

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Condena, accede. Caso muerte de ciudadana por combate entre miembros del Ejército Nacional y grupo guerrillero, operativo militar / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO - Conflicto armado: Deber de indemnizar. Víctima no estaba en la obligación de soportar, rompimiento de las cargas públicas

En el presente asunto, quedó demostrado que el daño alegado en la demanda y acreditado en el proceso –la muerte de Rosalba Noscué Chaguendo– se produjo con ocasión de la herida causada por una bala disparada en medio de un combate armado entre el Ejército Nacional y grupos de la subversión que, presumiblemente, dirigieron sus ataques contra la fuerza pública, de manera que el caso debe ser resuelto con base en el régimen de responsabilidad antes señalado. En efecto, el riesgo que implica el manejo de armas de fuego por parte de la fuerza pública, sumado al peligro derivado de los ataques que terceros ajenos a la administración puedan dirigir contra esta para contrarrestar el cumplimiento del deber de protección de la población en el marco del conflicto armado interno, crearon en conjunto una situación de anormalidad que se materializó en la muerte de la señora Noscué y, por lo tanto, genera para el Estado una obligación indemnizatoria. No obstante lo alegado por la entidad demandada, poco importa en el proceso si el proyectil que hirió y finalmente le causó la muerte a la señora Rosalba Noscué provino del Ejército Nacional o de la guerrilla, pues está demostrado, en todo caso, que la lesión se produjo en medio de un enfrentamiento armado entre ambos extremos, situación a todas luces riesgosa que la población civil no está en la obligación jurídica de soportar, a pesar de vivir en un país en conflicto. Por lo anterior, la Sala procederá a confirmar la sentencia de primera instancia y a determinar los perjuicios que la entidad deberá indemnizar a favor de los familiares de la víctima. **NOTA DE RELATORÍA:** Con aclaración de voto de la consejera Stella Conto Díaz del Castillo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO

Bogotá, veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 19001-23-31-000-2001-00661-01(30615)

Actor: MARIA LUISA CHAGUENDO Y OTROS

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y la entidad demandada contra la sentencia de 2 de septiembre de 2004, dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca, en la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. El fallo será modificado.

SÍNTESIS DEL CASO

El 9 de septiembre de 2000, en la vereda “El Palmar” del corregimiento de Río Negro, en el municipio de Corinto, Cauca, miembros del batallón “Batalla de Pichincha” de la tercera brigada del Ejército Nacional que patrullaban en una operación de registro y control de área, entraron en combate armado con grupos guerrilleros, en desarrollo del cual resultó herida la señora Rosalba Noscué Chaguendo, campesina de la zona, quien tuvo que ser trasladada al Hospital Universitario del Valle del Cauca, lugar en el que falleció el 11 de septiembre del mismo año.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. Mediante escrito presentado el 10 de mayo de 2001 y dirigido al Tribunal Administrativo del Cauca, María Luisa Chaguendo y Domingo Noscué, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos Jhon Edison Noscué Chaguendo, Domingo Noscué Chaguendo, Elsa Noscué Chaguendo, Mauricio Noscué Chaguendo y Rosa Elena Noscué Chaguendo; Luis Eduardo Noscué Chaguendo; Enrique Noscué Chaguendo; y Mario Quilcué Dagua, en nombre propio y representación de sus hijos menores de edad Carmen Tulia Quilcué Noscué, Ever Eloy Quilcué Noscué, Luis Ancízar Quilcué Noscué y Jesús Mesías Quilcué Noscué, mediante apoderado, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, presentaron **demanda** contra la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (f. 8-9, c. 1):

La Nación colombiana (Ministerio de Defensa-Ejército Nacional) es administrativamente responsable de todos los daños y perjuicios ocasionados a María Luisa Chaguendo, Domingo Noscué, Luis Eduardo Noscué Chaguendo, Enrique Noscué Chaguendo, Jhon Edison Noscué Chaguendo, Domingo Noscué Chaguendo, Elsa Noscué Chaguendo, Mauricio Noscué Chaguendo, Rosa Elena Noscué Chaguendo, Mario Quilcué Dagua, Carmen Tulia Quilcué Noscué, Ever Eloy Quilcué Noscué, Luis Ancízar Quilcué Noscué y Jesús Mesías Quilcué Noscué, por las lesiones y posterior muerte de su hija, hermana, esposa y madre Rosalba Noscué Chaguendo, conforme a las siguientes consideraciones:

a) Por perjuicios materiales: Se debe a cada uno de los demandantes o a quien o quienes sus derechos representaren al momento del fallo, en la modalidad del lucro cesante, la suma de cincuenta millones de pesos (\$50 000 000), guarismo para el que se ha de tener en cuenta la vida probable de Rosalba Noscué Chaguendo, su actividad laboral, sus ingresos y el destino que les daba a los mismos.

b) Por perjuicios materiales: En la modalidad de daño emergente, se debe a los actores o a quien o quienes sus derechos representen al momento del fallo, los gastos hospitalarios, funerarios y demás diligencias que han sobrevenido por la muerte de Rosalba Noscué Chaguendo, la suma de cinco millones de pesos (\$5 000 000).

c) Por perjuicios morales: Se debe a cada uno de los actores o a quien o quienes sus derechos representaren al momento del fallo, el equivalente en moneda nacional a dos mil (2 000) gramos oro fino, según el precio a que se encuentre el metal a la fecha de ejecutoria de la sentencia, conforme con la certificación que para el efecto expida el Banco de la República.

d) Por goce a la vida: Se debe a favor de los actores Mario Quilcué Dagua, Carmen Tulia Quilcué Noscué, Ever Eloy Quilcué Noscué, Luis Ancízar Quilcué Noscué y Jesús Mesías Quilcué Noscué, los cuatro (4) últimos menores de edad representados por su padre, o a quien o quienes sus derechos representen al momento del fallo, la suma de tres mil (3 000) gramos oro fino para cada uno de ellos, por la muerte de su esposa y madre y, en consecuencia, por la falta de amparo, compañía, disfrute, amistad, consejos, enseñanzas, protección, amor, cariño, que como resultado de esta no gozarán ni disfrutarán durante el resto de sus vidas.

e) Por intereses: Se debe a los actores o a quien o quienes representen sus derechos al momento del fallo, intereses sobre el valor de las condenas anteriores, aumentadas con la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor desde la fecha de la sentencia hasta su efectivo cumplimiento.

De conformidad con el artículo 1653 del Código Civil, todo pago se imputará primero a intereses.

La Nación colombiana (Ministerio de Defensa-Ejército Nacional) dará cumplimiento a la sentencia dentro de los 30 días siguientes a

su ejecutoria, de acuerdo con lo reglado por los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

2. Como fundamento de la demanda, la parte actora sostuvo que la muerte de la señora Rosalba Noscué Chaguendo resulta imputable a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional debido a que miembros de esa institución, en un manejo negligente de las armas de fuego que les fueron confiadas con ocasión de sus funciones, generaron un riesgo anormal que se concretó en el hecho fatal mencionado. Agregó que la falta de identificación de los uniformados que participaron en ese hecho no es un obstáculo para declarar la responsabilidad de la entidad y, en consecuencia, condenarla a la reparación de perjuicios (f. 1-27, c. 1).

II. Trámite procesal

3. Admitida la demanda por el Tribunal¹ (f. 51-52, c. 1) y notificado el auto admisorio a la entidad (f. 55, c. 1), esta, a través de apoderado, le dio **contestación** en la que se opuso a las pretensiones formuladas por la parte actora, en términos generales, y puso de presente la necesidad de que la falla en el servicio alegada se examinara de acuerdo con el nivel medio que se espera de las funciones a cargo de la entidad. Añadió que la reparación de perjuicios solicitada en la demanda no está sustentada en medios de prueba, por lo que debe denegarse (f. 58-63, c. 1).

4. El 2 de septiembre de 2004, el Tribunal Administrativo del Cauca dictó **sentencia de primera instancia** en la que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda en estos términos (f. 125-126, c. 3):

1. Declárase a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, administrativamente responsable de los daños morales y materiales causados a los demandantes con motivo de los hechos acaecidos el 9 de septiembre de 2000 en el municipio de Corinto, en los cuales resultó muerta la señora Rosalba Noscué Chaguendo.

2. Como consecuencia, condénase a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional a pagar a las siguientes personas los perjuicios morales causados, así:

¹ Por ser de interés para esta controversia, es importante señalar que en el auto que admitió la demanda, el Tribunal a quo no reconoció personería al apoderado de la parte actora en relación con Domingo Noscué Chaguendo, Elsa Noscué Chaguendo y Mauricio Noscué Chaguendo, “por cuanto se trata de personas mayores de edad, conforme a los registros civiles de nacimiento anexados al expediente, cuyos folios se han indicado en cada caso, facultadas para comparecer por sí mismas a través de apoderado” (f. 52, c. 1).

- María Luisa Chaguendo y Domingo Noscué (padres de la víctima), el equivalente a la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales, para cada uno.

- Para los señores Luis Eduardo Noscué Chaguendo, Enrique Noscué Chaguendo, Jhon Edison Noscué Chaguendo, Domingo Noscué Chaguendo, Elsa Noscué Chaguendo, Mauricio Noscué Chaguendo y Rosa Elena Noscué Chaguendo (hermanos de la víctima), el equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales para cada uno.

- Para Mario Quilcué Dagua (esposo de la víctima) y para cada uno de sus hijos, Carmen Tulia Quilcué Noscué, Ever Eloy Quilcué Noscué, Luis Ancízar Quilcué Noscué y Jesús Mesías Quilcué Noscué, el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales para cada uno.

Los valores anteriores se entenderán como condena en concreto y se liquidarán en pesos colombianos conforme al certificado que sobre el precio interno del oro a la fecha de ejecutoria de esta sentencia expida el Banco de la República.

3. Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

4. Las condenas se cumplirán en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

4.1. En la parte motiva de la providencia, el Tribunal consideró que, si bien los informes del Ejército allegados al proceso ofrecen información contradictoria sobre la presencia de la fuerza pública en la zona en que murió la señora Noscué Chaguendo, la lectura de estos documentos en contraste con las pruebas testimoniales permite inferir que, en efecto, tropas del Ejército se encontraban realizando operaciones de registro y control de área en zona rural del municipio de Corinto, Cauca. Señaló, además, que de acuerdo con los testimonios de los vecinos del lugar –que al *a quo* le merecen plena credibilidad–, el 9 de septiembre de 2000 las fuerzas regulares entraron en combate con miembros de la guerrilla de las FARC, y en el desarrollo de este enfrentamiento resultó herida la señora Rosalba Noscué Chaguendo. El Tribunal aclaró que, aunque se ignora si el Ejército causó directamente el daño sufrido por la afectada, lo cierto es que esta “fue sometida a un riesgo excepcional que nadie en un Estado social de derecho está obligado a soportar” (f. 118-121, c. 3).

