



Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No. 3
Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, veintiséis (26) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control: Reparación Directa
Demandante: **Cindy Karina Caicedo Luna y otros**
Demandado: Ejército Nacional
Expediente: 15759 3333 001 2016 00015 02

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fl. 274 a 279), contra la sentencia de primera instancia proferida el 17 de julio de 2017 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda instaurada, contra la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional y a través de apoderado judicial por Cindy Karina Caicedo Luna, en nombre propio y en representación legal de Leonel Mauricio Rodríguez Caicedo; Luz Danile Estupiñán en nombre propio y en representación legal de Lisa Cristina Rodríguez Estupiñán; Breitan Esteban Rodríguez Estupiñán; José Antonio Rodríguez Ortega; Graciliana Martínez de Rodríguez; Daira Emilsa Rodríguez Estupiñán; Elizabeth Estupiñán; y, Emedonia Estupiñán.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda (fl. 8 a 26). En ejercicio del medio de control de reparación directa, mediante apoderado judicial, la parte actora solicitó que se declare responsable administrativa y patrimonialmente a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional por los daños ocasionados por la muerte de Leonel Iban Rodríguez Estupiñán.

Como consecuencia de lo anterior, que se condene a la entidad a pagar como i) **perjuicios materiales** por concepto de lucro cesante a favor del hijo y la compañera permanente de la víctima, la suma de quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno; ii) **perjuicios morales** para cada uno de los demandantes en cuantía de cien salarios mínimos legales mensuales vigentes; y iii) **perjuicios en la vida en relación o afectación a las condiciones de existencia** por el equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Como fundamentos fácticos relevantes, adujo lo siguiente:

- ✓ E
El señor Leonel Rodríguez Martínez y Luz Danile Estupiñán Caicedo, procrearon a Leonel Iban Rodríguez Estupiñán.
- ✓ L
Leonel Iban Rodríguez Estupiñán era compañero permanente de Cindy Karina Caicedo Luna, y de esta unión, nació Leonel Mauricio Rodríguez Caicedo el 23 de enero de 2011.
- ✓ L
Leonel Iban Rodríguez Estupiñán ingresó como **soldado profesional** al Ejército Nacional.
- ✓ E
El día 13 de octubre de 2013, Leonel Iban Rodríguez Estupiñán, estando en servicio, murió de forma violenta.
- ✓ A
Aunque se informó por parte de los superiores como causa de muerte el suicidio, el cadáver presentaba varias lesiones.

2.2. Contestación de la demanda (ff. 111 a 120). La entidad demandada, a través de apoderado, se opuso a las pretensiones con fundamento en lo siguiente:

Aseguró que la víctima era soldado profesional y en esta medida, gozaba de formación y capacitación. Que no hay prueba de la negligencia, omisión o descuido por parte de la entidad, ni tampoco que el daño se hubiese causado por un riesgo excepcional o anormal.

Además, que el daño se derivó de un riesgo propio del servicio, e insistió en que el señor Rodríguez Estupiñán no era soldado conscripto, sino que decidió de forma voluntaria, vincularse a las Fuerzas Militares como soldado profesional teniendo claro que actuaría en las Unidades de Combate en desarrollo de Operaciones Militares, orientadas a la conservación y restablecimiento del orden público, tal como lo establece el Decreto 1793 de 200, por medio del cual se expide el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

Que el Consejo de Estado, ha considerado que en casos como éste, el Ejército Nacional no está llamado a responder al tratarse de riesgos que deben asumir los profesionales de armas, para fundamentar su dicho citó la sentencia proferida el 25 de noviembre de 1999 con ponencia del doctor Jesús María Carrillo Ballesteros en el expediente N° 12220 (ff. 116).

Agregó que el daño fue consecuencia de la culpa exclusiva de la víctima porque desatendió su deber jurídico como integrante de las Fuerzas Militares, relacionado con portar las armas de fuego con el debido cuidado.

Que la entidad ni los compañeros del Batallón conocieron de la intención suicida de la víctima, y no hay pruebas sobre algún tipo de conducta que hiciera prever la ocurrencia de este hecho o que sus superiores incidieran en la decisión.

Concluyó que el Ejército Nacional en modo alguno incumplió su deber de seguridad y vigilancia respecto de la custodia de las armas de fuego.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 257 a 262)

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, puso término a la instancia con sentencia proferida el **17 de julio de 2017**, negando las pretensiones de la demanda.

Contrajo el problema jurídico a determinar si la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, es patrimonialmente responsable a título de falla en el servicio por los perjuicios padecidos por los demandantes derivados de la muerte del soldado profesional Leonel Iban Rodríguez Estupiñán, ocurrida en servicio activo, el 13 de octubre de 2013.

En primer término, consideró que en el caso de soldados profesionales debe estudiarse la responsabilidad “por el sistema de indemnización predeterminada o automática (a forfait), establecida en las normas laborales para el accidente de trabajo¹” (fl. 258).

Dijo que, si el daño se produce por falla del servicio o por exposición de la víctima a un riesgo excepcional en comparación con el que deben enfrentar sus demás compañeros de armas, surge el derecho a una reparación integral de los perjuicios causados.

A continuación, se refirió al daño alegado por los demandantes en relación con la muerte del soldado profesional Leonel Iban Rodríguez Estupiñán. En el título de juicio de imputación, el a-quo, relató que:

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 20 de febrero de 1997, exp. 11.756, C.P. Jesús María Carrillo; 3 de mayo de 2007, exp. 16.200, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; 26 de mayo de 2010, exp. 19.000, C.P. Ruth Stella Correa; 9 de junio de 2010, exp. 16.285, C.P. Gladys Agudelo Ordóñez, entre otras.

- ✓ E
El 21 de marzo de 2012 la víctima le manifestó al Comandante del Ejército Nacional su intención de ingresar como soldado profesional e informó que era reservista de primera clase, que no registraba problemas de sanidad o justicia y que conocía el Decreto 370 –sin más datos-.
- ✓ D
Durante el tiempo de su vinculación no fue objeto de alguna investigación penal o disciplinaria.
- ✓ P
Hasta la fecha de la muerte de Leonel Rodríguez Estupiñán se encontraba laborando en la Tercera Escuadra al mando del C3 Puello Molina Alexander.
- ✓ L
La muerte la causó un proyectil con arma de fuego.

Al analizar las pruebas, el Juez de primera instancia concluyó que el disparo se produjo de manera accidental:

"(...) del escaso material probatorio aportado al proceso pero valorado en conjunto, se puede advertir que dicho disparo se produjo de manera accidental, como quiera que no se presentaron circunstancias que permitan avalar una hipótesis diferente, máxime cuando en la demanda no se fundamentó la falla del servicio alegada en la demanda (sic), pues simplemente se limitó a manifestar que en el hecho se presentaron múltiples inconsistencias que están investigando por la Fiscalía General de la Nación porque el cadáver presentaba varias lesiones que no pudieron ser causadas por el impacto (hecho 5° de la demanda folio 13), sin que la parte actora allegara elementos probatorios que soportaran o demostraran las presuntas inconsistencias en el hecho que dio origen a este proceso." (fl. 260 y 260 vto.).

Agregó que la víctima contaba con experiencia de 2 años, 8 meses y 25 días al servicio del Ejército Nacional y con preparación en el manejo de armas, por tal motivo debía cumplir con los protocolos de seguridad para limpiar el Fusil Galil calibre 5.56 mm, y desarmar el arma sin apuntarse contra su humanidad ni dar por cierto que al retirar el proveedor, el fusil quedaría descargado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la sentencia, el apoderado judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación (fl. 268 a 273).

Dijo que se demostró que Leonel Iban Rodríguez Estupiñán falleció el 13 de octubre de 2013 en el Municipio de Pisba Boyacá, y que durante su deceso se encontraba al servicio del Ejército Nacional como Soldado Profesional adscrito al Batallón de

Combate Terrestre N° 38, Décima Sexta Brigada "quedando demostrado el daño antijurídico en el presente asunto" (fl. 268).

En relación con las circunstancias de modo, tiempo y lugar, destacó como inconsistencias, las siguientes:

✓ E

s cuestionable que el a-quo inferiera que la lesión sufrida por el soldado Rodríguez se originó con un arma de dotación oficial y que se tratara de la asignada a la víctima. Si bien, dijo, en el informe pericial de necropsia N° 201301013500100991900 se informó sobre una herida de entrada de proyectil en la región periumbilical derecha con trayectoria atípica a la que usualmente tienen los disparos de fusil, lo cierto es que "resulta bastante improbable que dicha lesión haya sido producida por el tipo de arma que portaba el señor LEONEL, puesto que según los manuales de balística internacional, este tipo de arma de largo alcance generan heridas de alto impacto transfixiones y con características distintas a las descritas en el informe aludido, más aun, teniendo en cuenta la distancia de disparo con la que supuestamente se hubiere propinado el mismo" (fl. 269).

Que por la alta energía cinética que produce el disparo de fusil, los orificios de salida se caracterizan por ser de gran magnitud.

✓ N

o resulta coherente para la actora que ante la ausencia de orificio de salida, no se hubiese encontrado ningún proyectil alojado en la cavidad abdominal e insistió en que éste "debió encontrarse dentro del cuerpo del señor RODRÍGUEZ y de ser así se habría podido sustentar la teoría de que el deceso del soldado aconteció por una herida propinada por arma de dotación oficial, ya que en tal caso se habría podido realizar todas las pruebas pertinentes que permitieren confirmar si dicho disparo salió del arma de dotación del fallecido" (fl. 269).

✓ S

ostuvo que la Policía Judicial infirió de forma automática que la causa de la muerte fue accidental, lo cual llevó a la omisión de procedimientos pertinentes para corroborar o controvertir esta teoría como embalaje de las manos del occiso en bolsas de papel y plástico, toma de muestras de las manos, prueba atómica al arma de dotación asignada al fallecido.

✓ Q

ue el fusil se encontraba a 2.40 metros del cadáver, lo cual le genera dudas

relacionadas con que el disparo fue accidental, toda vez que "resulta inverosímil que una persona logre dispararse "accidentalmente" y de manera inmediata lance el fusil lejos de su cuerpo hasta la distancia estipulada en dicho gráfico" (fl. 269 a 270).

✓ S
según la versión de los familiares, el cadáver del señor Leonel Iban Rodríguez Estupiñán presentaba diferentes traumas en otras partes del cuerpo, una de estas consistente en la desviación del tabique.

Concluyó en relación con lo anterior, que era necesario un estudio probatorio detallado por parte del juez de primera instancia.

Por otra parte, expresó que durante el transcurso del proceso administrativo, los familiares recibieron llamadas anónimas de compañeros que referían que los hechos alrededor de la muerte del señor Rodríguez no habían ocurrido de manera accidental ni voluntaria, sino que se habían manipulado, pero que no se cuenta con sus testimonios porque fueron amenazados.

Manifestó dudas sobre la veracidad de los testimonios rendidos ante la Fiscalía 26 de Sogamoso por Alexander Puello Molina, Bolívar Augusto Rengifo Anacona y Jhon Mario Rentería Martínez, orgánicos del Batallón de Combate Terrestre N° 38 adscrita a la Brigada 16 con sede en Yopal. Por lo tanto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 327 del CGP y 212 del CPACA, solicitó "se estudie la posibilidad de que sean llamados a declarar" (fl. 271).

Por último, dijo que limpiar los fusiles por ser actividad de alto riesgo, debía estar supervisada por un suboficial para evitar hechos como el que aquí se debate.

IV. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA

4.1. Admisión recurso apelación (fl. 286)

En auto del **12 de septiembre de 2017**, se resolvió admitir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra de la sentencia de primera instancia.

4.2. Traslado alegatos de conclusión (fl. 290)

Mediante providencia de 2 de octubre de 2017, se resolvió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento. En la misma, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

4.2.1 Parte actora. Guardó silencio.

4.2.2. Parte demandada. Guardó silencio.

4.2.3. Ministerio Público (fl. 292 a 297). El señor Procurador 46 Judicial Delegado ante este Tribunal, en su concepto de fondo opina que se debe confirmar la sentencia de primera instancia.

