

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Condena, accede. Caso de estudiante lesionada en enfrentamiento militar entre el ejército y un grupo guerrillero, en el municipio de Bolívar, Santander / PRINCIPIO DE DISTINCIÓN - Aplicación de criterios legales de Derecho Internacional de DDHH y DIH. Criterios nacionales: Distinción entre población civil y combatientes / DAÑO ESPECIAL - Ruptura del equilibrio de las cargas públicas. Lesiones sufridas por la población civil en enfrentamiento militar / HECHO DE UN TERCERO - No se demostró. Eximente de responsabilidad como excepción y no como regla general en el marco del conflicto armado / CONTROL DE CONVENCIONALIDAD - Aplicación de normas convencionales y constitucionales

Ahora, el daño antijurídico es imputable por cuanto los intereses jurídicos de [la joven] (...) - integridad psicofísica – se vieron afectados dentro de la defensa de los intereses colectivos y sociales, esto es, el orden público, la soberanía y el territorio colombiano; en razón de lo cual, nace en cabeza del Estado Colombiano la obligación de reparar el daño bajo los criterios de la solidaridad y la equidad. Toda vez que frente a la víctima ha ocurrido una ruptura de las cargas públicas, pues ella se ha visto sacrificada dentro de la defensa del beneficio general. Dicho lo anterior, la Sala aclara que el criterio de imputación en el caso concreto es el daño especial y no la falla en el servicio; ya que, pese a las afirmaciones contenidas en la denuncia instaurada (...) ante la Fiscalía de Bolívar – Santander, así como a lo dicho por la víctima y otros testigos, (...) en las investigaciones penales, para la Sala no queda probado que los disparos hayan sido producto de un enfrentamiento entre escuadras del mismo Ejército, pues, aunque ni los testigos ni los soldados vieron a los subversivos, es evidente que la función de estos grupos insurgentes es, precisamente, actuar de forma oculta, secreta, ilegal y clandestina. Aunado a lo cual debe preverse que los hechos tuvieron lugar al caer la tarde (entre 5:30 y 7:00 p.m.) y que la munición que impactó a [la joven] (...) no corresponde a la utilizada en el operativo por el Ejército Nacional. De manera que en el caso concreto no quedó acreditado que el Estado haya sido omisivo, inactivo o negligente en sus acciones de cumplimiento de los deberes constitucionales y convencionales, por lo que no se configura la falla en el servicio, en razón a lo cual el daño se imputa a título de daño especial, como se dijo bajo los criterios de la solidaridad y la equidad. Ahora bien, con relación al hecho del tercero, la Sala reitera que se encuentra en un evento en que un miembro de la población civil sufrió daños a su integridad psicofísica como consecuencia de un enfrentamiento con grupos armados insurgentes, cuando el Ejército Nacional actuaba en defensa del orden nacional, fundamentos estos que activan los criterios del daño especial y desplazan la exoneración de la responsabilidad por el hecho del tercero. Dicho lo anterior la Sala declarará la responsabilidad administrativa y patrimonial en cabeza de la entidad demandada y, en consecuencia, la condenará a pagar los perjuicios que encuentre acreditados, conforme pasa a exponerse. **NOTA DE RELATORIA:** Con aclaración de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque. A la fecha, en esta Relatoría no se cuenta con el medio magnético ni físico. Sobre este tema ver la sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031

FUENTE FORMAL: CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 2 / CONVENIO IV DE GINEBRA DE 1949 / PROTOCOLO II ADICIONAL AL CONVENIO DE GINEBRA / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1614 / LEY 16 DE 1972 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55

DAÑO A LA SALUD - Reiteración sentencia de unificación / DAÑO A LA SALUD - Pérdida de la capacidad laboral permanente en 11.65%. Reconoce 20 smmlv

En el caso de autos la Sala encuentra que la víctima Brisa Rocío Castañeda Castillo sufrió un daño en su integridad psicofísica que debe ser reconocido y reparado en vía judicial, conforme a todo el material probatorio que se ha anunciado en los capítulos precedentes. Ahora bien, frente a la gravedad o levedad de la lesión la Sala tiene por acreditado que dicha lesión ascendió a un porcentaje de incapacidad del 11,65%, en cuya calificación se tuvieron en cuenta criterios tales como cuidado de la persona (0.40%); dificultades en la locomoción (0.20%); pérdida en la disposición del cuerpo (0.30%); pérdida de destreza (0.10%); pérdida en la situación general de la persona (0.40%), para un total de 1.40% de discapacidad. Asimismo frente a la minusvalía se incluyó la ocupacional (2.50%); la de integración social (0.50%); la de autosuficiencia (1.00%) y la minusvalía en función de la edad (1.25%) para una minusvalía total del 5.25%. Finalmente, frente a la descripción de a deficiencia se tuvieron en cuenta las restricciones en los movimientos del hombro izquierdo que son de carácter permanente para otorgarle un porcentaje del 5.00%, que sumado con los anteriores arrojó un porcentaje total de 11,65%. Dadas estas variables la Sala considera reconocer el daño a la salud dentro del 5º rango de gravedad o levedad de la lesión, esto aquel igual o superior al 10% pero inferior al 20%, donde corresponde una reparación indemnizatoria de 20 SMLMV a favor de Brisa Rocío Castañeda Castillo.

LUCRO CESANTE - Lucro cesante consolidado: Niega, por cuanto la víctima no devengaba salario alguno para la época de la incapacidad, estudiante de secundaria / LUCRO CESANTE - Lucro cesante futuro: Liquidación según pérdida de la capacidad laboral, en un 11.65%. Tasación, fórmula actuarial

En el caso de autos, la parte actora hizo consistir el lucro cesante peticionado en dos conceptos. El primero de ellos en las sumas de dinero que Brisa Rocío Castañeda Castillo dejó de devengar por salarios y prestaciones sociales, mientras ha estado totalmente incapacitada. El segundo, se hizo consistir en la disminución de la capacidad para trabajar a la que se ve sometida de manera permanente por lo que se pidió que la indemnización cobije el periodo desde cuando fue herida hasta cuando se calcule que viva, de acuerdo con el promedio de vida para una persona de su edad. En este orden de ideas, la Sala negará la primera petición que por concepto de lucro cesante se hizo, toda vez que [la víctima] (...) no dejó de devengar ningún salario y prestación social mientras estuvo incapacitada, porque para el momento de ocurrencia de los hechos ésta no laboraba sino que cursaba su último año de secundaria, (...) Así las cosas, la Sala liquidará el lucro cesante correspondiente a Brisa Rocío Castañeda sobre la suma del salario mínimo actual \$689.455, incrementado en el 25% correspondiente a las prestaciones sociales, de donde se fija el ingreso base de liquidación en la suma de \$861.818.75, sobre los cuales se reconocerá el lucro cesante en los periodos consolidado y futuro.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C, dieciséis (16) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 68001-23-15-000-1998-00948-01(30520)

Actor: REY CASTAÑEDA CASTILLO Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)

Contenido: Descriptor: Se modifica la sentencia de primera instancia y se declara administrativa y patrimonialmente responsable a entidad demandada a título de daño especial con base en los criterios de la solidaridad y la equidad.

Rescriptores: Presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado - la ruptura del equilibrio de las cargas públicas de los miembros de la población civil afectados, y derivados del ataque armado y enfrentamiento entre el Estado y un grupo armado insurgente - la imputación de responsabilidad en tratándose de daños causados por las acciones de grupos armados insurgentes (hecho del tercero) - la muerte o lesiones de miembros de la población civil durante un enfrentamiento armado entre el Estado y un grupo armado insurgente (reiteración Jurisprudencial)

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por la parte actora¹ y el Ministerio de Defensa² contra la sentencia del 30 de septiembre de 2004³ proferida por la Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar, que resolvió:

“PRIMERO: Declarar responsable administrativamente a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional por las lesiones sufridas por Brisa Rocío Castañeda Castillo.

SEGUNDO: Condenar a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional a pagar por concepto de perjuicios morales, la suma equivalente en salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia así: a Brisa Rocío Castañeda Castillo, Rey Castañeda Patiño, Ana Lucia Castillo Mateus, para cada uno de ellos, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta

¹ Fls.322-323 C.P

² Fls.291 C.P

³ Fls.242-249 C.P

sentencia, y a Elizabeth Castañeda Castillo, Juan Manuel Castañeda Castillo y Jorge Oswaldo Castañeda Castillo, para cada uno de ellos, veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO: Condenar a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional a pagar por perjuicios materiales – lucro cesante, así: a Brisa Rocío Castañeda Castillo la suma de catorce millones seiscientos cuarenta mil novecientos veintitrés pesos con setenta y cinco centavos (\$14.640.923,75)

CUARTO: Condenar a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional a pagar por daño a la vida de relación así: a Brisa Rocío Castañeda Castillo el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia”.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 22 de mayo de 1998⁴ Brisa Rocío Castañeda Castillo (víctima), Rey Castañeda Patiño (padre), Ana Lucia Castillo Mateus (madre), Elizabeth Castañeda Castillo (hermana), en nombre propio y los segundos además en representación de Juan Manuel⁵ y Jorge Oswaldo Castañeda Castillo (hermanos), por intermedio de apoderado judicial⁶ y en ejercicio de la acción de reparación directa contenida en el artículo 86 del C.C.A., solicitaron que se declare administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional de los perjuicios sufridos con motivo de las lesiones padecidas por Brisa Rocío Castañeda en los hechos acaecidos el 23 de marzo de 1998 (sic).

1.2 Como consecuencia de la anterior declaración, la parte actora solicitó condenar a la Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional a pagar a su favor las siguientes sumas de dinero⁷:

⁴ Fls.8-13 C.1

⁵ Mediante escrito presentado el 8 de septiembre de 1998 el apoderado judicial de la parte demandante prescindió de Juan Manuel Castañeda Castillo como demandante. (Fls.15-16 C.1)

⁶ Fls.1-2 C.1

⁷ Fls.9 C.1

1.2.1.- Por concepto de perjuicios morales, el equivalente a 500 gramos oro a favor de Brisa Rocío Castañeda y cada uno de sus padres.

1.2.2.- Por concepto de “*daño fisiológico*”, la suma de 1000 gramos oro para Brisa Rocío Castañeda.

1.2.3.- Por concepto de perjuicios materiales a título de lucro cesante a favor de Brisa Rocío Castañeda *“las sumas que ella ha dejado y dejará de devengar por salarios y prestaciones sociales, mientras ha estado totalmente incapacitada (sic) para laborar y por la disminución de la capacidad para trabajar que le quede, desde cuando fue herida hasta cuando se calcule que viva, de acuerdo con el promedio de vida para una persona de su edad”*.

1.2.4.- Por concepto de perjuicios materiales en su modalidad de daño emergente para Brisa Rocío y sus padres *“las sumas que se demuestre en el proceso han gastado y tendrán que gastar en cirugías y tratamientos para lograr recuperar en lo posible las funciones del brazo izquierdo y la estética corporal de la lesionada”*.

1.3. Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora expuso los siguientes hechos que la Sala sintetiza así⁸:

El día 23 de marzo de 1998 (sic), cuando Brisa Rocío Castañeda se dirigía de la población de Bolívar hacia su casa de habitación, recibió un disparo en su hombro izquierdo por parte del Ejército Nacional.

Como consecuencia del disparo recibido, la demandante quedó *“con cicatrices en la parte izquierda del cuello, en el antebrazo y el hombro izquierdo y rotura de la clavícula izquierda por lo cual tiene todo el miembro superior izquierdo inmovilizado”*.

2. El trámite procesal

2.1- Admitida la demanda⁹ y notificado el Ministerio de Defensa por conducto del Ejército Nacional¹⁰, el asunto se fijó en lista.

⁸ Fls.8 C.1

⁹ Fls.20 C.1

2.2.- El Ministerio de Defensa – Ejército Nacional presentó escrito de contestación de demanda el 12 de marzo de 1999¹¹, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones por cuanto consideró que en el *sub judice* operó la causal exonerativa de responsabilidad denominada hecho de tercero, por cuanto las lesiones sufridas por Brisa Rocío Castañeda fueron causadas con armas de baja o mediana velocidad las cuales no son utilizada por la Fuerza Pública.

2.3.- Una vez decretadas y practicadas las pruebas¹², se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión¹³, oportunidad que fue aprovechada por la parte demandante¹⁴ y el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional¹⁵.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Como se anotó *ad initio* de esta providencia, el 30 de septiembre de 2004 la Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar accedió a las súplicas de la demanda¹⁶.

Como fundamento de su decisión el *A quo* manifestó:

“(...) Para la Sala no tiene discusión que la presencia de las tropas del Ejército Nacional en el lugar de los hechos obedecía a necesidades propias de la comunidad, sin embargo, estos mecanismos de servicio oficial que funcionan en sectores rurales o urbanos en distintas épocas del año, según las condiciones de cada zona, generan una situación de riesgo para los moradores y transeúntes de los sectores donde permanezcan, quedando expuestos a una situación de peligro de particular gravedad, que como en el caso particular de la lesionada, excedió notoriamente las cargas que normalmente han de soportar loa administrados como contrapartida de los beneficios que se derivan de la prestación de un servicio público, como lo

¹⁰ Fl.23 C. 1

¹¹ Fls.26 C.1

¹² Fls.149-152 C.1

¹³ Fl.256 C.1

¹⁴ Fls.261-263 C.1

¹⁵ Fls.257-260 C.1

¹⁶ Fls.268-288 C.P

es el de salvaguardar la tranquilidad en todo momento de la vida de la Nación.

Ese desequilibrio de las cargas públicas traducido en el riesgo excepcional a que se sometió a Brisa Rocío Castañeda Castillo y cuya concreción, es decir, el daño, no estaba ella ni su familia, en el deber jurídico de soportar, obliga a su restablecimiento a través de las indemnizaciones deprecadas.

En consecuencia, los daños antijurídicos producidos son imputables a la entidad demandada Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional por crear el estado de riesgo en ejercicio de sus funciones públicas y en beneficio de la comunidad, motivo por el cual está llamada a indemnizarlos”.

III. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

1.- El 2 noviembre de 2004¹⁷ el apoderado judicial de la parte demandada interpuso recurso de apelación, el cual fue sustentado el 23 de febrero de 2005¹⁸ en el que solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia en atención a que:

(i) Se observa la ausencia de prueba cierta y real sobre las circunstancias en que se produjo el daño sufrido por la joven Brisa Rocío Castañeda.