4.2. En lo relativo a la liquidación de perjuicios, el Tribunal procedió de esta forma: (i) como compensación de los perjuicios morales, reconoció la suma de 100 smlmv a favor de los padres, el cónyuge y los hijos de la víctima, y el valor de 50 smlmv a favor de sus hermanos, con excepción de Elsa, Mauricio y Domingo

Noscué Chaguendo, quienes no otorgaron poder y, por lo tanto, no se reconoció personería jurídica al abogado con respecto a ellos; (ii) la reparación del daño emergente representado, según los demandantes, en los gastos hospitalarios y funerarios, fue denegado al no encontrarse prueba alguna de estos desembolsos; (iii) la indemnización del lucro cesante también se denegó por no aparecer acreditada la actividad productiva de la señora Noscué Chaguendo; (iv) la reparación del “*daño a la vida de relación*” se rechazó por no haberse demostrado que se haya alterado de manera excepcional la vida de los hijos y el cónyuge de la víctima directa (f. 122-125, c. 3).

5. El 3 de diciembre de 2004, el Tribunal corrigió la sentencia en el sentido de señalar que, además de Elsa y Mauricio Noscué Chaguendo, el señor Domingo Noscué Chaguendo también queda excluido de toda indemnización, al no haberse reconocido personería jurídica al abogado con respecto a este, por no haber otorgado poder. Además, modificó la parte resolutive de la sentencia para excluir a Elsa y Mauricio Noscué Chaguendo del numeral en que ordena el pago de perjuicios morales a su favor (f. 134-137, c. 3). El magistrado Hernán Andrade Rincón presentó salvamento de voto a esta decisión, en el que consideró que el error de la sentencia de primera instancia debía ser resuelto al desatar el recurso de alzada propuesto por ambas partes (f. 138, c. 3).

6. Contra la sentencia de primera instancia, las partes presentaron **recurso de apelación** en los siguientes términos:

6.1. La entidad demandada solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda, en vista de que, a su juicio, no hay prueba directa en el proceso que demuestre que la señora Rosalba Noscué Chaguendo murió como consecuencia del disparo de un arma de dotación oficial. Sobre el particular, alega que los únicos testigos de los hechos, los dos hijos menores de edad con los que iba la señora Noscué el día de su muerte, reconocen no haber visto quién hizo el disparo que impactó a su madre y se limitan a señalar que vieron a la tropa en la zona. Agrega que los demás declarantes, quienes aseguran que el Ejército es el responsable del hecho fatal, son testigos de oídas, pues no estaban en el lugar de los hechos. Por consiguiente, concluye que no le asiste responsabilidad en el *sub lite*, pues al no estar demostrado que un disparo del Ejército Nacional produjo el deceso de la

señora Noscué Chaguendo, se rompe el nexo causal entre el daño y la actuación de los miembros de la institución (f. 144-152, c. 3).

6.2. La parte actora, si bien se muestra conforme con el sentido del fallo, hace las siguientes solicitudes relacionadas con la liquidación de perjuicios: (i) que se confirme el reconocimiento de perjuicios morales que se hizo en el fallo de primer grado, pues está acreditada la relación de parentesco entre los demandantes y su condición de damnificados por la muerte de la señora Noscué Chaguendo; (ii) que se revoque la decisión que corrigió la sentencia de primera instancia *“por haber sido reformada o corregida la sentencia por el mismo Tribunal que emitió el fallo”*; (iii) que se acceda a la reparación del daño emergente, el lucro cesante y el de *“goce a la vida”*, por estar soportados en los testimonios rendidos ante el *a quo* bajo la gravedad del juramento (f. 160-163, c. 3).

7. Dentro del término legal para **alegar de conclusión** en segunda instancia, la entidad demandada presenta escrito en el que reitera que, al no haberse determinado con certeza que miembro alguno del Ejército haya provocado la muerte de la señora Noscué Chaguendo, por acción u omisión, se le debe absolver de toda responsabilidad (f. 173-174, c. 3).

8. El Ministerio Público rinde **concepto** en el que indica, con relación a los presupuestos procesales, que le asistió razón al Tribunal al excluir de la controversia a Elsa, Mauricio y Domingo Noscué Chaguendo, por cuanto son mayores de edad que podían comparecer al proceso por su propia cuenta. En lo relativo al juicio de responsabilidad, solicita que se concedan las pretensiones de la demanda al encontrar demostrado que el Ejército Nacional se encontraba en el lugar de los hechos realizando una operación de registro y control de área, y que *“muy probablemente se presentó un enfrentamiento armado con la guerrilla”*. Agrega que los testimonios de los pobladores son consistentes al afirmar que la señora Noscué Chaguendo murió con ocasión del disparo de un arma de fuego. Sostiene que el presente asunto debe ser analizado bajo la óptica del título de imputación del riesgo excepcional, dado que el uso de armas de fuego supone una actividad peligrosa. En ese sentido, considera que la entidad demandada sometió a la señora Noscué a un riesgo superior al que estaba obligada a soportar, pues era una persona del todo ajena al conflicto armado que se vive en el país. Respecto a la liquidación de perjuicios, se atiene a lo decidido por el *a quo* frente a la reparación del daño moral; señala que debe negarse la reparación del daño emergente por no estar causado; considera que debe accederse a la

indemnización del lucro cesante por estar probado que la víctima ejercía una actividad productiva y proveía lo necesario para ella, su esposo y sus hijos; en el caso de los padres y hermanos, afirma que debe negarse por cuanto no estaba probada su dependencia económica con respecto a la difunta; y sugiere que se acceda a la reparación del perjuicio “*por goce a la vida*” porque el esposo y los hijos de la víctima quedaron abandonados y se vieron privados de su compañía y afecto de por vida (f. 176-206, c. 3).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. Presupuestos procesales de la acción

9. Por ser la demandada una entidad estatal, el presente asunto es de conocimiento de esta **jurisdicción**, de acuerdo con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.

10. La Corporación tiene **competencia** para conocer del asunto en razón del recurso de apelación presentado por las partes, en un proceso con vocación de segunda instancia en los términos del Decreto 597 de 1988, dado que la cuantía de la demanda, determinada por el valor de la mayor de las pretensiones, que corresponde a la solicitud de reparación de perjuicios morales, supera la exigida por la norma para el efecto².

11. La acción de reparación directa establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo es la **procedente** en este caso, por cuanto las súplicas de la demanda van encaminadas a la declaratoria de responsabilidad del Ejército Nacional por acciones suyas que, según la parte actora, determinaron la muerte de la señora Noscué Chaguendo.

² En la demanda presentada el 10 de mayo de 2001, la pretensión de mayor valor, correspondiente a la solicitud de reparación del perjuicio “*por goce a la vida*” a favor del cónyuge y los hijos de la víctima, fue estimada en \$58 500 000 para cada uno (f. 24, c. 1). Por estar vigente al momento de la presentación de la demanda, se aplica el artículo 2° del Decreto 597 de 1988, que modificó el numeral 10 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, y que dispone que la cuantía necesaria para que un proceso de reparación directa iniciado en 2001 fuera de doble instancia, debía ser superior a \$26 390 000.

12. Interesa recordar que, de acuerdo con el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, la Sala debe limitarse a analizar los aspectos de la sentencia de primera instancia que el impugnante cuestiona en el recurso de apelación³ o aquellos que son “*consecuenciales, accesorios o derivados del aspecto de la sentencia que fue recurrido*”⁴. Sobre este punto, la Corporación ha considerado que el juez de segundo grado no puede determinar libremente lo desfavorable al recurrente ni enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso⁵. No obstante, la norma citada autoriza al superior a resolver de fondo sin limitaciones –dentro de los límites del recurso– cuando ambas partes hayan apelado la decisión de primera instancia⁶, como sucede en este caso.

13. En cuanto a la **legitimación en la causa** por activa, se probaron los lazos de parentesco entre la señora Rosalba Noscué Chaguendo y los demás demandantes en el presente caso⁷. Sin embargo, dado que en el recurso de apelación la parte actora insiste en que se tengan como demandantes a Elsa, Mauricio y Domingo Noscué Chaguendo, y que tal solicitud tiene un carácter eminentemente procesal, la Sala se referirá a esta cuestión.

13.1. En el poder otorgado por la señora María Luisa Chaguendo y el señor Domingo Noscué al abogado Diego Felipe Chávez Martínez, se expresa que aquellos actúan en nombre propio y en representación de sus “*hijos menores de edad Jhon Edison, Domingo, Elcy (sic), Mauricio y Rosa Elena Noscué Chaguendo*” (f. 28, c. 1).

13.2. No obstante, en los registros civiles de nacimiento de Domingo (f. 37, c. 1), Elsa (f. 38, c. 1) y Mauricio Noscué Chaguendo (f. 39, c. 1), se lee que nacieron, respectivamente, el 27 de abril de 1976, el 11 de julio de 1979 y el 2 de

³ El artículo 357 del Código de Procedimiento Civil señala al respecto: “el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella”.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 9 de febrero de 2012, exp. 20104, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de junio de 2012, exp. 21507, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁶ La norma mencionada agrega: “Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”.

⁷ Está probado que Rosalba Noscué Chaguendo era hija de Domingo Noscué y María Luisa Chaguendo (registro civil de nacimiento –f. 34, c. 1–), hermana de Jhon Edison, Luis Eduardo, Enrique, y Rosa Elena Noscué Chaguendo (registros de nacimiento –f. 33, 35-40, c. 1–), madre de Luis Ancízar, Carmen Tulia, Ever Eloy y Jesús Mesías Quilcué Noscué (registros de nacimiento –f. 31-32, 41-42, c. 1–) y esposa de Mario Quilcué Dagua (partida de matrimonio –f. 44, c. 1–).

septiembre de 1981, de manera que para la fecha en que los padres otorgaron poder en representación suya –13 de diciembre de 2000– ya eran todos mayores de edad y, por consiguiente, no podían ser representados por sus padres.

13.3. Esta irregularidad llevó a que el Tribunal, en el auto admisorio de la demanda, decidiera no reconocer personería jurídica al abogado con respecto a Domingo, Elsa y Mauricio Noscué Chaguendo, *“por cuanto se trata de personas mayores de edad (...) facultadas para comparecer por sí mismas a través de apoderado”* (f. 52, c. 1).

13.4. Esta decisión, que no fue objeto de recurso alguno y, por lo tanto, adquirió plena firmeza, excluyó de la relación procesal a Domingo, Elsa y Mauricio Noscué Chaguendo por no haber otorgado poder en debida forma, de manera que estas personas no tienen legitimación para actuar como demandantes el presente caso. Además, de allegarse el poder en esta instancia del proceso, ya habría operado la caducidad de la acción de reparación directa con respecto a tales personas.

14. Sobre la legitimación en la causa por pasiva, se comprueba que el daño que se invoca en la demanda proviene de actuaciones del Ejército Nacional, de manera que la Nación, representada por tal entidad, se tiene legitimada como parte demandada en este asunto.

15. Finalmente, en lo atinente a la **caducidad** de la acción, la Sala comprueba que en el presente caso no opera tal fenómeno, dado que el hecho dañino –la muerte de Rosalba Noscué Chaguendo– tuvo lugar el 12 de septiembre de 2000 y la demanda se interpuso el 10 de mayo de 2001, esto es, dentro del término legal de dos años que establece para tal efecto el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

II. Problema jurídico

16. La Sala procede a determinar si la muerte de la señora Rosalba Noscué Chaguendo resulta imputable jurídica o fácticamente al Ejército Nacional, bien sea porque causó directamente el hecho, porque sometió a la persona a un riesgo excepcional o por cualquier otra causa. En el evento de comprobar la

responsabilidad de la entidad, hará la respectiva liquidación de perjuicios, para lo cual tendrá en cuenta las objeciones planteadas al respecto por la parte actora en el recurso de apelación.

