ YAMIL. Yo desde que conozco a MARÍA AMPARO hace como unos 6 años, siempre la he conocido viviendo en La Magdalena con JOSÉ YAMIL. (...) PREGUNTADO: Informe si tiene conocimiento a qué labor se ocupaba JOSÉ YAMIL ORDOÑEZ, para la época cuando recibió el disparo en uno de los dedos de la mano? CONTESTO: Para esa época JOSÉ YAMIL era recogedor de chance, recogía en Quebradanegra, Utica, La Magdalena y lo llevaba a Villeta, esa labor la ejecutaba el en moto que él manejaba (...). Y no se [sic] en qué invertía JOSÉ YAMIL el dinero que él ganaba como recogedor del chance. Se [sic] que luego del accidente JOSÉ YAMIL ha seguido con el chance pero no como recogedor, ahora tiene o trabaja en oficina, él está como supervisor".
- Folio 33 del cuaderno de pruebas: declaración rendida el 22 de agosto de 2000 por el señor Luis Fernando Navas ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Quebradanegra, Cundinamarca, en cumplimiento de despacho comisorio, en la

que se lee: "PREGUNTADO: Sírvase informar al Juzgado si usted conoce a los señores: JOSÉ YAMIL ORDOÑEZ y AMPARO BOHORQUEZ BUSTOS, caso tal cuánto hace y por qué y si sabe qué relación de parentesco tienen las dos personas por las que se pregunta? CONTESTO: Si conozco a JOSÉ YAMIL ORDOÑEZ y a AMPARO BOHORQUEZ BUSTOS, a YAMIL que me acuerde lo conozco hace unos 15 años, lo conocí por ser vecino de la inspección donde vivimos, somos amigos con él, a AMPARO BOHORQUEZ BUSTOS la conozco hace unos 8 años, la conocí en La Magdalena, por que [sic] es vecina de la Inspección, ella es de la vereda Salitre negro de Villeta Cund. [sic] también soy amigo de ella. Por lo que yo veo YAMIL y AMPARO, ellos viven en unión libre hará unos 4 años que ellos convivían. Todo me consta por que nosotros le tenemos arrendado un local a YAMIL, local de apuestas de chance y ellos yo veo que conviven juntos (...) yo creo que él ha sostenido el hogar donde conozco dos hijos, sostiene el hogar con lo que puede ganar de la venta o porcentaje del chance, y no sé cuál sea su ganancia".

- Folio 36 del cuaderno de pruebas: declaración rendida el 29 de agosto de 2000 por el señor Herny Orlando Mahecha ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Quebradanegra, Cundinamarca, en cumplimiento de despacho comisorio, en la que se lee: "PREGUNTADO: Sírvase informar al Despacho si Usted conoce a los señores JOSÉ YAMIL ORDOÑEZ, Y AMPARO BOHORQUEZ BUSTOS, caso tal cuanto [sic] hace que los conoce y porque [sic] los conoce y si sabe que [sic] relación parentesco tienen estas dos personas. CONTESTO. Si los conozco y hace aproximadamente unos cuatro a cinco años, los conozco porque ellos vivieron en mi casa, ellos los dos son compañeros y se [sic] que tienen dos hijos, ellos estuvieron viviendo en mi casa pagando arriendo, estuvieron viviendo como año y medio casi los dos años. SIRVASE MANIFESTAR al Despacho si por lo que Usted pudo observar que [sic] persona sostenía dicho hogar: CONTESTO: pues ahí creo que el 50% o sea cada uno aportaba este 50% pues ella trabajaba, como secretaria de la oficina de Apuestas Universal ahí en La Magdalena, y el señor YAMIL ORDOÑEZ es promotor de la misma firma".

