



Sentencia 00005 de 2018 Consejo de Estado

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Condena

COMPETENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO PARA IMPUGNAR PROVIDENCIAS - Unificación de jurisprudencia / CAMBIO JURISPRUDENCIAL DE PROVIDENCIA UNIFICADA / INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS / RECURSO INTERPUESTO POR EL MINISTERIO PÚBLICO Y POR LA PARTE ACTORA DE FORMA ADHESIVA - Procedencia / OBLIGACIÓN DE FUNDAMENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO / APELACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO / MANIFESTACIÓN EXPRESA DEL MINISTERIO PÚBLICO SOBRE EL MOTIVO DE APELACIÓN - No es exigible

Si bien existe un pronunciamiento de unificación por parte de la Sección Tercera de esta Corporación, contenida en el auto del 27 de septiembre de 2012, la Sala considera que debe modificarse la postura allí plasmada (...) la postura que hoy abandona la Sala reconoce la importancia que se le otorga al Ministerio Público en el marco de la Carta Política que hoy nos rige (...) la argumentación desarrollada en el auto pierde de vista algo básico: el Ministerio Público representa a la sociedad, en su conjunto; y en desarrollo de tan importante atribución, desempeña tareas de gran complejidad. (...) el Ministerio Público no ejerce su función en calidad de representante de la sociedad en procesos contencioso administrativos para favorecer el interés individual de una parte -demandante- o de la otra parte - demandado-. Su autonomía e independencia convierten a la institución en instrumento al servicio del interés público al paso que la tornan en factor generador de balance, equilibrio e igualdad de cargas, cuandoquiera que el desconocimiento del ordenamiento jurídico y de los derechos constitucionales fundamentales lo rompan. (...) El interés con que actúa el Ministerio Público en sede contencioso administrativa es siempre y a un mismo tiempo general, público, formal y sustantivo; jamás únicamente formal o interesado en favorecer per se a una de las partes del proceso, o pendiente de relevarlas de cargas que ellas deben cumplir o atento a sustituirlas en sus obligaciones procesales. (...) el recurso de impugnación instaurado por la Procuraduría o por sus agentes judiciales en sede contencioso administrativa ha de contener la debida fundamentación y ha de ejercerse de conformidad con las formalidades exigidas en el ordenamiento jurídico, como se exige respecto de todos los demás sujetos procesales (...) la Sala considera que existe mérito para modificar la postura contenida en el auto del 27 de septiembre de 2012 (...) Y en su lugar unificar en esta materia la conclusión de que la apelación por parte del Ministerio Público, se entiende interpuesta en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o las garantías fundamentales sin que le sea exigible manifestar esto expresamente, so pena de ser rechazado el recurso de alzada. (...) sí le asiste interés al Ministerio Público para recurrir la decisión de primera instancia.

DAÑO CAUSADO A SUJETOS QUE SE ENCUENTRAN BAJO RELACIONES DE ESPECIAL SUJECCIÓN / DAÑO CAUSADO A CONSCRIPTO / DAÑO CAUSADO A SOLDADO O POLICÍA BACHILLER

SÍNTESIS DEL CASO: El 24 de septiembre de 2006 el soldado regular Luis Carlos Durán, adscrito al Batallón de Artillería n.º. 8 de Pereira, resultó lesionado por arma de fuego -fusil-, por parte de un compañero. El recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia fue interpuesto por la Procuraduría y posteriormente se allegó apelación adhesiva de la parte demandante

COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA - En Razón a la cuantía

La Sala es competente para decidir el asunto por tratarse de un recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda en un proceso que, por su cuantía, tiene vocación de doble instancia.

VALIDEZ DE LOS MEDIOS DE PRUEBA - Valoración de la copia simple. Reiteración de jurisprudencia de unificación

El Ministerio Público considera que no debe darse valor probatorio a la copia de la historia clínica aportada al proceso, por cuanto no es auténtica. La Sala, en aplicación de la sentencia de unificación acerca de la valoración de los documentos aportados en copias simples, valorará este documento, toda vez que, ninguna de las partes controvertió este medio probatorio en la oportunidad procesal concedida. NOTA DE

RELATORÍA: Sobre el tema, consultar sentencia de unificación de 28 de agosto de 2013, exp. 25022

LESIONES OCASIONADAS A CONSCRIPTO / OBLIGACIÓN DE PROTECCIÓN REFORZADA DEL ESTADO / RELACIÓN ESPECIAL DE SUJECIÓN / SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO COMO REQUISITO LEGAL / INEXISTENCIA DE UNA FALLA DEL SERVICIO / APLICACIÓN DEL RÉGIMEN OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD /

La Sala, de conformidad con los hechos probados, tiene por demostrado el daño alegado por la parte actora, esto es, la lesión por arma de fuego padecida en el pie izquierdo por parte del señor Luis Carlos Durán, ocurrida el 24 de septiembre de 2006, cuando se encontraba prestando el servicio militar obligatorio a órdenes del Batallón de Artillería n. 8 del Ejército Nacional, en Pereira-Risaralda. (...) el presente asunto se debe estudiar bajo el régimen objetivo de responsabilidad, toda vez que no existe prueba de que la administración haya incurrido en una falla de servicio. (...) resulta suficientemente acreditado el vínculo con el servicio, por el hecho de tratarse de un conscripto y de haber ocurrido la lesión justamente cuando se encontraba en medio de la relación de especial sujeción para con el Estado, esto es en servicio activo. (...) la Sala comparte el reproche que hace el tribunal de primera instancia a la entidad demandada en el sentido de que no aportó un informe de los hechos en los cuales resultó herido el soldado regular, ni un certificado acerca de las condiciones de terminación de la prestación del servicio militar obligatorio por parte de este sujeto -siendo su deber elaborar esta clase de documentos-, sino que se limitó a guardar silencio y no hizo ningún esfuerzo probatorio por desestimar los hechos probados por la parte demandante, ni por acreditar algún eximente de responsabilidad. (...) la entidad demandada es responsable por el daño ocasionado al entonces soldado regular Luis Carlos Durán y a sus familiares aquí demandantes en virtud a una obligación de protección reforzada del Estado en relación con quienes son sometidos a cumplir con el servicio militar obligatorio como requisito legal.

RECONOCIMIENTO Y TASACIÓN DE PERJUICIOS MORALES / DAÑO MORAL

/ ACREDITACIÓN DEL PARENTESCO / HECHO INDICADOR DEL PARENTESCO - Razones de fundamentación / GRAVEDAD DE LA LESIÓN Y NIVEL DE CERCANÍA AFECTIVO EXISTENTE ENTRE LA VÍCTIMA DIRECTA Y LOS DEMANDANTES - Montos indemnizatorios. Reiteración de sentencia de unificación

Con respecto a los perjuicios morales solicitados en la demanda, la Sala recuerda que, según la jurisprudencia de esta Corporación, basta la acreditación del parentesco para que pueda inferirse su causación a los familiares hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, esto es, respecto de los padres, hermanos -mayores o menores-, abuelos, hijos y cónyuge o compañero(a) permanente de la víctima principal. Las razones que sustentan el paso del hecho indicador del parentesco, a la circunstancia de que el daño causado a una persona afecta moralmente a sus parientes, se fundamentan en: a) que la experiencia humana y las relaciones sociales enseñan que entre los parientes existen vínculos de afecto y ayuda mutua y b) la importancia que tiene la familia como núcleo básico de la sociedad (artículo 42 de la Constitución Política). En caso de no llegar a demostrarse el parentesco, quienes se consideren afectados moralmente por la muerte de alguien, corren con la carga de demostrar el dolor que dicen haber sufrido por esta causa. (...) en sentencia de unificación de jurisprudencia, la Sección Tercera estableció montos indemnizatorios en consideración a la gravedad de la lesión y al nivel de cercanía afectivo existente entre la víctima directa y aquellos que actúan en calidad de demandantes. NOTA DE RELATORÍA: Consultar sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, exp. 31172

INEXISTENCIA DE LA ACREDITACIÓN OBJETIVA DE LA GRAVEDAD DE LA LESIÓN - Omisión de prueba / INEXISTENCIA DE DICTAMEN DE LA JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ / CONFIRMACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN TASADA EN PRIMERA INSTANCIA

En el caso concreto no se cuenta con la acreditación objetiva de la gravedad de la lesión, pues no se practicó un dictamen de la junta regional de calificación de invalidez, lo que no significa la imposibilidad de calcular la indemnización de este perjuicio con base en otros criterios, como las reglas de la experiencia o la indemnización en equidad, tal como lo hizo el juzgador de la primera instancia. Además, no todas las lesiones tienen por qué derivar en alguna pérdida de capacidad laboral, pero sí constituyen un daño causado a la víctima que debe ser reparado. (...) Como quiera que el a quo tazó la indemnización por concepto de perjuicios morales en 30 smlmv en favor de la víctima directa, 15 smlmv para la madre y los abuelos y 10 smlmv para los demás demandantes y en consideración a que la parte actora presentó apelación adhesiva, la cual se entiende interpuesta en lo desfavorable, La Sala considera que debe confirmarse dicha tasación, al igual que la determinación de negar los demás perjuicios solicitados en la demanda por no estar acreditados.

NO PROCEDE LA CONDENA EN COSTAS - Lesiones causadas a conscripto

NOTA DE RELATORÍA: Sentencia proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera. Con aclaración de voto del doctor Guillermo Sánchez Luque y salvamento de voto del doctor Carlos Zambrano Barrera.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA PLENA

SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

Rad. No.: 66001-23-31-000-2007-00005-01(36853)

Actor: LUIS CARLOS DURÁN Y OTROS

Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - SENTENCIA

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra la sentencia del 29 de enero de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. Esta providencia será confirmada.

SÍNTESIS DEL CASO

El 24 de septiembre de 2006 el soldado regular Luis Carlos Durán, adscrito al Batallón de Artillería nº. 8 de Pereira, resultó lesionado por arma de fuego -fusil-, por parte de un compañero. El recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia fue interpuesto por la Procuraduría y posteriormente se allegó apelación adhesiva de la parte demandante.

ANTECEDENTES

I. Lo que se pretende

1. Mediante escrito y su reforma presentado el 1 de diciembre de 2006, ante el Tribunal Administrativo de Risaralda (f. 29-143, c. 1), los señores Luis Carlos Durán; Blanca Ruddy Durán Ladino en nombre propio y en representación de sus menores hijos Andrés Torres Durán, Laura Sofía Torres Durán y Viviana Marcela Bueno Durán; Ramiro Alonso Durán Ladino, Ananias Durán y María Orfelina Ladino presentaron demanda contra

la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, en ejercicio de la acción de reparación directa, para que le fueran reconocidas las siguientes pretensiones:

PRIMERA: LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA (Ejército Nacional)- es administrativamente responsable de las lesiones causadas al soldado regular LUIS CARLOS DURÁN, perteneciente al Batallón de "San Mateo" de Pereira (Risaralda) en hechos acaecidos el día 24 de septiembre del año 2006, dentro del Batallón San Mateo en Pereira (Risaralda), al ser herido con arma de dotación oficial, por parte del compañero de armas de apellidos GODOY BAMBY perteneciente al mismo Batallón, lo cual le produjo lesiones personales con consecuencias de perturbación funcional permanente en el pie izquierdo y una consecuente afectación en los tendones.

