

CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Radicación: 05001232500019940002001 (19031)
Actor: Antonio José Vigoya Giraldo y otros
Demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional
Naturaleza: Acción de reparación directa

SALVAMENTO DE VOTO

Consejeros: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
DANILO ROJAS BETANCOURTH

Con el debido respeto por la posición mayoritaria, exponemos a continuación las razones que nos llevaron a apartarnos parcialmente de la decisión.

1°. En el *sub lite* la Sala centró el análisis de la responsabilidad en la falla del servicio por omisión, consistente en la no señalización de los lugares en los que las minas antipersonales habían sido instaladas por la entidad pública demandada. Consideró la mayoría, frente a la necesidad de colocar los artefactos, que medidas mínimas de seguridad exigen demarcación del territorio, en orden a proteger particularmente a la tropa y los soldados conscriptos.

No compartimos dicha apreciación, en la medida en que la responsabilidad de la administración accionada estuvo comprometida desde el momento mismo de la colocación de las minas, pues utilizó armas no convencionales, poniendo en peligro no solo a todo el personal militar - independientemente de su vinculación de la institución, ya sea profesional o conscripto-, sino también a la comunidad, haciendo uso de armas que no pueden usarse contra el enemigo.

Con dicha actuación el Estado violó su deber de protección, en atención a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 2 de la Constitución Política, pues las autoridades de la república han sido instituidas para garantizar la vida, bienes, derechos, libertades y creencias de los asociados, lo que las obliga a no hacer uso de los procedimientos o medios de ataque utilizados por quienes se encuentran al margen de la ley.

En la página 12 de la sentencia, a manera de pedagogía, se hace referencia a la *"Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción"*, adoptada mediante la Ley 554 de 2000 y también se dice que el instrumento, para entonces, no resultaba aplicable *"como guía de la conducta de la fuerza pública"*; dejando a un lado la Convención de Ginebra de 1949 vigente para Colombia desde el 8 de mayo de 1962, al igual que los protocolos adicionales a los convenios, suscritos el 8 de junio de 1977 y aprobados mediante la Ley 171 de 1994¹.

Las minas antipersonas son pequeños explosivos que pueden estar en cualquier parte -a diferencia de otras armas, visibles y de objetivo definido- accionadas por las propias "víctimas", es decir, fueron concebidas para atacar a cualquiera, pues sólo se requiere tropezar con ellas.

Se trata de armas no convencionales porque destruyen sin miramiento con igual facilidad al niño, al soldado, al insurgente es decir, al amigo y al enemigo, así éste se encuentre en combate o fuera de él. Siempre fue así y seguirá siéndolo, antes de la Ley 554 de 2000 y después, en cuanto no se trata de nada distinto a principios de derecho de gentes, obligatorio para todos los integrantes de la comunidad internacional, solo por el hecho de serlo.

La Convención de Ginebra de 1949² y sus protocolos adicionales dan cuenta del principio del derecho internacional humanitario según el cual

¹ Su exequibilidad fue estudiada por la Corte Constitucional en sentencia C-225 de 1995. Los protocolos I y II adicionales fueron ratificados el 1 de septiembre de 1993 y el 14 de agosto de 1995 y entraron en vigor el 1º de marzo de 1994 y el 15 de febrero de 1996, respectivamente.

² Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977.

las partes en un conflicto armado no pueden elegir métodos o medios de combate, capaces de causar daños superfluos o sufrimientos innecesarios, particularmente:

- Realizar ataques indiscriminados
- Matar o herir a traición a enemigos o nacionales
- Emplear armas o municiones que causen daño innecesario

El título IV de dicha Convención contempla medidas de protección para la población civil, en caso de operaciones militares así:

Artículo 13. 1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Para hacer efectiva esta protección, se observarán en todas las circunstancias las normas siguientes.

2. No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.

3. Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.

De igual forma, el título II relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra, consagró el derecho que tiene la población en conflicto, sin distinción desfavorable alguna, especialmente en cuanto a la raza, la nacionalidad, la religión o la opinión política, a que se protejan sus derechos fundamentales e inalienables y a que se alivien los sufrimientos originados por la guerra (art. 13).

En la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados -Protocolo II de Ginebra de 1980, sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos, prohíbe, en todas las circunstancias emplear este tipo de

armas, sea como medio de ataque, como mecanismo de defensa o a título de represalia.

El conflicto interno de un país exige el desarrollo de cánones que propendan por la aplicación de principios éticos mínimos de respeto hacia la persona humana, cualquiera fuese su condición.

Tales principios humanitarios se encuentran respaldados por instrumentos jurídicos internacionales que el Estado colombiano debe respetar y aplicar. Si nuestro gobierno ha suscrito tratados de derecho humanitario y a través de leyes de la república las ha aprobado, está en la obligación legal y moral frente al país, de cara a la comunidad internacional y al conflicto mismo, de acatarlos y cumplirlos.