3. La valoración probatoria y conclusiones

El acervo probatorio así constituido, permite tener por demostrados los siguientes hechos:

- Que el 24 de enero de 1998, entró una llamada al Batallón en la que se informaba sobre la posible presencia de cabecillas guerrilleros en la vía que de Utica conduce a Villeta. Como consecuencia de la información recibida, sin que la misma hubiere sido confirmada o por lo menos contrastada con información de inteligencia, se dieron instrucciones verbales inmediatas, incompletas, improvisadas y confusas, tendientes a la instalación de un retén en dicha ruta – para el que no se contaba con los elementos mínimos-, con el fin de emboscar a los delincuentes, siendo ordenado que ante la menor resistencia, se hiciera uso de las armas de dotación oficial.
- Que estando en el lugar indicado para la realización del operativo, se recibieron instrucciones tendientes a la verificación de la ocupación de algunos vehículos cuyos pasajeros intentaron evitar el encuentro, pues ante la ausencia de señalización o advertencia sobre la existencia del retén, se creyeron víctimas de delincuencia común; así, al no detenerse ante las advertencias de los militares, fueron confundidos con los delincuentes perseguidos haciendo uso de las armas de dotación, de manera imprudente, indiscriminada y desproporcionada, resultando algunos de los viajeros muertos, y otros heridos. Por los hechos relatados, la justicia penal militar resolvió condenar a penas privativas de la libertad a quienes intervinieron en el desarrollo de la imprudente operación.
- Que dentro de los heridos se encontraba el recogedor de chance, señor José Yamil, a quien se causó incapacidad médico-legal definitiva de 35 días y deformidad física de carácter permanente, sin secuela funcional por la pérdida de dos dedos de la mano derecha. Su compañera permanente era la señora María Amparo Bohórquez con quien tenía dos hijos al momento de los hechos.

3.1. El daño antijurídico

De acuerdo con lo que ha establecido esta Sección, al estudiar los procesos de reparación directa es indispensable abordar primeramente, lo relativo a la existencia o no del daño y si el mismo puede o no considerarse antijurídico; solo bajo la premisa de la existencia del daño antijurídico se ha de *“realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación*

*del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado*²².

En el *sub lite*, la amputación del dedo meñique derecho a nivel de articulación interfalángica proximal, la imposibilidad para la flexión del cuarto dedo (anular) derecho, el cual se encuentra deformado por angulación en sentido cubital y anquilosis de las articulaciones interfalángicas, la cicatriz no notoria a lo largo de articulación interfalángica proximal del 4º dedo de mano derecha, lesiones todas sufridas por el joven José Yamil y certificadas a través del informe No. 981002541-ULV, rendido el 2 de octubre de 1998 por el médico forense adscrito a la unidad local de Villeta del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, son suficientes para acreditar el daño antijurídico del cual se derivan los perjuicios cuya reparación solicitan él y su compañera permanente.

3.2. La imputación

Ahora, desde el plano de la imputación, corresponde determinar si las lesiones sufridas por el joven José Yamil son imputables a la entidad demandada, o si por el contrario, son atribuibles a una causa extraña.

De acuerdo con el acervo probatorio referenciado *ad supra*, es evidente la falla en el servicio en la que incurrieron las demandadas al ordenar y ejecutar un operativo que estaba destinado a fracasar; así, *“no debe perderse de vista que los miembros de la Fuerza Pública no sólo reciben suficiente instrucción y preparación en el ejercicio de esta actividad, al punto de estar obligados a observar las indicaciones sobre el manejo mecánico y las medidas de seguridad, sino que también son capacitados para actuar en operativos oficiales, al punto que ese nivel de instrucción les debe permitir solventar situaciones como la ocurrida en el sub lite, de manera que cuando se advierte que éstos actuaron de manera irregular en el cumplimiento de sus funciones y durante un servicio oficial obviando los procedimientos para los cuales han sido preparados, se confirma una falla del servicio que debe declararse*²³.

En efecto, la falla no solamente se encuentra verificada en la falta de planeación de las acciones a desarrollar, sino en su ejecución, quedando acreditado el uso

²² Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 18 de febrero de 2010; Exp. 17885

²³ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 23 de abril de 2008; Exp. 16525

desproporcionado de las armas de dotación sin que mediara juicio alguno de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad²⁴.

Al respecto se ha dicho que

“En definitiva, en un Estado de Derecho como el nuestro no son admisibles las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Y por ello, nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente, salvo que se haga bajo una de las causales de justificación (vgr. legítima defensa o estado de necesidad). Evento en el cual la amenaza individualizada, grave, actual e inminente contra la vida del uniformado o de un tercero, debe revestir tal entidad que sólo mediante el uso extremo y subsidiario de la fuerza (ultima ratio) pueda protegerse ese mismo bien jurídico [la vida, en este caso de las víctimas o de los uniformados].