SEGUNDA: LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA (Ejército Nacional), pagará a cada uno de los señores LUIS CARLOS DURÁN, BLANCA RUDDY LADINO, ANDRÉS TORRES DURÁN, LAURA SOFÍA TORRES DURÁN, VIVIANA MARCELA BUENO DURÁN, RAMIRO ALONSO DURÁN, ANANIAS DURÁN SUÁREZ, MARÍA ORFELINA LADINO GUARUMO, o a quien o quienes sus derechos representaren al momento del fallo con el equivalente en pesos a TRECIENTOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES, para no desconocer la indemnización integral, para la fecha de esta sentencia, atendiendo la variación porcentual del índice nacional de precios al consumidor, entre la fecha en que se actualizó por primera vez por el H. Consejo de Estado y la fecha en que se produzca el fallo definitivo, por concepto de perjuicios morales ocasionados por las lesiones inferidas a LUIS CARLOS DURÁN en su calidad de lesionado, hijo, nieto y hermano respectivamente, al ser objeto de un disparo con arma de dotación oficial por parte del soldado regular GODOY BAMBY, en hechos acaecidos el día 24 de septiembre del año 2006, dentro del Batallón No 8 de San Mateo en Pereira (Risaralda). Lo cual le produjo lesiones personales con consecuencias de perturbación funcional permanente en el pie izquierdo que se valorarán en salarios mínimos mensuales, entendiéndose esta condena en concreto y de conformidad con lo estipulado en el art. 16 de la Ley 446 de 1.998 en cuanto a la valoración de daños.

TERCERA: LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA (Ejército Nacional)- pagará al señor LUIS CALOS DURÁN, por perjuicios MATERIALES.

A. LUCRO CESANTE.

Para la liquidación de estos perjuicios, los ingresos deberán ser actualizados, de acuerdo a la fórmula que ha venido aplicando el H. Consejo de Estado:

(...)

También serán reconocidos en la estimación de los perjuicios, las mesadas correspondientes a primas, cesantías y vacaciones, o por lo menos, el aumento del 30% que por este concepto ha ordenado el H. Consejo de Estado, en sentencia del 4 de julio de 1.997. Actores: ABRAHAM ÁVILA RONDÓN Y OTRO. EXP. 10098 Consejero de ponente: Dr. RICARDO HOYOS DUQUE.

La indemnización comprenderá dos periodos: EL VENCIDO O CONSOLIDADO Y EL FUTURO, con la filosofía que en forma reiterada viene aplicando la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, actualizada teniéndose en cuenta la variación porcentual del índice nacional de precios al consumidor, consultando los principios de equidad y de justicia, por ser la indemnización íntegra y completa, de acuerdo a su reiterada jurisprudencia, en sentencia de fecha junio 25 de 1.992. Exp. No 7214 actor. MARÍA MERCEDES LÓPEZ DE PAREDES. Consejero ponente. Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO y en sentencia de fecha julio 15 de 1.993. Exp. No 7452 actor. ALDEMAR ARANA ABADIA. Consejero ponente DR. CARLOS BETANCUR JARAMILLO, entre otras.

SUBSIDIARIAMENTE a falta de bases suficientes para la liquidación matemático-actuarial de los perjuicios que se le debe al lesionado reclamante, se condenará mínimo a por este concepto, o el Tribunal se servirá fijarlos, por razones de equidad, en el equivalente en pesos a la fecha de la ejecutoria de la sentencia en CUARENTA MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$40.800.000), tomando como base el salario mínimo legal \$408.000 cuatrocientos ocho mil pesos por CIEN (100) salarios, de conformidad con lo reglado en el art 97 del C.P., arts. 4º y 8º de la Ley 153 de 1.887, arts., 137, 307 y 308 del C.P.C., en concordancia con el art. 172 del C.C.A., modificado por la Ley 446 de 1.998, Decreto 2282 de 1.989 y art., 97 del C.P. así como el artículo 16 de la Ley 446 de 1.998, que ordena la REPARACIÓN INTEGRAL.

B. POR LOS PERJUICIOS FISIOLÓGICOS, llamados por la jurisprudencia y la doctrina francesas “prejudice d agrament”, por la italiana “perjuicio a la vida de relación” y definido por Roger Dalq “la disminución del goce de vivir”, por cuanto el afectado no podrá realizar algunas actividades vitales y a manera de ejemplo, como lo cita el autor ya nombrado “...la pérdida de órganos o funciones vitales afectará seguramente al desarrollo psicológico del individuo”.

Perjuicio que aún cuando no se deja de reconocer desde tiempo atrás, ha sufrido una variación jurisprudencial denominándose ahora “DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN”, por corresponder a un concepto mucho más comprensivo, resultando entonces inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico, lo cual permite concluir que se debe condenar por DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN, para compensar el daño causado, tal y como lo establece el H. Consejo de Estado en sentencia de fecha 19 de julio de 2000, expediente No. 11842, actor: JOSÉ MANUEL GUITÉRREZ SEPULVEDA, consejero ponente: DR. ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRÍQUEZ.

Atendidos los dictámenes periciales que habrán de producirse en el proceso, el H. Tribunal se servirá fijar estos daños y perjuicios en la suma que los estime pertinentes a fin de reemplazar en parte de la supresión de las actividades vitales, pero en todo caso a falta de bases suficientes se condenará mínimo a OCHENTA MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$80.000.000.00) por este concepto o de conformidad con lo establecido en el art. 107 del C.P., hasta el equivalente en pesos a CUATRO MIL QUINIENTOS (4.500) gramos de oro fino. CUARTA: LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-(Ejército Nacional)- dará cumplimiento a la sentencias en el término de 30 días siguientes a la fecha de su ejecutoria, de conformidad con el art. 176 del Decreto 01 de 1984 y en la forma y modo indicados en los Art. 177 y 178 de la misma obra, de acuerdo al criterio jurisprudencial actual.

QUINTA: INTERESES

Se pagará a la totalidad del demandante los intereses que genere la sentencia desde la fecha de su ejecutoria hasta cuando se produzca su efectivo cumplimiento.

Con fundamento en lo dispuesto en el art. 1653 del C.C., todo pago se imputará primero a intereses.

Se pagarán intereses moratorios desde el momento de la ejecutoria de la sentencia, tal y como lo estableció la Corte Constitucional a través de la sentencia C-188 de fecha 24 de marzo de 1.999, magistrado ponente, Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, que declaró inconstitucional apartes del artículo 177 del C.C.A.

SEXTA: LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA (Ejército Nacional)- pagará a los demandantes LAS COSAS Y AGENCIAS EN DERECHO, que se causen como consecuencia de la acción instaurada por los demandantes, de acuerdo con lo establecido por el art., 171 del C.C.A., modificada por el art., 55 de la Ley 446 de 1.998, bajo los términos del Código de Procedimiento Civil, aplicable en materia administrativa y de conformidad con lo señalado por la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional (f. 31-35, c. 1).

2. Como fundamento de la demanda, la parte actora sostuvo que para el momento en que ocurrieron los hechos demandados, el señor Luis Carlos Durán se desempeñaba como soldado regular del Batallón de Artillería nº. 8 de San Mateo de Pereira.

2.1. Que el 24 de septiembre de 2006, el soldado regular Godoy Bamby realizó un disparo con el arma que tenía a su cargo ocasionándole a Luis Carlos Durán una herida en el pie izquierdo que tuvo como consecuencia una afectación en sus tendones.

2.2. Lo anterior, a su juicio constituyó una falla imputable al Ejército Nacional habida cuenta de la actuación de un miembro de sus filas “protagonista de la imprudencia, la irresponsabilidad y el descuido, (...)”.2.3. Afirmó que el señor Luis Carlos Durán colaboraba con el sustento económico de su familia, habida cuenta que antes de prestar el servicio militar trabajó como “jornalero en las fincas aledañas a su región en el Municipio de Quinchía (Risaralda)”, actividad que necesariamente requería el uso de sus pies.

2.4. Concluyó que las lesiones físicas y psicológicas producidas al señor Luis Carlos Durán, ocasionaron en su núcleo familiar un intenso dolor emocional, que debe ser indemnizado.

II. Trámite procesal

3. La demanda fue admitida el 28 de febrero de 2007. La Nación-Ministerio de Defensa Nacional contestó oportunamente y se opuso a las pretensiones (f. 148-152, 159-163 c.1):

3.1. Señaló que a la parte actora le hacía falta probar el daño y el nexo causal, pues no estaba demostrado que la lesión haya sido causada con arma de dotación oficial. De otra parte, dijo que la indemnización solicitada resultaba desproporcionada y que no estaba justificada la petición de reconocimiento de perjuicios fisiológicos, pues no se había demostrado la restricción de la vida cotidiana de la víctima.

4. Corrido traslado para alegar de conclusión en primera instancia (f. 210 c.1), la parte demandante señaló que en el acervo probatorio se acreditó que para el 24 de septiembre de 2006, Luis Carlos Durán se encontraba vinculado al Ejército Nacional en calidad de soldado regular, como consta en certificado visible a folio 27. Que obra prueba testimonial de que los hechos ocurrieron durante la prestación del servicio, aunado a que, con ocasión de la lesión, al soldado le fue prestado el servicio médico por parte del dispensario del Batallón San Mateo y con posterioridad fue trasladado a la clínica Comfamiliar.

4.1. Anotó que el proceder del victimario, soldado Godoy Bamby fue imprudente e irresponsable y desatendió el deber de observar las medidas de seguridad consagradas en la ley y en los reglamentos. Esto, sumado a que el artefacto de dotación oficial estaba montado, cargado y desasegurado, configura a su juicio una cadena de omisiones y errores que permitieron la ocurrencia de la lesión.4.2. Añadió que es una obligación legal -en virtud del Decreto 1796 de 2000- del comandante o jefe describir las circunstancias de modo tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos y para tal efecto debe elaborarlo y tramitarlo dentro de los dos meses siguientes a partir del momento en que tenga conocimiento del accidente, pero que en el caso en particular y pese a varias solicitudes de Luis Carlos Durán, “hasta la fecha” por ningún medio se ha logrado el informativo.

5. En concepto presentado por el Ministerio Público las pretensiones deberían denegarse por cuanto:

Encuentra esta vista que la parte demandante, si bien prueba un daño en la humanidad de la persona LUIS CARLOS DURÁN, para la fecha en que se desempeñaba al servicio obligatorio del Estado, no lo hace bajo la condición que se exige para la configuración de la responsabilidad que se pretende se endilgue, es decir, que dada su evidente anormalidad, haya implicado la imposición de una carga especial e injusta al conscripto o a sus familiares en relación con las demás personas.

