



## PROCURADURIA 137 JUDICIAL II ADMINISTRATIVA

**DOCTOR  
HENRY ALDEMAR BARRETO MOGOLLON  
MAGISTRADO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN TERCERA  
Ciudad.**

**Radicado: 2014-00492  
Demandante: FLORALBA YUNDA DIZU Y OTRO  
Demandado: NACION-MINDEFENSA-EJERCITO NACIONAL  
Medio de Control: REPARACION DIRECTA**

El suscrito **PROCURADOR JUDICIAL II 137 ADMINISTRATIVO**, procede a emitir **CONCEPTO** en segunda instancia, dentro del proceso de la referencia, para lo que se tienen en cuenta los siguientes:

### **1. ANTECEDENTES:**

A través de apoderado, FLORALBA YUNDA DIZU Y OTRO, solicitan que mediante el trámite del medio de control de reparación directa, se acceda a las pretensiones, que luego del estudio respectivo en la fijación del litigio, se concretan a las siguientes principales:

a) Que se declare a la Nación Colombiana, Ministerio de Defensa- Ejército Nacional; responsables administrativamente de todos los daños y perjuicios tanto materiales y/o patrimoniales, como extrapatrimoniales o daños morales subjetivos, vulneración a sus derechos fundamentales y daños a la vida en relación, ocasionados a los poderdantes por el acceso carnal violento del que fue víctima FLORALBA YUNDA DIZU, ocurrida el 18 de mayo de 2012, a causa de la ACCIÓN violenta cometida por uno de los miembros de la Unidad Militar de Sucumbíos en contra de la comunera indígena.

b) Como consecuencia de la declaración anterior, que se pague a los demandantes por concepto de daños y perjuicios morales subjetivos, materiales y/o patrimoniales, extrapatrimoniales representados en la violación a los derechos fundamentales, a la vida, la integridad personal, la honra, la dignidad humana, la libertad sexual y daño a la vida en

relación, causados por el acceso carnal violento del que fue víctima FLORALBA YUNDA DIZU, en los montos señalados en la demanda.

c) Como consecuencia de las declaraciones anteriores, que Nación Colombiana, Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, por concepto de Medidas de Satisfacción respecto al daño al proyecto de vida de las víctimas otorgue un tratamiento médico y psicológico por parte del Estado a los demandantes.

d) Que como consecuencia de la responsabilidad la Nación Colombiana, Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, por el ACCESO CARNAL VIOLENTO del que fue víctima FLORALBA YUNDA DIZU, se les ordene la publicación de la sentencia y/o acuerdo conciliatorio, donde se mencione la responsabilidad de la fuerza pública en hechos de violencia sexual en contra de las mujeres indígenas, SIN QUE SEA EXPUESTO PUBLICAMENTE EL NOMBRE DE FLORALBA YUNDA DIZU; las publicaciones se deberán hacer en los periódicos regionales y nacionales de amplia circulación; así como en las instalaciones de sus despachos respectivos y las de las Unidades Militares del departamento del Putumayo.

e) Como consecuencia de la declaración anterior, se obligue a la Nación Colombiana, Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, por concepto de Garantías de No Repetición a fijar una placa en las instalaciones del Batallón al que esté adscrita la Unidad a la que pertenecía el/los responsable/s en la que se mencione la responsabilidad de miembros del ejército en los hechos de violencia sexual perpetrados a una mujer indígena, sin hacer referencia al nombre de la víctima; que será instalada el 18 de mayo siguiente a la ejecutoria de la providencia de acuerdo conciliatorio a que se llegue con la demandada.

f) Como consecuencia de la declaración anterior, se obligue a la Nación Colombiana, Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, por concepto de Garantías de No Repetición a establecer un mecanismo para apoyar el plan de vida de las mujeres indígenas que han sido víctimas del conflicto armado interno y que han sido violentadas corporal, espiritual y mentalmente.

g) Como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad se ordene a la responsable, establecer mecanismos con la socialización y el correspondiente aval de la comunidad indígena y sus autoridades tradicionales, que les permitan reparar el daño en el tejido social y organizativo, que genera para una comunidad la violencia sexual sufrida por una de sus comuneras por actores occidentales, armados y que pertenecen al Estado; situación que rompe fuertemente con la Cosmovisión Nasa.

h) Como consecuencia de la declaración anterior, se obligue la Nación Colombiana, Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, Policía Nacional y Ministerio del Interior, por concepto de Garantías de no Repetición a investigar y a sancionar a los responsables por el ACCESO CARNAL VIOLENTO del que fue víctima la comunera Nasa, con el fin de que este crimen no quede en la impunidad.

i) Se condene a la Convocada al pago de las Agencias en Derecho, de conformidad con lo previsto en el Acuerdo No 1887 de 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, Capítulo III, Numeral 3.1.2.

j) Las sumas a que resulten conciliadas con la Nación Colombiana, Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, serán actualizadas de conformidad con lo previsto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 y se reconocerán los intereses correspondientes liquidados conforme a la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor, desde la fecha de la ocurrencia de los hechos hasta cuando se dé cumplimiento de la sentencia, es decir, al pago efectivo de esta suma por parte de las autoridades responsables. Igual tratamiento se dará a las sumas acordadas en acuerdo conciliatorio desde la ocurrencia de los hechos hasta el cumplimiento del mismo.

k) Se obligue a las convocadas a pagar las costas originadas dentro del presente proceso.

l) Las convocadas darán cumplimiento a la decisión en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 y demás normas aplicables.

