

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Por explosión de artefacto de uso oficial mueren indígenas menores de edad / DAÑO ANTIJURIDICO - Dos indígenas menores murieron y otro resultó herido por explosión de artefacto encontrado en la vereda La Cominera del Departamento del Cauca

Los señores Avelino Bautista Quiguanas y Aura María Tróchez Mesa, indígenas de la comunidad Nasa o Páez, salieron junto con sus hijos Víctor Lugo y Alejandro Bautista Tróchez y su nieto Orlando Vitonas Bautista a trabajar en un predio que tenían en la vereda “La Cominera”; (ii) de regreso a “La Julia”, vereda de donde eran oriundos, los menores referenciados encontraron un artefacto explosivo, el cual fue llevado, de forma furtiva, a su residencia, lugar en el que accidentalmente lo activaron; (iii) la detonación produjo la muerte instantánea del adolescente Víctor Lugo Bautista Tróchez y heridas a los niños Alejandro Bautista Tróchez y Orlando Vitonas Bautista, quienes fueron conducidos al Hospital Universitario del Valle “Evaristo García” y al Centro de Salud del corregimiento de Tacueyó, respectivamente; (iv) por la gravedad de las lesiones, el infante Alejandro Bautista Tróchez falleció un día después y el niño Orlando Vitonas Bautista quedó con secuelas permanentes (...) la Sala tiene por demostrado el daño invocado por la parte actora. Es decir, está debidamente acreditada la muerte de los menores Víctor Lugo y Alejandro Bautista Tróchez y la pérdida de la capacidad laboral del infante Orlando Vitonas Bautista, menoscabos ocurridos el 2 y 3 de noviembre de 1998, como consecuencia de la activación accidental de un artefacto explosivo, muy seguramente una granada.

DAÑO CAUSADO POR EXPLOSIVOS - Se acreditó que ejército acampó en la zona de los hechos / RESPONSABILIDAD DEL EJERCITO NACIONAL - Debió desvirtuarla dado que no se estableció presencia subversiva para el tiempo de los hechos / RESPONSABILIDAD DE FUERZAS MILITARES - Por encontrarse artefacto explosivo en zona de libre tránsito que recorrió la escuadra oficial

Respecto de la imputación por los daños causados por armas, se ha señalado, además, que no basta la demostración del origen del daño, pues bien puede suceder que para entonces las municiones, explosivos u otros artefactos que por su propia naturaleza o funcionamiento representen un peligro para la comunidad se encontraban bajo la tenencia y guarda de particulares, esto siempre que resulte demostrado, pues lo que ordinariamente sucede tiene que ver con su control por el Estado. (...) En el sub-lite está acreditado que una patrulla del Ejército Nacional acampó y se movilizó por la zona donde ocurrieron los hechos, la noche anterior y el día mismo en que estos acaecieron y que sus efectivos portaban, entre otros elementos, granadas, en razón de una operación que tenía por finalidad la destrucción de tres laboratorios de cocaína. Igualmente, está demostrado que, para ese entonces, no se habían suscitado confrontaciones entre la fuerza pública y algún grupo insurgente ni advertido desplazamientos de subversivos en el lugar. Se conoce, además, que el artefacto explosivo fue encontrado por los menores en una zona de libre tránsito para la población en general, misma por la que se movilizaban uniformados del Ejército (...) dado que no se estableció presencia subversiva para el tiempo de los hechos, empero sí la presencia militar, es claro que al Ejército Nacional le correspondía desvirtuar su responsabilidad. Máxime cuando: (i) el artefacto explosivo fue encontrado en una zona de libre tránsito para la comunidad y que la escuadra oficial recorrió, “más exactamente en dirección a la cominera”, la vereda a la que el mismo día de los hechos se dirigieron las víctimas y (ii) se conoce que la noche anterior, uniformados militares llevaban granadas en diferentes partes del cuerpo y que, incluso, la dueña de la casa donde éstos pernoctaron debió advertirles que olvidaban parte del material explosivo que portaban (...) no se puede soslayar que el señor Avelino Bautista Quiguanas, padre y abuelo de las víctimas, le señaló al Fiscal 001 Delegado ante el Juzgado Penal del Circuito de Caloto-Cauca, funcionario que llevó a cabo las primeras averiguaciones que, el 2 de noviembre de 1998, el Ejército pasó por “los predios de mi finca y pasaron por debajo del alambrado”

HECHO EXCLUSIVO DE MENORES - Eximente de responsabilidad planteado por el Ejército / HECHO EXCLUSIVO DE MENORES - No es procedente por la limitada capacidad de los menores que les impedía prever el peligro del artefacto

La demandada, pasando por alto su deber de protección, vigilancia y seguridad, para eximirse de responsabilidad aduce que, en este caso, se configura el hecho exclusivo de los menores, “responsabilidad que deben compartir sus progenitores”. Pasa por alto la entidad que la limitada capacidad de los menores les impide prever, como sí a los adultos, especialmente a los conoedores, el peligro que representa una granada como tampoco calcular las consecuencias posibles y previsibles que su manipulación desencadena. En esa medida, no es posible atribuir a las

víctimas responsabilidad alguna porque las mismas encontraron un artefacto abandonado y, accidentalmente, lo activaron. Lo acontecido no puede atribuirse a los padres, pues éstos regresaban del trabajo con los menores, situación normal en su cultura, sin someterlos a condiciones anormales de riesgo, aunado a que no conocieron del hallazgo y era casi imposible prever que en la finca o en camino de regreso a su lugar de residencia, encontrarían una granada que ocasionaría semejante tragedia.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL EJERCITO - Por la muerte y lesiones personales de indígenas menores de edad

Para la Sala, el daño resulta imputable a la demandada, pues no demostró que la granada haya sido abandonada por terceros y todo indica que lo fue por integrantes de la patrulla militar que cumplía misión en el lugar. Así las cosas, se habrá de confirmar la decisión del a-quo que declaró administrativamente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército por la muerte de los menores Víctor Lugo y Alejandro Bautista Tróchez y por la pérdida de la capacidad laboral del niño Orlando Vitonas Bautista.

PERJUICIOS MATERIALES - Reconocimiento a indígena menor que laboraba en el agro / CODIGO DEL MENOR - Aplicable a menores indígenas. Decreto 2737 de 1989 / MENORES INDIGENAS - De la comunidad indígena Nasa o Páez. Su economía está basada en la agricultura

El artículo 21 del Código del Menor, vigente para la época en que ocurrieron los hechos -Decreto 2737 de 1989-, señalaba que los jueces y funcionarios administrativos que conozcan asuntos referentes a menores indígenas deben tener en cuenta su legislación especial, usos, costumbres y tradiciones (...) De la prueba testimonial se infiere que la familia de los menores Víctor Lugo y Alejandro Bautista Tróchez pertenece a la comunidad indígena Nasa o Páez, que basa su economía, en primer término, en la agricultura. Los ciclos vitales y las actividades cotidianas de este pueblo se encuentran determinados por el trabajo de la tierra y por las fases agrícolas. Dentro de su cosmovisión, el ser Nasa implica ser un buen trabajador de la tierra. Una forma importante de participación de la comunidad, dentro de la economía de mercado se refiere a la venta de fuerza de trabajo o "jornaleo". La mano de obra del indígena Nasa es muy requerida en fincas y haciendas colindantes, en varios municipios del Cauca y aún en otros departamentos como recolectores de café. (...) aunado al acervo probatorio recaudado, permite establecer que (i) el adolescente Víctor Lugo Bautista Tróchez estaba integrado a actividades agrícolas productivas, de las cuales derivaba una ayuda para su familia y (ii) el niño Alejandro Bautista Tróchez, ya estaba incursionando en ese mundo, acompañando y colaborando a sus padres en dichas labores, las cuales en un futuro muy próximo desarrollaría por sí sólo, es evidente que hay lugar a reconocer el lucro cesante pretendido en este caso.

FUENTE FORMAL: CODIGO DEL MENOR - ARTICULO 21

HOMBRE NASA - Su ideal es tener una familia numerosa / NIÑOS NASA - Constituyen la razón de ser de la familia indígena

Las características de su economía y la alta cantidad de energía y fuerza de trabajo que requieren en sus actividades productivas, hacen que el ideal del hombre Nasa sea tener una familia numerosa. Los niños constituyen la razón de ser de la familia y una mujer que no los pueda concebir, es repudiada. Se dice que las personas que mueren sin ellos se van al nevado del Huila y que la mujer célibe se convierte en bruja. Los niños son integrados a la producción desde edad muy temprana, su trabajo es altamente valorado y los padres son celosos en el aprendizaje de los oficios que ellos deben desempeñar. Los niños Nasa crecen bajo la autoridad indiscutible de sus padres y a medida que entran a la adolescencia obtienen alguna independencia, la cual se obtiene, finalmente, cuando tienen el permiso de casarse, conformar su propia familia y más tarde construir su vivienda y adquirir una parcela.

DERECHOS DE PUEBLOS INDIGENAS - Derecho a ser respetados como diferentes / CONTRATACION DE MENORES INDIGENAS - Se aplica disposiciones de su legislación especial / CONTRATACION DE INDIGENAS - Exige autorización del Gobernador del Cabildo Indígena o de la autoridad tradicional de la comunidad

El artículo 7º de la Carta Política reconoce y protege la existencia de la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana, de donde se colige el derecho de los pueblos indígenas a la distintividad, es decir, a ser, considerarse y ser respetados como diferentes, bajo el principio de que unas diferencias culturales no son más valiosas que otras. El Código del Menor define al “menor” con fundamento en la edad cronológica. Los diferentes pueblos indígenas no necesariamente definen esta condición por días o años calendario. La niña wayú o tikuna que ha menstruado es mujer casadera. Un Nasa o Páez de quince años que roba gallinas a varios comunitarios, es tratado como adulto desviado. Las prerrogativas y deberes de los menores indígenas cambian, conocer las manifestaciones de su derecho propio es fundamental, particularmente cuando el caso sale a la jurisdicción ordinaria por alguna circunstancia. El artículo 239 del Código del Menor precisa que la contratación de “menores” indígenas se rige por las disposiciones de su legislación especial y, para brindarles alguna protección, exige la autorización del Gobernador del Cabildo Indígena o de la autoridad tradicional de la comunidad respectiva.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 7 / CODIGO DEL MENOR - ARTICULO 239

PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante / LUCRO CESANTE - Reconocimiento en abstracto / TRAMITE INCIDENTAL - Para liquidar perjuicios materiales por lucro cesante