[Los hechos] no conllevan, sin lugar a discusiones, a concluir que se estaba imponiendo una carga especial e injusta y además no existe el nexo causal entre éste y la acción u omisión del ente accionado. Se desconocen los hechos que rodearon el daño.

Por ende, al no ser concreta y clara la fundamentación fáctica de la demanda al igual que su ejercicio probatorio no puede colegirse con certeza que el daño sea antijurídico, es decir que no debía soportarse, lo anterior por cuanto no se llegó al plenario una prueba fehaciente que acreditara que los hechos se desarrollaron con la sencillez y forma en que fueron expuestos por la parte demandante.

6. Surtido el trámite de rigor, y practicadas las pruebas decretadas¹, el 29 de enero de 2009, el Tribunal Administrativo del Risaralda profirió fallo de primera instancia (f. 245-269 c.p.) mediante el cual declaró la responsabilidad administrativa de la demandada y accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda así:

1. Se declara la responsabilidad administrativa de la demandada La Nación Ministerio de Defensa-Ejército Nacional representada legalmente por el señor Ministro de la Defensa, del daño causado a los demandantes por la lesión padecida el día 24 de septiembre de 2006 por el señor Luis

Carlos Durán, mientras se encontraba activo y en servicio de sus funciones como soldado regular, dentro del marco de las circunstancias que se dejaron establecidas en la parte motiva.

2. Como consecuencia de la anterior declaración condénase a la demanda (sic) Nación Ministerio de Defensa-Ejército Nacional a pagar por concepto de perjuicios morales, las siguientes cantidades, así: Para el señor Luis Carlos Durán, directamente lesionado, el equivalente en pesos a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes; para la señora Blanca Ruddy Durán Ladino, (madre) quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes; para los hermanos Viviana Marcela Bueno Durán, Ramiro Alonso Durán Ladino, Laura Sofía Torres Durán y Andres Torres Durán, para cada uno, diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes; para Ananías Durán Suárez y Maria Orfelina Ladino Guarumo, abuelos, para cada uno, quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

3. Se niegan las demás súplicas de la demanda.

4. La entidad estatal demandada le dará cumplimiento al presente fallo en el término referido en el Artículo 176 del CCA. De no atenderse a ello, se observará lo dispuesto en el Artículo 177 de la misma obra, dando aplicación a lo señalado en la parte considerativa. Para lo anterior se enviará la copia respectiva del mismo a la Procuraduría Delegada ante el Consejo de Estado, para los efectos del Artículo 24:1:15 del Decreto 262 de 2000, tal como quedó indicado en el oficio 140 del 5 de marzo de 2001, procedente de esa dependencia.

5. La cantidad líquida reconocida en la sentencia devengará intereses comerciales y moratorios de conformidad con el artículo 177 ibídem.

6. Una vez en firme la anterior decisión por Secretaría, procédase con la devolución a la parte demandante de los remanentes a que hubiere lugar y al archivo del expediente.

7. Sin condena en costas de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

8. Por secretaría expídanse las copias que sean solicitadas por las partes interesadas, a su costa, precisando cuál presta mérito ejecutivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 115 numeral 2 inc. 3 del C. de P. Civil.

9. En firme la decisión, archívese el expediente.

6.1. La decisión se profirió tras considerar que la obligación del Estado respecto de los conscriptos, de vigilancia y seguridad, no se satisfizo debidamente. Para el a quo no se encuentra justificación alguna al hecho de haber resultado herido en el pie el señor Luis Carlos Durán a causa de proyectil de arma de fuego, dentro de las instalaciones del Batallón de Artillería nº. 8 San Mateo, el día 24 de septiembre en la mañana, sin que se presentara explicación alguna por parte del Ejército. Estas son algunas consideraciones del tribunal:

A la luz de la jurisprudencia traída a cita y a pesar de la poca colaboración del Ejército dentro del presente proceso en lo incumbido con el suministro de la información requerida encaminada al esclarecimiento de los hechos, lo cierto es que se ha dicho que el caso de conscriptos el régimen de imputación aplicable es el correspondiente a la responsabilidad objetiva.

La Sala no comparte las consideraciones del Ministerio Público en cuanto a la denegación de las súplicas de la demanda ni en el mismo sentido las razones expuestas por la demandada, por virtud de la alegada ausencia del nexo de causalidad entre el daño padecido por el demandante y el servicio, pues para la Sala es claro que el señor Luis Carlos Durán al momento de sufrir la lesión en el pie izquierdo, el día 24 de septiembre de 2006 se hallaba no sólo vinculado al Ejército Nacional en calidad de conscripto o soldado regular sino que como lo enseña la certificación visible a folio 27 C.2 "SE ENCONTRABA ACTIVO Y EN SERVICIO DE SUS FUNCIONES Y ATRIBUCIONES COMO SOLDADO INTEGRANTE DEL SÉPTIMO CONTINGENTE DE 2005".

Resulta obvio concluir que si el conscripto no resultó herido en razón de operativo militar alguno, pues de ello no existe referencia en el dossier, lo cierto es que aconteció en las instalaciones del Batallón, sin explicación alguna, cuando el soldado se hallaba activo y en servicio de sus funciones y atribuciones, debiendo acreditar la entidad demandada para exonerarse de la responsabilidad administrativa que le es atribuida, una causal exculpativa o eximente de responsabilidad, sin que lo hubiere hecho.

7. Contra la sentencia de primera instancia, el Ministerio Público interpuso y sustentó oportunamente recurso de apelación, el 11 de febrero de 2009 (f. 271 c.p.), con el objeto de que sea revocada, toda vez que insiste en que si bien se demostró que para la fecha de los hechos el señor Luis Carlos Durán se encontraba en servicio activo, no se demostró que las lesiones de que fue objeto la víctima surgieran con ocasión de la prestación del servicio *“es desierto el expediente en lo referente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon el acaecimiento de los hechos que propiciaron el daño”*:

A pesar de aplicarse un régimen de responsabilidad objetiva, debe establecerse, si existen los elementos previstos en esta disposición para que surja la responsabilidad, esto es, el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo al Estado. Este daño antijurídico debe causarse a quien presta el servicio militar, durante su prestación y en desarrollo de actividades propias del mismo, para que pueda ser imputable al Estado. Para el caso bajo estudio, se probó que la persona impactada por arma de fuego se encontraba activo en el servicio militar, pero no que el accidente haya tenido lugar en la prestación efectiva del mismo y en desarrollo de actividades propias de este, incluso se desconoce la individualización del autor material de las lesiones. Conforme a lo expuesto las pretensiones de la demanda no tenían vocación de prosperar, por ende, se solicita se REVOQUE la sentencia de primera instancia y en su lugar se DENIEGUEN las mismas.

8. El recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público fue admitido en segunda instancia mediante auto del 29 de mayo de 2009 (f. 287 c.p.).

8.1. El 21 de julio del mismo año, la parte actora interpuso apelación adhesiva, en la que advirtió que sustentaría el recurso en la oportunidad debida *“una vez el ad quem corra traslado del auto que lo admite”* (f. 291 c.p.).

8.2. La apelación adhesiva fue admitida en esta instancia mediante auto del 15 de septiembre de 2009. El magistrado ponente de la época consideró innecesario correr traslado para sustentar el recurso con fundamento en la jurisprudencia de la Sala que citó así (f. 295-297 c.p.):

En tercer lugar, este recurso es dependiente del principal, en varios sentidos -de ahí el nombre de “adhesión”-; pues sólo puede presentarse en tanto alguna de las partes hubiere apelado. En otras palabras, no existe apelación adhesiva sin apelante principal. La razón es lógica, pues no se estaría adhiriendo a nada.

Esta característica alcanza un nivel más profundo del recurso, la cual se infiere, por interpretación, de la norma citada. Se trata de que el apelante adhesivo no tiene la posibilidad de sustentar el recurso, de manera que, en principio queda atado a las razones o argumentos expuestos por el apelante principal.

Sin embargo, este aspecto tiene un sentido positivo, desde la perspectiva de que se trata de una posibilidad extrema que la ley procesal concede a quien no apeló en tiempo, de manera que le permite adherirse, pura y simplemente, lo cual constituye una oportunidad valiosa que se ofrece a una parte para sacar provecho de una posibilidad que cada quien debe evaluar en el caso concreto.

9. El 12 de noviembre de 2009 se celebró audiencia de conciliación en la que las partes llegaron a un acuerdo, que posteriormente resultó improbadado mediante auto del 25 de noviembre de 2009 por considerar que (f. 302 y 320 c.p.):

No se cuenta con el material probatorio suficiente para concluir, en esta oportunidad, que el mencionado acuerdo se ajusta a la ley y no lesiona el patrimonio público, básicamente en relación con la prueba respecto de los perjuicios morales objeto de conciliación. 10. Dentro del término para presentar alegatos de conclusión en segunda instancia, la parte actora reiteró sus pretensiones con fundamento en argumentos ya expuestos en las anteriores etapas procesales (f. 329-343 c.p.). Por su parte, el Ministerio Público también reiteró sus anteriores argumentos y adicionó lo siguiente (f. 308 c.p.):

La prueba testimonial recepcionada es referencial sobre el accidente sufrido por el señor Luis Carlos Durán, en razón a que la testigo recibió la información de la madre del señor Durán y, posteriormente, cuando vio a la víctima que le dijo “siempre es que me duele al apoyar”, pero no señala las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon el hecho dañino.

El señor Jhon Alexander Bolívar Carvajal, entregó al Tribunal Administrativo de Risaralda, el resumen de la historia clínica del señor Durán Luis Carlos, de la Clínica Confamiliar, en dos folios, sin oficio remisorio ni firma de la persona responsable por su emisión.

De este elemento de convicción dedujo el Tribunal de primera instancia la ocurrencia del hecho, ya que en él consta como motivo de consulta “herida con arma de fuego”, aunado a la constancia expedida por la parte demandada sobre el cumplimiento de funciones y atribuciones en calidad de soldado regular que tenía la víctima el día de los hechos.

Pero no puede olvidar esta agencia del Ministerio Público que los documentos que se allegan a un proceso administrativo deben cumplir los requisitos establecidos por el Código de Procedimiento Civil por remisión del Código Contencioso administrativo, y en especial los consagrados en la ley 446 de 1998, para ser valorados como prueba.

Respecto de documentos proferidos por terceros, calidad que tiene el resumen de la historia clínica, según el art. 10 de la ley 446 de 1998, son apreciables por el Juez sin necesidad de ratificación de su contenido, salvo que la parte contraria solicite su ratificación, situación esta última que no fue solicitada por el Ejército Nacional.

Podría decirse entonces que dicho resumen de la historia clínica tendría valor probatorio, si no fuera porque no se puede desatender que el documento privado debe ser auténtico, ya que esta calidad no se presume como en los documentos públicos, y esta característica sólo se adquiere cuando se tiene certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado.