Dijo que en relación con los daños sufridos por quienes ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado como los militares, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha considerado que no se compromete la responsabilidad del Estado, toda vez que estos se generan con ocasión de la relación laboral y se indemnizan a fort fait. Agregó, que la reparación directa procede cuando se configura falla del servicio.

Que en el caso en concreto, frente al argumento que la lesión no fue causada con el arma de dotación del soldado profesional fallecido por la gravedad de las heridas, consideró que debían fundarse en pruebas técnicas como experticias de balística.

Sobre la omisión de procedimientos por parte de Policía Judicial como el embalaje de las manos del occiso en bolsas de papel o plástico, toma de muestras de hisopado de las manos, afirmó que no tiene la fuerza de controvertir la tesis central de la sentencia de primera instancia, en tanto la carga de la prueba del demandante no puede omitirse para trasladarse a la Fiscalía General de la Nación en un proceso de naturaleza penal.

Al contrario -dijo-, el accionar accidental del arma de fuego por parte del soldado profesional Leonel Iban Rodríguez Estupiñán, cuenta con soporte probatorio suficiente.

Respecto a la eventual lesión del tabique de la víctima y las llamadas anónimas recibidas por sus familiares, dijo, debían ser objeto de prueba.

Y, manifestó que la solicitud probatoria de segunda instancia no cumple con los requisitos previstos en el artículo 212 del CPACA.

V. CONSIDERACIONES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la **parte demandante**, contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Sogamoso, el día **17 de julio de 2017**.

En síntesis, sostiene el apoderado de la parte actora, que la muerte del señor Leonel Iban Rodríguez Estupiñán no fue accidental, y es indispensable analizar en conjunto las pruebas que obran en el expediente.

5.1. Cuestiones previas

5.1.1. De la vinculación de la Nación

Con la demanda, fue llamada a responder la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional (fl. 3), y mediante auto de tres (3) de junio de dos mil dieciséis (2016) se admitió contra estas entidades (fl. 98 a 99). Sin embargo, la demanda la contestó el Ejército Nacional (fl. 111 a 120).

De conformidad con el artículo 159 del CPACA la entidad, órgano u organismo estatal está representado por la persona de mayor jerarquía que expidió el acto o produjo el hecho. Por lo tanto, a esta Sala no le queda duda que, en el sub-lite, la Nación no puede, en manera alguna, ser llamada para la reparación de un daño, que según el demandante fue causado por el Ejército Nacional.

En tales condiciones, el análisis que acá se hace abordará únicamente la condición de demandado del Ejército Nacional, entidad que forma parte de la estructura del Ministerio de Defensa².

Si bien este aspecto no fue objeto de apelación, no lo es menos que tratándose de los extremos procesales, demandante y demandado, no puede la Sala pasar por alto tal circunstancia que se perfila como sustancial.

5.1.2. Del decreto de pruebas en segunda instancia

El artículo 212 del CPACA, prevé que cuando se trate de apelación de sentencia, las partes podrán pedir pruebas en segunda instancia **en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso**.

² De acuerdo con el artículo 6º del Decreto 1512 de 2000, forma parte de la estructura Ministerio de Defensa el Ejército Nacional.

En efecto, el legislador al establecer de forma clara las oportunidades procesales para solicitar, decretar y practicar las pruebas, reconoció su importancia como el instrumento para la realización del derecho sustancial en el marco del debido proceso³ y la seguridad jurídica⁴, así como garantía de certeza sobre el momento en el cual ocurre la preclusión de las actuaciones que pueden ser controvertidas.

La prueba como medio de convicción se rige por el principio de **auto responsabilidad**, contemplado en el artículo 167 del CGP⁵, en virtud del cual, a las partes les corresponde acreditar los hechos alegados. De suerte que, su carga “se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable...”⁶.

Entonces, los sujetos de derecho que intervienen en el proceso, tienen el deber de solicitar las pruebas en los términos y las oportunidades establecidas en la ley, so pena que el juzgador, no las pueda valorar en el momento de proferir sentencia.

Ello, es consecuencia directa de la **preclusión de los actos procesales**, que implica la clausura definitiva de las actividades que legalmente se pueden llevar a cabo en cada etapa. De esta forma, se realizan los derechos a la igualdad, contradicción, y se otorga certeza sobre el momento en que se consolida una situación jurídica⁷.

Sobre los medios de convicción alegados en una etapa diferente a la establecida en el estatuto procesal, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”, con ponencia del Consejero Hernán Andrade Rincón, en sentencia proferida dentro del

³ Artículo 29 de la Constitución Política.

⁴ La Corte Constitucional, ha considerado que el principio de la seguridad jurídica ostenta un rango constitucional, derivado de su preámbulo y de los artículos 1, 2, 4 y 6. Sobre el particular, ver entre otras: Sentencia C-250 de 2012 con ponencia del doctor Humberto Antonio Sierra Porto

⁵ Artículo 167. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio. 22 de julio de 2009. Radicación número: 23001-23-31-000-1997-08763-01(17552). Actor: ALBERTO VERGARA MELLADO. Demandado: MUNICIPIO DE VALENCIA. Referencia: ACCION CONTRACTUAL

⁷ La Corte Constitucional, en sentencia T-213 de 2008, con ponencia del doctor Jaime Araújo Rentería, abordó el estudio sobre las normas procesales y se refirió al principio de preclusión procesal.

proceso número 68001-23-15-000-1999-00921-01(31318), promovido por Maricela Barajas Mayorga y otros contra el Municipio de Floridablanca y otro, el 12 de febrero de 2015, sostuvo:

“Respecto de casos similares, la Sala ha considerado:

“(…) Como se observa, los aludidos documentos fueron aportados después de agotarse la etapa procesal prevista para el efecto, supuesto bajo el cual los referidas documentos no pueden ser objeto de apreciación judicial, de conformidad con el principio de preclusión que inspira los actos procesales”⁸.
⁹(Se destaca).

También ha expresado la Sala:

“Por otra parte y frente a la solicitud elevada por la parte actora en cuanto a que se revoque falla apelado en el sentido de que se tenga como demandantes a los señores Zoraida Esther Alvarado Manuel, Alma Samper, Lisheth Cecilia Cuéllar López, Álvaro Apolinar Alvarado Cuéllar, Juan Carlos Alvarado Narváez y Thalía Alvarado Narváez, la Sala considera importante precisar que si bien con el recurso de apelación se allegaron unos registros civiles de nacimiento y el poder para actuar de dichas personas, lo cierto es que tales documentos no pueden acogerse en esta instancia por cuanto, el decreto y práctica de pruebas en segunda instancia se rige por lo previsto en el artículo 214 del C.C.A., por consiguiente tanta sólo en la medida en que el medio de prueba se ajuste a alguno de los supuestos contemplados en dicha disposición, como a aquellos presupuestos generales y especiales según el medio probatorio correspondiente, podrá accederse a su decreto en esta instancia; (…)

De conformidad con lo anterior, la posibilidad de decretar pruebas en segunda instancia con fundamento en el artículo 214 del C.C.A., se circunscribe exclusivamente a aquellos eventos en los cuales no hubiere sido posible su incorporación al proceso por circunstancias ajenas a la actuación a culpa de la parte interesada, ora porque decretadas en primera instancia se hubieren dejado de practicar sin culpa de quien las solicitó o porque versen sobre hechos nuevos ocurridos con posterioridad a la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, lo cual impide, por obvias razones, que hubieren sido aportadas o pedidas en esa oportunidad o, tratándose de prueba documental, no hubieren podido aducirse en la instancia anterior por motivos de fuerza mayor, caso fortuito o por obra de la parte contraria.

(…)

A lo anterior se añade que el aporte de dichos documentos además de ser extemporáneo y de no cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 214 del C.C.A., tuvieron como objeto suplir su propia negligencia en el sentido de que no se acreditó la legitimación en la causa por activa respecta

⁸ Artículo 118 C. de P. C.-. Perentoriedad de los términos y etapas procesales. Los términos y oportunidades señalados en este código para la realización de los actos procesales de las partes y auxiliares de la justicia, son perentorios e improrrogables, salvo disposición en contrario. (Subrayas fuera del texto).

Artículo 184 C. de P. C.-. Modificado. D.E. 2282/89. art. 1º num. 90. Oportunidad adicional para la práctica de pruebas a instancia de parte y preclusión. Si se han dejado de practicar sin culpa de las partes que las pidió, el término señalado para tal efecto se ampliará a petición de aquella, hasta por otro igual que se contará a partir de la notificación del auto que así lo disponga. Vencido el término probatorio o el adicional en su caso, precluirá la oportunidad para practicar pruebas y el juez deberá, so pena de incurrir en falta disciplinaria respectiva, disponer sin tardanza el trámite que corresponda.

⁹ Sentencia de 26 de mayo de 2010, exp. 17.120; M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

de algunos de los actores y, por lo tanto, se pretende ahora, viñ recurso de apelación, demostrarla¹¹⁰ (Se destaca).

Las anteriores consideraciones resultan predicables respecto de este caso, pues los documentos aportados de manera extemporánea por la parte demandante, como ya se dijo, ya existían para la fecha de presentación de la demanda y, por elemental razón, para el día en que venció el término para pedir pruebas en sede de primera instancia; tampoco fueron decretados como pruebas en el auto de fecha 24 de mayo de 2002 (fl. 41 c 1); a través de la documentación allegada no se pretende demostrar hechos nuevos, acaecidos después de la oportunidad procesal para pedir pruebas, pues se reitera que se trata de información que ya existía para la fecha de interposición de la demanda; es más, los documentos existían incluso antes de la ocurrencia del hecho dañoso, dado que fueron producidos en los años 1992, 1994, 1996 y 1997. De igual forma, la parte actora no adujo motivo alguno de fuerza mayor, caso fortuito u obra de la parte contraria que le hubiere imposibilitado allegar tales documentos en forma oportuna.
(...)

En línea con lo expuesto, la Subsección ha sostenido:

"Pues bien, como lo ha considerado la Sección Tercera de la Corporación, la finalidad del recurso de apelación consiste precisamente en que el superior revise a examine los argumentos que le sirvieron de fundamento al juez de primera instancia para proferir la decisión que ahora se pretende revocar por vía de ese medio de impugnación y, claro está, las pruebas que tuvo a su disposición en primera instancia para efectos de adoptar su decisión; el margen del recurso de alzada se circunscribe al examen de los motivos en los cuales el operador judicial a-quo fundó su providencia, con base en la comunidad probatoria que pertenecía al expediente al momento en el cual se adoptó la providencia materia de impugnación, porque una concepción en sentido distinto supone, sin dubitación alguna, la creación de etapas no previstas por el legislador para estas juicios y, de forma consecencial, la alteración de las condiciones fácticas y jurídicas que el operador judicial a quo debió examinar y valorar al momento de proferir su decisión.

De allí, pues, que aunque el legislador previó la posibilidad de decretar pruebas en segunda instancia dentro del trámite de la apelación de sentencias, lo cierto es que también determinó, de manera muy precisa y restringida, los eventos en los cuales ello puede accederse por parte del ad quem (art. 214 C.C.A. y art. 361 C. P.C.) y dentro de un término muy reducido, cuya inobservancia acarrea la preclusión de la oportunidad para tal solicitud probatoria (dentro de la ejecutoria del auto que admite el recurso de apelación frente a la respectiva sentencia), aspecto éste que en lo que concierne al documento aportado el 3 de mayo de 2005, está llamado a predicarse dado que su aporte fue abiertamente extemporáneo, amén de que dicho escrito fue denegado como prueba en segunda instancia y esa decisión no fue controvertida.

