

POSICION DE GARANTE - Alcances / POSICION DE GARANTE DE LAS FUERZAS ARMADAS Y SUJECION ESPECIAL DE LOS CONSCRIPTOS - Superioridad y mando sobre la conducta de los subordinados respecto de los que ejercen un control efectivo

La teoría de la posición de garante ha sido recibida en el derecho administrativo a partir de desarrollos y elaboraciones de la doctrina penal. En este sentido, en el ámbito del derecho penal un sujeto puede ser responsable si, ostentando una posición de garante, no lleva a cabo las conductas que su posición le impone y esto causa la configuración de un delito. La teoría de la imputación objetiva sostiene que el principio que rige las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad... En la medida en que un sujeto está vinculado a una institución, tiene ciertos deberes con respecto a la sociedad en general... Las Fuerzas Armadas tienen una posición de garante, entre otras razones, debido a las relaciones de subordinación en la institución. De esto se desprende que, en una relación jerárquica de mando, los superiores se pueden encontrar en una posición de garantía con respecto a la conducta de sus subordinados... De esta forma, los sujetos que tienen una posición de autoridad o mando, son garantes de la conducta de los subordinados sobre los que ejercen un control efectivo: la conducta relevante (en el ámbito penal o en el de la responsabilidad por daño) es la no realización de un deber positivo. Lo que se castiga es el hecho de no haber realizado una conducta a la que se estaba obligado por la posición social y/o jurídica que se ostentaba. Hay varias formas de tener una posición de garante, como lo establece el artículo 25 del Código Penal, una de ellas, es tener fácticamente una posición de superioridad y mando en una estructura jerarquizada... Conforme a lo expuesto, el Estado tiene un deber de garante respecto a los soldados incorporados por servicio militar obligatorio pues, dada esta incorporación forzosa a las filas, estos no aceptan voluntariamente los riesgos que la actividad militar conlleva, mientras que los militares de profesión (incluidos los soldados profesionales) son conscientes de las implicaciones y riesgos que tiene la vida militar.

FUENTE FORMAL: CODIGO PENAL - ARTICULO 25

NOTA DE RELATORIA: Respecto a la posición de garante de los sujetos que ostentan autoridad o mando, ver: Corte Constitucional, sentencia SU-1184 del 13 de noviembre de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. En relación a las obligaciones de especial sujeción que el Estado asume frente a los soldados regulares, consultar: Consejo de Estado, sentencia del 10 de julio de 2013, exp. 73001-23-31-000-2000-00793-01 (27764), M.P. Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del 14 de septiembre de 2011, exp. 05001232500019940002001, M.P. Enrique Gil Botero. Frente a un caso de reparación directa en relación con un conscripto que incurrió en suicidio, consultar: Consejo de Estado, sentencia del 30 de noviembre de 2000, exp. 13329, M.P. Ricardo Hoyos Duque

ACCION DE TUELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Concede el amparo al derecho al acceso efectivo a la administración de justicia / DAÑOS CAUSADOS A SOLDADOS QUE PRESTAN SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO - Personas que se encuentran bajo un régimen de sujeción especial / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Se configura error de valoración probatoria

El cargo que formulan los accionantes a las providencias cuestionadas, consiste en el desconocimiento de precedentes judiciales sobre la posición de garante y sus implicaciones al juzgar los daños causados a los soldados que prestan

servicio militar obligatorio, esto es, personas que se encuentran bajo un régimen de sujeción especial que les ha sido impuesto... la Sala concederá el amparo solicitado pues es claro que el Tribunal Administrativo del Cauca desconoció ostensiblemente los principios de proporcionalidad y de razonabilidad que deben guiar las providencias judiciales pues no dio ningún efecto a su propia decisión de corregir el (censurable) error de valoración probatoria en que había incurrido el juez de primera instancia quien con argumentos deleznable declaro probado que el soldado fallecido realizó dicha actividad, bajo el consumo de una sustancia psicoactiva.

PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD - Las providencias cuestionadas incurren en error en la valoración probatoria / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Se configura error de valoración probatoria

Si el Tribunal considera, con razón, que el a quo se equivoca en la valoración probatoria que lo llevó a concluir que al momento en que sucedieron los hechos el soldado se encontraba bajo los efectos de esa sustancia psicoactiva y advierte, también con razón, que en el informe citado por el a quo no se especifica de manera alguna, el tiempo dentro del cual el actor habría consumido dicha sustancia, ni tampoco la influencia o afectación motora o sensorial que la misma habría tenido en el desempeño del hoy interfecto (sic), resulta incomprensible que corregir ese error no tuviera ningún efecto para revocar o modificar la sentencia de primera instancia: (i) o bien como lo plantean los accionantes en tutela, para aplicar en su integridad el título de imputación con base en la posición de garante; (ii) o bien para disminuir el nivel de culpa atribuible al soldado fallecido... En fin, el Tribunal Administrativo del Cauca en segunda instancia (correctamente) desestima la valoración probatoria del Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión de Popayán (que le había permitido concluir, sin el menor rigor probatorio y de una forma irresponsable que merece la censura de esta Sala que para el momento del insuceso, el soldado... se encontraba en un estado de alteración por el consumo de marihuana la cual es calificada como una sustancia psicoactiva), pero no le da ningún efecto a su propia decisión pues mantiene, sin atender principios de razonabilidad y proporcionalidad, la sentencia de primera instancia que, por ese nivel de culpa que atribuye al conscripto en los hechos que condujeron a su fallecimiento, redujo en un 70% los montos indemnizatorios. Por ello, sin lugar a consideraciones adicionales se concederá el amparo solicitado; se dejará sin efectos la sentencia proferida el 11 de junio de 2015 por el Tribunal Administrativo del Cauca que confirmó la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2012 por el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión de Popayán; y se ordenará al Tribunal Administrativo del Cauca proferir una nueva sentencia de segunda instancia tomando en cuenta las consideraciones contenidas en esta sentencia.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 86 / DECRETO 2591 DE 1991 - ARTICULO 1

