

FALLA DEL SERVICIO MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA - Ejército Nacional / DAÑO ANTIJURIDICO - Lesiones personales causadas a menor con arma de dotación oficial en operación militar

El primer elemento a tener en cuenta es la existencia del daño, que en este caso de acuerdo con las pruebas allegadas, se configuró cuando Néstor Darío Agudelo Rincón, fue herido en una pierna por tiro de fusil disparado por un miembro del Ejército, lo cual se puede verificar en la historia clínica allegada al proceso, que acredita el daño antijurídico.

RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR RIESGO EXCEPCIONAL - Régimen aplicable

De las circunstancias examinadas se puede concluir que el título de la imputación es la objetiva por el riesgo excepcional, ya que se trata de daños causados con arma de dotación oficial o afectas al servicio (actividad peligrosa por la potencialidad del daño) y por agente, en el cual quien demanda debe probar el hecho y el daño antijurídico, mientras que el Estado se exonera si demuestra causa extraña. (...) correspondía a la demandada comprobar la existencia de una causa extraña, a saber, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o hecho exclusivo y determinante de un tercero, para evitar que le fuera imputada responsabilidad por los daños sufridos por el actor. En el sub-lite se alegó culpa exclusiva de la víctima como argumento para solicitar la exoneración de responsabilidad, y la hizo consistir la apoderada en que las lesiones ocurrieron por la imprudencia del joven Agudelo Rincón, al transitar por la noche, en una zona de orden público y no atender las voces de alto del soldado que fungía como centinela. Sin embargo, del material probatorio arrimado al proceso se puede concluir que ni el lesionado ni su compañero, conocía que en ese sitio se adelantaba una operación militar, ya que según lo relatado por los mismos uniformados ellos cumplían una misión “infiltrados”, con el objetivo de dar con una columna guerrillera y aparte de lo anterior, se estableció que no se dieron voces de alerta, ni disparos de advertencia, tal como lo narraron los soldados, quienes manifestaron que los disparos se hicieron directamente hacia el sitio en donde se veía venir alguien.

NOTA DE RELATORIA: Referente a la responsabilidad objetiva por riesgo excepcional, consultar Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010 rad. 19289 MP. Enrique Gil Botero

DAÑO FISIOLÓGICO - Reconocimiento / DAÑO A LA SALUD, FISIOLÓGICO O BIOLÓGICO - Evolución jurisprudencial

En los eventos en que se ha condenado en primera instancia por perjuicio material derivado de una lesión a la integridad psicofísica que se ha venido reconociendo como daño fisiológico o daño a la vida de relación, la Sala Plena de la Sección Tercera, ha considerado necesario recoger esta denominación, por considerar que ellos no pueden comprender, de ninguna forma, el daño a la salud –comúnmente conocido como perjuicio fisiológico o biológico– como quiera que este último está encaminado a la reparación de cualquier lesión o afectación a la integridad psicofísica.

NOTA DE RELATORIA: En relación con los nuevos tipos de indemnización, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2011 MP. Enrique Gil Botero

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

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá D.C. miércoles, febrero quince (15) de dos mil doce (2012)

Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04143-01(20137)

Actor: NESTOR DARIO AGUDELO RINCON

Demandado: NACION MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL

Resuelve la Sub-Sección el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 22 de febrero de 2001, por medio de la cual se accedió a las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

1. La demanda

El día 19 de mayo de 1997, los señores NESTOR DARIO AGUDELO RINCON, PEDRO MARÍA AGUDELO, TERESA RINCON DIAZ, OLGA LUCIA, BLANCA NELCY, EDGAR, BLANCA MYRIAM, NORALBA y NILTON ALONSO SOLER RINCON; OLGA LUCIA, MARÍA CECILIA, JOSE RAMON y LUZ MARINA AGUDELO RODRIGUEZ, ANA YIBER AGUDELO VELASQUEZ, y los menores LEIDY PAOLA AGUDELO VELASQUEZ y CESAR AUGUSTO AGUDELO VELASQUEZ representados por su padre PEDRO MARIA AGUDELO, a través de apoderado, en ejercicio de la acción de reparación directa, presentaron demanda contra la Nación - Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, por los perjuicios derivados de las heridas causadas al joven Néstor Darío Agudelo Rincón, por miembros del Ejército Nacional.

1.1. Pretensiones.

1o. Declarar que la Nación- Ministerio de Defensa Ejército Nacional, es responsable de los perjuicios causados a los demandantes con las lesiones y secuelas sufridas por Néstor Darío Agudelo Rincón, causadas por el Ejército Nacional con sus armas de dotación oficial, en hechos ocurridos el día 3 de septiembre de 1996, en la vereda Arenal, Inspección de Policía de Arenales, Municipio de Medina (Cundinamarca).

2o. Condenar, a la Nación- Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, a pagar a la demandante los perjuicios causados, así:

- a. Morales a cada uno de los demandantes en cuantía de 1000 gramos oro.
- b. Perjuicios Fisiológicos en cuantía de 1000 gramos oro.

- c. Patrimoniales en cuantía de 50 millones de pesos por disminución de su capacidad laboral, teniendo en cuenta la edad del lesionado, su vida probable y la variación mensual del IPC, de acuerdo con las fórmulas del Consejo de Estado.

3o. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. cancelando los intereses moratorios o comerciales a que haya lugar.

1.2. Hechos

Los hechos pueden ser resumidos de la siguiente manera:

1. Los señores Pedro María Agudelo y Teresa Rincón Díaz procrearon a Néstor Darío Agudelo Rincón, quien nació el 9 de diciembre de 1978 y también a sus hermanos José Ramón, María Cecilia, Olga Lucía y Luz Marina Agudelo Rincón.

2. La señora Teresa Rincón Díaz, es madre de Blanca Myriam, Edgar, Olga Lucía, Noralba, Blanca Nelsy y Nilson Alonso Soler Rincón y el señor Pedro María Agudelo es padre de Ana Yiber, Leidy Paola y Cesar Augusto Agudelo Velásquez, quienes son hermanos del lesionado Néstor Darío Agudelo Rincón.

3. El joven Néstor Darío Agudelo Rincón, convive con sus padres y hermanos con quienes mantiene excelentes relaciones de afecto y ayuda mutuas, por lo cual las lesiones padecidas por él les causaron hondo sufrimiento.