Deberán entonces evaluarse las condiciones de la amenaza real –que no hipotética- para que, sólo si razones de necesidad y proporcionalidad lo imponen, pueda llegarse a esa situación extrema. Todo lo demás, desborda el limitado espacio que brindan las normas disciplinarias y penales a los agentes del orden.

Así las cosas, cuando se infringe este deber de usar la fuerza guiado por los principios de necesidad y proporcionalidad y si la conducta es atribuible a un agente del Estado en ejercicio de sus funciones se compromete la responsabilidad patrimonial de este último frente a las eventuales víctimas, por uso excesivo de la fuerza por parte de los agentes del Estado”²⁵.

En suma, uso excesivo de la fuerza pública que en el *sub lite* quedó más que comprobado, pues la reacción de los miembros del Ejército Nacional, al paso del joven José Yamil, fue desproporcionada ya que la vida e integridad de los soldados que intentaron cumplir la cantinflesca orden de operaciones, nunca estuvo en peligro por actuación alguna de éste, ni de los demás civiles que se vieron afectados por el operativo.

²⁴ Ver. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 26 de mayo de 2010; Exp. 18888

²⁵ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 11 de febrero de 2009; Exp. 17318

Así las cosas, “El comportamiento asumido por los uniformados que procedieron militarmente contra los motociclistas, desconoció abiertamente principios elementales de orden táctico y militar que indican que las armas de dotación deben utilizarse como última medida o recurso, pues sólo en casos extremos y por excepción la Fuerza Pública está autorizada para hacer uso de las armas, y si lo hace, ha de tomar todas y cada una de las medidas y precauciones que resulten necesarias para proteger la vida y la integridad de los ciudadanos”²⁶.

4. La liquidación de perjuicios

Dice la demanda:

“9. Las lesiones sufridas por el señor JOSÉ YAMIL ORDÓÑEZ, ocasionadas por la agresión física de los miembros del Ejército Nacional, al dispararle con el fin de darle de baja, ocasionaron perjuicios morales, materiales y fisiológicos que se especificarán así:

9.1. Para el señor JOSÉ YAMIL ORDÓÑEZ.

- Perjuicios Morales equivalentes a 1.000 gramos de oro, a razón de \$12.966 el gramo, arroja un valor de \$12'966.000.00

9.2. Para su compañera permanente MARÍA AMPARO BOHORQUEZ BUSTOS.

- Perjuicios morales equivalentes a 1.000 gramos de oro para cada uno, a razón de \$12.382 [sic] el gramo arroja un valor de \$12'966.000.00

TOTAL PERJUICIOS MORALES \$25'932.000.00

9.3. PERJUICIOS FISIOLÓGICOS, para el señor JOSÉ YAMIL ORDÓÑEZ, consistentes en la imposibilidad de realizar sus labores cotidianas, por la falta de uno de sus dedos y la inutilización del dedo anular, como es el tomar los utensilios para los alimentos, manejar la moto la cual era el instrumento necesario para desempeñar su trabajo, igualmente la frustración de que sea mirado con extrañeza, es decir, la vida en relación del demandante no es la misma con la lesión que padece actualmente, por lo tanto, los perjuicios fisiológicos ascienden a la suma de 3.000 gramos de oro, a razón de \$12.966, el gramo arroja un valor de \$38'898,000.00” (subrayado fuera de texto).

²⁶ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 27 de abril de 2011; Exp. 19155

Así las cosas, los actores, en su calidad de víctima directa y de compañera permanente, solicitaron el reconocimiento de perjuicios morales y materiales; adicionalmente, el joven José Yamil reclamó el reconocimiento de los perjuicios fisiológicos sufridos por el daño irrogado.

4.1. Los perjuicios morales

La existencia del daño moral, aunque reconocida, no siempre fue resarcida. En efecto, debido a consideraciones éticas y jurídicas se creía que el dolor no tenía precio²⁷ y que la dignidad estaba por encima de cualquier tasación pecuniaria. No obstante, en Colombia, la Corte Suprema de Justicia a través del famoso caso Villaveces²⁸, ordenó, por vez primera, el resarcimiento del daño moral sufrido por el actor, quien demandó al municipio de Bogotá para que le fueran reconocidos los perjuicios causados con ocasión de la destrucción del mausoleo en el que se encontraba sepultada su esposa cuyos restos mortales fueron depositados en una fosa común.