Al no haber en el proceso elementos de juicio que permitan inferir el ingreso que devengaba el adolescente Víctor Lugo Bautista Tróchez y el que podría generar su hermano menor Alejandro, en un futuro próximo, en atención a la actividad productiva del entorno –corregimiento Tacueyó de Toribio- y grupo familiar como tal y, por ende, el lucro cesante reclamado por los padres, lo procedente, cuando establecido el daño antijurídico no resta sino determinar el quantum, tiene que ver con resolver en abstracto, a fin de que, mediante el trámite incidental previsto para el efecto, se liquide la prestación -artículos 172 y 178 del C.C.A., 137 del C. de P.C.-. De manera que en el trámite que habrá de adelantarse con miras a acreditar el lucro cesante, sean peritos integrantes y designados por la misma comunidad Nasa o Páez o sus representantes, quienes, atendiendo sus costumbres y la economía del sector y de la familia, fijen (i) el ingreso promedio de los dos menores y (ii) el porcentaje que estos destinaría para sus gastos propios y colaborar a sus padres. El porcentaje establecido como destinado al núcleo familiar, se contabilizará para el caso del adolescente Víctor Lugo Bautista Tróchez desde la fecha de su fallecimiento hasta en la que éste cumpla 20 años, edad en la que se infiere la emancipación y del niño Alejandro Bautista Tróchez desde la fecha en que éste habría cumplido 12 años, edad en la que se entendería incorporado completamente a su comunidad, hasta los 20 años.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 172 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 178 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 137

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 19001-23-31-000-1999-01747-01(24691)

Actor: AURA MARIA TROCHEZ MESA

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE REPARACION DIRECTA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 3 de diciembre de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca. En este fallo se dispuso:

1) *Declárase no probada la excepción propuesta.*

2) *Declárase a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional administrativamente responsable de la muerte de los menores Víctor Lugo y Alejandro Bautista Tróchez, ocurrida el 2 y 3 de noviembre de 1998, respectivamente, en la vereda "La Julia"-Corregimiento de Tacueyó-Municipio de Toribio-Cauca, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

3) *Declárase a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional administrativamente responsable de las lesiones causadas en los mismos hechos al menor Orlando Vitonas Bautista, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

4) *Como consecuencia, condénase a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional a pagar a los demandantes los perjuicios causados, en la proporción que le corresponde de acuerdo con lo consignado en la parte considerativa de la sentencia, así:*

4.1) Por perjuicios morales:

- PARA PADRES Y HERMANOS (Expediente 1999-1747-00)

A Aura María Tróchez Mesa y Avelino Bautista Quinaguas, padres, el equivalente a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos.

A Jorge Bautista Tróchez, Arturo Bautista Tróchez, Lucely Bautista Tróchez, Noralba Bautista Tróchez, Dionel Bautista Tróchez, Darío Bautista Tróchez, Tiolinda Bautista Tróchez y Marisol Bautista Tróchez, los tres últimos menores de edad representados por los padres precitados, hermanos de los desaparecidos, el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos.

Los valores anteriores se entenderán como condena en concreto y se liquidarán conforme al salario mínimo legal mensual vigente al tiempo de la ejecutoria de este fallo.

Para Noralba Bautista Tróchez la suma equivalente en pesos mcte a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria del presente fallo.

Para Orlando Vitonas Bautista, representado legalmente por su madre la señora Noralba Bautista T, la suma equivalente en pesos mcte a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

Los valores anteriores se entenderán como condena en concreto y se liquidarán conforme al salario mínimo legal mensual vigente al tiempo de la ejecutoria de este fallo.

4.2) Por perjuicios materiales:

Por el concepto de indemnización futura o anticipada se reconocerá a favor del menor Orlando Vitonas Bautista la suma de seis millones ochocientos cincuenta y seis mil ciento cincuenta y seis pesos con setenta y dos centavos (\$6.856.156.72)-Expediente 1999-1876-00.

5) *El valor reconocido por concepto de perjuicios morales se pagará de acuerdo al valor del salario mínimo legal vigente para la fecha de la ejecutoria de esta providencia.*

6) *La suma reconocida por perjuicios morales devengará los intereses del artículo 177 del C.C.A., a partir de la ejecutoria de esta providencia.*

7) *Niéganse las demás pretensiones de la demanda por lo considerado en la exposición de motivos de este fallo (f. 93-94 c.ppl.).*

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Se señala en las demandas acumuladas que: (i) en la vereda “*La Julia*” del corregimiento Tacueyó del municipio de Toribio-Cauca, el 2 de noviembre de 1998, a las 4:00 p.m. aproximadamente, los menores Orlando Vitonas Bautista, Víctor Lugo y Alejandro Bautista Tróchez, encontraron en el campo una granada, mientras sus padres se dedicaban a la labor de agricultura; (ii) los niños llevaron el artefacto explosivo, de forma subrepticia, a su residencia, lugar donde fue accidentalmente activado; (iii) la detonación causó la muerte instantánea del adolescente Víctor Lugo Bautista Tróchez y lesiones a los infantes Alejandro Bautista Tróchez y Orlando Vitonas Bautista, quienes fueron trasladados de emergencia al Hospital Universitario del Valle del Cauca “*Evaristo García*” y al Hospital de Toribio-Cauca; (iv) el niño Alejandro Bautista Tróchez falleció un día después y el niño Orlando Vitonas Bautista perdió “*la capacidad física en un 50%*” y (v) la noche anterior e incluso el mismo día en que ocurrió el accidente, una patrulla contraguerrilla perteneciente al Ejército Nacional hizo presencia en la zona donde se desencadenaron los hechos descritos.

ANTECEDENTES

1. Lo que se demanda

- Expediente 1999-1747-00. Mediante escrito presentado el 20 de septiembre de 1999, ante el Tribunal Administrativo del Cauca (f. 1-35 c. ppl.), los señores Avelino Bautista Quiguanas y Aura María Tróchez Mesa, en nombre propio y en representación de sus menores hijos Darío, Tiolinda y Marisol Bautista Tróchez y los señores Jorge, Arturo, Lucelly, Noralba y Dionel Bautista Tróchez, presentaron demanda de reparación directa con el fin de que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

La Nación Colombiana-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional es administrativamente responsable de todos los daños y perjuicios ocasionados a Avelino Bautista Quiguanas, Aura María Tróchez Mesa, Jorge, Arturo, Lucelly, Noralba, Dionel, Darío, Tiolinda y Marisol Bautista Tróchez Bautista, por la muerte de sus hijos y hermanos Víctor Lugo y Alejandro Bautista Tróchez, en hechos ocurridos el día 2 de noviembre de 1998, en el municipio de Toribio-Cauca.

En consecuencia, condénase a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional a pagar a los demandantes, todos los perjuicios morales y materiales que se les ocasionaron con la muerte de sus hijos y hermanos Víctor Lugo y Alejandro Bautista Tróchez, conforme a las siguientes consideraciones:

a) *Por perjuicios materiales: en la modalidad de lucro cesante, la suma de \$80.000.000, guarismo para el cual se ha de tener en cuenta la vida probable de Víctor Lugo y Alejandro Bautista Tróchez, la de los actores, su actividad laboral, sus ingresos y el destino que le daban a los mismos.*

b) *Por perjuicios morales: se debe a cada uno de los actores por concepto de perjuicio moral o precio doloris el equivalente a cinco mil (5.000) gramos de oro fino.*

c) *Por intereses: páguese los intereses sobre el valor de las condenas anteriores, aumentadas con una variación promedio mensual del índice nacional de precios al consumidor desde la fecha de la sentencia hasta su efectivo cumplimiento (f. 7-8 c. ppl.).*

- Expediente 1999-1876-00. Mediante escrito presentado el 5 de octubre de 1999, ante el Tribunal Administrativo del Cauca (f. 1-17 c. ppl.), la señora Noralba Bautista Tróchez, en nombre propio y en representación de su menor hijo Orlando Vitonas Bautista, presentó demanda de reparación directa con el fin de que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

La Nación Colombiana-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional es administrativamente responsable de todos los daños y perjuicios ocasionados a Noralba Bautista Tróchez y a Orlando Vitonas Bautista, por las graves lesiones personales que se le causaron a este último, en hechos ocurridos el día 2 de noviembre de 1998, en el municipio de Toribio-Cauca.

En consecuencia, condénase a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional a pagar a los demandantes, todos los perjuicios morales y materiales que se les ocasionaron con las lesiones personales causadas al niño Orlando Vitonas Bautista, conforme a las siguientes consideraciones:

a) *Por perjuicios materiales: en la modalidad de lucro cesante, la suma de \$40.000.000, que se liquidarán a favor del propio lesionado Orlando Vitonas Bautista, conforme a su merma física, su esperanza de vida, su grave merma laboral y física que lo aqueja y le aquejará para el resto de su vida.*

Igualmente, por concepto de gastos médicos, quirúrgicos, hospitalarios, drogas, terapias, trasplantes, cirugías plásticas o estéticas para el restablecimiento de su salud física anterior y todos los gastos futuros que les toca realizar para la recuperación y conservación de su salud afectada, por las lesiones personales de que fue víctima el día 2 de noviembre de 1998.

b) *Por perjuicios morales: se debe a cada uno de los actores por concepto de perjuicio moral o precio doloris el equivalente a un mil (1.000) gramos de oro fino.*

c) *Por intereses: páguese los intereses sobre el valor de las condenas anteriores, aumentadas con una variación promedio mensual del índice nacional de precios al consumidor desde la fecha de la sentencia hasta su efectivo cumplimiento (f. 3-4 c. ppl.).*

En respaldo de sus pretensiones, la parte demandante en los procesos referenciados, señaló que “*si bien no ha sido posible conocer la identidad de quién dejó abandonada la granada en el sitio de la vereda ‘La Julia’-corregimiento de Tacueyó-municipio de Toribio-Cauca, en la jurisprudencia se ha establecido que la responsabilidad administrativa de la Nación y de las entidades e instituciones en general es ‘anónima’, es decir, que para su estructuración no es requisito indispensable establecer quien o quienes son los funcionarios o autoridades que han ocasionado las fallas funcionales del servicio, así como tampoco interesa establecer su grado de culpabilidad*” (f. 5, 8 c. ppl.).

En este punto, es importante evidenciar que mediante auto de 5 de septiembre de 2000, el Tribunal Administrativo del Cauca acumuló las anteriores demandas (f.5-6 c. 5).