4. Hasta el día de los hechos, el lesionado gozaba de excelente estado de salud, en la mañana era estudiante del Instituto Agrícola de Guacavía en Cumaral (Meta) donde cursaba undécimo grado y en la tarde colaboraba en labores de la finca de su madre ubicada, en la vereda Arenal, donde residía con su familia.

5. El día 3 de septiembre de 1996, hacia las 7 p.m. el joven Néstor Darío Agudelo Rincón se encontraba jugando microfútbol con su compañero de colegio John Edimer Vargas Acosta y otros amigos. Al terminar el juego ellos se dirigieron con

sus linternas encendidas a un caño cercano cuando escucharon dos disparos, uno de los cuales impactó a Néstor Darío quien lanzó voces de auxilio identificándose para que detuvieran el ataque.

En el lugar aparecieron varios militares con los que el joven había conversado en días anteriores quienes los llevaron al Hospital de Villavicencio donde permaneció más de un mes, luego de ser operado en su pierna derecha.

6. Como consecuencia de las lesiones el joven Néstor Darío presenta perturbación funcional de su miembro inferior derecho, lo cual le impide caminar normalmente, así como fractura en la pelvis.

7. Por los hechos relatados se adelanta investigación penal, por parte del Juzgado 31 de Instrucción Penal Militar con sede en Villavicencio.

8. La entidad demandada debe asumir la responsabilidad por cuanto los hechos constituyen una falla del servicio, teniendo en cuenta que sus miembros activos con arma de dotación oficial y en misión oficial lesionaron grave e injustamente al reclamante, como consecuencia de una conducta descuidada y negligente, generándole un perjuicio antijurídico que debe ser indemnizado plenamente.

Como fundamentos jurídicos se aduce que procede la declaratoria de responsabilidad de la demandada porque el Ejército no hizo las recomendaciones a la población civil sobre el desplazamiento ni informó de las medidas de prevención que debían observar para evitar ser afectados durante el tiempo de permanencia de las unidades militares en la zona.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que se usaron armas de dotación oficial, sin verificar el objetivo y sin agotar previamente el procedimiento adecuado, consistente en una orden inicial de alto, disparos al aire, etc., lo cual hubiera evitado las graves e injustas lesiones causadas y tampoco se restringió el paso de los habitantes de la vereda en horas nocturnas por el lugar.

Por tal razón los hechos se presentaron como consecuencia de la conducta descuidada y negligente de miembros activos del Ejército Nacional que activaron armas de dotación oficial sin verificar contra quien se dirigían los disparos, conducta que era obligatoria observancia ya que la zona era poblada y los miembros del Batallón Contraguerrilla No. 32 habían recibido instrucción superior en labores militares y manejo de armas y en los protocolos a seguir en una situación como esa.

Trámite procesal y contestación de la demanda

La demanda fue admitida mediante auto de junio 10 de 1997, en el cual se ordenó notificar a las partes y fijar en lista (fl. 33).

El Ejército Nacional contestó la demanda con memorial del 18 de noviembre de mayo de 1997, en el cual se opuso a las pretensiones y adujo que en el presente caso debe examinarse los motivos y las circunstancias de tiempo modo y lugar para determinar si se obró bajo causal de inculpabilidad (fls. 37 a 40).

Mediante providencia del 18 de diciembre de 1997, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, decretó pruebas (fls. 41 a 43).

El 14 de junio de 2000, se celebró audiencia de conciliación, la cual se declaró fracasada porque a la parte actora no asistió y además a la demandada no le asistía ánimo conciliatorio (fl.77).

En auto de octubre 18 de 2000 se dispuso correr traslado para alegar de conclusión (fls. 87).

La parte actora alegó de conclusión, con memorial del 4 de diciembre de 2000, donde reiteró los argumentos planteados en la demanda y adicionalmente manifestó que a la versión suministrada por el soldado que disparó se opone la declaración del testigo presencial, de manera que se acreditó la falla del servicio, el daño y el nexo causal entre los dos (fls. 89 a 90).

El Ejército describió el traslado, manifestando que las pruebas evidencian que las lesiones padecidas se debieron a la imprudencia del joven Agudelo Rincón, porque se encontraban de noche en una zona de orden público donde hay presencia de grupos subversivos, por lo que existe culpa exclusiva de la víctima. Adicionalmente alegó que en el proceso penal adelantado contra el agente que disparó, se reconoció una causal de inculpabilidad consistente en haber obrado con la convicción errada de estar amparado en causal de justificación y por ello cesó todo procedimiento y en relación con los perjuicios se precisó que no hubo evaluación médica que indicara la disminución laboral y acreditara el daño, de modo que no pueden concederse perjuicios materiales ni fisiológicos ya que no se demostraron (fls. 91 a 93).

2. La providencia de primera instancia.

El Tribunal de primera instancia en primer lugar precisó que para efectos de la responsabilidad administrativa no incide el hecho de que la investigación penal haya cesado el procedimiento por reconocimiento de una causal de inculpabilidad, luego efectuó el análisis del caso bajo el régimen de falla del servicio presunta, que implica que corresponde a la parte actora demostrar el daño y la relación de causalidad, mientras que la entidad debe probar que no hubo negligencia ni imprudencia, es decir, desvirtuar la presunción legal de culpa o la existencia de causales de exoneración de responsabilidad.

El a-quo consideró que en el proceso no se demostró que la entidad demanda haya tomado las medidas pertinentes para proteger a los ciudadanos, tales como informar de los operativos, restringir el paso, etc. y contrario sensu, se pudo establecer por la parte actora la existencia del daño, consistente en las lesiones sufridas por el joven Agudelo Rincón, a consecuencia del disparo recibido y el nexo causal, ya que se probó fehacientemente que las heridas fueron causadas

por un miembro del Ejército, en el ejercicio de sus funciones y con arma de dotación oficial.

En consecuencia, se condenó al pago de perjuicios morales en cuantía de 500 gramos oro para el lesionado, 200 gramos oro para el padre y la madre y 100 gramos oro para cada uno de los hermanos. Se reconoció también el perjuicio fisiológico o a la vida de relación, el equivalente a 800 gramos oro.

En relación con los perjuicios materiales en su modalidad de daño emergente, se negó su reconocimiento por cuanto de la prueba testimonial se desprende que los gastos médicos fueron asumidos por el Sargento Segundo Carlos Manuel Romero Rodríguez, Comandante encargado de la Contraguerrilla 66 y en cuanto al lucro cesante, también fueron negados dado que se observó que el lesionado al momento de los hechos era estudiante de grado once y no realizaba ninguna actividad que generara renta o ganancia para él o para su familia, y tampoco se demostró la pérdida de capacidad laboral (fls. 95 a 112).