NOTA DE RELATORIA: En cuanto a la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales que resulten violatorias de derechos fundamentales, consultar: Consejo de Estado, sentencia del 31 de julio de 2012, exp. 2009-01328-01(IJ), M.P. María Elizabeth García González. Respecto a los requisitos o causales especiales con base en los cuales está llamada a prosperar la demanda de tutela, en cuanto a los defectos que pueden atribuirse a las providencias judiciales, ver: Corte Constitucional, sentencia C- 590 del 8 de junio de 2005, M.P. Jaime Córdova Triviño.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA – SUBSECCION A

Consejero Ponente: GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ

Bogotá D.C., doce (12) de enero dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03019-00(AC)

Actor: DIEGO FERNANDO ARAGON SALAZAR Y OTROS

Demandado. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA, JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTION DE POPAYAN

Decide la Sala la acción de tutela interpuesta en el radicado de la referencia, en contra del Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca y el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión de Popayán.

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de tutela, Diego Fernando Aragón Salazar, Yulieth Mazuera Giraldo, Teresa Salazar de Aragón, Juan Camilo Arango Alvarado, Sandra Lorena Aragón Alvarado, Luz Mary Giraldo Mora, Paula Andrea González Mazuera y Alexandra Valencia Aragón presentaron demanda en contra del Tribunal Administrativo del Cauca y el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión de Popayán, por considerar vulnerado su derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.

1. Hechos

En la demanda de tutela se exponen los siguientes hechos:

- 1.1 El joven Diego Alberto Aragón Mazuera se incorporó a prestar el servicio militar obligatorio en el Batallón de Infantería de Marina #25 General “Roberto Domingo Rico Díaz”, establecido en el municipio de Villagarzón, Putumayo;

- 1.2 El domingo 6 de abril de 2008 el conscripto Diego Alberto Aragón Mazuera alrededor de las 8 am, recibió la orden de trasladarse al sector conocido como “Puerto Bello” (Cauca) junto con sus compañeros, para realizar tareas militares de erradicación de cultivos ilícitos;
- 1.3 Para llegar al lugar indicado los soldados debían atravesar el río Fragua, lo cual hicieron en Canoa, aunque pasaron caminando los brazos (de menos profundidad) del río;
- 1.4 La misión militar se cumplió hasta el mediodía y al regreso algunos de los soldados pidieron autorización al comandante para atravesar el río nadando;
- 1.5 Al intentar atravesar el río Fragua, de regreso de la misión militar que acababa de cumplir, el soldado Diego Alberto Aragón Mazuera pereció ahogado. A este respecto, en el escrito contentivo de la demanda de tutela se señala:

“el pelotón llegó al río Fragua y se dio a la tarea de atravesarlo sin contar los uniformados con el chaleco salvavidas, elemento de uso obligatorio cuando se trate de navegación fluvial (...)

“(...) Casi en la mitad del río, varios de los soldados empezaron a dar muestras de cansancio e impotencia para continuar la peligrosa travesía; en éstas circunstancias el conscripto Diego Alberto Aragón Mazuera desfalleció y por su mismo estado de debilidad y por no contar con su chaleco salvavidas, las aguas lo sumergieron, y a pesar que sus compañeros lograron sacarlo metros abajo y llevarlo al municipio de Piamonte – Cauca para los primeros auxilios, murió como consecuencia de la gran cantidad de agua que le entró en sus pulmones”.

- 1.6 Los accionantes presentaron una demanda de reparación directa contra el Ministerio de Defensa Nacional de la cual conoció en primera instancia el JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTIÓN DE POPAYÁN, quien con fecha 28 de septiembre de 2012, profirió sentencia que declara a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, administrativamente responsable por la muerte del joven DIEGO ALBERTO ARAGÓN MAZUERA, en hechos ocurridos el día 6 de Abril de 2008, en el municipio de Piamonte, Cauca”; declara que “la conducta de la víctima concurrió con la conducta de la administración en la

causación del hecho dañoso, en consecuencia, los montos indemnizatorios se reducirán en un 70%”;

1.7 El Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca decidió el recurso de apelación presentado por las partes mediante sentencia del 11 de junio de 2015 que confirma la providencia recurrida.

2. Pretensiones

Las pretensiones formuladas en la solicitud de amparo son las siguientes:

“PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia, vulnerado por las accionadas;

“SEGUNDO: Como consecuencia del anterior reconocimiento, se ordene dejar sin efectos las sentencias de primera y segunda instancia.