Y es que si el juez de segunda instancia llegase, al momento de entrar a decidir el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia, a valorar las pruebas aportadas por la parte recurrente con el recurso de apelación, el escenario probatorio sería distinto a aquel que encontró en su momento el Tribunal de primera instancia, porque sencillamente en el expediente obrarían otros medios probatorios mediante los cuales se trata, en sede del recurso de apelación, de controvertir la decisión impugnada, tal como lo pretende hacer en este caso la parte recurrente.

¹¹⁰ Sentencia de 26 de noviembre de 2014, exp. 27.369, acumulado con el exp. 27.037.

En ese sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado, precisamente al modificar la tesis que de otrora se venía sosteniendo en punto a la posibilidad de valarar nuevos documentos allegados con el recurso de apelación para desvirtuar así la decisión adoptada por el Tribunal Administrativa a quo, consideró que

“De acuerdo con lo dicho, surge la siguiente pregunta: ¿si se examina la prueba aportada en la segunda instancia por el ejecutante, se resolverá en sentido estricto el recurso de apelación dentro del contexto en que el Tribunal profirió el auto materia de alzada? La respuesta es sencilla: ¡NO! Y así lo es, porque como se dijo anteriormente, la finalidad del recurso de apelación consiste en que el superior determine si la decisión del a-quo se ajustó a derecho, ejercicio éste para cuyo propósito debe examinar los motivos de disenso expuestos por el recurrente, los cuales deben coincidir con el contexto fáctico y jurídico que revelaba el expediente en el momento en que se dictó la providencia.

En consecuencia, si el recurso de apelación se resuelve analizando pruebas que no obraban en el expediente y cuya existencia, por obvias razones, desconoce el Tribunal, sería tanto como no resolver el recurso de apelación, de una parte, porque se decide frente a una situación respecto de la cual el Tribunal no se ha pronunciado, esta es, las pruebas que se aportaron en segunda instancia y, de otra, se estaría pretermitiendo la instancia, en el entendido de que quedaría en la incertidumbre lo que habría podido decidir el Tribunal en caso de que tales documentos hubieran hecho parte del acervo probatorio...

Como se observa, el aporte y valoración de nuevas pruebas en segunda instancia, en estos casos específicos, conduce y puede conducir a la violación del debido proceso, en el entendido que se estaría modificando, con la inclusión de etapas no previstas por el legislador, el procedimiento ejecutivo. La misma conducta puede resultar violatoria del derecho de defensa, dado que se estaría facilitando, sin razón que lo justifique y en contra del ejecutivo, el deber que tiene el ejecutante de demostrar con su demanda la existencia de la obligación que pretende reclamar por vía ejecutiva, todo ello sin la concurrencia del ejecutivo¹¹”¹² (Se deja destacado en negrillas y en subrayas).” (Resaltada fuera de texto original).

Si bien, la sentencia traída en cita alude al CCA, lo cierto es que resultan aplicables sus reglas al CPACA, porque su contenido es similar.

Como quedó expuesto, la única oportunidad para solicitar pruebas en segunda instancia, es durante el **término de ejecutoria del auto que admite el recurso**; ni antes ni después. Este plazo es imperativo y debe ser observado por las partes so pena que su solicitud no sea despachada de forma favorable o que la prueba no sea valorada.

¹¹ Providencia de enero 24 de 2007, exp. 29.390. Actor: Sociedad Profesionales Asociados Ltda., reiterada en proveído de 3 de diciembre de 2008; exp. 35.331.

¹² Sentencia de 17 de abril de 2013, exp. 26.114; M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

Además de la oportunidad, el artículo 212 del CPACA también contempló como requisito para el decreto de pruebas en segunda instancia, que se haya presentado alguno de los siguientes casos:

1. Cuando las partes las pidan de común acuerdo. En caso de terceros diferentes al simple coadyuvante o impugnante, se requerirá su anuencia.
2. Cuando decretadas en primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero sólo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento.
3. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos.
4. Cuando se trate de pruebas que no pudieron solicitarse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.
5. Cuando con ellas se trate de desvirtuar las pruebas de que tratan los numerales 3 y 4, las cuales deberán solicitarse dentro del término de ejecutoria del auto que las decreta.

En el sub-lite, el demandante, en el **escrito contentivo del recurso de apelación** solicitó como prueba, que se decreten los testimonios de Alexander Puello Molina, Bolívar Augusto Rengifo Anacona y Jhon Mario Rentería Martínez (fl. 271).

Como se estudió en precedencia, esa no es la oportunidad probatoria en segunda instancia, por lo tanto resulta extemporánea.

Ya se ha dicho que las partes "soportan las consecuencias de su inactividad, de su descuido, inclusive de su equivocada actividad como probadoras. El juez tiene, innegablemente, la calidad de protagonista de la actividad probatoria, pero muy pocas veces conoce la realidad de las partes: de tal manera que si éstas no solicitan pruebas, no hacen lo posible para que se practiquen, solicitan algunas que resultan superfluas, no despliegan toda la actividad deseada en su diligenciamiento (...), sufren las consecuencias."¹³

Se agregará que la prueba testimonial que fue solicitada en el recurso de apelación tampoco cumple con las exigencias para ser decretada porque las partes no las pidieron de común acuerdo, no se dejaron de practicar sin culpa de quien las pidió, no versan sobre hechos acaecidos después de la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, y no se trata de medios de convicción que no se pudieron solicitar ante el a-quo por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

¹³ Jairo Parra Quijano. *Manual de Derecho Probatorio. La prueba en los procedimientos: civil, penal (ordinario y militar), laboral, canónico, contencioso administrativo y en el derecho comparado*. Decimocuarta edición, 2011. Librería Ediciones del Profesional LTDA. pág. 5-6.

Y tal como lo manifestó el representante del Ministerio Público, las declaraciones de Alexander Puello Molina, Bolívar Augusto Rengifo Anaconda y Jhon Mario Rentería Martínez, respecto de los cuales el apelante manifestó duda y por lo tanto, solicitó su decreto como prueba testimonial en segunda instancia (fl. 271), ya obraban en la investigación penal **desde el año 2013** (fl. 17 a 21 Anexo), y a la misma, tuvo acceso la parte demandante antes que se decretaran las pruebas en este proceso contencioso administrativo¹⁴, pues el 1º de agosto de 2016 actuó como parte civil en aquella (fl. 135 a 138 Anexo).

Por lo tanto, el decreto probatorio no es procedente.

5.2. Del régimen de responsabilidad

A pesar que no se ha expuesto crítica alguna al régimen de imputación analizado en el caso, ni a la responsabilidad que pueda derivarse por la muerte de un soldado profesional en servicio, la Sala hará referencia sintética a este aspecto, a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Es indispensable distinguir el régimen de responsabilidad de quien presta el servicio militar obligatorio¹⁵ (conscripto) y los soldados profesionales. Respecto de los primeros, la prestación de la labor militar la impone el artículo 216 de la Constitución Política, por cuanto dispone que todos los Colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, con el objeto de defender la independencia nacional y las instituciones públicas, sin que exista ninguna vinculación laboral, por lo cual se ven obligados a soportar una carga o deber público de responsabilidad social que se conserva entre la población civil y el Estado; en tanto que en el caso del **soldado profesional, el vínculo surge en virtud de una relación legal y reglamentaria**.

La Subsección "B" de la Sección Tercera de la alta Corporación de lo contencioso administrativo, en sentencia proferida el 30 de noviembre de 2017 con ponencia del Consejero doctor Ramiro Pazos Guerrero, en el proceso radicado bajo el N° 17001-23-00-000-2002-01165-02 (41781)¹⁶ promovido por María Consuelo Henao Ramírez y otros contra el Ejército Nacional y otros, expuso:

"(...) No obstante, el referido título de imputación se emplea cuando quien soporta el daño es un particular, pues en el evento en que es padecido por personal que desempeña funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado, tales como los militares y agentes de policía, el escenario cambia, toda vez

¹⁴ La audiencia inicial se llevó a cabo el 2 de febrero de 2017, según obra a folios 139 y ss.

¹⁵ Ley 48 de 1993 "Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización".

¹⁶ ACUMULADOS 2003-01406-00, 2003-00570-00, 2003-00598-00, 2004-00218-00

que estos deben soportar los daños que constituyan la materialización de los riesgos inherentes a la misma actividad y sólo hay lugar a su reparación integral cuando la causa de los mismos sea consitutiva de falla del servicio¹⁷, a cuando se somete al funcionario a un riesgo excepcional, diferente o mayor al que deban afrontar los demás miembros de la institución que ejerzan la misma actividad. En todo caso, el funcionario y quienes hayan sufrido perjuicio con el hecho tienen derecho a las prestaciones e indemnizaciones previamente establecidas en el ardenamiento jurídico (a forfait)¹⁸:

(...) quienes ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado como las militares, agentes de policía o detectives del DAS, asuman los riesgos inherentes a la misma actividad y están cubiertas por el sistema de la indemnización predeterminada o automática (a forfait), establecida en las normas laborales para el accidente de trabajo o en las previsiones especiales que cabijen a los conscriptas. Sólo habrá lugar a la reparación cuando dicho daño se haya producido en los siguientes eventos:

a. Par falla del servicio. A este respecto, dijo la Sala Plena en sentencia del 13 de diciembre de 1983, expediente No. 10.807:

"1. La doctrina, en el caso de accidente sufridos por agentes del Estado ha sostenido como norma general que la víctima no puede pretender más reparación de los derechos a la pensión de que es titular en virtud de su estatuto laboral. La aplicación de esta regla llamada 'Forfait de la pensión' naturalmente hace referencia a los daños sufridos por un funcionario en ejercicio de sus funciones y en forma común. Por esta razón, el régimen de prestaciones suele estar en armonía con la actividad que se cumple. Así al asumir mayores riesgos profesionales se tiene derecho a una mayor protección prestacional. En el caso de las militares, por ejemplo, este principio se cumple, no sólo destinado un régimen de mayores prestaciones dadas sus riesgos especiales sino también un régimen de excepción para soldados y oficiales ubicados en zonas especialmente peligrosas. En principio el régimen de indemnizaciones refleja estas ideas. Si las heridas o la muerte sufrida por un militar son causadas dentro del servicio que prestan, las prestaciones por invalidez o muerte las cubren satisfactoriamente. Tal es el caso del militar que sufre lesiones en combate o el agente de policía que muere en la represión del delito.

2. No obstante cuando el daño se produce en forma independiente a la prestación ordinaria o normal del servicio, sino que han sido causadas por falla del servicio, el funcionario, o el militar, en su caso, que las sufre o sus damnificados tienen derecho a ser indemnizados en su plenitud...

(...) También se dan los casos en que los hechos exceden los riesgos propios de ejercicio: tal es el caso del militar que perece en accidente de tránsito debido a falta de sostenimiento del vehículo oficial que lo transporta, o el militar que perece en accidente de avión debido a que éste fue defectuosamente reparado por el servicio de mantenimiento. En todos estos casos la actividad propia del militar no juega ningún papel y su no indemnización plena rompería el principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

"(...) No sería justo que la calidad de servidor público prive a un ciudadano del derecho de recibir la protección propia del Estado y de ser

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de mayo de 2010, exp. 19 900, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 5 de diciembre de 2006, exp. 20 621 M.P. Ruth Stella Correa Palacio y de 10 de agosto de 2005, exp. 16.205, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

indemnizado por las fallas del servicio, bien por acción o bien por omisión”¹⁹.

h. Cuando se someta al funcionario a un riesgo excepcional, diferente o mayor al que deban afrontar sus demás compañeros. Ha considerado la Sala que cuando se expone al funcionario a un riesgo mayor se vulnera el principio de igualdad frente a las cargas públicas y hay lugar a la indemnización plena o integral de los perjuicios causados. Así, en providencia del 3 de abril de 1997, expediente No. 11.187, se precisó:

“Valga precisar en cuanto al riesgo que asumen quienes se vinculan a las fuerzas armadas, que ese riesgo cubre a todos los integrantes por igual. Solo cuando alguno de ellos es puesto en circunstancias que intensifican el riesgo puede hablarse de que se rompe el principio de igualdad frente a las cargas públicas. Pero el principio de la igualdad siempre debe mirarse referido a quienes se encuentran en condiciones de igualdad, en este caso frente a los demás miembros del cuerpo armado”²⁰. (Se destaca)

26.3. De suerte que solo en los eventos en los que el Estado incurre en falla del servicio, tal como ocurre por ejemplo cuando omite la implementación de medidas técnicas y demás dispositivos necesarios para anular, o al menos reducir al mínimo los riesgos que implican la manipulación de objetos peligrosos, genera por sí mismo riesgos mayores a los que normalmente ofrece la actividad o no brinda a su tropa el entrenamiento suficiente, compromete su responsabilidad bajo un régimen subjetivo.