3. Recurso de apelación

La parte demandada, presentó oportunamente recurso de apelación, mediante memorial del 1 de marzo de 2001, el cual fue sustentado el 17 de agosto de 2001, en el que manifestó su inconformidad con la providencia en relación con el reconocimiento del perjuicio fisiológico, por considerar que en el proceso no se demostró la pérdida de la capacidad laboral, lo cual era indispensable para el pago de perjuicios materiales y también para los fisiológicos ya que lo que se indemniza no es el dolor o sufrimiento por el hecho dañino sino la pérdida de la facultad de hacer cosas y de vivir en igualdad de condiciones que sus semejantes, por tal razón debe probarse que la lesión física realmente altera las condiciones normales de existencia y si la lesión física no genera secuelas no hay daño fisiológico o bien puede ocurrir que no toda lesión o daño corporal implica un daño fisiológico.

En este caso, como se probó la pérdida de la capacidad laboral sin las posibles secuelas del lesionado, no están demostrado los perjuicios fisiológicos y por ello no deben reconocerse (fls.125 a 127).

8. Alegatos de Conclusión

El recurso fue admitido por medio de auto del 7 de septiembre de 2001 y con providencia de octubre 1 de 2001, se dio traslado para alegar de conclusión (fls.129 y 131).

La parte demandada hizo uso del traslado mediante memorial en el que reiteró lo expuesto en el recurso (fls. 133 a 135).

El Ministerio Público rindió concepto en el cual aclaró que en su concepto el régimen aplicable no es el de responsabilidad presunta por el uso de armas de fuego y no la falla presunta del servicio como se consignó en el fallo apelado.

En relación con el reconocimiento de los perjuicios fisiológicos, que es el motivo de apelación, la agencia fiscal conceptuó que no hay prueba de que se haya afectado su vida de relación o la capacidad de realizar actividades placenteras porque en el proceso hay tres reconocimientos médicos forenses pero de ellos no se puede deducir que sufrió un perjuicio fisiológico que deba ser indemnizado, ya que ni siquiera en los testimonios se hizo referencia a limitación alguna padecida

por el lesionado para el desarrollo de sus actividades cotidianas o la práctica de labores o actividades placenteras o esenciales para el ser humano(fls.138 a 143).

CONSIDERACIONES

Esta Sala es competente de conformidad con lo establecido en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 del Consejo de Estado para decidir el recurso de apelación formulado por la parte actora contra la sentencia proferida el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 22 de febrero de 2001, por medio de la cual se accedió a las súplicas de la demanda.

En este caso se verifica que se trata de apelante único y que no se configuran los supuestos previstos en el artículo 184 del C.C.A. para que proceda el grado jurisdiccional de consulta.

A pesar de no haberse manifestado el apelante en cuanto a la atribución de responsabilidad, considera la Subsección que es indispensable hacer algunas precisiones sobre las consideraciones de la providencia recurrida en aras de hacer claridad sobre la responsabilidad del Estado en eventos como éste.

El artículo 90 constitucional dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, esto se concretiza en los eventos en los cuales se configura un daño antijurídico, o aquel que no se tiene el deber jurídico de soportar.

El daño antijurídico que pueda imputarse al Estado debe ser indemnizado plenamente para lograr que se haga efectivo el principio de igualdad ante las cargas públicas, resarcimiento que debe ser proporcional al daño sufrido.

Los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad, son esencialmente el daño antijurídico y su imputación a la administración entendiendo por tal, el componente que *“permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado. En la responsabilidad del Estado, la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos. Una vez se define que se está frente a una obligación que incumbe al Estado, se determina el título en razón del cual se atribuye el daño causado por el agente a la entidad a la cual pertenece, esto es, se define el factor de atribución (la falla del servicio, el riesgo creado, la igualdad de las personas frente a las cargas públicas). Atribuir el daño causado por un agente al servicio del Estado significa que éste se hace responsable de su reparación, pero esta atribución sólo es posible cuando el daño ha tenido vínculo con el servicio. Es decir, que las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público”*.¹

¹ Consejo de Estado; Sección Tercera; sentencia del 16 de septiembre de 1999; Exp.10922 C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Tal como se ha precisado por vía jurisprudencial, en la imputación debe acreditarse la relación entre la conducta y el daño (imputatio facti) y la razón por la cual las consecuencias de esa afectación deben ser asumidas por el Estado (imputatio juris).

Del caso concreto.

Las pretensiones de la demanda se orientan a obtener la indemnización de perjuicios causados como consecuencia de la herida con arma de fuego, propinada al joven Néstor Darío Agudelo Rincón en su pierna derecha, por un miembro del Ejército, con arma de dotación oficial, en hechos ocurridos mientras se encontraban en desarrollo de una operación militar.

Pruebas

Al plenario se allegaron oportunamente las siguientes pruebas:

1. Registros Civiles de Néstor Darío Agudelo Rincón, Blanca Myriam Soler Rincón, Edgar Soler Rincón, Olga Lucía Soler Rincón, Noralba Soler Rincón, Blanca Nelsy Soler Rincón, Nilton Alonso Soler Rincón, José Ramón Agudelo Rodríguez, María Cecilia Agudelo Rodríguez, Olga Lucía Agudelo Rodríguez, Luz Marina Agudelo Rodríguez, Ana Yiber Agudelo Velásquez, Leidy Paola Agudelo Velásquez, Cesar Augusto Agudelo Velásquez, María Teresa Rincón Díaz y Partida de Bautismo de Pedro María Agudelo, nacido el 25 de noviembre de 1929 (fls. 1 a 16, c.2).
2. Certificado de estudiante de grado 11, en el Instituto Agrícola de Guacavía Cumaral Meta (fl.19, c.2).
3. Copia de la Historia Clínica No. 39.76.41 del señor Néstor Darío Agudelo Rincón (fls.20 a 46, c. 2).
4. Testimonio de Josue Gregorio Vargas Soler, profesor del lesionado; Alfonso Robayo Sanabria, quien declaró acerca de las relaciones de afecto entre los miembros de la familia; Fidolo Rojas Guevara; María Meli Acosta Delgado, mamá del joven que se encontraba con Agudelo Rincón el día de los hechos y da cuenta de lo ocurrido ese día y de las buenas relaciones entre los familiares (fls. 23 a 27, c.2).
5. Certificación del DAS de que el señor Néstor Darío Agudelo Rincón, no tiene antecedentes (fls. 132 y 133, c.3).
6. Testimonio de John Edimer Vargas Acosta, quien fue testigo de los hechos y relató que ese día fueron a jugar micro fútbol y después salieron para la casa de su hermano, para llegar allá tenían que pasar por un caño y cuando estaban cruzando escucharon disparos como ocho a diez disparos, cuando sonó el segundo disparo el cayó al suelo y gritó que no dispararan que eran estudiantes, el joven Vargas Acosta se fue por el caño abajo y no ayudó al herido sino que lo dejó ahí, luego cuando volvieron a buscarlo su mamá y otras personas, fue cuando dijeron que eran los soldados los que le habían disparado.