En dicha ocasión se consideró que la reparación del daño moral pretendía reconocer el dolor sufrido (*pretium doloris*) que se aspira aligerar, de acuerdo con el valor determinado por dictamen pericial; así las cosas, el dinero cumpliría no sólo la función de equilibrar el patrimonio menoscabado, sino que apostaría también por mitigar el sufrimiento ocasionado²⁹.

Gracias al desarrollo progresivo de la jurisprudencia, se han venido reconociendo cada vez más daños morales resarcibles, pues además de las lesiones a la honra o la dignidad aceptadas por la Corte Suprema de Justicia desde 1924, se ha condenado a la reparación de los daños morales por afectaciones a la fama de una persona³⁰, por atentados a las libertades y derechos fundamentales, por la muerte o lesión de parientes próximos³¹ o amigos que demuestren la intensidad de la

²⁷ La jurisprudencia francesa consideró, hasta 1961 con la providencia del Consejo de Estado del 24 de noviembre del mismo año – LETISSERAND-, que las lágrimas nunca se amonedan (*les larmes ne se monnayent point*) y por consiguiente se reusaba a reparar el daño causado por el dolor moral.

²⁸ Corte Suprema de Justicia; Sala de casación civil; Sentencia del 22 de agosto de 1924; Gaceta judicial T XXI. p. 82.

²⁹ Cfr. TAMAYO JARAMILLO, Javier. **Tratado de Responsabilidad Civil**. Tomo II.

³⁰ Corte Suprema de Justicia; Sala de Negocios Generales; Sentencia del 20 de noviembre de 1933; Gaceta judicial T. XXXIX. P. 197.

³¹ Presunción del dolor que sufren los parientes próximos de una víctima, de acuerdo con lo consignado en la sentencia del 28 de octubre de 1942, de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

afectación³², por las lesiones personales sufridas por la víctima, sus parientes próximos y padres de crianza, e incluso, por los menoscabos sufridos por personas jurídicas.

Para su tasación, en principio, se siguió lo que definiera el dictamen pericial cuya práctica se ordenara con tal fin. Posteriormente, en virtud de un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, se estableció el arbitrio judicial para cuantificar el perjuicio moral³³, no obstante poderse valer de peritos para determinar la existencia misma y la intensidad del sufrimiento alegado con el daño causado. Para lograrlo, se siguió lo dispuesto en el artículo 95 del Código Penal de 1936, en virtud del cual en caso de no ser fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por un delito, el juez tenía la potestad de fijar el monto (*quantum*) de la indemnización sin exceder de la suma de dos mil pesos, de acuerdo con su prudente arbitrio o discrecionalidad judicial, teniendo siempre en cuenta la intensidad del daño que se encuentre demostrada dentro del proceso.

En virtud de esta potestad, desde el año 1941, correspondió a la sana crítica del juzgador, evaluar los elementos probatorios que le permitieran tasar los perjuicios cuya cuantificación, si bien no estaba constreñida a respetar el tope máximo descrito en el artículo 95 del Código Penal citado, sí debía servirse del mismo para fallar. No obstante, en sentencia del 27 de septiembre de 1974, la Corte Suprema de Justicia condenó al pago de treinta mil pesos por lo que consideró el más alto dolor por la muerte de un ser querido, subrayando que el tope máximo al que hace referencia el Código Penal, solamente sirve para tasar los perjuicios ocasionados con la comisión de un delito y en ningún momento restringe la potestad del juez de reconocer mayores valores. Y no podía ser de otra forma, cuando el propio Código Civil (artículo 17) prohíbe al juez proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria.

Es así como el Consejo de Estado ha impuesto condenas, en contra de la administración, superiores a las cifras utilizadas por la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta la aflicción, el dolor, las consecuencias y las limitaciones causadas a los afectados³⁴, argumentando que el daño es una situación de facto

³² Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Civil; Sentencia del 13 de mayo de 1988. Y Corte Suprema de Justicia; Sala de Negocios Generales; Sentencia del 12 de marzo de 1937.

³³ Corte Suprema de Justicia; Sala de Negocios Generales; Sentencia del 20 de junio de 1941.