“TERCERO: Y en consecuencia, se ordene reconocer y pagar un monto indemnizatorio para mis representados del 100% por los daños morales que se les ocasionó con la muerte del soldado regular DIEGO FERNANDO ARAGÓN”

3. Fundamentos de la acción

El apoderado de los accionantes considera que las providencias judiciales proferidas por el Tribunal Administrativo del Cauca y el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión de Popayán vulneran el derecho fundamental invocado pues:

(i) No tuvieron en cuenta numerosos precedentes de la Sección Tercera del Consejo de Estado, contenidos en las siguientes providencias: a) sentencia del veintiséis (26) de junio de dos mil catorce (2014), C.P. Ramiro De Jesús Pazos Guerrero, radicación número: 05001-23-31-000-1998-03751-01(26161); b) sentencia del catorce (14) de septiembre de dos mil once (2011), C.P. Enrique Gil Botero, radicación número: 05001232500019940002001; c) sentencias del 30 de julio de 2008, exp. 18.725, C.P. Ruth Stella Correa Palacio y del 15 de octubre de 2008, exp. 18586 C.P. Enrique Gil Botero; d) sentencia del 30 de noviembre de 2000, Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque. Radicación número: 13329.

(ii) Incurrieron en error al sostener que la víctima concurrió con la conducta de la administración en la causa del hecho dañoso, motivo por el cual los montos indemnizatorios fueron reducidos en un 70%, toda vez que el conscripto estaba sometido a la custodia y cuidado de su superior, quien no debió autorizar que éste atravesara el río sin chaleco salvavidas y concluye que, conforme a los hechos narrados, claramente se evidencia una vía de hecho debido a que las demandadas, en sus decisiones incurrieron en una causal de procedibilidad de la presente tutela como lo es el desconocimiento del precedente jurisprudencial:

“[p]or cuanto se desconocieron las sentencias anteriormente referenciadas por parte de las accionadas a la hora de proferir fallos, por tratarse de un caso de obligaciones de especial sujeción por la posición de garante que el Ejército Nacional asume frente a los conscriptos, como lo es el deber legal y Constitucional de protegerlos, como también la asunción de riesgos que se creen como consecuencia de las actividades que a ellos se les mande.

En ese orden de ideas, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado el Estado asume la posición de garante institucional del que se derivan los deberes jurídicos bajo la protección de los derechos humanos de quien se encuentran bajo su cuidado, situación que aquí efectivamente no sucedió ya que el Sargento de manera deliberada e irresponsable autorizó a la víctima de que pasara nadando el río sin este contar con los medios necesarios para proteger su vida en caso de presentarse una emergencia, fallando claramente en la previsión del hecho dañoso, pues sólo él (sargento) tenía la potestad de no autorizar dicha acción, diferente sería si el soldado profesional hubiese actuado en contra de las órdenes de su superior, pues aquí sería procedente hablar de una concurrencia de culpas”

Y concluye:

“Las sentencias de primera y segunda instancia preferidas por las demandas, vulneran gravemente los derechos de mi representado pues como se narró en los hechos, no sólo tuvieron que soportar la muerte de un ser querido sino que también los Jueces a través de sus proveídos les digan que su hijo fue también responsable de su propia muerte, cuando éste estaba era prestando al Estado el servicio militar obligatorio, es decir, él no estaba allí porque quería, sino por un deber Constitucional.

Como se enunció en los hechos, el conscripto estaba bajo la custodia del Estado en cabeza del Ejército Nacional razón suficiente para determinar que él no era libre a la hora de tomar decisiones, como claramente se observa en las declaraciones recepcionadas dentro del proceso, porque fue la víctima quien solicitó permiso al Sargento para pasar el río nadando y de esta manera, sólo dependía de la decisión de su superior pasar o no el río.”

4. Trámite procesal

Por auto de 6 de noviembre de 2015, se admitió la solicitud de tutela y se ordenó notificar al Juez 7º Administrativo de Descongestión de Popayán, a los magistrados integrantes del Tribunal Administrativo del Cauca, como accionados, así como a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional como terceros interesados.

5. Intervenciones

5.1.- El Ministerio de Defensa Nacional (Fl. 31-35) sostuvo que en este caso no hay una vulneración de derechos fundamentales porque la víctima concurrió en la conducta que generó el daño.

Los demás actores no se manifestaron sobre esta acción de tutela.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el numeral segundo del artículo primero del Decreto 1382 de 2000¹, esta Sala es competente para conocer de la presente acción constitucional contra el Consejo Superior de la Judicatura.

2. Procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales

¹ Por medio del cual se establecen competencias para el reparto de la acción de tutela.

La Constitución Política prevé la acción de tutela (art.86) como mecanismo para la protección inmediata, oportuna y adecuada de los derechos fundamentales ante situaciones de amenaza o vulneración por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

En este sentido, el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del mencionado artículo 86 C.P., dispone:

"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto".

La acción es subsidiaria a otros medios judiciales que permitan proteger los derechos fundamentales del tutelante, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

La Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de julio 31 de 2012², unificó su jurisprudencia respecto de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales que resulten violatorias de derechos fundamentales "observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente".

En el mismo sentido, en la sentencia de agosto 5 de 2014 en la cual la Sala Plena del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia acerca de la posibilidad de interponer la acción de tutela contra las sentencias del Consejo de Estado y, con fundamento en la jurisprudencia constitucional, se precisan condiciones o requisitos para que proceda el estudio y para que prospere la demanda de tutela³, incluyendo entre los primeros el deber del actor de precisar los hechos y las

² CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena. Sentencia de julio 31 de 2012. Radicado: 2009-01328-01(IJ). M.P. María Elizabeth García González.

³ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena. Sentencia de agosto 5 de 2014. Radicado: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

razones en que se fundamenta la acción; cumplimiento del requisito de subsidiariedad (no contar o haber agotado todos los mecanismos judiciales ordinarios y extraordinarios a su alcance); cumplimiento del requisito de inmediatez y acreditar que se trata de un asunto de evidente relevancia constitucional.

Sobre los requisitos o causales especiales, con base en los cuales está llamada a prosperar la demanda de tutela, se cita la sentencia C-590 de 2005 de la Corte Constitucional que categoriza los defectos que pueden atribuirse a la providencias judiciales así: *i)* defecto orgánico, *ii)* defecto procedimental, *iii)* defecto fáctico, *iv)* defecto material o sustantivo, *v)* defecto por error inducido, *vi)* defecto por falta de motivación, *vii)* defecto por desconocimiento del precedente y *viii)* defecto por violación directa de la Constitución⁴.

La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales es excepcional, de allí que la interpretación de los requisitos generales y de los defectos específicos en la providencia, deba ser restrictiva, a la luz de los argumentos planteados por los intervinientes en el proceso de amparo.

3. Problema Jurídico

El problema jurídico en esta instancia se puede resumir en las siguientes preguntas:

- ¿La presente demanda de tutela cumple los requisitos generales de procedibilidad?
- ¿Se ha configurado alguna de las causales específicas de procedencia de la tutela contra providencia judicial y, en concreto, el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca al proferir las sentencias de primera instancia y de segunda instancia vulneraron el derecho de acceso efectivo a la justicia de los accionantes por desconocer precedente judicial?⁵

⁴ Estos defectos, para la Corte Constitucional, “tocan con la procedencia misma del amparo”, en los términos del fundamento jurídico 23 de la sentencia C-590 de 2005.

⁵ • contenido en los fallos del 26 de junio de dos mil catorce (2014), C.P. Ramiro De Jesús Pazos Guerrero, radicación número: 05001-23-31-000-1998-03751-01(26161); (14) de septiembre

Si se encuentran cumplidos los requisitos generales de procedibilidad, antes de examinar el caso concreto se hará una referencia a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación en cuanto a la Posición de Garante, la sujeción especial de los conscriptos y la Posición de Garante de las Fuerzas armadas en relación con los conscriptos.

4. Cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad

Se encuentran satisfechos los requisitos generales de procedibilidad, pues se trata de un asunto de relevancia constitucional y, por otra parte:

- El escrito contentivo de la demanda de tutela precisa adecuadamente los hechos y las razones en que se fundamenta;
- Es claro que los accionantes han agotado todos los mecanismos ordinarios de defensa; y,
- Se cumple con el requisito de inmediatez ya que la providencia de segunda instancia fue proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca el 11 de junio de 2015 y la demanda de tutela fue radicada el 28 de octubre de 2015.

5. Alcances de la Posición de Garante

La teoría de la “posición de garante” ha sido recibida en el derecho administrativo a partir de desarrollos y elaboraciones de la doctrina penal.

La Corte Suprema de Justicia ha definido la posición de garante como:

“[l]a situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable”⁶.

de dos mil once (2011), C.P. Enrique Gil Botero, radicación número: 05001232500019940002001; 30 de julio de 2008, exp. 18.725, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; 15 de octubre de 2008, exp. 18586 C.P. Enrique Gil Botero y del treinta (30) de noviembre de dos mil (2000) del Consejo de Estado?

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 27 de julio de 2006. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

En este sentido, en el ámbito del derecho penal un sujeto puede ser responsable si, ostentando una posición de garante, no lleva a cabo las conductas que su posición le impone y esto causa la configuración de un delito.

La teoría de la imputación objetiva sostiene que el principio que rige las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad. Para Jakobs, la integración social implica la creación de diferentes riesgos. En este sentido, identifica algunos criterios que fundamentan las posiciones de garantía⁷.

En primer lugar están los deberes de seguridad. Estos deberes se fundamentan en que la sociedad permite que los individuos creen riesgos, pero que tomen las medidas necesarias para que esos riesgos creados no se conviertan en un resultado antijurídico. En segundo lugar están los deberes de salvamento. En estos, es una acción peligrosa anterior crea la obligación de revocar el riesgo. En tercer lugar están los deberes y obligaciones institucionales. En la medida en que un sujeto está vinculado a una institución, tiene ciertos deberes con respecto a la sociedad en general.

En esa línea de pensamiento, Reyes Alvarado ha elaborado un cuestionario para determinar las obligaciones de cada persona: (i) ¿Qué debe saber cada sujeto? que depende exclusivamente del papel social que desempeñe cada individuo, puesto que a una persona sólo le son exigibles los conocimientos en su ámbito de competencia; (ii) ¿Qué sabe efectivamente cada persona? lo cual hace referencia a los conocimientos indispensables requeridos para el desarrollo de los roles sociales que se ostenten; y (iii) ¿Qué debe hacer cada sujeto con base a lo que ya sabe? que la respuesta a este interrogante depende de las expectativas sobre el comportamiento del sujeto en atención al ámbito de su competencia⁸. En último término, la posición de garante está enlazada con el rol social que cada sujeto posea, tiene, debido a que “la posición de garantía de un sujeto ha de obtenerse por medio de una generalización de las facultades de las que disponen las personas de las que se espera que participen en la actividad social en cuestión”⁹. Ahora bien, la pregunta que emerge en el caso concreto es si un miembro de las Fuerzas Armadas ostenta una posición de garante en virtud de su rol social y de la vinculación a una institución estatal.