## **2. FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

Como normas vulneradas se señalan las siguientes:

- CP, arts. 1, 2, 6 y 90

Después de hacer un resumen de las normas invocadas, expone que la responsabilidad extracontractual se caracteriza porque entre la víctima y el causante del daño no existe una relación contractual.

Luego habla del régimen de falla probada del servicio, indicando que el Consejo de Estado ha resaltado la responsabilidad del Estado y la falla al deber de protección por parte de la fuerza pública y las autoridades administrativas, cuando su deber legal es la protección de la población civil, concretamente con la población indígena reconocida como vulnerable jurisprudencialmente, como ocurre en el caso de marras.

Finalmente habla de los tres elementos de la responsabilidad extrapatrimonial por falla probada del servicio, que es la aplicable al presente caso, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, esto es, hecho generador del daño, daño o perjuicio y nexos causal, explicando cada uno de ellos en el caso concreto.

## **3. PRESUPUESTOS FACTICOS RELEVANTES**

Se indica en el libelo demandatorio que el viernes 18 de mayo de 2012 hacia las 6:30 p.m., FLORALBA YUNDA DIZÚ, indígena del Pueblo Nasa, del Resguardo Nasa Uh, de 40 años de edad, con capacidad cognitiva diferente y perceptible, fue abusada

carnalmente por un miembro de una de las unidades militares del Batallón Especial Energético y Vial (BEEV) N° 9, con sede en Orito, Putumayo, que ingresaron al territorio del Resguardo Nasa Uh.

Ese día, la mujer indígena había salido de su vivienda a buscar alimento para los animales, como normalmente lo hacía; Floralba observó la presencia de un uniformado del BEEV N° 9 a la orilla del camino, cuando iba de regreso hacia su casa, el uniformado la tomó por el brazo a la fuerza. Ella se soltó y logró correr en dirección a su lugar de habitación, el efectivo regular corrió tras ella, al alcanzarla, la tomó del brazo de nuevo por la fuerza y la arrojó a los matorrales que están ubicados aproximadamente a 10 metros del camino, allí, con violencia, la accedió carnalmente. El resto de uniformados se encontraban aproximadamente a 100 metros del lugar.

Previo a la ocurrencia del hecho, el lunes 14 de mayo de 2012, los uniformados del BEEV No. 9 se ubicaron a los alrededores de la vivienda de la familia Yunda Dizú, que queda dentro del resguardo Nasa Uh, originando que la familia les solicitara retirarse del lugar, situación que constituye además, una falta grave al DIH; sin embargo, solamente después de preparar el desayuno, los efectivos regulares se retiraron aproximadamente a 500 metros de la vivienda, permaneciendo aún en territorio indígena.

Luego de transcurridos dos días luego del hecho violento, el domingo 20 de mayo, Floralba, en compañía de algunos familiares salió en busca de alimento para los animales y conversaron sobre la presencia de militares en el lugar, ella indicó el lugar donde se encontraban y entró en pánico; minutos después de calmarla y preguntarle por qué reaccionaba así, contó a sus familiares lo sucedido, al cuestionarla por qué no lo había dicho antes, respondió que tenía miedo de que la regañaran. Es importante recordar la limitación cognoscitiva que sufre Floralba, situación que hace más difícil la comprensión del hecho victimizatorio.

El día miércoles 23 de mayo, unidades militares del BEEV N° 9, a pesar de la solicitud de la familia de no rodear su casa, se movilizaron nuevamente alrededor de la casa de la familia Yunda Dizú, lo cual ocasionó que Floralba se escondiera ya que sintió temor de que nuevamente ocurriera lo sucedido.

El sábado 26 de mayo, aproximadamente a las 10:00 a.m., familiares de Floralba, junto con ella, se dirigieron a la Base del BEEV N° 9 para denunciar lo sucedido. En el lugar, fueron atendidos por el Capitán JORGE WILLIAM CHACUA y el Teniente WERNES FORERO GÓMEZ, quienes después de escuchar la denuncia se dirigieron al lugar donde se encontraba la tropa, llamaron uno a uno a los uniformados y realizaron el reconocimiento en fila, de esta forma Floralba pudo identificar al soldado que la violentó.

Minutos después, el Capitán solicitó realizar otra ronda de reconocimiento pero en esta ocasión, Floralba, por temor, fue incapaz de concluir el nuevo reconocimiento. El capitán informó a la familia que sin el reconocimiento, no podía hacer nada para ayudarles, desconociendo la gravedad de la situación; sobre ello el Inspector de Policía del Corregimiento Cofanía Jardines de Sucumbíos levantó acta de lo sucedido.

El martes 29 de mayo, las autoridades y la comunidad del Resguardo Nasa Uh interpusieron una denuncia ante la Personería Municipal de Orito. Posteriormente, el jueves 31 de mayo, la familia Yunda Dizú interpuso las acciones legales pertinentes, y se presentaron ante las instalaciones de la Seccional de Investigación Judicial (SIJIN); los agentes procedieron a la toma de los testimonios y ordenaron la remisión para la valoración de medicina legal y toma del testimonio de Floralba ante la inspección de familia. La toma del testimonio ante el Inspector de Familia no pudo realizarse dadas las condiciones emocionales y mentales de la comunera.