26.4. En suma, si la víctima del daño es un servidor que ejerce una función de alto riesgo relacionada con la defensa y seguridad del Estado, debe soportar la materialización de aquellos peligros, a no ser que se advierta una falla o haya sido expuesto a un riesgo mayor al que normalmente debe afrontar.” (Negrilla del texto original)

El criterio para determinar la responsabilidad del Estado, en este campo específico, ha estado dominado por la noción de **actividad riesgosa**, para sostener que el personal militar, policial y afín, en el ejercicio de sus funciones, asumen riesgos propios del servicio. De ahí que por regla general, no resulta comprometida la responsabilidad de la administración por los perjuicios sufridos por quienes ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado, por cuanto tales daños se producen con ocasión de la relación laboral que los vincula y, por ende, en principio, se cubren con la indemnización “a fortuiti” a la que tienen derecho por virtud de esa vinculación.

El ciudadano que ingresa en forma voluntaria a los cuerpos de defensa y seguridad del Estado, con el fin de prestar un servicio a cambio de una contraprestación, goza de una protección integral de carácter salarial y prestacional. La Sección Tercera del Consejo de Estado, a partir de la legislación y la ponderación de la naturaleza y alcances de tales vínculos, **ha concluido frente a**

¹⁹ Se verificó también la inexistencia de dicha falla, entre otras, en sentencias del 12 de diciembre de 1996, Exp. 10.437; del 28 de agosto de 1997, Exp. 10.021 y del 3 de mayo de 2001, Exp. 12.338.

²⁰ Consejo de Estado, Sentencia de 25 de julio de 2002, Exp. 14.001, Actor: Lic. Dary Suaza Castrillón y otros.

este tipo de servidores públicos, la inexistencia de responsabilidad civil extracontractual en relación con los daños sufridos con ocasión de la exposición a los riesgos inherentes a su actividad laboral, al estar cubiertos por la ley, en la cual se prevé la obligación para el Estado de indemnizar a su servidor público, por los daños sufridos con ocasión y por razón del servicio y que cobra vigencia en forma automática, cuando se produce "el siniestro" que se ampara legalmente. La sentencia de 13 de mayo de 2015, explicó:

"La jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sostenido que la afectación de los derechos a la vida y a la integridad personal de los agentes profesionales de la fuerza pública constituye un riesgo propio de la actividad que dichas servidores públicos despliegan ordinariamente (por tal razón, se ha establecido un régimen prestacional de naturaleza especial, diferente al de los demás servidores del Estado); de allí que, cuando el riesgo se concreta, no resulta viable, en principio, atribuirle responsabilidad alguna al Estado por dicha afectación..."²¹ (Resaltado fuera de texto).

En este contexto, ha sostenido la jurisprudencia que la reparación de esos daños resulta procedente cuando se producen por falla del servicio o cuando el funcionario hubiere sido sometido a un riesgo de naturaleza excepcional, diferente o mayor al que debían afrontar sus demás compañeros, ya que, en tales eventos, se vulnera el principio de igualdad frente a las cargas públicas²².

En el sub-lit. de la interpretación de la demanda, se concluye que el daño cuya indemnización se reclama, no provino de un riesgo, sino de una falla en el servicio, y bajo esa óptica se decidió en primera instancia (fl. 257 a 262), teniendo en cuenta que Leonel Iban Estupiñán Rodríguez desde el 31 de julio de 2012 era **soldado profesional** (fl. 228).

Respecto del régimen de responsabilidad y la vinculación laboral de la víctima con el Ejército Nacional, no se formuló reparo alguno, de manera que no hay lugar a discusión alguna sobre el particular.

²¹ Consejo de Estado, Sentencia de 13 de mayo de 2015, Exp. No. 66001 23 31 000 2007 00058 01 (37118), C. P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

²² Consejo de Estado, en sentencia de 31 de agosto de 2017, Exp. No. 180012331000199800003-01 (28223), C.P., Dr. Ramiro Pazos Guerrero. "(...) sólo habrá lugar a la atribución de la responsabilidad cuando la causa de los mismos sea constitutiva de falla del servicio, o cuando se somete al militar o policía a un riesgo excepcional, diferente o mayor al que deban soportar las demás miembros de la institución que ejerzan la misma actividad."

Ahora bien, como el régimen bajo el cual debe estudiarse el presente caso corresponde al subjetivo por falla del servicio, le corresponde a la parte actora la carga de la prueba²³.

5.3. Del caso en concreto

Sostuvo el apoderado de la parte demandante que i) del análisis probatorio no es claro si la lesión ocasionada a Leonel Iban Rodríguez Estupiñán fue generada por un arma de dotación de dotación oficial y si ésta era de la víctima, porque “según los manuales de balística internacional, este tipo de arma de largo alcance generan heridas de alto impacto transfixiones y con características distintas a las descritas en el informe aludido, más aun, teniendo en cuenta la distancia de disparo con la que supuestamente se hubiere propinado el mismo.” (fl. 269); ii) si el cuerpo de la víctima no presentaba orificio de salida, es cuestionable el hecho que no se encontrara proyectil en el mismo; iii) se omitieron por parte de la Policía Nacional, procedimientos que permitieran determinar la causa de la muerte, como el embalaje de las manos del occiso, toma de muestras de hisopado de las manos y prueba atómica al arma; iv) genera dudas que el cuerpo se encontrara a 2.40 metros del arma; y v) el cuerpo presentaba heridas diferentes a la del arma de fuego.

Sobre lo anterior, obran en el plenario, las siguientes pruebas:

- ✓ Folio hoja de vida de Leonel Iban Estupiñán Rodríguez (fl. 65 y 253)
- ✓ Informe de 13 de octubre de 2013 sobre la muerte de Leonel Iban Estupiñán Rodríguez suscrito por el Comandante de la Tercera Escuadra Pelotón Celta Dos (fl. 66 y 255)
- ✓ Informe administrativo por muerte del 15 de octubre de 2013 suscrito por el Comandante Bacot N° 38 “Centauros del Llano” (fl. 67 y 256)
- ✓ Fotografías (fl. 70)
- ✓ Anexo de inteligencia para tropas del batallón de combate terrestre de la orden de operaciones “FRAGOR” contra el sistema RIVAL ONT-ELEN Frente José David Suárez y la Comisión de Salud del frente 28 del sistema rival ONT-FARC, que delinquen en la jurisdicción de la decimosexta brigada (fl. 231 a 243).

²³Consejo de Estado, Sentencia de 30 de junio de 2011, Exp. No. 19001-23-31-000-[1997-04001-01(19836)], M.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth “Por regla general, a la parte interesada le corresponde probar los hechos que alega a su favor para la consecución de un derecho. Es este postulado un principio procesal conocido como ‘onus probandi, incumbit actori (...)’ (Destacado fuera de texto).”

- ✓ Orden de operaciones N° 077 Orion a la Ordop
Magistral (fl. 244 a 251).
- ✓ Anexo I, sobre la investigación penal.

Los documentos, serán valorados teniendo en cuenta las reglas previstas en los artículos 243 a 262 del CGP, en atención a que no fueron tachados ni desconocidos.

Y, sobre la investigación penal se dirá que también goza de valor probatorio, pues las partes ejercieron su derecho de contradicción en este proceso, y además, el Ejército Nacional ha participado en la misma y los demandantes se constituyeron en parte civil (fl. 135 y ss. Anexo). Entonces, en los términos del artículo 174 ibidem, la prueba será apreciada sin más formalidades.

Ahora bien, no serán objeto de análisis en este acápite, los testimonios rendidos en este proceso contencioso administrativo por José Angulo Caicedo y Emiro Rodríguez, comoquiera que versaron sobre los perjuicios sufridos por la familia de Leonel Iban Rodríguez Estupiñán, y no sobre la causa de la muerte (CD. fl. 200).

5.3.1. Del análisis probatorio en relación con la forma de ocurrencia de la muerte de Leonel Iban Rodríguez Estupiñán

En relación con las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la muerte de Leonel Iban Rodríguez Estupiñán, se lee en el informe de 13 de octubre de 2013, suscrito por el Comandante Tercera Escuadra Pelotón CELTA DOS, lo siguiente:

"el día de hoy en la Vereda San Luis jurisdicción de Pisba Boyacá. Siendo aproximadamente las 07:00 horas, el señor Cabo Primero LEAL LEAL JOSÉ HUMBERTO me da la orden de alistar un personal de soldados profesionales para recoger los víveres que se encontraban en el casco urbano del municipio de Pisba. Trasmito la orden al personal de la tercera escuadra de arreglar presentación personal, para luego formar y dar órdenes a seguir. Siendo aproximadamente las 08:05 horas escuche un ruido semejante a un disparo de arma de fuego pero reducido, posteriormente escuche que un soldado gritaba, "MI CABO RODRÍGUEZ SE MATO", dirigiéndome de manera apresurada a donde él se encontraba inmediatamente escuche llamar al socorrista del pelotón al llegar allí ya estaba mi Cabo Primero. (Sic) LEAL LEAL JOSÉ HUMBERTO y los soldados RENTERÍA MARTÍNEZ JHON MARIO socorrista de combate, SLP. RENGIFO ANACONA BOLÍVAR, SLP. RESTREPO GUZMÁN ALDEMAR y el SLP. CUENCA CÁRDENAS MAIKOL, quienes se encontraban ayudando al socorrista a prestar los primeros auxilios al Soldado RODRÍGUEZ ESTUPIÑÁN, el cual tenía una herida al parecer de arma de fuego a la altura del abdomen, pero fueron infructuosos ya que el soldado falleció en un transcurso de 10 minutos aproximadamente.

De acuerdo a lo manifestado por el SLP. RENGIFO ANACONA BOLÍVAR y SLP. RESTREPO GUZMÁN ALDEMAR quienes estaban cerca al SLP. RODRÍGUEZ ESTUPIÑÁN, ellos se encontraban arreglando presentación personal y esperando la orden de formar cuando observaron que RODRÍGUEZ ESTUPIÑÁN tomo el fusil, colocándola con la culata al piso y la trompetilla en el estómago quitándole el proveedor y procedimiento a pasarle el trapo para limpiarlo cuando se produjo el disparo." (fl. 66 y 66 vto.)