³⁴ Ver. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 14 de febrero de 1992; Exp. 6477. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 25 de septiembre de 1997; Exp. 10421. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 19 de julio de 2000; Exp. 11842. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 6

que debe ser reconocida en sus justas proporciones siempre que se encuentre probado.

A partir del año 2001, se dispuso una tasación en salarios mínimos legales mensuales vigentes como forma de liquidar los perjuicios morales por considerar que lo establecido en el Código Penal no es aplicable en la jurisdicción contenciosa administrativa³⁵. Así, las cosas, la Jurisprudencia tiene decantado, que el daño moral resarcible es aquél cierto, personal y antijurídico, y su tasación depende entonces, de su intensidad, la cual deberá estar probada en cada caso y liquidada en salarios mínimos.

Con respecto a la tasación en términos de precio (salarios mínimos), es numerosa la producción jurisprudencial y doctrinaria que coincide, en su mayoría, en la inconveniencia, dentro del ámbito jurídico y del sistema económico, de la formulación e imposición de elementos o variables objetivos que permitan una medición dineraria predefinida del valor dañoso. Lo anterior, por cuanto dicha función precisamente se encuentra en cabeza del juez quien goza de discrecionalidad judicial, facultad también conocida como *arbitrium iudicis*, o *arbitrio juris*.

Es en este escenario en el que cobra importancia la función del juzgador, quien en el marco de dicha discrecionalidad, deberá hacer una valoración integral del acervo probatorio con el fin de establecer la medida compensatoria que considere más apropiada para aliviar el dolor sufrido por quienes ponen en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado³⁶.

Es así como con el objetivo de exponer las razones por las cuales la tasación asciende a un monto u a otro, debe acudir al contenido de la jurisprudencia constitucional consignada en recientes providencias (T-351, T-464 y T-212 todas del año 2011), en las que se impone al juez contencioso la obligación de explicar las razones por las cuales en ciertos casos, los perjuicios morales serán tasados en montos que exceden los que tradicionalmente han sido reconocidos por esta

de septiembre de 2011; Exp. 13232-15646. Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; Sentencia del 19 de octubre de 2007.

³⁵ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 6 de septiembre de 2001; Exp. 13232 y 15646.

³⁶ Por lo tanto, es preferible seguir los precedentes jurisprudenciales que sirven al juez para tasar de la manera más justa e igualitaria los perjuicios morales, que tratar de imponer metodologías cuya aplicación en la jurisdicción contencioso administrativa no es dable, pues ha de mediar un mínimo análisis y estudio sobre los objetivos que se persiguen con su aplicación, los procedimientos que se requieren para que su implementación sea adecuada, y los resultados esperados con la misma. Ver por ejemplo, lo dicho en la sentencia de Corte Constitucional, C-176 de 2007.

Corporación, como consecuencia de las circunstancias particulares del caso que se analice. In extenso:

“Son tan especiales y particulares las condiciones del sufrimiento moral de cada persona, que corresponde al juez administrativo en cada caso concreto valorar la existencia del mismo y su magnitud, no ex ante y de forma general (...).

Como lo ha reconocido esta Corporación (ver sentencia T-351 de 2011), la jurisprudencia contencioso administrativa ha encontrado tres principios básicos que han de orientar el cumplimiento de las funciones judiciales fundadas en la discreción judicial, a saber: equidad, razonabilidad y reparación integral. Estos principios, en especial la equidad, demandan al juez algún grado de comparación entre la situación evaluada y otras reconocidas previamente. De lo contrario puede llegarse a decisiones inequitativas, desproporcionadas o discriminatorias.

(...) Cuando en un sistema jurídico se le da un mayor grado de libertad en la adopción de una decisión judicial (...) Deberá, por lo menos, indicar (i) cuáles son los criterios y parámetros que se tendrán en cuenta; (ii) por qué se justifica optar por éstos y (iii) por qué al aplicarlos conducen a la solución propuesta.

(...) En conclusión, reiterando la jurisprudencia constitucional en la materia, en especial las sentencias T-351 de 2011 y T-464 de 2011, esta Sala establece que una autoridad judicial viola el derecho al debido proceso constitucional de una persona cuando la condena por perjuicios morales, en un monto significativo, sin tener pruebas ciertas para ello. Tal decisión constituye un defecto fáctico, y si la condena es de carácter contencioso administrativo, desconoce además, la jurisprudencia que al respecto ha sido establecida por el Consejo de Estado en la materia, que indica al juez a que sus decisiones sobre condenas por perjuicios morales encuentran sustento en su buen juicio, enmarcado dentro de los límites de la racionalidad y la razonabilidad.