Al no poseer el resumen de la Historia Clínica un autor conocido, ni un documento remisorio dirigido al Tribunal, ni la identificación de quien lo entregó como el autor del mismo, no se tiene certeza de que dicho escrito haya sido elaborado por la Clínica Comfamiliar, aun cuando el papel en que se encuentra el texto posea el membrete de dicha institución, careciendo en consecuencia de la autenticidad que se debe predicar de los documentos privados para ser valorados como prueba.

(...)

Todos los documentos proferidos por las autoridades militares, los cuales gozan de presunción de autenticidad, tanto del área administrativa como de la médica, permiten inferir la inexistencia del hecho “del disparo de un arma contra la humanidad del soldado Luis Carlos Durán”, además no existe una prueba documental o testimonial que permita establecer que efectivamente ocurrió el hecho, (...)

(...) no es explicable la falta de un informe administrativo, máxime cuando la ocurrencia de esos hechos deben (sic) ser documentados, precisamente para determinar el estado de aptitud de las personas que terminan la prestación del servicio militar.

Nótese que tampoco se puede inferir del acervo probatorio las actividades desarrolladas por el señor Durán durante el momento en que según él ocurrió el daño antijurídico.

CONSIDERACIONES

I. Competencia

11. La Sala es competente para decidir el asunto por tratarse de un recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda en un proceso que, por su cuantía², tiene vocación de doble instancia.

II. Validez de los medios de prueba

12. El Ministerio Público considera que no debe darse valor probatorio a la copia de la historia clínica aportada al proceso, por cuanto no es auténtica. La Sala, en aplicación de la sentencia de unificación³ acerca de la valoración de los documentos aportados en copias simples, valorará este documento, toda vez que, ninguna de las partes controvertió este medio probatorio en la oportunidad procesal concedida.

III. Hechos probados

13. Según las pruebas incorporadas al expediente, están debidamente acreditados los siguientes hechos:

13.1. Luis Carlos Durán, identificado con la C.C. 4520592, para el día 24 de septiembre de 2006 se encontraba activo y en servicio de sus funciones y atribuciones como soldado regular, integrante del séptimo contingente de 2005 (certificado expedido por el jefe de personal, Batallón de Artillería nº. 8 "Batalla de San Mateo" del Ejército Nacional, orden del día nº. 246 del comando del batallón de artillería nº. 8, f. 27-31 c. de pruebas y copia del carnet de la institución f. 18 c.1).

13.2. El 24 de septiembre de 2006, a las 10:34 AM, el soldado regular Luis Carlos Durán fue atendido en la clínica Comfamiliar de Risaralda, como consecuencia de una herida por proyectil de arma de fuego en dorso de pie izquierdo. En la historia clínica se anotó lo siguiente (resumen de historia clínica f. 15-16 c. de pruebas):

IDENTIFICACIÓN DEL PACIENTE

Nombre: DURAN LUIS CARLOS

Identificación: CC4520592 Sexo M Edad 21

Información Ingreso: Sept 24 2006 10:34 AM

Información Egreso: URGENCIAS GENERALES

Aseguradora: BATALLÓN DE ARTILLERÍA Nº 8 SAN MATI

Contrato: BATALLÓN DE ARTILLERÍA Nº 8

INGRESO

MOTIVO CONSULTA

HERIDA CON ARMA DE FUEGO

ESTADO

Estable

Con acompañante

ENFERMEDAD ACTUAL

PACIENTE DE OFICIO SOLDADO QUE HACE +/- 1 HORA SUFRIÓ HERIDA POR PROYECTIL DE ARMA DE FUEGO ACCIDENTALMENTE POR COMPAÑERO EN DORSO DE PIE IZQUIERDO REFIERE DOLOR ALTA INTENSIDAD

ANTECEDENTES

PAT NIEGA

QX NIEGA

ALERGICOS NIEGA

TOXICOS 3 CIGARRILLOS DIA

FARMACOLOGICOS NIEGA

TETANOL NIEGA

EXÁMEN FÍSICO

Objetivo:

(...) PIE IZQUIERDO CON ORIFICIO DE ENTRADA POR PROYECTIL DE ARMA DE FUEGO EN DORSO MEDIO DE 0.8 CM DE DIAMETRO ORIFICIO DE SALIDA EN PLANTA DEL PIE ZONA MEDIAL DE 1 CM DE LONGITUD CON ZONA DE QUEMADURA EN PIEL ADYACENTE PERFUSION DISTAL CONSERVADA MOVILIDAD DISTAL PRESENTE

CONDUCTA

Análisis:

DXHERIDA POR ARMA DE FUEGO EN PIE IZQUIERDO

Plan:

LEV SSN 1000 CC GOTEÓ LIBRE

TRAMAL AMP X 100 IV

TAETANOL AMP IM

CEFTRIAXONA 2GR IV

SS RX

SS CH TP TPT

SS VAL X ORTOPEDIA

EVOLUCION

RESUMEN DE PARACLÍNICOS

Imagenología

Sep 24 2006 11:22 AM - RADIOGRAFIA DE PIE AP Y LATERAL

NOTAS DE EVOLUCION MEDICAS

FECHA: SEP 24 2006 12:36PM

SUBJETIVO: SE REALIZA LAVADO CURACION DE HERIDAS EN PIE IZQUIERDO NO SANGRADO PROFUSO

(...)

AUTOR: ALEXANDER MORENO AGUIRRE

FECHA: SEP 24 2006 12:51 PM

SUBJETIVO: HERIDA DORSO DE PIE POR ARMA DE FUEGO CON DOLOR Y LIMITACION FUNCIONAL

OBJETIVO: PIE IZQUIERDO PRESENTA EDEMA DE DORSO DE PIE CON HERIDA POR ARMA DE FUEGO CON ORIFICIO DE ENTRADA Y SALIDA Y TATUAJE EN DORSO DE PIE

NEUROVASCULAR DISTAL CONSERVADO

RX FRACTURA DE TERCER METATARSIANO PIE IZQUIERDO

PLAN REDUCCION CERRADA DE FRACTURA DE METATARSIANO PIE IZQUIERDO

CURACION DE HERIDAS

INMOVILIZACION FERULA DE YESO

CONTROL POR CONSULTA EXTERNA

AINES

ANTIBIOTICOS

AUTOR: ANDRES TRUJILLO ARANGO

FECHA: SEP 24 2006 1:38PM

PLAN SALIDA CON MANEJO INSTAURADO POR ORTOPEDIA AUTOR: ALEXANDER MORENO AGUIRRE

13.3. Luis Carlos Durán, oriundo de la vereda Naranjal del municipio de Quinchía- Risaralda, es hijo de Blanca Ruddy Durán Ladino, nieto de Ananías Durán y María Orfelina Ladino, sobrino de Ramiro Alonso Durán Ladino y hermano de Viviana Marcela Bueno Durán, Laura Sofía Torres Durán y Andrés Torres Durán (registros civiles de nacimiento f. 6-16 c.1), personas con las que convivía para el momento de los hechos como lo confirma el testimonio de Gerardina Vélez de Suárez (f. 11 c. de pruebas):

La familia está conformada por el abuelito que se llama Ananías Durán y la abuelita que llama Orfelina Ladino y los hermanitos que el mayor de él llama Ramiro y la niña llama Viviana y la otra niña llama Laura pero el otro niño hermanito de él que es pequeñito no me recuerdo el nombre; él tiene papá pero como que a él no lo reconoció el papá pero él siempre ha convivido con Ananías y Orfelina y la mamá siempre ha trabajado acá en casas de familia para sostenerlos a ellos, son gente muy humilde, muy pobre, ellos son muy pobres, los abuelitos son muy viejitos ya. Son buenas las relaciones (...) se respetan mucho y se quieren mucho entre familia y son muy pobrecitos porque los viejitos ya están muy viejitos y él terminó el estudio allá y pagó servicio acá en el batallón y hasta que ya me dijeron que lo había accidentado otro con un balazo.

IV. Problema jurídico

14. En primer lugar debe la Sala establecer si le asiste interés al Ministerio Público para apelar la decisión de primera instancia, toda vez que las partes no interpusieron recursos contra la misma. No obstante, con posterioridad, la parte actora se adhirió a la apelación del Ministerio Público.

14.1. En caso de existir interés para apelar por parte del Ministerio Público, debe la Sala determinar si la lesión de Luis Carlos Durán en los hechos ocurridos el 24 de septiembre de 2006, cuando prestaba el servicio militar obligatorio, le resulta imputable a la entidad demandada Ministerio de Defensa-Ejército Nacional.

V. Análisis de la Sala

Acerca del interés jurídico del Ministerio Público para interponer recurso de apelación

15. Si bien existe un pronunciamiento de unificación por parte de la Sección Tercera de esta Corporación, contenida en el auto⁴ del 27 de septiembre de 2012, la Sala considera que debe modificarse la postura allí plasmada atendiendo a los siguientes argumentos:

15.1. En la decisión adoptada se liga el interés jurídico del Ministerio Público para interponer recurso de apelación a cierta argumentación expresa, así:

Es decir, existe una carga argumentativa en cabeza del Ministerio Público que consiste en señalar de manera expresa cuáles son las circunstancias, razones o motivos en virtud de las cuales ejerce los medios de oposición a las providencias, así como identificar el apoyo constitucional de su postura. En otros términos, es preciso que el Procurador General de la Nación o sus delegados determinen el escenario constitucional que sirve de fundamento para la impugnación (v.gr. la defensa del orden jurídico, el patrimonio público o las garantías fundamentales) y las razones expresas por las cuales el respectivo recurso se orienta a la protección de alguno de esos fines, varios de ellos o todos.

Como corolario de lo anterior, siempre será susceptible que los agentes del Ministerio Público –como representantes de la sociedad– actúen en el proceso contencioso administrativo, inclusive a través de la interposición de recursos legales, pero deben razonar y justificar de manera expresa la relación que existe entre el mecanismo de impugnación específico y cualquiera –o todos– de los objetivos de intervención delimitados en la Constitución Política de 1991 (negrita y subraya fuera de texto).

15.2. Esta postura sujeta la posibilidad de actuación del Ministerio Público o de sus agentes judiciales –específicamente la facultad de impugnación en los procesos contencioso administrativos–, a cargas adicionales de argumentación no previstas en el ordenamiento jurídico que, únicamente, pueden imponerse por vía legislativa.

15.3. Es de amplio conocimiento que quienes –como sujetos procesales– ejercen el derecho de impugnar decisiones judiciales deben argumentar de manera clara, precisa y completa el por qué de su inconformidad con la decisión que cuestionan y han de hacerlo observando las formalidades establecidas en el ordenamiento jurídico; de otra forma sería impensable que tuviera éxito su impugnación. Lo que no se puede admitir es que, a partir de las modificaciones introducidas por la Carta de 1991, se pretenda, vía judicial, restringir el campo de acción de la Procuraduría y de sus agentes judiciales en un ámbito tan sensible como el que tiene que ver con el acceso a la administración de justicia.