Al ser entrevistado por la Policía Judicial, Alexander Puello Molina como compañero de escuadra de la víctima, sostuvo:

"Siendo aproximadamente las 08:05 horas, nos encontrábamos en la vereda San Luis del municipio de Pisba Boyacá, mi cabo LEAL comandante del Pelotón me manda llamar con un soldado y me emite la orden de alistara (Sic) un personal para bajar a recibir los víveres en ese momento me estaba alistando para salir con la patrulla cuando escuché un disparo el sonido del mismo fue muy reducido, diferente a cuando se hace un disparo abiertamente escuche que (Sic) a los soldados gritar mi cabo mi cabo, se mató RODRÍGUEZ, de inmediato me apresure a alistarme y me desplace hacia el lugar de los hechos, hallando al soldado RENTERÍA MARTÍNEZ JHON MARIO enfermero de Combate prestándole los primeros auxilios, lo acompañaban mi cabo LEAL y los soldados BOLIVAR AUGUSTO RENGIFO ANACONA y otros soldados en minutos el soldado RODRIGUEZ falleció sin lograr salvarle la vida, posteriormente mi Cabo LEAL se comunicó con mi Capitán GERMAN GUERRERO GUTIERREZ, Comandante de la Compañía informándole la novedad ocurrida con el Soldado RODRÍGUEZ, se procedió a acordonar el lugar de los hechos, de igual forma se le informó a la Policía Judicial del GROIC de la Brigada 16 quienes llegaron al sitio para realizar

la inspección técnica del cadáver, indagué con los soldados quienes comentaban que el soldado RODRÍGUEZ estaba limpiando su fusil con un trapo, además él había quitado el proveedor, de pronto escucharon un disparo inmediatamente llamaron a mi Cabo LEAL, él llega acompañado del enfermero de combate el soldado RENTERÍA MARTÍNEZ JHON MARIO, quien de inmediato le prestó los primeros auxilios sin lograr estabilizarlo ya que la herida que presentaba era muy grave produciendo su muerte. **PREGUNTADO:** Manifieste a esta unidad de policía Judicial si usted observó en el soldado RODRÍGUEZ algún comportamiento extraño de acuerdo a su comportamiento habitual. **CONTESTO:** No señor, siempre era muy alegre y sociable compartía con todos nos hacía reír, tenía la moral muy alta ya que se acercaba el día de permiso, por lo tanto no vi en él nada extraño en su comportamiento. **PREGUNTADO:** Manifieste a esta unidad de Policía Judicial si el soldado RODRÍGUEZ acostumbraba a tener cargado o con tiro en la recámara. **CONTESTO:** La orden de nuestros comandantes es mantener el fusil con cartucho de seguridad y solamente cuando se está en movimiento el puntero y contra puntero en sitios críticos de orden público (...)" (fl. 17 a 18. Anexo)

Bolívar Augusto Rengifo Anacona, quien se encontraba cerca de Leonel Iban Rodríguez Estupiñán en el momento que ocurrió su muerte, declaró en la investigación penal:

"(...) mi cabo LEAL comandante del Pelotón dio la orden de que nos alistáramos para bajar a recibir los víveres en ese momento mi compañero RODRÍGUEZ que estaba como a unos siete metros de donde me encontraba observe que estaba limpiando el fusil con un trapo, además él le había quitado el proveedor, pasaron unos segundos cuando de pronto escucho un disparo inmediatamente observe mi compañero y veo que él se iba a caer y rápidamente lo alcance a coger lo acosté boca arriba al tiempo que llamaba a mi cabo LEAL, le grite mi cabo se mató Rodríguez, él llegó al momento acompañado del enfermero de combate el soldado RENTERÍA MARTÍNEZ JHON MARIO, quien de inmediata le prestó los primeros auxilios sin lograr estabilizarlo ya que la herida que presentaba era muy grave produciendo la muerte. **PREGUNTADO:** Manifieste a esta unidad de policía Judicial si usted observó en el soldado RODRÍGUEZ algún comportamiento extraño de acuerdo a su comportamiento habitual. **CONTESTO:** Ninguno, siempre era muy alegre y sociable compartía con todos nos hacía reír, tenía la moral muy alta ya que se acerca el día de permiso, por lo tanto no vi en él nada extraño en su comportamiento. **PREGUNTADO:** Manifieste a esta unidad de policía Judicial si el soldado RODRÍGUEZ acostumbraba a tener cargado o con tiro en la recámara el fusil que portaba. **CONTESTO:** La orden de nuestros comandantes era mantener el fusil con cartucho de seguridad y solamente el centinela la tiene cargada y cuando se está en movimiento el puntero y el cierre en sitios críticos de orden público. **PREGUNTADO:** Manifieste a esta unidad de policía Judicial si el fusil que portaba el soldado RODRÍGUEZ es de dotación oficial. **CONTESTO:** Si señor es el armamento que nos asignan en el batallón al igual que nosotros (...)" (fl. 19 a 20 Anexo).

Y, Jhon Mario Rentería Martínez, quien prestó los primeros auxilios a la víctima, manifestó:

"(...) el día de hoy 13-10-2013 nos estábamos preparando para salir a recoger unos víveres a la base de Pisba Boyacá, íbamos saliendo yo con el cabo Leal Leal José Humberto ya desplazándonos hacia el sitio en mención a recoger los víveres se escuchó un disparo, en el momento que íbamos saliendo de la base de patrulla móvil, entonces nos regresamos a verificar que era lo que había pasado cuando en ese momento salieron unos soldados gritando a mi cabo inmediatamente yo como

enfermera corrí a verificar lo que había pasado y me encuentro con el soldado **Rodríguez Estupiñán Leonel Iban** con un disparo en el estómago, para local (Sic) de inmediata tome el botiquín y me dirige (Sic) a brindarle los primeros auxilios tomándole los signos vitales, posteriormente le puse el apósito y (sic) inicié a reanimarla en un tiempo de 5 minutos falleció el señor soldado Rodríguez Estupiñán Leonel Iban. PREGUNTADO: Manifieste a esta unidad de policía judicial (Sic) si usted tiene conocimiento porque fu (Sic) el disparo del señor soldado fallecido. CONTESTADO: La verdad no sé porque, cuando yo llegue ya el soldado estaba herido pero los señores soldados compañeros manifestaran que fue asíndole (Sic) asea a su arma de fuego tipo fusil. PREGUNTADO: manifiesta (Sic) a esta unidad de policía judicial si usted tiene conocimiento si el señor soldado fallecido consume sustancias alucinógenas. CONTESTO: No señor que yo sepa no. PREGUNTADO: Manifieste a esta unidad de policía judicial si él tenía problemas con algún comandante compañero. CONTESTADO: No señor no tengo conocimiento. PREGUNTADO: Manifieste a esta unidad de policía judicial si el soldado fallecido tenía problemas psicológicos. CONTESTADO: No señor no tengo conocimiento PREGUNTADO: Manifieste a esta unidad de policía judicial si usted moro antes del disparo al señor soldado profesional muerto y en caso positivo determinar cómo era su estado anímico CONTESTADO: Él estaba muy contento por (Sic) decía que muy pranta salíamos a vacaciones tenía un estado anímico muy alto. PREGUNTADO Manifieste a esta unidad de policía judicial si cuando usted le estaba brindando los primeros auxilios el señor soldado manifestó algo o le dio algo CONTESTADO: No señor él no me dijo nada estaba totalmente inconsciente (...)” (Resultada del texto original) (fl. 21 a 22 Anexo)

El apoderado del actor manifestó en el recurso de apelación que estas declaraciones eran inconsistencias, sin embargo omitió precisar su acusación. Al ser examinadas bajo las reglas de la sana crítica, esta Sala no advierte contradicción alguna, al contrario, fueron responsivas y se caracterizaron por exponer en detalle las razones de los dichos. Además, encuentran sustento en los demás medios probatorios que obran en el expediente.

En efecto, en el Informe Pericial de Necropsia N° 2013010185001000190, suscrito por la médica forense Karol Viviana Montoya Muñoz, se concluyó:

“Se trata de hombre adulto joven, soldado profesional, que presenta una herida por **proyector de arma de fuego en abdomen**, a la cual se observan residuos de disparo en el rededor de la entrada lo que **indica impacto a contacto**, le ocasiona herida a nivel visceral, con múltiples perforaciones de asas intestinales, laceración de vena derecha, que le produce sangrado masivo, evidenciado en hemipéritoneo severo, que lo lleva a la muerte. (...)” (Resultado fuera de texto original) (Fl. 42 a 43 Anexo)

En el informe pericial de balística forense también se estableció que el disparo fue realizado a contacto:

“CON BASE EN LOS RESULTADOS DEL ESTUDIO FÍSICO Y LAS PRUEBAS QUÍMICAS DE ORIENTACIÓN PRACTICADAS AL ORIFICIO DE ENTRADA UBICADO EN LA CAMISA CAMUFLADA, SE ESTABLECE QUE EL DISPARO FUE REALIZADO A CONTACTO” (fl. 123).

En la Inspección Técnica a Cadáver –FPJ-10-, como evidencia N° 2 se indicó que fue encontrado en el lugar de los hechos un (1) arma de fuego tipo fusil Galil, calibre 5.56 mm (fl. 5 Anexo) y serial N° 07430987, desasegurada y en la posición de disparo R (fl. 16). Esta arma, fue sometida a cadena de custodia.

Y, de acuerdo con la declaración de Alexander Puello Molina, el fusil, fue asignado por él a Leonel Iban Rodríguez Estupiñán²⁴.

En el informe de investigador de laboratorio –FPJ13-, suscrito por el Intendente Juan Fredy Mendoza Tello, Técnico Profesional en Balística de la SIJIN, se concluyó:

"9.1. REALIZADO EL ANÁLISIS Y OBSERVACIÓN DEL ARMA DE FUEGO TIPO FUSIL, DESCRITA EN EL NUMERAL 2.1. SE ESTABLECIÓ QUE SUS MECANISMOS REALIZAN SU DESPLAZAMIENTO SINCRONIZANTE, DEMOSTRANDO QUE ES APTO PARA REALIZAR DISPAROS.

9.2. TENIENDO EN CUENTA LOS DATOS TÉCNICOS CONSIGNADOS EN DIFERENTES CATÁLOGOS REFERENTES A LOS NÚMEROS SERIALES DE IDENTIFICACIÓN DE LA MARCA GALIL SE ESTABLECIÓ QUE SI ES EL ORIGINAL GRABADO POR LA CASA FABRICANTE.

9.3. LOS CARTUCHOS DESCRITOS EN LOS NUMERALES 2.2. DEL PRESENTE INFORME SON USADOS COMÚNMENTE COMO UNIDAD DE CARGA EN ARMAS DE FUEGO TIPO FUSIL DE LOS CALIBRES 5.56X45 MM ó .223.

9.4. LOS CARTUCHOS OBJETO DE ESTUDIO SE ENCUENTRAN EN BUEN ESTADO DE CONSERVACIÓN, YA QUE PRESENTAN LOS ELEMENTOS BÁSICOS DEL CARTUCHO COMO SON: PROYECTIL, VAINILLA, FULMINANTE, PROPELENTE (PÓLVORA). POR CONSIGUIENTE ESTA MUNICIÓN ES APTA PARA SER DESTRUIDA Y DISPARADA CON LAS ARMAS DE FUEGO COMPATIBLE CON SU CALIBRE.

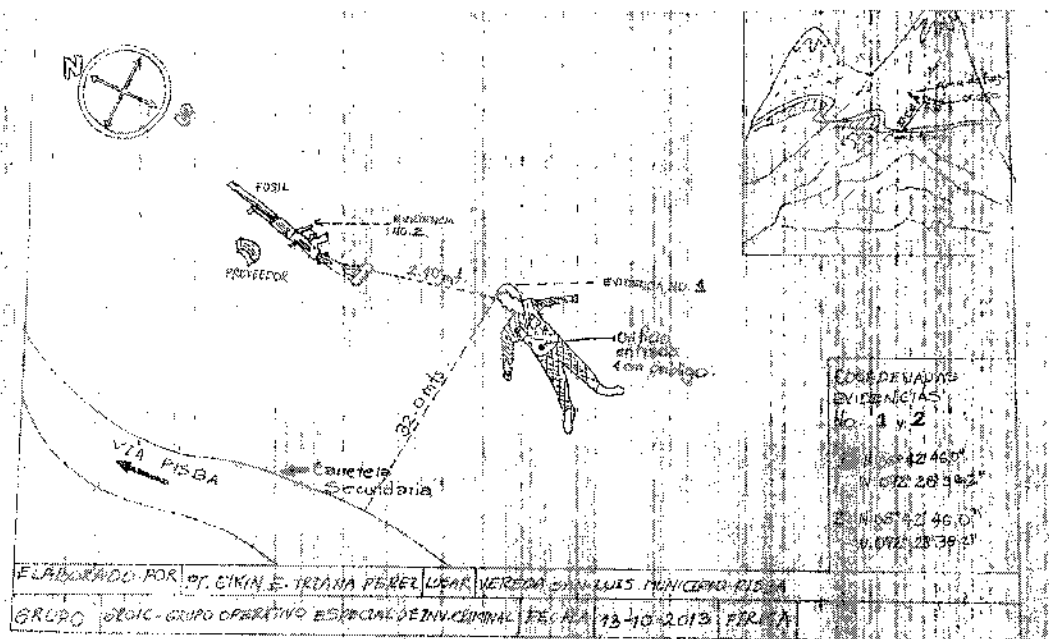
9.5. REALIZADO EL ANÁLISIS DE RESIDUOS DE DISPARO AL INTERIOR DEL CAÑÓN DEL ARMA DE FUEGO, NOS DETERMINA QUE EL ANÁLISIS ES POSITIVO PARA LA PRESENCIA DE RESIDUOS DE DISPARO" (Resaltado del texto original) (fl. 28 vto. Anexo).