(...) Finalmente, la Sala advierte que de acuerdo con la jurisprudencia contencioso administrativa los perjuicios morales son daños que pueden ser reconocidos por el juez administrativo y cuyo pago puede ser ordenado

siempre que el mismo se encuentre debidamente probado. No basta con demostrar algún tipo de dolor o de afectación, es preciso probar que la afectación fue intensa. La discrecionalidad judicial en materia de perjuicios morales no es arbitrariedad o mero pálpito o intuición judicial. El ejercicio de la discrecionalidad debe tener en cuenta (a) “las condiciones particulares de la víctima” y (b) “la gravedad objetiva de la lesión”³⁷.

Así las cosas, teniendo certeza de la gravedad objetiva de la lesión de acuerdo con lo consignado en el informe técnico suscrito por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, y de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que dicha lesión se ocasionó³⁸, esta Subsección considera innecesaria mayor acreditación de la zozobra en la que se vio sumido José Yamil al ser confundido con personal guerrillero durante el desarrollo de un operativo militar destinado a fracasar, y al verse mutilado por la falla de la administración, razón por la cual se reconocerá en su favor, a título de perjuicios morales, lo equivalente a 100 smlmv³⁹.

En este mismo sentido, comprobada la existencia de una relación marital de hecho entre la víctima y su compañera con base en las tres declaraciones rendidas dentro del proceso contencioso, y cuyo contenido es conteste en lo que se refiere a la existencia de vida común entre ellos -sin que hubiere sido tachado de falso por las entidades demandadas-, esta Subsección da por demostrado el perjuicio moral sufrido por ésta con ocasión de las lesiones de las que fue víctima su pareja, *“por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que el sufrimiento de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, además de la importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad”*⁴⁰.

Al respecto, hemos sostenido que *“no es necesario establecer si las lesiones causadas fueron graves o leves, toda vez que esta distinción carece de sentido lógico y equitativo, por cuanto no es plausible de ninguna manera que la aflicción pueda establecerse a partir de una condición especial de las lesiones. En efecto, independientemente de la afectación física del lesionado, en una concepción de familia nuclear como la que impera en la sociedad colombiana, no resulta equitativo*

³⁷ Corte Constitucional; Sentencia T-212 de 2012

³⁸ Constatadas en las pruebas que reposan en el plenario

³⁹ Ver: Consejo de Estado; Sección Tercera; Sección Tercera; Sentencia del 14 de marzo de 2012; Exp. 22575 y Exp. Sentencia del Exp. 19609

⁴⁰ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 28 de enero de 2009; Exp. 18073

que ese padecimiento moral, su prueba y reconocimiento se condicione al resultado material del daño en cuanto a su mensurabilidad. Así las cosas, para lo único que se debe tener en cuenta la gravedad o levedad de las lesiones, es para establecer la graduación del monto del perjuicio que se debe indemnizar⁴¹ (subrayado fuera de texto). En consecuencia se reconocerá en favor de la señora María Amparo Bohórquez, lo equivalente a 50 smlmv por concepto de perjuicios morales.

4.2. Los perjuicios materiales⁴²

Los demandantes solicitaron el reconocimiento de los perjuicios materiales por ellos sufridos, sin que hubieren especificado a qué monto consideraban que ascendían ni a qué título. En este orden de ideas procede la Subsección a liquidar los que encontró probados, así:

⁴¹ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 14 de septiembre de 2011; Exp. 19031

⁴² "Ahora bien, de conformidad con el artículo 1613 del C.C., el daño material comporta el daño emergente y el lucro cesante; doctrinaria y jurisprudencialmente se ha sostenido que tanto el daño emergente como el lucro cesante, pueden a su vez presentar las variantes de consolidado y futuro. Por perjuicio consolidado se entiende aquel que existe, es el perjuicio cierto, que "ya se exteriorizó", es "una realidad ya vivida". En tratándose del daño emergente, consiste en los desembolsos, egresos, o gastos efectuados; si se trata del lucro cesante, consiste en que "se haya concluido la falta del ingreso". Se considera perjuicio no consolidado aquella disminución del patrimonio de la víctima que sobrevendrá, es futuro; ésta categoría se concreta en los desembolsos, egresos o gastos aún no efectuados (daño emergente futuro) y, en los ingresos que dejarán de percibirse (lucro cesante futuro)"; Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 2 de febrero de 2001; Exp. 18983