(ii) No existe en el plenario el menor indicio acerca de la ineficacia o ineficiencia del servicio que lleve a censurar su comportamiento a título de falla en el servicio; y tampoco se demostró que la joven demandante estuvo sometida a un riesgo de naturaleza excepcional o que efectivamente fue víctima de los efectos del conflicto.

(iii) El *A quo* no valoró el hecho de un tercero como eximente de responsabilidad del Estado.

¹⁷ Fls.291 C.P

¹⁸ Fls.296-307 C.P

2.- Por su parte, el apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación adhesiva el día 22 de marzo de 2006 en el que solicitó que se modifique la sentencia de primera instancia en lo atinente a¹⁹:

(i) La suma reconocida por daño a la vida de relación a la lesionada fue muy baja pues *“afearle el cuerpo, con cicatrices y defectos dejados por los disparos y las intervenciones quirúrgicas subsiguientes, es un daño muy grave”*.

(ii) La indemnización otorgada por el *A quo* por concepto de daño moral a favor de los hermanos de la víctima es muy baja, en consecuencia solicitó que esta se incremente a 50 SMLMV.

IV. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Luego de admitido el recurso de apelación²⁰, la Sala corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión²¹ y al Ministerio Público para que emitiera el concepto de rigor.

Esta oportunidad procesal fue aprovechada por la entidad demandada quien insistió en que la sentencia de primera instancia sea revocada por los argumentos expuestos en su escrito de apelación²².

Asimismo, durante esté termino la parte actora presentó el recurso de apelación adhesiva antes mencionado²³.

El Ministerio Público presentó el concepto No. 047²⁴ de 25 de febrero de 2013 en el que consideró que *“las lesiones de la señorita Rocío Castañeda Castillo se produjeron por un enfrentamiento entre el Ejército y la guerrilla, por lo tanto el Estado es responsable del daño sufrido por los demandantes con las lesiones de ésta”*.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar la alzada previas las siguientes

¹⁹ Fls.322-323 C.P

²⁰ Fls.313-314 y 333 C. P

²¹ Fls.316 C.P

²² Fls.317-321 C.P

²³ Fls.322-323 C.P

²⁴ Fls.352-363 C.P

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado

Con relación a la responsabilidad del Estado, la Carta Política de 1991 produjo su “constitucionalización” al erigirla como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación o interés.

De lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, se desprende que esta tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por su acción como por su omisión, ya sea atendiendo a los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional o cualquier otro.

En síntesis, la responsabilidad extracontractual del Estado se configura con la demostración del daño antijurídico y de su imputación a la administración.

El daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad en que él no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es “irrazonable,” sin depender “*de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración.*”²⁵.

La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto, según lo determine el juez con fundamento en el principio *iura novit curia*²⁶.

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

²⁶ Ahora bien, la Sala advierte que “en aplicación del principio del *iura novit curia* se analiza el caso adecuando los supuestos fácticos al título de imputación que se ajuste debidamente, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa petendi, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso, ni que se establezca un curso causal hipotético arbitrario. De manera que es posible analizar la responsabilidad patrimonial del Estado bajo un título de imputación diferente a aquel invocado en la demanda, en aplicación al principio *iura novit curia*, que implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, corresponde al juez definir la norma o el régimen aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la causa petendi, esto es, de los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión”.

Finalmente, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede ser concebida simplemente como una herramienta destinada a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo²⁷ que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

2. La ruptura del equilibrio de las cargas públicas de los miembros de la población civil afectados, y derivados del ataque armado y enfrentamiento entre el Estado y un grupo armado insurgente.

La más reciente jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera²⁸ considera que tratándose de daños antijurídicos derivados de un ataque armado o del enfrentamiento del Estado y un grupo armado insurgente, cabe afirmar varios argumentos: 1) debe tenerse en cuenta *“la especial naturaleza de este tipo de ataques que son de suyo sorpresivos y pocas veces predecibles”*; 2) así mismo, es necesario observar si se desplegaron *“actividades de control y vigilancia permanentes sobre los distintos sectores de la población”*, reconociendo el *“alto grado de presencia subversiva”* en un área concreta; 3) determinar si los *“ataques llegaban a producirse por efecto mismo de la naturaleza y dimensión del conflicto armado”*; 4) afirmar que *“es al Estado a quien corresponde la búsqueda de soluciones que conlleven a la terminación de la guerra, de ahí que debe convenirse en que se aparta de los más elementales criterios de justicia y equidad que al producirse estos ataques subversivos, el Estado no acuda a socorrer a sus víctimas”*; 5) considerar que no pueda atribuirse el daño antijurídico a alguna falla en el servicio, ya que se *“actuó dentro del marco de sus posibilidades”*; 6) que tampoco se pueda *“reprochar la conducta”* de los actores como miembros de la población civil; y, 7) que se trate de un ataque *“dirigido contra el Estado, cuyo radio de acción no se limitó a objetivos estrictamente militares, sino que comprendió también a la población civil”*.

Luego, con base en los anteriores criterios, el juez puede indagar si para un caso en concreto, siguiendo la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera, el daño antijurídico es atribuible (fáctica y jurídicamente) al Estado al demostrarse la

²⁷ “En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda: ineficiente”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.174.

²⁸ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

ruptura en el equilibrio de las cargas públicas, por tanto a encajar la imputación en el criterio de imputación del daño especial²⁹, y fundamentarse en “el deber de acompañamiento a las víctimas del conflicto”³⁰, concretada en la muerte o lesiones de miembros de la población civil, o en la pérdida, destrucción o deterioro de los bienes civiles.

3. La imputación de responsabilidad en tratándose de daños causados por las acciones de grupos armados insurgentes – HECHO DEL TERCERO

Cabe señalar que en la dilatada jurisprudencia de la Corporación se ha abordado la responsabilidad del Estado con ocasión de actos de grupos armados a partir de diferentes criterios de imputación, a saber: falla en el servicio, riesgo excepcional y el daño especial, según la determinación fáctica de cada caso y la atribución jurídica que proceda.

Por otro lado, la Sala considera pertinente resaltar que, en casos similares, esta Corporación ha declarado la responsabilidad de la Administración con fundamento en el título de imputación “*daño especial*”³¹ tratándose de actos terroristas dirigidos a socavar las instituciones del Estado, “*lo que se explica por la selección del personaje contra el cual se ejecutó. El fenómeno violento se dirigió, pues, contra la organización estatal con el fin de destruirla, o a la búsqueda de concesiones importantes*”³².

En efecto, frente al estudio de la falla en el servicio y del daño especial como criterios de imputación para establecer la responsabilidad del Estado, en tratándose de daños antijurídicos causados por grupos armados insurgentes tiene

²⁹ “(...) En conclusión, la Sección considera que en este caso resulta aplicable la teoría del daño especial, habida cuenta que el daño, pese a que se causó por un tercero, lo cierto es que ocurrió dentro de la ya larga confrontación que el Estado ha venido sosteniendo con grupos subversivos, óptica bajo la cual, no resulta constitucionalmente aceptable que el Estado deje abandonadas a las víctimas y, que explica que la imputación de responsabilidad no obedezca a la existencia de conducta alguna que configure falla en el servicio, sino que se concreta como una forma de materializar los postulados que precisamente justifican esa lucha contra la subversión y representan y hacen visible y palpable, la legitimidad del Estado”. Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492. Pon. Hernán Andrade Rincón.

³⁰ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

³¹ Consejo de Estado – Subsección C, sentencia de 25 abril de 2012, Exp. 22.387, MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³² Apartes trascritos en Consejo de Estado, Sección Tercera, Rad. No. 8577, septiembre 23 de 1994, C.p. Julio Cesar Uribe Acosta del aparte “Los actos terroristas y el derecho privado” en El seguro en la propiedad horizontal y ante los actos terroristas, Medellín, 1986, p. 76 y 77. *Cfr.* Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 3 de mayo de 2007. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 16696.

como presupuesto el reconocimiento de la existencia de mandatos de abstención –deberes negativos- como de acción –deberes positivos- a cargo del Estado, empero, para que se genere responsabilidad con fundamento en ello es menester acreditar, a título de ejemplo, i) el incumplimiento o deficiente cumplimiento de deberes normativos, ii) la omisión o inactividad de la administración pública, o iii) el desconocimiento de la posición de garante institucional que pueda asumir la administración.

Como en los daños causados por la acción de grupos insurgentes se está en presencia de un hecho de un tercero, desde un plano causal, deberá demostrarse la cognoscibilidad real del peligro que corre el bien jurídico que debe ser protegido, al igual que la posibilidad material de actuar en defensa del mismo, o bien por el negligente o inadecuado despliegue de las acciones de defensa ejecutadas por la fuerza pública. Al respecto el precedente jurisprudencial de esta Corporación ha precisado:

“Para determinar si la conducta del Estado fue anómala o irregular, por acción o por omisión, frente al hecho dañoso perpetrado por el tercero debe analizarse si para la Administración y para las autoridades era previsible que se desencadenara el acto terrorista. Este aspecto constituye uno de los puntos más importantes a analizar dentro de este régimen, pues no es la previsión de la generalidad de los hechos (estado de anormalidad del orden público) sino de aquellas situaciones que no dejan casi margen para la duda, es decir, las que sobrepasan la situación de violencia ordinaria vivida (...)”³³.

Se destaca que el hecho del tercero debe estar revestido de cualidades como que sea i) imprevisible, ii) irresistible y iii) ajeno a la entidad demandada. Es acertado que algunas decisiones sostengan que no se requiere que el hecho del tercero sea culposo para que proceda como eximente, y por otra parte, se tiene como exigencia que la causa (la actuación del tercero) sea adecuada. También se indica que corresponde a la entidad demandada probar los elementos constitutivos de este eximente de responsabilidad.

La problemática que plantea el hecho del tercero radica en su análisis desde la óptica de la causalidad, o bien en el marco de la tendencia moderna de imputación

³³ Sección Tercera, sentencia de 27 de noviembre de 2002, expediente 13774.

objetiva, o en la construcción de los deberes positivos del Estado. Sin embargo, la tendencia es a reducir la discusión a la determinación de las condiciones para que el hecho del tercero opere, y si cabe exigir que se reúnan las mismas condiciones que para la fuerza mayor. Esto resulta equivocado, si nos atenemos a los presupuestos inicialmente tratados en la ponencia, ya que sería valorar el hecho del tercero desde la perspectiva propia al debate de la causalidad, de la determinación de si causalmente como eximente tiene la entidad para producir la ruptura de la “superada” relación de causalidad, cuyo lugar en el juicio de imputación que se elabora en la actualidad está en el ámbito fáctico de la imputabilidad del Estado.

Pero, ¿cómo superar el tratamiento causalista del hecho del tercero? En primer lugar, debe decirse que fruto de la constitucionalización de la responsabilidad extracontractual del Estado, la concepción del hecho del tercero como eximente no debe convertirse en elemento que no permita hacer viable el contenido del artículo 90 de la Carta Política, sino que debe advertirse que en la situación en la que se encuentra Colombia, de conflicto armado interno, no puede entronizarse como supuesto eximente el hecho del tercero, ya sea ligado a los presupuestos [equivocados] de la fuerza mayor [imprevisibilidad e irresistibilidad], o a la naturaleza de la actividad, o la relación del sujeto que realiza el hecho dañoso, sino que debe admitirse, o por lo menos plantearse la discusión, de si cabe imputar, fáctica y jurídicamente, al Estado aquellos hechos en los que contribuyendo el hecho del tercero a la producción del daño antijurídico, se logra establecer que aquel no respondió a los deberes normativos, a los deberes positivos de protección, promoción y procura de los derechos de los administrados, y de precaución y prevención de las acciones de aquellos que encontrándose al margen de la ley buscan desestabilizar el orden democrático y, poner en cuestión la legitimidad de las instituciones.

Las anteriores premisas derivan en las siguientes cuestiones: a. El Estado no es un asegurador universal, simplemente obedece a unas obligaciones que se desprenden del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho que exige ya no sólo la garantía de los derechos y libertades, sino su protección eficaz, efectiva y la procura de una tutela encaminada a cerrar la brecha de las debilidades del Estado, más cuando se encuentra en una situación singular como la de Colombia de conflicto armado interno, que representan en muchas ocasiones violaciones sistemáticas, o la aceptación de las mismas por parte de actores que no haciendo

parte del Estado, no dejan de ser ajenos a la problemática de la responsabilidad extracontractual del Estado. b. De acuerdo con la idea del “tercero” en el marco de un conflicto armado interno, no hay duda que no se requiere que haya un acuerdo o una “connivencia” entre el Estado y los terceros que producen violaciones sistemáticas a los derechos humanos.

En este sentido, la concepción del hecho del tercero debe superar como hipótesis la necesidad de determinar un vínculo material u orgánico para que pueda atribuirse la responsabilidad, ya que lo sustancial es el rol que juega la administración pública, su “posición de garante de vigilancia”, de la que derivan todos los deberes de actor llamado de evitar, a ofrecer la protección debida a corresponderse con los deberes positivos, y que implica que debe actuar frente a situaciones que amenacen o puedan desencadenar un daño como consecuencia de las acciones de terceros, sino que sea admisible permitir que opere como cláusula de cierre de la eximente que se trate de actos indiscriminados, o que deba contarse con la verificación de la misma amenaza, sino que es el Estado el llamado a ejercer una intervención mucho más profunda ante fenómenos de violencia, o de insurgencia que tiene plenamente definidos. c. Debe tenerse en cuenta, también, que el “Estado será responsable de los actos de particulares si los órganos del Estado hubieran podido actuar para prevenir o reprimir el comportamiento de éstos, o si existiese una relación de hecho específica entre la persona o entidad que observó el comportamiento y el Estado”³⁴.

Las obligaciones de prevención se conciben por lo general como obligaciones de realizar los máximos esfuerzos, es decir, que obligan a los Estados a adoptar todas las medidas razonables o necesarias para evitar que se produzca un acontecimiento determinado, aunque sin garantizar que el acontecimiento no vaya a producirse, la violación de una obligación de prevención puede ser un hecho ilícito de carácter continuo.

Generalmente se trata de casos en los que el Estado complementa su propia acción contratando o instigando a personas privadas o a grupos que actúen como auxiliares, pero sin pertenecer a la estructura oficial del Estado³⁵.