⁷ JAKOBS, Günther. La imputación objetiva en el derecho penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 53 y ss.

⁸ REYES, Yesid. Imputación Objetiva. Bogotá, Temis, 1996, p. 128 y ss.

⁹ Op. Cit. JAKOBS, p. 61.

6. Posición de Garante de las Fuerzas armadas y sujeción especial de los conscriptos

Las Fuerzas Armadas tienen una posición de garante, entre otras razones, debido a las relaciones de subordinación en la institución.

De esto se desprende que, en una relación jerárquica de mando, los superiores se pueden encontrar en una posición de garantía con respecto a la conducta de sus subordinados. Sobre este punto específico, la Corte Constitucional ha mencionado que:

“[e]n las relaciones de jerarquía, el superior con autoridad o mando, tiene el deber de tomar medidas especiales para evitar que personas que se encuentran bajo su efectivo control, realicen conductas que vulneren derechos fundamentales. Vg. Si el superior no evita, pudiendo hacerlo, que un soldado que se encuentra bajo su inmediata dependencia cometa una tortura, o una ejecución extrajudicial, o en general un delito de lesa humanidad, por ser garante se le imputa el resultado lesivo del inferior y no el simple incumplimiento a un deber funcional”¹⁰.

De esta forma, los sujetos que tienen una posición de autoridad o mando, son garantes de la conducta de los subordinados sobre los que ejercen un control efectivo: la conducta relevante (en el ámbito penal o en el de la responsabilidad por daño) es la no realización de un deber positivo. Lo que se castiga es el hecho de no haber realizado una conducta a la que se estaba obligado por la posición social y/o jurídica que se ostentaba.

Hay varias formas de tener una posición de garante, como lo establece el artículo 25 del Código Penal, una de ellas, es tener fácticamente una posición de superioridad y mando en una estructura jerarquizada. Siguiendo lo establecido en la sentencia SU-1184 de 2001 de la Corte Constitucional, se tiene que una persona puede ser encontrada como garante de un determinado bien jurídico en razón de su situación de mando. De esto se infiere que la responsabilidad de los superiores se enmarca como una de las formas en las que un sujeto puede tener una posición de garante con respecto a la conducta de sus subordinados.

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-1184 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Ahora bien, respecto a la situación de los conscriptos, la Subsección B de esta Sección, en sentencia con radicado número 05001-23-31-000-1998-03751-01 del 26 de junio de 2014, citando a la sentencia del 10 de julio de 2013¹¹, estableció:

“con ocasión de las obligaciones de especial sujeción –posición de garante– que el Estado asume frente a los soldados regulares, derivadas de la imposición, esto es de disponer de la libertad de algunas personas con el fin de que presten el servicio militar, la Administración asume, de manera correlativa, el deber de protegerlos y la asunción de los riesgos que se creen como consecuencia de la realización de las tareas que a ellos se les asigne”.

7. Precedente jurisprudencial del Consejo de Estado sobre la posición de garante y el régimen de sujeción especial de los soldados que prestan servicio militar obligatorio

Conforme a lo expuesto, el Estado tiene un deber de garante respecto a los soldados incorporados por servicio militar obligatorio pues, dada esta incorporación forzosa a las filas, estos no aceptan voluntariamente los riesgos que la actividad militar conlleva, mientras que los militares de profesión (incluidos los soldados profesionales) son conscientes de las implicaciones y riesgos que tiene la vida militar.

En este sentido, esta Corporación, en sentencia de 30 de noviembre de 2000¹², en un caso de reparación directa en relación con un conscripto que incurrió en suicidio, señaló:

*“En relación con las personas que se encuentran en situación de sujeción especial como los reclusos y los conscriptos el deber de protección del Estado también es mayor y se extiende a brindarles a éstos la ayuda médica que requieran cuando las circunstancias que viven, por su carácter forzoso, desencadena en ellos perturbaciones síquicas. **Es cierto que frente a los reclusos y conscriptos, el Estado tiene una obligación de resultado, lo cual significa que si no devuelve al ciudadano en las mismas condiciones en que se encontraba antes de su reclutamiento o retención, debe responder patrimonialmente por los perjuicios que***

¹¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de julio de 2013. Radicado: 27764. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

¹² Consejo de Estado. Noviembre 30 de 2000. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque. Radicación número: 13329