#### **4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La entidad demandada se opone a las pretensiones de la demanda, por falta de los requisitos legales y probatorios que permitan establecer la responsabilidad del Estado, de conformidad con los parámetros jurisprudenciales, pues en su sentir la accionada no incurrió en falla alguna en razón a los hechos mencionados, al no demostrarse que la señora FLORALBA YUNDA DIZU realmente haya sido víctima de acceso carnal violento, como tampoco se ha logrado identificar al supuesto autor del hecho.

Propone como excepciones la FALTA DE CAPACIDAD PARA OTORGAR PODER, dado que si la demandante es incapaz, debió ser representada legalmente por un miembro de su familia.

También se invoca la INEXISTENCIA DEL DAÑO, porque si bien existe denuncia del hecho, no ha podido ser probado ni se ha logrado endilgar responsabilidades.

Se plantea la INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DE INDEMNIZAR, pues la inexistencia del hecho y la falta de prueba que endilguen responsabilidad a la demandada, conllevan a la inexistencia de la obligación de indemnizar.

Finalmente se formula el CONSENTIMIENTO DE LA VICTIMA EN EL ACCESO CARNAL, pues de acuerdo a los hechos, la señora FLORINDA YUNDA, pudo haber consentido la relación.

#### **5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante fallo de primera instancia proferido el 27 de julio de 2016, el Juzgado 34 Administrativo del Circuito de Bogotá, niega las pretensiones de la demanda y condena en costas a la parte actora.

#### **6. APELACIÓN POR PARTE DE LA DEMANDANTE**

Contra la anterior decisión, la parte accionante formula recurso de apelación, fundamentándose en similares argumentos fácticos, pero agregando nuevos planteamientos jurídicos diferentes a los planteados desde la demanda, corriéndose traslado para alegar a las partes en segunda instancia.

## **7. PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme a lo expuesto en la demanda y en su contestación, considera este agente del Ministerio Público, que el problema jurídico a resolver gira en torno al siguiente interrogante:

*¿La demandada NACION-MINDEFENSA-EJERCITO NACIONAL, es administrativamente responsable por los perjuicios causados a los demandantes, derivados de los hechos ocurridos el 18 de mayo de 2012, cuando presuntamente fue violada la señora FLORALBA YUNDA DIZU, por un miembro del Ejército Nacional?*

## **8. TESIS QUE RESUELVEN EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO**

### **8.1. De la parte actora**

Desde la demanda sostiene que se deben conceder sus pretensiones, pues a raíz de la agresión sexual de que fue víctima la miembro de la comunidad indígena, esta y su padre han sufrido innumerables perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, que el Estado está en la obligación de indemnizar.

### **8.2. De la parte demandada**

Considera que dentro del acervo probatorio que se aporta con la demanda, no existe prueba idónea con la cual se pueda endilgar una responsabilidad por la violación, no estando demostrados los elementos que configuran la responsabilidad del Estado, por ende deben negarse las pretensiones.

## **9. POSICIÓN DE ESTE AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO**

En concepto del suscrito, deben concederse las pretensiones por las razones que se pasan a exponer:

**1)** Marco jurídico aplicable al sub lite, **2)** Hechos relevantes que resultaron probados, **3)** Del caso concreto, y **4)** Conclusión.

### **9.1) Marco jurídico aplicable al sub lite**

**Régimen de Responsabilidad del Estado – Clausula General de Responsabilidad.**

El artículo 90 de la C.P. constituye el sustento común de la responsabilidad administrativa, para lo cual es necesario precisar el alcance de sus elementos, la imputabilidad y el daño antijurídico.

Respecto del daño antijurídico, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que *“ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario”*<sup>1</sup>

Del mismo modo, la jurisprudencia ha definido el daño antijurídico como *“la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”*<sup>2</sup>.

Ahora, en cuanto la **imputabilidad**, esta se define como la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que en principio estaría en la obligación de responder bajo cualquiera de los títulos de imputación, subjetivo u objetivo.

Al respecto, el H. Consejo de Estado ha indicado que:

“... la imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto. De otro lado, la concreción de la imputación fáctica no supone por sí misma, el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios bien a partir de la verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas”<sup>3</sup>

### **Responsabilidad del Estado por falla del servicio.**

La falla en el servicio es el régimen de atribución jurídica principal en los eventos de responsabilidad estatal, lo que genera en el juzgador, como primera medida la obligación de realizar bajo este régimen el estudio de los elementos probatorios que configuran el caso concreto, salvo en los casos de régimen objetivo establecidos por la jurisprudencia.

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2006. C.P. Mauricio Fajardo. Exp. 13168.

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2 de marzo de 2000. C.P. Mará Elena Giraldo Gómez. Exp. 11945, entre otras. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero de 30 de julio de 2008. Exp. 15726.

<sup>3</sup> Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 9 de junio de 2010; Rad. 1998-0569

Al respecto, el H. Consejo de Estado ha manifestado sobre la falla del servicio lo siguiente:<sup>4</sup>

“(…) La Sala, de tiempo atrás, ha dicho que la falla del servicio ha sido en el Derecho Colombiano y continúa siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual<sup>5</sup>.

También ha sostenido la Jurisprudencia de esta Corporación que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2 inciso 2, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, *“debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera”*<sup>6</sup>; así, las obligaciones que están a cargo del Estado –y por lo tanto la falla del servicio que constituye su transgresión–, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo<sup>7</sup>.

Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad.

Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía, en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como es lo esperado o lo normal, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan; y la ineficiencia se configura cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar ese servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía<sup>8</sup>.”