³⁴ RODRIGUEZ H, Gabriela. “Normas de responsabilidad internacional de los Estados”, en MARTIN, Claudia; RODRIGUEZ-PINZON, Diego; GUEVARA B., José A. (Comp) Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 1ª ed. México, Fontamara; Universidad Iberoamericana, 2004, pp.56.

³⁵ La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en el asunto Fiscal c. Tadic, destacó que: “En derecho internacional, la condición para que se atribuyan al Estado actos realizados por particulares es que el Estado ejerza un control sobre esos particulares”. Asunto IT-94-1, Prosecutor c. Tadic,

El hecho del tercero no es una causal que permita al juez crear una regla general como máxima, sino que, por el contrario, lo invita a analizar, teniendo en cuenta las especiales condiciones del Estado colombiano, cuándo, en qué medida, y bajo qué proporcionalidad el Estado estaría llamado a responder, o con otras palabras, le sería atribuible (fáctica y jurídicamente) un daño antijurídico producido por un tercero, sin acudir a verificar los vínculos o relaciones de este con la administración pública, sino a partir de la exigencia máxima de la tutela de la víctima como premisa de la responsabilidad extracontractual del Estado en la visión moderna y humanista.

Sin duda, el tratamiento que se pueda dar la hecho del tercero en la visión propia a los tiempos que corren, no permite que sigamos anclados en el modelo clásico causalista, y nos centremos en la vocación que el instituto de la responsabilidad debe atender: herramienta complementaria para tutela de los derechos de los administrados, especialmente de los derechos humanos; factor de convivencia y del logro de la paz, y; instrumento que permita la aplicación de una justicia redistributiva donde sea el principio de solidaridad el que opere, no la visión individualista propia a los orígenes del mismo instituto.

El hecho del tercero debe convertirse en una excepción a la regla general de la primacía de la víctima en la determinación de la responsabilidad extracontractual del Estado, como criterio garantístico, finalístico y principal para dotar al Estado de una herramienta con vocación preventiva, no simplemente como verificación de hechos que sistemáticamente se producen y no tienen eco en la actividad del Estado para procurar tratarlos, superarlos y, así alcanzar la reconciliación nacional.

4. La muerte o lesiones de miembros de la población civil durante un enfrentamiento armado entre el Estado y un grupo armado insurgente – Reiteración Jurisprudencial³⁶

(1999), I.L.M., vol.38, párr.117. Otro ejemplo lo constituye la captura de Adolf Eichmann, por un grupo israelíes en Buenos Aires el 1o de mayo de 1960 llevándolo posteriormente en avión a Israel donde fue sometido a juicio.

³⁶ Consejo de Estado, sentencia de 22 de octubre de 2012, Exp. 24.070, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

En los eventos de muerte o lesiones a miembros de la población civil, se hace necesario valorar la imputación en una doble perspectiva: en primer lugar, desde la producción del daño antijurídico ocurrido durante un ataque armado y el enfrentamiento entre el Estado y un grupo armado insurgente, bien sea como consecuencia de la acción, omisión o inactividad en los deberes de protección, seguridad y ejercicio de la soberanía en las que hayan podido incurrir las entidades demandadas, y que representen, también, la vulneración de los derechos reconocidos a la vida e integridad, dentro del marco de la dignidad humana y los derechos humanos que por el mismo bloque merecen ser objeto de protección en cabeza de los miembros de la población civil.

De tal manera, cabe observar la atribución jurídica del daño antijurídico, en principio, a las entidades demandadas por falla en el servicio consistente en el incumplimiento e inobservancia de los deberes positivos derivados de exigencias constitucionales, legales, y del bloque ampliado de constitucionalidad (artículo 93), esto es, del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, que pueden ser constitutivos de una falla en el servicio.

En clave constitucional, de acuerdo con lo consagrado en la Constitución Política, es claro que la obligación positiva que asume el Estado de asegurar a todas las personas residentes en Colombia la preservación de sus derechos a la vida y a la integridad física, como manifestación expresa de los derechos fundamentales a la vida, integridad personal y a la seguridad personal, no se encuentra dentro de la clasificación moderna de las obligaciones como una obligación de resultado sino de medio, por virtud de la cual son llamadas las distintas autoridades públicas a establecer las medidas de salvaguarda que dentro de los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad resulten pertinentes, a fin de evitar la lesión o amenaza de los citados derechos fundamentales.

Desde la perspectiva del derecho internacional humanitario, debe observarse lo consagrado en el Convenio IV de Ginebra del 12 de agosto de 1949, “relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra” (ratificado por Colombia el 8 de noviembre de 1961), y en el Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, “relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional”.

De acuerdo con el Convenio IV de Ginebra son aplicables en este tipo de eventos, y dentro del concepto de conflicto armado interno el artículo 3 común, ya que tratándose de conflictos no internacionales el Estado parte está llamado a aplicar “como mínimo” los siguientes criterios:

“(...) 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades (...) y las personas puestas fuera de combate por (...) detención o por cualquier otra causa, serán en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios.

(...)” (subrayado fuera de texto).

Luego, tratándose de situaciones ocurridas en el marco del conflicto armado interno, el Estado debe orientar su accionar no sólo a cumplir los mandatos constitucionales (artículo 2, especialmente, de la Carta Política) y legales, sino también a dar cabal aplicación y respetar lo consagrado en el Protocolo II a los Convenios de Ginebra, en especial los siguientes mandatos positivos: i) es aplicable a los conflictos armados “que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo” (artículo 1); ii) será aplicable “a todas las personas afectadas por un conflicto armado” (artículo 2); iii) la invocación de este Protocolo, en los términos del artículo 3.1, no puede hacerse con el objeto de “menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos” (respeto del principio de soberanía en sus dimensiones positiva y negativa); iv) como garantía fundamental

se establece que todas “las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor (...) Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes” (artículo 4.1); y, v) se prohíben los “atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio (...) o toda forma de pena corporal” (artículo 4.2).

En este marco, cabe afirmar que “ante la inevitabilidad de los conflictos, se hace perentorio garantizar, por las vías que sean –internacionales o internas–, el respeto de las reglas básicas de humanidad aplicables en cualquiera situaciones de violencia bélica; situaciones que al día de hoy se presentan en su mayor parte como conflictos armados sin carácter internacional”³⁷.

Dentro del catálogo de principios reconocidos por los instrumentos de Derecho Internacional Humanitario está previsto el principio de distinción³⁸, según el cual “las partes dentro de un conflicto armado deberán distinguir entre población civil y combatientes y entre bienes civiles y objetivos militares”³⁹. Dicho principio se justifica en la necesidad de que “las hostilidades se libren entre combatientes y contra objetivos militares para que en ninguna circunstancia afecten a los no combatientes y a los bienes civiles”⁴⁰.

³⁷ “Y es de resaltar el hecho de que en la mayoría de los conflictos actuales las principales víctimas son las personas civiles, que corren el riesgo de perder la vida o de ser mutiladas en el curso de los combates, y a menudo se ven obligadas a abandonar sus lugares de origen, convirtiéndose en desarraigadas”. PEREZ GONZALEZ, Manuel. “Introducción; El derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto”, en RODRIGUEZ – VILLASANTE, José Luis (Coord) Derecho internacional humanitario., ob., cit., p.41.

³⁸ Ramelli Arteaga, Alejandro. “Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia” GIZ, 2011. Pp. 145. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-291 de 2007.

³⁹ Marco Sassoli. “Legitimate targets of attacks under international humanitarian law”. Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research. 2003. Disponible en: <http://www.hpcrresearch.org/sites/default/files/publications/Session1.pdf>.

⁴⁰ Valencia Villa, Alejandro. “Derecho Internacional Humanitario. Conceptos básicos, infracciones en el conflicto armado colombiano”. USAID y Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2007. P. 121. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995. “Uno de las reglas esenciales del derecho internacional humanitario es el principio de distinción, según el cual las partes en conflicto deben diferenciar entre combatientes y no combatientes, puesto que estos últimos no pueden ser nunca un objetivo de la acción bélica. Y esto tiene una razón elemental de ser: si la guerra busca debilitar militarmente al enemigo, no tiene por qué afectar a quienes no combaten, ya sea porque nunca han empuñado las armas (población civil), ya sea porque han dejado de combatir (enemigos desarmados), puesto que ellos no constituyen potencial militar. Por ello, el derecho de los conflictos armados considera que los ataques militares contra esas poblaciones son ilegítimos, tal y como lo señala el artículo 48 del protocolo I, aplicable en este aspecto a los conflictos internos, cuando establece que las partes “en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares”.

El Protocolo I Adicional a los IV Convenios de Ginebra⁴¹ establece el principio de distinción en relación con los bienes militares y civiles en los siguientes términos:

“Artículo 52: Protección general de los bienes de carácter civil

1. Los bienes de carácter civil no serán objeto de ataque ni de represalias. Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares en el sentido del párrafo 2.

2. Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.

3. En caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles, tal como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin.”

Si bien el Protocolo II Adicional a los IV Convenios de Ginebra no contiene expresamente la prohibición de atacar a bienes civiles⁴², ésta ha sido incorporada en varios instrumentos de Derecho Internacional Humanitario aplicables a conflictos armados internos. En efecto, los artículos 3.7 del Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos enmendado el 3 de mayo de 1996⁴³ y 2.1 del Protocolo III sobre

⁴¹ Cfr. Ley 11 de 21 de julio de 1992, "por medio de la cual se aprueba el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, adoptado en Ginebra el 8 de junio de 1977". Corte Constitucional, sentencia C-088 de 1993.

⁴² Algún sector de la doctrina ha señalado que dicha prohibición podría entenderse incorporada en el artículo 13 del Protocolo II Adicional según el cual "1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares."

⁴³ "Artículo 3: Restricciones generales del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos "7. Queda prohibido, en todas las circunstancias, emplear las armas a las que se aplica el presente artículo, sea como medio de ataque, como medio de defensa o a título de represalia, contra la población civil propiamente dicha o contra personas civiles o bienes de carácter civil."

prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias⁴⁴ establecen la prohibición de atacar bienes civiles.

Asimismo, la Resolución 1265 de 1999 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas condenó todos los ataques dirigidos en contra de bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario⁴⁵.

Por su parte, el Customary International Humanitarian Law también establece el principio de distinción entre los bienes civiles y militares en los siguientes términos:

“Regla 7. Las partes en conflicto deberán hacer en todo momento la distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares. Los ataques sólo podrán dirigirse contra objetivos militares. Los bienes de carácter civil no deben ser atacados.

Regla 8. Por lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida.

Regla 9. Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares.

Regla 10. Los bienes de carácter civil gozan de protección contra los ataques, salvo si son objetivos militares y mientras lo sean”⁴⁶.

De esta manera, y tal como lo ha señalado la Corte Internacional de Justicia, el principio de distinción pretende *“la protección de la población civil y de objetos civiles, y establece la distinción entre combatientes y no combatientes; los Estados*

⁴⁴ “Artículo 2. : Protección de las personas civiles y los bienes de carácter civil 1. Queda prohibido en todas las circunstancias atacar con armas incendiarias a la población civil como tal, a personas civiles o a bienes de carácter civil”.

⁴⁵ Puede consultarse: [<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1946.pdf?view=1>].

⁴⁶ ICRC. Customary International Humanitarian Law. “Rule 7. The parties to the conflict must at all times distinguish between civilian objects and military objectives. Attacks may only be directed against military objectives. Attacks must not be directed against civilian objects. Rule 8. In so far as objects are concerned, military objectives are limited to those objects which by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action and whose partial or total destruction, capture or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage. Rule 9. Civilian objects are all objects that are not military objectives. Rule 10. Civilian objects are protected against attack, unless and for such time as they are military objectives”.

*nunca pueden hacer a los civiles objeto de ataques, y en consecuencia nunca pueden utilizar armas que sean incapaces de diferenciar entre objetivos civiles y militares*⁴⁷.

Es preciso resaltar que según la jurisprudencia constitucional tales normas convencionales y consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario integran el denominado bloque de constitucionalidad⁴⁸. Al respecto, la propia Corte Constitucional ha señalado que “[e]l hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones. Así como el preámbulo, los principios, valores y reglas constitucionales son obligatorios y de forzoso cumplimiento en el orden interno, las normas del bloque de constitucionalidad son fuente de derecho obligatoria para todos los asociados. (...) El hecho de compartir la jerarquía del texto formal de la Carta convierte a los dispositivos del bloque en “eje y factor de unidad y cohesión de la sociedad”, y la condición de ocupar con ellos el máximo peldaño en la escala normativa obliga a que toda la legislación interna acondicione su contenido y ajuste sus preceptos a los estatutos por aquellas adoptados, pues éstos irradian su potestad sobre todo el ordenamiento normativo.”⁴⁹

Además de estar previsto en la normativa de Derecho Internacional Humanitario, el principio de distinción constituye una norma consuetudinaria e integra el *ius cogens*. En este sentido, la Corte Constitucional estableció que “el principio de distinción –el cual es obligatorio para el Estado colombiano por su doble naturaleza de norma convencional y consuetudinaria de derecho internacional, además de ser una norma de *ius cogens*-, que incluyen la prohibición de dirigir ataques contra la población civil o contra personas civiles, y la prohibición de llevar a cabo actos dirigidos a aterrorizar a la población civil”⁵⁰.

⁴⁷ Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, 1996. “[it] is aimed at the protection of the civilian population and civilian objects and establishes the distinction between combatants and non-combatants; States must never make civilians the object of attack and must consequently never use weapons that are incapable of distinguishing between civilian and military targets”.

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencias C-225 de 1995 y C-291 de 2007.

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-067 de 2003.

⁵⁰ Corte Constitucional, auto 092 de 2008. Cfr. Sentencia SU 747 de 1998. “Como se señala en la sentencia C-225/95 de esta Corporación, los no combatientes no pueden ser en ningún momento objeto de acciones militares y, además, no pueden ser involucrados dentro del conflicto armado, pues eso los convertiría en actores del mismo y, en consecuencia, en objetivos militares. Es claro entonces que el Estado colombiano no está autorizado para atacar o aterrorizar a la población civil ni para involucrarla en el conflicto armado, en calidad de actor militar.”