15.4. En efecto, la postura que hoy abandona la Sala reconoce la importancia que se le otorga al Ministerio Público en el marco de la Carta Política que hoy nos rige –y el rol que le corresponde jugar tan diametralmente distinto al que le confirió a esta institución la Constitución de 1886–. Sin embargo, la argumentación desarrollada en el auto pierde de vista algo básico: el Ministerio Público representa a la sociedad, en su conjunto; y en desarrollo de tan importante atribución, desempeña tareas de gran complejidad. Ello por cuanto, como representante de una

sociedad pluralista, debe estar atento y ser sensible a las diferencias y a la diversidad cultural tanto como de preferencias religiosas, ideológicas y de concepciones de mundo que la Constitución ordena promover y proteger (artículo 7º; 13, entre otros).

15.5. En esa línea de pensamiento, el Ministerio Público no ejerce su función en calidad de representante de la sociedad en procesos contencioso administrativos para favorecer el interés individual de una parte –demandante– o de la otra parte – demandado–. Su autonomía e independencia convierten a la institución en instrumento al servicio del interés público al paso que la tornan en factor generador de balance, equilibrio e igualdad de cargas, cuandoquiera que el desconocimiento del ordenamiento jurídico y de los derechos constitucionales fundamentales lo rompan. Por ello mismo, resulta poco factible fijar de antemano cómo y con qué alcances deberán proceder en cada asunto particular el Ministerio Público o sus agentes judiciales para restaurar el balance o el equilibrio perdido y para asegurar la igualdad de cargas de modo que se sirva óptimamente el interés público.

15.6. Puesto de manera diferente: sus actuaciones a favor del interés público en sede de procesos contencioso administrativos están encaminadas a restablecer el equilibrio roto al contravenirse preceptos constitucionales o legales y, en tal sentido, justamente con miras a servir ese interés público, habrá de apoyar a quien se vio más afectado sin que ello le signifique asumir la posición de parte interesada.

15.7. La autonomía e independencia características de la institución, a lo que se añade las tareas que le son confiadas por Constitución y por ley, convierten al Ministerio Público –como ya se dijo–, en un órgano de moderación, balance y restablecimiento de equilibrio al servicio del interés general. En el marco de sus actuaciones en procesos contencioso administrativos debe cumplir fines de servicio público y no puede soslayarlos: i) la efectiva protección del patrimonio público; ii) la defensa del orden jurídico; iii) la protección y garantía de los derechos fundamentales.

15.8. Brevemente: al actuar en calidad de representante de una sociedad diversa como la colombiana en sede contencioso administrativa el Ministerio Público tiene la obligación de velar por el interés público y de equilibrar las cargas allí donde ellas se inclinan hacia un extremo o hacia el otro de modo desproporcionado o arbitrario, contrariando mandatos constitucionales o legales; así que no es dable afirmar que en sus actuaciones como sujeto procesal en los juicios contencioso administrativos la Procuraduría y sus agentes judiciales al impugnar las decisiones puedan obrar en interés –particular–, de una parte o de la otra.

15.9. El interés con que actúa el Ministerio Público en sede contencioso administrativa es siempre y a un mismo tiempo general, público, formal y sustantivo; jamás únicamente formal o interesado en favorecer *per se* a una de las partes del proceso, o pendiente de relevarlas de cargas que ellas deben cumplir o atento a sustituirlas en sus obligaciones procesales. En ese sentido acierta la Sala cuando, de manera insistente, sostiene que la tarea de la Procuraduría no consiste en *“desplazar a las partes o demás sujetos procesales, así como relevarlas de cualquier carga o deber procesal”*, –folio 27 del auto de unificación–. Y es que *prima facie* ello es así. De cualquier modo, vale recordar que los procesos contencioso administrativos tienen una particularidad, esto es, que la parte demandada es el Estado.

15.10. Ocasionalmente, puede suceder que quien demanda por múltiples motivos, pero especialmente por encontrarse en especial situación de indefensión (artículo 13 superior) no esté en posibilidad de cumplir con una carga o deber procesal. En tal caso, la obligación de la Procuraduría y de sus agentes judiciales –hasta tanto el legislador disponga otra cosa–, es restablecer el equilibrio perdido sin que le pueda ser achacado el haber obrado en interés particular de alguna de las partes del proceso, pues, como ya se vio, uno de los principios que rigen su función consiste precisamente en velar por el interés público asegurando la protección de los derechos constitucionales fundamentales.

15.11. En el sentido antes indicado, la argumentación desarrollada en el auto del 27 de septiembre de 2012 no logra justificar constitucionalmente la necesidad de trazar una distinción artificial y contraria a los preceptos legales (artículo 127 C.C.A.) y constitucionales (artículo 277 superior) dirigida a interpretar el papel que le es dado desempeñar al Ministerio Público en cuanto sujeto procesal en juicios contencioso administrativos desdoblándolo en dos, pues si bien se admite que la Procuraduría General y sus agentes judiciales son sujetos procesales, de un lado, se la tiene como parte en sentido material y, del otro, se la califica de parte en sentido formal.

15.12. Según el auto, cuando obra como *parte en sentido formal*, no le es dado a la Procuraduría, ni a sus agentes judiciales, impugnar las decisiones adoptadas en el curso de un proceso contencioso administrativo, toda vez que al hacerlo asumen de inmediato *“la posición de coadyuvante[s] en el proceso para defender un interés individual con miras a ‘sostener las razones de un derecho ajeno’, o suplir la negligencia de las partes demandante o demandada en el plano estrictamente procesal, lo cual de contera, lo ubicaría en un plano de desigualdad”* –folio 6 del Auto–. Y más adelante agrega que le es totalmente lícito al Ministerio Público y a sus agentes judiciales cuestionar decisiones en sede de

procesos contencioso administrativos “[p]articularmente cuando se trata de la impugnación de providencias, la protección de los intereses públicos, [que] es lo que determina, de manera general, el interés para recurrir por parte del Ministerio Público” -folio 7 del Auto-.

15.13. Este deslinde artificial de las atribuciones que corresponde ejercer a la Procuraduría y a sus agentes judiciales riñe, con el sentido y alcance que le otorga la Constitución a dicho organismo y a sus funcionarios. Como ya antes se señaló, sus actuaciones siempre deberán estar motivadas por el interés público, a saber, bien sea para lograr la efectiva protección del patrimonio público; la defensa del orden jurídico o la protección y garantía de los derechos fundamentales, de modo que, si no obra inspirada en cualquiera de estos objetivos -o en todos a la vez-, su actuación carecería de justificación formal y material.

15.14. En suma, lo formal y lo material en este caso configuran una unidad inescindible; delinear una distinción con el propósito de restringir el derecho de acceso a la justicia al impedir que el Ministerio Público y sus agentes impugnen decisiones en el marco de procesos contencioso administrativos bajo el pretexto de que solo actúan como *parte en sentido formal*, resulta a todas luces injustificado, pues si la Procuraduría impugna una decisión adoptada en sede contencioso administrativa es porque los bienes jurídicos atrás citados deben ser protegidos; de lo contrario, no le está permitido siquiera intervenir y menos impugnar.

15.15. Gran parte de la providencia se dedica a mostrar cómo, pese a esa distinción poco pertinente -al menos en lo que hace relación a la regulación actual de sus atribuciones-, puede la Procuraduría a través de sus agentes judiciales ejercer el derecho de impugnación -folios 13 y siguientes del auto-. Ahora bien, al desdoblarse la actuación del Ministerio Público en dos, a saber, *parte en sentido formal* y *parte en sentido material* reconoce, expresamente, la providencia que está restringiendo el contenido y alcance de los preceptos constitucionales y legales encaminados a regular la participación del Ministerio Público y de sus agentes judiciales en procesos contencioso administrativos. Así, refiriéndose a un fallo precedente sostiene que “la anterior postura ha tenido matices en diferentes decisiones proferidas por la Subsección A de esta Sección, al grado tal que se han introducido nuevos argumentos con la finalidad de restringir el contenido y alcance mencionado en el numeral anterior” -folio 6 del auto; se destaca-.

15.16. Empero, ese deslinde del sujeto procesal Ministerio Público en *parte en sentido formal* y *parte en sentido material* no tiene un peso o relevancia constitucional suficiente para permitir o autorizar -vía judicial-, restringir el derecho que se le reconoce a los sujetos procesales a impugnar las decisiones adoptadas en el marco de procesos contencioso administrativos. Tal diferenciación resulta contraria al orden constitucional -al desconocer lo dispuesto por el artículo 277 superior y 127 C.C.A.-. Adicionalmente, la referida diferenciación podría calificarse también de irrelevante, superflua o inútil, dado que -como ya atrás se indicó-, el Ministerio Público y sus agentes judiciales en el marco de procesos contencioso administrativos siempre deben actuar, tanto en la forma como en el fondo, movidos por servir al interés general, así que resulta imposible deslindar acá lo formal de lo material.

15.17. Con independencia de lo anterior, lo que sí resulta a todas luces claro es que el recurso de impugnación instaurado por la Procuraduría o por sus agentes judiciales en sede contencioso administrativa ha de contener la debida fundamentación y ha de ejercerse de conformidad con las formalidades exigidas en el ordenamiento jurídico, como se exige respecto de todos los demás sujetos procesales; si carece de la debida fundamentación o no se ajusta a las formalidades requeridas, entonces la impugnación no estará llamada a prosperar.

15.18. Puede concluirse, por consiguiente, que el amplio margen de apreciación reconocido por la Constitución a las autoridades judiciales para fijar el sentido y alcance del derecho aplicable, no puede llevarse al extremo de imponer cargas que restringen de manera sensible y, sin mediar justificación constitucional alguna, el derecho de acceso a la administración de justicia; al hacerlo se presenta causal de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales⁵.

15.19. Cierto es que para ejercer a cabalidad la función que la Constitución y la ley les atribuyen, las autoridades judiciales configuran el derecho que aplican. No obstante, las fronteras dentro de las cuales tiene lugar ese proceso tan creativo no son fluidas y están demarcadas por lo establecido en el texto constitucional. La Constitución no es una norma abierta a todas las posibilidades y tampoco es neutral. Se cierra claramente en relación con aspectos fundamentales, por ello les está vedado a las autoridades judiciales “crear derecho” en contra de lo dispuesto por la Constitución y en desconocimiento del tenor literal de las leyes que desarrollan principios y garantías constitucionales sin que existan motivos de peso que lo justifiquen.

15.20. En la medida en que las autoridades judiciales se mantengan dentro de las fronteras que fija la Constitución, pueden y deben, adelantar

una tarea muy creativa de actualización legislativa, toda vez que son los jueces quienes están llamados a insuflarle fuerza vital al derecho; sin embargo, las autoridades judiciales no están autorizadas para “crear derecho” cuando lo que en realidad se consigue es recortar las garantías constitucionales fundamentales tan de capital importancia como el derecho del Ministerio Público y sus agentes judiciales a impugnar decisiones en procesos contencioso administrativos, conculcando el derecho constitucional de acceso a la administración de justicia. Y si lo que se pretende es introducir limitaciones a este respecto, ello debe suceder por vía legislativa.