Aclaró también que ellos no sabían que la patrulla del Ejército estaba en ese sector y que en el momento de los hechos estaba oscuro y no oyeron ningunas voces de alto.

7. Copia autenticada del Proceso Penal adelantado contra el soldado Walter Herrera Gómez por lesiones personales causadas a Néstor Darío Agudelo

Rincón, en la vereda El Arenal, del Municipio de Medina (Cundinamarca), el cual se tramitó ante el Juzgado 31 de Instrucción Penal Militar de Villavicencio (cdno. 3).

8. Informe rendido por el Sargento Segundo Carlos Manuel Romero Rodríguez, Comandante del Batallón Conraguerrilla Centauros 66 y posteriormente ratificado, donde se informó que ese día habían permanecido todo el día infiltrados en los alrededores del sitio, y a eso de las siete de la noche el centinela Herrera Gómez gritó “alto, quien anda ahí” en tres oportunidades y como no contestaron hizo dos disparos y toda la patrulla tomó plan de reacción. Luego oyeron alguien que decía que estaba herido se acercó y verificó quien era y luego le prestó los primeros auxilios y lo trasladó hasta Villavicencio (fls. 8 a 11, c.3).
9. Declaración de Néstor Darío Agudelo Rincón quien narró lo ocurrido el día de las lesiones pero aclaró que no sabían que el Ejército estaba por ese lado, porque en general la zona es tranquila, afirmó que no escuchó ninguna voz de alto (fls. 12 a 14, c.3).
10. Declaración rendida por John Edimer Vargas Acosta, que iba con el lesionado el día de los hechos y corrobora que antes de los disparos no hubo voces de alto (fls. 15 a 17, c.3).
11. Testimonio del soldado voluntario Yesid de Jesús Marín Quirama, quien afirmó que después de oír dos disparos, fueron donde el Centinela quien manifestó que había disparado hacia algo que se venía movilizándose al sitio donde se encontraban y cuando fueron a ver encontraron al joven herido. Al ser interrogado sobre si escuchó voces de alto, manifestó que por la distancia no escuchó nada (fls. 18 a 20, c.3).
12. Orden de Operaciones fragmentaria No. 026/96 Centauro, para ser cumplida entre otras en la vereda Arenales del Municipio de Medina (Cundinamarca) (fls. 23 a 25, c.3).
13. Certificado de la calidad de militar del soldado voluntario Herrera Gomez Walter orgánico del Batallón Conraguerrillas No. 32 “Libertadores de la Uribe” (fl. 27, c.3).
14. Reconocimiento Médico Forense No, 557, del 9 de septiembre de 1996, donde se consignó “Refiere que recibió herida por proyectil arma de fuego en cadera derecha. Se revisa RX donde se aprecia fractura de la rama isquiopública del hueso (sic) iliaco, desplazada conminuta” y como conclusión se anota “ Mecanismo causal: proyectil arma de fuego. Incapacidad provisional de sesenta (60) días Pendiente nuevo reconocimiento para dictaminar incapacidad definitiva y secuelas; se debe adjuntar resumen de historia clínica” (fl.36, c.3).
15. Reconocimiento Médico Forense No. 705 de noviembre 1 de 1996, practicado a Néstor Darío Agudelo Rincón, por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses Dirección Seccional Meta, donde se consignó que se produjo herida con arma de fuego, “incapacidad legal definitiva de 60 días y en el momento como secuela se dictamina deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente, perturbación función de miembro inferior derecho de carácter a definir en tres meses” (fl. 38, c.3).
16. Tercer reconocimiento Médico Forense al lesionado, con fecha 13 de febrero de 1997, practicado por el Instituto de Medicina Legal, Dirección Seccional Meta en donde se indicó que persiste la dificultad para la dorsiflexión de grueso artejo derecho, hay atrofia de cuádriceps derecho con asimetría de la circunferencia medial del muslo y como conclusión se consignó: “se establece como secuela una perturbación funcional de miembro inferior derecho de carácter permanente” (fl. 89, c.3).
17. Copia de la providencia de febrero 25 de 1998, mediante la cual el Juzgado de Primera Instancia, dispuso cesar el procedimiento por encontrar probada

una causal de inculpabilidad, confirmada por el Tribunal Superior Militar el 25 de noviembre de 1998 (fls. 125 a 129, c.3).

18. Certificación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social - Regional Meta, sobre la incapacidad del lesionado, donde se afirma que el paciente sufrió una deficiencia de 6.0%, discapacidad del 1.8% y Minusvalía del 8.0%, para un total de 15.8% de merma laboral.

El daño antijurídico

Tal como se dejó consignado, el primer elemento a tener en cuenta es la existencia del daño, que en este caso de acuerdo con las pruebas allegadas, se configuró cuando Néstor Darío Agudelo Rincón, fue herido en una pierna por tiro de fusil disparado por un miembro del Ejército, lo cual se puede verificar en la historia clínica allegada al proceso, que acredita el daño antijurídico.

La imputación

Ahora, desde el plano de la imputación, corresponde determinar si la herida recibida es imputable a la entidad demandada, o si por el contrario, es atribuible a una causa extraña.

Previamente debe anotarse que en el recurso de apelación la parte demandada limitó el motivo de inconformidad al reconocimiento de los perjuicios por daño fisiológico, sin cuestionar la responsabilidad endilgada al Ejército, razón por la cual este tema no debe ser objeto de análisis en esta instancia. No obstante, se considera importante hacer algunas precisiones sobre lo manifestado en el fallo de primera instancia acerca del régimen aplicable.