éste haya sufrido durante el tiempo en el cual fue sometido a la prestación del servicio militar o a la detención, aunque haya puesto en funcionamiento todos los recursos de que dispone para proteger al retenido y evitarle la causación de cualquier daño, salvo que haya intervenido una causa extraña, pues frente al retenido la obligación del Estado no es un simple comportamiento sino la obtención efectiva de un resultado determinado. Las obligaciones del Estado frente a las personas sometidas a una situación especial de sujeción son de dos clases: -de hacer, esto es, de prever y controlar los peligros que pueda sufrir una persona retenida desde el momento mismo en que se recluta o se produce la privación material de la libertad, hasta el momento en que ella es devuelta a la sociedad y -de no hacer, referida a la abstención de cualquier conducta que pueda vulnerar o poner en peligro los derechos que no estén limitados por su situación especial. En síntesis, el reclutamiento y la retención como ejercicio legítimo del poder del Estado que afecta algunos derechos de las personas, en sí misma no son actividades que generen responsabilidad patrimonial derivada de los perjuicios consustanciales a esas situaciones, dado que estas son cargas que los ciudadanos deben soportar. Pero así como el ciudadano debe asumir la carga derivada de la restricción de sus derechos, en la medida en que el reclutamiento o la retención son actividades que redundan en beneficio de la comunidad, el Estado se obliga a garantizarles una eficaz protección y seguridad para lo cual éste goza de posibilidades reales, pues posee también el monopolio de la fuerza y los poderes de coerción que le permiten afrontar tales riesgos. La obligación de abstenerse de causar cualquier limitación a los derechos de las personas que no estén implicados dentro de la medida cautelar de retención, así como las de prever y controlar cualquier acto que redunde en perjuicio de los conscriptos y retenidos son de resultado, pues la probabilidad de lograr la eficacia en el cumplimiento de la obligación es alta. Frente a las obligaciones de resultado el deudor responde de manera objetiva y por tanto, sólo se exonera si acredita una causa extraña, esto es, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero.” (subrayas fuera de texto)

En el mismo sentido esta Corporación, en sentencias de 10 de julio de 2013¹³, citada en sentencia de 26 de junio de 2014, hace énfasis en que:

“con ocasión de las obligaciones de especial sujeción –posición de garante– que el Estado asume frente a los soldados regulares, derivadas de la imposición, esto es de disponer de la libertad de algunas personas con el fin de que presten el servicio militar, la Administración asume, de manera correlativa, el deber de protegerlos y la asunción de los riesgos que se creen como consecuencia de la realización de las tareas que a ellos se les asigne.”

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de julio de 2013, rad. 27764, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Y, en sentencia de 14 de septiembre de 2011¹⁴:

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

8. Caso concreto. Lo que se debatió sobre los hechos y circunstancias del caso. Debate probatorio cerrado. No se plantea un defecto fáctico.

En la sentencia de primera instancia, el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión de Popayán en un acápite con el título “La co-causación del daño” concluye que “en la causación del daño tiene una inferencia relevante” (sic) la conducta “asumida por la víctima” pues:

- (i) “fueron los mismos soldados –incluida la víctima–, quienes solicitaron al Sargento Torres, les permitiera pasar el río nadando” y,
- (ii) “para el momento del insuceso, el soldado ARAGÓN MAZUERA se encontraba en un estado de alteración por el consumo de marihuana la cual es c
- (iii) alificada como una sustancia psicoactiva”.

Sobre el consumo de marihuana y sus efectos agrega:

“De acuerdo con la literatura científica el consumo de marihuana genera como uno de sus efectos la alteración del correcto funcionamiento del cerebro. Tal alteración puede ser temporal o agravarse, dependiendo de la concentración de la sustancia. De igual forma el consumo de esta droga puede provocar estados generales de confusión y desorientación y síndrome amotivacional, taquicardia y sequedad en la boca, entre otros.

Y para determinar “la duración de los efectos de la marihuana en el cerebro”, el juez de primera instancia en el proceso de reparación directa se apoya en el

¹⁴ Consejo de Estado, septiembre 14 de 2011. C.P. Enrique Gil Botero, radicación número: 05001232500019940002001, actor: Antonio José Vigota Giraldo y otros

contenido de una página de internet (www.ideasrapidas.org¹⁵) de la cual extrae el siguiente texto:

“10. ¿Duran mucho los efectos de la marihuana en el cerebro? (Hacen esta pregunta desde México). Los efectos varían de unas personas a otras. Respecto a los daños cerebrales se puede decir:

- *La marihuana afecta al cerebro a los pocos minutos de su uso. Esto es muy evidente.*
- *La marihuana (el THC) se elimina con dificultad y tarda aproximadamente un mes en suprimirse. Los efectos cerebrales disminuyen conforme se va eliminando.*
- *El cerebro es capaz de amoldarse y usar otras conexiones neuronales cuando algunas neuronas quedan dañadas. Por esto, unos estudios muestran la ausencia de efectos pasado un mes, mientras que otros estudios hablan por ejemplo de enfermedades psicóticas más frecuentes en usuarios de marihuana.”*

En fin, el juez de primera instancia en sede de lo contencioso administrativo (medio de control de reparación directa) concluye que:

“conforme a lo expuesto es innegable que la conducta de la víctima participó de manera determinante –pero no exclusiva-, en la causación del daño, toda vez que en primer lugar decidió voluntariamente lanzarse al río en uso de permiso dado por el Sargento Torres y, en segundo lugar y no menos importante, realizó dicha actividad, bajo el consumo de una sustancia psicoactiva. Como se documentó, esta sustancia produce la alteración de las funciones cerebrales, además de la confusión y desorientación, lo cual redujo las probabilidades de una reacción adecuada de la víctima frente a la situación que estaba viviendo”.