2. Intervención pasiva

2.1 Ministerio de Defensa-Ejército Nacional

Mediante apoderado y dentro del término de fijación en lista, la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional solicitó que se denieguen las pretensiones, porque el hecho de que *“las autoridades estén instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes y que, a partir de ese contexto, se fundamente la responsabilidad del Estado, no significa que la responsabilidad resulta automáticamente declarada cada vez que una persona es afectada en tales bienes, como se pretende hacer valer en este proceso”* (f. 46-47 c. ppl.).

Sostuvo que en este caso no hay prueba que acredite que la institución militar es la responsable de la muerte de los menores Víctor Lugo y Alejandro Bautista Troches y las lesiones causadas al infante Orlando Vitonas Bautista.

3. Alegatos de conclusión

3.1 Parte Demandante

Insistió en que en el *sub lite* está debidamente acreditado que *“el niño Orlando Vitonas Bautista, hijo legítimo de Noralba Bautista Tróchez, sufrió graves lesiones corporales, en hechos ocurridos el 2 de noviembre de 1998, en el municipio de Toribio-Cauca, cuando en compañía de los también menores Víctor Lugo y Alejandro Bautista Tróchez encontraron una granada a escasos 200 metros de su residencia, causándole lesiones al primero y la muerte a los dos restantes”* (f. 74 c. ppl.).

Afirmó que el artefacto explosivo fue dejado por una patrulla contraguerrilla perteneciente al Ejército Nacional, pues este grupo especializado acampó y se movilizó en la zona donde ocurrió el accidente.

Aclaró, con relación a las lesiones sufridas por el infante Orlando Vitonas Bautistas, que éstas dan lugar a indemnizar, además de la pérdida de la capacidad laboral, la afectación moral producida.

3.2 Entidad demandada

Señaló que *“recibir indemnizaciones millonarias bajo un supuesto forzado de que el artefacto explosivo –sin identificar- era de propiedad del Ejército, no puede ser de recibo ni sustento para una condena”* (f. 80 c. ppl.).

Aseveró que la entidad no participó en la producción del daño y que las víctimas, con su comportamiento imprudente y negligente, lo desencadenaron. Explicó que *“los hechos por los cuales se demanda existió culpabilidad de las víctimas en forma exclusiva y excluyente, responsabilidad que debe ser trasladada a los padres quienes están obligados a darles a sus menores el cuidado y protección, por lo tanto, las pretensiones deberán ser denegadas en toda su plenitud”* (f. 92 c. ppl.).

3.3 Ministerio Público

El Procurador Judicial Cuarenta para Asuntos Administrativos conceptuó que se debe acceder a las pretensiones, por cuanto surge del acervo probatorio que la granada fue dejada por tropas oficiales.

Consideró que la demandada no puede imputar el accidente a la imprudencia y negligencia de las víctimas, porque su inocencia e inexperiencia *“no les permitía saber que ese artefacto era peligroso y movidos por la curiosidad propia de su edad quisieron manipular el extraño objeto con las consecuencias fatales ya conocidas”* (f. 95 c. ppl.).

4. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Cauca, mediante sentencia de 3 de diciembre de 2002, declaró administrativamente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional y condenó al pago de perjuicios morales ocasionados por la muerte de los menores Víctor Lugo y Alejandro Bautista Tróchez y las lesiones del niño Orlando Vitonas Bautista y al pago de perjuicios materiales derivados de la pérdida de la capacidad laboral del último infante referenciado.

Evidenció que, en este caso, *“está debidamente probado que Víctor Lugo Bautista Tróchez, Alejandro Bautista Tróchez y Orlando Vitonas Bautista, fueron muertos los primeros y herido el último por la explosión de una granada y que días antes, incluso el mismo día de la desgracia, hubo presencia militar en el sector, estancia que fue corroborada por el mismo ente demandado y por miembros de la comunidad que testificaron dentro de la etapa procesal correspondiente”* (f. 82 c. ppl.).

Consideró que la anterior situación permite derivar responsabilidad a la demandada no por falla del servicio sino por la teoría del daño especial, ya que se trata de una carga que no tenían por qué soportar los actores y el sacrificio de los infantes, en el *sub judice*, supone el rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas.

Puntualizó que *“ni las víctimas ni sus familiares demandantes tenían por qué soportar solos la negligencia causada con ocasión de la omisión en el desarrollo de las misiones de patrullaje o desplazamiento de las fuerzas del orden, tanto más cuando el conflicto de estas con la subversión ausente al tiempo de los hechos, aunque les afecta, les es ajeno. Entiéndase luego que deben ser las fuerzas militares defensoras de la seguridad de la ciudadanía y no un factor de riesgo para los administrados por los errores que ellas cometan durante el cumplimiento del deber constitucionalmente establecido para ellas”* (f. 86 c. ppl.).

Estimó que no se le puede otorgar plena responsabilidad de los daños a las víctimas o a sus padres, *“ya que se trata de la muerte y las lesiones que recibieron tres menores de edad, que denotaron en su actitud nada más que la curiosidad natural del infante que haya un atractivo aparato cerca de su casa y el afán por explicarse su utilidad de juego y de campesinos que confiaban en la*

responsabilidad inherente a los movimientos de las fuerzas del orden y en la presumible tranquilidad de sus hogares en virtud de la protección ofrecida por las mismas” (f. 87 c. ppl.).

Consideró que la edad de los hermanos Bautista Tróchez -6 y 14 años-, los coloca en un plano de improductividad económica y laboral, *“donde la expectativa de aportación a la economía familiar constituye una mera eventualidad sin probabilidad considerable” (f. 90 c. ppl.).*

Precisó que *“aunque el menor Orlando Vitonas Bautista no podía aún celebrar contrato de trabajo en el momento del accidente, dada su corta edad, si estaba en la posibilidad de hacerlo en condiciones normales al cumplir los 18 años de no haberse presentado el siniestro. Las lesiones que sufrió este niño, calificadas mediante un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 12%, correspondiente a la incapacidad permanente parcial, permite que se dé por acreditado el derecho a la indemnización correspondiente, se reitera, con la evidencia de la invalidez acarreada por el menoscabo de su integridad, especialmente protegida por el Orden Constitucional” (f. 92 c. ppl.).*

5. Recurso de apelación

5.1 Parte actora

La parte demandante solicita que se modifique, parcialmente, la decisión del a-quo, para reconocer los perjuicios de tipo material que se derivaron por el deceso de los niños Víctor Lugo y Alejandro Bautista Tróchez.

5.2 Entidad demandada

La Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional solicita que se revoque la sentencia apelada y, en su lugar, se denieguen las pretensiones.

Reitera que *“sin asomo de dudas, no hay prueba dentro del proceso que indique que el artefacto explosivo –sin identificar- era de propiedad de la institución militar o que ésta lo hubiera dejado abandonado”, situación que impide que se le impute el daño (f. 105-106 c. ppl.).*

Asevera que en los *“hechos por los cuales se demanda existió culpabilidad de las víctimas, responsabilidad que deben compartir sus progenitores, quienes están obligados a darles a sus hijos cuidado y protección”.*

CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer del presente asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de primera instancia, dado que la cuantía de las pretensiones alcanza la exigida en vigencia del Decreto 597 de 1988¹, para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa tuviera vocación de segunda instancia ante esta Corporación.

2. Hechos probados

De conformidad con las pruebas aportadas al plenario, se tienen probados los siguientes hechos relevantes para resolver la controversia²:

- El 2 de noviembre de 1998, a las 9:25 pm., peritos de la Inspección de Policía Especial del corregimiento de Tacueyó practicaron el levantamiento de cadáver de quien en vida se llamó Víctor Lugo Bautista Tróchez, estudiante de 14 años de edad. En el acta correspondiente se precisó que la causa de la muerte fue “*explosión accidental de granada*” y que el cuerpo quedó destruido:

Cuerpo muy destruido, se visualiza cabello lacio negro, ocho dientes arriba y cinco abajo parte izquierda, restos humanos unidos no se distingue bien, no tiene brazos, pierna inferior izquierda. A seis metros donde se encuentra la mayor parte del resto humano un hueso incrustado en una puerta, se observa en todo el área de 8 metros, aproximadamente, fragmentos esparcidos por las paredes, cielorraso, corredor y patio.

No se distingue el rostro, por información de familiares se recogió los datos personales, se anexa registro civil.

La comunidad de la vereda “La Julia” y otras veredas cercanas manifiestan que se escuchó una explosión muy fuerte, la cual es la causante de la muerte del señor Víctor Hugo Bautista Tróchez, dicha explosión proviene de una granada encontrada el mismo día en predio cercano a la vivienda (f. 196-196 vto c. 3).

- Al cadáver no se le realizó una necropsia médico legal, tal como lo certifica el Instituto Nacional de Medicina Legal (f. 27-28 c. 3) y lo explica el padre del occiso:

El niño –Víctor Lugo Bautista Tróchez fue sepultado el día martes siguiente, a las tres de la tarde en la vereda el Culebrero del municipio de Toribio, pero a él no se le practicó necropsia porque quedó muy destrozado (f. 189-189 vto c. 3).

- El 3 de noviembre de 1998, el Fiscal 199 Delegado de la Unidad de Reacción Inmediata-Seccional de Fiscalías de Santiago de Cali practicó, en las instalaciones del Hospital Universitario del Valle “*Evaristo García*”, el levantamiento de cadáver de quien en vida se llamó Alejandro Bautista

¹ La cuantía necesaria para que la doble instancia en un proceso iniciado en 1999 fuera conocida por esta Corporación, debía superar la suma de \$18.850.000 -artículos 129 y 132 del C.C.A. subrogados por el decreto 597/88- y la mayor de las pretensiones fue estimada, por la parte actora, en cada una de las demandas, en \$77.500.000 y \$40.000.000, respectivamente.

² La prueba documental que soporta los hechos probados fue solicitada por la parte actora, decretada y allegada en copia auténtica por la Fiscalía General de la Nación, el Ejército y la Policía Nacional.

Tróchez, estudiante de 6 años de edad. En el acta correspondiente se indicó que la “*manera y causa*” del deceso fue “*homicidio por quemaduras/explosión*” (f. 175-177 c. 3).

- En la necropsia médico legal se concluyó que el menor Alejandro Bautista Tróchez “*murió por lesión cerebral vital por hemorragia masiva abdominal por trauma cráneo encefálico por onda explosiva*” (f. 192-193 c. 3).

- El laboratorio de balística del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses al analizar un fragmento extraído al cadáver del niño Alejandro Bautista Tróchez concluyó que es posible que la “*esquirra haya hecho parte del conjunto de un artefacto explosivo, el cual al ser accionado se fragmentó*” (f. 195 c. 3).