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Procuraduría considera que, el presente caso debe ser estudiado dentro del marco del **régimen de imputación por falla del servicio**, toda vez que se endilga el daño antijurídico como producto de la acción de un miembro del

---

<sup>4</sup> SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION A, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ, Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil once (2011), Radicación número: 66001-23-31-000-1998-00496-01(22745)

<sup>5</sup> Sentencias del 13 de julio de 1993, expediente No. 8163 y del 10 de marzo del 2011, expediente 17.738, entre muchas otras.

<sup>6</sup> Sentencia del 8 de abril de 1998, expediente No. 11837.

<sup>7</sup> Sentencia del 3 de febrero de 2000, expediente No. 14.787

<sup>8</sup> Sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente No. 14.880.



ejército nacional, al inferir una agresión sexual a una miembro de la comunidad indígena Nasa, del Putumayo.

Establecido el anterior marco, pasa el Ministerio Público a realizar sobre el caso concreto el estudio de responsabilidad que fuere alegado por la parte demandante.

## 9.2) Hechos relevantes

Dentro del plenario la situación fáctica que se muestra relevante consistente en establecer si la señora la señora FLORALBA YUNDA DIZU, indígena del Pueblo Nasa, del Resguardo Nasa Uh, ubicado en el corregimiento Jardines de Sucumbíos, Municipio de Ipiales, Nariño, de 40 años de edad, con capacidad cognitiva diferente, fue abusada sexualmente por un miembro de una de las unidades militares del Batallón Especial Energético y Vial (BEEV) N° 9, con sede en Orito, Putumayo, que se encontraba acampado cerca al lugar, cuando aquella había salido de su vivienda a buscar alimento para los animales. Establecido lo anterior, compete determinar si la NACION-MINDEFENSA-EJERCITO NACIONAL, es administrativamente responsable por los perjuicios causados a los demandantes, derivados de los citados hechos.

## 9.3) Del caso concreto – Valoración jurídica y probatoria

Según se dijo en precedencia, el régimen jurídico aplicable al presente evento, en el cual se reclama el reconocimiento de Responsabilidad Extracontractual del Estado, conforme se describe y sustenta como tesis por el apoderado de la parte actora, es el de falla del servicio.

De acuerdo al anterior marco jurisprudencial, verificaremos entonces si para el caso en estudio, están acreditados los tres elementos configurativos de la falla del servicio: el daño, la conducta activa u omisiva jurídicamente imputable a la autoridad y el nexo causal.

### ❖ El Daño.

En relación al primer elemento, nos compete examinar si existió o no un daño antijurídico, definido por la jurisprudencia así: *“Un daño, que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo, etc, con las características generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable.”*<sup>9</sup>

Condescendiente con lo expuesto por el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, al estudiar los procesos de reparación directa es indispensable abordar primeramente lo relativo a la existencia o no del daño y si el mismo puede o no considerarse antijurídico; solo bajo la premisa de la existencia del daño antijurídico se ha de *“realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la*

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sec. Tercera, sent. oct. 28/96. Sent. Sec. Tercera. 13 sbre /93.

*imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado*<sup>10</sup>.

Como prolegómeno sea importante destacar, que pese a las exhaustas labores investigativas de la Fiscalía y demás organismos de Policía Judicial, así como la multiplicidad de pruebas recaudadas, allegadas tanto al proceso penal arrimado como prueba trasladada, al igual que las acopiadas en el presente proceso contencioso administrativo, realmente no se logró prueba directa del suceso descrito en la demanda, siendo mínimas las pruebas pertinentes y conducentes que pueden analizarse con miras a demostrar los elementos de responsabilidad, lo cual, sumado a las especiales condiciones del caso (persona de especial protección constitucional y posible infracción al derecho internacional humanitario), torna en muy complejo el consecuente estudio; no obstante, este concepto se rinde por el Ministerio Público, apoyado también en sus fines constitucionales de defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales.

Examinado el material probatorio que tiende a acreditar el daño, esto es, la agresión sexual a la señora FLORALBA YUNDA DIZU, presuntamente ocurrida el 18 de mayo de 2012, y las repercusiones físicas y psíquicas en su integridad, tenemos que tales elementos de convicción se fundan esencialmente en los dictámenes médico legales que se practicaron en el devenir fáctico. Esto es, en los exámenes periciales del 31 de mayo de 2012, rendido por el médico del hospital de Orito, Putumayo (dictamen sexológico) y del 23 de octubre de 2015 (2), vertidos por Medicina Legal (dictámenes de clínica forense, de psiquiatría y psicología forense).

Así, examinados los respectivos experticios, esta Procuraduría concluye en primer lugar que no se acreditó lesión física en el cuerpo de la señora FLORALBA YUNDA DIZU. Esta situación según lo afirman la accionada y el a quo, normalmente podría ser suficiente para descartar el hecho dañoso, no obstante, como lo asevera la parte demandante, conforme la jurisprudencia<sup>11</sup>, la simple falta de evidencia física en la víctima de una agresión sexual no descarta el hecho, toda vez que existen múltiples casos en los cuales no se generan lesiones corporales, máxime cuando en el sub judice, tales dictámenes fueron practicados tiempo después de la supuesta agresión.