4.2.1. Daño emergente

En cuanto al daño emergente presente o consolidado, no reposa prueba ninguna de las erogaciones realizadas con ocasión de las lesiones sufridas, razón suficiente para negar cualquier reconocimiento por este concepto.

En lo que respecta al daño emergente futuro, esta Subsección⁴³ por considerar que las lesiones sufridas por José Yamil generaron un perjuicio de carácter cierto⁴⁴, ordenará al Ejército Nacional a proporcionar lo que los médicos tratantes consideren necesario para su rehabilitación física, psicológica y psiquiátrica; esto incluye todas las terapias que requiera con el objetivo de superar las limitaciones físicas y mentales relacionadas con la perturbación de su miembro superior derecho; los medicamentos que al efecto le sean formulados; y los procedimientos médico quirúrgicos requeridos, incluyendo prótesis en caso de que la víctima desee y sea apta para su implantación⁴⁵.

Lo anterior, por cuanto ya se ha dicho que cuando *“se tiene establecido el carácter cierto del daño, consistente en este caso, en las secuelas en la salud de la víctima como consecuencia de la lesión producida por la entidad pública demandada (...), deberán ser atendidas médicamente cuando las condiciones de salud del lesionado así lo demanden, lo cual sin duda le generará erogaciones pecuniarias -perjuicio- que de no ser por el daño sufrido, no tendría la necesidad de sufragar”*⁴⁶.

⁴³ Como ya lo ha hecho en otras ocasiones, ver por ejemplo: Consejo de Estado; Sentencia del 14 de marzo de 2012; Exp. 22575

⁴⁴ Deformidad física de carácter permanente que no originó secuelas funcionales –por cuanto la función de presión de la mano derecha está conservada-, pero que generó incapacidad definitiva de 35 días. Al respecto, se ha dicho que *“El perjuicio indemnizable, entonces, puede ser actual o futuro, pero, de ningún modo, eventual o hipotético. Para que el perjuicio se considere existente, debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas producido por el daño, por la actividad dañina realizada por la autoridad pública”*; Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 4 de diciembre de 2006; Exp. 13168

⁴⁵ Ver, Corte Constitucional; Sentencia T-732 de 2009

⁴⁶ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 30 de agosto de 2007; Exp. 15724

4.2.1.1. Lucro cesante⁴⁷

En cuanto al lucro cesante consolidado se tiene que el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses certificó una incapacidad definitiva de 35 días. Así mismo, reposan testimonios suficientes que dan cuenta de la actividad económica a la que se dedicaba José Yamil –recogedor de chance-, sin que exista certeza de lo que dicha actividad le reportaba, razón por la cual se liquidarán los perjuicios con base en el salario mínimo actual por cuanto una persona laboralmente activa no puede devengar un salario menor al mínimo vigente, salario que hoy asciende a \$589,500.

A dicho valor, de acuerdo con la posición reiterada de la Sala⁴⁸, se debe aumentar un 25% por concepto de prestaciones sociales, y el total, que asciende a \$736,875, será la cifra que se utilice para indicar el salario base para la liquidación ya que no se disminuirá monto alguno por cuanto la incapacidad durante esos 35 días (1 mes y 5 días)⁴⁹ fue considerada definitiva por la autoridad competente.