15.20.1. En todo caso, el hecho de que el Ministerio Público eventualmente interponga un recurso de apelación que no encuentre fundamento en el orden jurídico, el patrimonio público o las garantías fundamentales, esto no quiere decir que el recurso prospere pues debe pasar por el análisis judicial de la segunda instancia.

15.21. Por las razones expuestas, la Sala considera que existe mérito para modificar la postura contenida en el auto⁶ del 27 de septiembre de 2012 que rezaba:

Como corolario de lo anterior, siempre será susceptible que los agentes del Ministerio Público –como representantes de la sociedad– actúen en el proceso contencioso administrativo, inclusive a través de la interposición de recursos legales, pero deben razonar y justificar de manera expresa⁷ la relación que existe entre el mecanismo de impugnación específico y cualquiera –o todos– de los objetivos de intervención delimitados en la Constitución Política de 1991 (negrita y subraya fuera de texto).

15.21.1. Y en su lugar unificar en esta materia la conclusión de que la apelación por parte del Ministerio Público, se entiende interpuesta en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o las garantías fundamentales sin que le sea exigible manifestar esto expresamente, so pena de ser rechazado el recurso de alzada.

15.22. Para efectos de resolver el presente asunto, la Sala considera entonces que sí le asiste interés al Ministerio Público para recurrir la decisión de primera instancia.

El caso concreto

16. La Sala, de conformidad con los hechos probados, tiene por demostrado el daño alegado por la parte actora, esto es, la lesión por arma de fuego padecida en el pie izquierdo por parte del señor Luis Carlos Durán, ocurrida el 24 de septiembre de 2006, cuando se encontraba prestando el servicio militar obligatorio a órdenes del Batallón de Artillería n°. 8 del Ejército Nacional, en Pereira-Risaralda-supra párr. 13.1-13.2-.

17. En cuanto al régimen de responsabilidad, es pertinente poner de presente que la Sección Tercera del Consejo de Estado en pleno señaló que así como la Constitución Política de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual en particular, tampoco puede la jurisprudencia establecer un único título de imputación a aplicar a eventos que guarden ciertas semejanzas fácticas entre sí, ya que éste puede variar en consideración a las circunstancias particulares acreditadas dentro del proceso y a los parámetros o criterios jurídicos que el juez estime relevantes dentro del marco de su argumentación:

En lo que se refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.

En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta sentencia⁸.

17.1. Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia citada, no todos los casos en los que se discute la responsabilidad del Estado por daños derivados de un supuesto de hecho que guarde semejanzas entre sí, tienen que resolverse de la misma forma pues, se insiste, el juez puede, en cada caso concreto, considerar válidamente que existen razones tanto jurídicas como fácticas que justifican la aplicación de un título o una motivación diferente.

17.2. Ahora bien, en los eventos en los cuales se advierte la existencia de una falla en la prestación del servicio, el juzgador debe preferir este título a los de carácter objetivo, con el fin de dejar en evidencia el error cometido y así permitir que el fallo se convierta en una herramienta para evitar que el daño antijurídico se vuelva a producir⁹ y, además, para advertir sobre la posible repetición que pueda intentar el Estado contra el funcionario o empleado público que, en el cumplimiento de las funciones o tareas estatales, ocasionó el daño con culpa grave o dolo¹⁰. Sobre este punto, se ha señalado por esta Corporación:

En la actualidad, cuando se debate la responsabilidad del Estado por daños causados accidentalmente con el uso de armas de fuego, por regla general se aplica la teoría del riesgo excepcional¹¹; en efecto, la Administración debe responder siempre que produzca un daño con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos de la misma naturaleza, como lo es la manipulación de las armas de fuego de las cuales están dotadas algunas autoridades por razón de las funciones a ellas encomendadas, tales como la Policía Nacional, el D.A.S., o el Ejército Nacional, pues el Estado asume los riesgos a los cuales expone a la sociedad con la utilización de tales artefactos peligrosos.

Sin embargo, cuando se advierte que el daño no se produjo accidentalmente sino por un mal funcionamiento de la Administración, ello se debe poner de presente y el título de imputación bajo el cual se definirá el litigio será el de falla del servicio¹², en aras del cumplimiento del deber de diagnóstico y pedagogía que tiene el juez al definir la responsabilidad del Estado y con el fin de que éste pueda repetir contra el agente que dolosa o culposamente hubiere producido el daño, en caso de ser condenado a la correspondiente reparación.

En términos generales, la falla del servicio probada surge a partir de la comprobación de que el daño se ha producido como consecuencia de una violación -conducta activa u omisiva- del contenido obligacional, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, lo cual resulta de la labor de diagnóstico que adelanta el juez en relación con las falencias en las cuales incurrió la Administración y se constituye en un juicio de reproche.¹³

17.3. En el tema relacionado con la responsabilidad del Estado por daños causados a soldados, debe precisarse que la jurisprudencia del Consejo de Estado distingue entre la responsabilidad aplicable a la administración por daños sufridos en ejercicio del servicio militar obligatorio -y con ocasión del mismo-, de la que surge de aquellos daños padecidos por un integrante de las fuerzas armadas incorporado voluntariamente al servicio. Dicha distinción tiene su fundamento razonable en que, mientras en el primer caso la prestación del servicio militar es impuesta a algunos ciudadanos por el ordenamiento jurídico¹⁴, en la segunda eventualidad, por su parte, la persona ingresa al servicio por iniciativa propia, con lo que asume los riesgos inherentes que implica el desempeño de la carrera militar.

17.4. Así, si se trata de determinar la responsabilidad por los daños causados a quienes prestan servicio militar obligatorio -conscriptos-, el título de imputación aplicable es, por regla general, de carácter objetivo -daño especial o riesgo excepcional, según las circunstancias particulares del caso¹⁵-, siempre que el actuar irregular de la administración no haya incidido en la producción del daño, pues en ese caso el título de imputación aplicable será el de la falla del servicio. En cambio, si se trata de determinar la responsabilidad frente a aquellas personas que ingresan voluntariamente al servicio, el daño se asume como un riesgo propio de la actividad militar o policial, siempre que haya sido causado durante y con ocasión del mismo, de manera que no cabe imputar responsabilidad al Estado por ello. No obstante, si el daño se produce por una falla del servicio o por la exposición de la víctima a un riesgo excepcional en comparación con el que debieron enfrentar sus demás compañeros de armas, el Estado será obligado a indemnizar los perjuicios causados bajo un régimen de responsabilidad de carácter subjetivo¹⁶.

17.5. En síntesis, frente a los perjuicios ocasionados a soldados regulares, en la medida que su voluntad se ve doblegada por el *imperium* del Estado, al someterlos a la prestación de un servicio que no es nada distinto a la imposición de una carga o un deber público, el Estado estará obligado a indemnizar si el daño proviene de i) un rompimiento de las cargas públicas que el conscripto no está en la obligación jurídica de soportar; ii) de un riesgo excepcional que desborda aquél al que normalmente estaría sometido, y que puede tener origen en el riesgo de la actividad o en el riesgo de la cosa, o iii) de una falla del servicio, a partir de la cual se produce el resultado perjudicial¹⁷. Con todo, habrá lugar a exonerar total o parcialmente de responsabilidad a la administración, según el caso, si ésta logra demostrar que en la producción del daño intervino una causa extraña, tal como el hecho de la víctima o de un tercero, la fuerza mayor o el caso fortuito.

18. En los términos mencionados, la Sala considera que el presente asunto se debe estudiar bajo el régimen objetivo de responsabilidad, toda vez que no existe prueba de que la administración haya incurrido en una falla de servicio.

18.1. Está probado dentro del expediente que el señor Luis Carlos Durán prestaba servicio militar obligatorio en el Ejército Nacional en calidad de soldado regular, una de las modalidades previstas la Ley 48 de 1993 para la prestación del servicio militar obligatorio¹⁸. Asimismo, existe evidencia suficiente de que la lesión por la cual los actores reclaman indemnización se produjo en desarrollo de las actividades propias del servicio militar obligatorio, pues, a pesar de que la institución no allegó informe sobre las circunstancias en las que ocurrió el accidente, lo cierto es que está acreditado que ocurrió en horas de la mañana de un día en el que el soldado se encontraba "ACTIVO Y EN SERVICIO DE SUS FUNCIONES Y ATRIBUCIONES COMO SOLDADO" tal como lo certifica el Batallón al que pertenecía en ese momento (f.27 c. de pruebas).

18.2. Si bien en el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, se alerta sobre la ausencia de pruebas que den cuenta de las circunstancias específicas en que se dieron los hechos para poder atribuir responsabilidad a la demandada, lo cierto es que para la Sala resulta suficientemente acreditado el vínculo con el servicio, por el hecho de tratarse de un conscripto y de haber ocurrido la lesión justamente cuando se encontraba en medio de la relación de especial sujeción para con el Estado, esto es en servicio activo.

18.3. Adicionalmente, y a pesar de no aportar más elementos probatorios, la parte actora menciona como responsable del disparo a un compañero de la víctima, al que identifica como Godoy Bamby, lo que coincide con la certificación expedida por el Ejército Nacional, visible a f. 28 del c. pruebas, en donde consta que Godoy Mamby Jhon Sneider sí se desempeñaba como soldado para la fecha del incidente en condiciones idénticas a las de Luis Carlos Durán, es decir, eran compañeros.

18.4. De otra parte, la Sala comparte el reproche que hace el tribunal de primera instancia a la entidad demandada en el sentido de que no aportó un informe de los hechos en los cuales resultó herido el soldado regular, ni un certificado acerca de las condiciones de terminación de la prestación del servicio militar obligatorio por parte de este sujeto -siendo su deber elaborar esta clase de documentos-, sino que se limitó a guardar silencio y no hizo ningún esfuerzo probatorio por desestimar los hechos probados por la parte demandante, ni por acreditar algún eximente de responsabilidad.

19. Por lo anterior, se puede concluir que la entidad demandada es responsable por el daño ocasionado al entonces soldado regular Luis Carlos Durán y a sus familiares aquí demandantes en virtud a una obligación de protección reforzada del Estado en relación con quienes son sometidos a cumplir con el servicio militar obligatorio como requisito legal.

19.1. Ante la configuración de la responsabilidad patrimonial y extracontractual de la entidad demandada, la Sala se pronunciará en relación con el reconocimiento y liquidación de los perjuicios derivados del daño antijurídico a favor de la parte demandante.

VI. Liquidación de perjuicios

Perjuicios inmateriales

20. Con respecto a los perjuicios morales solicitados en la demanda, la Sala recuerda que, según la jurisprudencia de esta Corporación, basta la acreditación del parentesco para que pueda inferirse su causación a los familiares hasta el segundo grado de consanguinidad¹⁹ y primero civil, esto es, respecto de los padres, hermanos -mayores o menores-, abuelos, hijos y cónyuge o compañero(a) permanente de la víctima principal. Las razones que sustentan el paso del hecho indicador del parentesco, a la circunstancia de que el daño causado a una persona afecta moralmente a sus parientes, se fundamentan en: a) que la experiencia humana y las relaciones sociales enseñan que entre los parientes existen vínculos de afecto y ayuda mutua y b) la importancia que tiene la familia como núcleo básico de la sociedad (artículo 42 de la Constitución Política)²⁰. En caso de no llegar a demostrarse el parentesco, quienes se consideren afectados moralmente por la muerte de alguien, corren con la carga de demostrar el dolor que dicen haber sufrido por esta causa²¹.