En efecto, contrario a lo afirmado en la providencia impugnada, de las circunstancias examinadas se puede concluir que el título de la imputación es la objetiva por el riesgo excepcional, ya que se trata de daños causados con arma de dotación oficial o afectas al servicio (actividad peligrosa por la potencialidad del daño) y por agente, en el cual quien demanda debe probar el hecho y el daño antijurídico, mientras que el Estado se exonera si demuestra causa extraña.

Al respecto se ha afirmado:

Ahora bien, la Sala ha estimado que en aquellos casos en los que se debate la obligación del Estado de indemnizar el perjuicio generado por la utilización de armas de dotación oficial, se debe aplicar el sistema objetivo de responsabilidad por riesgo excepcional, toda vez que el Estado asume los riesgos a que expone a la sociedad con ocasión de la utilización de artefactos peligrosos o por el desarrollo de actividades de igual naturaleza. En tal sentido, para efectos de determinar la responsabilidad, resulta irrelevante el análisis de la licitud o ilicitud de la conducta asumida por los agentes estatales, como quiera que es suficiente para imputar el daño antijurídico, a título de riesgo excepcional, la demostración de que este fue causado por el artefacto o por la realización de la actividad peligrosa cuya guarda se encontraba a cargo del Estado. Sin embargo, éste podrá ser exonerado de responsabilidad demostrando que la imputación no existe o es apenas aparente, cuando el hecho ha tenido ocurrencia por la intervención de un elemento extraño:

fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima. Los elementos probatorios aportados al proceso, permiten demostrar, de manera diáfana, que el 25 de junio de 1995, Héctor Jaime Muñoz Bermúdez murió a consecuencia de disparos con armas de dotación oficial. Fueron agentes de la sección de automotores de la Sijin quienes detuvieron la volqueta, iban uniformados y se identificaron en todo momento como miembros de la Policía Nacional, e hicieron uso de sus armas causando con ellas el deceso de Muñoz Bermúdez. Como ya se consideró, de las pruebas que obran en el proceso, no es posible deducir una conducta atribuible a la víctima que permita configurar la exoneración parcial o total de la demandada. Como corolario de lo anterior, se revocará la sentencia apelada y se declarará la responsabilidad patrimonial de la administración, a título de riesgo excepcional por actividades peligrosas, al tratarse de la muerte de un ciudadano con un arma de dotación oficial, sin que medie o se configure causa extraña.²

Como consecuencia de lo anterior, correspondía a la demandada comprobar la existencia de una causa extraña, a saber, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o hecho exclusivo y determinante de un tercero, para evitar que le fuera imputada responsabilidad por los daños sufridos por el actor.

En el sub-lite se alegó culpa exclusiva de la víctima como argumento para solicitar la exoneración de responsabilidad, y la hizo consistir la apoderada en que las lesiones ocurrieron por la imprudencia del joven Agudelo Rincón, al transitar por la noche, en una zona de orden público y no atender las voces de alto del soldado que fungía como centinela.

Sin embargo, del material probatorio arrojado al proceso se puede concluir que ni el lesionado ni su compañero, conocía que en ese sitio se adelantaba una operación militar, ya que según lo relatado por los mismos uniformados ellos cumplían una misión "infiltrados", con el objetivo de dar con una columna guerrillera y aparte de lo anterior, se estableció que no se dieron voces de alerta, ni disparos de advertencia, tal como lo narraron los soldados, quienes manifestaron que los disparos se hicieron directamente hacia el sitio en donde se veía venir alguien.

Al respecto se precisa, que en muchas oportunidades la Sala ha señalado que para que se configure esta causal es necesario que la conducta de la víctima sea factor decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño y en este caso su participación se limitó a transitar por la zona.

Así lo ha dicho la Sala:

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia agosto 11 de 2010, rad. 19289 C.P Enrique Gil Botero.

“La Sala debe abordar el análisis de la culpa exclusiva de la víctima como causal exonerativa de responsabilidad, como quiera que es posible que la propia conducta de la persona en quien se materializó el daño antijurídico haya sido la desencadenante del mismo, bien sea de manera total o parcial, en cuyo evento habrá que analizar los supuestos que rodean cada caso concreto. De otra parte debe puntualizarse que, por ser el título de riesgo excepcional uno de aquellos de naturaleza objetiva, no le basta a la entidad demandada probar que su actuar fue diligente y cuidadoso, con el fin de enervar las pretensiones formuladas, sino que, en estos supuestos, el factor subjetivo no interviene en la imputación del hecho dañoso, circunstancia por la cual la única forma con que cuenta el extremo pasivo de la litis para liberarse de la imputación, es a partir de la demostración de una causa extraña en relación con el daño, esto es: i) que se produjo a causa de una fuerza mayor, o ii) por culpa exclusiva de la víctima, o iii) a consecuencia del hecho exclusivo y determinante de un tercero. La misma Sección ha tenido oportunidad de abordar el análisis de la culpa de la víctima o el hecho de un tercero, en relación con los daños derivados de redes eléctricas en situaciones en las cuales, por ejemplo, un tercero realiza una conexión ilegal que termina produciendo un resultado dañino que con posterioridad se pretende endilgar a la administración pública, o eventos en los que la propia persona que padece la electrocución se ha puesto en una situación de riesgo -asumida de forma voluntaria-, determinante en la generación del perjuicio”.

....

“En relación con la culpa exclusiva de la víctima como causal eximente de responsabilidad, es importante definir el contenido y alcance de la misma, con miras a establecer qué elementos y características deben estar acreditados a efectos de que se rompa el nexo de imputación con el Estado de manera total o parcial. Lo anterior, toda vez que en materia de responsabilidad de la administración pública derivada de redes eléctricas la víctima puede tener, en un gran número de casos, una participación en los hechos productores del resultado, condición que debe ser valorada para efectos de configurar y delimitar la circunstancia exonerativa. Desde la perspectiva general, es claro que el hecho de la víctima a efectos de que sea valorado como causal eximente de responsabilidad no necesariamente debe revestir, en relación con el demandado, las condiciones de irresistibilidad e imprevisibilidad de la fuerza mayor, como quiera que no existe disposición jurídica que radique en cabeza del tercero a quien se le imputa del daño la obligación de precaver los hechos de la víctima y, más aún, de evitarlos. En efecto, el demandado sólo se encuentra obligado a evitar los daños padecidos por la víctima en aquellos eventos en que se encuentre en posición de garante frente a aquélla, casos en los cuales, a efectos de enervar la acción indemnizatoria debe acreditar la imprevisibilidad e irresistibilidad de la conducta que origina el daño, con miras a exonerarse de la responsabilidad que se le endilga. A contrario sensu, en las demás circunstancias, el demandado se libera si logra acreditar que fue la consecuencia del comportamiento de la propia persona que sufrió el daño. En ese sentido, la Sala debe precisar y desarrollar la posición jurisprudencial vigente. No se requiere para configurar la culpa exclusiva de la víctima que el presunto responsable acredite que la conducta de aquélla fue imprevisible e irresistible, sino que lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño; incluso, una participación parcial de la víctima en los hechos en modo alguno determina la producción del daño, sino que podría de manera eventual conducir a estructurar una concausa y, por lo tanto, a reconocer una proporcionalidad en la materialización del mismo y en su reparación. Así las cosas, si la culpa de la víctima es causa parcial (concausa) en la producción del daño, esta circunstancia puede constituir un factor de graduación del perjuicio,

todo lo cual dependerá del grado de participación de la propia persona afectada en la concreción de los hechos que son objeto de análisis”. ³