Pero el hecho de que no pueda descartarse la agresión por la ausencia de lesión corporal, tampoco puede conllevar al extremo de darla por sentada como pretenden los accionantes, si no existe otra prueba que permita su demostración. Porque si bien estamos frente a un sujeto de especial protección constitucional, y una posible infracción al derecho internacional humanitario, tales circunstancias, con todas las medidas positivas de amparo insertas tanto en la legislación, tratados, jurisprudencia internacional e interna, en virtud del bloque de constitucionalidad (art. 93 de la CP) -sobre las que no es preciso ahondar, pues la apoderada de los demandantes las expuso con suficiencia y profundidad en sus diferentes memoriales, especialmente en la demanda, recurso de apelación contra

<sup>10</sup> Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 18 de febrero de 2010; Exp. 17885.

<sup>11</sup> CSJ, sentencia del 17 de septiembre de 2008. Rad. 21691. M.P. Jorge Enrique Marin Mora.

el fallo y escrito de alegatos- ello no releva a los actores de sus deberes o cargas probatorias<sup>12</sup>, y en el de marras, de acreditar los elementos de responsabilidad.

Al respecto, pese a que también la propia jurisprudencia constitucional, con fundamento en el art. 167 del CGP y la doctrina contemporánea en materia de prueba, faculta al juez para distribuir la carga de la prueba (carga dinámica), exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos, al punto de sostener que en los casos en los cuales una persona se encuentra en posición de debilidad o de subordinación frente a otra persona o autoridad, de quien se cuestiona la vulneración de un derecho, es preciso distribuir la carga de la prueba a favor de la parte menos fuerte de la relación, como por ejemplo en el ámbito laboral<sup>13</sup>, en casos en los que alega la existencia de tratos crueles, inhumanos o degradantes por parte de superiores jerárquicos en el ámbito castrense, en el evento de los portadores de VIH que reclaman una pensión<sup>14</sup>, así como de ciertos actos de discriminación contra sujetos o grupos históricamente discriminados<sup>15</sup>, ello no implica en modo alguno que la parte aparentemente débil quede exonerada de cualquier obligación probatoria y le baste afirmar un hecho para que se dé por probado, menos aun tratándose de responsabilidad estatal, donde está en juego el patrimonio público, ya que se llegaría al extremo de la simple interposición de la demanda contra la administración para que esta fuera condenada sin miramientos.

La carga dinámica no consiste entonces en ausencia absoluta de responsabilidades probatorias para parte débil, sino en que esta se vea obligada a demostrar –con pruebas adicionales a su declaración consistente y de buena fe- aquellos hechos que esté en la posibilidad material de probar, correspondiéndole a la otra parte la prueba de las circunstancias que alegue en su favor para desvirtuar lo alegado y probado en su contra.<sup>16</sup>

En el anterior orden de ideas, tenemos que para esta Agencia, según el principio de la carga dinámica de la prueba, cada parte al interior del presente proceso, dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, tenía sus deberes probatorios, conforme sus posibilidades, para que salieran avante sus argumentos. Y justo en tal sentido, cobran especial importancia, el análisis de dos elementos de convicción, que se erigen en epicentro probatorio para el sub iudice.

El primero, las versiones de la propia víctima, vertidas dentro de los exámenes médicos del 31 de mayo de 2012 (dictamen sexológico) y del 23 de octubre de 2015 (dictamen de psiquiatría y psicología forense); ello ante la ausencia de una versión judicial de la señora

---

<sup>12</sup> “Ley 1564 de 2012. Artículo 167. *Carga de la prueba*.

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.” (Subrayado nuestro).

<sup>13</sup> Corte Constitucional, Sentencias T-638 de 1996 y T-772 de 2003

<sup>14</sup> Corte Constitucional, Sentencias T-1023 de 2007 y T-346 de 2011

<sup>15</sup> Corte Constitucional, Sentencias T-314 de 2011 y T-804 de 2014

<sup>16</sup> Corte Constitucional, sentencia T-638 de 1996, entre otras

FLORALBA YUNDA DIZU, debido a sus especiales condiciones mentales, así como la de un testigo directo y presencial de los hechos, ya que todas las demás declaraciones de familiares y miembros de la comunidad indígena de la afectada, carecen de la necesaria credibilidad respecto a este punto (episodio fáctico del 18 de mayo de 2012), por tratarse de meros testigos de oídas. El segundo que también cobra especial relevancia como prueba, es el dictamen de psiquiatría y psicología forense del 23 de octubre de 2015. Pasamos en consecuencia al análisis de estos medios probatorios.

En cuanto a las versiones de la señora FLORALBA YUNDA DIZU, esta Procuraduría, si bien entiende su capacidad mental disminuida, también quiere recalcar severas inconsistencias en su relato que hacen dudar de la veracidad de sus afirmaciones. Así, fueron dos las versiones rendidas por la señora YUNDA DIZU; la primera en el examen del 31 de mayo de 2012 (dictamen sexológico) y la segunda en el examen del 23 de octubre de 2015 (dictamen de psiquiatría y psicología forense). En efecto, en la primera de ellas refiere que trató de ser sobornada con *dinero* para acceder a la exigencia sexual, igualmente que fue tomada por *detrás, metida a un chamicero* y accedida *de pie*, mientras que en la segunda expone que fue engañada con un *bombón*, correteada, tomada de la *camisa* y accedida *cuando cayó*. Además causa especial curiosidad que en la segunda versión indique que el presunto agresor le había regalado un bombón con anterioridad y que no podía entrar porque estaba cerrada la puerta, en lo que parece ser otro episodio ocurrido en su residencia. Otras situaciones formales podrían ser disímiles en el relato sin que resulten relevantes, dado el normal cambio de los recuerdos con el paso del tiempo, pero estas discrepancias resultan trascendentes, pues se trata de partes cruciales del episodio fáctico en las que la narración debería ser coincidente, o al menos similar, como quiera que son aspectos sustanciales que difícilmente se borran de la memoria, pues constituyen el objeto, la forma y el modo en que se concretó la aparente violación.