- La Junta de Calificación de Invalidez Seccional Cauca estableció que el niño Orlando Vitonas Bautista sufrió una pérdida de la capacidad laboral del 12% (f. 107-112 c. 4).

- El Fiscal 001 Delegado ante el Juzgado Penal del Circuito de Caloto-Cauca, en sus primeras averiguaciones, pudo establecer que los menores referenciados, cuando regresaban con sus padres de la vereda “*La Cominera*”, encontraron un objeto extraño que al manipularlo explotó:

El señor Avelino Bautista Tiguanas, sus hijos Alejandro de 6 años, Víctor Lugo y Orlando Vitonas, quien es familiar de los antes mencionados, salieron de la casa con rumbo a la vereda “La Cominera” ubicada a una hora de la vereda “La Julia” corregimiento de Tacueyó, ellos cuando venían bajando de nuevo a eso de las seis de la tarde, los niños y el sobrino se encontraron una cosa que no se sabía si era una granada o una bomba cerca de la casa del otro hijo llamado Arturo y al parecer los menores se pusieron a manipular esa cosa y explotó produciendo la muerte inmediata al hijo Víctor Lugo de 14 años y las lesiones a Orlando y Alejandro. Posteriormente, fueron trasladados los menores al Hospital Departamental de la Ciudad de Cali, donde falleció el menor Alejandro Bautista Tróchez.

Los antes mencionados residen en la vereda “La Julia” corregimiento Tacueyó (f. 187-187 vto c. 3).

- El Jefe de la Sección Investigativa de la Policía Judicial de Caloto-Cauca constató “*presencia de miembros del Ejército para esa fecha con otros moradores del sector*” (f. 190-191 c. 3).

- Mediante providencia de 10 de agosto de 1999, el Fiscal 001 Delegado aludido suspendió la investigación que adelantó por “*el presunto delito de homicidio*” de los hermanos Víctor Lugo y Alejandro Bautista Tróchez y ordenó el archivo provisional de la misma “*sin perjuicio que en caso de que resulte prueba posterior que amerite decisión diferente se proceda de conformidad*” (f. 199 c. 3).

- El Comandante de la Tercera Brigada del Ejército Nacional certificó que para la época en que ocurrieron los hechos “*el Batallón de Contraguerrillas No. 57 ‘Mártires de Puerres’ se encontraba en el municipio de Toribio Cauca*” (f. 47 c. 3) y que los comandantes de patrulla asignados, eran:

01. **TE. BOTÍA GÓMEZ RODRÍGO** BGC57
02. **TE. OCAMPO TEJADA JOSÉ JOAQUÍN** BCG57

03. SV. PENAGOS MOLINA JHON CESAR BIPIC
04. SS. BELTRÁN VÁSQUEZ ERNESTO BIPIC
05. SS. GARCÍA CRUZ HUGO ARMANDO BIPIC (f. 114 c. 3-resaltado con subrayas fuera del texto).

- El Comandante del Batallón Contraaguerrillas No. 57 “*Mártires de Puerres*” allegó la orden de operaciones de la época y un croquis del área de acción, documentos en los que aparece que: (i) su misión es la destrucción de tres laboratorios de cocaína perteneciente a la VI Cuadrilla de las Farc (f. 165 c. 3); (ii) **“una vez en Rionegro la Compañía Nirrow () al mando del TE. Botía asume la seguridad en la parte alta de los objetivos, más exactamente en dirección a la cominera”** (f. 166 c. 3-resaltado con subrayas fuera del texto) y (iii) se movilizó, efectivamente, una patrulla militar hacia el sitio denominado “*La cominera*” (f. 170 c. 3).

- La Auditora Principal de Guerra de la Tercera Brigada del Ejército Nacional certificó que “*por los hechos ocurridos el 02-NOV-98, en el municipio de Toribio Cauca, en los que perdieron la vida los menores Víctor Lugo y Alejandro Bautista Tróchez no se adelanta ni se ha adelantado investigación alguna*” (f. 48 c. 3).

- El Comandante de la Estación de la Policía de la Estación de Toribio-Cauca allegó la minuta de guardia del 25 de octubre al 3 de noviembre de 1998, documento en el que no se advierte el desplazamiento de subversivos por la zona (f. 50-83 c. 3).

- Los testimonios recaudados por el Tribunal permiten inferir que: (i) el 2 de noviembre de 1998, los señores Avelino Bautista Quiguanas y Aura María Tróchez Mesa, indígenas de la comunidad Nasa o Páez, salieron junto con sus hijos Víctor Lugo y Alejandro Bautista Tróchez y su nieto Orlando Vitonas Bautista a trabajar en un predio que tenían en la vereda “*La Cominera*”; (ii) de regreso a “*La Julia*”, vereda de donde eran oriundos, los menores referenciados encontraron un artefacto explosivo, el cual fue llevado, de forma furtiva, a su residencia, lugar en el que accidentalmente lo activaron; (iii) la detonación produjo la muerte instantánea del adolescente Víctor Lugo Bautista Tróchez y heridas a los niños Alejandro Bautista Tróchez y Orlando Vitonas Bautista, quienes fueron conducidos al Hospital Universitario del Valle “*Evaristo García*” y al Centro de Salud del corregimiento de Tacueyó, respectivamente; (iv) por la gravedad de las lesiones, el infante Alejandro Bautista Tróchez falleció un día después y el niño Orlando Vitonas Bautista quedó con secuelas permanentes; (v) los padres y hermanos de las víctimas vivieron momentos de intenso dolor por la forma inesperada y trágica como se produjeron los decesos y la incapacidad de sus seres queridos; (vi) el adolescente fallecido era un apoyo económico para su familia, por cuanto ya trabajaba en labores agrícolas; (vii) una patrulla del Ejército, con efectivos dotados de granadas, acampó y se desplazó por la zona donde ocurrieron los hechos, la noche anterior y el día mismo en que estos acaecieron y (viii) no se había detectado presencia subversiva en el lugar:

Los menores murieron a causa de una granada que encontraron en la vereda “La Julia”, ese día de los hechos, los niños estaban con sus padres los señores Aura María Tróchez Mesa y Avelino Bautista Quiguanas, trabajando en un predio que tienen por los lados de la Cominera, una vereda, los niños cuando venían de regreso a la casa, se quedaron separados de los

padres y se encontraron un elemento y él más grande lo trajo escondido para la casa y ahí quiso destapar ese elemento con un cuchillo y al destapar esto quedó todo despedazado, ellos trabajaban en la agricultura, el más grande tenía unos trece años, estudiaba y trabajaba en la agricultura y en los quehaceres de la casa, ayudando a sus padres, el menor estudiaba. Por comentarios dicen que en ese día había estado Ejército por esos lados. Los padres viven en la vereda "La Julia". Los padres y los demás hermanitos también han sufrido psicológicamente debido a la muerte de estos parientes (f. 244 c. 3-declaración de la señora Luz Marina Mesa Taquinas).

A eso de las cinco de la tarde, yo estaba en mi casa cuando escuché una explosión por los lados de la vereda "La Julia", inclusive salimos a mirar y vimos el humo que salía de la casa de Avelino Bautista Quiguanas, después los comentarios que había explotado una bomba en la casa de Avelino que había un muerto y dos heridos, eso fue lo que se escuchó en ese momento. Los heridos y el muerto eran los hijos de Avelino Bautista y Aura María Tróchez Mesa. Ellos trabajaban en la agricultura, los menores les ayudaban a sus padres en la agricultura, inclusive ese día estaban trabajando en un pedazo de tierra que tienen en la vereda "La Cominera", según comentarios, el elemento se lo encontraron en el trabajador y luego el niño más grande lo trajo para la casa, ahí fue donde ocurrieron los hechos, el niño cogió el elemento y se puso a destaparlo y fue cuando explotó. Los señores Avelino Bautista y Aura María Tróchez Mesa son agricultores y de pocos recursos económicos (f. 145 c. 3-declaración del señor Neftali Sandoval Medina).

Lo único que me di cuenta es cuando llegó un hermano de los niños donde había ocurrido el accidente, a decirme que subiera el carro que habían unos heridos para que los llevara al Hospital de Tacueyó, los niños eran los hijos de Avelino Bautista Quiguanas, dicen que había estallado una granada que ellos habían traído a la casa. Yo vi que uno de los niños falleció en el acto, otro de los menores lo llevaron para Cali y al otro menor le hicieron curaciones y lo llevaron a la casa (f. 145 vto-146 c. 3-declaración del señor Rodrigo Tróchez Calambas).

Ese día yo me encontraba en mi casa a eso de las cinco de la tarde, cuando escuché una explosión, en ese momento estaba la mamá de los niños Víctor y Alejandro comprando, porque yo tengo una tienda, cuando escuchamos salimos a ver en un filito, entonces venía una hija de Aura María Tróchez Mesa gritando, llamando a la mamá, pero no se escuchaba bien lo que decía, la señora salió y se fue al momento, nosotros también salimos a la casa a ver que le había pasado y cuando llegamos vimos un muerto era el hijo de la señora Aura María y Avelino y habían otros dos heridos y los llevaban para el hospital, lo que decían era que se habían encontrado una granada donde habían estado trabajando y la llevaron a la casa y destapándola fue que explotó. Ellos trabajaban en la agricultura, personas de pocos recursos económicos, son de raza indígena Páez, ellos tienen más hijos, cultivan platano, mora y café (f. 146-146 vto. C. 3-declaración del señor Luis Carlos Pechene).

Un día martes, como a las tres de la tarde, llegaron a mi casa en la vereda "La Cominera", durmieron los del Ejército, digo que son del Ejército porque yo les pregunté que de donde venían y me dijeron que eran de Cali, tenían botas de cuero o guayos, ellos salieron de la casa a las siete de la mañana, buscando o dirigiéndose hacia la vereda "La Unión" hacia Corinto, ellos durmieron en el piso de mi casa que es entablada y cuando salieron se les estaba olvidando algo que había en una chuspa de plástico, entonces yo le dije a uno de ellos, mire se le olvido esa chuspa, entonces la llevaron, otro compañero regañó al que había colocado eso en el suelo, mire eso no se deja por ahí porque es muy delicado, también comentaban entre ellos que eso es la defensa propia. Todos llevaban granadas en diferentes partes del cuerpo, unos en chuspas de plástico y otros en cajitas de cartón. En relación a los hechos, sucedieron ese mismo día que ellos se madrugaron de la casa a las siete de la mañana, eso sucedió en horas de la tarde la muerte del menor, hijo de Avelino y Aura María, los del Ejército tenían que pasar por ese lugar donde encontraron los niños ese elemento, en esos días no estaba la guerrilla por esos lados. Ellos se quedaron ahí esa noche, porque es un punto clave para ellos y casi siempre que van por esos lados se quedan ahí (f. 147 c. 3-declaración de la señora Rosalbina Quiguanas Velasco).