El Tribunal Administrativo del Cauca, en la sentencia de segunda instancia, se refiere también al informe pericial del Instituto de Medicina Legal conforme el cual al momento de realizarle la necropsia médico legal “al cuerpo del hoy interfecto” (sic) se efectuó el hallazgo “POSITIVO” de rastros sustancias psicoactivas específicamente de “MARIHUANA”.

Sin embargo, precisa que en ese informe “no se especifica de manera alguna, el tiempo dentro del cual el actor habría consumido dicha sustancia, ni tampoco la influencia o afectación motora o sensorial que la misma habría tenido en el desempeño del hoy interfecto”. Por ello concluye:

¹⁵ Respecto a la fuente consultada, para esta Sala es ineludible llamar la atención a la juez María Alejandra Paz Restrepo, del Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión del circuito de Popayán. No sólo es irrespetuoso con los accionantes, sino irresponsable con la administración de justicia, que la juez tome una decisión judicial a partir del contenido de páginas de internet que no representan de ninguna manera una evidencia científica.

“En este punto, es importante aclarar que no comparte la Sala la afirmación expuesta en la sentencia de instancia, según la cual el hecho de que resultara positivo el análisis de orina del cuerpo del fallecido soldado regular implicara que al momento de su muerte se encontrara limitado sensorial o físicamente por el consumo de marihuana”.

A ese respecto, hace referencia a la “literatura médica” para precisar que los exámenes de orina, específicamente del orden toxicológico, pueden evidenciar el compuesto activo de la marihuana “incluso de 6 a 11 semanas posterior a su consumo, sin que en el expediente obre elemento adicional que refiera el consumo reciente de dicho alucinógeno” y “los testigos tampoco lo señalan”.

En fin, el Tribunal Administrativo del Cauca en segunda instancia desestima la valoración probatoria del Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión de Popayán que le había permitido concluir, sin el menor rigor probatorio y de una forma irresponsable que merece la censura de esta Sala:

“que para el momento del insuceso, el soldado ARAGÓN MAZUERA se encontraba en un estado de alteración por el consumo de marihuana la cual es calificada como una sustancia psicoactiva”.

En síntesis la (supuesta) conducta concurrente del soldado Diego Fernando Aragón en los hechos que dieron lugar a su muerte, está limitada a que supuestamente él y sus compañeros pidieron autorización al comandante para, de regreso de su misión militar, cruzar el río a nado, pero no (como lo había declarado probado el juez de primera instancia en el proceso de reparación), que:

“realizó dicha actividad, bajo el consumo de una sustancia psicoactiva. Como se documentó, esta sustancia produce la alteración de las funciones cerebrales, además de la confusión y desorientación, lo cual redujo las probabilidades de una reacción adecuada de la víctima frente a la situación que estaba viviendo”.

9. Caso concreto. Lo que no se debate.

El cargo que formulan los accionantes a las providencias cuestionadas, consiste en el desconocimiento de precedentes judiciales sobre la posición de garante y sus implicaciones al juzgar los daños causados a los soldados que prestan servicio militar obligatorio, esto es, personas que se encuentran bajo un régimen de sujeción especial que les ha sido impuesto.

Aunque los accionantes no plantean un defecto fáctico, el tema de discusión en sede de tutela hace inevitable hacer algunas referencias a los elementos de juicio incorporados al proceso de reparación directa que dio lugar a las sentencias cuestionadas. Sin embargo, los hechos y circunstancias del caso que son relevantes para esta decisión, no son objeto de debate, esto es:

- (i) Que el joven Diego Alberto Aragón Mazuera se incorporó a prestar el servicio militar obligatorio en el Batallón de Infantería de Marina #25 General “Roberto Domingo Rico Díaz”, establecido en el municipio de Villagarzón, Putumayo;
- (ii) Que el domingo 6 de abril de 2008, alrededor de las 8 am, recibió la orden de trasladarse al sector conocido como “Puerto Bello” (Cauca) junto con sus compañeros, para realizar tareas militares de erradicación de cultivos ilícitos;
- (iii) Que para llegar al lugar indicado los soldados debían atravesar el río Fragua, lo cual hicieron en Canoa, aunque pasaron caminando los brazos (de menos profundidad) del río;
- (iv) Que la misión se cumplió hasta el mediodía y al regreso algunos de los soldados pidieron autorización al comandante para atravesar el río nadando;
- (v) Que al intentar atravesar el río Fragua, de regreso de la misión militar que acababa de cumplir, el soldado Diego Alberto Aragón Mazuera pereció ahogado.

10. Caso concreto. Desconocimiento de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Conforme a lo expuesto, en sede de tutela, en este caso:

- (i) no se debaten hechos o circunstancias que fueron relevantes para la decisión proferida en el proceso de reparación, sino las consecuencias jurídicas que el Juzgado Séptimo Administrativo

de Descongestión de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca dan a los hechos y circunstancias probadas en el caso;

- (ii) en lo esencial, se debate la afirmación (contenida bajo el título “La co-causación del daño”), de que “en la causación del daño tiene una inferencia relevante” (sic) la conducta “asumida por la víctima”. Y, concretamente se discute la conclusión en el sentido de que:

“la conducta de la víctima concurrió con la conducta de la administración en la causación del hecho dañoso, en consecuencia, los montos indemnizatorios se reducirán en un 70%”;

El cargo que formulan los accionantes a las providencias cuestionadas, consiste en el desconocimiento de precedentes judiciales sobre la posición de garante y sus implicaciones al juzgar los daños causados a los soldados que prestan servicio militar obligatorio, esto es, personas que se encuentran bajo un régimen de sujeción especial que les ha sido impuesto.