En torno al dictamen de psiquiatría y psicología forense del 23 de octubre de 2015, desde el punto de vista lógico jurídico, también tiene varios reparos. La conclusión del experticio es que existe *correspondencia* entre los hallazgos psicológicos, la información histórica y los malos tratos reportados por la señora FLORALBA YUNDA, e igualmente que se encontraron afectaciones en su salud mental permanentes en el tiempo, *relacionadas* con la magnitud del hecho, esto es, que el hecho fue real, y la ha afectado en su salud. No obstante, esta Procuraduría quiere llamar la atención sobre algunos puntos que le restan eficacia probatoria a lo conceptuado, así:

Según se desprende de la actuación, al parecer la afectada ya había sido víctima de una agresión sexual en anterior oportunidad a la fecha de los hechos, por ende no se puede descartar que todas las referencias realizadas y la afectación emocional se deriven de tal suceso y no de la presunta agresión de mayo de 2012. Ello como quiera que en sus relatos, la señora FLORALBA YUNDA no refiere circunstancias de tiempo que permitan concluir ineludiblemente que su lesión ocurrió en la época descrita en la demanda, sumado a que según el examen, la afectada tiene serios compromisos en el tiempo, al punto que al preguntársele por el día de hoy y mañana, su respuesta fue totalmente incoherente (Ver numeral 85 Anexos, Funcionamiento global). Pero este reparo no solo

surge de la narración de la víctima, sino también de los propios conceptos vertidos en el dictamen.

En efecto, resulta contradictorio, que mientras en los numerales 49, 57, 62, 63 y 64 del experticio se conceptué entre otras cosas que están *comprometidas las funciones ejecutivas, de pensamiento, introspección, prospección, que su juicio y raciocinio se hallan debilitados, su orientación denota compromiso en el tiempo, orientación espacial parcial, memoria comprometida parcialmente y atención distráctil, impactando en sus procesos de discernimiento*, por otro lado se indique que en los relatos ofrecidos por la examinada se encuentra que de manera concreta y consistente hace referencia a las circunstancias que condujeron a los hechos relevantes y que existe correspondencia entre los hallazgos clínicos y la narración de los hechos realizada por esta (numerales 68, 73 y 77).

Justamente esas condiciones limitadas de la señora FLORALBA YUNDA, en su juicio, raciocinio, orientación, memoria y atención, sumadas a las inconsistencias en sus relatos y las discordancias del dictamen, son los factores que llevan a inferir por esta Agencia Pública que lo narrado por esta, si es que tuvo ocurrencia efectiva, pudo variar sustancialmente entre lo realmente sucedido y lo finalmente expresado, lo cual por lo menos plantea serias dudas frente a la materialización del daño como primer presupuesto de responsabilidad.

En consecuencia, sin necesidad de realizar un análisis más profundo del material probatorio existente, al adolecer de elementos que prueben con total certeza la existencia de un daño o lesión cierto y determinado -o determinable-, entendido ese daño como antijurídico, en los términos expresados por la jurisprudencia, ello necesariamente conlleva al fracaso de las pretensiones.

❖ **De la conducta activa u omisiva jurídicamente imputable a la autoridad.**

Pero incluso aceptando en gracia de discusión la existencia del daño antijurídico, el resultado sería el mismo, como quiera que al revisar los otros dos elementos (falla del servicio y nexo de causalidad), tampoco se encuentran demostrados a plenitud.

Al respecto debe recalcar que mientras en la demanda, el cargo se basó en la supuesta comisión directa de la conducta por un miembro del ejército nacional, ya en los alegatos el argumento fue variado sustancialmente, pues se invocó una presunta omisión del ente armado ante el hecho de un tercero, dada su posición de garante, atendiendo a su deber de prestar protección y seguridad a las personas residentes en el país. Aunque resulta impropio que a última hora se varíen los argumentos que fundan las pretensiones, en virtud del principio *iura novit curia* procede este Ministerio Público al análisis de los planteamientos antes esgrimidos desde el ámbito de la imputación de la conducta a la entidad.

En torno a la imputación de una acción directa del ente accionado, como se reseñó en el acápite del daño, pero más acentuado en punto de imputación, no se logró recaudar

prueba directa de la comisión de la conducta por parte del ejército nacional, por lo que ante la ausencia de esta prueba, los elementos de convicción que aluden a demostrar este presupuesto se fundan en el reconocimiento informal que hizo la víctima de su supuesto agresor en la base militar de Sucumbíos, en los dictámenes médico legales que se practicaron en el devenir fáctico y las probanzas –sobre todo documentales- que dan cuenta de la presencia del ejército en la zona para esos días. Estos últimos constituidos en indicios.