En relación con el principio de distinción, la Corte Constitucional ha señalado que “es obligación de las partes en un conflicto el esforzarse por distinguir entre objetivos militares y personas o bienes civiles”⁵¹. En este sentido, los bienes civiles son “aquellos bienes que no pueden ser considerados legítimamente como objetivos militares”⁵²; los objetivos militares, por su parte, son “aquellos bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida”⁵³.

Por último, resulta pertinente resaltar que en pretéritas ocasiones la Sección Tercera ha establecido que las vulneraciones a principios del Derecho 50 Internacional Humanitario constituyen supuesto suficiente para declarar la responsabilidad del Estado con fundamento en el título de imputación “falla del servicio”⁵⁴.

De otra parte, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, y considerados singularmente dichos derechos, se tiene que cuando “*un conflicto asume las dimensiones de una confrontación armada, la vida de la nación se considera inmediatamente en peligro, lo que lleva a invocar las cláusulas derogatorias. En tales casos, todas las normas de derechos humanos cuya derogación está prohibida siguen en pleno vigor. Estas normas están confirmadas o complementadas por la normativa específica de los conflictos armados no internacionales, que forman parte de la normativa humanitaria*”⁵⁵. Dicha protección tiene su base en los derechos constitucionalmente reconocidos a la vida e integridad de las personas, y los derechos humanos consagrados en la

⁵¹ Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007. Cfr. TPIY. Caso Fiscal Vs. Tihomir Blaskic. “Las partes en un conflicto están obligadas a esforzarse por distinguir entre objetivos militares y personas o bienes civiles” [Traducción informal: “The parties to the conflict are obliged to attempt to distinguish between military targets and civilian persons or property”].

⁵² Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007.

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ Sección Tercera, sentencia de 6 de julio de 2005, expediente 13969.

⁵⁵ “Aunque la Declaración universal tuvo influencia en los redactores de las convenciones de Ginebra, la normativa internacional sobre derechos humanos y las normas humanitarias afrontan el problema de los conflictos armados internos de diferentes modos. La primera se encuadra en el marco del *ius ad bellum* según lo previsto en la Carta de las Naciones Unidas, de acuerdo con la cual queda prohibido el recurso a la fuerza y, en consecuencia, está dirigido a la conservación de la paz. La segunda, por su parte, forma parte (sic) del *ius in bello*: establece las normas que rigen el uso de la fuerza sin examinar las causas del conflicto de acuerdo a los principios de la Cruz Roja y, en especial, los principios humanitarios”. NEWMAN, Frank C; VASAK, Karel. “Derechos civiles y políticos”, en VASAK, Karel (ed) *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. V.I. Barcelona, Serbal; UNESCO, 1984, pp.285 y 286.

Convención Americana de Derechos Humanos -artículos 1⁵⁶, 4.1.-, (que fue incorporada al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 16 de 1972).

La Sala tiene en cuenta, que el *“artículo 1 de la Declaración universal, al resumir los tres grandes principios de la Revolución francesa, establece, entre otras cosas, que “todos los seres humanos (...) deben tratarse unos a otros con un espíritu de hermandad”. El orden social y la comunidad a la que el individuo pertenece son colocados asimismo en la adecuada perspectiva de los derechos humanos en los artículos 28 y 29 de la Declaración universal y en el párrafo quinto del preámbulo de los Convenios internacionales sobre derechos humanos”*⁵⁷.

5. Caso concreto

La Sala confirmará la sentencia objeto de apelación previo el estudio del caso concreto, la revisión y análisis de la totalidad del material probatorio, por encontrar configurados los presupuestos de la responsabilidad, como pasa a explicarse:

5.1 Material probatorio y análisis del caso concreto:

1 En el expediente se encuentra acreditado que el día 22 marzo de 1998 Brisa Rocío Castañeda, a las 21:30 horas (9:30 p.m.), ingresó al Hospital San Juan de Dios por una herida producida por arma de fuego, en cuya historia clínica consta⁵⁸:

“Refiere acompañante que al regresar para su casa después de prestar comisión de la concentración de desarrollo rural, presenció en el sitio el enfrentamiento, disparos, granadas (sic), recibiendo disparos de bala en cuello, (ilegible) y trauma en región frontal.(...)”.

⁵⁶ “Como se puede observar, de la lectura de este artículo (artículo 1° de la Convención Americana) se desprenden dos obligaciones para los Estados parte, en relación con los derechos consagrados en el texto de la Convención, a saber: i) la obligación de respeto, que exige del Estado una conducta de abstención, denominada también obligación negativa y, por otro lado, ii) se impone una obligación de garantía, que exige a los Estados parte emprender las acciones necesarias tendientes a asegurar que todas las personas sujetas a su jurisdicción estén en condiciones de ejercerlos y garantizarlos. Sobre el alcance de esta disposición, (artículo 2° de la Convención Americana) la Corte Interamericana, ha precisado que este deber tiene dos implicaciones: “Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”. Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2007, expediente 29273.

⁵⁷ La “vida humana en sus múltiples relaciones sociales halla reconocimiento y expresión bajo la tutela de la promoción y protección de los derechos humanos”. BOVEN, Theodoor C. Van. “Criterios distintivos de los derechos humanos”, en VASAK, Karel (ed) Las dimensiones internacionales de los derechos humanos. V.I. 1A ed. Barcelona, Serbal; UNESCO, 1984, p.95.

⁵⁸ Fls.174 C.1

2 De manera que en la historia clínica de Brisa Rocío Castañeda se hizo constar que el día 22 de marzo de 1998 llegó al Hospital Integrado San Juan de Dios con herida producida con arma de fuego en el cuello al lado izquierdo y en el hombro izquierdo, en estado consciente e hidratada⁵⁹.

3 Con relación a la ocurrencia de los hechos, en el informe realizado el **24 de marzo de 1998** por el Ejército Nacional consta⁶⁰:

“Los días 16 y 17 de marzo había informaciones sobre desplazamientos en las noches de los bandoleros en grupos de a 15 en las veredas Cerro – Bolívar, Pozo Verde, Laguito, Bajo Centro y otras del mismo sector, por lo tanto ordené realizar emboscadas sobre diferentes caminos que conducen a estos sitios, los días 18 y 19 de marzo en horas de la noche, las cuales transcurrieron sin resultados.

El día 20 de marzo ordené al SV. Martínez Páez Idardo, realizar un patrullaje de registro y control desde la parte baja a la altura del Rio Cochina cruzando por las veredas antes mencionadas, el 22 de marzo la contraguerrilla espada 1 al mando del SV Martínez cumpliendo la orden de no permanecer estáticos en ningún sitio efectuaban desplazamiento hacía la vereda Bajo Palmas, cuando llegaban a la vereda los subversivos se encontraban emboscados en la parte alta comenzaron a disparar con fuego nutrido desde todos los blancos posibles con la mala fortuna que uno de los primeros disparos impactó hiriendo momentáneamente al soldado Banderas Garavito José heridas que posteriormente le causaron la muerte, la contraguerrilla reaccionó ante el ataque de los bandidos, mediante fuego y movimiento hacía el cerro más alto del lugar este donde había mayor concentración de fuego por parte del enemigo, los bandoleros al darse cuenta de la reacción de los soldados emprendieron la fuga, tan pronto como se inició el enfrentamiento el Sargento Martínez me informó que tenía un soldado herido, yo le indiqué que lo sacara hasta la carretera más cercana y coordinamos con la contraguerrilla que teníamos en el puesto de mando, coordine con el Hospital el desplazamiento de la ambulancia para transportar al soldado Bandera Garavito.

⁵⁹ Fls.177 C.1

⁶⁰ Fls.143-144 C.1 y 20 -22 C.2

Lo recogió en la carretera habiendo sido trasladado por los compañeros hasta allí, le prestaron los primeros auxilios y encontrándose en la ambulancia falleció, cuando ya oscurecía ordené a las dos contraguerrillas que subieran para reorganizarnos, estando realizando esta actividad me informaron que había una mujer herida como consecuencia de la emboscada, al preguntar los motivos por los cuales ella había resultado lesionada se pudo establecer que cruzaba en ese momento por la casa en la vereda Centro Palmas y alcanzó a darse cuenta de presencia de los guerrilleros emboscados y trató de evitar que le dispararan a la patrulla, gritándoles que no le dispararan a los soldados y por este motivo los bandidos le hicieron tres disparos a menos de cinco metros, los cuales hicieron impacto en la dama en el brazo izquierdo a la altura del hombro izquierdo y otro rozó el cuello, los impactos al parecer son de un arma de bajo calibre porque no causaron mayores daños en el cuerpo de la señorita, el orificio de entrada era pequeño igual al orificio de salida.

La mujer herida responde al nombre de Rocío Castañeda Castillo, la cual fue evacuada esa misma noche al Hospital Gonzales Valencia de Bucaramanga, una vez organizados nuevamente con el ánimo de encontrar posibles bajas del enemigo pero no fue posible localizarlas.

(...)”.

4 Sobre estos hechos, el **24 de marzo de 1998**, Ana Lucía Castillo presentó una queja ante la Personería Municipal de Bolívar, en la que hizo constar que los hechos en los que resultó lesionada Brisa Rocío Castañeda ocurrieron el día 22 de marzo de ese mismo año a las 5:50 P.M.⁶¹, como ya ha quedado demostrado.

5 Asimismo, Ana Lucia Castillo el **3 de abril de 1998** instauró la correspondiente denuncia ante la Fiscalía Primera Delegada ante los Juzgados Promiscuos Municipales de Bolívar – Santander, en la que consta⁶²:

“El 22 de marzo pasado, siendo las cuatro y media de la tarde, mi hija Brisa Rocío Castañeda Castillo venía bajando por el camino que de Bolívar conduce a mi casa, es decir, en el sitio llamado Pozo Verde, ella iba sola y

⁶¹ Fls.16 C.2

⁶² Fls.40-41 C.1 y 4 C.2

traía en las manos dos cuadernos cinco materias, una carpeta, una escuadra y una bolsa con ropa de cambio para trabajar, y fue cuando yo oí un tiroteo, ella se sintió herida y se votó al suelo, entonces sintió el estallido de algo duro y fuerte y estando rodando en el piso volvió a sentir otro estallido duro y fuerte y ella siguió rodando y dejó tirado, rodando llegó a la casa de mi mamá que se llama Lourdes Mateus (67 años de edad), mi mamá de ver la niña sangrando se asustó toda y me mandó a llamar con una niña de once años Sandra Helena Castillo y me contó lo sucedido y yo subí y todavía había balacera pues eso duró hasta las seis y media de la tarde. Cuando yo la vi, la niña hablaba pero estaba chorriada de sangre y yo la mire y tenía la cabeza rajada y con chichón y la volteé y le vi un roto en la nuca, entonces yo salí al patio para que me dejaran sacar la niña; los vecinos estaban escondidos (...) y ellos escucharon todo lo que yo decía pero no podía (sic) salir a auxiliarme por la balacera; la única que me auxilió fue Emiliana Castillo y llegó Luis Alfredo Castillo quien es mi hermano y se fue para una escuela a conseguir quien me ayudara y encontró a Saúl Herreño y ellos salieron con una bandera y le gritaron a unos soldados que estaban en la parte de arriba de la escuela que nos dejara salir con la niña herida y ellos dijeron que si y nos ayudaron a cargar la niña tres soldados, no les vi los nombres y ellos llamaron al Jefe y nos autorizaron a subir ya que a la ambulancia no la dejaron bajar a donde estábamos nosotros, también estaba Alexis Hernández, Rubén Barrera a ayudarme y la trajimos hasta el Hospital, eso ya era como a las seis y cuarenta de la tarde, es decir, duró más de una hora desangrándose; el Ejército ahí mismo subió todo al Hospital, por eso tengo dudas de que fuera un enfrentamiento con la guerrilla y parece que fue entre ellos mismos que sin culpa se dieron, ya que habían tres grupos del Ejército, una estaba donde Pedro Castañeda, otro en Pozo Verde hacía abajo y otro (sic) que estaban en el cementerio, entonces por falta de coordinación parece que se dieron unos con otros, ya que nosotros nunca vimos a la guerrilla ni ninguno de los vecinos ni nadie de los que yo he nombrado. Además quiero agregar que Blanca Barrera (vive por Pozo Verde), cerca donde cayó mi hija, ella madrugó y recogió los libros y las cosas que llevaba mi hija y me dijo que cuando el Ejército cruzó por frente de mi casa, ellos dijeron le dimos o le dieron a una estudiante” que se llamaba Rocío porque ellos leyeron los cuadernos que mi hija tenía y Blanca iba a mirar pero los soldados no la dejaron salir. Como en el Hospital no había médico las enfermeras le dieron los primeros auxilios y de

aquí la remitieron al Hospital de Vélez y le hicieron unas radiografías y la remitieron a Bucaramanga porque tocaba operarla por una lesión de la clavícula y en Bucaramanga la atendieron al Gonzales Valencia, ella fue operada. (...)”.

6 De otra parte, sobre las lesiones sufridas por Brisa Rocío Castañeda obra el concepto médico emitido el **7 de abril de 1998** por el Hospital Militar Regional de Bucaramanga en el que consta⁶³:

“Edad: 17 años

Paciente quien refiere haber presentado herida por arma de fuego en hombro y cuello izquierdos el día 22 de marzo de 1998. Atendida inicialmente en el Hospital Gonzales Valencia, donde practican curaciones, sutura de herida en cuello e inmovilización de hombro.

Al examen físico actual se encuentra:

Paciente en buen estado general, afebril, hidratada, mucosas húmedas.

Como positivo al examen:

Herida en región deltoidea izquierda de 0.5 cms x 0.5 cms diámetro con costra hemática antigua, no tatuaje.

Herida en región supraclavicular forma elipsoide de 2 cms x 0.5 cms con costra hemática antigua. No hay edema ni tatuaje ni compromiso mayor de tejidos blandos.

Callo óseo palpable en tercio medio con tercio externo de clavícula.

Presenta además herida saturada antigua en región posterior de cuello a nivel de T7 limpia con leve edema circunvecino de aprox. 6 cms longitud.

Hay impétigo axilar por inmovilización prolongada.

⁶³ Fls.49-50 C.1 y 47-48 C.2

Se conserva sensibilidad área autónoma de nervio circunflejo. Contracción voluntaria de músculo deltoides conservada. Limitación por dolor para abducción de hombro por dolor (llega a 30°).

No hay déficit motor ni sensitivo a nivel de miembro superior izquierdo.