Yo, estaba al lado de la escuela a eso de las cinco de la tarde, cuando escuché una explosión, a las siete de la noche me comunicaron que era una granada que los niños se habían encontrado; por ese día, andaban con el papá estaban trabajando, cuando los niños bajaban de regreso a la casa se encontraron ese elemento y cuando el papá se puso a

descargar el caballo, los niños, uno de ellos cogió la llave de una moto, y se activó la bomba, en ese momento estaban los demás hermanitos y otros compañeritos, donde fue que resultaron lesionados los demás niños (..). Ellos tienen más hijos, el niño Víctor Lugo trabajaba en la agricultura, él mismo se sostenía para los estudios y demás gastos. Quiero agregar que el otro día yo fui personalmente a la casa, se habían incrustado los huesos de los niños (..). Es fácil deducir, porque el Ejército estuvo por ahí, había acampado, estuvo al lado de la casa del señor –Avelino- cuando ellos venían del trabajo, ellos se lo encontraron en el camino, los mismos señores Avelino y Aura María manifestaron que era el Ejército (f. 148-148 vto c. 3-declaración del señor José Antonio Pérez Daza).

El niño –Orlando Vitonas Bautista- ha sido el más contemplado de ellos, ahora el niño quedó enfermo de la vista, ahora no es como antes de pasar ese accidente porque eso fue horrible, cuando se oyó el ruido nosotros corrimos a ver y la madre ya venía con el niño en brazos. Los padres le han dado al niño un trato completo, han estado al día con el niño. Los padres hasta ahorita no se han recuperado del dolor de este accidente (..). El que murió quedó despedazado el cuerpo y lo recogieron por pedacitos y era Víctor Lugo y ellos al ver esto se querían volver locos en ese momento del dolor (...) Alejandro fue gravemente herido y del puesto de salud de Tacueyó lo echaron para Cali y Orlando que quedó vivo pero lesionado la vista (f. 78-78vto c. 4-declaración de la señora Flor Inés Dagua Bautista).

El niño –Orlando Vitonas Bautista- es muy querido por los padres, uno ve el amor de ellos hacia su hijo, ellos le dan un buen trato y como niño necesita el calor de sus padres como ellos (...). Esa reacción que ellos tuvieron fue muy drástica porque al ver el hijo herido y ellos no sabían qué hacer y luego corra con el niño. Mucho dolor y llanto de los padres al ver el niño herido, todos desesperados corra de una parte a otra (...). Lo que causó la muerte fue una granada o bomba que explotó, los muertos eran Víctor Lugo y Alejandro Bautista Tróchez, ellos eran hermanos (..). Sí a ellos si los vi porque ellos quedan al frente, al oír la explosión yo arranqué a correr y encontré al finado Víctor Lugo hecho pedacitos y Alejandro tenía rota la barriga, los intestinos saliendo, y Orlando estaba herido, los papás salieron desesperados para el puesto de salud (..) Eso pertenecía la Ejército porque yo vi que ellos estuvieron acampando por ahí cerca de ese lugar (f. 79-79vto c. 4-declaración del señor José Joaquín Taquinas Taquinas).

Ellos estaban muy tristes debido a las graves lesiones que había sufrido el menor –Orlando Vitonas Bautista-, en el momento de los hechos estaban muy mal como locos, yo vi personalmente el estado de dolor que tenían ellos, lo llevaron inmediatamente al Hospital (...). Las lesiones sufridas las recibió de una bomba que los niños encontraron y luego las llevaron para la casa para jugar y ahí fue donde explotó eso y sufrieron las lesiones hasta la muerte, los niños eran Orlando, Alejandro y Víctor Lugo (..) Eso pertenecía al Ejército Nacional porque en esos días había estado por ahí acampando por la vereda “La Julia”, donde fue que sucedieron los hechos (...). Cuando yo llegué, los padres gritaban, lloraban y corrían de un lado para otro sin saber que hacer al ver semejante tragedia, hasta uno mismo se conmovía de ver lo que estaba pasando, tanto los padres como los hermanos estaban muy tristes de ver el cadáver de uno de ellos, de ver el cuerpo todo regado por todo lado y ver las lesiones de los otros niños, totalmente destrozados los niños, eso fue muy aterrador, era la primera vez que nosotros veíamos una cosa de esas en la vereda, los padres trataban como de armar el cadáver del hijo (f. 81-81vto c. 4-declaración de la señora Martha Lucía Dagua Rivera).

- La muerte de los menores Víctor Lugo y Alejandro Bautista Tróchez, ocurrida el 2 y 3 de noviembre de 1998, se acreditó con: (i) el certificado del registro civil de su defunción (f. 22 c. ppl.- documento aportado en copia auténtica); (ii) la necropsia médico legal practicada a uno de los cadáveres por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (f. 192-193 c. 3- documento aportado en copia auténtica por la Fiscalía General de la Nación) y (iii) las actas de levantamiento de los cadáveres, diligencias efectuadas por los peritos de la Inspección de Policía Especial del corregimiento de Tacueyó y el Fiscal 199 Delegado de la Unidad de Reacción Inmediata-Seccional de Fiscalías de Santiago de Cali (f. 196, 196 vto, 175-177 c. 3-documentos aportados en copia auténtica por la Fiscalía General de la Nación).

- La pérdida de la capacidad laboral que padece el niño Orlando Vitonas Bautista, se demostró con el dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez-Seccional Cauca (f. 109-112 c. 4-documento aportado en original).

- Los actores demostraron el vínculo de consanguinidad que los unía a los menores fallecidos, así: (i) los señores Avelino Bautista Quiguana y Aura María Tróchez Mesa demostraron ser los padres de Víctor Lugo y Alejandro Bautista Tróchez, según consta en los certificados del registro civil del nacimiento (f. 25, 26 c. ppl.-documentos allegados en copia auténtica); (ii) los señores Jorge, Arturo, Lucelly, Noralba y Dionel Bautista Tróchez acreditaron, con igual documento, ser hijos de Avelino Bautista Quiguana y Aura María Tróchez Mesa y, en consecuencia, hermanos de Víctor Lugo y Alejandro Bautista Tróchez (f. 24, 33, 31, 29, 23 c. ppl.-documentos allegados en copia auténtica) y (iii) finalmente, los niños Darío, Tiolinda y Marisol Bautista Tróchez acreditaron igual parentesco (f. 32, 30, 28 c. ppl.-documentos allegados en copia auténtica).

- La demandante Noralba Bautista Tróchez, por su parte, también demostró ser la madre del infante lesionado Orlando Vitonas Bautista, según consta en su registro civil del nacimiento (f. 15, 16, 27 c. ppl.-documento allegado en copia auténtica).

- La acreditación del parentesco próximo, unida a las reglas de la experiencia, permite inferir el dolor moral que esta familia ha sufrido con la muerte de dos de sus miembros y las lesiones permanentes de uno de ellos.

3. Problema Jurídico

Procede la Sala a determinar si en el presente caso se estructura la responsabilidad administrativa de la Nación—Ministerio de Defensa-Ejército Nacional que se le endilga por la muerte de los menores Víctor Lugo y Alejandro Bautista Tróchez y por la pérdida de la capacidad laboral sufrida por el niño Orlando Vitonas Bautista, a pesar de que, según la demandada, no hay prueba fehaciente que permita inferir que el artefacto explosivo que ocasionó los daños era de dotación oficial.

4. Análisis de la Sala

De conformidad con los hechos probados, la Sala tiene por demostrado el daño invocado por la parte actora. Es decir, está debidamente acreditada la muerte de los menores Víctor Lugo y Alejandro Bautista Tróchez y la pérdida de la capacidad laboral del infante Orlando Vitonas Bautista, menoscabos ocurridos el 2 y 3 de noviembre de 1998, como consecuencia de la activación accidental de un artefacto explosivo, muy seguramente una granada.

Se conoce también que los demandantes Avelino Bautista Quiguana, Aura María Tróchez Mesa, Jorge, Arturo, Lucelly, Noralba, Dionel, Darío, Tiolinda y Marisol Bautista Tróchez resultaron afectados, pues, las reglas de la experiencia permiten inferir el sentimiento de pena que produce la

muerte y las lesiones de un familiar cercano. Máxime cuando “*las relaciones sociales de la vida de los Páez se circunscribe por lo general al grupo domestico*”³.

Establecido el daño y la causa, pues no cabe duda que dos menores murieron y que otro resultó gravemente herido, en razón de la detonación de un artefacto explosivo, deberá la Sala determinar la imputación, para lo cual cabe recordar que la Corte Constitucional respecto del monopolio estatal de las armas, ha señaló⁴:

4. *En cuanto respecta al artículo 223 de la nueva Carta, es importante aclarar que de las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente, parece claro que la violencia crónica padecida durante los cuarenta últimos años en el país influyó de manera determinante en los miembros de la mencionada Asamblea. Así, en relación con el monopolio estatal de armas, el artículo 223 se ocupó del tema en términos sustancialmente más restrictivos que el artículo 48 de la constitución de 1886. En efecto, según la norma que rige actualmente: "Sólo el Gobierno puede introducir y fabricar armas, municiones de guerra y explosivos. Nadie podrá poseerlos ni portarlos sin permiso de la autoridad competente".*

Mientras la norma anterior parecía permitir un régimen diferenciado para las armas de guerra - creando un monopolio estatal sólo respecto de las armas de este tipo -, el artículo 223 se refiere a todo tipo de armas y sólo utiliza el calificativo de guerra para referirse a las municiones.

6. *La Constitución de 1991 condicionó la posesión y la tenencia de todo tipo de armas a la obtención de un permiso otorgado por la autoridad competente. **En principio, entonces, sólo el Estado puede poseer y portar armas por medio de su fuerza pública (C.P. art. 216) y de los miembros de los organismos y cuerpos oficiales de seguridad (C.P. art. 223) y para el cumplimiento de los fines consagrados en la Constitución y en la ley. La posibilidad de que los particulares posean armas deriva exclusivamente del permiso estatal.***

En este sentido ha sido claro para esta Corporación que el artículo 223 crea un monopolio en cabeza del Estado, y otorga a la ley la facultad de reglamentar todo lo que haga relación al uso, posesión y porte de armas y municiones de guerra.