Todo lo anterior, le indica a la Sala que en efecto, la muerte del señor Leonel Iban Rodríguez Estupiñán fue producto de un accidente con el arma de fuego de dotación oficial.

²⁴ "PREGUNTADO: Manifieste a esta unidad de policial si el fusil que portaba el soldado RODRIGUEZ es de dotación oficial CONTESTO: Si señor, es el armamento que el soldado tenía asignado por parte mía a través de un acta." (fl. 18 Anexo)

Ahora, esta Corporación no pasa por alto que la parte demandante llama la atención sobre el lugar donde quedó ubicado el arma en relación con el cuerpo de la víctima.

Sobre el particular, se observa en el informe de Policía Judicial a folio 25 del Anexo:



Si bien, la víctima quedó a 2.40 metros del arma de fuego y en una posición que sugiere que no se pudo propinar el disparo, lo cierto es que esta prueba no puede examinarse de forma aislada, comoquiera que su compañero Bolívar Augusto Rengifo Anacona, intervino para evitar que cayera al piso y se golpeará, circunstancia que de forma razonable pudo determinar la posición final del cadáver. En efecto, en la declaración que rindió ante la Policía Judicial, sostuvo:

"(...) pasaron unos segundos cuando de pronto escucho un disparo inmediatamente observo mi compañera y veo que él se iba a caer y rápidamente lo alcancé a coger lo acosté boca arriba al tiempo que llamaba a mi cabo (...)" (fl. 20 Anexo).

Además, Leonel Iban Rodríguez Estupiñán recibió primeros auxilios y reanimación por parte del enfermero de combate Jhon Mario Rentería Martínez, según la declaración que rindió este último en la investigación penal (fl. 21 Anexo). Lo anterior, encuentra soporte en el acta de Inspección Técnica a Cadáver –FPJ-10-, en la que se lee:

"Evidencia Número 1: Uno (1) cuerpo sin vida en posición de cúbito dorsal, de sexo masculino, contextura delgada, de 22 años de edad, el cual responde al nombre de LEONEL IBAN RODRIGUEZ ESTUPIÑAN (...) el cuerpo presenta un

(1) orificio en la parte abdominal parte baja lado derecho bordes irregulares invertidos, sin orificio de salida, este occiso se encontraba en las coordenadas N05°42'46,0" W072°28'38,3" así mismo este occiso tenía colocado un apósito color verde en la parte del abdomen" (Negrilla fuera del texto original) (fl. 4 Anexo)

Lo anterior, permite concluir que la posición de Leonel Iban Rodríguez Estupiñán en el gráfico, corresponde a momentos después de su muerte, luego de ser auxiliado por sus compañeros; de manera que la representación que contiene, no constituye siquiera un indicio que el disparo lo propinó otra persona, pues insiste la Sala que, donde fue encontrada la víctima por la Policía Judicial, no fue el **lugar exacto** en el que ocurrieron los hechos.

Sin embargo, probar el supuesto alegado, es decir, que el disparo no provino de la manipulación que del arma hacía el soldado Rodríguez Estupiñán (q.e.p.d.) era carga que correspondía a la demandante y, como se ha expuesto, tal indicio²⁵ no tiene la condición de necesario²⁶, de manera que pueda atenderse como prueba única para demostrar el hecho.

Ahora, en relación con la afirmación del demandante, según la cual "el cadáver de LEONEL IBAN RODRÍGUEZ ESTUPIÑÁN presentaba diferentes traumas en otras partes del cuerpo, una de ellas y quizá la más evidente la desviación del tabique, trauma que se puede observar en una foto del rastro que obra en el expediente" (fl. 276) dirá la Sala que la referida prueba -fotografía- visible a folio 70, carece de valor probatorio toda vez que para la Sala, no es posible determinar la persona de la que se trata, más allá de lo manifestado por la misma parte, ni las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que fue tomada.

La Sección Tercera, Subsección "C", con ponencia de la doctora Olga Melida Valle de la Hoz, en sentencia proferida el **28 de mayo de 2015** dentro del proceso radicado bajo el número 25000-23-26-000-2002-01492-01(29479), promovido por Cesar Julio Joya Bayona y otros contra el Instituto de Desarrollo Urbano, expuso:

²⁵ Sentencia de enero 18 de 2012, expediente: 68001-23-15-000-1995-11029-01(21196) "En nuestro derecho positivo (arts. 248 a 250 CPC), los indicios son medios de prueba indirectos y no representativos -cama si lo son el testimonio y la prueba documental- y no pueden ser observados directamente por el juez, como por ejemplo sucede en la inspección judicial. En la prueba indiciaria el juez tiene ante sí unos hechos probados a partir de los cuales establece otros hechos, a través de la aplicación de reglas de la experiencia, o principios técnicos o científicos. En otros términos, al ser el indicio una prueba indirecta que construye el juez con apoyo en la lógica, partiendo de la existencia de unos hechos debidamente acreditados en el proceso, tal construcción demanda una exigente labor crítica..."

²⁶ Indicio necesario es aquel que de manera fiable e inequívoca demuestra la existencia el hecho investigado e indicio contingente es aquel que demostrado, puede tener varios causus.

"(...) Al respecto de este medio probatorio se harán las siguientes consideraciones:

Se tiene que dichas fotografías fueron aportadas por la parte demandante dentro del acervo probatorio con el escrito de demanda.

Ahora bien, al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-269 de 2012²⁷, ha dicho lo siguiente:

"3.7.1 La fotografía es un medio probatorio documental de carácter representativo. Es un objeto que muestra un hecho distinto a él mismo, el cual emerge del documento sin que tenga que hacerse un ejercicio de interpretación exhaustiva de su contenido. Esto significa que la representación debe ser inmediata, pues si a simple vista la fotografía muestra una variedad de hechos posibles, "ella formará parte de la prueba indiciaria, ya que está contenida en la mente de aquél (el intérprete), y no en el objeto que la documenta"²⁸.

3.7.2 Al igual que el dictamen pericial, la fotografía es un medio que el juez está en obligación de valorar dentro del conjunto probatorio partiendo de las reglas de la sana crítica. No obstante, la jurisprudencia ha establecido unos parámetros específicos para su correcta apreciación. En primer lugar, como es tradición tratándose de un documento, debe verificarse su autenticidad conforme a la normatividad correspondiente, dependiendo de si las imágenes fotográficas aportadas al proceso constituyen un documento público o privado. Subrayada fuera del texto.

Pero superado este examen, el Consejo de Estado ha sostenido que las fotografías por sí solas no acreditan que la imagen capturada corresponda a los hechos que pretenden probarse a través de ellas. Debe tenerse certeza de la fecha en la que se capturaron las imágenes y, para ella, corresponde al juez efectuar un cotejo de las fotografías con testimonios, documentos u otros medios probatorios:

"Las fotografías o películas de personas, cosas, predios, etc., sirven para probar el estado de hecho que existía en el momento de ser tomadas, de acuerdo con la libre crítica que de ellas haga el juez; pero cómo es posible preparar el hecho fotográfico o filmado, es indispensable establecer su autenticidad mediante la confesión de la parte contraria o de testigos presentes en aquel instante o que hayan formado parte de la escena captada o intervenido en el desarrollo posterior del negativo o por el examen del negativo por peritos o por un conjunto fehaciente de indicios; cumplido este requisito, como documentos privados auténticos, pueden llegar a constituir plena prueba de hechos que no requieran por ley un medio diferente; si falta, tendrá un valor relativo libremente valorable por el juez, según la credibilidad que le merezcan y de acuerdo con su contenido, las circunstancias que pudieron ser obtenidas y sus relaciones con las demás pruebas (...) También son un valioso auxiliar de la prueba testimonial, cuando el testigo reconoce en la fotografía a la persona de la cual habla o el lugar o la casa que dice haber conocido; en estos casos, el testimonio adquiere mayor verosimilitud. Los Códigos de Procedimiento Civil y Penal colombianos lo autorizan"²⁹ Negrilla fuera del texto

3.7.3 En este orden de ideas, el valor probatorio de las fotografías no depende únicamente de su autenticidad formal sino de la posibilidad de establecer si la imagen representa los hechos que se le atribuyen, y no otros diferentes en razón

²⁷ Sentencia del 29 de marzo de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁸ Parra Quijano, op. cit. p. 543.

²⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección A. Sentencia del 10 de marzo de 2011. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. De esta misma Corporación ver también las sentencias de la Sección Primera, proferidas el 30 de agosto de 2007 y el 25 de marzo de 2010. M.P. Ostaín de Lafont Planeta; y la sentencia de febrero 3 de 2002, Exp. 12.497.

del tiempo, del lugar o del cambio de posición de los elementos dentro de la escena capturada. Para ello, el juez debe valerse de otros medios probatorios, apreciando razonablemente el conjunto.” Subrayada fuera del texto

Así las cosas, se reconoce que en el ordenamiento jurídico debe dársele todo mérito probatorio a las fotografías que obren dentro del proceso, siempre y cuando se pueda inferir de otros medios de prueba que reposen también en el plenario, su autenticidad y temporalidad. (...)” (Negrilla fuera de texto original)

En el mismo sentido, sobre la apreciación de las fotografías en conjunto con otros medios probatorios, la Subsección B de la Sección Tercera, al proferir sentencia de fecha 7 de abril de 2015, en relación con un proceso de reparación directa instaurado por la destrucción de algunas viviendas como consecuencia de un ataque realizado por un grupo al margen de la ley, sostuvo:

“...el valor probatorio de las fotografías anexadas a la demanda y que reposan en los folios 22, 23, 25, 45 y 46 del cuaderno principal, solamente registra una imagen, y no dan certeza sobre su origen ni la época en las que fueron tomadas. Por tal razón, no se les otorgará mérito probatorio alguno pues no fueron corroboradas con ningún otro medio de prueba³⁰, pues de acuerdo con lo dicho por la Corte Constitucional, “el valor probatorio de las fotografías no depende únicamente de su autenticidad formal sino de la posibilidad de establecer si la imagen representa los hechos que se le atribuyen, y no otros diferentes en razón del tiempo, del lugar y del cambio de posición de los elementos dentro de la escena capturada. Para ello, el juez debe valerse de otros medios probatorios, apreciando razonablemente el conjunto”³¹, ³² (Resaltado fuera de texto original)

Además, se dirá que la fotografía no es el medio probatorio idóneo para controvertir el **informe pericial de necropsia** que obra a folios 41 a 52 del anexo, según el cual en la cara no se observaron lesiones traumáticas. Las únicas encontradas en el cuerpo de la víctima por parte del médico forense, aluden a la lesión con arma de fuego. En efecto, al tratarse de una conclusión que requiere especiales conocimientos médicos, la parte interesada debía sustentar su dicho con una pericia (Art. 218 del CPACA).