Con relación al reconocimiento que se realizó en la base militar de Sucumbíos el día 26 de mayo de 2012, debe acotarse primero que no constituye una prueba válidamente practicada donde se haya respetado el debido proceso de todas las partes, es más, ni siquiera se levantó acta, solo se supo de lo acontecido por un oficio de la misma fecha suscrito por el Comandante del citado Batallón y los relatos de quienes estuvieron presentes. Pero a la par de lo anterior, e incluso avalando la legalidad de dicho irregular procedimiento, es claro que lo allí ocurrido no permite configurar de manera certera la imputación, como quiera que no hubo un reconocimiento categórico del supuesto agresor, sino que primero se indicó a un soldado (PINILLA MAECHA) y luego se señaló que no era ninguno de los informados, con lo cual en últimas no existió ningún señalamiento. Si bien conforme se describe en el dictamen del 23 de octubre de 2015 (numeral 70), esta situación pudo bloquear a la señora FLORALBA y de paso la revictimizó, ello no deriva en que ineludiblemente deba atribuirse el hecho a un miembro del ejército nacional, pues lo cierto es que no hubo un pleno reconocimiento como para atribuir responsabilidad patrimonial al Estado por un suceso tan grave.

Tampoco constituyen evidencias suficientes de la imputación al ente castrense, las versiones de la afectada, los dictámenes médicos antes referidos y el indicio de presencia del ejército en la zona. En cuanto a las versiones y e indicio, se usa el término vigilante, e igualmente que el aludido Batallón Enérgico Especial y Vial BEE N° 9 hacía presencia en la zona a través de un campamento para la época de los hechos, para concluir que el agresor fue un soldado; sin embargo, tal escueta descripción y la simple presencia del ejército no pueden tomarse como prueba irrefutable de la imputación, pues sumadas a las graves falencias de juicio, raciocinio, orientación, memoria y atención de la afectada, que pudieron haber influido en su percepción, la presencia en la zona del ejército para el caso concreto es tan solo un indicio contingente que no permite indicar sí o sí, que fue un soldado el violador. Desarrollemos esta idea.

En efecto, aunque la señora FLORALBA YUNDA aluda a un vigilante de los caminos, ello no implica que se trate de un soldado, pues es perfectamente viable que haya podido confundirlo con otro uniformado –no legítimo-, como por ejemplo un subversivo, cuya presencia también era permanente y normal en el sector, y que como bien se sabe viste de modo similar a un soldado, usa sombrero y hace las veces de vigilante. Esto sumado a las precarias o casi nulas condiciones de visibilidad, por tratarse de una hora (6:30 p.m.) y lugar (zona selvática) donde la oscuridad impera, pues no existen alumbrados públicos.

Existen igualmente argumentos fácticos y lógicos de mucho peso para dudar que fuera un miembro del ejército el supuesto agresor. Antes que nada, como lo relatan algunos de los

miembros del batallón en comento dentro del expediente penal, para esa hora ya tenían que estar todos en el campamento luego de ingerir la comida, estándoles vedado salir por obvias razones de seguridad, lo cual solo se hacía ante una necesidad urgente de algún soldado, en cuyo evento debía estar acompañado de 2 o 3 compañeros, o porque la tropa se hallaba realizando algún operativo nocturno. En el sub judice es claro que ninguna de las anteriores situaciones se pudo dar, porque se habla de un solo agresor y nunca se menciona que habían otras personas o soldados. Y es que resulta totalmente ilógico que atendiendo la inseguridad del lugar, dada la presencia del enemigo y artefactos explosivos (minas) –conforme lo relatan en su entrevista los demás soldados y especialmente Fabio Nelson Nico Valderrama- un soldado salga solo y de noche a caminar tranquilamente por una zona selvática como si se tratara de un parque, sabiendo que automáticamente se convierte en blanco fácil del enemigo y de las minas. Va contra la lógica y la razón que un soldado que aprecie mínimamente su vida realice una acción tan temeraria, donde pone en peligro inminente no solo su seguridad sino también la de la tropa.

Por las anteriores razones, estima esta Procuraduría que como acontece respecto del daño, en materia de imputación, se presentan aún más interrogantes en torno a la intervención de un soldado en la presunta acción ilícita, lo que impide a todas luces la configuración de este segundo presupuesto, y desde luego, descarta la responsabilidad de la entidad accionada, desde la imputación subjetiva, que fue el argumento de la demanda, como quiera que por más reprochable que sea el hecho, resultaría un despropósito condenar patrimonialmente al Estado basados en simples conjeturas y sin siquiera una mediana certeza de su participación.

Finalmente, adentrándonos en la tesis de la omisión por la posición de garante del ejército, esbozada en el recurso de apelación (imputación objetiva), debe indicarse que en criterio de este Ministerio tampoco es factible imputar responsabilidad al Estado por las razones que pasan a exponerse.

Sobre la imputación objetiva y la posición de garante como fuente de responsabilidad estatal, ha prescrito el Consejo de Estado:<sup>17</sup>

“5.2.- Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012 y de 23 de agosto de 2012.

5.3.- En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la “superioridad

<sup>17</sup> SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C, CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá, D.C., siete (7) de septiembre de dos mil quince (2015), Radicación: 54001-23-31-000-1999-01081-02 (34158).

jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”.

5.4.- Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”.

5.5.- En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”.

(...)

5.7.- Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”.

(...)

5.10.- Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcar por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse (...) que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho.

5.11.- Debe plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño.” (Subrayados fuera de texto).