9. **No existe por lo tanto una propiedad privada originaria sobre armas, tal como se contempla el derecho a la propiedad privada en el artículo 58 de la Constitución Política.** Así lo ha reconocido la Corte Constitucional, que en sentencia 077 de 1993 señaló:

"El único que originaria e incondicionalmente puede poseer y portar armas es el Estado a través de la fuerza pública (CP art. 216) y los miembros de los organismos y cuerpos oficiales de seguridad (CP art. 223) y su uso se circunscribe a los precisos fines y propósitos enunciados en la Constitución y la ley. Cualquier otra posesión se deriva del permiso estatal. Junto al indicado monopolio, dada la necesidad del permiso para la constitución y circulación de derechos ulteriores sobre las armas y demás elementos bélicos, cabe reconocer una reserva estatal de principio sobre su propiedad y posesión. A partir de esta reserva el Estado puede, en los términos de la ley, crear y administrar titularidades privadas, a través de la técnica administrativa del permiso. La propiedad y posesión de los particulares no tiene

³ Geografía Humana de Colombia, Región Andina Central, Tomo IV, Volumen II, Los Nasa o la Gente Páez, Ximena Pachón C. “*Dentro de la cotidianidad, las relaciones sociales de la vida de los Páez se circunscriben por lo general al grupo doméstico. El contacto con personas diferentes es escaso; el patrón de poblamiento disperso, las distancias entre las viviendas y los malos caminos que las unen, no facilitan una vida social activa. De esta manera, las visitas a familiares o amigos se hacen muy ocasionalmente; por ejemplo durante las mingas, las desgracias, los días de ‘hambruna’ y de ‘abundancia’ y obviamente durante las escasas festividades. ‘Mientras no se den estas ocasiones, el panorama rutinario de la parcialidad solo ofrece la imagen superficial de la atomización doméstica...’ (Sevilla, 1983:141)”.*

⁴ Sentencia C-1145 de 30 de agosto de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

frente a este conjunto de bienes un valor constitucional originario que pueda oponerse al Estado. Por el contrario, cualquier titularidad proviene de éste y tiene el alcance relativo que pueda en cada caso derivarse de las leyes” (resaltado con subrayas fuera del texto).

Aunado a lo expuesto, también se ha considerado que la guarda de las armas le compete única y exclusivamente al Estado, porque generan una situación de riesgo de naturaleza excepcional para los administrados:

(...) la introducción, fabricación, porte y uso de armas por parte de la administración, si bien se encuentra establecida constitucional y legalmente en beneficio de la comunidad, lo que hace legítimo el monopolio de la fuerza por parte del Estado moderno, genera sin lugar a dudas una situación de riesgo de naturaleza excepcional para los administrados, porque dada su particular peligrosidad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar como contrapartida de los beneficios que emanan de la prestación del servicio prestado por la fuerza pública, en los términos de los arts. 217, 218 y 223 de la Carta Política.

En razón de ‘ese peligro presunto, ese riesgo mediano inherente a la posesión de instrumentos idóneos para poner en peligro la vida e integridad de los particulares, el patrimonio o la pacífica y normal convivencia de la comunidad’, la mayoría de los países, entre ellos el nuestro, consideran el porte de armas como una actividad de riesgo que debe ser controlada estrictamente por el Estado, y penalizan la tenencia de armas que no esté autorizada por la autoridad competente⁵.

Ahora, respecto de la imputación por los daños causados por armas, se ha señalado, además, que no basta la demostración del origen del daño, pues bien puede suceder que para entonces las municiones, explosivos u otros artefactos que por su propia naturaleza o funcionamiento representen un peligro para la comunidad se encontraban bajo la tenencia y guarda de particulares, esto siempre que resulte demostrado, pues lo que ordinariamente sucede tiene que ver con su control por el Estado.

Cabe precisar, en todo caso, que con relación al daño causado por explosivos se ha puntualizado que no basta probar que efectivos de la fuerza pública transitaron por el lugar donde estos fueron hallados y detonados, dado el comercio irregular de los mismos:

*En casos como el que ocupa la atención de la Sala, no basta que se demuestre que varios días antes miembros de la fuerza pública transitaron por el sector donde posteriormente se halló el artefacto explosivo ni que la muerte fue consecuencia directa de la manipulación que las víctimas hubieran hecho de él, únicas circunstancias que se hubiesen podido acreditar eventualmente mediante la prueba testimonial negada. **Debe establecerse además, de manera esencial, que en realidad se trataba de una granada de fragmentación asignada a la fuerza pública, pues no es suficiente el predicado general de que así debía ser en virtud del monopolio de las armas que constitucionalmente se radica en el gobierno, tanto menos en cuanto que del ilícito comercio internacional de ellas se benefician sin duda los grupos que al margen de la ley operan en el país.***

No tuvieron los demandantes el cuidado de recoger los restos del explosivo para ser sometidos a examen técnico, ni en los hechos de la demanda se afirma que alguna persona hubiera presenciado el momento en que el artefacto fue abandonado por la fuerza pública, de

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 2000, expediente 12012, actor: Marco Antonio Saavedra y otros.

suerte que no resulta posible ahora recaudar la prueba que se echa de menos⁶ (resaltado con subrayas fuera del texto).

En el sub-lite está acreditado que una patrulla del Ejército Nacional acampó y se movilizó por la zona donde ocurrieron los hechos, la noche anterior y el día mismo en que estos acaecieron y que sus efectivos portaban, entre otros elementos, granadas, en razón de una operación que tenía por finalidad la destrucción de tres laboratorios de cocaína.

Igualmente, está demostrado que, para ese entonces, no se habían suscitado confrontaciones entre la fuerza pública y algún grupo insurgente ni advertido desplazamientos de subversivos en el lugar. Se conoce, además, que el artefacto explosivo fue encontrado por los menores en una zona de libre tránsito para la población en general, misma por la que se movilizaban uniformados del Ejército.

Si bien es cierto que, siguiendo la pauta jurisprudencial esbozada, la presencia de la patrulla de Ejército no sería, por sí sola, prueba de que la granada generadora del daño era de dotación oficial y que en aquella oportunidad se señaló que correspondía a las víctimas demostrar la propiedad del artefacto, la Sala disiente en esta oportunidad de lo antes resuelto, pues no puede negarse que así el tráfico ilegal de armas y elementos de uso privativo de las fuerzas armadas se presente con regularidad, se trata de una situación irregular que por lo mismo habrá de demostrarse, aunado a que, en todo caso, el monopolio de su uso le ha sido confiado al Estado. A lo anterior, debe agregarse que: (i) no resulta posible exigir los fragmentos del artefacto explosivo para su identificación, porque la espoleta que la contiene puede fragmentarse y (ii) la investigación sobre el uso de armas privativas de la fuerza pública no puede correr por cuenta de las víctimas.

Siendo así y dado que no se estableció presencia subversiva para el tiempo de los hechos, empero sí la presencia militar, es claro que al Ejército Nacional le correspondía desvirtuar su responsabilidad. Máxime cuando: (i) el artefacto explosivo fue encontrado en una zona de libre tránsito para la comunidad y que la escuadra oficial recorrió, **“más exactamente en dirección a la cominera”**, la vereda a la que el mismo día de los hechos se dirigieron las víctimas y (ii) se conoce que la noche anterior, uniformados militares llevaban granadas en diferentes partes del cuerpo y que, incluso, la dueña de la casa donde éstos pernoctaron debió advertirles que olvidaban parte del material explosivo que portaban:

(..) ellos durmieron en el piso de mi casa que es entablada y cuando salieron se les estaba olvidando algo que había en una chuspa de plástico, entonces yo le dije a uno de ellos, mire se le olvido esa chuspa, entonces la llevaron, otro compañero regañó al que había colocado eso en el suelo, mire eso no se deja por ahí porque es muy delicado, también comentaban entre ellos que eso es la defensa propia. Todos llevaban granadas en diferentes partes del cuerpo, unos en chuspas de plástico y otros en cajitas de cartón. En relación a los hechos, sucedieron ese mismo día que ellos se madrugaron de la casa a las siete de la mañana, eso sucedió en horas de la tarde la muerte del menor – Víctor Lugo-, hijo de Avelino y Aura María, los del Ejército tenían que pasar por ese lugar donde encontraron los niños ese elemento, en esos días no estaba la guerrilla por esos lados.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 11 de septiembre de 1997, expediente 10277, actor: Jonys de Jesús Jaraba y otros, M. P. Ricardo Hoyos Duque.

En este punto, no se puede soslayar que el señor Avelino Bautista Quiguanas, padre y abuelo de las víctimas, le señaló al Fiscal 001 Delegado ante el Juzgado Penal del Circuito de Caloto-Cauca, funcionario que llevó a cabo las primeras averiguaciones que, el 2 de noviembre de 1998, el Ejército pasó por *“los predios de mi finca y pasaron por debajo del alambrado”* (f. 189 vto c.3).

No obstante la demandada, pasando por alto su deber de protección, vigilancia y seguridad, para eximirse de responsabilidad aduce que, en este caso, se configura el hecho exclusivo de los menores, *“responsabilidad que deben compartir sus progenitores”*.

Pasa por alto la entidad que la limitada capacidad de los menores les impide prever, como sí a los adultos, especialmente a los conocedores, el peligro que representa una granada como tampoco calcular las consecuencias posibles y previsibles que su manipulación desencadena. En esa medida, no es posible atribuir a las víctimas responsabilidad alguna porque las mismas encontraron un artefacto abandonado y, accidentalmente, lo activaron.

Lo acontecido no puede atribuirse a los padres, pues éstos regresaban del trabajo con los menores, situación normal en su cultura, sin someterlos a condiciones anormales de riesgo, aunado a que no conocieron del hallazgo y era casi imposible prever que en la finca o en camino de regreso a su lugar de residencia, encontrarían una granada que ocasionaría semejante tragedia.

Para la Sala, el daño resulta imputable a la demandada, pues no demostró que la granada haya sido abandonada por terceros y todo indica que lo fue por integrantes de la patrulla militar que cumplía misión en el lugar.

Así las cosas, se habrá de confirmar la decisión del a-quo que declaró administrativamente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército por la muerte de los menores Víctor Lugo y Alejandro Bautista Tróchez y por la pérdida de la capacidad laboral del niño Orlando Vitonas Bautista. Lo anterior, no sin antes revisar la inconformidad planteada por la parte demandante fundada en el no reconocimiento de los perjuicios materiales derivados de la muerte de los menores Víctor Lugo y Alejandro Bautista Tróchez⁷.