En igual sentido, dirá la Sala que requiere prueba proveniente de un experto, la discusión propuesta en el recurso de apelación consistente en que, si el arma de fuego tipo fusil Galil calibre 5.56 genera una herida de mayor magnitud a la sufrida por Leonel Iban Rodríguez Estupiñán, pues éste no es un hecho notorio que sea conocido por el común de las personas y por el juez³³, ni constituye una afirmación o

³⁰ Al respecto, ver sentencias de febrero 3 de 2002, Exp: 12497; 25 de julio de 2002, Exp: 13811; 1º de noviembre de 2001, AP-263; y 21 de agosto de 2003, AP-01289.

³¹ Corte Constitucional; Sentencia T-269 de 2012

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia de 7 de abril de 2015, Radicación número: 27001-23-31-000-2001-01329-01 (26535). Actor: LUCILA GUTIERREZ SALDARRIAGA Y OTROS. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

³³ Sobre el hecho notorio el doctrinante Jairo Parra Quijano, en libro Manual de Derecho Probatorio. La prueba en los procedimientos: civil, penal (ordinario y militar), laboral, canónica, contencioso-

negación indefinida³⁴; en efecto, por su naturaleza, requieren especiales conocimientos técnicos.

De conformidad con la Ley 1437 de 2011 y el Código General del Proceso, el proceso se inclina al principio dispositivo y la carga de la prueba del supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que se persiguen, fue asignada, por regla general a quien lo alega³⁵. En este sentido, el inciso final del artículo 103 del CPACA, previó:

"Quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código"

La carga de la prueba es *"una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos"*³⁶.

administrativo y en el derecho comparado. Décima octava edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda., expusa:

"Hecho notorio es aquel conocido por personas de mediana cultura, dentro de un determinado conglomerado social, en el tiempo que se produce la decisión y que es conocido por el juez. Al respecto tenemos:

a) No se requiere que el conocimiento sea universal: Exigir que el hecho sea conocido universalmente para poder considerarlo notorio sería, por la menos, ingenua.

b) No se requiere que todos lo hayan presenciado, basta que esas personas de mediana cultura lo conozcan.

c) El hecho puede ser permanente o transitorio; lo importante es que las personas de mediana cultura y el juez lo conozcan, como ya lo hemos indicado." (Pág. 136).

³⁴ El mismo doctrinante, considera:

"Existen dos clases de negaciones: las que solo lo son de apariencia, por cuanto acreditando un hecho positivo quedan demostradas (ejemplo: este papel no es negro; probando que es rojo queda acreditada la negativa) y las que realmente lo son, por estar apoyadas en hechos indefinidos.

Las negaciones formales o aparentes, pueden ser de hecho o de derecho; es ejemplo de las primeras cuando dice: "es anillo no es de oro"; demostrando que es de otro metal, quedaría demostrado que no es de oro. Ejemplo de las segundas: "este contrato no es de compraventa"; acreditando que es de comodato, queda demostrada la negación; "yo no he hurtado porque el bien es mío"; demostrando la propiedad queda demostrada la negativa." (Pág. 137)

³⁵ Artículo 167 del CGP.

³⁶ PARRA QUIJANO, Jaime. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. 2007., pág. 249. De manera más detallada el tratadista Devis Echandía expone lo siguiente: "Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1º) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2º) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o

Sobre este tema se ha expresado el Consejo de Estado³⁷ en estos términos:

"La noción de carga ha sido definida como "una especie menor del deber consistente en la necesidad de observar una cierta diligencia para la satisfacción de un interés individual escogido dentro de los varios que excitaban al sujeto"38. La carga, entonces, a diferencia de la obligación, no impone al deudor la necesidad de cumplir —incluso pudiendo ser compelido a ello coercitivamente— con la prestación respecto de la cual se ha comprometido con el acreedor, sino que simplemente faculta —la aludida carga—, a aquél en quien recae, para realizar una conducta como consecuencia de cuyo despliegue puede obtener una ventaja o un resultado favorable, mientras que si no la lleva a cabo, asume la responsabilidad de aceptar las consecuencias desventajosas, desfavorables o nocivas que tal omisión le acarree.

"Trayendo este concepto al ámbito del proceso y de la actividad probatoria dentro del mismo, la noción de carga se traduce en que a pesar de que la igualdad de oportunidades que, en materia de pruebas, gobierna las relaciones entre las partes procesales, dicho punto de partida no obsta para que corra por cuenta de cada una de ellas la responsabilidad de allegar o procurar la aportación, al expediente, de la prueba de ciertos hechos, bien sea porque los invoca en su favor, bien en atención a que de ellos se deduce lo que pide o a lo que se opone, ora teniendo en cuenta que el hecho opuesto está exento de prueba —verbigracia, por venir presumido por la ley o por gozar de notoriedad o por tratarse de una proposición (afirmación o negación) indefinida—."

Así pues, la carga de la prueba expresa las ideas de libertad, de autorresponsabilidad, de diligencia y de cuidado sumo en la ejecución de una determinada conducta procesal a cargo de cualquiera de las partes.³⁹ El tratadista DEVIS ECHANDIA define la expresión carga de la siguiente manera:

por la parte contraria; cfr., núms. 43 y 126, punto c), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones." DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Bogotá: Editorial Temis, 2002., pág. 405. De lo anterior, este último autor afirma: "De las anteriores consideraciones, deducimos la siguiente definición: carga de la prueba es una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables." Ídem. Pág. 406

³⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de diciembre 11 de 2007, Radicado 110010315000200601308 00.

³⁸ Cita original del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de diciembre 11 de 2007, Radicado 110010315000200601308 00: "HINESTROSA, Fernanda, Derecho Civil Obligaciones, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 1969, p. 180."

³⁹ "La carga es un imperativo del propio interés y no del interés ajeno. Es decir, que quien cumple con el imperativo (comparecer, contestar demanda, probar, alegar) favorece su interés y no el de cualquiera otro, como en cambio sí ocurre con quien cumple una obligación o un deber. Precisamente, por ello no existe una sanción coactiva que comine al individuo a cumplir, sino que se producirá para el sujeto, como consecuencia de su incumplimiento, una desventaja sin que su omisión se refleje en la esfera de un tercero. En la carga se está en pleno campo de la libertad. El sujeto tiene la opción entre cumplir o no cumplir su carga. Si no lo hace no tiene sanción, porque lo que se busca es facilitar la situación del sujeto ya que el fin perseguido es justamente un interés propio. Cuando se notifica el auto que abre el proceso, porque se acepta la pretensión, nace la carga para el opositor de comparecer y defenderse, contradecir, excepcionar. El opositor puede optar por hacerlo o no. Si no la hace es él quien se perjudica. CARNELUTTI dice que la carga es un acto necesario y la obligación un acto debido. Es indudable que en el proceso más que obligaciones, abundan las cargas."

"[...] podemos definir la carga como un poder o facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables."⁴⁰

En ese orden de ideas, el contenido material que comporta la carga de la prueba está determinado por la posibilidad que tienen las partes de obrar libremente para conseguir el resultado jurídico (constitutivo, declarativo o de condena) esperado de un proceso, aparte de indicarle al juez cómo debe fallar frente a la ausencia de pruebas que le confieran certeza respecto de los asuntos sometidos a su conocimiento.

De ahí que, resulte inadmisibile para la Sala, por carecer de sustento probatorio, el argumento de apelación relacionado con que la causa de la muerte del señor Leonel Iban Rodríguez Estupiñán no fue accidental.

Ahora bien, según el recurso de apelación resulta "bastante cuestionable el hecho de que en el mismo -necropsia- no se describa ningún proyectil alojado dentro de la cavidad abdominal, ya que al no existir orificio de salida se puede colegir que el proyectil debió encontrarse dentro del cuerpo del señor RODRÍGUEZ" (fl. 275). Sobre el particular, se dirá que de acuerdo con el informe pericial de necropsia, el proyectil se fragmentó en el cuerpo de la víctima. La consecuencia lógica de ello, es que no fue posible recuperarlo. Precisamente, se lee en la descripción de las lesiones traumáticas, lo siguiente:

"DESCRIPCION DE LAS LESIONES POR ARMA DE FUEGO (CARGA UNICA)

(QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Teoría general del proceso*. Bogotá: Editorial Temis. 2000. pág. 460.)

Con el objeto de entender mejor la expresión carga, ver: MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la Prueba*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1961., pág. 60. Al respecto afirma: 'La noción sobre la cual se ha hecho girar toda la teoría de la carga de la prueba, es precisamente la de la carga entendida como entidad jurídica distinta de la obligación, en el sentido de que en determinados casos la norma jurídica fija la conducta que es necesario observar, cuando un sujeto quiera conseguir un resultado jurídico relevante. En tales hipótesis, un determinado comportamiento del sujeto es necesario para que un fin jurídico sea alcanzado, pero, de otro lado, el sujeto mismo es libre de organizar la propia conducta como mejor le parezca, y, por consiguiente, también eventualmente en sentido contrario al previsto por la norma'.

En consonancia con lo dicho advierte el tratadista Giuseppe Chiovenda: "Aunque no se puede hablar de un deber de probar, sino sólo de una necesidad o carga, puesto que la falta de prueba da lugar a una situación jurídica análoga a la producida por el incumplimiento de un deber, ya que la parte a que corresponda la carga de probar soporta las consecuencias de la falta de prueba." CHIOVENDA, Giuseppe. *Curso de derecho Procesal Civil*. México. Editorial Harla. 1997. pág. 395.

⁴⁰ DEVIS ECHANDÍA. *Op. Cit.*, pág. 401. El autor citado elabora una excelente presentación sobre las distintas posiciones teóricas sobre el contenido de la noción carga. Las mismas se pueden encontrar en: *Ibid.*, págs. 378-401.

1.1. Orificio de Entrada: en región periumbilical a la derecha, con bordes desgarrado que mide 2.5 x 1 cms, con ahumienta perilesional que mide 3 x 1.5. cms a 4 cms de la línea media anterior y 69 cms del vértice.

1.2. Orificio de Salida sin orificio de salida se sigue trayecto de lesión hasta músculos lumhars, se observa en el trayecto **restos de material plomado de metal color bronce fragmentado**, además fragmentos de caucho negro dura." (Resaltado fuera de texto original) (fl. 47).

Así entonces, la inconformidad del apelante sobre las pruebas que obran en el expediente, se fundamentó en sus propias deducciones que no surgen evidentes para la Sala, y por lo tanto, requerían esfuerzo probatorio, máxime cuando se trata de hechos que requieren conocimientos especializados y técnicos.

Por último, sostiene el apelante que en gracia de discusión, de admitirse que el disparo fue producto de un accidente "podría predicarse de que existió rompimiento de la cadena de mando, en razón a que ese no era ni el momento ni el lugar para adelantar una tarea como esa, además por dicha actividad al ser considerada de altísimo riesgo debe estar supervisada por un suboficial para evitar hecho como el que aquí se debate" (fl. 272).

Sobre el particular se dirá, que de acuerdo con las declaraciones de Alexander Puello Molina⁴¹, Bolívar Augusto Rengifo Anacona⁴² y Jhon Mario Rentería Martínez⁴³, la orden impartida a las 08:00 a.m. del día 13 de octubre de 2013 por parte del Suboficial Cabo Primero José Humberto Leal, consistió en que se alistarán **para recibir unos víveres fuera del campamento, y no, que limpiaran sus armas**. De las mismas, es posible inferir que el señor Rodríguez Estupiñán, por iniciativa suya, decidió tomar el fusil que le habían asignado como dotación y limpiarlo mientras sus compañeros terminaban de alistarse.

En el decurso de los hechos, tal como han quedado demostrados, la víctima fue imprudente con el manejo del fusil, pues apuntó contra su cuerpo cuando estaba manipulándolo, a pesar que por su condición de soldado profesional y experiencia (fl. 228), se presume su formación al respecto. Precisamente, es una conducta de elemental cuidado y que forma parte del Decálogo de Seguridad del Ejército Nacional, nunca apuntar el arma cargada o **descargada** a objetivos respecto de los cuales no va a disparar⁴⁴.