Sobre el particular, debe decirse que la parte actora no allegó una sola prueba que diera cuenta de la falla alegada respecto del Ejército Nacional, esto es, que faltó a su deber de protección o cuidado a la ciudadanía y específicamente a la indígena, porque por ejemplo habían existido amenazas previas contra la víctima, o porque la autoridad había sido requerida para proteger a tal persona, o porque existían evidencias conocidas que se encontraba en peligro o se habían presentado violaciones constantes en el sector, y pese a ello el ente accionado haya obrado de manera negligente, imprudente u omisiva. Así las



cosas, aunado a que no se demostró con absoluta certeza el daño causado, tampoco se acreditó la falla del servicio alegada.

Igualmente no se vislumbra en los hechos que se haya sometido a la afectada a un riesgo excepcional, porque el ejército por medio de una actividad lícita, *vr. gratia* un operativo de combate, eleva el riesgo normalmente permitido. Y tampoco se observa un daño especial, pues menos está probado que el ejército haya ocasionado a través del desarrollo de una actividad legítima, la ruptura del principio de igualdad de las cargas públicas. Fue la víctima por su propia decisión y voluntad quien decidió someterse al riesgo de caminar de noche por la zona selvática, asumiendo los riesgos y peligros que ello implicaba, más en un sector de amplia presencia guerrillera. Todo lo anterior impidió que el Ejército asumiera la posición de garante, pues como se ha venido indicando, ni siquiera está probada su intervención en el episodio fáctico del 18 de mayo de 2012.

Como lo destaca la sentencia transcrita, considera esta Procuraduría que en el de marras, en virtud del principio de proporcionalidad, al realizar el juicio de ponderación, dadas las especiales condiciones en que se dieron los hechos (falta de prueba de conducta negligente, imprudente u omisiva de la demandada y actuar imprudente de la víctima), no era posible que el Ejército pudiera adoptar medidas para evitar la producción del daño antijurídico.

En este sentido, es menester recordar que cuando se pretende reclamar indemnización por daños que se causen por la acción u omisión de la Administración, la parte actora asume, de conformidad con lo previsto en el artículo 167 del Código General del Proceso, la carga de la prueba, aspecto sobre el cual ha dicho la doctrina:

“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.

“Utilizamos la palabra autorresponsabilidad para significar que no es la carga una obligación ni un deber, por no existir sujeto o entidad legitimada para exigir su cumplimiento. Tiene necesidad que aparezca probado el hecho la parte que soporta la carga, pero su prueba puede lograrse por la actividad oficiosa del juez o de la contraparte. Por ello se dice: ‘La jurisprudencia española lo ha entendido correctamente al estimar que la doctrina de los *onus probandi* tiene el alcance principal de señalar las consecuencias de la falta de prueba’.

“La necesidad surge de la representación que hace la parte, de conseguir un resultado adverso si un determinado hecho no aparece probado. En la simulación, por ejemplo, el que demanda tiene interés que aparezca probado el no pago del precio. No es esa parte libre, porque tiene una necesidad de que el hecho aparezca probado, pero no que necesariamente ella tenga que probarlo como ya lo hemos indicado. Pero en todo caso no hay libertad, porque hay necesidad y ésta la niega.

“Quien prepara la demanda, sabe de antemano cuáles hechos le interesa que aparezcan demostrados en el proceso y, por tanto, sabe de la necesidad que aparezcan demostrados.

“La carga de la prueba le permite al juez fallar, cuando el hecho no aparece demostrado en contra de quien la incumplió.

“El juez debe procurar, con el decreto oficioso de pruebas, investigar los hechos; pero si ello no es posible, por inercia de la parte a quien le interesaba que el hecho apareciera demostrado, debe utilizar el sucedáneo de prueba y aplicar la regla de la carga”.<sup>18</sup>

Por lo tanto, sin necesidad de realizar un análisis más profundo del material probatorio existente, no se encuentran elementos que prueben la existencia de una acción u omisión imputable al Ejército Nacional, siendo inocuo e improcedente examinar la existencia del nexo causal, como el último elemento configurativo de la falla del servicio, toda vez que este necesariamente depende de aquella. Por lo tanto queda claro que no se configuran los elementos para imputar responsabilidad al Estado, y bajo este entendimiento, lo procedente es negar las súplicas de la demanda.

Es necesario resaltar que para lograr que el juez dirima una controversia de manera favorable a las pretensiones, le corresponde al demandante demostrar en forma plena y completa los actos o hechos jurídicos de donde procede el derecho o nace la obligación, ya que la carga de la prueba consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las pretensiones o a la defensa resulten probados; en este sentido, en relación con los intereses de la parte demandante, debe anotarse que quien presenta la demanda, sabe de antemano cuáles hechos le interesa que aparezcan demostrados en el proceso y, por tanto, sabe de la necesidad de que así sea, más aun tratándose del sustento mismo de la demanda y de los derechos que solicita sean reconocidos.

#### **9.4) Conclusión**

En respuesta al interrogante planteado, se deben negar las pretensiones de la demanda, en razón a que en nuestro parecer, en el presente caso, no se acreditaron los elementos constitutivos de la responsabilidad estatal. En consecuencia, salvo mejor criterio, lo procedente es confirmar la sentencia de primera instancia.

De usted, Honorable Magistrado,

**JHON CARLOS GARCIA PEREA**  
**PROCURADOR 137 JUDICIAL II ADMINISTRATIVO**

---

<sup>18</sup> Jairo Parra Quijano. Manual de derecho probatorio. Bogotá, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2004, págs. 242 y 243.