⁷ Sobre la restricción de la competencia del *ad quem* a los planteamientos precisos del recurso, vale la pena citar un reciente precedente: *“En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente en la apelación, se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: «tantum devolutum quantum appellatum»”(CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”. sentencia del 21 de febrero de 2011, proferida con ponencia del doctor Fajardo Gómez dentro del expediente 20.046).*

En este mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia ha explicado los alcances de la competencia en segunda instancia, limitada a lo desfavorable que el impugnante identifique en la sustentación del recurso: *“corolario*

5. Perjuicios

- Perjuicio material

La parte actora explica que el *a quo* denegó el reconocimiento de perjuicios materiales derivados de la muerte de los menores Víctor Lugo y Alejandro Bautista Tróchez, fundado en que por su edad no queda sino concluir su improductividad económica y laboral. Considera que el Tribunal obvió, especialmente, la prueba testimonial de la cual se infiere que “*el joven Víctor Lugo Bautista Tróchez, que para la época de los hechos contaba con 14 años de edad, laboraba en el agro y con los dineros por él devengados colaboraba para su sostenimiento y el de su familia*” (f. 118 c. ppl.).

El artículo 21 del Código del Menor, vigente para la época en que ocurrieron los hechos -Decreto 2737 de 1989-, señalaba que los jueces y funcionarios administrativos que conozcan asuntos referentes a menores indígenas deben tener en cuenta su legislación especial, usos, costumbres y tradiciones, así:

Los jueces y funcionarios administrativos que conozcan de procesos o asuntos referentes a menores, deberán tener en cuenta, al apreciar los hechos, los usos y costumbres propios del medio social y cultural en que el menor se ha desenvuelto habitualmente, siempre que no sean contrarios a la Ley.

Cuando tengan que resolver casos de menores indígenas, deberán tener en cuenta, además de los principios contemplados en este Código, su legislación especial, sus usos, costumbres y tradiciones, para lo cual consultarán con la División de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno y, en lo posible, con las autoridades tradicionales de la comunidad a la cual pertenece el menor (resaltado con subrayas fuera del texto).

De la prueba testimonial se infiere que la familia de los menores Víctor Lugo y Alejandro Bautista Tróchez pertenece a la comunidad indígena Nasa o Páez⁸, que basa su economía, en primer término, en la agricultura. Los ciclos vitales y las actividades cotidianas de este pueblo se encuentran determinados por el trabajo de la tierra y por las fases agrícolas. Dentro de su cosmovisión, el ser Nasa implica ser un buen trabajador de la tierra⁹.

Una forma importante de participación de la comunidad, dentro de la economía de mercado se refiere a la venta de fuerza de trabajo o “*jornaleo*”. La mano de obra del indígena Nasa es muy

de todo lo dicho, queda la afirmación de que el juez de segundo grado no es libre en la definición de los contornos de su competencia, ni puede concretar sin ataduras «que es lo desfavorable al apelante», para atraer una competencia de la que carece o desdeñar una que nítidamente le ha sido atribuida, no sólo por la ley, sino por el acto procesal de parte que le transmite la desazón del litigante frente al fallo” (CSJ, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del sentencia de 8 de septiembre de 2009, exp. 2001-00585-01. Reiterada en sentencia de la misma corporación el 4 de agosto de 2010, exp. 2002-00623-01. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda).

⁸ Los Nasa o Páez son un pueblo amerindio, que habita el departamento del Cauca en la zona andina del suroccidente de Colombia. Los municipios con mayor población Nasa son **Toribío**, Páez y Caldonó.

⁹ Geografía Humana de Colombia, Región Andina Central, Tomo IV, Volumen II, Los Nasa o la Gente Páez, Ximena Pachón C.

requerida en fincas y haciendas colindantes, en varios municipios del Cauca y aún en otros departamentos como recolectores de café.

Las características de su economía y la alta cantidad de energía y fuerza de trabajo que requieren en sus actividades productivas, hacen que el ideal del hombre Nasa sea tener una familia numerosa¹⁰. Los niños constituyen la razón de ser de la familia y una mujer que no los pueda concebir, es repudiada. Se dice que las personas que mueren sin ellos se van al nevado del Huila y que la mujer célibe se convierte en bruja. Los niños son integrados a la producción desde edad muy temprana, su trabajo es altamente valorado y los padres son celosos en el aprendizaje de los oficios que ellos deben desempeñar.

Los niños Nasa crecen bajo la autoridad indiscutible de sus padres y a medida que entran a la adolescencia obtienen alguna independencia, la cual se obtiene, finalmente, cuando tienen el permiso de casarse, conformar su propia familia y más tarde construir su vivienda y adquirir una parcela.

El Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado en nuestra legislación por la ley 21 de 1991, en su artículo 8º, señala:

Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecer procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio (resaltado con subrayas fuera del texto).

El artículo 7º de la Carta Política reconoce y protege la existencia de la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana, de donde se colige el derecho de los pueblos indígenas a la distintividad, es decir, a ser, considerarse y ser respetados como diferentes, bajo el principio de que unas diferencias culturales no son más valiosas que otras.

El Código del Menor define al “menor” con fundamento en la edad cronológica¹¹. Los diferentes pueblos indígenas no necesariamente definen esta condición por días o años calendario. La niña wayú o tikuna que ha menstruado es mujer casadera. Un Nasa o Páez de quince años que roba

¹⁰ El Saakhelu como parte del proceso de recuperación y fortalecimiento cultural del pueblo indígena Nasa de Tierradentro-Cauca, López Palomino, Critabell. Una de las funciones vitales para el nasa es tener hijos; antes de casarse o irse a vivir con una compañera, existe un período de convivencia que llaman “amañe”, en el cual el hombre se percata si su futura mujer es buena trabajadora y si es fértil y viceversa, condiciones de suma importancia para compartir el resto de sus vidas. Cuando un hombre ya está sobre los treinta años de edad y no ha tenido hijos, se le critica, no se le ve con buenos ojos, así como tampoco está bien vista la homosexualidad porque dos personas del mismo sexo no pueden generar hijos, de este modo su existencia no es productiva.

¹¹ El Artículo 28 del decreto 2737 de 1989 señala que “se entiende por menor a quien no haya cumplido los dieciocho (18) años”.

gallinas a varios comunitarios, es tratado como adulto desviado¹². Las prerrogativas y deberes de los menores indígenas cambian, conocer las manifestaciones de su derecho propio es fundamental, particularmente cuando el caso sale a la jurisdicción ordinaria por alguna circunstancia¹³.

El artículo 239 del Código del Menor precisa que la contratación de “menores” indígenas se rige por las disposiciones de su legislación especial y, para brindarles alguna protección, exige la autorización del Gobernador del Cabildo Indígena o de la autoridad tradicional de la comunidad respectiva.

La contratación de menores indígenas, se rige por las normas de su legislación especial y a falta de ellas por las que sean pertinentes del Código Sustantivo del Trabajo y por las consagradas en este Código.

PARÁGRAFO. Para contratar a un menor indígena se necesita la autorización del Gobernador del Cabildo Indígena, o de la autoridad tradicional de la comunidad respectiva.

En su defecto, la autorización será otorgada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previa solicitud de la Oficina de la Comisión de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno.

Si en el lugar de la contratación no existe oficina del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social ni autoridad indígena, la autorización la otorgará la Oficina de la Comisión de Asuntos Indígenas, la cual deberá informar a la dependencia del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social más cercana, para lo de su competencia (resaltado con subrayas fuera del texto).

La Corte Constitucional enfatiza que sólo se puede limitar la autonomía de las autoridades indígenas para “evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad”¹⁴.

Explica que, en virtud del principio de maximización de la autonomía, los límites válidos a las autoridades indígenas tienen que ver con el respeto del derecho a la vida, la prohibición de la tortura, de los tratos crueles e inhumanos y de la esclavitud; por referirse “a los bienes más preciados del hombre” sobre los cuales “existe un verdadero consenso intercultural” y por hacer parte del “grupo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados internacionales de derechos humanos y que no pueden ser suspendidos ni siquiera en caso de conflicto armado”.

Reitera que si bien, por regla general, todos los que no han cumplido 18 años son menores de edad, de manera excepcional, una persona que no ha alcanzado ese límite puede ser considerada como mayor, en virtud de la ley que le sea aplicable. Lo anterior, es de suma importancia en el caso de las personas pertenecientes a las comunidades indígenas, pues, según sus usos y costumbres, la mayoría de edad no depende de la edad alcanzada por la persona, sino del conjunto de

¹² Sánchez Botero, Esther. Peritaje para la Corte Constitucional 2000.

¹³ Los pueblos indígenas en Colombia, Derechos, Políticas y Desafíos, Sánchez Botero, Esther.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T- 812 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

circunstancias que según su especial situación, permita que sea considerada como tal. Lo que obliga a acudir al caso concreto¹⁵.

En atención a los usos y costumbres de los Nasa o Páez, los cuales fueron consultados a una autoridad tradicional y Consejero Mayor del Consejo Regional Indígena del Cauca-Cric, acorde con providencia de esta misma Sala, es claro que los niños y los jóvenes de esa comunidad (i) participan del mundo del trabajo familiar y colectivo, en el que son inducidos lentamente, sin necesidad de autorización formal, empero si bajo la supervisión de padres, líderes o la comunidad en general; (ii) necesariamente, reciben remuneración, la cual puede consistir en pago de jornal, entrega de víveres o aporte en comida, adquisición de vestido o apoyo en la educación; (iii) se entienden integrados totalmente a su comunidad, con los deberes y obligaciones que ello implica, a los doce años de edad; (iv) entre los quince y veinte años, inician el proceso de independencia de su núcleo inmediato, una vez hayan acreditado su capacidad de trabajo y auto sostenimiento, un espacio para vivir o la conformación de una nueva familia y (v) en casos especiales se emancipan, ordinariamente, por la pérdida de uno o de ambos padres.