Rayos X actuales muestran fractura incompleta no desplazada de cabeza humeral. Hay fractura oblicua larga de tercio medio con tercio externo de clavícula izquierda levemente desplazada. No conminución.

Las heridas anteriores y el tipo de fractura con mínimo compromiso de tejido óseo y de tejidos blandos, hace sugerir que pudo ser producida por proyectil de media o baja velocidad.

Las características típicas de las heridas producidas por proyectil de alta velocidad (munición 7.62) son de destrucción masiva tanto de las partes blandas como del tejido óseo que no se presenta en el caso de la paciente en mención.

(...)”.

7 En el mismo sentido se emitió el concepto del Instituto Nacional de Medicina Legal, de fecha 3 de abril de 1998, donde se estableció que Brisa Rocío Castañeda⁶⁴:

“Reconocida hoy por primera vez en el IML refiere lesiones por P.A.F. al quedar en medio de un enfrentamiento armado.

Al examen presenta: miembro superior izquierdo suspendido en cabestrillo – orificio circular de 5 MM de diámetro, con costra hemática superpuesta, compatible con orificio de entrada de proyectil, localizada en cara externa tercio superior de brazo izquierdo. Herida oval costrosa de 3 CMS de diámetro mayor, compatible con salida de proyectil, localizada en región supraclavicular izquierda, cicatriz horizontal reciente de 8 CMS de longitud, ostensible en este momento, localizada en cara posterior del cuello, la cual sugiere laceración por proyectil en trayectoria tangencial a piel.

⁶⁴ Fls.120 C.1 y 3 C.2

La examinada estuvo 3 días recluida en URRGV en donde le diagnosticaron fractura de clavícula.

(...)”.

8 Ahora bien, con relación a la investigación penal que frente a estos hechos se adelantó, en el plenario se encuentra acreditado que mediante providencia del **21 de enero de 1999**, el Juzgado 23 de Instrucción Penal Militar resolvió “*abstenerse de iniciar investigación penal (...) por no estar identificado plenamente el autor o autores de las lesiones a la mujer Brisa Rocío Castañeda Castillo*” toda vez que⁶⁵:

“Tampoco ésta demostrado plenamente que Brisa Rocío Castañeda Castillo, hubiese sido herida en el enfrentamiento entre el Ejército y la guerrilla, pues las lesiones de acuerdo a los dictámenes de medicina legal, fueron menores y producidos posiblemente por un arma de corto alcance, pues si la menor hubiera recibido un disparo de calibre 7.62 de fusil, no estaría lesionada, sino muerta, por los efectos de esta munición”.

9 De otra parte, en oficio del **15 de noviembre de 2001** las Fuerzas Militares de Colombia informaron al Tribunal Administrativo de Santander que el día de los hechos se utilizaron fusiles Galil calibre 7.62; y que por situación de orden público, fueron enviadas tres grupos de contraguerrilla para controlar la jurisdicción de los municipios de Guavata, Jesús María y Bolívar, ya que este último había sido hostigado el día 22 de enero de 1998 por el Frente 23 de las FARC, sin lograr el objetivo de tomarse la población y volvieron hacer presencia el 22 de marzo del mismo año, en donde fue herida Brisa Rocío Castañeda⁶⁶.

10 Ahora bien, ante el material probatorio que antecede, debe decirse que no tiene ningún valor probatorio el oficio de 26 de noviembre de 1999, mediante el cual la Alcaldía Municipal de Bolívar⁶⁷ informó al Tribunal Administrativo de Santander que “*en este Municipio [se encontraba] un pelotón del Ejército Nacional pero exactamente no puedo decirle que estaba instalado específicamente en el sitio Pozo Verde; por cuanto, cuando el Ejército llega solamente informa verbalmente de su presencia, ubicando un pelotón en la cabecera Municipal y los demás hacen movimiento en la zona rural aledaña, sin que nosotros tengamos conocimiento exacto de las ubicaciones*”.

⁶⁵ Fls.131-141 C.1

⁶⁶ Fls.214-215 C.1

⁶⁷ Fls.203 C.1

11 Al respecto también deben verse las declaraciones rendidas dentro de la investigación penal No. 146 iniciada por el Juzgado 23 de Instrucción Penal Militar por los hechos ocurridos el 22 de marzo de 1998 y las cuales se encuentran en el plenario en virtud del oficio de 19 de noviembre de 1999 por medio del cual se allegó el proceso penal a solicitud de la parte demandante⁶⁸.

11.1 Allí se encuentra el testimonio de Rubén Darío Barrera Sedano, miembro de la población, quien manifestó que el día en que acaecieron los hechos sólo vio gente del Ejército⁶⁹.

11.2 En su declaración, la víctima Brisa Rocío Castañeda sostuvo que en el sitio donde sucedieron los hechos vio más o menos 6 soldados disparando y que en el pueblo no había visto guerrilla⁷⁰⁻⁷¹:

“Yo estaba en la concentración y de ahí me vine como a las cinco de la tarde, me vine con Arley Pérez y nos quedamos hablando un ratico en el pueblo; después me despedí y subí donde una tía y de ahí saqué los cuadernos y me fui para mi casa que queda en la vereda bajo centro palmas de esta jurisdicción, y yo iba más arriba del centro recreacional Pozo Verde, iba por una loma y miré hacía bajo y estaban todos los soldados disparando hacia donde don Silvano Hernández y yo me tiré al piso y me fui arrastrándome hacia una casa de donde Blanca Barrera y cuando sentí fue que estaban disparando para donde yo estaba, aunque no sé quién me disparaba tuvo que ser del Ejército porque no había gente de ningún otro bando ni había gente sospechosa ni nada, me quedé ahí un momentico cuando fue que sentí un frio en el cuerpo y me toque el cuello y estaba sangrando, ya oía detonaciones y disparos. (...) Preguntado: Sabe usted porque se originó la balacera y entre qué bandos o personas. Contestó: No sé porque ni entre qué bandos, después por rumores dijeron que el enfrentamiento había sido el Ejército contra el mismo Ejército pues

⁶⁸ Fls.188 C.1. En cuanto a la **prueba trasladada**, se sostiene en el precedente que cabe valorarla a instancias del proceso contencioso administrativo, siempre que se cumpla lo exigido en el artículo 185 del C.P.C., esto es, que se les puede dotar de valor probatorio y apreciar sin formalidad adicional en la medida en que el proceso del que se trasladan se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o, con su audiencia, por cuanto se protege el derecho de contradicción y publicidad de la prueba, el cual solo se dará en la medida en que las partes tengan conocimiento de ellas.

⁶⁹ Fls.42 C.1 y 11 C.2

⁷⁰ Fls.47-48 C.1 y 12 -13 C.2

⁷¹ Fls.43-44 C.1

tenían varias bases y se encontraron y por falta de comunicación entre ellos dispararon, y además dicen que el Comandante estaba borracho ya que dizque estaba en una gallera y mucha gente lo vio borracho, entre los que lo vieron así está Ferney Vásquez después mis mismos familiares me dijeron también eso. (...)”.

No obstante lo anterior, la víctima declaró que⁷²:

“PREGUNTADA: Diga el por qué la familia Castañeda y Castillo afirman que el enfrentamiento del 22 de marzo de 1998, fue entre la misma tropa del Ejército. CONTESTÓ: Pues yo iba bajando y vi cuando el Ejército estaba disparándome, yo gritaba que no me mataran que era una estudiante, pero ellos seguían disparando. Pues ellos pueden afirmar eso porque sabiendo que había Ejército en la vereda que se iba a meter la guerrilla. Había Ejército por todos lados, en el pueblo y en mi vereda (...) PREGUNTADA: Diga cómo era la visibilidad en el lugar de los hechos. CONTESTÓ: Estaba claro, la tarde era soleada.(...) PREGUNTADA: Cuál es su estado físico actual. CONTESTÓ: Muy regular no puedo mover el brazo, me duele mucho la cabeza, me siento muy nerviosa, no he podido bajar a mi casa después de lo que me pasó. Todo me asusta, psicológicamente quedé mal (...)”.

11.3 En el mismo sentido, las declaraciones rendidas por Saúl Herreño Galeano (Presidente de la Junta de Acción Comunal)⁷³, Emelina Castillo Ortiz (conocida de la mamá de Brisa Rocío Castañeda)⁷⁴ y Lourdes Mateus Serrano⁷⁵ (abuela de la víctima directa) sostuvieron que el día de los hechos, a las 5:30 de la tarde se oyeron los primeros tiros, y acabaron a la 7:00 p.m., pero sólo vieron a los miembros del Ejército Nacional.

11.4 Por su parte los soldados Ramiro Rodríguez Lozada⁷⁶, Fredy Amado Álvarez⁷⁷, León Fernando Sanabria⁷⁸, Manuel Pinzón Ayala⁷⁹, Ramses

⁷² Fls.103-104 C.1

⁷³ Fls.120 C.1 y 9 C.2

⁷⁴ Fls.121 C.1 y 8 C.2

⁷⁵ Fls.6 C.2

⁷⁶ Fls.54-55 C.1 y 30-31, 57-58 C.2

⁷⁷ Fls.56-57 C.1 y 60 C.2

⁷⁸ Fls.58-60 C.1 y 61-63 C.2

⁷⁹ Fls.61-63 C.1, 32-33 C.2 y 64-66 C.2

Colmenares Suárez⁸⁰, Daniel Hernán Gonzáles⁸¹, Gilberto Díaz Albino⁸², Marco Fidel Picón Acosta⁸³ y Hidardo Martínez Páez⁸⁴, coincidieron en afirmar que el día 22 de marzo de 1998 en horas de la tarde, aproximadamente, entre las 5:40 y 6:00 p.m., en el Municipio de Bolívar – Santander fueron atacados por el término de más o menos de 30 a 60 minutos por la Guerrilla de las FARC, específicamente el Frente 23 de las FARC, según el relato de Fredy Amado y Manuel Pinzón.

Asimismo Los soldados Fredy, León, Manuel, Ramses, Daniel Hernán, Gilberto Díaz y Marco Fidel Picón especificaron que previo a lo acaecido el día 22 de marzo de 1998 se tenía conocimiento que las FARC se iban a tomar dicha Municipalidad y que en virtud de lo anterior ese día estaban realizando un registro, cuando fueron emboscados por el grupo subversivo.

Igualmente, los soldados concuerdan en señalar que ellos no vieron a la “guerrilla” durante el enfrentamiento por la falta de visibilidad por cuanto se estaba oscureciendo en ese momento, aunque el testigo Marco Fidel Picón sostuvo que el lugar donde ocurrió el enfrentamiento se encontraba un poco despejado, a pesar del cafetal que había allí.

De igual forma, los soldados León Fernando y Manuel Pinzón adujeron que también fueron atacados por la Policía Nacional, pero que estos últimos no sabían que estaban atacando al personal del Ejército.

Ahora, al preguntársele a los soldados Fredy Amado Álvarez y Ramses Colmenares si vieron o escucharon que armas utilizaron los miembros del grupo insurgente, estos contestaron que los observaron con fusiles R – 15, pistolas y morteros. Y los soldados León Fernando Sanabria y Marco Fidel manifestaron que el grupo subversivo manejó munición 5.56 y M-1.

Y, con relación al armamento utilizado por los miembros del Ejército Nacional durante el enfrentamiento, sostuvieron que ellos utilizaron un fusil galil calibre 7.62, granadas de fusil, ametralladora M – 60, calibre 7.62, granadas de mano y

⁸⁰ Fls.45-46 C.1 y 67-68 C.2

⁸¹ Fls.66-69 C.1, 69-72 y 89-96 C.2

⁸² Fls.80-84 C.1

⁸³ Fls.107-109 C.1 y 28-29 C.2

⁸⁴ Fls.110-112 C.1 y 26-27 C.2

lanza granadas de 40 milímetros, afirmación que es corroborada con el dicho de Ramiro Rodríguez Lozada y Daniel Hernán.

Ahora bien, al preguntárseles sobre lo acaecido con relación a la señora Brisa Rocío Castañeda, los testigos León Fernando Sanabria, Manuel Pinzón Ayala y Daniel Hernán señalaron que para el momento en que ella resultó lesionada, se encontraba en un cafetal, lugar donde se encontraba el grupo subversivo de las FARC disparando a los soldados.

Por último, los soldados Ramiro Rodríguez Lozada, León Fernando Sanabria, Manuel Pinzón Ayala, Daniel Hernán Gonzales y Gilberto Díaz concordaron en afirmar que las heridas producidas en la demandante fueron producidas con un fusil 5.56, utilizado normalmente por las FARC, ya que si hubiesen sido generadas por un arma de calibre 7.62 de uso privativo de las Fuerzas Armadas, ella hubiera quedado sin brazo.

11.5 Adicional a lo anterior, el Capitán Daniel Hernán Gonzales en declaración del 8 de julio de 1998 manifestó⁸⁵:

“PREGUNTADO: Diga si las dos contraaguerrillas que se estaban en Bolívar estaban distanciadas, no tenían coordinación ni comunicación de carácter permanente. CONTESTÓ: Distanciadas si estaban porque por medidas de seguridad no debíamos estar pegados, pero la distancia no era mucha porque podíamos nosotros prestar apoyo en caso de ser necesario y la comunicación era permanente, cada dos horas hacíamos programa. PREGUNTADO: Explique al Despacho si cuando iba a salir algún registro se informaba las demás. CONTESTÓ: Claro que sí, siempre se informaba y manteníamos pendientes de la ubicación de la otra patrulla en todos los reportes sabíamos en donde se encontraban y de eso estaba enterado todo el personal de la base cuando se realizaba algún movimiento como medida de coordinación. (...) La contraaguerrilla a la cual pertenecía el soldado Banderas era del SV Martínez, se encontraba realizando patrullaje de registro y control en la parte baja hacía el sector del rio no recuerdo el nombre, porque habíamos recibido informaciones que habían cruzado por allí un grupo de bandidos y la otra contraaguerrilla al mando del SS Díaz se encontraba de seguridad del puesto de mando en el municipio de Bolívar.

⁸⁵ Fls.72-79 C.1

PREGUNTADO: Diga si el día en que ocurrieron los hechos las dos contraguerrillas se encontraban en el mismo sitio. CONTESTÓ: No, no se encontraban en el mismo sitio, estaban distantes la una de la otra. PREGUNTADO: Diga si las contraguerrillas para el 22 de marzo fueron divididas en varias patrullas y se encontraban en el mismo sitio donde ocurrieron los hechos. CONTESTÓ: No, en ningún momento se dividieron en patrullas, nunca ordené eso, siempre se trabajaba a nivel contraguerrilla (...)."