Los accionantes sostienen, en lo esencial, que en las providencias cuestionadas se desconocen las obligaciones del garante (el ejército) cuando como este caso, se juzga en un proceso de reparación directa, por la muerte de un soldado que presta servicio militar obligatorio (reclutado y sometido a un régimen de sujeción especial), haciendo las mismas evaluaciones (falla del servicio) que corresponderían en un proceso de reparación directa por la muerte de un soldado profesional que voluntariamente se vinculó y (voluntariamente) aceptó el régimen de riesgos del ejército.

Sin entrar en esas consideraciones, la Sala concederá el amparo solicitado pues es claro que el Tribunal Administrativo del Cauca desconoció ostensiblemente los principios de proporcionalidad y de razonabilidad que deben guiar las providencias judiciales pues no dio ningún efecto a su propia decisión de corregir el (censurable) error de valoración probatoria en que había incurrido el juez de primera instancia quien con argumentos deleznable declaro probado que el soldado fallecido *“realizó dicha actividad, bajo el consumo de una sustancia psicoactiva”*.

Si el Tribunal considera, con razón, que el a quo se equivoca en la valoración probatoria que lo llevó a concluir que al momento en que sucedieron los hechos el soldado se encontraba bajo los efectos de esa “sustancia psicoactiva” y advierte, también con razón, que en el informe citado por el a quo “no se especifica de manera alguna, el tiempo dentro del cual el actor habría consumido dicha sustancia, ni tampoco la influencia o afectación motora o sensorial que la misma habría tenido en el desempeño del hoy interfecto” (sic), resulta incomprensible que corregir ese error no tuviera ningún efecto para revocar o modificar la sentencia de primera instancia: (i) o bien como lo plantean los accionantes en tutela, para aplicar en su integridad el título de imputación con base en la posición de garante; (ii) o bien para disminuir el nivel de culpa atribuible al soldado fallecido.

En síntesis:

- (i) el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión básicamente atribuyó a la “irresponsabilidad” del joven conscripto fallecido (a quien en esas sentencias se llama “el interfecto”) la mayor parte de la culpa en la causación de su propia muerte y como consecuencia redujo en un 70% “los montos indemnizatorios”;
- (ii) la decisión de segunda instancia del Tribunal considera no probado el consumo y efectos de marihuana, que el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión no solo había considerado probado sino que, con base en una cita de un sitio de internet, consideró que “produce la alteración de las funciones cerebrales, además de la confusión y desorientación, lo cual redujo las probabilidades de una reacción adecuada de la víctima frente a la situación que estaba viviendo”;
- (iii) a pesar de desestimar este factor que hacía muy alto el nivel de la culpa concurrente del soldado fallecido en la causación de su propia muerte, el Tribunal, con claro desconocimiento de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, no hizo ningún pronunciamiento dirigido a modificar o revocar la sentencia de primera instancia que con base en ese factor (junto con la solicitud de permiso para atravesar el río) había sostenido que el hecho sucedió fundamentalmente por el comportamiento irresponsable del soldado fallecido y concluyó que, por

ese nivel de concurrencia de culpa *“los montos indemnizatorios se reducirán en un 70%”*;

En fin, el Tribunal Administrativo del Cauca en segunda instancia (correctamente) desestima la valoración probatoria del Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión de Popayán (que le había permitido concluir, sin el menor rigor probatorio y de una forma irresponsable que merece la censura de esta Sala que “para el momento del insuceso, el soldado ARAGÓN MAZUERA se encontraba en un estado de alteración por el consumo de marihuana la cual es calificada como una sustancia psicoactiva”), pero no le da ningún efecto a su propia decisión pues mantiene, sin atender principios de razonabilidad y proporcionalidad, la sentencia de primera instancia que, por ese nivel de culpa que atribuye al conscripto en los hechos que condujeron a su fallecimiento, redujo en un 70% “los montos indemnizatorios”.

Por ello, sin lugar a consideraciones adicionales se concederá el amparo solicitado; se dejará sin efectos la sentencia proferida el 11 de junio de 2015 por el Tribunal Administrativo del Cauca que confirmó la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2012 por el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión de Popayán; y se ordenará al Tribunal Administrativo del Cauca proferir una nueva sentencia de segunda instancia tomando en cuenta las consideraciones contenidas en esta sentencia.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto **la Sección Segunda, Subsección “A” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO.- SE CONCEDE la tutela al derecho fundamental al acceso efectivo a la administración de justicia del accionante, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- SE DEJA SIN EFECTOS la sentencia proferida el 11 de junio de 2015 por el Tribunal Administrativo del Cauca que confirmó la sentencia dictada el 28 de septiembre de 2012 por el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión de Popayán.

TERCERO.- SE ORDENA al Tribunal Administrativo del Cauca proferir, en el término de cuarenta (40) días siguientes a la notificación de este fallo, una nueva sentencia de segunda instancia, en la que tenga en cuenta los lineamientos a que se ha hecho referencia en la parte motiva de esta providencia.

NOTIFÍQUESE la presente decisión a los interesados, por cualquier medio expedito.

De no ser impugnada la presente providencia, **ENVÍESE** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión celebrada en la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