2º. En relación con el perjuicio a la salud, compartimos la apreciación de la Sala en cuanto se trata de reconocer el daño proveniente de una afectación a la integridad psicofísica, en el ámbito físico, psicológico, sexual o estético, de tal forma que, ante la aminoración resulte procedente restablecer a la víctima por la afectación del derecho constitucional y fundamental a la salud (artículo 49 C.P.), en el entendido de que se trata de un solo daño que comprenderá un universo de lesiones, antes comprendidas en conceptos que por su amplitud resultaban equívocos –fol. 42-.

Reforzando la misma idea, consideramos que *"(..) un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia –antes denominado daño a la vida de relación-, precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado a la salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud"* –folio 43-. Al tiempo que *"(..) desde esta panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración a las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad sicofísica"*. Siendo así el cambio de

denominación, encuentra su razón de ser en el abandono de la ambigüedad conceptual, innecesaria ante el daño a la salud que permite establecer parámetros en orden a procurar condenas desprovistas de subjetividad a todas luces violatorias del derecho a la igualdad.

Siendo así, en aras de la precisión, claridad y concreción para efectos de la indemnización, en tanto el daño a la salud estaría referido a afectaciones de la integridad psicofísica y encaminado a cubrir no solo la modificación de la unidad corporal, sino las consecuencias que esta genera, su tasación tendría que corresponder con el perjuicio causado y así mismo con la indemnización reconocida en otro o en el mismo asunto, frente a similares lesiones.

En suma, si el daño a la salud como una categoría del daño inmaterial adquiere concreción y delimitación y, desde el punto de vista ontológico, impide que existan una multiciplidad de categorías resarcitorias, al comprender los aspectos físicos y psíquicos, no podrá subdividirse en diversos daños -estético, sexual, relacional, social o individual- sino que tendría que repararse con base en dos componentes, i) uno objetivo determinado por porcentaje de invalidez, conforme a valores preestablecidos y, ii) uno subjetivo, que permitiría incrementar en una determinada proporción el primer valor, atendiendo a particularidades cuando las haya y se encuentren probadas.

En esta línea de pensamiento el arbitrio iuris tendría que verse desplazado por un criterio objetivo, privilegiando así la aplicación del artículo 16 de la Ley 446 de 1998³. Toda vez que en palabras de la Corte Constitucional i) *"el resarcimiento, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, más no puede superar ese límite"*⁴ y ii) la reparación del daño debe dejar indemne a la persona, como si el daño no hubiere ocurrido y de no ser posible acercarse a la situación más próxima al anterior evento.

³ Art. 16 Ley 446 de 1998 "Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de los daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá a los principios de reparación integral y observará los criterios técnicos actuariales".

⁴ C-197 de 20 de mayo de 1993 Corte Constitucional.

Se encuentra que, en este caso particular, a pesar de las variables enunciadas para la tasación del daño a la salud se acoge en su integridad las pretensiones relativas a las distintas tipologías de daños a la integridad psicofísica subsumidas en uno sólo, al que se llama daño a la salud, apartándose de los razonamientos, de la parte motiva y dejando a un lado la perspectiva objetiva. Esto es así porque se indemnizó con el quantum pedido en la demanda, sin correspondencia con la anhelada objetivación del daño a la integridad psicofísica, en aras de restablecer la resquebrajada igualdad de las víctimas.

De manera que si bien estamos de acuerdo con la responsabilidad estatal, sin perjuicio de la aclaración, no comulgamos con la nueva denominación en cuanto no corresponde con la liquidación de la condena, la cual tendría que haberse sustentado en una base objetiva que le permita a la Sección, no solo acoger una nueva denominación sino avanzar en el respeto a la igualdad de las víctimas.

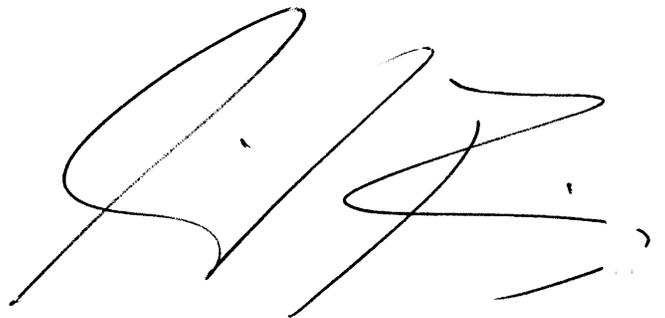
En los términos anteriores dejamos consignados nuestro disenso.

Fecha *ut supra*.



STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Consejera de Estado



DANILO ROJAS BETANCOURTH

Consejero de Estado