La indemnización de perjuicios

Los perjuicios materiales no fueron reconocidos al demandante teniendo en cuenta que los gastos médicos fueron cancelados por el Comandante de la Brigada y también que al momento de los hechos el lesionado era estudiante y no tenía ningún ingreso económico.

Por otra parte, el daño moral, entendido como la aflicción, dolor, angustia y los otros padecimientos que sufre la persona con ocasión del evento dañoso y que deben ser indemnizados en aplicación del principio general de reparación integral del daño, de acuerdo con lo probado en el proceso, fueron reconocidos al lesionado, a los padres y a sus hermanos, aspecto que no mereció reparo de la parte demanda, pero como a partir de la sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala determinó que el reconocimiento no debía hacerse en gramos oro, sino que aconsejó la liquidación de las condenas en sumas de dinero expresadas en salarios mínimos legales mensuales, de acuerdo con el criterio del juez, para lo cual se debe tener en cuenta que en los eventos en que se trate del máximo grado por daño moral, la indemnización a reconocer será de 100 SMMLV⁴, se procederá a modificar en este aspecto la sentencia de primera instancia, para adecuarla en ese sentido.

- a. Para el lesionado, Néstor Darío Agudelo Rincón, 500 gramos oro = 50 SMMLV.
- b. Para los padres, Pedro María Agudelo y Teresa Rincón Díaz, 200 gramos oro = 20 SMMLV para cada uno.
- c. Para los hermanos, Olga Lucia, Blanca Nelcy, Edgar, Blanca Myriam, Noralba Y Nilton Alonso Soler Rincón; Olga Lucia, María Cecilia, José Ramón, Luz Marina Agudelo Rodríguez, Ana Yiber Agudelo Velásquez, Leidy Paola Agudelo Velásquez y Cesar Augusto Agudelo Velásquez, 100 gramos oro = 10 SMMLV para cada uno.

Daño fisiológico, daño a la salud.

Adicionalmente en la providencia se reconoció un perjuicio a la alteración a las condiciones de existencia, denominación adoptada por la Sala para redefinir el

³ Consejo de Estado, sección tercera, sentencia de agosto 13 de 2008 rad, 17042 C.P. Enrique Gil Botero.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646. MP. Alier Eduardo Hernández Henríquez.

perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación⁵, lo cual constituye el motivo de inconformidad, porque en criterio del apelante tal circunstancia no fue probada en el proceso.

Al respecto debe precisarse que en los eventos en que se ha condenado en primera instancia por perjuicio material derivado de una lesión a la integridad psicofísica que se ha venido reconociendo como daño fisiológico o daño a la vida de relación, la Sala Plena de la Sección Tercera, ha considerado necesario recoger esta denominación, por considerar que ellos no pueden comprender, de ninguna forma, el daño a la salud –comúnmente conocido como perjuicio fisiológico o biológico– como quiera que este último está encaminado a la reparación de cualquier lesión o afectación a la integridad psicofísica.

Por ello se vio la necesidad de volver a analizar los tipos indemnizatorios con el fin de crear unos nuevos que favorezcan la aplicación del principio de reparación integral, establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998.

Así en sentencia del 14 de septiembre de 2011, con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero se introdujo esta modificación sobre el tema, allí se consignó:

“Esa expectativa no ha sido ajena en nuestro derecho vernáculo, razón por la cual se han trazado en diferentes etapas de la jurisprudencia contencioso administrativa y ordinaria - civil, diferentes tipos o categorías de daños que permitan reconocer las afectaciones que se producen a causa de la concreción de un daño antijurídico.

De modo que, el “daño a la salud” –esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica– ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.) para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos.

Se reconoce de este modo una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral. Es decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003-385 M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readoptar la noción de daño a la salud, fisiológico o biológico, como lo hace ahora la Sala, pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona, como quiera que al haberlo subsumido en unas categorías o denominaciones que sirven para identificar perjuicios autónomos y que han sido reconocidos en diferentes latitudes, como por ejemplo la alteración a las condiciones de existencia (v.gr. Francia), se modificó su propósito que era delimitar un daño común (lesión a la integridad corporal) que pudiera ser tasado, en mayor o menor medida, a partir de parámetros objetivos y equitativos, con apego irrestricto a los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad⁶.

En otros términos, un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia -antes denominado daño a la vida de relación- precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.

Es así como la doctrina, sobre el particular señala:

“Hecha esta identificación, entre el daño corporal y el daño a la salud, vemos que también se identifica con el perjuicio fisiológico; terminología que impera en la doctrina francesa para referirse al daño en la esfera funcional, como sinónimo del daño a la integridad física y psíquica de la persona; se denomina así porque afecta, como decimos, la esfera funcional con independencia de la pérdida de rentas que pueda ocasionar.

“Pero esta terminología es peligrosa porque se desliza hacia una realidad diferente. Como se ha precisado por la doctrina italiana, hay que matizar que, si bien a veces se utiliza como sinónimo del llamado daño biológico, la doctrina italiana más especializada, ha señalado que este último, es un concepto médico - legal, mientras que el daño a la salud es un concepto jurídico, normativo, que se encuentra consagrado en el artículo 32 de la Constitución...”⁷ (Se destaca).

⁶ “El daño subjetivo o daño a la persona es aquél cuyos efectos recaen en el ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, desde la concepción hasta el final de la vida. Por la complejidad del ser humano, los daños pueden efectuar alguna o algunas de sus múltiples manifestaciones o “maneras de ser”. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos “El daño a la persona”, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pág. 71 y s.s.