20.1. Ahora bien, en sentencia de unificación de jurisprudencia, la Sección Tercera²² estableció montos indemnizatorios en consideración a la gravedad de la lesión y al nivel de cercanía afectivo existente entre la víctima directa y aquellos que actúan en calidad de demandantes, así:

Para el efecto se fija como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos:

GRAFICO No. 2

REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES

| GRAVEDAD DE LA LESIÓN | NIVEL 1 | NIVEL 2 | NIVEL 3 | NIVEL 4 | NIVEL 5 |
|---|--|---|--|---|--|
| | Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales | relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos) | Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil | Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil. | Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados |
| | SMLMV | SMLMV | SMLMV | SMLMV | SMLMV |
| Igual o superior al 50% | 100 | 50 | 35 | 25 | 15 |
| Igual o superior al 40% e inferior al 50% | 80 | 40 | 28 | 20 | 12 |
| Igual o superior al 30% e inferior al 40% | 60 | 30 | 21 | 15 | 9 |
| Igual o superior al 20% e inferior al 30% | 40 | 20 | 14 | 10 | 6 |
| Igual o superior al 10% e inferior al 20% | 20 | 10 | 7 | 5 | 3 |
| Igual o superior al 1% e inferior al 10% | | 5 | 3,5 | 2,5 | 1,5 |

20.2. En el caso concreto no se cuenta con la acreditación objetiva de la gravedad de la lesión, pues no se practicó un dictamen de la junta regional de calificación de invalidez, lo que no significa la imposibilidad de calcular la indemnización de este perjuicio con base en otros criterios, como las reglas de la experiencia o la indemnización en equidad, tal como lo hizo el juzgador de la primera instancia. Además, no todas las lesiones tienen por qué derivar en alguna pérdida de capacidad laboral, pero sí constituyen un daño causado a la víctima que debe ser reparado.

20.3. Como quiera que el *a quo* tazó la indemnización por concepto de perjuicios morales en 30 smlmv en favor de la víctima directa, 15 smlmv para la madre y los abuelos y 10 smlmv para los demás demandantes y en consideración a que la parte actora presentó apelación adhesiva, la cual se entiende interpuesta en lo desfavorable, La Sala considera que debe confirmarse dicha tasación, al igual que la determinación de negar los demás perjuicios solicitados en la demanda por no estar acreditados.

21. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se condenará en este sentido.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala Plena de la Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: UNIFICAR su jurisprudencia en relación con el interés del Ministerio Público para apelar, en el sentido de concluir que sí le asiste dicho interés, pues el recurso de apelación presentado por la Procuraduría se entiende interpuesto en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o las garantías fundamentales, sin que le sea exigible manifestar esto expresamente.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda, el 29 de enero de 2009, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Ejecutoriada la presente sentencia, DEUVÉLVASE el expediente al tribunal de primera instancia para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DANILO ROJAS BETANCOURTH

Presidente de la Sala

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Magistrada

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Magistrado

CARLOS ZAMBRANO BARRERA

Magistrado

(Salvamento de voto)

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Magistrado

(Aclaración de voto)

MARTA NUBIA VELÁZQUEZ R.

Magistrada

MARÍA ADRIANA MARÍN

Magistrada

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Magistrado

JAIME RODRÍGUEZ NAVAS

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO MANIFESTADO POR EL DOCTOR CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

APELACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO SE ENTIENDE INTERPUESTA EN DEFENSA DEL ORDEN JURÍDICO, DEL PATRIMONIO PÚBLICO O LAS GARANTÍAS FUNDAMENTALES / AL MINISTERIO PÚBLICO NO LE ES EXIGIBLE LA MANIFESTACIÓN EXPRESA DEL MOTIVO DE APELACIÓN - Decisión genérica, vaga, amplia e imprecisa / POSIBILIDAD DE HACER USO INDISCRIMINADO E INADECUADO DE LA APELACIÓN - Procurador y Agentes del

Ministerio Público / INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN POR EL MINISTERIO PÚBLICO - Obligación de hacerlo de manera justificada y razonada

[N]o comparto la modificación de la tesis que desde la providencia del 27 de septiembre de 2012 y hasta ahora se ha tenido sobre la intervención del Ministerio Público para apelar, pues en la sentencia de la cual discrepo se decidió de manera a mi modo de ver genérica y, por lo mismo, vaga, amplia e imprecisa que “la apelación por parte del Ministerio Público, se entiende interpuesta en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o las garantías fundamentales sin que le sea exigible manifestar esto expresamente, so pena de ser rechazado el recurso de alzada” (negrita fuera de texto), pues, si bien el Ministerio Público tiene la posibilidad de interponer recursos en el proceso contencioso administrativo, no me cabe duda de que lo debe hacer de manera justificada y razonada, ya que, de lo contrario, cualquier apelación que presente, reúna o no estas dos características, debe ser tramitada y decidida de fondo, por lo mismo que “se entiende interpuesta en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o las garantías fundamentales”, dado que no le es “exigible manifestar esto expresamente”. (...) Al abandonarse la postura tomada en el auto del 27 de septiembre de 2012, que pretendía, entre otras cosas, evitar que, con su apelación, el Ministerio Público, so pretexto de defender el interés general, desplazara a las partes o las relevara de cualquier carga o deber procesal, se retrocede en la materia, porque se abre paso claramente la posibilidad de que el Procurador y sus agentes hagan uso indiscriminado e inadecuado de la apelación, pues podrán apelar siempre que así lo decidan, con independencia del propósito real que persigan, hasta actuando así al margen de sus deberes constitucionales (artículo 277 de la Constitución Política) y generando con ello un desgaste indeseable a la administración de justicia.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 277

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA PLENA

SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

Rad. No.: 66001-23-31-000-2007-00005-01(36853)

Actor: LUIS CARLOS DURÁN Y OTROS

Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - SENTENCIA

SALVAMENTO DE VOTO

Con total respeto por las decisiones de la Sala y con pleno acatamiento de la proferida en el asunto de la referencia el pasado 26 de febrero, señalo las razones que me llevan a apartarme de la sentencia adoptada mayoritariamente.

La discrepancia consiste en que no comparto la modificación de la tesis que desde la providencia del 27 de septiembre de 2012 y hasta ahora se ha tenido sobre la intervención del Ministerio Público para apelar, pues en la sentencia de la cual discrepo se decidió de manera a mi modo de ver genérica y, por lo mismo, vaga, amplia e imprecisa que *“la apelación por parte del Ministerio Público, se entiende interpuesta en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o las garantías fundamentales sin que le sea exigible manifestar esto expresamente, so pena de ser rechazado el recurso de alzada”* (negrita fuera de texto), pues, si bien el Ministerio Público tiene la posibilidad de interponer recursos en el proceso contencioso administrativo, no me cabe duda de que lo debe hacer de manera justificada y razonada, ya que, de lo contrario, cualquier apelación que presente, reúna o no estas dos características, debe ser tramitada y decidida de fondo, por lo mismo que *“se entiende interpuesta en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o las garantías fundamentales”*, dado que no le es *“exigible manifestar esto expresamente”*.

Al abandonarse la postura tomada en el auto del 27 de septiembre de 2012, que pretendía, entre otras cosas, evitar que, con su apelación, el Ministerio Público, so pretexto de defender el interés general, desplazara a las partes o las relevara de cualquier carga o deber procesal, se retrocede en la materia, porque se abre paso claramente la posibilidad de que el Procurador y sus agentes hagan uso indiscriminado e inadecuado de la apelación, pues podrán apelar siempre que así lo decidan, con independencia del propósito real que persigan, hasta actuando así al margen de sus deberes constitucionales (artículo 277 de la Constitución Política) y generando con ello un desgaste indeseable a la administración de justicia.

En efecto, existen casos en que por diferentes razones las partes guardan silencio y no apelan la sentencia de primera instancia, por ejemplo, porque estiman satisfactoria la condena a su favor o porque consideran que no hay suficientes argumentos sólidos o pruebas que puedan llevar al juez de segunda instancia a revocar o modificar la sentencia de primera; sin embargo, el Ministerio Público queda en posibilidad de intervenir tomando la posición de la parte, actuación que bien puede entenderse como la defensa de un interés particular que la propia parte interesada, por razones que debían respetarse y que de esta manera se pasan por alto, no encuentra deseable u oportuno defender.

La sustentación del recurso de apelación es una guía para que el juez de segunda instancia pueda ejercer la facultad jurisdiccional que la ley le ha conferido, por lo que su presentación con los fundamentos del caso resulta necesaria y entender que siempre que el Ministerio Público apele sin fundamentar es porque lo hace en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de las garantías fundamentales (objetivos de intervención delimitados por el numeral 7 del artículo 277 de la Constitución Política) resulta erróneo y genera un desgaste innecesario a la administración de justicia, especialmente cuando se han negado las pretensiones y solo el Ministerio Público apela para que se acceda a ellas o se reconozcan las restantes, pues, en tal caso, éste toma de esa manera el lugar del particular demandante, sin importarle las razones que para no apelar haya tenido éste, quien debería ser y es el único juez de lo que quiere o le conviene o no.

A lo anterior se suma que, si quien no apela es la entidad estatal demandada, lo que sucede es que se desdeñan por completo las razones de ésta para tomar tal posición, las cuales bien pueden apuntar, por ejemplo, a que no se encarezca la condena en su contra, porque se estima que no hay posibilidad alguna de éxito, por ejemplo y, aún peor, en el caso de los procesos que hayan de decidirse con ley 1437 de 2011, lo que se logra con la apelación no justificada ni razonada del Ministerio Público es que se tramite por esa vía una suerte de consulta obligada de la sentencia condenatoria, a pesar de que tal mecanismo o grado jurisdiccional desapareció (en buena hora) del mundo jurídico, por lo mismo que no está consagrada ahora en tal ley.

La función del Ministerio Público es servir de orientadora para mantener el equilibrio procesal entre las partes, pero no puede tomar la posición de alguna de ellas, por lo que es imperioso que cumpla los preceptos de la Constitución Política (artículo 277 recién citado) para evitar que exista ambigüedad en sus intervenciones, al no saber si lo que realmente está haciendo al apelar en forma indiscriminada y sin explicación es tomar la posición de una de las partes o si lo está haciendo en favor del interés público.

Por lo anterior, como lo menciona el auto del 27 de septiembre de 2012, *“existe una carga argumentativa en cabeza del Ministerio Público que consiste en señalar de manera expresa cuáles son las circunstancias, razones o motivos en virtud de las (sic) cuales ejerce los medios de oposición a las providencias, así como identificar el apoyo constitucional de su postura”*, razón por la cual, si bien se debe respetar la intervención del Ministerio Público en los procesos contencioso administrativos (sic), también se debe evitar que éste desplace a las partes y las releve de sus cargas dentro de la actuación procesal, cosa que no ocurre con la providencia de la cual discrepo, la cual lleva a lo contrario.