11.6 Asimismo, el Sargento Gilberto Díaz Albino manifestó en cuanto a las circunstancias en que ocurrieron los hechos:

"PREGUNTADO: Diga en cuántos grupos estaban divididas las contraguerrilla al mando del CT. Gonzales y qué sitios ocupaban dentro de la población. CONTESTÓ: La contraguerrilla estaba dividida en dos grupos bien definidos, un grupo pequeño que acompañaba al CT. Gonzales en el pueblo en la parte alta y otro grupo mayor que se encontraba en la parte alta al mando mío de seguridad del sector del vivac o sea fuera del pueblo. PREGUNTADO: Diga en qué sitio exacto se encontraba las contraguerrillas al mando suyo y la del sargento Martínez en el momento del combate. CONTESTÓ: La contraguerrilla del SV. Martínez se encontraba en desplazamiento desde la parte baja de Guavatá hasta llegar al sector llamado Pozo Verde, la mía que es Emperador Cuatro se encontraba en los alrededores del pueblo de Bolívar. PREGUNTADO: Diga a qué distancia se encontraban las contraguerrillas cuando se presentó la emboscada. CONTESTÓ: A una distancia de más o menos tres kilómetros como es zona montañosa de 15 a 20 minutos. PREGUNTADO: Diga si cuando se presentó el combate cuántas patrullas del Ejército se encontraban en la misma parte o vereda, o el mismo sitio de Pozo Verde. CONTESTÓ: En el momento del combate en Pozo Verde, sólo se encontraba la contraguerrilla del SV. Martínez, la cual se desplazaba. (...) PREGUNTADO: Diga si ustedes cuando salían a patrullar en diferentes grupos se coordinaba bien. CONTESTÓ: Las ordenes de movimiento, descansos, estaban bien coordinadas ya que el Comandante de la Fuerza de Tarea nos designaba rutas y sitios que nunca permitirían que se presentara problemas entre la misma tropa ya sea por confusión. PREGUNTADO: Diga si en el sitio donde fue herida la menor Rocío Castañeda se encontraba únicamente la patrulla

al mando del SV. Martínez o habían otras. CONTESTÓ: Solamente encontraba la patrulla de mi Sargento Martínez que iba en desplazamiento toda junta. (...) PREGUNTADO: Diga si usted conoció el sitio donde se presentó el combate y si era factible que la menor viera por todos lados al Ejército. CONTESTÓ: Sí lo conocí, y es un sector despejado donde nos permite una mayor visibilidad y distinguir a cualquier persona que transite por ese sector, es de público conocimiento tanto por noticieros y prensa que la guerrilla porta uniformes militares y de policía (...)”.

11.7 Igualmente, el soldado Hidardo Martínez Páez agregó con relación a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos:

“(...) PREGUNTADO: Diga en qué sitio exacto se presentó el combate, donde se encontraban ustedes, la guerrilla y los demás militares de la Base. CONTESTÓ: YO venía subiendo haciendo registro, la guerrilla estaba en la parte más alta de Pozo Verde y la tropa de mi CT Gonzales estaba en la base más arriba, él me apoyó cuando yo le pedí apoyo cuando le dije que me habían herido un soldado y lloviendo plomo por todos lados y ellos hicieron el registro por el otro lado por la parte de encima, que inclusive en otro cerro también les dieron a ellos. (...) PREGUNTADO: Diga al Despacho si la lesión ocasionada a la menor Rocío fue por un disparo de calibre 7.62 o de un calibre menor. CONTESTÓ: Según el cabo Moncada que ayudó a sacar a la muchacha, dizque la china le comentó que ella le decía a los guerrilleros que no disparen al Ejército y un guerrillero le dijo no sea sapa y le disparó a ella, un calibre fue 5.56 porque fuera un 7.62 pues le vuela la cabeza de una y le hubiera destruido el hombro. (...)”.

11.8 Ahora, Ligia Esperanza Mogollón, habitante del Municipio de Bolívar – Santander manifestó que el día en que acontecieron los hechos en los que resultó herida Brisa Rocío Castañeda, la población la población del Municipio de Bolívar fue advertida sobre la presencia guerrillera en dicha jurisdicción y además adujo⁸⁶:

“(...) PREGUNTADO: Diga si en el sitio donde resultó herida la menor Rocío Castañeda fue el sitio donde se presentó el Ejército y la guerrilla. CONTESTÓ: Si señor, comentarios que la muchacha iba pasando y dispararon, incluso yo pregunté que si era fusil del Ejército o de la Policía,

⁸⁶ Fls.85-86 C.1

perdón o de la guerrilla y me dijeron que no que fusil no que un arma corta, porque si hubiera sido un fusil pues le destrozan todo el brazo. (...)
PREGUNTADO: Diga si usted ha oído comentarios que el Ejército haya sido el responsable de las lesiones de Rocío Castañeda y muerte del soldado Banderas. CONTESTÓ: Esa región está toda preparada echándole la culpa al Ejército, porque un tío de la muchacha en semana santa fue y preparó al personal e incluso hicieron declarar a una señora que era o es sorda Lourdes abuela de la muchacha esa, y eso cuadraron todo para perjudicar al Ejército pero todo eso es falso. (...)”.

11.9 De otro lado, el Agente de Policía Esnoraldó Lozano Silva manifestó⁸⁷:

“(...) PREGUNTADO: Diga al Despacho si en el sitio donde resultó herida Rocío fue donde hubo el enfrentamiento entre Ejército y Guerrilla. CONTESTÓ: El enfrentamiento fue en pozo verde y la menor esa tiene la residencia más abajo como a unos 800 metros y por ahí donde se estaban dando plomo. PREGUNTADO: Diga cómo es el terreno donde se presentó el enfrentamiento. CONTESTÓ: Ese pedazo es montañoso y quebradizo. PREGUNTADO: Diga si ustedes verificaron después de los hechos en qué sitio se encontraban emboscados los guerrilleros. CONTESTÓ: Se alcanzaba a divisar que eran desde las partes altas. (...)”

11.10 De igual forma los Agentes de la Policía Nacional Luis Antonio León Cuellar⁸⁸, Henry Martínez Cáceres⁸⁹, Mariano Sánchez⁹⁰, José de Jesús Medina⁹¹, Loaiza Ospina Yeneis⁹² y Lucas Botello Barrientos⁹³ coinciden en manifestar que el día de los hechos a eso de las 5:30 P.M fueron alertados por miembros del Ejército sobre el enfrentamiento que estaban sosteniendo con miembros de la Guerrilla cerca al sitio denominado Pozo Verde del municipio de Bolívar – Santander, el cual duró alrededor de 20 a 45 minutos.

Asimismo, los Agentes de Policía Luis Antonio y Loaiza Ospina Yeneis coinciden en manifestar que una vez fueron enterados del enfrentamiento, los centinelas de

⁸⁷ Fls.87-88 C.1

⁸⁸ Fls.92-94 C.1

⁸⁹ Fls.94-95 C.1

⁹⁰ Fls.95-97 C.1

⁹¹ Fls.97-98 C.1

⁹² Fls.98-99 C.1

⁹³ Fls.99-100 C.1

la Estación de Policía que se encontraban de turno realizaron alrededor de tres tiros al aire con el fin de alertar al personal ante cualquier ataque.

Y, al preguntárseles a los agentes sobre la presencia del grupo subversivo en dicha Municipalidad, éstos manifestaron que para esa época ellos tenían conocimiento que el grupo subversivo estaba en dicha municipalidad.

No obstante, los policiales Luis Antonio y Mariano Sánchez dijeron que no les consta que dicho enfrentamiento se haya presentado con miembros del grupo subversivo; y José de Jesús Medina y Loaiza Ospina Yeneis sostuvieron que no tenía conocimiento sobre la presencia guerrillera en el Municipio de Bolívar – Santander.

El agente Lucas Botello especificó que *“la versión de la gente del pueblo, es que la guerrilla no hacía presencia en la zona ni que ese día el Ejército hubiese sostenido un enfrentamiento con los mismos, pero la versión del Ejército era de que si hubo enfrentamiento, razón por la cual uno como Policía no puede de pronto llegar a desmentir esa información, ya que se tenía el precedente de una toma guerrillera y según comentarios de la misma gente, la subversión pretendía y pretende constantemente tomar retaliaciones por tales hechos, ya que sufrieron varias bajas y nada más (...)”*.

11.11 Por otra parte, ante el Juzgado 139 de Instrucción Penal Militar el Subintendente de la Policía Nacional Fredy Peña Quintero manifestó que el día de los hechos vio un sin número de sujetos que estaban abriendo fuego y por tal motivo todo el personal reaccionó hacía esos sujetos, no obstante al cabo de una hora pudieron verificar que era el Comandante del Ejército que se encontraba en Bolívar⁹⁴.

12 Finalmente, en el plenario se encuentran los testimonios rendidos antes el Tribunal Contencioso Administrativo el **9 de diciembre de 1999**, a saber los siguientes:

12.1 Testimonios de Julio Mogollón Barragán⁹⁵, Fredy Galeano⁹⁶ y Sandra Castañeda Castillo⁹⁷, conocidos de Brisa Rocío Castañeda y quienes manifestaron

⁹⁴ Fls.89-91 C.1 y 24-25 C.2

⁹⁵ Fls.197-198 C.1

que el día de los hechos al instante que empezó el enfrentamiento vieron a los miembros del Ejército Nacional en el lugar denominado Pozos Verdes. Julio Mogollón quien manifestó que el día de los hechos no había guerrilla en la zona.

12.2 Testimonio rendido el **9 de diciembre de 1999** por Miguel Antonio Rueda, quien manifestó conocer a la víctima directa porque es hermana de dos de sus compañeros de estudio y con relación a las condiciones de tiempo, modo y lugar en que acaecieron los hechos adujo⁹⁸:

“Ella iba bajando tranquila, me encontré con ella hacía adelante a la entrada de Pozo Verde, la saludé y pasé yo venía con un grupo de personas, venía de donde mi abuelo y la saludamos y pasamos un poco más arriba, empezaron a disparar. (...) PREGUNTADO: Sírvase manifestar al Despacho si sabe quién la hirió y en qué forma. CONTESTÓ: No sé quién la hirió ni en qué forma, sólo sé que ella resultó con un tiro en el hombro. (...) El día del tiroteo no había nadie extraño, sólo el Ejército y algunos civiles que normalmente uno se encuentra”.

12.3 Testimonio rendido el **9 de diciembre de 1999** por Alexis Hernández Tellez, quien manifestó conocer a la demandante de toda la vida y adujo con relación a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos del 22 de marzo de 1998⁹⁹:

“PREGUNTADO: Sírvase manifestar al Despacho si tiene conocimiento sobre el hecho que en el sitio Pozo Verde, aledaño a la población de Bolívar, Santander, para el día 23 de marzo de 1998 (sic) , había un puesto del Ejército dependiente del Batallón Galán del Socorro. CONTESTÓ: Si había un Batallón, pero no recuerdo exactamente de donde, había una patrulla móvil, se desplazaban por todo el sector de Pozo Verde, el día de los hechos yo estaba en Pozo Verde, entonces de repente se oyeron unos disparos, se calmó un poquito y se volvieron a escuchar disparos, entonces yo fui y nos escondimos en la sede del Club, porque después hubo bastante tiroteo, el tiroteo se prolongó como hasta las seis de la tarde, eso empezó

⁹⁶ Fls.198 C.1

⁹⁷ Fls.200-201 C.1

⁹⁸ Fls.199 C.1

⁹⁹ Fls.200 C.1. El presente testimonio coincide con la declaración rendida por él dentro de la investigación preliminar No. 146 iniciada por el Juzgado 23 de Instrucción Penal Militar, la cual fue allegada al proceso mediante oficio de 19 de noviembre de 1999. (Fls.10 C.2)A

aproximadamente como a las seis de la tarde, una vez terminados los disparos ya pudimos salir, entonces yo me fui para mi casa que queda cerca de Pozo Verde, pasaron como diez minutos, cuando subieron pidiendo auxilio, que llevaban una civil herida, estaba bien oscuro, yo salí a la carretera para ver en qué podía ayudar y viendo lo sucedido yo tomé la muchacha y la ayudé a subir al pueblo alzada, nos tocó traerla alzada. (...).