⁷ VICENTE Domingo, Elena “Los daños corporales: tipología y valoración”, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, Pág. 139.

En esa perspectiva, se insiste, la noción de daño a la vida de relación que sirvió al Consejo de Estado para indemnizar los perjuicios inmateriales sufridos por el sujeto, diferentes al moral, no es más que un concepto que ya no es utilizado por la doctrina y jurisprudencia italianas, en la medida en que se ha reconocido independencia entre el perjuicio biológico o fisiológico –relacionado con la órbita psicofísica del individuo– y otros perjuicios que afectan valores, derechos o intereses de la persona que, en la actualidad, en Italia, serían indemnizados bajo la panorámica del daño existencial (v.gr. la tranquilidad del ser humano, la seguridad, las condiciones de existencia, entre otros)⁸, sin que esta última categoría se encuentre lo suficientemente decantada en otras latitudes, razón para rechazar en esta instancia su adopción en el derecho colombiano, máxime si de manera reciente fueron proferidas cuatro sentencias de la Sección Unida (Sala Plena) de la Corte de Casación Italiana, en la que se recoge el daño existencial dado, precisamente, de la amplitud y falta de delimitación conceptual que implicaba (imposibilidad de objetivización)⁹.

Desde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica puesto que parten de confrontar, o mejor de un parangón entre la esfera individual y la externa o social; el primero en la carga relacional del sujeto (relaciones sociales) lo que llevó a que fuera considerado en Italia como un daño subjetivo, inequitativo e desigualitario –dado que una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, sin que eso suponga que deba indemnizarse diferente el daño–, y el segundo, por referirse a una alteración grave y significativa del proyecto de vida, es decir, a los planes y objetivos de la persona hacia el futuro.

Entonces, como se aprecia, el daño a la salud gana claridad, exactitud y equidad donde los precisados perjuicios la pierden, puesto que siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no sólo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que las mismas generan, razón por la que, sería comprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables, con lo que se conseguiría una sistematización del daño no patrimonial¹⁰. En otros términos, se insiste, en Colombia el sistema indemnizatorio está limitado y no puede dar lugar a que se abra una multiplicidad de categorías resarcitorias que afecten la estructura del derecho de daños y la estabilidad presupuestal que soporta un efectivo sistema de

⁸ "Allí se define el daño existencial [se refiere a la sentencia de la Sala Plena de la Corte de Casación Italiana No. 6572 del 24 de marzo de 2006] como todo perjuicio causado en el hacer no reditual del sujeto, susceptible de ser constatado de manera objetiva, que altera sus hábitos y su modo de relacionarse, induciéndolo a alternativas de vida distintas, que inciden en el despliegue y realización de su personalidad en el mundo exterior." KOTEICH Khatib, Milagros "El daño extrapatrimonial", en "Diritto Romano Comune e America Latina", Universidad Externado de Colombia, Pág. 259.

⁹ Ver: Corte de Casación Italiana, sentencia del 24 de junio de 2008, publicada el 11 de noviembre de 2008, No. 26972.

¹⁰ Fruto del trabajo jurisprudencial en Italia, se llegó a establecer dentro de este orden que el concepto daño biológico agrupa entre otros: el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a la esfera sexual y el daño a la incapacidad laboral genérica, todo lo cual ha sido recogido y reconocido por la Corte Suprema de Casación de ese país. Ver entre otras, las sentencias: No. 2761 de 1990, 1341 de 1991, 11133 de 1990, 9170 de 1994, y 7262 de 1991.

responsabilidad patrimonial del Estado, motivo por el que, se itera, cuando el daño se origine en una lesión psíquica o física de la persona el único perjuicio inmaterial, diferente al moral que será viable reconocer por parte del operador judicial será el denominado “daño a la salud o fisiológico”, sin que sea posible admitir otras categorías de perjuicios en este tipo de supuestos y, mucho menos, la alteración a las condiciones de existencia, categoría que bajo la égida del daño a la salud pierde relevancia, concreción y pertinencia para indemnizar este tipo de afectaciones.

En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica¹¹. Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista.

De allí que no sea procedente indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que se deriva del daño a la salud, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que el daño a la salud se repara con base en dos componentes: i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada.

Así las cosas, el daño a la salud permite estructurar un criterio de resarcimiento fundamentado en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima “a igual daño, igual indemnización”¹².

En consecuencia, se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una

¹¹ “Este estado de cosas no sólo deja la sensación de desorden, sino que también crea desigualdades entre víctimas, cuyos intereses aparecen, en igual medida, dignos de protección; así pues, el problema de fondo es el de establecer los límites, que deben ser “límites razonables”, determinados sí, en términos jurídicos.” CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 57.

¹² “En el histórico fallo 184 de 1986 la Corte Constitucional italiana afirmó que el criterio de liquidación que debe adoptarse para el resarcimiento del daño biológico “debe, de un lado, responder a una uniformidad pecuniaria de base (el mismo tipo de lesión no puede valorarse de manera diferente para cada sujeto) y, de otro, debe ser suficientemente elástico y flexible para adecuar la liquidación del caso concreto a la incidencia efectiva de la lesión sobre las actividades de la vida cotidiana, por medio de las cuales se manifiesta concretamente la eficiencia sicofísica del sujeto perjudicado.” ROZO Sordini, Paolo “El daño biológico”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 209 y 210.

lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo.

Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), sólo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios –siempre que estén acreditados en el proceso –:

i) los materiales de daño emergente y lucro cesante;

ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal¹³.

Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto. En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.

Es decir, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, el daño a la salud surge como categoría autónoma y, por lo tanto, desplaza por completo denominaciones o tipos de perjuicios abiertos que han sido empleados en otras latitudes, pero que, al igual que en esta ocasión, han cedido paso al daño corporal como un avance jurídico que permite la reparación efectiva y objetiva del perjuicio proveniente de la lesión al derecho constitucional y fundamental a la salud.

¹³ “Se está en presencia de un nuevo sistema clasificatorio del daño que acepta la existencia de tres modalidades del mismo: los patrimoniales, los morales y el biológico. Diferenciándose el biológico en cuanto al moral en la medida en que el primero es la lesión en sí misma considerada, y otra diferente, son los sufrimientos, el dolor y los afectos que de dicha lesión se pueden derivar, lo que constituiría el efecto o daño moral; sin embargo, ambos hacen parte del daño no patrimonial, esto es, no susceptible de contenido económico.” GIL Botero, Enrique “Daño Corporal – Daño Biológico – Daño a la vida de relación”, pág. 10.