En los anteriores términos, dejo expuestas las razones que me llevan a disentir de la posición mayoritaria asumida en el *sub examine* por la Sala Plena de la Sección Tercera.

Atentamente,

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

ACLARACIÓN DE VOTO MANIFESTADO POR EL DOCTOR GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR EL MINISTERIO PÚBLICO - Carga argumentativa

Acompañé la decisión que se adoptó el 26 de febrero de 2018, que unificó jurisprudencia respecto a la “carga argumentativa” que le atañe al Ministerio Público al interponer el recurso de apelación, porque refleja la postura que sostuve en la aclaración de voto 31403 de 2016. En efecto, esa “carga argumentativa” que se le imponía al Ministerio Público al interponer el recurso de apelación, no estaba prevista en disposición alguna y obstaculizaba las tareas de la Procuraduría como representante de la sociedad, abogado de la nación -en su dimensión sociológica- y garante del orden jurídico. Ahora, resulta connatural a la función de impartir justicia rectificar jurisprudencia y, por regla general, estos cambios deben aplicarse, incluso, a los asuntos pendientes de ser decididos y que se hallan cobijados por la misma regla de derecho objeto de interpretación.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA PLENA

SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

Rad. No.: 66001-23-31-000-2007-00005-01(36853)

Actor: LUIS CARLOS DURÁN Y OTROS

Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - SENTENCIA

ACLARACIÓN DE VOTO

Acompañé la decisión que se adoptó el 26 de febrero de 2018, que unificó jurisprudencia respecto a la “carga argumentativa” que le atañe al Ministerio Público al interponer el recurso de apelación, porque refleja la postura que sostuve en la aclaración de voto 31403 de 2016.

En efecto, esa “carga argumentativa” que se le imponía al Ministerio Público al interponer el recurso de apelación, no estaba prevista en disposición alguna y obstaculizaba las tareas de la Procuraduría como representante de la sociedad, abogado de la nación -en su dimensión sociológica- y garante del orden jurídico.

Ahora, resulta connatural a la función de impartir justicia rectificar jurisprudencia y, por regla general, estos cambios deben aplicarse, incluso, a los asuntos pendientes de ser decididos y que se hallan cobijados por la misma regla de derecho objeto de interpretación.

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ El *a quo* las decretó mediante auto de 27 de septiembre de 2007, f. 189 c.1.

² El presente proceso tiene vocación de doble instancia comoquiera que la cuantía corresponde a 4.500 gramos oro, lo que equivalía a la suma de doscientos ocho millones setecientos cinco mil cuatrocientos diez pesos, y que supera los 500 salarios mínimos exigidos por el Código Contencioso Administrativo.

³ “La unificación consiste, por lo tanto, en la valoración de las copias simples que han integrado el proceso y, en consecuencia, se ha surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, rad. 05001-23-31-000-1996-00659-01, exp. 25.022, C.P. Enrique Gil Botero.

⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, Auto del 27 de septiembre de 2012, exp. 08001-23-31-000-2008-00557-01(44541), C.P. Enrique Gil Botero

⁵ En reciente pronunciamiento, la Corte Constitucional reiteró su jurisprudencia sobre el punto. Ver Corte Constitucional. Sentencia T-015 de 2012.

⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, Auto del 27 de septiembre de 2012, exp. 08001-23-31-000-2008-00557-01(44541), C.P. Enrique Gil Botero.

⁷ “Es decir, existe una carga argumentativa en cabeza del Ministerio Público que consiste en señalar de manera expresa cuáles son las circunstancias, razones o motivos en virtud de las cuales ejerce los medios de oposición a las providencias, así como identificar el apoyo constitucional de su postura. En otros términos, es preciso que el Procurador General de la Nación o sus delegados determinen el escenario constitucional que sirve de fundamento para la impugnación (v.gr. la defensa del orden jurídico, el patrimonio público o las garantías fundamentales) y las razones expresas por las cuales el respectivo recurso se orienta a la protección de alguno de esos fines, varios de ellos o todos”. *Ídem*.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera-Sala Plena, sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 19001233100019990081501 (21515), actor: María Hermenza Tunubala Aranda, C.P. Hernán Andrade Rincón.

⁹ Sobre la referida función, la doctrina jurídica ha sostenido: “Sin embargo, la responsabilidad no es un término que se pueda confundir con resarcimiento, pues las reglas de la responsabilidad civil pueden cumplir otras funciones diferentes a la de la compensación de los daños; así, se habla de una función preventiva, según la cual la responsabilidad puede servir de mecanismo para evitar que se produzcan daños, función que se traduce en la influencia que las reglas de la materia pueden tener sobre la forma en que una persona despliega determinada actividad que podría dar lugar a la producción de un daño. La función preventiva se inscribe como una función social (...) y teniendo en cuenta que en el centro del análisis de la responsabilidad se encuentra el sujeto que ha sufrido el daño, la prevención se manifiesta también con un importante contenido económico, toda vez que la forma del resarcimiento que reciba la víctima de un daño tendrá la capacidad de señalar modelos de comportamiento para los potenciales causantes de daños, pues estos podrán traer indicaciones claras sobre costos y sobre incentivos, según la forma en que el daño haya sido liquidado”. Édgar Cortés, Responsabilidad Civil y Daños a la Persona. El daño a la Salud en la Experiencia Italiana, ¿Un Momento para América Latina? Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2012, p. 62-63.

¹⁰ Al respecto, la Sala ha dicho: “Ahora bien, es evidente que cuando las autoridades que tienen a su cargo el cuidado, custodia y vigilancia de los reclusos incurren en acciones u omisiones constitutivas de falla del servicio, la responsabilidad patrimonial del Estado tendrá que ser declarada con base en este título jurídico de imputación. Dicho en otros términos, en cualquier caso, será necesario determinar si las autoridades actuaron dentro del marco de sus obligaciones legales y constitucionales, más aún, con el fin de que la administración adopte los correctivos que sean del caso para evitar situaciones vulneradoras que comprometan su responsabilidad nuevamente (nota n.º 12 de la sentencia en cita: “Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2010, exp. 25000-23-26-000-1997-03365-01(18271), actor: Myriam Roa Duarte y otros, C.P. Mauricio Fajardo Gómez”). Consejo de Estado, sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de mayo de 2012, exp. 25000-23-26-000-2000-02130-01(24071), actor: Rosa Elena Herrera Carrillo y otros, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹¹ [2] Hasta 1989, la jurisprudencia del Consejo de Estado resolvió los casos relacionados con daños causados por armas de dotación oficial a través de la falla del servicio probada -sentencia de octubre 21 de 1982- con alguna incursión en la presunción de culpa -sentencia de octubre 24 de 1975, Exp. 1631-. Pero en sentencia del 20 de febrero de ese año, Exp. 4655, el Consejo de Estado habló de falla del servicio presunta. En tal sentencia se dijo que el actor sólo debía acreditar que ha sufrido un perjuicio indemnizable y la existencia de una relación causal con el servicio y, por su parte, la Administración sólo podía exonerarse de toda responsabilidad si probaba que aunque el daño fue causado por un hecho a ella imputable, obró de tal manera prudente y diligente, que su actuación no puede calificarse como omisiva, imprudente o negligente, que dé lugar a comprometer su responsabilidad. Posteriormente se consideró que los daños producidos por cosas o actividades peligrosas, como el uso de armas de fuego de dotación oficial, debían analizarse bajo el régimen de presunción de responsabilidad -sentencias de agosto 24 de 1992, Exp. 6.754 y, de septiembre 16 de 1999, Exp. 10922- en el entendido de que la falla sólo habrá de presumirse en los eventos de responsabilidad médico hospitalaria. Más adelante, la Sala señaló que el régimen aplicable es el de responsabilidad objetiva en aplicación de la teoría del riesgo, posición que se mantiene en la actualidad -sentencias de julio 14 de 2004, Exp. 14308; de febrero 24 de 2005, Exp. 13967 y; de marzo 30 de 2006, Exp. 15441-.

¹² [3] Al respecto existen abundantes antecedentes jurisprudenciales, ver entre otras: Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencias de agosto 19 de 2004, Exp. 15791, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; marzo 10 de 2005, Exp. 14808, C.P. Germán Rodríguez y; abril 26 de 2006, Exp. 15427, C.P. Ruth Stella Correa.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de noviembre de 2009, exp. 05001-23-24-000-1994-02073-01(17927), actor: Elizabeth Pérez Sosa y otros, C.P. (e) Mauricio Fajardo Gómez. En el mismo sentido ver de la Subsección B, sentencia de 31 de julio de 2014, exp. 27900, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹⁴ De acuerdo con el artículo 216 de la Constitución “... todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas.// La ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar”.

¹⁵ La Sala ha decidido la responsabilidad del Estado bajo el régimen de daño especial cuando el daño se produjo como consecuencia del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas; mientras que el régimen de riesgo excepcional ha sido aplicado a aquellos casos en los cuales el daño proviene de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos. Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias del 15 de octubre de 2008, exp. 18.586, C.P. Enrique Gil Botero; del 10 de agosto de 2005, exp. 16.205, C.P. María Elena Giraldo; y del 2 de febrero de 2005, exp. 15.445, C.P. María Elena Giraldo.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 28 de abril de 2010, exp. 18.111, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, y del 3 de mayo de 2007, exp. 16.200, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre de 2008, exp. 18.586, C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁸ De acuerdo con lo previsto en el artículo 13 de la Ley 48 de 1993, existen cuatro modalidades para la prestación del servicio militar obligatorio: a) como soldado regular; b) como soldado bachiller; c) como auxiliar de policía bachiller y d) como soldado campesino. Esto sin perjuicio de la facultad que le asiste al gobierno nacional de establecer otras modalidades para atender la obligación de prestar el servicio militar obligatorio.

¹⁹ El artículo 37 del Código Civil consagra: "*Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y los primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí*".

²⁰ Sección Tercera, sentencias de 10 de abril de 2003, exp. 13834, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; 10 de julio de 2003, exp. 14083, C.P. María Elena Giraldo Gómez; 12 de febrero de 2004, exp. 14955, C.P. Ricardo Hoyos Duque; 24 de febrero de 2005, exp. 14335, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; 10 de marzo de 2005, exp. 14808; 8 de marzo de 2007, exp. 15459, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 23 de abril de 2008, exp. 16186, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; 19 de noviembre de 2008, exp. 28259, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. De la Subsección "B", ver por ejemplo, sentencia de 8 de febrero de 2012, exp. 23308, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

²¹ Sobre el particular ver, por ejemplo, Sección Tercera, Subsección "B", sentencia de 29 de marzo de 2012, exp. 16448, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 50001231500019990032601 (31172), C.P. Olga Mérida Valle de la Oz.

Fecha y hora de creación: 2024-12-31 06:27:12