12.4 Testimonio rendido el **9 de diciembre de 1999** por Luis Alfredo Castillo Mateus, quien manifestó ser el tío de Brisa Rocío Castañeda y con relación a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos adujo¹⁰⁰:

“PREGUNTADO: Sírvase manifestar al Despacho si tiene conocimiento sobre el hecho que en el sitio Pozo Verde, aledaño a la población de Bolívar, Santander, para el día 23 de marzo de 1998 (sic) había un puesto del Ejército Nacional, dependiente del Batallón Galán de Socorro. CONTESTÓ: Si, ese día se encontraban ubicados en la vereda Bajo Centro Palmas, debajo de Pozo Verde, detrás de la casa de Pedro Pablo Castañeda, entonces ya por la tarde en la escuela de la misma vereda había una reunión, nosotros asistimos a la reunión y cuando salimos como a las cuatro y cuarto de la tarde, miramos que iban subiendo ahí por la carretera, yo me fui para la casa vecina, donde Pablo Santos Castillo, a acordar un piquete para un líder cafetero que iba a venir a la vereda, en esas yo salí hacia el corredor a ver si llegaban otras personas que tenían que venir a la reunión, ya eran como las cuatro y media aproximadamente y miré que estaban acampando ahí arriba como a cien metros, estaban tumbando varas para poder parar los cambuches, luego me entré donde estaban los otros organizando lo del piquete y entró Cecilia Martínez que era una de las invitadas a la reunión y dijo el Ejército está ahí arriba acampando, ella vive como a doscientos metros de ahí, en ese momento empezaron a disparar y empezamos a rezar, yo me asomé a la esquina de la casa a ver qué era lo que estaba pasando, ya que desde ahí se podía ver bien el Ejército, observé que los soldados se movían y echaban tiros al aire y ya escuche que decían: “cuidado que le dieron a Bandera” ya se empezó a escuchar el tiroteo de los que estaban en la loma del cementerio y los que estaban en la loma del cementerio empezaron a descolgarse (sic) hacía el sitio de pozo verde donde estaban campando los otros y los de abajo

¹⁰⁰ Fls.201-202 C.1

echaban plomo al aire y entre más, más plomo se acercaba dónde estaban ellos, en ese momento llevaban ya como unos veinte minutos disparando y yo me acorde de mi mamá porque como ella es sordita y los animales estaban arriba de la casa, pensé que ella se fuera para donde los animales y le dieran algún tiro y yo me fui por entre el cafetal y todavía se escuchaba el tiroteo, yo bajé hacía la carretera y seguí dirección a mi casa, cuando entré, miré que Rocío estaba ahí encima de la cama de mi mamá, estaba arrodillada y me dijo tío el Ejército me hirió, entonces yo le mire la nuca y tenía el hueco donde le dieron los tiros y salí corriendo a buscar ayuda donde yo estaba, llegué al sitio y el único que quedaba ahí era Saúl Herreño, las otras ya se había ido y le comenté la situación, le dije a la dueña de la casa que me prestara una bandera blanca para poder salir ya que todavía se escuchaba tal cual disparo en la loma, salí y me dijo un soldado “métase gran doble hijueputa porque lo matamos” yo le dije que no, que había una familiar herida, que era una estudiante y que tenía que sacarla de alguna manera y nos dijeron “suban con las manos arriba” y subimos con las manos arriba y la bandera en la mano y nos hicieron botar boca abajo, uno que colocó el pie encima de la espalda y el otro que me requisó y nos dijeron “apure llévenos donde la guerrillera” y Saúl Herreño dijo “a nosotros nos respeta, yo soy el Presidente de la Junta de Acción Comunal y ni hemos visto guerrilla, ni compartimos con guerrilla ni con Ejército, entonces uno de ellos dijo: “sigan adelante y apuren y la traen que nosotros esperamos aquí y nos acompañaron pero no fueron hasta la casa, se quedaron cerca de la pena, entonces llegamos y Lucía la mamá de Rocío y Emelina Castillo estaban haciendo una hamaca para llevarla al Hospital y entonces dijo Saúl: “Que hamacas ni que nada llevémosla alzada porque la china se nos muere” y la cogimos entre los dos, formando una silla con los brazos, llegamos donde estaban los soldados del Batallón Galán, porque uno de ellos tenía un distintivo en el brazo y dijeron sigan porque nosotros no le podemos ayudar, no podemos soltar las armas, seguimos y llegamos a un atajo hacia la carretera para salir más ligero, por donde estaba el campamento ahí había otro grupo de soldados y uno de ellos dijo: “le dimos a una china estudiante, nosotros la conocemos, vive allíquelado (sic), sáquela ligero” (...).”

Adicionalmente a lo anterior, la Sala observa que el señor Luis Alfredo Castillo manifestó en la declaración rendida el **24 de agosto de 1998**¹⁰¹ ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Bolívar en el día de los hechos sólo vio unos soldados, por lo que no le consta que el Ejército Nacional se enfrentó contra la guerrilla de las FARC.

5.2 Configuración de los presupuestos de la responsabilidad en el caso concreto:

Se encuentra acreditado el daño antijurídico, concretado en la lesión física producida en la esfera corporal de Brisa Rocío Castañeda, consistente en la fractura de la clavícula y cicatriz producto del impacto de proyectil y posterior intervención quirúrgica.

Con relación a la imputación de dicho daño antijurídico debe preverse que, como lo afirma la entidad demandada, las heridas fueron producidas con proyectil de bajo impacto y según afirma la misma entidad demandada estas características no coinciden con las armas disparadas por las Fuerzas Militares, en razón a lo cual la Sala infiere que las heridas sufridas por Brisa Rocío Castañeda, posiblemente, vienen del grupo armado insurgente que contendía con el Ejército Nacional.

Sin embargo, contrario a lo afirmado por el Juzgado 23 de Instrucción Penal Militar, para la Sala sí se encuentra acreditado que las heridas sufridas por Brisa Rocío Castañeda se dieron dentro del enfrentamiento armado que tuvo lugar el día 22 de marzo de 1998 entre un grupo insurgente al margen de la ley y las Fuerzas Oficiales que defienden el orden público, la soberanía y el territorio colombiano, en razón a lo cual resulta fáctica y jurídicamente atribuible el daño antijurídico al Ejército Nacional, a título de daño especial. Es prueba suficiente de este hecho el informe rendido el **24 de marzo de 1998** por el Ejército Nacional.

Ahora, el daño antijurídico es imputable por cuanto los intereses jurídicos de Brisa Rocío Castañeda- integridad psicofísica – se vieron afectados dentro de la defensa de los intereses colectivos y sociales, esto es, el orden público, la soberanía y el territorio colombiano; en razón de lo cual, nace en cabeza del Estado Colombiano la obligación de reparar el daño bajo los criterios de la solidaridad y la equidad. Toda vez que frente a la víctima ha ocurrido una ruptura

¹⁰¹ Fls.114 C.1, 5 y 84-86 C.2

de las cargas públicas, pues ella se ha visto sacrificada dentro de la defensa del beneficio general.

Dicho lo anterior, la Sala aclara que el criterio de imputación en el caso concreto es el daño especial y no la falla en el servicio; ya que, pese a las afirmaciones contenidas en la denuncia instaurada por Lucia Castillo el **3 de abril de 1998** ante la Fiscalía de Bolívar – Santander, así como a lo dicho por la víctima y otros testigos, entre ellos Saúl Herreño Galeano¹⁰², Emelina Castillo Ortiz¹⁰³ y Lourdes Mateus Serrano¹⁰⁴ en las investigaciones penales, para la Sala no queda probado que los disparos hayan sido producto de un enfrentamiento entre escuadras del mismo Ejército, pues, aunque ni los testigos ni los soldados vieron a los subversivos, es evidente que la función de estos grupos insurgentes es, precisamente, actuar de forma oculta, secreta, ilegal y clandestina. Aunado a lo cual debe preverse que los hechos tuvieron lugar al caer la tarde (entre 5:30 y 7:00 p.m.) y que la munición que impactó a Brisa Rocío no corresponde a la utilizada en el operativo por el Ejército Nacional.

De manera que en el caso concreto no quedó acreditado que el Estado haya sido omisivo, inactivo o negligente en sus acciones de cumplimiento de los deberes constitucionales y convencionales, por lo que no se configura la falla en el servicio, en razón a lo cual el daño se imputa a título de daño especial, como se dijo bajo los criterios de la solidaridad y la equidad.

Ahora bien, con relación al hecho del tercero, la Sala reitera que se encuentra en un evento en que un miembro de la población civil sufrió daños a su integridad psicofísica como consecuencia de un enfrentamiento con grupos armados insurgentes, cuando el Ejército Nacional actuaba en defensa del orden nacional, fundamentos estos que activan los criterios del daño especial y desplazan la exoneración de la responsabilidad por el hecho del tercero.

Dicho lo anterior la Sala declarará la responsabilidad administrativa y patrimonial en cabeza de la entidad demandada y, en consecuencia, la condenará a pagar los perjuicios que encuentre acreditados, conforme pasa a exponerse.

6. Perjuicios Inmateriales

¹⁰² Fls.120 C.1y 9 C.2

¹⁰³ Fls.121 C.1 y 8 C.2

¹⁰⁴ Fls.6 C.2

La parte actora solicitó por concepto de perjuicios morales, el equivalente a 500 gramos oro para cada uno de los demandantes y, adicionalmente, peticionó a título de “daño fisiológico” la suma de 1000 gramos oro para Brisa Rocío Castañeda.

Estos perjuicios fueron reconocidos por el *A quo*, pero la Sala procederá a su revisión y ajuste, conforme a los criterios jurisprudenciales.

6.1 Perjuicio moral

En sentencias del 28 de agosto de 2014, la Sala de Sección Tercera unificó su jurisprudencia en cuanto al reconocimiento y tasación de los perjuicios morales¹⁰⁵, en donde dijo que el concepto del perjuicio moral se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.

Para la reparación del daño moral, en caso de lesiones¹⁰⁶, la jurisprudencia de unificación diseñó cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas, con relación a los cuales fijó los correspondientes topes indemnizatorios, con atención a la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima, dividido en seis (6) rangos. Todo lo cual se sintetiza en la siguiente tabla:

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

¹⁰⁵ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31172.

¹⁰⁶ *Ibidem*

Ahora bien para la acreditación de la relación de cercanía afectiva dentro de los niveles 1 y 2 estableció la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros y para los niveles 3, 4 y 5 se requirió la prueba de la relación afectiva que se alegue en el libelo demandatorio.

Pues bien, en el caso concreto se encuentran acreditadas las relaciones de parentesco aducidas en la demanda, con los siguientes documentos.

- Registro civil de nacimiento de Brisa Rocío Castañeda Castillo (víctima directa) en el que consta que nació el día 8 de junio de 1979 y que sus padres son Rey Castañeda Patiño y Ana Lucia Castillo Mateus¹⁰⁷.

- Registro civil de nacimiento de Elizabeth Castañeda Castillo (hermana) en el que consta que nació el día 23 de marzo de 1978 y que sus padres son Rey Castañeda Patiño y Ana Lucia Castillo Mateus¹⁰⁸.

- Registro civil de nacimiento de Juan Manuel Castañeda Castillo (hermano) en el que consta que nació el día 8 de mayo de 1980 y que sus padres son Rey Castañeda Patiño y Ana Lucia Castillo Mateus¹⁰⁹.

- Registro civil de nacimiento de Jorge Oswaldo Castañeda Castillo (hermano) en el que consta que nació el día 3 de mayo de 1982 y que sus padres son Rey Castañeda Patiño y Ana Lucia Castillo Mateus¹¹⁰.

Así las cosas en el caso de autos está acreditado que la víctima y demás demandantes se encuentran dentro del 1er y 2º nivel de cercanía afectiva en razón al o cual la acreditación del parentesco aducido es suficiente para acreditan dicha relación.

De otra parte, frente a la acreditación de la gravedad o levedad de la lesión, además del material probatorio que se refirió en el capítulo anterior, la Sala encuentra los siguientes medios de prueba:

¹⁰⁷ Fls.6 C.1

¹⁰⁸ Fls.4 C.1

¹⁰⁹ Fls.5 C.1

¹¹⁰ Fls.7 C.1

- El **22 de julio de 1998** el Instituto Nacional de Medicina Legal emitió un segundo concepto en el que consta que Brisa Rocío Castañeda¹¹¹:

“Al examen [se encuentra]: Limitación moderada para los movimientos de rotación, abd-adducción hombro izquierdo.

Se aprecia las cicatrices de cuello, región deltoidea y supracavicular, hipercrómicas, levemente irregular, que corresponden a los descritos en anterior reconocimiento e historia del hospital militar.

Llama la atención la presencia no ostensible de cicatriz línea de 5 cm oblicua en tercio 1/2 de clavícula que parece corresponder a procedimiento quirúrgico no anotado en la historia adjunta.

Se revisa el reconocimiento 3749 y concepto médico del Hospital Militar (7 abril/98) encontrando de interés: sensibilidad de nervio circunflejo conservada. Limitación por dolor para abducción de hombro. Rayos X muestran fractura incompleta no desplazada de cabeza humeral, fractura oblicua larga de 1/3 1/2 con 1/3 externo de clavícula izquierda levemente desplazada. CONCLUSIÓN: Los anteriores hallazgos permiten fijar incapacidad médico legal definitiva de 56 cincuenta y seis días y como secuelas se establece perturbación funcional de miembro superior izquierdo de carácter a definir en 3 meses para lo cual debe volver a nuevo reconocimiento.

(...).”

- El anterior porcentaje de incapacidad médico legal fue confirmado por el Instituto de Medicina Legal en concepto del **19 de octubre de 1998**¹¹² en el que sostuvo además que como consecuencia de lo sucedido el 22 de marzo de 1998, Brisa Rocío Castañeda tenía una “*deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente. Perturbación funcional del miembro superior izquierdo de carácter transitorio*”.

- Dictamen para la calificación de la pérdida de capacidad laboral y determinación de la invalidez proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de

¹¹¹ Fls.101 C.1

¹¹² Fls.129 C.1

Bogotá el **20 de febrero de 2002** en el que se estableció que Brisa Rocío Castañeda perdió el 11.65% de capacidad laboral¹¹³.

- Concepto emitido el **19 de abril de 2002** por el Instituto de Medicina Legal en el que consta que a Brisa Rocío Castañeda se le fijó incapacidad médico legal definitiva de 35 días a partir del 22 de marzo de 1998, fecha en la que sufrió las lesiones con proyectil de arma de fuego¹¹⁴.

- Lo anterior fue ratificado por dicha Entidad mediante concepto del **20 de mayo de 2002** en el que además adujo que las lesiones padecidas por Rocío Castañeda le dejaron como secuelas una deformidad física permanente y perturbación funcional del miembro izquierdo transitorio¹¹⁵.

Visto lo anterior, la Sala reconocerá el perjuicio en los niveles 1 y 2 de cercanía afectiva y dentro del quinto rango indemnizatorio, esto es, aquel donde se ubican las lesiones cuyo grado de gravedad o levedad es superior al 10% pero inferior al 20%, para obtener las siguientes cuantías:

Nivel de cercanía	Demandante	Cuantía indemnizatoria
V. directa	Brisa Rocío Castañeda Castillo	20 s.m.l.m.v
1°	Rey Castañeda Patiño (padre)	20 s.m.l.m.v
1°	Ana Lucia Castillo Mateus (madre)	20 s.m.l.m.v
2°	Elizabeth Castañeda Castillo (hermana)	10 s.m.l.m.v
2°	Juan Manuel Castañeda Castillo (hermano)	10 s.m.l.m.v
2°	Jorge Oswaldo Castañeda Castillo (hermano)	10 s.m.l.m.v

6.2 Daño a la Salud

Con relación al daño a la salud, peticionado por la demandante bajo el nombre de “daño fisiológico”, también se pronunció la jurisprudencia de unificación¹¹⁶ para reiterar los criterios contenidos en la sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo

¹¹³ Fls.251-254 C.1

¹¹⁴ Fls.218-219 C.1

¹¹⁵ Fls.226-227 C.1

¹¹⁶ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31170 y 28832

Contencioso Administrativo, complementadas para aclarar que la indemnización está sujeta a lo probado en el proceso, única y exclusivamente para la víctima directa, en cuantía que no podrá exceder de 100 S.M.L.M.V, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada, conforme a la siguiente tabla:

REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD	
REGLA GENERAL	
Gravedad de la lesión	Víctima directa
	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10

Bajo este propósito, se estableció en cabeza del juez el deber de determinar el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano.