Ahora bien, el hecho de sistematizar el daño a la salud (integridad corporal, psicológica, sexual, estética), mientras se deja abierta la estructura de los demás bienes o derechos jurídicos, garantiza un esquema coherente con los lineamientos conceptuales, teóricos y prácticos del resarcimiento del daño, como quiera que no se presta para generar una tipología paralela al daño a la salud que produzca los mismos efectos perjudiciales que acarrearón las nociones abiertas e indefinidas del daño a la vida de relación y de alteración a las condiciones de existencia.

En consecuencia, el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y aflictiva del ser humano; el daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona; y, por último, será oportuno que se analice la posibilidad por parte de esta Corporación –siempre que los supuestos de cada caso lo permitan– de que se reparen los demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima directa o de los perjudicados que logren acreditar efectivamente que padecieron ese daño autónomo e independiente, sin que quede cobijado por la tipología antes delimitada (v.gr. el derecho al buen nombre). La aplicación de esta tipología del daño garantiza la reparación estática y dinámica del perjuicio, esto es los efectos internos y externos, subjetivos y objetivos, individuales y colectivos que la lesión antijurídica o injusta desencadena en el sujeto y las personas que constituyen su entorno.

No obstante lo anterior, es preciso recalcar que en nuestro país no existe un sistema abierto y asistemático del perjuicio inmaterial, puesto que estos esquemas atentan contra el entendimiento del derecho de la responsabilidad, motivo por el cual, será la jurisprudencia de esta Corporación la encargada de definir la posibilidad de reconocer otras categorías o tipos de daños distintos al daño a la salud, pero siempre que el caso concreto permita la discusión y se afronte la misma a través de la búsqueda de una metodología coherente que contenga el abanico resarcitorio a sus justas proporciones sin que se desdibuje el contenido y alcance de la teoría del daño resarcible.

Esta es, precisamente, la importancia del daño a la salud, ya que como se ha explicado permite reconducir a una misma categoría resarcitoria todas las expresiones del ser humano relacionadas con la integridad psicofísica, como por ejemplo las esferas cognoscitivas, psicológicas, sexuales, hedonísticas, etc., lo que evita o impide que se dispersen estos conceptos en rubros indemnizatorios autónomos.

Así las cosas, el daño a la salud posibilita su reparación considerado en sí mismo, sin concentrarse de manera exclusiva y principal en las manifestaciones externas, relacionales o sociales que desencadene, circunstancia por la cual este daño, se itera, gana concreción y objetividad en donde las categorías abiertas la pierden y, por lo tanto, permite garantizar los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad material”.

Ahora bien, en el memorial de apelación se afirmó que: *“En el caso bajo examen no se demostró la pérdida de la capacidad laboral ni las posibles secuelas que se afirma padece el demandante. Obran dos informes de Medicina Legal, uno del 11 de septiembre de 1.996, donde le establece una incapacidad provisional al señor NESTOR DARÍO AGUDELO RINCON de 60 días y no señala incapacidad laboral alguna y otro del 13 de noviembre de 1.996 en igual sentido. En conclusión no se demostraron tales perjuicios”*.

Esta posición fue respaldada por el Ministerio Público, quien solicitó revocar la decisión por considerar que los reconocimientos médicos no permiten inferir que el lesionado sufrió merma en su capacidad de goce o que las secuelas le limiten el desarrollo de actividades vitales o placenteras y ni siquiera los testimonios obrantes en el proceso refieren limitación alguna en el lesionado.

Contrario a lo afirmado por el apelante, se hicieron varios reconocimientos médicos, a saber, el No. 557, del 9 de septiembre de 1996 y el No. 705 de noviembre 1 de 1996, siendo estos de carácter provisional porque se dictaminó deformidad física de carácter permanente, pero la decisión sobre la perturbación funcional se dejó pendiente para definirlo posteriormente y luego en una tercera oportunidad la autoridad competente consignó: “se establece como secuela una perturbación funcional de miembro inferior derecho de carácter permanente”.

Por otra parte, se allegó certificación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social - Regional Meta sobre la incapacidad del lesionado, donde se afirma que el paciente sufrió una deficiencia de 6.0%, discapacidad del 1.8% y Minusvalía del 8.0%, para un total de 15.8% de merma laboral.

Al respecto vale la pena señalar que la ciencia médica entiende por perturbación funcional una disminución o desmejora importante de la función de un órgano o miembro, sin que se pierda o anule la misma, de tal forma que existiendo un dictamen médico que afirma que se afectó gravemente el funcionamiento de una de las piernas, unida a la calificación del 15.8% de merma laboral, efectuada por el Ministerio del Trabajo, se puede inferir que en efecto se produjo un daño a la salud que debe ser indemnizado en aplicación del principio de reparación integral.

Así las cosas, debe concluirse que es evidente el daño a la salud, por lo cual se reconocerá por este concepto 80 SMMLV, de conformidad con los parámetros jurisprudenciales que han sido trazados sobre la materia, teniendo en cuenta la gravedad de la lesión y la magnitud del perjuicio.

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

FALLA

PRIMERO Modificar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 22 de febrero de 2001, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Condenar al Ejército Nacional a cancelar por concepto de perjuicio moral las siguientes sumas:

- a. Para el lesionado, Néstor Darío Agudelo Rincón, 50 SMMLV.
- b. Para los padres, Pedro María Agudelo y Teresa Rincón Díaz, 20 SMMLV para cada uno.
- c. Para los hermanos, Olga Lucia Soler Rincón, Blanca Nelcy Soler Rincón, Edgar Soler Rincón, Blanca Myriam Soler Rincón, Noralba Soler Rincón, Nilton Alonso Soler Rincón, Olga Lucia Agudelo Rincón, María Cecilia Agudelo Rincón, José Ramón Agudelo Rincón, Luz Marina Agudelo Rodríguez, Ana Yiber Agudelo Velásquez, Leidy Paola Agudelo Velásquez, Velásquez y Cesar Augusto Agudelo Velásquez, 10 SMMLV para cada uno.

TERCERO.- Condenar al Ejército Nacional a cancelar por concepto de daño a la salud, al señor Néstor Darío Agudelo Rincón el equivalente a 80 SMMLV.

CUARTO.- Se dará cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

QUINTO.- Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen Para su cumplimiento y expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias de las que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

Presidenta de la Sala

ENRIQUE GIL BOTERO

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