En un caso de similares contornos, en el que la víctima, vinculada al Ejército Nacional, resultó muerta por su actuar imprudente como consecuencia de una lesión

⁴¹ Folios 17 a 18. Anexo I

⁴² Folios 19 a 20. *Ibidem*

⁴³ Folios 21 a 22. *Ibidem*

⁴⁴ <https://www.ejercito.mil.co/?idcategoria=423932&download=Y>

ocasionada con su arma de dotación oficial, la Subsección "B" de la Sección Tercera en sentencia proferida el 2 de mayo de 2016, descartó falla del servicio:

"15. En este caso, está probado que el soldado voluntario Luis Manuel González Ayala falleció como consecuencia de anemia aguda derivada de una herida por disparo de arma de fuego. No obstante, del material probatorio aportado al proceso se puede advertir que dicho disparo se produjo de manera accidental, esto es, de la valoración conjunta de las pruebas, es válido concluir que no se presentaron circunstancias que hagan posible avalar la tesis que planteó la parte actora, conforme a la cual se trató de un homicidio.

16. Se reitera que para el 29 de agosto de 2003, el soldado voluntario González Ayala estaba cumpliendo el turno de centinela en el sector de Palmor, corregimiento de Ciénaga, Magdalena, como miembro del grupo contra guerrilla cobrá 3 del Batallón de Infantería Mecanizado n.º 5 General José María Córdoba (f.98 c.1), dicho turno debía ser cubierto entre las 2:00 y 4:00 horas del día y para las 3:45 horas aproximadamente se encontraba solo. No obstante, según la versión de los compañeros de escuadra, se escucharon dos ráfagas de disparos con espacio de minutos entre una y otra, al cabo de las cuales verificaron que el señor González Ayala había recibido una herida en su rostro por proyectil de arma de fuego sin evidencia que aquella fuera causada por el enemigo, pese a que estaban ubicados en una zona de orden público compleja.

17. En concordancia con lo anterior, de la aclaración al protocolo de necropsia rendida en el marco de la investigación preliminar que adelantó el Juzgado 19 de Instrucción Penal Militar, se desprende que el proyectil que generó la herida del soldado voluntario González Ayala se disparó de manera accidental de donde se descarta cualquier indicio de un suicidio o de homicidio. En ese sentido, se destaca (f.203 y 204 c.1):

(...)

18. Los testimonios rendidos por los compañeros del occiso, los cuales no presentan contradicciones entre sí y, por el contrario, relatan los hechos en similar sentido, confirman la hipótesis del disparo accidental, en tanto dan cuenta de un comportamiento normal en momentos previos al suceso y no refieren la ocurrencia de un motivo que condujera a la víctima directa a tomar la decisión de quitarse la vida.

(...)

20. De conformidad con lo anterior, no existen elementos para concluir, en línea con lo dicho por la parte actora, que la muerte del soldado obedeció a una falla del servicio de la entidad demandada porque lo que se colige de las pruebas es que se pudo tratar de una indebida manipulación del arma que le había sido asignada, en consideración a que una vez llegaron sus compañeros al sitio donde se encontraba herido, lo encontraron con cartucho en la recámara, sin seguro y en modo automático (ver supra párr. 10.4), pese a que las instrucciones eran que las armas debían ser cargadas con proveedor descargado y asegurado, según lo relatado por el subteniente Carlos Andrés Cortés Chávez (f. 105 c.1).

21. En otros términos, las pruebas con que se cuenta en el caso bajo examen, no son conducentes para demostrar que la muerte de la víctima directa fue consecuencia de un homicidio, o que contrario a la conclusión a la que se llegó en la investigación preliminar, el soldado voluntario González Ayala no estaba en el ejercicio de sus funciones⁴⁵, ⁴⁶ (Resaltado fuera de texto original)

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2012, exp. 24.256, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

5.3.2. De las deficiencias en la investigación penal

Sostiene el apoderado de la parte demandante que la Policía Judicial, infirió de forma automática que la causa de muerte del señor Leonel Iban Rodríguez Estupiñán fue un accidente, lo que en su criterio, conllevó a que se omitiera el embalaje de las manos del occiso en bolsas de papel o plástico, toma de muestras de hisopado de las manos y prueba atómica al arma de dotación de fallecido (fl. 269).

Encuentra la Sala que en el acta de Inspección Técnica al Cadáver –FPJ-10, la Policía Judicial solicitó al Instituto de Medicina Legal, la práctica de los siguientes exámenes (Fl. 8 Anexo I):

- ✓ Necropsia médico legal
- ✓ Toxicología-Fármacos
- ✓ Identificación dactiloscopia
- ✓ Remanente ADN para cotejo de identificación
- ✓ Carta dental
- ✓ Recuperación de elementos materiales probatorios y evidencias físicas en el interior del cuerpo
- ✓ Posibles trayectorias del proyectil en el interior del cuerpo

Y, en la solicitud de análisis realizada en el formato FPJ-12, se lee:

"3. Examen solicitado

Necropsia Médico Legal, toxicología-fármacos, Absorción atómica, identificación dactiloscópica, carta dental, recuperación EMP y EF en el interior del cuerpo, posibles trayectorias del proyectil en el interior del cuerpo, establecer si el cuerpo presenta tatuajes producidos por arma de fuego, análisis de orificios de prendas con heridas del cuerpo para establecer improcedencia, establecer si la herida fue por causa por proyectil de arma de fuego."
(Resaltado fuera del texto original)(fl. 9).

En efecto, no fueron solicitados los exámenes a los que hizo alusión el recurrente, excepto el de toma de muestras de residuos de disparo en manos, el cual tampoco

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección "B". C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth. Sentencia de 2 de mayo de 2016. Radicación número: 47001-23-31-000-2005-01051-01(35541). Actar: Martha Cecilia Ayala López y otros. Demandado: Ministerio de Defensa Nacional.

fue practicado por la médica forense "por no contar con los elementos de toma y ser acción de policía judicial" (fl. 43).

No obstante, estas omisiones en modo alguno pueden constituir una prueba sobre la causa de la muerte del soldado profesional, pues insiste la Sala, del análisis en conjunto de los medios de convicción que obran en el expediente se arribó a la conclusión contraria.

En esta línea de pensamiento, el Consejo de Estado en sentencia proferida el 2 de mayo de 2016 por la Subsección "B" de la Sección Tercera con ponencia del Consejero doctor Danilo Rojas Betancourth, en el proceso radicado bajo el N° 47001-23-31-000-2005-01061-01(36541) promovido por Martha Cecilia Ayala López y otros contra el Ministerio de Defensa, consideró:

"22. Ahora, la Sala no desconoce que el cadáver fue trasladado del batallón a la morgue del hospital San Cristóbal del municipio de Ciénaga, que las autoridades encargadas del levantamiento no practicaron la prueba de absorción atómica y que las prendas de vestir que fueron descritas en el acta de necropsia no correspondían al camuflado (f.129-130 c.1). Sin embargo, estos hechos son, en sí mismos, insuficientes para demostrar la hipótesis del homicidio y, en consecuencia, para imputar responsabilidad a la demandada a título de falla del servicio.

22. Entonces, aunque es evidente que se presentaron anomalías e irregularidades en el procedimiento de inspección y levantamiento del cadáver, las cuales no se encuentran en nada alguna justificadas, no por eso puede concluirse que la víctima fue asesinada y menos que su muerte se produjo a manos de miembros de la misma institución, pues se reitera, la valoración conjunta del material probatorio indica que se trató de un accidente, y las particularidades a que se ha hecho referencia no tienen la fuerza ni el peso suficiente para desvirtuar dicha hipótesis." (Resultado fuera de texto original).

Por otra parte, en relación con las deficiencias investigativas que podrían ser atribuidas a la Fiscalía General de la Nación, dirá la Sala que se trata de una imputación que requiere la presencia de la entidad para que ejerza su derecho de contradicción y además, son propias de un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, y no, del proceso que convoca el presente estudio. En efecto, la Alta Corporación en sentencia de 23 de octubre del 2017 al estudiar en sede de segunda instancia, una reparación directa por muerte de un soldado profesional que se encontraba prestando sus funciones, consideró:

"No obstante las irregularidades imputadas a la Fiscalía, las cuales serían propias de un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, lo cierto es que dicho organismo no fue demandado en el sub iudice y, por tanto, so pena de

vulnerar su debido proceso y derecho de defensa, la Sala no emitirá juicio de valor alguno en torno a su actuación en los hechos que acá se debaten.”⁴⁷

Corolario de todo lo expuesto, se confirmará la sentencia apelada.

5.5. De las costas

En materia de costas, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A” en **sentencia de 7 de abril de 2016**, con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso con Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01 Número Interno: 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada), precisó:

“...El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.*
- b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP⁴⁸, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia”.*

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”, C.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sentencia de 23 de octubre de 2017. Radicación número: 76001-23-31-000-2007-01277-01(42987). Actor: ADRIANA LORENA CALVO SALCEDO Y OTROS. Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.

⁴⁸ “ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: (...)”

En ese orden de ideas, al expedirse la Ley 1437 de 2011, se dejó de lado el régimen subjetivo del Decreto 01 de 1984, que determinaba la condena en costas a la parte vencida en el proceso pero con el ingrediente de tener en cuenta su conducta procesal, ya fuera ésta dilatoria, abusiva o temeraria.

Precisamente, mediante el artículo 188 del CPACA se acogió el régimen objetivo de la condena en costas establecido para el Procedimiento Civil (actualmente regulado por el Código General del Proceso, artículo 365), quedando pues, sujeta su imposición al hecho de ser vencido en juicio, siempre y cuando “en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación” (Numeral 8º Art. 365 CGP).

Ahora bien, al tenor del artículo 361 del CGP, las costas están integradas por la totalidad de **expensas y gastos** sufragados durante el curso del proceso, y por las **agencias en derecho**.

Por una parte, las expensas se refieren a “todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderados (honorarios de peritos, impuestos de timbre, copias, gastos de desplazamiento en diligencias realizadas fuera de la sede del despacho judicial, etc.)”⁴⁹. Y, las agencias en derecho, aluden a las erogaciones económicas por concepto del **apoderamiento judicial**.

En el sub-líte, en cuanto se refiere a la segunda instancia, no aparecen demostradas las expensas ni las agencias en derecho, en tanto la parte demandada no presentó recurso de apelación y tampoco actuó procesalmente en esta instancia. Razón por la cual, no habrá condena en costas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 3 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI. FALLA

PRIMERO. Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sogamoso el 17 de julio de 2017, en el proceso iniciado contra el Ejército Nacional por Cindy Karina Caicedo Luna, en nombre propio y en representación legal de Leonel Mauricio Rodríguez Caicedo; Luz Danile Estupiñán en nombre propio y en representación legal de Lisa Cristina Rodríguez Estupiñán; Breítan Esteban Rodríguez Estupiñán; José Antonio Rodríguez Ortega; Graciliana Martínez de Rodríguez; Daira Emilsa Rodríguez Estupiñán; Elizabeth Estupiñán; y,

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-539 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Medio de control: Reparación Directa
Demandante: **Cindy Karina Caicedo Luna y otros**
Demandado: Ejército Nacional
Expediente: 15759 3333 001 2016 00015 02

Emedonia Estupiñán. Lo anterior, por los motivos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

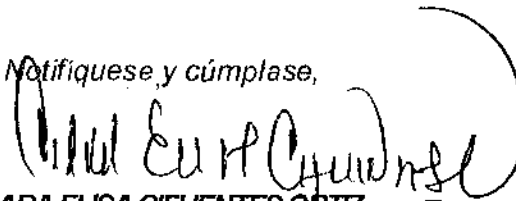
SEGUNDO. Sin costas en esta instancia.

TERCERO. En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de decisión No. 3, de la fecha.

Notifíquese y cúmplase,


CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada


JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado


OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

HOJA DE FIRMAS
Medio de control: Reparación Directa
Demandante: **Cindy Karina Caicedo Luna y otros**
Demandado: Ejército Nacional
Expediente: 15759 3333 001 2016 00015 02