Entonces, para la liquidación del período consolidado y establecer así lo que José Yamil dejó de percibir durante su incapacidad, se aplicará la fórmula matemático – actuarial utilizada por la jurisprudencia para la liquidación de dicho perjuicio, donde “i” es una constante y “n” corresponde al número de meses transcurridos que duró la incapacidad⁵⁰:

$$S = \frac{\$736,875 (1 + 0,004867)^{1.17} - 1}{0,004867}$$

$$S = \$862,500 \text{ cifra que se reconocerá en favor de la víctima.}$$

⁴⁷ “El daño emergente supone, por tanto, una pérdida sufrida, con la consiguiente necesidad para el afectado de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se ha perdido. El daño emergente conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima. Cosa distinta es que el daño emergente pueda ser tanto presente como futuro, dependiendo del momento en que se haga su valoración. De este modo, el reconocimiento y pago que la parte actora solicita de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento en que se produce la suspensión del demandante en el ejercicio de sus funciones, no puede catalogarse como una modalidad del daño emergente, sino de lucro cesante. Este último corresponde, entonces, a la ganancia frustrada, a todo bien económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado ya o lo haría en el futuro, al patrimonio de la víctima”; Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 4 de diciembre de 2006; Exp. 13168.

⁴⁸ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia de 4 de octubre de 2007; Exp. No. 16.058 (acumulado 21112); y sentencia de 11 de noviembre de 2009; Exp. 18849

⁴⁹ Lo que equivale a 1.17 meses

⁵⁰ $S = Ra (1 + i)^n - 1/i$

En cuanto al lucro cesante futuro, dado que no existe prueba técnica de la pérdida o disminución de capacidad laboral futura, esta Subsección no reconocerá ningún valor por este concepto.

Finalmente, no se reconocerán perjuicios materiales en favor de la compañera permanente de la víctima por no encontrarse probada la dependencia económica de ésta con respecto a aquélla.

4.3. El daño a la salud

Ahora bien, del texto de la demanda se tiene que los actores solicitaron el reconocimiento de los perjuicios fisiológicos en favor de la víctima, por la deformidad física de carácter permanente debidamente acreditada, por lo que procede esta Subsección a reconocerlos, con base en la posición mayoritaria de la Sala, que describe el daño a la salud *“como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo (...) En consecuencia, el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y aflictiva del ser humano; el daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona”*⁵¹.

En consecuencia, se ordenará el reconocimiento por concepto de daño a la salud, de 50 smlmv, de conformidad con el precedente jurisprudencial⁵².

5. La condena en costas

Teniendo en cuenta la actitud asumida por las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55 de la ley 446 de 1998 que modifica el artículo 171 del C.C.A., y

⁵¹ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 14 de septiembre de 2011; Exp. 19031

⁵² Ver sentencias del 17 de agosto de 2007, Exp. 30114; 4 de diciembre de 2007, Exp. 17918; 19 de octubre de 2007, Exp. 30871; 1º de octubre de 2008, Exp. 27268; 4 de mayo de 2011, Exp. 17396; 14 de marzo de 2012, Exp. 22575; 29 de agosto de 2012, Exp. 24011; y Exp. 19609

dado que no se evidencia temeridad ni mala fe de las partes, la Subsección se abstendrá de condenar en costas.

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

FALLA

REVOCAR la sentencia apelada, esto es, la proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 5 de febrero de 2003, y en su lugar disponer:

PRIMERO Declarar administrativamente responsable a la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, por las lesiones personales de las que fuera objeto el joven José Yamil Ordóñez en hechos ocurridos el 24 de enero de 1998, en la carretera que de Utica conduce a Villeta, en el departamento de Cundinamarca.

SEGUNDO Condenar a la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, a pagar por concepto de perjuicios morales en favor del lesionado, José Yamil Ordóñez, la suma equivalente a 100 smlmv.

TERCERO Condenar a la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, a pagar por concepto de perjuicios morales en favor de la compañera permanente del lesionado, María Amparo Bohórquez Bustos, la suma equivalente a 50 smlmv.

CUARTO Condenar a la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, a pagar por concepto de daño a la salud en favor del lesionado, José Yamil Ordoñez, la suma equivalente a 50 smlmv.

QUINTO Condenar a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, al pago de todo lo que los médicos tratantes consideren necesario para la rehabilitación física, psicológica y psiquiátrica de José Yamil Ordoñez, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia, por concepto de daño emergente futuro.

SEXTO Condenar a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, al pago de ochocientos sesenta y dos mil quinientos pesos (\$862,500), por concepto de lucro cesante consolidado, en favor de José Yamil Ordoñez.

SÉPTIMO Negar las demás súplicas de la demanda.

OCTAVO Dar 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 C.P.C.

NOVENO En firme esta providencia envíese el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo, previas las anotaciones de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala

ENRIQUE GIL BOTERO

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