Preguntado. *Sírvase decir cuáles son las etapas o ciclos vitales que comprenden el desarrollo de un miembro del pueblo Nasa.* **Contestó.** *Los ciclos vitales de la comunidad del pueblo Nasa comprenden desde el momento en el que se engendra hasta que fallece, del embarazo, la infancia, la adolescencia, la juventud, la edad madura y la ancianidad.* **Preguntado:** *En qué etapa son integrados los miembros del pueblo indígena al trabajo familiar y colectivo (tul, mingas).* **Contestó:** *Desde la infancia nuestros padres suelen ya llevarnos a hacer pequeñas labores en la parcela y colectivo ya más o menos en la adolescencia, porque ya son trabajos un poco mas forzados.* **Preguntado.** *A quien y, bajo qué circunstancia, corresponde autorizar, de ser ello necesario, a un integrante del pueblo Nasa para que inicie actividades laborales familiares y colectivas.* **Contestó:** *Familiares bajo la responsabilidad de los padres y en la colectividad bajo la responsabilidad de los padres, la autoridad y la comunidad en general.* **Preguntado.** *Dígale al despacho cuáles son los mecanismos utilizados por el pueblo Nasa para remunerar el trabajo individual y cómo se determina la participación familiar y colectiva en la retribución.* **Contestó:** *El trabajo individual, dependiendo del trabajo de la familia se hace cargo de pagarle el jornal de acuerdo a la capacidad económica, cuando digo dependiendo del trabajo me refiero a que cuando es un trabajo de toda la jornada tiene un valor y si es simplemente una pequeña jornada tiene otra valoración que se puede remunerar en recursos económicos o con aporte de comida o víveres, en el contexto familiar que se garantiza la comida y los ingresos que tengan dependiendo de las*

¹⁵ La Corte Constitucional en sentencia T-778 de 2005, tuteló los derechos de una integrante de la comunidad Arhuaca cuya elección como Concejal de Bogotá fue declarada nula porque no cumplía con el requisito legal de ser mayor de 25 años. En esa oportunidad, la Corte Constitucional señaló que “de acuerdo a las tradiciones y costumbres del pueblo arhuaco se considera que una mujer adquiere el poder de la palabra y responsabilidades sociales y políticas una vez ha pasado por los ritos correspondientes al bautizo y a la menstruación. Es desde ese momento en el que una mujer, de acuerdo a su misión con la naturaleza, que ha sido conocida desde su nacimiento por los mamus, comienza a desarrollarse con plenas capacidades. Para el pueblo arhuaco la edad no es un criterio para establecer si una persona se encuentra o no en capacidad de ejercer derechos políticos. Del concepto rendido por uno de los expertos a los que la Corte Constitucional consultó ciertos aspectos sobre la comunidad indígena Arhuaca, en la entrevista que realizó con personas de la comunidad, se respondió ‘¿Por qué los blancos siempre preguntan nuestra edad? Nos preguntan cuando nos vamos a morir. O, acaso a un árbol o a una mata de maíz le preguntarían ¿Cuándo va a morir, o cuantos años tiene? Los mamus no saben y no les interesa’. Igualmente el otro experto consultado por la Corte Constitucional expresó sobre el tema que ‘De las consideraciones anteriores se desprende un hecho claro: ser un adulto (adulto) no está marcado necesariamente por alcanzar una edad determinada después de experimentar un evento biológico dado’”.

cosechas, pues también se retribuye lo necesario para la vida de la familia, sea el vestido o el apoyo para la educación, garantizándole que tenga lo necesario, o en el otro caso, se le da un valor al jornal del día y se le paga en dinero, que varía mucho de la situación económica, pues quien tiene un poco de mayor capacidad pagará el valor del jornal como lo estipula el derecho y, el que no, lo que pueda acordar con el que le preste sus servicios de trabajo; en la colectividad no hay un valor económico ni para el niño ni para el adulto, ya que son trabajos de beneficio para toda la colectividad, ahí sí lo único que se garantiza es la comida de la jornada de los días de trabajo y los beneficios se reciben en el marco del aprovechamiento de la colectividad, si es una cosecha de papa por ejemplo, la cosecha se aprovecha para comidas comunitarias, o sea, de otras jornadas de trabajo, asambleas o de festividades comunitarias donde todos participan, niños, jóvenes y mayores. **Preguntado.** Sírvale decir al Despacho a qué edad cronológica se entiende que un Nasa está integrado plenamente a su comunidad, con todo lo que ello implica, derechos y obligaciones. **Contestó:** Según la concepción indígena se sobre entiende que desde la infancia el niño posee todos sus derechos y las obligaciones son a partir más o menos entre los doce y dieciocho años. **Preguntado.** Sírvale decir al despacho a partir de que edad cronológica un integrante Nasa se independiza de su familia, si ello llega a ocurrir. **Contestó:** Así de independizarse, más o menos a los quince o veinte años, ya porque forma su propia familia. **Preguntado:** Sírvale decir al despacho qué condiciones debe poseer un integrante del pueblo Nasa para independizarse del grupo familiar y en que época de su desarrollo ello ocurre. **Contestó:** Que ya tenga la capacidad de trabajar para auto sostenerse, que tenga un espacio donde vivir ya de manera independiente o que efectivamente ya haya formado su propia familia, una cualquiera de las anteriores. **Preguntado.** Desea agregar algo más a su declaración. **Contestó:** Se dan casos especiales de independencia por fuerza mayor, que no tenga el papá le toca al mayor a más temprana edad tomar decisiones de independencia o de igual manera que quede huérfano de padre y madre, ahí varía la edad para ir tomando acciones de mayor independencia (cuaderno del despacho comisario-declaración del señor Jesús Javier Chávez Yondapiz, miembro de la comunidad Nasa y Consejero Mayor del Consejo Regional Indígena del Cauca-Cric).

Como lo anterior, aunado al acervo probatorio recaudado, permite establecer que (i) el adolescente Víctor Lugo Bautista Tróchez estaba integrado a actividades agrícolas productivas, de las cuales derivaba una ayuda para su familia y (ii) el niño Alejandro Bautista Tróchez, ya estaba incursionando en ese mundo, acompañando y colaborando a sus padres en dichas labores, las cuales en un futuro muy próximo desarrollaría por sí sólo, es evidente que hay lugar a reconocer el lucro cesante pretendido en este caso.

Al no haber en el proceso elementos de juicio que permitan inferir el ingreso que devengaba el adolescente Víctor Lugo Bautista Tróchez y el que podría generar su hermano menor Alejandro, en un futuro próximo, en atención a la actividad productiva del entorno –corregimiento Tacueyó de Toribio- y grupo familiar como tal y, por ende, el lucro cesante reclamado por los padres, lo procedente, cuando establecido el daño antijurídico no resta sino determinar el quantum, tiene que ver con resolver en abstracto, a fin de que, mediante el trámite incidental previsto para el efecto, se liquide la prestación -artículos 172 y 178 del C.C.A., 137 del C. de P.C.-.

De manera que en el trámite que habrá de adelantarse con miras a acreditar el lucro cesante, sean peritos integrantes y designados por la misma comunidad Nasa o Páez o sus representantes, quienes, atendiendo sus costumbres y la economía del sector y de la familia, fijen (i) el ingreso promedio de los dos menores y (ii) el porcentaje que estos destinaría para sus gastos propios y colaborar a sus padres. El porcentaje establecido como destinado al núcleo familiar, se contabilizará para el caso del adolescente Víctor Lugo Bautista Tróchez desde la fecha de su fallecimiento hasta

en la que éste cumpla 20 años, edad en la que se infiere la emancipación y del niño Alejandro Bautista Tróchez desde la fecha en que éste habría cumplido 12 años, edad en la que se entendería incorporado completamente a su comunidad, hasta los 20 años, de acuerdo con la siguiente fórmula:

- **Indemnización debida:**

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

Para aplicar se tiene:

S	=	Suma a obtener
Ra	=	Renta actualizada, es decir, la establecida por los peritos
I	=	Tasa mensual de interés puro o legal, es decir, 0,004867.
N	=	Número de meses transcurridos desde (i) el fallecimiento del adolescente Víctor Lugo Bautista Tróchez hasta la fecha en la que éste habría cumplido 20 años de edad y (ii) el cumpleaños número 12 del niño Alejandro Bautista Tróchez hasta la fecha en la que éste habría cumplido 20 años de edad.
1	=	Es una constante.

La suma obtenida será dividida entre los padres de los menores referenciados.

Finalmente, como no fue objeto de apelación, la indemnización fijada por concepto de perjuicios morales y la indemnización *“futura o anticipada del menor Orlando Vitonas Bautista”*, estas se mantendrán y actualizarán.

El valor total reconocido por el a quo por concepto de indemnización *“futura o anticipada del menor Orlando Vitonas Bautista”*, se actualizará, así:

$$V_p = V_h \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Donde:

Vp: Valor presente de la prestación

Vh: capital o suma que se actualiza: \$6.856.156,72

Índice final: a la fecha de esta sentencia: 71.40-diciembre de 2002

Índice inicial: a la fecha de la sentencia del a-quo: 112.15-enero de 2013

V. Histórico	\$6.856.156,72
I. INICIAL	71,4
I. FINAL	112,15
Vp/ACTUAL	\$10.769.159,33

6. Costas

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia, en el trámite del proceso, actuación temeraria de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que proceda la condena.

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

RESUELVE

MODIFICAR la sentencia de primera instancia, esto es la proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca el 3 de diciembre de 2002, la cual quedará así:

1. **DECLARAR** la responsabilidad patrimonial de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército por la muerte de los menores Víctor Lugo y Alejandro Bautista Tróchez y la pérdida de la capacidad laboral del niño Orlando Vitonas Bautista.

En consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército a pagar, como indemnización de perjuicios, las siguientes sumas de dinero:

A. Por concepto de perjuicios morales, las sumas equivalentes en pesos a: 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los señores Avelino Bautista Quinaguas, Aura María Tróchez Mesa y Noralba Bautista Tróchez; 100 salarios mínimos legales para cada uno de los señores Jorge, Arturo, Lucelly, Noralba y Dionel Bautista Tróchez y 100 salarios mínimos legales para cada uno de los menores Darío, Tiolinda y Marisol Bautista Tróchez y Orlando Vitonas Bautista, representados por sus padres.

B. Por el concepto de indemnización futura o anticipada se reconocerá a favor del menor Orlando Vitonas Bautista la suma de \$10.769.159.33.

C. Por concepto de indemnización de perjuicios materiales –lucro cesante- a favor de Avelino Bautista Quinaguas y Aura María Tróchez Mesa, la suma que se acredite en el incidente que se promueva dentro del término previsto en la ley, conforme a los parámetros señalados en la parte motiva de esta providencia.

2. **DENEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

3. Sin condena en costas.

4. Por secretaría, **EXPEDIR** copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, las cuales se entregarán a quien acredite estar actuando como apoderado judicial dentro del proceso.

5. Ejecutoriada la presente sentencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de primera instancia para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Presidente de la Subsección

Magistrada