III. Validez de los medios de prueba

17. Según el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al procedimiento administrativo en virtud de lo dispuesto en el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, las pruebas practicadas válidamente en un proceso judicial podrán trasladarse a otro en copia auténtica y serán apreciables sin más formalidades, *“siempre que en el proceso primitivo se hubieran practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella”*.

17.1. En este caso, la parte actora solicitó expresamente en el escrito de demanda que se ordenara a la Unidad de Fiscalías Seccionales del Valle del Cauca que remitiera copia auténtica de la investigación penal adelantada por la muerte de la señora Rosalba Noscué Chaguendo (f. 16, c. 1). El Tribunal decretó la prueba (f. 1-4, c. 2) e instó a la autoridad requerida para que allegara el mencionado proceso (f. 12, c. 2). En virtud de esta orden, la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Corinto, Cauca, remitió copia de la investigación penal (f. 69-94, c. 2).

17.2. Las pruebas decretadas y practicadas en el proceso penal serán apreciadas por la Sala dado que fueron aportadas en copia auténtica⁸ por la entidad requerida y que estuvieron a plena disposición de la parte demandada, por lo que tuvo la oportunidad procesal de conocerlas y de controvertirlas. En efecto, el Ejército Nacional, al igual que la Fiscalía General de la Nación, integra la persona jurídica de la Nación, de modo que no puede alegar el desconocimiento de tales pruebas, dado que fueron practicadas en el proceso primitivo a petición y con intervención de la misma parte –Nación– contra quien se aducen ahora⁹.

⁸ Sin perjuicio de la reciente decisión de unificación de la Sala Plena de esta Sección, según la cual los medios de prueba documentales traídos en copia simple al proceso serán valorados sin mayores formalidades, siempre que no se haya cuestionado su autenticidad a través de la tacha de falsedad. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 28 de agosto de 2013, exp. 25022, C.P. Enrique Gil Botero.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 2011, exp. 16934, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

18. Las declaraciones del señor Mario Quilcué Dagua (f. 82, c. 2) y la menor Carmen Tulia Quilcué Noscué (f. 83, c. 2), rendidas en la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Corinto, Cauca, no podrán ser valoradas por la Sala, debido a que se trata de declaraciones de quienes son parte demandante en esta controversia y no fueron requeridas por la entidad demandada a rendir interrogatorio de parte, de acuerdo con el artículo 203 del Código de Procedimiento Civil.

IV. Hechos probados

19. De acuerdo con las pruebas incorporadas al expediente, están acreditados en el proceso los siguientes hechos relevantes:

19.1. Durante el mes de septiembre de 2000, tropas del batallón de infantería n.º 8 “Batalla de Pichincha” de la tercera brigada del Ejército Nacional, asignadas a la base militar de la vereda “Quebrada Seca” del municipio de Corinto, Cauca, comandadas por el teniente Jhony Timana Patiño y los soldados voluntarios Pedro Medina Correa y Gustavo Mosquera, se encontraban realizando operaciones militares de registro y control de área, portando armas de dotación oficial (oficio n.º 1392 del comandante del batallón de infantería n.º 8 “Batallas de Pichincha” –f. 32, c. 2–).

19.2. El 9 de septiembre de 2000, en horas de la mañana, en la vereda “El Palmar” del corregimiento de Río Negro, en el municipio de Corinto, Cauca, la señora Rosalba Noscué Chaguendo se dirigía en compañía de sus hijos Carmen Tulia y Luis Ancízar Quilcué a la casa de su madre, cuando resultó herida por el impacto de un proyectil de arma de fuego (acta de inspección de cadáver n.º 2620 de la Fiscalía 122 Delegada –f. 73, c. 2–; misión de trabajo n.º 169 de la Fiscalía Seccional de Corinto, Cauca –f. 81, c. 2–; respuesta a la misión de trabajo n.º 169 emitida por la sección investigativa de la policía judicial del Departamento de Policía del Cauca –f. 93, c. 2–).

19.3. El 9 de septiembre de 2000, a las 5:45 p.m., la señora Rosalba Noscué Chaguendo ingresó al Hospital Universitario del Valle del Cauca con una herida en el abdomen causada por arma de fuego, lesión en el colon, herida de yeyuno,

sepsis y peritonitis, por lo cual fue sometida a laparotomía, drenaje de peritonitis, resección de yeyuno, colostomía y desbridamiento de pared abdominal (historia clínica n.º 1617341 del Hospital Universitario del Valle del Cauca –f. 55-61, c. 2–; oficio de la sección de estadística y archivo del Hospital Universitario del Valle del Cauca –f. 68, c. 2–).

19.4. El 11 de septiembre de 2000, a las 9:30 a.m., la paciente presentó una falla respiratoria y finalmente murió (historia clínica emanada del Hospital Universitario del Valle del Cauca –f. 55-61, c. 2–; acta de necropsia –f. 30, c. 2–; acta de levantamiento de cadáver –f. 90-92, c. 2–; registro de defunción –f. 113, c. 2–).

19.5. El 17 de octubre de 2000, la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Corinto, Cauca, abrió investigación penal por la muerte de Rosalba Noscué Chaguendo (auto de apertura de instrucción –f. 80, c. 2–). El 7 de marzo de 2001, al haber transcurrido más de 180 días desde el inicio de la investigación sin que existiera mérito para proferir resolución de apertura formal de la investigación, se suspendió la misma (auto de suspensión de la investigación –f. 94, c. 2–).

V. Análisis de la Sala

20. En primer lugar, se aclara que la decisión de la Fiscalía General de la Nación de suspender la investigación penal seguida por la muerte de Rosalba Noscué Chaguendo, al no haber encontrado pruebas para abrir formalmente la investigación o dictar resolución inhibitoria, no es un obstáculo para que esta Corporación examine la responsabilidad de la administración en dicha muerte a la luz del artículo 90 de la Carta Política, según el cual el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus autoridades.

21. La Sala debe precisar que, de acuerdo con los pronunciamientos de la Sección Tercera de esta Corporación, el hecho de la absolución penal de los agentes estatales involucrados en la producción del daño, o el cierre definitivo de la indagación por ausencia de pruebas, no implica en modo alguno que el trámite contencioso deba concluir de la misma forma. Sobre este punto ha señalado:

La Sala reitera el criterio jurisprudencial conforme al cual la sentencia penal que se profiera en el proceso penal que se adelante contra el servidor estatal, sea ésta condenatoria o absolutoria, no tiene efectos de cosa juzgada en la acción de reparación que se adelante contra el Estado por esos mismos hechos, porque, conforme se ha sostenido en las providencias en las que se ha acogido dicho criterio: (i) las partes, el objeto y la causa en ambos procesos son diferentes: a través del ejercicio de la acción penal, el Estado pretende la protección de la sociedad, con la represión del delito y para ello investiga quién es el autor del mismo y cuál su responsabilidad; a través del ejercicio de la acción de reparación, la víctima del daño antijurídico pretende la indemnización de los perjuicios que le ha causado el Estado con una acción que le sea imputable; (ii) los principios y normas que rigen ambos procesos son, en consecuencia, diferentes, lo cual incide, entre otros eventos en los efectos de las cargas probatorias, así: en el proceso penal la carga de la prueba de la responsabilidad del sindicado la tiene el Estado, quien deberá desvirtuar la presunción de responsabilidad que por mandato constitucional ampara a todas las personas; en tanto que en la acción de reparación directa, quien finalmente soporta los efectos adversos de la carencia de prueba de los elementos de la responsabilidad estatal es el demandante, y (iii) el fundamento de la responsabilidad del Estado no es la culpa personal del agente, sino el daño antijurídico imputable a la entidad; de tal manera que aunque se absuelva al servidor por considerar que no obró de manera dolosa o culposa, en los delitos que admiten dicha modalidad, el Estado puede ser condenado a indemnizar el daño causado, bajo cualquiera de los regímenes de responsabilidad y, en cambio, el agente puede ser condenado penalmente, pero el hecho que dio lugar a esa condena no haber tenido nexo con el servicio.

Adicionalmente, se observa que la responsabilidad patrimonial del Estado no constituye el efecto civil de un ilícito penal, por eso, no son aplicables las normas relacionadas con los efectos de la sentencia penal absolutoria sobre la pretensión indemnizatoria que se formule en proceso separado del penal. Ello por cuanto la responsabilidad del Estado, conforme a lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, se genera en los eventos en los cuales se causa un daño antijurídico imputable a la entidad demandada, al margen de que ese daño hubiera sido causado con una conducta regular o irregular.

Y, finalmente, si bien la sentencia penal que se dicte contra el servidor estatal no tiene efectos de cosa juzgada en la acción de reparación directa, no puede desconocerse el valor probatorio que la misma pueda tener en este proceso; por lo tanto, la sentencia penal puede ser el fundamento de la decisión de reparación, cuando

constituya la única prueba de las circunstancias del ilícito que ha sido juzgado, de la cual se infieran los demás elementos de la responsabilidad estatal, como lo son el hecho, la autoría del agente estatal y el nexo con el servicio; pero, se insiste, ese valor de la sentencia penal no surge del hecho de que la misma produzca efectos de cosa juzgada sobre la acción de reparación sino porque esa sentencia constituye una prueba documental para el proceso, que bien puede brindar al juez contencioso certeza sobre los elementos de responsabilidad¹⁰.

22. Así las cosas, ninguna incidencia tiene en el presente proceso el hecho de que se haya suspendido la investigación penal mencionada, pues es claro que el proceso penal difiere del contencioso administrativo en cuanto a las partes, el objeto, la causa, los principios y normas que los rigen y el tipo de responsabilidad que se debate. De manera que la Sala asume el deber de determinar la responsabilidad del Estado en la muerte de dicha persona.

23. Ahora bien, en el caso bajo análisis la Sala encuentra demostrado el **daño**, pues la muerte de la señora Noscué Chaguendo, causada por el impacto de un proyectil de arma de fuego, es un hecho plenamente acreditado en el proceso – párrafos 15.2 a 15.4–.

23.1. El oficio remitido al *a quo* por la sección de estadística y archivo del Hospital Universitario del Valle del Cauca, señala (f. 68, c. 2):

La paciente Noscué Rosalba, de 32 años de edad, ingresó a esta institución el día 9 de septiembre de 2000 con diagnóstico de: herida por arma de fuego en abdomen, herida de colon, herida de yeyuno, fascitis necrotizante, sepsis, fractura ilíaca.

Se llevó a cirugía el 9 de septiembre de 2000 y se practicó: laparotomía, drenaje peritonitis, resección yeyuno, anastomosis TT yeyuno, rafia yeyuno, colostomía izquierda, desbridamiento de pared abdominal izquierda.

En nota de evolución del día 11 de septiembre de 2000 a las 9:30 horas por médico asistencial, hace nota de defunción.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de agosto de 2008, exp. 16533, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de 29 de octubre de 2012, exp. 19062, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

Paciente con muy mala evolución posoperatoria, signos de respuesta inflamatoria sistémica, sepsis y choque, la paciente presenta falla respiratoria, se realizan maniobras de resucitación sin éxito. Se ordena traslado a Medicina Legal.

23.2. El acta de levantamiento de cadáver suscrita por Medicina Legal registra las siguientes conclusiones (f. 30, c. 2):

Mujer adulta madura que fallece por sepsis secundaria a heridas abdominales por proyectil de arma de fuego. Se revisó historia clínica del HUV n.º 1617341 correspondiente a la occisa. El médico que recibe a la paciente en urgencias del HUV el 9 de septiembre de 2000 reporta: “Gran herida por proyectil de arma de fuego en abdomen con evisceración y perforación de víscera hueca”.

En la descripción de la cirugía a la que fue sometida se reportan múltiples heridas de intestino delgado y grueso, lo cual ocasionó abundante materia fecal en cavidad peritonea. Esta peritonitis fecal va acompañada de un índice de mortalidad muy alta.

Con base en la historia clínica y en los hallazgos de la necropsia, podemos sugerir que el proyectil entra por masogastrio, lesiona intestino delgado y grueso y sale por flanco izquierdo, siendo la trayectoria antero-posterior, de derecha a izquierda y supero-inferior.

La muerte en este caso se relaciona directamente con las heridas por proyectil de arma de fuego.

24. Con el objeto de establecer si este daño es imputable a la entidad demandada, por acción o por omisión de uno de sus agentes, es preciso esclarecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo la muerte de la señora Rosalba Noscué Chaguendo.

25. En primer lugar, a pesar de que al plenario se allegó información contradictoria sobre la presencia del Ejército en zona rural del municipio de Corinto, Cauca, para la fecha en que resultó herida la señora Noscué Chaguendo, la Sala encuentra suficientes elementos para tener probado este hecho particular.

25.1. Al respecto, en el oficio enviado al *a quo* el 28 de junio de 2002, el comandante del batallón de infantería n.º 8 “Batalla de Pichincha” de la tercera brigada del Ejército, señala que tropas de esa unidad, ubicadas en la base militar de “Quebrada Seca” del municipio de Corinto, Cauca, realizaron funciones de registro y control de área en septiembre del año 2000, portando armas de dotación oficial (f. 32, c. 2):

Revisados los archivos, en el mes de septiembre del año 2000, tropas de esta Unidad estaban situadas en la Base Militar de la vereda Quebrada Seca, jurisdicción del municipio de Corinto, Cauca, realizando misiones de registro y control de área. Para la época eran comandantes de patrulla el siguiente personal de oficiales y suboficiales, quienes tenían como armas de dotación fusiles Galil calibre 5.56:

TE. Timana Patiño Jhony

SV. Medina Correa Pedro

SV. Mosquera Arcos Gustavo

25.2. No obstante, en oficio remitido en la misma fecha, el comandante del batallón de infantería n.º 8 “Batalla de Pichincha” manifiesta que las tropas de esa unidad no realizaron ninguna operación en la vereda “El Palmar” del corregimiento de Río Negro en el municipio de Corinto, en el mes de septiembre de 2000 (f. 33, c. 2):

Revisados los archivos, tropas de esta Unidad no realizaron operativos y misiones en la vereda El Palmar, corregimiento de Río Negro, jurisdicción del municipio de Corinto, Cauca, en el mes de septiembre del año 2000.

25.3. Posteriormente, en oficio allegado el 14 de noviembre de 2003, el comandante del mismo batallón de infantería indica que, de acuerdo con la disposición n.º 001 de la tercera brigada del Ejército, el municipio de Corinto, Cauca, era un área asignada al batallón de ingenieros n.º 3 “Coronel Agustín Codazzi”, de manera que a esa unidad debía dirigirse el requerimiento (f. 118, c. 2):

Con el presente me permito dar respuesta a su oficio n.º 3140, en el que solicita se le envíe copia de los documentos e informes relacionados con todos los operativos y misiones que realizó la tercera brigada en el municipio de Corinto, Cauca, vereda El Palmar, corregimiento de Río Negro, en el mes de septiembre de 2000. Le informe que de acuerdo a la Disposición n.º 001 de 2000, por medio de la cual se fijan las jurisdicciones de las Unidades Tácticas, aparece el municipio de Corinto dentro del área del batallón de ingenieros n.º 3 “Coronel Agustín Codazzi”, por lo tanto es a esa Unidad donde debe dirigir el requerimiento.

25.4. Sin embargo, en la disposición n.º 001 de la tercera brigada del Ejército, que se anexa al oficio anterior, figura el municipio de Corinto, Cauca, como una de las áreas que comprenden la jurisdicción asignada al batallón de infantería n.º 8 “Batalla de Pichincha” (f. 119-121, c. 2).

25.5. Finalmente, en el oficio enviado al tribunal el día 14 de enero de 2004, el oficial de operaciones del batallón de ingenieros n.º 3 “Coronel Agustín Codazzi” expresa que ninguna de sus tropas hizo presencia o desarrolló actividades en el municipio de Corinto, Cauca, o en las zonas aledañas, en septiembre de 2000 (f. 127, c. 2):

Por medio del presente me permito informar (...) sobre el envío de los documentos e informes relacionados con los operativos y misiones que realizó la Tercera Brigada en el municipio de Corinto, Cauca, vereda El Palmar, corregimiento de Río Negro, en el mes de septiembre de 2000, así:

Verificando los INSITOP de la unidad táctica se pudo comprobar que para esa fecha [septiembre de 2000], en el municipio de Corinto, Cauca no se encontraban tropas de esta unidad (...) ni en ninguna de sus veredas aledañas.

25.6. Ciertamente, en el INSITOP n.º 084 del batallón de ingenieros n.º 3 “Coronel Agustín Codazzi”, adjunto al oficio anterior, no se registra la presencia de algún miembro de esa unidad en el municipio de Corinto, Cauca, para el mes de septiembre de 2000, pues estas tropas fueron destinadas a distintos municipios del Valle del Cauca (f. 129-135, c. 2).

26. De los anteriores documentos, la Sala concluye que, en efecto, en septiembre de 2000, tropas del batallón de infantería n.º 8 “Batalla de Pichincha” de la tercera brigada del Ejército, cumplieron funciones de registro y control de área en zona rural del municipio de Corinto, Cauca. Por una parte, el oficio del 28 de junio de 2002 es claro al registrar este hecho y guarda relación con la disposición n.º 001, que le asigna a esta unidad la jurisdicción en que está comprendido dicho municipio. De otro lado, a pesar de que el comandante de ese batallón indicó que el control sobre esta jurisdicción le correspondía al batallón de ingenieros n.º 3 “Coronel Agustín Codazzi”, la información dada por esta última unidad, que es consistente con la disposición n.º 001 y con el INSITOP n.º 084, demuestra que ninguna de sus tropas desarrolló actividades militares en la zona antes mencionada para la fecha de los hechos.

27. Sumado a lo anterior, las conclusiones preliminares de la Fiscalía encargada de la investigación permiten comprobar no solo la presencia del Ejército en el área rural de Corinto, Cauca, en particular en las veredas “San Pablo”, “La Calera” y “El Palmar”, el 9 de septiembre del año 2000. También presentan como una hipótesis bastante probable el cruce de disparos entre la fuerza pública y los grupos de la subversión, en medio del cual resultó herida la señora Rosalba Noscué Chaguendo.

27.1. Al respecto, la misión de trabajo n.º 169 de la Fiscalía Seccional de Corinto, Cauca, refiere la siguiente relación de los hechos (f. 81, c. 2):

Estos se produjeron, como ya se indicó, en la vereda de El Palmar, en jurisdicción de este municipio, el 9 de septiembre del presente año, cuando al parecer hubo un enfrentamiento armado entre el personal del Ejército Nacional y grupos subversivos (guerrilla), en los cuales resultó gravemente lesionada con un impacto de arma de fuego la señora Rosalba Noscué Chaguendo, quien fue trasladada al Hospital Universitario del Valle, en donde falleció a los dos días de ocurridos los hechos.

27.2. Adicionalmente, la sección investigativa de la policía judicial del Departamento de Policía del Cauca, en el oficio de respuesta a la misión de trabajo n.º 169 antes mencionada, manifiesta que el enfrentamiento armado entre

el Ejército y la fuerza pública es un fenómeno frecuente en el lugar de los hechos, si bien no pudo constatar con certeza que haya tenido lugar un combate para la fecha indicada (f. 93, c. 2):

Con el fin de esclarecer los hechos en los cuales resultó gravemente lesionada la señora Rosalba Noscué Chaguendo, heridas que le produjeron la muerte posteriormente, se envió oficio n.º 105 del 30-01-00 al Hospital Local de Corinto, solicitando historia clínica, en cuya respuesta se establece que fue llevada a ese centro asistencial a las 4:00 p.m., el día 9 de septiembre, procedente de la vereda El Palmar, con herida por arma de fuego en el abdomen. Así mismo, se envió oficio 045, fechado 12 de enero de 2001, al señor capitán comandante de la base militar Quebradaseca de Corinto, a fin de obtener informaciones referentes a si el día 9 de septiembre de 2000 se presentaron enfrentamientos entre tropas militares y subversivos, para establecer si hubo personas heridas, muertas, capturadas, las tropas a qué unidad militar pertenecían, al mando de quién se encontraban, los mismo que los subversivos, a qué grupos insurgentes pertenecían y al mando de quién se encontraban, sin que se obtuviera respuesta alguna.

Mediante labores de inteligencia, se trató de establecer si se presentaron combates en la vereda El Palmar, pero personas residentes del sector manifiestan que es común que en ese sitio y otros aledaños se presenten contactos armados entre el Ejército Nacional y grupos subversivos pertenecientes a las FARC, sexto frente, pero que para el día 9 de septiembre del año anterior, no recuerdan o no tienen conocimiento si se presentaron.

27.3. Por último, en el acta de inspección de cadáver levantada por la Unidad de Reacción Inmediata de la Fiscalía 122 Delegada, se registra que la señora Rosalba Noscué “fue herida el sábado pasado, nueve de septiembre, en la vereda El Palmar (Corinto) al parecer debido a los enfrentamientos entre la guerrilla y el Ejército, pues ella iba a visitar a su señora madre” (f. 73, c. 2).

28. Estos documentos, examinados en conjunto con las abundantes pruebas testimoniales recaudadas por el Tribunal a quo, que se refieren a continuación, permiten corroborar que el enfrentamiento armado entre el Ejército Nacional y miembros de grupos subversivos es la hipótesis más probable para explicar la herida por proyectil de arma de fuego y la posterior muerte de la señora Noscué Chaguendo.

28.1. En efecto, los vecinos del sector de “El Palmar”, si bien no fueron testigos directos del hecho fatal, sí manifiestan haber visto a tropas del Ejército Nacional en esa zona el día de los hechos y afirman que los enfrentamientos entre la fuerza pública y la guerrilla son frecuentes en ese lugar. Por ejemplo, el señor Lucas Casamachín expresó (f. 36, c. 2):

Yo no sé quién la hirió, yo no puedo decirle quién sería el que la hirió porque no me dí cuenta, en ese tiempo había dos fuegos, el de la guerrilla y del Ejército, y unas balas perdidas fue que la hirieron, por eso no puedo asegurar quién fue.

28.2. Por su parte, el señor Gerardo Flor sostuvo (f. 37, c. 2):

Ese día el Ejército pasó por la vereda “San Pablo” y como a las diez de la mañana se oyeron descargas entre la guerrilla y el Ejército, por la tarde cuando eso pasó los vecinos comentaban que habían herido a la señora Rosalba Noscué Chaguendo y que la habían traído al hospital, yo no la vi herida y ya cuando estaba muerta que la subieron a la casa de la vereda “El Palmar” y la velaron por la noche, fue que la vine a ver.

28.3. A su vez, el señor Julio César Chilhueso indicó (f. 98, c. 2):

Yo recuerdo que los hechos donde hirieron a la señora Rosalba Noscué fueron un día sábado de septiembre del año 2000, yo estaba en mi casa, que queda como a 500 metros de distancia de donde pasó eso, y cuando se oyó un tiroteo, todo quedó callado y como a las once de la mañana llegó la noticia a mi casa, unos vecinos me dijeron que había un herido, que fuéramos a cargarlo para bajarlo y yo fui a ayudar, y la herida era la señora Rosalba Noscué. (...) Yo creo que los tiros los hizo una patrulla del Ejército, que eran los únicos que estaban ese día por allí, yo directamente no vi que fueran ellos, solo oí el tiroteo.

28.4. En igual sentido, el señor Domingo Achicue declaró (f. 99, c. 2):

Resulta que eran como las ocho de la mañana del mes de septiembre del año 2000, era un día jueves, yo estaba en la vereda “San Pablo” y

ese día llegaba el Ejército a la vereda “La Calera”, andaban buscando a los enemigos y resulta que por ahí no estaban ellos, y de un momento a otro se oyeron tiros por esos lugares y después al rato me di cuenta de que había una herida, y me fui a ver y la herida era Rosalba Noscué.

28.5. Finalmente, el señor Clímaco Ramos Peteche, agricultor y vecino del lugar, al ser cuestionado si sabía quién o quiénes habían lesionado a la señora Noscué Chaguendo, manifestó: *“Yo creo que fue el Ejército porque eran los únicos que iban subiendo por la cordillera”* (f. 101, c. 2), y Reinaldo Cuetia Dagua, también habitante de la zona, interrogado sobre el mismo punto, respondió: *“Yo no vi quién la hirió pero la gente decía que fue el Ejército. (...) Ese sitio donde ella fue herida es frecuentado por la guerrilla y para esa fecha estaban en combates”* (f. 102, c. 2).

29. El análisis conjunto de esos medios de prueba permite concluir no solo que el Ejército Nacional cumplía funciones de registro y control de área en zona rural del municipio de Corinto, Cauca, para septiembre de 2000, sino que, además, en la fecha de la muerte de la señora Rosalba Noscué, se encontraba patrullando en inmediaciones de las veredas de “San Pablo”, “La Calera” y “El Palmar”, como lo señalan coherentemente los vecinos del sector en sus declaraciones.

30. La Sala reconoce que no existe un medio de prueba en el plenario que acredite que la muerte de la señora Noscué Chaguendo haya sido causada directamente por el Ejército Nacional. Sin embargo, la prueba testimonial ofrece suficientes indicios que apuntan con toda claridad a la existencia de un enfrentamiento armado entre el Ejército Nacional y grupos subversivos el día de la muerte de la señora Rosalba Noscué. Todos los declarantes coinciden al señalar que el 9 de septiembre de 2000, tropas del Ejército se encontraban cerca del lugar de los hechos, la mayoría reconoce que la presencia de la guerrilla en la zona era una constante e incluso algunos afirman que los militares estaban *“buscando a los enemigos”* por ese sitio en la fecha indicada.

31. Esta Subsección ha señalado que, en virtud de los principios de la sana crítica y de la autonomía del juez en la valoración probatoria, los medios de prueba que ofrezcan mayor probabilidad lógica con respecto a la ocurrencia de los hechos

objeto de discusión, deben prevalecer en el caso concreto¹¹. En el asunto bajo examen, la causa más altamente probable de la muerte violenta de la señora Noscué Chaguendo es el enfrentamiento entre la fuerza pública y los grupos subversivos, no solo porque así lo indican los documentos y testimonios citados, sino porque ninguna prueba de las obrantes en el plenario desmiente esta hipótesis.

32. En los casos en que se analiza la responsabilidad del Estado por daños causados con la utilización de armas de fuego, por regla general se acude a la aplicación de la teoría del riesgo excepcional¹². En este sentido, la jurisprudencia de la Sala ha señalado que la administración debe responder siempre que produzca un daño con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos riesgosos, como la manipulación de las armas de fuego de que están dotadas algunas autoridades por razón de sus funciones, tales como la Policía Nacional, el Ejército Nacional o los organismos de seguridad, dado que el Estado asume los riesgos a los cuales expone a la sociedad con la utilización de tales artefactos peligrosos¹³.

33. En atención a este título de imputación objetivo¹⁴, el demandante tiene el deber de probar la existencia del daño y el nexo causal entre este y una acción u

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 7 de abril de 2011, exp. 20333, C.P. Danilo Rojas Betancourth; sentencia de 29 de septiembre de 2013, exp. 30754, C.P. Ramiro Pazos Guerrero; sentencia de 29 de octubre de 2012, exp. 19062, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹² Hasta el año 1989, la jurisprudencia del Consejo de Estado resolvió los casos relacionados con daños causados por armas de dotación oficial con base en el título de imputación de la falla del servicio probada –sentencia de 21 de octubre de 1982–, con alguna incursión en la presunción de culpa –sentencia de 24 de octubre de 1975, exp. 1631–. Pero en la decisión del 20 de febrero de 1989, exp. 4655, la Corporación habló de falla del servicio presunta. En tal sentencia se dijo que el actor solo debía acreditar que ha sufrido un perjuicio indemnizable y la existencia de una relación causal con el servicio y, por su parte, la administración solo podía exonerarse de toda responsabilidad si acreditaba que, aunque el daño fue causado por un hecho a ella imputable, había obrado con tal prudencia y diligencia que su actuación no podría calificarse de omisiva, imprudente o negligente y, por lo tanto, no podría dar lugar a comprometer su responsabilidad. Luego se consideró que los daños producidos por cosas o actividades peligrosas, como el uso de armas de fuego de dotación oficial, debían analizarse bajo el régimen de presunción de responsabilidad –sentencias de 24 de agosto de 1992, exp. 6754, y de 16 de septiembre de 1999, exp. 10922–, en el entendido de que la falla solo habría de presumirse en eventos bien distintos. En la actualidad, la Sala ha señalado, de forma más o menos pacífica, que el régimen aplicable en estos casos es el de responsabilidad objetiva en aplicación de la teoría del riesgo. Ver, sentencia de 14 de abril de 2010, exp. 17921, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia de 23 de agosto de 2010, exp. 19127, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de 26 de julio de 2012, exp. 24929, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, entre otras.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 29 de septiembre de 2011, exp. 21382, C.P. Hernán Andrade Rincón.

¹⁴ Aplicable sin perjuicio de la decisión reciente de Sala Plena de la Sección Tercera, según la cual no debe privilegiarse un único título de imputación a aplicar a eventos que guarden ciertas semejanzas fácticas entre sí, ya que éste puede variar en consideración a las circunstancias particulares acreditadas dentro del proceso y

omisión de la entidad pública demandada, para que se pueda deducir la responsabilidad patrimonial, sin entrar a analizar la licitud o ilicitud de la conducta del agente, que resulta irrelevante para el caso. A su vez, la administración, para exonerarse de responsabilidad, se ve obligada a demostrar la presencia de una causa extraña, como el hecho exclusivo de la víctima, la fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de un tercero.

34. Debe aclararse que, en todo caso, si se configuran los elementos necesarios para deducir la responsabilidad administrativa de la entidad demandada con fundamento en la ocurrencia de una falla en el servicio que se encuentre suficientemente probada en el plenario, la Sala tiene el deber de decidir la controversia con base en este título de imputación.

35. Adicionalmente, al examinar la responsabilidad del Estado por los daños causados por terceros en el marco de una actividad estatal que, si bien es legítima, genera un riesgo excepcional para la población, la Corporación ha considerado:

También ha determinado la Sala la imputabilidad al Estado por los daños sufridos por quienes son sometidos a la exposición a un riesgo de naturaleza excepcional, creado por la administración en cumplimiento del deber constitucional y legal de proteger a la comunidad en general. Ha dicho la Sala:

“La imputabilidad surge de la creación de un riesgo, que es considerado excepcional, en la medida en que supone la puesta en peligro de un grupo particular de ciudadanos, como consecuencia del desarrollo de una actividad dirigida a proteger a la comunidad en general. No se trata aquí, entonces, de la existencia de una acción u omisión reprochable de la administración, sino de la producción de un daño que, si bien es causado por un tercero, surge por la realización de un riesgo excepcional, creado conscientemente por esta, en cumplimiento de sus funciones. Y es la excepcionalidad del riesgo lo que hace evidente la ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas y posibilita el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado”¹⁵.

a los parámetros o criterios jurídicos que el juez estime relevantes dentro del marco de su argumentación. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón, reiterada en la sentencia de 23 de agosto de 2012, exp. 23219, C.P. Hernán Andrade Rincón.

¹⁵ [12] “Sentencia del 10 de agosto de 2000, expediente 11518. En el mismo sentido, sentencia del 18 de octubre de 2000, expediente 11834”.

Para que el hecho violento del tercero pueda ser imputable al Estado, se requiere que éste haya sido dirigido contra un establecimiento militar o policivo, un centro de comunicaciones o un personaje representativo de la cúpula estatal¹⁶.

36. En el presente asunto, quedó demostrado que el daño alegado en la demanda y acreditado en el proceso –la muerte de Rosalba Noscué Chaguendo– se produjo con ocasión de la herida causada por una bala disparada en medio de un combate armado entre el Ejército Nacional y grupos de la subversión que, presumiblemente, dirigieron sus ataques contra la fuerza pública, de manera que el caso debe ser resuelto con base en el régimen de responsabilidad antes señalado.

37. En efecto, el riesgo que implica el manejo de armas de fuego por parte de la fuerza pública, sumado al peligro derivado de los ataques que terceros ajenos a la administración puedan dirigir contra esta para contrarrestar el cumplimiento del deber de protección de la población en el marco del conflicto armado interno, crearon en conjunto una situación de anormalidad que se materializó en la muerte de la señora Noscué y, por lo tanto, genera para el Estado una obligación indemnizatoria.

38. No obstante lo alegado por la entidad demandada, poco importa en el proceso si el proyectil que hirió y finalmente le causó la muerte a la señora Rosalba Noscué provino del Ejército Nacional o de la guerrilla, pues está demostrado, en todo caso, que la lesión se produjo en medio de un enfrentamiento armado entre ambos extremos, situación a todas luces riesgosa que la población civil no está en la obligación jurídica de soportar, a pesar de vivir en un país en conflicto.

39. Por lo anterior, la Sala procederá a confirmar la sentencia de primera instancia y a determinar los perjuicios que la entidad deberá indemnizar a favor de los familiares de la víctima.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de junio de 2006, exp. 16630, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

VI. Liquidación de perjuicios

40. Para cuantificar el valor a reconocer por concepto de reparación del **daño moral**, se debe acudir al criterio que fijó tal indemnización en 100 smmlmv para los eventos de mayor intensidad y que abandonó la aplicación extensiva de las reglas sobre la materia establecidas en el Código Penal, por considerarlas improcedentes, con el propósito de dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 16 de la Ley 446 de 1998 y 178 del Código Contencioso Administrativo que fijan, respectivamente, la reparación integral y equitativa del daño y la debida tasación de las condenas en moneda legal colombiana¹⁷.

40.1. De acuerdo con el material probatorio obrante en el proceso, está probado que Rosalba Noscué Chaguendo era hija de Domingo Noscué y María Luisa Chaguendo, hermana de Jhon Edison, Luis Eduardo, Enrique y Rosa Elena Noscué Chaguendo, madre de Luis Ancízar, Carmen Tulia, Ever Eloy y Jesús Mesías Quilcué Noscué, y esposa de Mario Quilcué Dagua. La Sala ha dicho que el parentesco constituye un indicio suficiente de la existencia, entre miembros de la misma familia, de una relación de afecto profunda y del sufrimiento que experimentan unos con la muerte, la desaparición o el padecimiento de otros¹⁸.

40.2. Por lo tanto, la Sala confirma lo decidido por el Tribunal *a quo* en el sentido de reconocer, por concepto de reparación del daño moral, el valor equivalente a 100 smmlmv a favor de los padres, el cónyuge y los hijos de la afectada, y el valor de 50 smmlmv a favor de sus hermanos, dado que esta determinación se ajusta a los parámetros fijados por la Corporación para tal efecto¹⁹.

41. Con respecto a la indemnización de perjuicios materiales en la modalidad del **lucro cesante**, la Sala se aparta de la decisión del *a quo* de negarlos porque, a su juicio, no está probada la actividad económica que ejercía la señora Noscué Chaguendo. Esta afirmación sorprende no solo porque está probado que esta

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 de septiembre de 2001, exp. 13232-15646, C.P. Alíer Hernández Enríquez.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de mayo de 2013, exp. 30522, C.P. (E) Danilo Rojas Betancourth; sentencia de 10 de marzo de 2005, exp. 14808, C.P. Germán Rodríguez.

¹⁹ El valor de esta reparación responde al precedente de esta Subsección en casos de indemnización por muerte a padres, hijos, cónyuge y hermanos. Ver, entre otras, sentencia de 29 de septiembre de 2013, exp. 30754, C.P. Ramiro Pazos Guerrero; sentencia de 22 de noviembre de 2012, exp. 23957, C.P. Danilo Rojas Betancourth; sentencia de 14 de junio de 2012, exp. 21884, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

persona ejercía una labor productiva, sino porque, incluso de no estar acreditada esta situación, habría lugar a declarar que la importante labor que desempeñaba en su hogar amerita una compensación por concepto de lucro cesante.

41.1. Al respecto, se advierte que el señor Gerardo Flor manifestó que ella “se dedicaba a la familia y a los trabajos del campo” (f. 37, c. 2) y el señor Reinaldo Cuetia aseguró que “tenía que estar pendiente de sus hijos que estaban muy pequeñitos” (f. 102, c. 2). En efecto, se trataba de una mujer que tenía a su cargo hijos de corta edad, de 1, 4 y 10 años²⁰.

41.2. Sobre el particular, la Subsección ha señalado que las labores del hogar, por su importancia, son una actividad que comporta en realidad una doble jornada de trabajo, y que es preciso reconocer y enaltecer la labor de la mujer como medida correctiva de la histórica discriminación de género, consistente en el menosprecio de las importantes tareas de cuidado, asistencia y conservación del núcleo familiar²¹.

41.3. Además, las declaraciones de los vecinos de la zona coinciden en afirmar que la señora Noscué Chaguendo se desempeñaba en labores de agricultura en sus propios predios o en fincas vecinas. Por ejemplo, el señor Lucas Casamachín manifestó (f. 36, c. 2):

Ella se dedicaba a trabajar con su marido en la agricultura, sembrando plátano, café y mora, y yo no sé cuánto se podía ganar mensualmente, pero para esa época, cuando ellos me trabajaban a mí, yo les pagaba el jornal de seis mil pesos diarios, y con la plata compraba alimentos para ella y los hijos.

41.4. En el mismo sentido, Gerardo Flor expresó (f. 37, c. 2):

Ella se dedicaba a la familia y a los trabajos del campo, sembraban en su finca plátano, yuca, café y otras veces trabajaban en fincas

²⁰ Luis Ancízar Quilcué Noscué nació el 6 de junio de 1990 (f. 31, c. 1), de manera que tenía 10 años para el momento de los hechos. Ever Eloy Quilcué Noscué nació el 20 de octubre de 1995 (f. 41, c. 1), y tenía 4 años a la fecha de los hechos. Jesús Mesías Quilcué Noscué nació el 23 de diciembre de 1998 (f. 42, c. 1), de modo que tenía 1 año y 9 meses al momento de los hechos.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de agosto de 2011, exp. 20209, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

para levantar la comida y los dineros que ganaba los utilizaba para comprar comida para la familia.

41.5. Por su parte, Olmedo Casamachín señaló (f. 97, c. 2):

Ella se dedicaba a la agricultura en la misma finca de ellos, y cuando había oportunidad se iba a jornalear a otras fincas, yo no sé cuánto se ganaba ella mensualmente, y la plata que ella se ganaba la invertía en su hogar porque yo veía que ella venía al pueblo con su marido y compraba la remesa y mercado para llevar a su casa. Para el año 2000, por allá arriba jornaleando se pagaban cinco mil pesos diarios y les daban el almuerzo.

41.6. Este mismo hecho lo acreditan los señores Julio Chilhueso (f. 98, c. 2), Domingo Achicué (f. 99, c. 2), Clímaco Ramos (f. 101, c. 2) y Reinaldo Cuetia (f. 102, c. 2) en sus declaraciones.

41.7. Estos testimonios demuestran que, en efecto, la señora Noscué Chaguendo ejercía una actividad productiva y los frutos los destinaba a sus gastos personales y a los de sus hijos. No obstante, dado que no permiten establecer el valor de sus ingresos, se debe acudir al criterio jurisprudencial vigente según el cual, ante la ausencia de un medio de prueba que acredite el monto de lo percibido por una persona en edad productiva, se presume que esta devengaba por lo menos un salario mínimo²², que en su valor actual corresponde a \$616 027.

41.8. Se procede entonces al cálculo del **lucro cesante consolidado**, que se liquidará de la siguiente forma: (i) se toma como base el salario de la persona en su valor actual, es decir, \$616 027; (ii) se adiciona el 25% equivalente a las prestaciones sociales; (iii) se resta el 25%, que corresponde a lo destinado para gastos personales; y (iv) se obtiene, en consecuencia, un valor final de \$577 525.

41.9. Esta suma se divide en partes iguales entre el esposo y los cuatro hijos de la señora Noscué Chaguendo, de lo que resulta que cada uno sufrió una pérdida mensual de \$115 505. A este valor se le aplicará un interés mensual de 0,004867,

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de julio de 2013, exp. 30452, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

por los 161 meses que han transcurrido desde la muerte de Rosalba Noscué Chaguendo (septiembre de 2000) hasta la fecha (febrero de 2014).

Para Mario Quilcué Dagua y sus hijos Luis Ancízar, Ever Eloy y Jesús Mesías Quilcué Noscué, la fórmula se aplicará así:

$$S = \$115\,505 \frac{(1 + 0.004867)^{161} - 1}{0.004867}$$

S = \$28 126 405 (para cada uno).

41.10. Para la hija Carmen Tulia Quilcué, la liquidación se hará desde el momento del fallecimiento de su madre hasta la fecha en cumplió 25 años, es decir, el 10 de enero de 2013²³ (148 meses), pues se presume que a partir de esa edad las personas velan por su autosostenimiento.

Para ella, la fórmula se aplicará como sigue:

$$S = \$115\,505 \frac{(1 + 0.004867)^{148} - 1}{0.004867}$$

S = \$24 954 371.

41.11. El **lucro cesante futuro** se cuantificará, para el señor Mario Quilcué Dagua, Desde el momento de esta decisión y durante el resto de su vida probable²⁴ (33,99 años o 407,88 meses), quien para la época de los hechos tenía 43 años²⁵. Se toma esta fecha pues se comprueba que ocurrirá antes de que se cumpla la vida probable de la víctima (45,85 años o 550,2 meses), que tenía

²³ Carmen Tulia Quilcué Noscué nació el 10 de enero de 1988 (f. 32, c. 1), de modo que tenía 12 años para el momento de los hechos y cumplió 25 años el 10 de enero de 2013.

²⁴ Se acude a la resolución n.º 0497 de 1997 de la Superintendencia Bancaria, que modificó la resolución n.º 0585 de 1994, por ser la tabla de mortalidad de rentistas válidos vigente al momento de los hechos.

²⁵ Mario Quilcué Dagua, nacido el 26 de febrero de 1957 (f. 44, c. 1), tenía 43 años al momento de los hechos.

entonces 32 años²⁶. A la vida probable del cónyuge se le descuentan los 161 meses del lucro cesante pasado, por ya estar liquidados, para un total de 246,88 meses.

La formula se aplicará así:

$$S = \$115\,505 \frac{(1 + 0.004867)^{246,88} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{246,88}}$$

$$S = \$16\,574\,600$$

41.12. Para sus hijos, el lucro cesante se cuenta desde el momento de la sentencia hasta la fecha en que estos cumplirán los 25 años, por la razón expuesta, evento que ocurrirá el 6 de junio de 2015 en el caso de Luis Ancízar Quilcué Noscué²⁷ (16 meses), el 20 de octubre de 2020 en el de Ever Eloy Quilcué Noscué²⁸ (80.5 meses) y el 23 de diciembre de 2023 en el de Jesús Mesías Quilcué Noscué²⁹ (118.5 meses).

Para Luis Ancízar Quilcué, la fórmula se aplicará así:

$$S = \$115\,505 \frac{(1 + 0.004867)^{16} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{16}}$$

$$S = \$1\,773\,808$$

Para Ever Eloy Quilcué:

²⁶ Rosalba Noscué Chaguendo, nacida el 6 de agosto de 1968 (f. 3, c. 2), tenía 32 años para la época de los hechos.

²⁷ Luis Ancízar Quilcué Noscué nació el 6 de junio de 1990 y cumplirá 25 años el 6 de junio de 2015.

²⁸ Ever Eloy Quilcué Noscué nació el 20 de octubre de 1995 y cumplirá 25 años el 20 de octubre de 2020.

²⁹ Jesús Mesías Quilcué Noscué nació el 23 de diciembre de 1998 y cumplirá 25 años el 23 de diciembre de 2023.

$$S = \$115\,505 \frac{(1 + 0.004867)^{80.5} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{80.5}}$$

$$S = \$7\,677\,718$$

Para Jesús Mesías Quilcué:

$$S = \$115\,505 \frac{(1 + 0.004867)^{118.5} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{118.5}}$$

$$S = \$10\,382\,556$$

41.13. En consecuencia, la entidad demandada deberá indemnizar, por concepto de lucro cesante, a favor de Mario Quilcué Dagua, la suma de \$44 701 005; a favor de Carmen Tulia Quilcué Noscué, el valor de \$24 954 371; a favor de Luis Ancízar Quilcué Noscué, el monto de \$29 900 213; a favor de Ever Eloy Quilcué Noscué, la suma de \$35 804 123; y a favor de Jesús Mesías Quilcué Noscué, el valor de \$38 508 961.

42. En cuanto a los perjuicios materiales en la modalidad del **daño emergente**, representados, según la parte que los reclama, en “*gastos hospitalarios, funerarios y demás diligencias*”, la Sala concuerda con el tribunal cuando considera que no están acreditados tales desembolsos, de manera que se abstendrá de emitir una condena por ese concepto.

43. Sobre la reparación solicitada por concepto de “*goce a la vida*”, la Sala no encuentra demostrado que el fallecimiento de la señora Rosalba Noscué, además del perjuicio moral ya reconocido e indemnizado, haya producido una afectación grave y particular de las condiciones de vida de sus familiares. Las declaraciones que en ese sentido mencionan la angustia, el sufrimiento y la congoja de sus seres queridos, remiten al concepto de daño moral que, como se dijo, quedó

compensado en los apartes precedentes, de manera que la Sala se abstendrá de emitir una condena por ese concepto.

44. Finalmente, con el objeto de alcanzar una **reparación integral** de la parte afectada, la Sala considera pertinente la adopción de medidas no pecuniarias encaminadas a la satisfacción y a la no repetición de las conductas que fueron materia de pronunciamiento en el presente fallo, como lo ha hecho en otras oportunidades³⁰:

44.1. Dado que la investigación penal adelantada por la muerte de la señora Rosalba Noscué Chaguendo culminó con la suspensión de la misma por no haberse encontrado suficientes medios de prueba para su apertura formal, y que en dicha pesquisa no pudieron establecerse las verdaderas circunstancias en que se produjo su fallecimiento, la Sala remitirá copias de esta actuación a la Fiscalía General de la Nación para que dicha entidad, en ejercicio de sus competencias y de conformidad con el ordenamiento jurídico, considere la posibilidad de adelantar una investigación exhaustiva respecto de los hechos materia del presente litigio, dirigida a identificar y judicializar a los presuntos responsables de la muerte de la señora Rosalba Noscué Chaguendo.

44.2. Además, se remitirán copias de esta sentencia con destino a la Procuraduría General de la Nación para que, en atención al artículo 24 del Decreto 262 de 2000, vigile el cumplimiento de lo resuelto.

VII. Costas

45. El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que se condenará en costas a la parte que haya actuado de forma temeraria. En el presente caso, la Sala no observa comportamiento temerario en las actuaciones procesales de las partes, por lo que no condenará en costas.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2011, exp. 20145, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; sentencia de 29 de marzo de 2012, exp. 21380, C.P. Danilo Rojas Betancourth; sentencia de 6 de diciembre de 2013, exp. 26669, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, entre otras.

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

FALLA

MODIFICAR la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2004 por el Tribunal Administrativo del Cauca, y en su lugar dispone:

PRIMERO: DECLARAR la responsabilidad administrativa y patrimonial de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional por la muerte de la señora Rosalba Noscué Chaguendo.

SEGUNDO: CONDENAR a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional a pagar, por concepto de compensación del perjuicio moral: a favor de Carmen Tulia Quilcué Noscué, Luis Ancízar Quilcué Noscué, Ever Eloy Quilcué Noscué, Jesús Mesías Quilcué Noscué, María Luisa Chaguendo, Domingo Noscué y Mario Quilcué Dagua, la suma de 100 smlmv para cada uno; a favor de Jhon Edison Noscué Chaguendo, Luis Eduardo Noscué Chaguendo, Enrique Noscué Chaguendo y Rosa Elena Noscué Chaguendo, el valor de 50 smlmv para cada uno.

TERCERO: CONDENAR a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional a pagar, por concepto de indemnización del perjuicio material en la modalidad del lucro cesante, a favor de Mario Quilcué Dagua, la suma de \$44 701 005; a favor de Carmen Tulia Quilcué Noscué, el valor de \$24 954 371; a favor de Luis Ancízar Quilcué Noscué, el monto de \$29 900 213; a favor de Ever Eloy Quilcué Noscué, la suma de \$35 804 123; y a favor de Jesús Mesías Quilcué Noscué, el valor de \$38 508 961.

CUARTO: REMITIR copias auténticas de la totalidad del expediente en el que consta el trámite contencioso administrativo de la referencia, con destino a la

Fiscalía General de la Nación, con el fin de que se evalúe la posibilidad de adelantar una investigación penal que sea conducente a efectos de establecer la responsabilidad individual directa e indirecta por los hechos que dieron lugar a la muerte de la señora Rosalba Noscué Chaguendo, ocurridos el 9 de septiembre de 2000, en el corregimiento de Río Negro, municipio de Corinto, Cauca.

QUINTO: REMITIR copia de esta sentencia a la Procuraduría General de la Nación para que, en observancia de lo establecido en el artículo 24 del Decreto 262 de 2000, vigile el cumplimiento de lo resuelto.

SEXTO: DENEGAR las demás pretensiones de las demanda.

SÉPTIMO: Sin condena en costas.

OCTAVO: Cúmplase lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

NOVENO: Expedir por Secretaría, copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, las cuales se entregarán a quien ha actuado como apoderado judicial.

En firme este fallo, devuélvase al Tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente

RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Aclaró voto

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION B

Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO

Bogotá, veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 19001-23-31-000-2001-00661-01(30615)

Actor: MARIA LUISA CHAGUENDO Y OTROS

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

ACLARACION DE VOTO DE LA MAGISTRADA STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

De conformidad con el num. 7 del art. 33 del Reglamento Interno del Consejo de Estado -Acuerdo n.º 58 de 1999, modificado por el art. 1 del Acuerdo n.º 35 de 2001-, procedo a consignar las razones por las cuales aclaro mi voto favorable a la decisión de fondo, aprobada por la Sección.

1. Mediante la providencia de la referencia se modificó la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2004 por Tribunal Administrativo del Cauca que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. En la sentencia aprobada se encontró a la entidad demandada responsable a título de riesgo excepcional porque, el 9 septiembre de 2000, en el marco de un operativo de registro y control que realizaba en inmediaciones de la vereda El Palmar en el municipio de Corinto, Cauca se produjo un enfrentamiento armado con miembros de la subversión, en desarrollo del cual, resultó herida la señora Rosalba Noscué Chaguendo, quien falleció posteriormente ante la gravedad de sus lesiones.

En esa oportunidad se precisó que, pese a que no se conocía si el proyectil que hirió y finalmente causó la muerte a la señora Rosalba Noscué provino del Ejército o de la guerrilla, se creó un riesgo objetivamente cierto para la población, cuando

en cumplimiento de un deber lícito los agentes de Ejército se enfrentaron a la subversión.

2. En razón a lo anterior, es necesario aclarar que, si bien comparto la decisión adoptada, considero que la responsabilidad estatal en este caso aflora con la sola invocación del artículo 90 constitucional. En este sentido, paso a explicar, las razones por las que me apartó de la fundamentación de la sentencia aprobada por la Sala el 6 de diciembre de 2013.

4.1 Como es bien sabido, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado suficientemente las figuras de la falla del servicio, el riesgo excepcional y el daño especial. Con el primer concepto se trata de imputar el daño derivado de una actuación deficiente, irregular, anormal en toda caso ilegítima de la administración. Con los siguientes el daño derivado de una actividad legítima, que causa daño, excediendo la proporcionalidad en las cargas públicas.

Estos últimos supuestos, se diferencian, claro, en que mientras el ámbito de aplicación de la primera son los casos de actividades *naturalmente riesgosas*, como el uso de armas de fuego o la conducción de vehículos automotores o de energía eléctrica, la segunda está llamada a ser aplicada en aquellos casos en los que la actuación estatal, en función del bien colectivo redundante, necesariamente, en un daño cierto, particular y anormal para determinada persona. Este último es el caso típico de la expropiación.

No se desconoce que la falla del servicio, el riesgo excepcional y el daño especial atendiendo a las especiales circunstancias de cada caso, han sido invocados reiteradamente como títulos de imputación en contra del Estado por actos de la subversión; aunque al hacerlo las circunstancias impongan apartarse de la concepción tradicional de uno y otro.

No obstante, se debe señalar que su aplicación como ordinariamente sucede recorre senderos ajenos a la responsabilidad en los términos previstos en el artículo 90 de la Carta, pues conduce a la evaluación de la legitimidad o ilegitimidad de la conducta, dicho en otros términos, lleva al juez de la responsabilidad a considerar aspectos no previstos en juicios de esta naturaleza, en cuanto reservados a las acciones de repetición.

4.2 Es que la supuesta subsunción en las categorías de riesgo excepcional y daño especial, para calificar la responsabilidad por hechos de terceros implica “forzar” sin necesidad, los hechos y las razones de imputación para hacerlas similares a los casos paradigmáticos que dieron lugar a estas teorías.

Así, para la utilización de la categoría que involucra la concreción de una “*actividad naturalmente riesgosa*” (conducción de la energía eléctrica, de vehículos o el uso de armas) se ha considerado, repetidamente, como en el *sub lite* calificar actuaciones de la policía en si mismo riesgosas. No se dice que se asemejan a un vehículo, pero la similitud es clara. El mismo sentido común nos indica que si así se resolvió es porque se recurrió a la metáfora. Argumento muy fácilmente rebatible, basta afirmar que si la actuación faltara tendríamos que hacer notar la omisión, es decir que la presencia de la fuerza pública puede ser legítima e ilegítima, al mismo tiempo. Siendo que lo que se trata es de condenar, en todos los casos que compete al Estado salvaguardar a la población civil afectada.

Por su parte, en lo que refiere a la utilización del daño especial, se debe tener en cuenta que este título imputación nació de la interpretación analógica de las leyes de expropiación. Jueces y doctrinantes intuyeron que las mismas razones que exigen de indemnizar en los casos en que el Estado, por razones de utilidad pública e interés social, se hace a los bienes de los particulares, resultan aplicables a daños necesariamente causados en pro del bien común. Aquí el rasgo definitorio de la certidumbre –diferencial con el riesgo excepcional-. Así como se puede conducir un automóvil sin causar un daño, no se puede expropiar un bien sin hacerlo y los casos prototípicos del daño especial comparten ese rasgo: no se puede clausurar un periódico sin lesionar patrimonialmente a sus dueños y el bombardeo de una población no puede ser neutro.

De esta manera, en materia de los actos de terceros, de más está decir que calificar un enfrentamiento bélico como actuación legítima o dejar de hacerlo, amén de comportar un juicio ajeno al juez de la responsabilidad, impide marcar la frontera entre la situación de la víctima y la actuación de la autoridad.

4.3 Ahora bien, la idea de una forma de responsabilidad no subsumible dentro de las categorías de responsabilidad con o sin falla puede causar cierta perplejidad. Que tal alternativa parezca extraña es apenas lógico, dada la construcción

conceptual de la responsabilidad estatal y de los particulares, desde la óptica de la conducta del infractor, al punto que la disyuntiva de la falta se presenta como un absoluto. Si la indagación por la responsabilidad se enfoca, como tradicionalmente se ha hecho, desde el prisma de la conducta lesiva, el principio lógico del tercero excluido³¹ nos impide hallar una solución por fuera de una u otra categoría: falta o no falta, contradictorios absolutos, en términos lógicos. La contradicción se resuelve, sin embargo, desde la Constitución, pues el ordenamiento superior cambia la conducta del implicado, otrora prisma de conceptualización de la responsabilidad, por la antijuridicidad del daño. Lo que no siempre fue así.

4.3.1 Para entender la novedad de la visión que inspira nuestra Constitución Política, precisa detenerse en la historia de la responsabilidad estatal, aceptada tardíamente por la conciencia jurídica de la tradición del derecho civil, cuando, avanzado el siglo XIX, se consideró necesario dejar atrás el dogma de la irresponsabilidad del soberano; empero no habiendo sido consagrada explícitamente en la legislación civil su paso sería lento y gradual. Las conquistas doctrinaria y jurisprudencial no fueron sencillas, requirieron de altas dosis de elaboración conceptual. Se enfrentaba el gran dilema positivista de disponer que el Estado repare los daños, sin regulación explícita que lo dispusiera.

Enfrentado el paradigma dominante del positivismo, no quedó sino, inicialmente, asimilar la conducta de los agentes del Estado a la de las personas dependientes de otros³², para luego aceptar que la administración podía fallar. Remanso que permitió aplicar sin reato el art. 2341 del Código Civil³³, para luego avanzar, al

³¹ “Al igual que (...) el principio lógico de no contradicción que había sido formulado por Aristóteles en su *Metafísica*, otro tanto podemos decir del tercero excluido. Que aparece también en diversos párrafos de dicha obra en expresiones como <<no es posible que se dé algo entre los dos extremos de una contradicción, sino que es necesario afirmar o negar una cosa de otra cualquiera dada>>. Este principio de lógica en general hace referencia a dos juicios que si se oponen contradictoriamente, no pueden ser ambos falsos. Su fundamento está en el principio ontológico que dice: <<todo objeto es, necesariamente, P o no P>>. (Jesús Aquilino Fernández Suárez, *La filosofía jurídica de Eduardo García Maynez*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1991, pág. 129).

³² Cfr. Corte Suprema de Justicia, sentencia de 20 de octubre de 1898 (XIV, 684, 56), Sentencia de 19 de julio de 1916 (XXV, 1294 y 1295, 304), sentencia de 17 de julio de 1938 (XLVI, 1937, 686), , 30 de junio de 1941 (LII, 1977, 115), sentencia de 16 de noviembre de 1941 (LII, 1981, 758), sentencia de 25 de febrero de 1942 (LIII, 1983, 87), 28 de octubre de 1942 (LIV bis, p. 379), agosto 27 de 1943 (LIV, 2001, 509), abril 20 de 1944 (LVIII, 2006 a 2009, 148).

³³ La sentencia que establece de modo más claro el concepto de falla en el servicio como forma de culpa de la administración, generadora de responsabilidad directa es la de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de julio de 1962, Magistrado Ponente, José J. Gómez R. Gaceta Judicial, tomo XCIX, pág. 98. En ella se citan, a su vez, como precedentes,

amparo del mismo código, a la responsabilidad por falta presunta y ausencia de falta.

Así, por ejemplo, en 1947 el Consejo de Estado apeló a los principios jurídicos latentes en la institución jurídica de la expropiación por utilidad pública (art. 2018 del Código Civil) para predicar la responsabilidad estatal por el cierre del Periódico El Siglo, alegando que, también en este caso, una acción legítima y necesaria del Estado había causado a los particulares un perjuicio que no tenían por qué soportar. Con posterioridad, la jurisprudencia halló la vía para aplicar analógicamente el artículo 2356 del Código Civil.

En este sentido, lo que comúnmente se conoce como títulos de imputación no son algo distinto al camino recorrido para encontrar un fundamento legal que permitiera predicar una responsabilidad estatal no regulada. Limitación esta de razonamiento analógico, explicable desde las coordenadas conceptuales del positivismo. Disyuntiva de falta o ausencia, a la luz del Código Civil, absoluta e insalvable.

4.3.2 Después de haber examinado el panorama jurídico propio de la Constitución de 1886, es menester señalar que la Constitución de 1991 modificó radicalmente el modo de entender la responsabilidad estatal. Entender este cambio exige de tres componentes. En primer lugar, aceptar que la Constitución se adscribe a un modo de ser del derecho, en general, incompatible con el positivismo *legalista*. En segundo lugar, admitir sin subterfugios que la responsabilidad estatal tiene su fuente en la Constitución y solo en ella y, en tercer lugar, no buscar fuera del daño antijurídico el centro de gravitación del régimen de responsabilidad.

Sobre lo primero es preciso aclarar que, aunque no es claro que Constitución de 1991 sea incompatible con *cualquier especie de positivismo*, sí lo es respecto del llamado positivismo legalista, basado en la veneración exacerbada de la voluntad del legislador, al margen de los principios y valores fundantes de la institucionalidad, así no estén mediadas y ratificadas por la ley. La Constitución, según aquel modelo desueto de pensamiento, no fue sino un documento desiderativo o directriz política general, incapaz de producir efectos jurídicos por sí misma. Fue el legislador el señor absoluto y el creador de todo derecho. El positivismo legalista, por lo demás, viene acompañado usualmente de la

reverencia a la codificación, que hace pensar que el derecho se encuentra *íntegramente* contenido en un sistema conceptual de normas.

El Estado social de derecho parte de otros principios. En primer lugar, de la premisa de su juridicidad e imperio efectivos, de donde es posible predicar derechos e imponer obligaciones con base en principios y valores no desarrollados, empero plenamente vigentes y debidamente oponibles.

En segundo lugar, se abre a toda una nueva dimensión principialista. Se trata de reconocer expresamente los derechos y jerarquizarlos en torno de las exigencias de justicia derivadas de la dignidad humana o de la conciencia común de las naciones (arts. 93 y 94). Concepción del derecho que coloca al Código Civil en la dimensión subordinada que le corresponde. El nuevo orden constitucional abre el universo de las fuentes de las obligaciones, así es dable optar por títulos o motivaciones diferentes, al tiempo que prescindir o modificar los hasta entonces conocidos.

Más significativo aún resulta haber hecho de la obligación de reparar un principio fundante del Derecho Público. A diferencia de lo que ocurría en el régimen constitucional y legislativo de 1886, hoy no se arriba a la responsabilidad estatal por vía de analogía. Ya no existe un vacío que llenar. El abordaje constitucional de la responsabilidad estatal contiene, por lo demás, un giro muy novedoso: no gravita entorno de la conducta del agente.

Mucho podría decirse sobre las novedades que la nueva Constitución supone para la comprensión de la responsabilidad estatal, pero pocas palabras podrían ser más elocuentes que las actas de la Asamblea Nacional Constituyente:

“ (...) noción de falla en el servicio, que es la que actualmente prima entre nosotros, la falla en el servicio es toda, pues en términos muy generales, es toda conducta de la administración que sea contraria al cumplimiento de su obligación en los términos establecidos por la Constitución y por la ley, lo que nosotros proponemos es que se desplace el centro de gravedad de la responsabilidad patrimonial del Estado, de la conducta antijurídica del ente público a la antijuridicidad del daño, de manera que con esto se amplía muchísimo la responsabilidad y no queda cobijado solamente el ente público cuando su conducta ha dado lugar a que se causen unos daños, sino cuando le ha infringido alguno a un particular que no tenga porqué soportar ese daño”.

Se debe señalar que la nueva orientación restaura, de alguna manera, la concepción clásica de la responsabilidad, esto es, la noción grecorromana y se aparta de las tendencias moralizantes de las interpretaciones medievales y racionalistas.

En efecto, aunque tal vez se nos haya enseñado pensar en la responsabilidad aquiliana, como una consagración del deber de reparar los daños ocasionados por la conducta dolosa o negligente, lo cierto es que en su formulación original el elemento de la culpa no se exigió para configurar el deber de reparar -relevante en el campo de lo criminal-. El texto mismo de la lex Aquilia nos da a entender cuál es el verdadero centro gravedad del derecho de daños: el *damnum iniuria datum*, es decir, el daño injusto. Se impone, aclarar, por lo demás, que el daño injusto aludido se debe entender dentro de los parámetros de la concepción clásica de lo justo, en la cual lo *iustum*, no es cosa distinta a lo igual, o lo equilibrado y la justicia a la virtud del equilibrio.

La coincidencia de esta nueva visión de la responsabilidad con el espíritu original del derecho romano, está confirmada por opiniones autorizadas, en las que no me detengo³⁴.

Noción que va perder identidad interpretada, por el derecho común, desde la perspectiva de la filosofía moral católica y en mayor grado desde la racionalista. Empero la tendencia a considerar la responsabilidad como un tema de concordancia entre la conducta individual del agente y una norma de conducta persiste. Basta solo ver que es el sustrato de la acción de repetir contra el servidor público que dio lugar a la condena estatal. De suerte que entender la responsabilidad estatal desde la probidad de la conducta, si bien resulta posible tratándose del agente, en cuanto toca con la necesidad de expiación, nada tiene que ver con la obligación de reparar a la víctima.

³⁴“El leitmotiv del régimen romano de reparación de los daños no es la culpa, sino la defensa de una justa repartición de los bienes entre las familias, de un justo equilibrio (*suum cuique tribuere* –*aequitas*). Formula de la que, hoy en día, muchos afirman que es vacía y tautológica. Cuando sucede una ruptura en dicho equilibrio, un perjuicio contrario al derecho y la justicia (*damnum iniuria datum*), entra en juego la justicia llamada “correctiva”, cuya función es la de reducir el desequilibrio Cfr. Michel Villey, *Esquisse historique sur le mot responsable*, en *Archives de Philosophie du Droit*, París, t. 22, 1977, pág. 49. Aquí se cita en la versión de la traducción de Leonardo Itzik y Pablo Peusner.

4.4 Las anteriores consideraciones en casos como el que fue objeto de estudio de la Sala conducen a que no haya necesidad de que el Estado sea responsabilizado por su defectuoso funcionamiento, la concreción de un riesgo o la vulneración del principio de igualdad frente a las cargas públicas.

En estos eventos, simplemente, con apoyo del artículo 90 constitucional se debe propender por la reparación de los daños causados a los particulares en el marco del conflicto armado, con fundamento en el deber a cargo de las autoridades públicas de proteger a la población civil ajena a la confrontación (artículo 2 Constitución Política). Se trata, como puede observarse, de hacer efectiva la cláusula general de responsabilidad establecida en el artículo 90 de la Carta Política.

Lo contrario, es decir, la utilización de los tradiciones regímenes de responsabilidad, además de restarle fuerza normativa al contenido del artículo 90 constitucional, producen en la practica una valoración de la conducta causante del daño, lo que, como se ha visto, a parte de desbordar el papel del juez de la responsabilidad, puede comprometer los juicios que sobre la conducta personal de los agentes eventualmente deban realizarse en otros procesos, pues, previamente se ha calificado como legitima o ilegítima su actuación.

Además, en esta materia la propia Carta exige el privilegio de los principios de solidaridad y equidad frente a las víctimas del conflicto armado interno que históricamente ha vivido el país, de donde resulta el deber general del Estado de reparar el daño antijurídico ocasionado en el marco de actividades estatales, para el efecto el uso de la fuerza sin la previa exclusión de la población civil de la confrontación.

En lo anteriores términos dejo expuesta mi aclaración de voto a la decisión adoptada por la Sala en el asunto de la referencia.

Fecha *ut supra*.

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Magistrada