Para lo anterior el juez debe considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima. Para estos efectos, de acuerdo con el caso, se considerarán las siguientes variables:

- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente)
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.
- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.

- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- La edad.
- El sexo.
- Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima.
- Las demás que se acrediten dentro del proceso.

Pese a lo anterior, la jurisprudencia previó que en casos excepcionales, esto es, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño a la salud, podrá otorgarse una indemnización mayor a la señalada en la tabla anterior, sin que en tales casos el monto total de la indemnización por este concepto pueda superar la cuantía equivalente a 400 S.M.L.M.V. Este quantum debe motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño, con aplicación de las mismas variables referidas. En conclusión, la liquidación del daño a la salud se efectuará conforme a la siguiente tabla:

REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD	
CONCEPTO	CUANTÍA MÁXIMA
REGLA GENERAL	100 S.M.L.M.V.
REGLA DE EXCEPCIÓN	400 S.M.L.M.V.

Con relación a los parámetros anteriores, se aclaró que ellos son excluyentes y no acumulativos, de manera que la indemnización reconocida no podrá superar el límite de 400 S.M.L.M.V.

En el caso de autos la Sala encuentra que la víctima Brisa Rocío Castañeda Castillo sufrió un daño en su integridad psicofísica que debe ser reconocido y reparado en vía judicial, conforme a todo el material probatorio que se ha anunciado en los capítulos precedentes.

Ahora bien, frente a la gravedad o levedad de la lesión la Sala tiene por acreditado que dicha lesión ascendió a un porcentaje de incapacidad del 11,65%, en cuya calificación se tuvieron en cuenta criterios tales como cuidado de la persona (0.40%); dificultades en la locomoción (0.20%); pérdida en la disposición del cuerpo (0.30%); pérdida de destreza (0.10%); pérdida en la situación general de la persona (0.40%), para un total de 1.40% de discapaciad.

Asimismo frente a la minusvalía se incluyó la ocupacional (2.50%); la de integración social (0.50%); la de autosuficiencia (1.00%) y la minusvalía en función de la edad (1.25%) para una minusvalía total del 5.25%.

Finalmente, frente a la descripción de a deficiencia se tuvieron en cuenta las restricciones en los movimientos del hombro izquierdo que son de carácter permanente para otorgarle un porcentaje del 5.00%, que sumado con los anteriores arrojó un porcentaje total de 11,65%.

Dadas estas variables la Sala considera reconocer el daño a la salud dentro del 5° rango de gravedad o levedad de la lesión, esto aquel igual o superior al 10% pero inferior al 20%, donde corresponde una reparación indemnizatoria de 20 SMLMV a favor de Brisa Rocío Castañeda Castillo.

7. Perjuicios materiales.

Por concepto de perjuicios materiales, la demanda solicitó el reconocimiento del lucro cesante y el daño emergente a favor de Brisa Rocío Castañeda y sus padres.

7.1 Lucro cesante

Entiéndase por lucro cesante, la ganancia o provecho que dejó de reportarse a consecuencia de la concreción del daño antijurídico. Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha sostenido que el lucro cesante, puede presentar las variantes de consolidado y futuro, y este ha sido definido como *“el reflejo futuro de*

*un acto ilícito sobre el patrimonio de la víctima, que justamente por ser un daño futuro exige mayor cuidado en caracterización o cuantificación*¹¹⁷

Ahora bien, sobre el lucro cesante futuro, debe aclararse que él no puede construirse sobre conceptos hipotéticos, pretensiones fantasiosas o especulativas que se fundan en posibilidades inciertas de ganancias ficticias sino que, por el contrario, debe existir una cierta probabilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso en concreto,¹¹⁸ de manera que el mecanismo para cuantificar el lucro cesante consiste en un cálculo sobre lo que hubiera ocurrido de no existir el evento dañoso¹¹⁹.

En el caso de autos, la parte actora hizo consistir el lucro cesante peticionado en dos conceptos. El primero de ellos en las sumas de dinero que Brisa Rocío Castañeda Castillo dejó de devengar por salarios y prestaciones sociales, mientras ha estado totalmente incapacitada.

El segundo, se hizo consistir en la disminución de la capacidad para trabajar a la que se ve sometida de manera permanente por lo que se pidió que la indemnización cubriera el periodo desde cuando fue herida hasta cuando se calcule que viva, de acuerdo con el promedio de vida para una persona de su edad.

En este orden de ideas, la Sala negará la primera petición que por concepto de lucro cesante se hizo, toda vez que Brisa Rocío Castañeda Castillo no dejó de devengar ningún salario y prestación social mientras estuvo incapacitada, porque para el momento de ocurrencia de los hechos ésta no laboraba sino que cursaba su último año de secundaria, como se observa en el siguiente material probatorio:

- Certificado expedido el **6 de abril de 1998** por la Directora Encargada de la Concentración de Desarrollo Rural de Bolívar – Santander en la que consta¹²⁰:

“Que la Alumna: Brisa Rocío Castañeda Castillo, identificada con C.C. No. 28.034.442 de Bolívar – Santander, se encuentra matriculada en este

¹¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio, Programa de responsabilidade civil, 6ª edic., Malheiros editores, Sao Paulo, 2005, pág. 97.

¹¹⁸ TRIGO REPRESAS, Felix A., LOPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil – Cuantificación del daño, Edic. FEDYE, edición 2008, pág. 82, con fundamento en la Decisión del Tribunal supremo de España, Sala 1ª, 30/11/93.

¹¹⁹ Obra ibídem, pág. 83.

¹²⁰ Fls.121 C.1

establecimiento cursando el grado undécimo de educación media técnica y durante los días: sábados, domingos y festivos, debe cumplir con el desarrollo de la etapa productiva en explotaciones diversificadas, manejando las unidades de producción así: bovinos, porcinos, conejos, aves y ovinos, según turnos establecidos por el profesor de la asignatura, en los siguientes horarios: de 7 am a 8 am y de 4 pm a 5 pm.

La mencionada alumna durante estos días no debe portar el uniforme del Colegio, ya que las actividades que desarrolla son exclusivamente granja. (...)”.

- Testimonios rendidos por Fredy Galeano¹²¹ y Alexis Hernández Tellez¹²², quienes manifestaron que para el momento en que ocurrieron los hechos Brisa Rocío Castañeda era una estudiante de bachillerato.

Adicionalmente debe recordarse que conforme al concepto emitido el **19 de abril de 2002** por el Instituto de Medicina Legal, Brisa Rocío Castañeda sólo tuvo una incapacidad médico legal definitiva de 35 días, contados a partir del 22 de marzo de 1998, fecha en la que sufrió las lesiones con proyectil de arma de fuego¹²³, luego de lo cual se presume que regresó a sus labores académicas, pues lo contrario no quedó acreditado en el plenario.

Sin embargo, como se está acreditado que Brisa Rocío Castañeda cursaba su último año de bachillerato y se encontraba en edad laboralmente activa, la Sala presume que al terminar sus estudios desempeñaría una actividad laboral en la que devengaría por lo menos un salario mínimo legal, en razón a lo cual reconocerá el lucro cesante desde enero del año siguiente, esto es enero de 1999, hasta la edad de vida probable de la víctima que corresponde a 59.36 años¹²⁴. Aunque tal reconocimiento sólo procede sobre el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral.

¹²¹ Fls.198-199 C.1

¹²² Fls.200 C.1

¹²³ Fls.218-219 C.1

¹²⁴ Tablas de mortalidad – Resolución 0497 de 1997 de la Superintendencia Bancaria (Hoy Superintendencia Financiera).

Así las cosas, la Sala liquidará el lucro cesante correspondiente a Brisa Rocío Castañeda sobre la suma del salario mínimo actual \$689.455¹²⁵, incrementado en el 25% correspondiente a las prestaciones sociales, de donde se fija el ingreso base de liquidación en la suma de \$861.818.75, sobre los cuales se reconocerá el lucro cesante en los periodos consolidado y futuro.

7.1.1 Lucro cesante consolidado

El lucro cesante consolidado corresponde al periodo indemnizable comprendido entre la fecha en que Brisa del Rocío Castañeda accedería a una actividad laboral y la fecha de esta sentencia, es decir, entre el 1 de enero de 1999 y el 30 de abril de 2016, para un total de 208 meses a indemnizar.

Para a liquidación se aplicara la fórmula reconocida por la jurisprudencia:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

S = suma a indemnizar

Ra = renta actualizada, \$861.818.75

n = número de meses del período indemnizable, 208 meses

i = tasa de interés constante 0,004867 (que corresponde a la tasa mensual del interés puro o legal para fórmulas compuesta, que se obtiene así: $(1 + i)^{1/12} - 1$, donde *i* es la tasa anual de interés legal (6% o 0,06).

Entonces,

$$S = \$861.818.75 \frac{(1 + 0.004867)^{208} - 1}{0.004867}$$

S= \$309.042.286.49

En consecuencia, la Sala reconocerá a Brisa Rocío Castañeda Castillo por concepto de lucro cesante consolidado, el 11.65% de \$309.042.286.49, esto es la suma de **\$36.003.426,37**.

¹²⁵ Este salario base de liquidación deviene en favorable a los intereses de la víctima toda vez que es mayor al salario actualizado de la fecha de los hechos: \$203.826.

7.1.2 Lucro cesante futuro

El lucro cesante futuro corresponde al restante periodo indemnizable, es decir el comprendido entre la fecha de esta providencia y aquella en que la víctima cumplirá la edad de vida probable determinada en las tablas de mortalidad (59.36 años), esto es 1 de mayo de 2016 y el 8 de junio de 2038, lo que arroja un total de 265,23 meses a indemnizar, con aplicación de la siguiente fórmula:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i (1 + i)^n}$$

S = suma a indemnizar

Ra = renta actualizada, \$861.818.75

n= número de meses del período indemnizable, 265,23 meses

i = tasa de interés constante, 0,004867

$$S = \$861.818.75 \frac{(1 + 0.004867)^{265,23} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{265,23}}$$

$$S = \mathbf{\$128.220.513.66}$$

En consecuencia, la Sala reconocerá a Brisa Rocío Castañeda Castillo por concepto de lucro cesante futuro, el 11.65% de \$128.220.513.66, esto es la suma de **\$14.937.689,84**.

7.2 Daño emergente

La definición de daño emergente se encuentra contenida en el artículo 1614 del Código Civil Colombiano, según el cual se entiende por *“daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento”*, nótese entonces, que la norma refiere un típico evento de responsabilidad contractual. Sin embargo, de vieja data la Jurisprudencia de la Corte Suprema de

Justicia señaló que dicho concepto también resulta aplicable para la responsabilidad extracontractual¹²⁶.

Ahora bien, se encuentran comprendidas dentro del daño emergente todas aquellas erogaciones económicas en que se ve incurso la víctima como consecuencia del hecho lesivo y los desembolsos patrimoniales producto de la vulneración de cualquier interés tutelado por el derecho no susceptible de evaluación económica.

En el caso de autos la demandante solicitó en la modalidad de daño emergente *“las sumas que se demuestre en el proceso han gastado y tendrán que gastar en cirugías y tratamientos para lograr recuperar en lo posible las funciones del brazo izquierdo y la estética corporal de la lesionada”*.

Al respecto sólo obra como prueba la denuncia instaurada el **3 de abril de 1998** por Ana Lucia Castillo ante la Fiscalía Primera Delegada ante los Juzgados Promiscuos Municipales de Bolívar – Santander, por los hechos ocurridos el 22 de marzo de ese mismo año, en la que manifestó que los gastos sufragados para la atención de las heridas de Brisa Rocío *“no estoy segura pero son como cuatro millones de pesos”*¹²⁷.

Nótese, entonces, que la manifestación así plasmada por una de las demandantes ninguna certeza ofrece frente a la configuración del daño emergente, de manera que el perjuicio material así petitionado deberá ser negado ante la ausencia probatoria.

8. Costas

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

¹²⁶ C.S.J., Sala de Negocios Generales, Sentencia de 23 de abril de 1940 G.J. t. XLIX p.356

¹²⁷ Fls.40-41 C.1

En mérito de lo expuesto, la Sección Tercera – Subsección C de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

MODIFICAR la sentencia del 30 de septiembre de 2004¹²⁸ proferida por la Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar, por los motivos expuestos en esta providencia. Y en su lugar dispone:

PRIMERO: DECLARESE administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional de los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes como consecuencia de las lesiones sufridas por Brisa Rocío Castañeda Castillo, en hechos sucedidos el 22 de marzo de 1998.

SEGUNDO: CONDENESE a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, a pagar a los demandantes por concepto de perjuicios morales las siguientes sumas:

NIVEL DE CERCANÍA	DEMANDANTE	CUANTÍA INDEMNIZATORIA
V. directa	Brisa Rocío Castañeda Castillo	20 s.m.l.m.v
1º	Rey Castañeda Patiño (padre)	20 s.m.l.m.v
1º	Ana Lucia Castillo Mateus (madre)	20 s.m.l.m.v
2º	Elizabeth Castañeda Castillo (hermana)	10 s.m.l.m.v
2º	Juan Manuel Castañeda Castillo (hermano)	10 s.m.l.m.v
2º	Jorge Oswaldo Castañeda Castillo (hermano)	10 s.m.l.m.v

TERCERO: CONDENESE a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, a pagar a Brisa Rocío Castañeda Castillo la suma equivalente a 20 s.m.l.m.v., por concepto de daño a la salud.

¹²⁸ Fls.242-249 C.P

CUARTO: CONDENESE a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, a pagar a Brisa Rocío Castañeda Castillo, por concepto de lucro cesante, las siguientes sumas:

CONCEPTO	VALOR
Lucro Cesante Consolidado	\$36.003.426,37
Lucro Cesante Futuro	\$14.937.689,84
TOTAL	\$50.941.116,21

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: DESE cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

SÉPTIMO: NIEGUESE las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO: DEVUÉLVASE inmediatamente el expediente al Tribunal de origen una vez ejecutoriada la presente sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUILLERMO SANCHEZ LUQUE
Magistrado
Aclaró voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente