

**GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA - Recurso de apelación interpuesto por la parte demandante / GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA - Conocimiento del proceso si de manera simultánea apela el demandante. Improcedencia. Reiteración jurisprudencial / RECURSO DE APELACION INTERPUESTO POR LA PARTE DEMANDANTE - Improcedencia de conocer del proceso en virtud del grado jurisdiccional de consulta en aplicación de los principios de la no reformatio in pejus y de congruencia**

Corresponde definir si de conformidad con el auto adiado el 7 de diciembre de 2005, es posible conocer de manera simultánea del recurso de apelación de los demandantes y del grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada. Lo anterior, toda vez que de entender que serían trámites acumulativos, en los términos del artículo 357 del C.P.C., se abriría la litis y la Sala podría estudiar la controversia sin limitaciones, esto es, sin estar vinculada por los principios de la no reformatio in pejus y de congruencia, ya que se podrían estudiar todos los extremos de la controversia. (...) con independencia de que en un auto previo a esta oportunidad –proferido por la Consejera Ponente a cuyo cargo se encontraba el proceso– se haya ordenado surtir de manera simultánea al trámite de apelación el grado jurisdiccional de consulta, el estudio de la controversia se circunscribirá a los argumentos planteados y desarrollados con el recurso de apelación de la parte demandante; por lo tanto, no se analizará la configuración de la responsabilidad de la entidad demandada. En otros términos, la competencia en esta instancia estará limitada por el derrotero trazado por el apoderado judicial de los demandantes en el memorial de apelación. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera de 9 de febrero de 2012, exp. 21060

**FUENTE FORMAL:** CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 357

**PERJUICIO MORAL - Se presume en los grados de parentesco cercanos. Reiteración jurisprudencial / LIQUIDACION DE PERJUICIOS MORALES - Inaplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980 / TASACION DEL PERJUICIO MORAL - Hecha por el juzgado según su prudente juicio. Aplicación del arbitrio juris / TASACION DEL PERJUICIO MORAL - Se ha sugerido la imposición de cien salarios mínimos legales mensuales en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado. Pauta jurisprudencial**

En relación con el perjuicio moral, la Sala de manera reiterada ha señalado que este tipo de daño se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. De allí que, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con los daños irrogados a uno de sus miembros, lo cual es constitutivo de un perjuicio moral. De otro lado, según lo precisado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, se ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral, y ha considerado que la valoración del mismo debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y con apoyo en el arbitrio juris, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con la presunción de dolor en familiares cercanos del entorno familiar, consultar sentencias de: 15 de octubre de 2008, exp. 18586; 13 de agosto de 2008, exp. 17042 y de 1º de octubre de 2008, exp. 27268. Para establecer el monto de la indemnización por perjuicios morales se tendrá en

cuenta la pauta jurisprudencial que ha venido sosteniendo la Corporación desde la sentencia de 6 de septiembre de 2001, expedientes números 13232 y 15646, Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez, donde se estableció que la tasación de dichos perjuicios se fijará en salario mínimos mensuales legales y ha considerado que la valoración del mismo debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y con apoyo en el arbitrio juris, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 42 / CODIGO PENAL DE 1980 - ARTICULO 106

**TASACION DEL PERJUICIO MORAL - Improcedencia de aplicar el test de proporcionalidad / TASACION DEL PERJUICIO MORAL - Aplicación del arbitrio juris. Reiteración jurisprudencial**

La Subsección aprovecha esta oportunidad para reiterar la jurisprudencia – acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de la Sala Plena de la Sección Tercera y la posición mayoritaria de la Subsección C– sobre la materia, según la cual el daño moral al hacer referencia a la órbita interna del sujeto, no puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto, razón por la que para su liquidación se ha optado por la aplicación del arbitrio juris, postulado que se integra a la nomoárquica jurídica, y que, lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez normativa encuentra fundamento en la sana crítica y en la reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía compensación una afectación a un bien tan personalísimo como las lesiones a la esfera u órbita interna y afectiva de la persona. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencias de: 1º de febrero de 2012, exp. 20106; 14 de marzo de 2012, exp. 21859; 5 de julio de 2012, exp. 21928; 19 de noviembre de 2012, exp. 24260; 24 de abril de 2013, exp. 26195 y de 8 de mayo de 2013, exp. 26754.

**FAMILIA - Noción. Definición. Concepto / FAMILIA - Constitución / FAMILIA - Tipos. Biológica y de crianza**

La Sala ha razonado a fortiori para denegar perjuicios morales a favor de padres biológicos quienes lejos de proporcionar afecto, cariño y solidaridad para con sus hijos, ven en la producción del daño una fuente de recursos económicos a favor de su patrimonio. (...) la Corte Constitucional ha aceptado la existencia de dos tipos de familias en Colombia: i) la biológica y ii) la de crianza, sin embargo, lo cierto es que esa institución no se desarrolla por el vínculo netamente genético o reproductivo, sino que, a contrario sensu, su fundamentación reside en la noción de “amor” y su manifestación de solidaridad y afecto (philia). En otros términos, según lo precisa la Carta Política en el artículo 42, la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos (v.gr. el matrimonio o la unión marital de hecho), pero lo cierto es que su fundamentación filosófica reside en la solidaridad que se profesan los miembros y los integrantes de ese núcleo. Por lo tanto, es una estructura social que se constituye a partir de un proceso que genera vínculos de consanguinidad o afinidad entre sus miembros. Por lo tanto, si bien la familia puede surgir como un fenómeno natural producto de la decisión libre de dos personas, lo cierto es que son las manifestaciones de solidaridad, fraternidad, apoyo, cariño y amor, lo que la estructuran y le brindan cohesión a la institución. Como se aprecia, la familia es el eje central o estructural de la sociedad, la cual debe ser protegida por el Estado; aunado a lo anterior, el matrimonio y la familia

son instituciones sociales diferentes que si bien están relacionadas son disímiles. En efecto, el matrimonio es una de las formas jurídicas –por intermedio de la celebración de un negocio jurídico– por medio de las cuales los contratantes conforman de manera libre, voluntaria y consensual una familia, sin que la única forma de constituirla sea el vínculo jurídico referido.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 42

**LA FAMILIA NO SE CONFORMA SOLAMENTE POR VINCULOS NATURALES O JURIDICOS - Se extiende a los lazos de amor, solidaridad y convivencia entre los padres e hijos de crianza y a las parejas del mismo sexo / FAMILIA - Podrá estar conformada por padres e hijos de crianza / FAMILIA - Podrá estar conformada por parejas del mismo sexo**

La interpretación literal del artículo 42 de la Constitución Política ha sido articulada con otras disposiciones superiores, como la contenida en el artículo 13, para determinar que en materia legal existe un déficit de protección en relación con los derechos de las parejas del mismo sexo, ya que de esas uniones también resulta predicable la posibilidad de conformar una familia (...) hay que superar los atavismos que hacen nugatorio el derecho de las personas de cualquier clase, raza, orientación sexual, etc., a conformar de manera libre y autónoma familia, para dar paso a una protección efectiva y garantista que respete los derechos de las personas en un verdadero y real plano de igualdad, es decir, la posibilidad de constituir una familia con el ser que se quiere con el fin de proteger a los hijos biológicos, adoptados o de crianza, en un panorama de solidaridad y apoyo mutuo permanente. (...) la familia podrá estar constituida –a modo simplemente ilustrativo– por un padre y una hija, o por una madre soltera con su respectivo primogénito, o por la tradicional decisión libre y voluntaria entre un hombre y una mujer de hacer vida conyugal, o por la decisión libre y voluntaria de dos personas del mismo sexo que se profesan amor y desean realizar vida conyugal. Por lo tanto, la Constitución de 1991 lejos de establecer o fijar una sola concepción de familia, avaló con apoyo en los principios de igualdad y de libre desarrollo de la personalidad, la posibilidad de configuración de distintos tipos y clases de familia, todas ellas merecedoras de la protección estatal del artículo 42 superior. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar Corte Constitucional, sentencia C-577, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de septiembre de 2009, exp. 17997

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 13

**PERJUICIOS MORALES - Presunción de aflicción a quien invoque la condición de familiar, consanguíneo, afín, por adopción o de crianza y lo acredite en el proceso / PERJUICIOS MORALES - Hijos de crianza / RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS MORALES A HIJOS DE CRIANZA - Procedencia**

En lo que respecta a la institución de familia biológica no existe dificultad en cuanto a su naturaleza y desarrollo, y en lo que concierne a la de crianza, la jurisprudencia contencioso administrativa ha decantado con suficiencia, su naturaleza, evolución y comprensión. (...) tratándose de perjuicios morales será viable que quien invoque la condición de familiar (consanguíneo, afín, por adopción o de crianza) –del núcleo cercano y en los grados que han sido objeto de presunción por esta Corporación– y lo acredite en el proceso a través de los diversos medios de convicción será beneficiario de la presunción de aflicción que

opera para los grados cercanos de parentesco, sin que le sea exigible la acreditación de tercero afectado, es decir, la prueba directa de la congoja y del sufrimiento. En otros términos, si en el proceso se prueba la condición de familiar de la víctima directa, los demandantes serán beneficiarios de la misma presunción que opera para aquellos que con el registro civil demostraron el parentesco. Por lo tanto, en el caso concreto se accederá al reconocimiento de perjuicios morales a favor de la menor Vanesa Medina Castrillón, quien acudió al proceso a través de curador ad litem, designado por el Tribunal de primera instancia en los términos del artículo 45 del C.P.C., y que, por lo tanto, al haberse acreditado su relación familiar (parteno - filial) es posible inferir su congoja y sufrimiento por la muerte de James Medina Zúñiga, ya que, se insiste, con el occiso existía una relación de familiaridad, de cercanía y apoyo mutuo, aunado a la convivencia. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre hijos de crianza consultar Corte Constitucional; sentencias T-495 y T-952 de 1997. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de septiembre de 2009, exp. 17997

**NOTA DE RELATORIA:** Con aclaración de voto de los doctores Olga Mélida Valle de De la Hoz y Jaime Orlando Santofimio Gamboa

**FUENTE FORMAL:** CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 45

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

#### **SUBSECCION C**

**Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO**

Bogotá D.C., once (11) de julio de dos mil trece (2013)

**Radicación número: 19001-23-31-000-2001-00757-01(31252)**

**Actor: LUIS ALBERTO QUILINDO ALEGRIA**

**Demandado: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC**

**Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 17 de marzo de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, en la que se decidió lo siguiente:

**“1º** Declarar patrimonialmente responsable al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO **“INPEC”** por la muerte ocasionada al recluso **JAMES MEDINA ZÚÑIGA** al interior de las instalaciones de la penitenciaría San Isidro de Popayán el 14 de abril de 2001.

“2º Como consecuencia de la anterior declaración, CONDENAR al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO “INPEC” a pagar a las siguientes personas las cantidades que a continuación se relacionan por perjuicios morales:

“2.1 OMAIRA ZÚÑIGA DE MEDINA..... 1000 gramos de oro fino

“2.2 MARA QUILINDO ZÚÑIGA..... 500 gramos de oro fino

“2.3 CAROLINA QUILINDO ZÚÑIGA..... 500 gramos de oro fino

“2.4 CARLOS ALBERTO QUILINDO ZÚÑIGA 500 gramos de oro fino

“2.5 ZULMA QUILINDO ZÚÑIGA..... 500 gramos de oro fino

“2.6 LUIS ALBERTO QUILINDO ALEGRÍA..... 500 gramos de oro fino

“El valor reconocido por concepto de perjuicios morales se pagará de acuerdo al valor del gramo de oro fino vigente para la fecha de ejecutoria de ésta providencia (sic), por medio de los representantes legales de los menores.

“3º Dése cumplimiento a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

“4º Negar las restantes súplicas de la demanda.

“5º Consúltese sino fuere apelada.” (fls. 75 y 76 cdno. ppal. 2ª instancia – negrillas y mayúsculas del original).

## I. ANTECEDENTES

### 1. Demanda y trámite de primera instancia

1.1. En escrito presentado el 23 de mayo de 2001, Omaira Zúñiga de Medina (madre) y Luis Alberto Quilindo Alegría (padre de crianza), quienes obran en nombre propio y en representación de sus hijos menores: Carolina, Carlos Alberto y Zulma Quilindo Zúñiga (hermanos); Mara Quilindo Zúñiga (hermana); y Vanesa Medina Castrillón (hija del occiso), representada por su abuela la señora Omaira Zúñiga de Medina, por intermedio de apoderado judicial, solicitaron que se declare al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario “INPEC”, patrimonialmente responsable de los perjuicios que les fueron ocasionados por la muerte de su hijo, hermano y padre, James Medina Zúñiga.

En consecuencia, deprecaron que se condenara a la entidad demandada a pagar:  
i) a título de perjuicios morales, el equivalente a 2.000 gramos de oro para cada uno, y ii) por concepto del perjuicio que denominaron “goce a la vida” la suma correspondiente a 3.000 gramos de oro para cada demandante.

En apoyatura de las pretensiones se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos (fl. 3 a 6 cdno. ppal.):

1.1.1. Los señores Omaira Zúñiga Chito y Heriberto Medina Sánchez, contrajeron matrimonio católico en la ciudad de Popayán, y fruto de esa unión nacieron: Betty Amparo, Raúl, Marisol y James Medina Zúñiga.

1.1.2. Luego del deceso de su cónyuge, la señora Omaira Zúñiga inició vida marital con el señor Alberto Quilindo Alegría, relación en la que se procreó a: Mara, Carolina, Carlos Alberto y Zulma Quilindo Zúñiga.

1.1.3. Luis Alberto Quilindo desde el momento en que inició la vida de pareja con Omaira Zúñiga, le brindó cariño a todos los hijos de la primera unión de su compañera permanente, razón por la que la convivencia de todos se desarrollaba bajo el mismo techo en armonía.

1.1.4. El señor James Medina Zúñiga, por su parte, tuvo una hija cuyo nombre es Vanesa Medina Castrillón, quien se encuentra bajo el cuidado de su abuela paterna, esto es, la señora Omaira Zúñiga, por cuanto se desconoce el paradero de su progenitora.

1.1.5. James Medina Zúñiga se encontraba detenido en la Penitenciaría Nacional de San Isidro de la ciudad de Popayán, en cumplimiento de una condena.

1.1.6. El 14 de abril de 2001, encontrándose en uno de los patios del centro de reclusión mencionado, el ciudadano James Medina Zúñiga fue asesinado al recibir varios impactos de arma de fuego, así como diversas heridas causadas por un instrumento corto punzante.

1.2. El Tribunal Administrativo del Cauca admitió la demanda en auto del 26 de junio de 2001 (fls. 37 y 38 cdno. ppal.); en proveído del 14 de mayo de 2002, se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las solicitadas por las partes (fls. 46 a

48 cdno. ppal.) y, por último, el 3 de mayo de 2004, se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 57 cdno. ppal.).

1.3. Notificada la demanda, el INPEC se abstuvo de contestarla (fl. 48 cdno. ppal.).

1.4. Corrido el traslado para alegar de conclusión, intervino el apoderado judicial de la parte demandante para reiterar los planteamientos contenidos en el escrito de demanda, así como para destacar la condición de damnificados de varios de los demandantes, para lo cual hizo énfasis en las múltiples declaraciones que obran en el acervo probatorio que dan cuenta de las relaciones de afecto existentes en los miembros del grupo familiar (fls. 51 a 63 cdno. ppal.).

## 2. Sentencia de primera instancia

En sentencia del 17 de marzo de 2005, el Tribunal Administrativo del Cauca accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, al considerar –en un razonamiento exiguo y en extremo sucinto de no más de un párrafo– que el daño antijurídico es imputable a la demandada a partir del régimen de falla presunta.

Entre otros aspectos, el *a quo* puntualizó:

“(…) Para esta Sala existe probanza que permite tener por señalado que **JAMES MEDINA ZÚÑIGA** resultó MUERTO en los hechos y en la forma como sostiene la demanda. Ciertamente las pruebas documentales traídas al proceso y, particularmente, a las referentes en los enunciados anteriores (sic), permiten al Tribunal, tener por establecido que **JAMES MEDINA ZÚÑIGA** recibió herida de arma de fuego y de arma blanca en la penitenciaría San Isidro de Popayán el día 14 de abril de 2001 cuando cumplía una pena judicialmente determinada, circunstancia que permite entender que el presente caso se gobierna bajo el régimen de presunción de falla, según ha establecido la jurisprudencia de manera pacífica y reiterada.

“(…) No puede decir lo mismo la Sala en cuanto hace a la aspiración resarcitoria planteada a título de hija de la víctima por parte de VANESA MEDINA (sic), como que los testimonios obrantes en el proceso no permiten acreditar dicha condición, así como tampoco puede inferirse de ellos que hubiese existido una relación que indicara afección especial por la muerte de JAMES MEDINA ZÚÑIGA.

“En cuanto hace a la petición indemnizatoria que por idéntico concepto elevada (sic) por el señor **LUIS ALBERTO QUILINDO ALEGRÍA**, quien es parte demandante y compañero de su madre, se tiene que testigos como... afirman que **JAMES MEDINA ZÚÑIGA** lo quería, respetaba, cuidaba y velaba por él, considerándolo como un

padre de crianza y que aquél sufrió profundamente con la desaparición de JAMES MEDINA ZÚÑIGA, razón por la cual puede el Tribunal atender favorablemente su pedimento indemnizatorio pero reduciéndolo al equivalente a **QUINIENTOS (500) GRAMOS DE ORO FINO**.

“3.2. Daño a la vida de relación

“(…) Como bien resulta del aparte transcrito, la procedencia del reconocimiento en tales casos está determinada por la prueba del daño a la vida de relación, sin que sea aceptable entender que en todos los casos y de manera mecánica el juez haya de presumir la ocurrencia de este tipo de daño. En el caso presente no existe prueba de la ocurrencia del daño a la vida de relación, pues los testimonios de los señores EDISON BERMÚDEZ MUÑOZ, JAMES HERNANDO PÉREZ, MARIELA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ y JOSÉ ANTONIO MUÑOZ HOYOS, no alcanzan a ser demostrativos de dicha circunstancia y se contraen a señalar el daño moral derivado de la muerte de **JAMES MEDINA ZÚÑIGA** por lo que se denegará el pedimento de la demanda en tal sentido.

“(…)” (fls. 66 a 76 cdno. ppal. 2ª instancia – mayúsculas y negrillas del original).

### 3. Recurso de apelación

Inconforme de manera parcial con la decisión, la parte demandante la apeló (fls. 80 cdno. ppal. 2ª instancia); en providencia del 28 de abril de 2005, fue concedido el recurso por el *a quo* y admitido por esta Corporación en auto del 27 de junio de 2006 (fls. 82 y 117 cdno. ppal. 2ª instancia).

De igual forma, es pertinente señalar que por intermedio de proveído del 7 de diciembre de 2005 la Consejera de Estado a cuyo cargo se encontraba asignado el proceso, dispuso surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada (fls. 87 y 88 cdno. ppal. 2ª instancia), por superar la condena la suma de 300 salarios mínimos mensuales legales vigentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 del C.C.A.

El fundamento de la impugnación fue desarrollado con el siguiente razonamiento (fls. 95 a 100 cdno. ppal. 2ª instancia):

3.1. En relación con los perjuicios solicitados por la menor Vanesa Medina Castrillón, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, se deprecaron a título de damnificada directa y, por ello, los testigos depusieron

sobre la existencia del dolor y aflicción que padeció una vez conoció la muerte de James Medina Zúñiga, motivo por el que deviene inadmisibile que se haya denegado su reconocimiento, máxime si se trataba de una afectación acreditada en el proceso.

3.2. De otro lado, de acuerdo con la posición adoptada por el Consejo de Estado a partir del año 2001, la condena por perjuicios morales no debió efectuarse en gramos de oro, sino que, por el contrario, lo procedente era acceder a la misma en salarios mínimos mensuales legales vigentes.

3.3. Por último, se discrepa de la negativa a reconocer el perjuicio por el goce de la vida, ya que el Consejo de Estado, en proveído del 19 de julio de 2000, con ponencia del entonces Magistrado Alier E. Hernández puntualizó: *“Debe decirse, además, que este perjuicio extrapatrimonial puede ser sufrido por la víctima directa del daño o por otras personas cercanas a ella, por razones de parentesco o amistad, entre otras. Así, en muchos casos, parecerá indudable la afectación que –además del perjuicio patrimonial y moral– puedan sufrir la esposa y los hijos de una persona en su vida de relación, cuando ésta muere...”*

#### **4. Trámite y Alegatos de conclusión en la segunda instancia**

El Agente del Ministerio Público alegó de conclusión, para solicitar se modifique la decisión apelada y consultada, en aras de confirmar la declaratoria de responsabilidad y la condena decretada en primera instancia, pero con el reconocimiento de perjuicios morales a favor de la menor Vanesa Medina Castrillón. El concepto del Ministerio Público se estructuró en el siguiente razonamiento:

4.1. En el presente caso, la protección a la vida, es una garantía constitucional que se refuerza con el contenido del artículo 93 de la Carta Política, para integrar un bloque de constitucionalidad, conformado por el preámbulo, su artículo 2º y los tratados suscritos por Colombia sobre la protección a los detenidos (leyes 16 de 1972 y 74 de 1968). Es indudable que el título de imputación es una falla en el servicio carcelario a cargo del ente público INPEC, en cumplimiento de sus obligaciones de vigilancia y control, la cual se concretó en no haber impedido el ingreso y porte de armas blancas y de fuego al interior de la cárcel; omisión que trajo como consecuencia que un tercero no identificado, las utilizaran en contra de James Medina, causándole la muerte.

4.2. Además, se está frente a una obligación de medios y no de resultado, de las que modernamente se denominan de "actividad", en donde la diligencia no es un criterio determinante para valorar el debido cumplimiento del obligado. Y, por lo mismo, como consecuencia obvia, se trata de una falla presunta del servicio en la que opera a plenitud la regla del traslado de la carga de la prueba que establece el inciso tercero del artículo 1604 del C.C., razón por la que correspondía al INPEC el deber de acreditar que obró con la debida diligencia y cuidado, para que pudiera ser exonerado de responsabilidad, o a través de la prueba de una causa extraña.

4.3. Frente a lo probado, sólo es posible establecer que el deceso del interno James Medina Zúñiga se produjo como consecuencia de las múltiples heridas que recibió con armas de fuego y cortopunzantes por parte de otros reclusos, cuando se encontraba bajo la custodia y vigilancia de los funcionarios del centro penitenciario.

4.4. En consecuencia, corresponde al INPEC resarcir los perjuicios morales causados a la madre, padre de crianza, hija y hermanos del recluso fallecido, en las cuantías indicadas por el Tribunal de primera instancia.

4.5. En lo que tiene que ver con los perjuicios que se reclaman por concepto del daño a la vida de relación, se acogen las mismas razones expuestas por el fallador de primera instancia, en cuanto determinó denegarlos porque no existe prueba que los acredite.

4.6. Con respecto a Vanesa Medina Castrillón, quien acude al proceso en calidad de hija de la víctima directa, es del caso anotar que, conforme a los diferentes testimonios que obran en el proceso, se le puede otorgar la calidad de tercera damnificada si se tiene en cuenta lo señalado por los declarantes, quienes de manera conteste dieron cuenta de las relaciones de afecto, cariño y apoyo mutuo, así como el sufrimiento que le produjo la muerte de James.

## **II. CONSIDERACIONES**

Cumplidos los trámites propios de la segunda instancia, sin que exista causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su

consideración, a través del siguiente derrotero: 1) competencia de la Sala, 2) los hechos probados, 3) valoración probatoria y conclusiones, y 4) condena en costas.

### 1. Competencia de la Sala

La Sala es competente para conocer del asunto en segunda instancia, comoquiera que la pretensión mayor, individualmente considerada (\$63'427.000,00)<sup>1</sup>, supera la cuantía necesaria para que un proceso iniciado en 2001 tuviera esa vocación, esto es, \$26'390.000,00.

De otro lado, corresponde definir si de conformidad con el auto adiado el 7 de diciembre de 2005, es posible conocer de manera simultánea del recurso de apelación de los demandantes y del grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada. Lo anterior, toda vez que se entender que serían trámites acumulativos, en los términos del artículo 357 del C.P.C., se abriría la *litis* y la Sala podría estudiar la controversia sin limitaciones, esto es, sin estar vinculada por los principios de la *no reformatio in pejus* y de congruencia, ya que se podrían estudiar todos los extremos de la controversia.

Por consiguiente, en esta oportunidad, la Subsección reitera la jurisprudencia unificada por la Sala Plena de la Sección, en sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21060, oportunidad en la que en relación con la problemática planteada se discurió, así<sup>2</sup>:

“Procede la Sección Tercera de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a unificar su Jurisprudencia en relación con *i)* la competencia del Juez *ad quem* con ocasión del recurso de apelación y *ii)* la improcedencia del grado jurisdiccional de consulta cuando la sentencia sea apelada...”

“La modificación que introdujo la Ley 446 de 1998 a la regulación normativa del grado jurisdiccional de consulta resulta aplicable al presente proceso, toda vez que el artículo 164 del mencionado cuerpo normativo establece lo siguiente:

“«*En los procesos iniciados ante la jurisdicción contencioso administrativa, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones y citaciones que se estén surtiendo, se regirán por la ley vigente cuando se interpuso el*

<sup>1</sup> Suma que corresponde a la deprecada de forma individual a título de perjuicio “de goce a la vida”.

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

*recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principió a surtirse la notificación».*

“Si bien la norma legal en cita no hace alusión expresa al trámite del grado jurisdiccional de consulta, resulta claro que en otras ocasiones la Sala ha considerado que el mencionado grado jurisdiccional debe entenderse también previsto en ella por aplicación analógica<sup>3</sup>, de manera que al haberse proferido la sentencia de primera instancia el día 2 de mayo de 2001 y surtido todo el procedimiento relacionado con su ejecutoria e impugnación, como es obvio, con posterioridad a dicha fecha, resulta aplicable al presente asunto el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, el cual entró en vigor el día 8 de julio de 1998<sup>4</sup>, esto es, antes de haber sido emitido el fallo por parte del a quo y antes de haberse remitido el proceso al Consejo de Estado para llevar a cabo el trámite de la segunda instancia.

“Pues bien, el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo establece los presupuestos que deben concurrir para que proceda el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia de primera instancia:

**“Art. 184.- Consulta.** *Las sentencias que impongan condena en concreto, dictadas en primera instancia a cargo de cualquier entidad pública que exceda de trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales o que hayan sido proferidas en contra de quienes hubieren estado representados por curador ad litem, deberán consultarse con el superior cuando no fueren apeladas.*

“(…)”

“Del tenor de la norma transcrita se desprende que los requisitos cuya concurrencia se precisa a efectos de que deba tramitarse el grado jurisdiccional de consulta en relación con la sentencia de primera instancia, son los siguientes:

“1. Que el proceso tenga vocación de doble instancia, en razón de su cuantía;

“2. Que la condena impuesta por el a quo en la sentencia, a cargo de una entidad pública, sea superior a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales o que la sentencia se haya proferido en contra de una persona que hubiere sido representada en el proceso judicial por curador ad litem y

“3. Que la sentencia de primera instancia no haya sido apelada.

“La tercera de las exigencias en cuestión es aquella en la cual la Sala habrá de centrar su atención en esta oportunidad a efectos de

---

<sup>3</sup> En tal sentido puede verse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinticuatro (24) de junio de dos mil cuatro (2004); Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque; Referencia: 13.108; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de agosto de dos mil seis (2006); Radicación número: 7007-23-31-000-951105046-01; Expediente No. 16.765.

<sup>4</sup> La mencionada Ley 446 de 1998 fue publicada en el Diario Oficial No. 43.335, de 8 de julio de 1998.

dilucidar si no habiendo presentado recurso de apelación la entidad demandada –y condenada en primera instancia–, debe surtir el grado jurisdiccional de consulta a pesar de que contra el fallo del Tribunal Administrativo del Meta hubiere sido interpuesto, debidamente sustentado y, en su momento, admitido el recurso de alzada por parte del extremo demandante.

“(…) Y en relación con este asunto, la Sala reitera la postura que en ocasión anterior ha sostenido –y alrededor de la cual ahora unifica su Jurisprudencia– en el sentido de que cuando la sentencia de primera instancia por la cual se impone una condena superior a 300 SMLMV a cargo de una entidad pública ha sido apelada por alguna de las partes, no procede tramitar el grado jurisdiccional de consulta, después de la entrada en vigor de la modificación introducida al artículo 184 del Código Contencioso Administrativo por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998. En esta dirección se ha expresado lo siguiente<sup>5</sup>:

“Vale la pena anotar que esta situación no puede presentarse, en ningún caso, en los procesos regidos por la Ley 446 de 1998, dado que, según lo dispuesto en su artículo 57, que modificó el 184 del Código Contencioso Administrativo, sólo deberán consultarse con el superior las sentencias que no fueren apeladas, de manera que la interposición del recurso de alzada por cualquiera de las partes excluye el trámite de la consulta. Cosa distinta sucede con los procesos que, como éste, se rigen por la norma anterior, según la cual la consulta procedía siempre que la sentencia respectiva no hubiere sido apelada por la administración”<sup>6</sup> (énfasis añadido).

“(…) Síguese de lo anterior que en **el asunto sub examine**, toda vez que la sentencia de primera instancia fue apelada por la parte actora, no procede surtir el grado jurisdiccional de consulta. Ello se traduce en que la Sala en principio solo tiene competencia para revisar el fallo del *a quo* en relación con los aspectos objeto del recurso interpuesto y no respecto de todos los elementos que dieron lugar a la imposición de la condena en contra de la entidad demandada y a favor de esta, de suerte que no procede modificar dicho pronunciamiento sin limitación alguna, aún agravando la situación del apelante, dado que el trámite exclusivo del recurso de alzada impone la aplicación del aludido principio de la *non reformatio in pejus* en favor del impugnante único, en virtud de lo preceptuado por el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil.” (Negrillas, cursivas y subrayado del texto original).

En esa perspectiva, con independencia de que en un auto previo a esta oportunidad –proferido por la Consejera Ponente a cuyo cargo se encontraba el proceso– se haya ordenado surtir de manera simultánea al trámite de apelación el

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de mayo de dos mil siete (2007); Consejero Ponente: Enrique Gil Botero; Expediente: 15.170 (R-00292); Actor: Jorge Alberto Vargas Buitrago y otros.

<sup>6</sup> Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de abril de 2000, expediente: 11.898, actor: José Francisco Montero Ballén, C.P. Alier Eduardo Hernández Henríquez.

grado jurisdiccional de consulta, el estudio de la controversia se circunscribirá a los argumentos planteados y desarrollados con el recurso de apelación de la parte demandante; por lo tanto, no se analizará la configuración de la responsabilidad de la entidad demandada. En otros términos, la competencia en esta instancia estará limitada por el derrotero trazado por el apoderado judicial de los demandantes en el memorial de apelación.

## **2. Hechos probados**

Del acervo probatorio relacionado con los tópicos objeto de apelación, se destacan los siguientes medios de convicción:

2.1. Testimonio del señor Eddison Bermúdez Muñoz, rendido ante el a quo, y quien interrogado sobre los supuestos fácticos del proceso, indicó:

“(...) Si los conozco, conozco a la señora Omaira, los conozco porque son vecinos y son comerciantes al igual que mi hermano y viajan en la misma chiva por los mismos pueblos y sé que es gente buena vecina pa que (sic)... Lo que sí sé es que el día que murió estábamos ahí y les dio muy duro, la mamá le dio muy duro le afectó bastante la muerte del hijo, lo mismo a las hermanas, les dio muy duro y hasta el son (sic) de hoy pienso que están mal todavía moralmente por la ida de James. PREGUNTADO. Cómo era el trato que recibían Vanesa Medina Castrillón, Omaira Zúñiga y Luis Alberto Quilindo Alegría por parte del señor James Medina Zúñiga. CONTESTÓ. Vanesa pues él la atendía bien pues y el señor lo respetaba mucho, lo quería mucho... James velaba por él también, el trato era más especial con la mamá, el hombre la contemplaba, la chocholiaba (sic)...” (fls. 129 y 130 cdno. No. 2).

2.2. Declaración del señor James Hernando Pérez, recibida por el Tribunal de primera instancia, quien puntualizó:

“(...) Excelentes, eran las mejores relaciones, siempre se mira el afecto, cariño, respeto, la unión que había en ellos, el hogar, la mesa familiar, todo lo que se comparte en un hogar ejemplar... Como líder comunitario, estuve muy de cerca de la muerte de James y me consta que fue un impacto muy grande dentro de todo el grupo familiar. Él era una persona muy importante dentro de su familia, muy responsable con su niña, con sus padres y hermanos, y aun ellos se sienten afectados por esa situación y ellos no entienden cómo se pudo dar eso, la mamá inclusive a razón de eso ha quedado muy enferma. PREGUNTADO. Cómo era el trato que recibían Vanesa Medina Castrillón, Omaira Zúñiga y Luis Alberto Quilindo Alegría por parte del señor James Medina Zúñiga. CONTESTÓ. Era un trato excelente, siempre manifestaron ese buen

trato, ese respeto de ellos, pese a que el señor Quilindo era el padre adoptivo...” (fls. 131 y 132 cdno. No. 2).

2.3. De folio 136 a 137 del cuaderno número dos, obra el testimonio de la señora Mariela Fernández Fernández, rendido ante el *a quo*:

“(…) PREGUNTADO. De acuerdo con la respuesta anterior sírvase manifestar cómo eran las relaciones familiares y espirituales con su madre, padre de crianza, sus hermanos e hija con el señor James Medina Zúñiga. CONTESTÓ. Muy buena, nunca se oyó nada de pleitos ni discusiones, la niña se quedó a cargo de doña Omaira, ellos no se peleaban, él era buen hijo y hermano... con la mamá y el padrastro era excelente también con los hermanos... Eso fue muy duro para doña Omaira, el padrastro y los hermanos, doña Omaira estaba a tiro (sic) de enloquecerse al igual que los hermanos y el padrastro, todavía no les pasa la pena. PREGUNTADO. Cómo era el trato que recibían Vanesa Medina Castrillón, Omaira Zúñiga de Medina y Luis Alberto Quilindo Alegría por parte del señor James Medina Zúñiga. CONTESTÓ. Él los trataba bien, tenían una familia muy unida, uno escucha todo porque vive cerca, ellos compartían ratos, Vanesa permanecía bien vestida...” (fls. 136 a 137 cdno. No. 2).

2.4. Testimonio del señor José Antonio Muñoz Hoyos, del cual se destaca lo siguiente:

“(…) Conozco a la madre doña Omaira, quien tuvo cuatro hijos que eran James, Bety, Raúl, no recuerdo el nombre de la otra hermana ellos eran de apellido Medina Zúñiga, después la señora Omaira al morir el padre de James hizo vida marital con el señor Luis Alberto Quilindo, don Luis Alberto acogió a los nombrados como si fueran hijos propios y con doña Omaira tuvieron otros hijos a los que llamaron Carlos Alberto, Julián, Zulma, Carolina y Mara Quilindo Zúñiga, a ellos los conocí porque vivimos en el mismo barrio, ellos en la calle 18 y yo en la 19, del barrio Los Comuneros, por ser vecinos nos conocíamos y teníamos una relación de amistad... Con los padres eran unos lazos muy fuertes de fraternidad, de respeto mutuo de cariño y comprensión, con los hermanos eran unos amigos entre ellos, se colaboraban, se apoyaban tanto en lo económico como en los casos de calamidad que entre alguno de ellos se sufriera, los hermanos de James lo visitaban cuando él estaba recluso, varias ocasiones acudieron a mí a solicitarme consejo para que ver que podían hacer con respecto al problema que acaecía en materia judicial con su hermano, eso me da a entender que vivían constantemente preocupados por su situación particular y que les afectaba lo que a él le estaba sucediendo, lo mismo hacían sus padres doña Omaira y don Luis Alberto, con su hija el trato cariñoso que él le brindaba se dejaba ver por sus constantes halagos y caricias, juegos que compartían, era una relación ideal y muy fraternal... El impacto moral fue de inicialmente inmenso dolor al saber que su hijo, hermano y padre ya no iba a estar junto a ellos, estaban desconsolados...” (fls. 138 y 139 cdno. ppal.).

### 3. Valoración probatoria y conclusiones

Analizados los medios probatorios, la Sala modificará la sentencia apelada para, de un lado, confirmar la decisión de declaratoria de responsabilidad de la entidad demandada y, de otra parte, reconocer los perjuicios morales a favor de la demandante Vanesa Medina Castrillón, así como efectuar la conversión automática de gramos oro a salarios mínimos. Por último, se denegará el reconocimiento del “perjuicio de goce a la vida” denominado por el Tribunal como “daño a la vida de relación”.

3.1. En relación con el perjuicio moral, la Sala de manera reiterada<sup>7</sup> ha señalado que este tipo de daño se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política<sup>8</sup>. De allí que, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con los daños irrogados a uno de sus miembros, lo cual es constitutivo de un perjuicio moral.

De otro lado, según lo precisado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, se ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral, y ha considerado que la valoración del mismo debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y con apoyo en el *arbitrio juris*, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado<sup>9</sup>.

De manera que, la Subsección aprovecha esta oportunidad para reiterar la jurisprudencia –acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de la

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera: sentencias del 15 de octubre de 2008, exp. 18586, del 13 de agosto de 2008, exp. 17042, y del 1º de octubre de 2008, exp. 27268.

<sup>8</sup> “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

“El Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

“(…)”.

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

Sala Plena de la Sección Tercera y la posición mayoritaria de la Subsección C<sup>10</sup>— sobre la materia, según la cual el daño moral al hacer referencia a la órbita interna del sujeto, no puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto, razón por la que para su liquidación se ha optado por la aplicación del *arbitrio juris*, postulado que se integra a la nomoárquica jurídica, y que, lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez normativa encuentra fundamento en la sana crítica y en las reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía compensación una afectación a un bien tan personalísimo como las lesiones a la esfera u órbita interna y afectiva de la persona<sup>11</sup>.

En ese orden de ideas, en el caso concreto, corresponde definir si el parentesco existente entre James Medina Zúñiga y Vanesa Medina Castrillón se encuentra acreditado, lo cual sería configurativo de la presunción de aflicción, o si por el contrario, ante la ausencia del documento idóneo y conducente para probar el vínculo consanguíneo, aquélla puede ser tenida en cuenta como tercera damnificada en virtud de los demás medios de convicción que reposan en el proceso.

En efecto, la Sala echa de menos el registro civil de nacimiento de la menor Vanesa Medina Castrillón, motivo por el que no es posible reconocer perjuicios morales a su favor, en virtud de la presunción de aflicción —judicial o de hombre— que para los parientes cercanos esta Sala ha definido de manera jurisprudencial desde hace varias décadas.

No obstante lo anterior, en el asunto *sub examine* resulta incuestionable que existen diversos instrumentos probatorios que conducen de manera indefectible e inexorable a tener como víctima a Vanesa Medina Castrillón; lo anterior, toda vez que de los testimonios practicados —que no fueron cuestionados, controvertidos o tachados por la demandada— se tiene por establecida la aflicción y el sufrimiento padecido por ella con la muerte de James Medina Zúñiga, con quien existían vínculos de solidaridad y fraternidad, por lo que se deduce la existencia de

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencias del 1º de febrero de 2012, exp. 20106 y del 14 de marzo de 2012, exp. 21859, M.P. Enrique Gil Botero.

<sup>11</sup> Sobre la improcedencia de la aplicación del *test de proporcionalidad* en la tasación de los perjuicios morales, véase: Sentencia del 5 de julio de 2012, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Exp. 21.928; Sentencia del 19 de noviembre de 2012, exp. 24.260; Sentencia del 24 de abril de 2013, exp. 26.195; Sentencia del 8 de mayo de 2013, exp. 26.754, entre otras.

sentimientos de familiaridad entre ambos, lo que, a su vez, permite inferir el sufrimiento o dolor moral.

La familia en la Constitución Política de 1991, lejos de ser una institución establecida por lazos consanguíneos está definida a partir de los principios de solidaridad, igualdad y respeto. De manera que, la familia como núcleo esencial de la sociedad debe ser protegida por el Estado en su conformación y en la protección de los derechos de las personas que la integran.

Por consiguiente, la noción de familia en la modernidad ha sufrido un cambio de paradigma para abandonar su existencia y fundamentación en la relación biológica y genética, para apoyarse en el apoyo mutuo y en el concepto de amor.

En efecto, desde la antigua Grecia se ejerció una clara distinción o clasificación del “amor” como sentimiento humano. Para esos efectos, se indicó que la primera manifestación de aquél consistía en el denominado “eros” o la pasión, la segunda, en el “*phili*” o el cariño y el tercero el “*ágape*” o el amor más profundo (incondicional – religioso).

Ahora bien, el estudio de la historia de la familia comienza en 1861 con “El derecho materno” de Johann Jakob Bachofen, en el que el autor plantea la siguiente tesis: i) en los tiempos primitivos los seres humanos vivieron en promiscuidad sexual, a la que el autor le asigna el nombre de “heterismo”, ii) tales relaciones excluían la posibilidad de establecer con certeza la paternidad, por lo que la filiación sólo podía determinarse por la vía materna, iii) como consecuencia de este hecho, las mujeres como madres y como únicas progenitoras conocidas de la joven generación, gozaban de un gran aprecio y respeto, que llegaba –según lo precisa el autor– hasta el dominio femenino absoluto, o sea la ginecocracia, iv) el paso a la monogamia, en la que la mujer “pertenece” a un solo hombre, encerraba la trasgresión de una antiquísima ley religiosa, vulneración que debía ser castigada o cuya tolerancia se resarcía con la posesión de la mujer por otros, durante determinado tiempo<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Cf. VERAT Tornell, Ricardo “Historia de la civilización”, Ed. Sopena, Barcelona, 1966, pág. 262., y ROSELLÓ, María “5.000 años de historia”, Ed. Sopena, Barcelona, 1966, pág. 287. ÉNGELS, Federico “El origen de la familia, la propiedad privada y el estado”, Ed. Progreso, Moscú, pág. 160.

El paso del heterismo a la monogamia se produce en los griegos, a partir del reflejo religioso en la conciencia de los habitantes, lo que desencadenó cambios históricos en la situación social recíproca del hombre y de la mujer.

Inclusive, según lo pone de presente Bachofen en la literatura griega se hallan evidencias de aquel estadio inicial de promiscuidad sexual, en el que no solamente el hombre mantenía relaciones sexuales con mujeres sino con varios hombres, sin faltar por ello a los hábitos sociales preestablecidos.

Con posterioridad, el teórico John Ferguson Mac-Lennan (1865) clasifica las vinculaciones entre personas en dos tipos: i) exógamas, es decir aquellas en las que los hombres de la tribu adquirían mujeres, tomándolas por la fuerza en dominios exteriores, para luego incorporarlas al grupo, ii) endógenas, en las que los hombres se encontraban obligados a tomar mujeres del seno de su mismo grupo<sup>13</sup>.

De otra parte, Mac Lennan reconoció tres formas de matrimonio: i) la poligamia (régimen familiar en que se permite al varón tener pluralidad de esposas), ii) la poliandria (estado de la mujer casada simultáneamente con dos o más hombres), y iii) la monogamia.

En 1871 aparece en el contexto el doctrinante Lewis H. Morgan, con su libro "La sociedad antigua", texto en el que desarrolló varias clasificaciones de la familia. La primera se refiere a la indisolubilidad: i) familia patriarcal: en la que los hijos y descendientes no salen de la casa paterna y forma una sola unión, ii) familia de estirpe: aquella en la que salen todos los hijos, excepto el primogénito que perpetúa la sociedad familia, y iii) inestable: en la que se separan todos los hijos de la casa paterna para dar origen a nuevas familias. La segunda, tiene que ver con el grado de evolución de la institución: i) familia consanguínea: fundada en el matrimonio de hermanos con hermanas, ii) familia punalua: estructurada en el matrimonio de varios hermanos con las esposas de los otros, en grupo, y de varias hermanas con los esposos de las otras en grupo, iii) la familia sindiásmica: fundada en el apareo de un varón y una mujer, bajo la forma de matrimonio, pero sin cohabitación exclusiva; aparece entonces el germen de la familia monogámica, iv) la familia patriarcal: fundada en el matrimonio de un hombre con una mujer, con

---

<sup>13</sup> Ibidem.

cohabitación exclusiva, constituyendo este último el elemento esencial de la institución<sup>14</sup>.

Como se aprecia, la monogamia fue un gran progreso histórico, pero al mismo tiempo inaugura, junto con la esclavitud, y las riquezas privadas, aquella época que dura hasta nuestros días y en la cual cada progreso es al mismo tiempo un regreso relativo, y el bienestar y desarrollo de unos, se logra a través de las expensas, el dolor y la represión de otros. La monogamia y el matrimonio tradicional es la forma celular de la “supuesta sociedad civilizada”, en la cual se puede estudiar la naturaleza de las contradicciones y de los antagonismos que alcanzan su pleno desarrollo en la sociedad.

Así las cosas, hay tres formas principales de matrimonio que corresponden, de manera aproximada, a tres estadios fundamentales de la evolución humana: al salvajismo corresponde el matrimonio por grupos; a la barbarie el matrimonio sindiásmico; a la civilización la monogamia, con sus complementos, el adulterio y la prostitución. Entre el matrimonio sindiásmico y la monogamia se intercalan, en el estado anterior de la barbarie, la sujeción de las mujeres esclavas a los hombres y la poligamia.

De modo que, aunque la familia se haya iniciado como un fenómeno biológico, como unidad reproductora de los primates, ha venido a ser un fenómeno social, algo más cercano a unidades de colaboración, cooperación, apoyo, y fraternidad, es decir, más como una orden monástica o un gremio de artesanos, que a su propio antecesor remoto. Entonces, aunque los factores biológicos que dan origen a la familia persisten en su funcionamiento, su influencia sobre las familias como instituciones sociales están a la par con las que pudiera tener determinadas categorías de sexos o edades sobre los estatus y funciones que se asignen a los miembros de esas categorías.

Por consiguiente, el triunfo del cristianismo en el ocaso romano y el predominio de la iglesia durante la edad media, trajeron como consecuencia una familia de tipo patriarcal semejante al clásico modelo romano pero transformándola sustancialmente en varios aspectos, ya que volvió sacramental e indisoluble una institución que por diversas causas tiende a ser dinámica y variable (v.gr. la independencia de los hijos, el divorcio, la viudez, etc.).

---

<sup>14</sup> Ibidem.

De este modo, la familia sufre una redelimitación en la Constitución Política de 1991, para dar campo o cabida a nuevas formas que las tradicionalmente aceptadas por el derecho civil. Sobre el particular, resultan ilustrativas las palabras del reconocido profesor Ciro Angarita Barón:

“Porque en la Constitución de 1991, más claramente que en el Código Civil, la familia no es un producto necesariamente surgido de manifestaciones afectivas. Es un producto y es una institución en donde está clara una visión de solidaridad entre seres humanos y una visión de solidaridad que adquiere todo su sentido, sobre todo frente a los niños, porque los niños tienen el derecho fundamental y prevalente a tener una familia. Tienen ese derecho fundamental y prevalente por encima de las coyunturas en los afectos de sus padres... Aquí viene a ponerse de presente, como la concepción de familia de la Constitución de 1991, es una concepción solidarista – no individualista–. No depende del íntimo querer del marido y mujer o, de hombre y mujer. Depende de lo que exija esa realidad social de la familia. Los conflictos son importantes, muestran desacuerdos, malformaciones, a veces hasta patologías, pero no son los límites a la existencia de esa unidad familiar.”<sup>15</sup>

De otra parte, la Sala ha razonado *a fortiori* para denegar perjuicios morales a favor de padres biológicos quienes lejos de proporcionar afecto, cariño y solidaridad para con sus hijos, ven en la producción del daño una fuente de recursos económicos a favor de su patrimonio. En efecto, en sentencia del 4 de diciembre de 2007, esta Sección puntualizó:

“Ahora bien, en relación con el supuesto daño padecido por el señor Jorge Enrique Galicia Barragán -padre del menor lesionado–, para la Sala, del acervo probatorio, se desprenden una serie de indicios que llevan a concluir que aquél no veía en forma alguna en el sostenimiento económico y afectivo requerido por el niño; lo anterior, como quiera que sólo mostró interés en el reconocimiento de su paternidad, una vez avizoró la posibilidad de demandar el reconocimiento ante esta jurisdicción de una serie de perjuicios eventualmente a él causados, toda vez que a partir de su conducta procesal, no pudo padecer un detrimento o aflicción de rango afectivo frente a su hijo, como quiera que del acervo probatorio se desprende con meridiana claridad que nunca veló por la subsistencia de aquél antes de que ocurriera el desafortunado hecho; de allí que se ha enervado la presunción respecto a los perjuicios morales sufridos por el padre.

“La sola condición biológica de padre, no legitima ni habilita para valerse de un daño que sufre el hijo, a efectos de sacar provecho de

---

<sup>15</sup> ANGARITA Barón, Ciro “La familia en la nueva Constitución”, Talleres Macroregionales sobre Conciliación – Memorias, ICBF, Pág. 4 y 6.

la tragedia del mismo, proceder así, cuando no se ha cumplido con los deberes y obligaciones inherentes a la condición paterna, no sólo es censurable, sino que de contera significa utilizar como medio al hijo, cuando éste como persona, es un fin en sí mismo en términos Kantianos (Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres). En fin, para la Sala resulta acreditado a plenitud que frente al padre del menor no opera la presunción de perjuicios morales, en su favor, por el contrario, la prueba evidencia la orfandad económica, espiritual y afectiva en que mantuvo a su hijo, es por ello que ni jurídica ni moralmente, sufrió perjuicio alguno, por las graves lesiones del infante.”<sup>16</sup>

En Colombia, la Corte Constitucional ha aceptado la existencia de dos tipos de familias en Colombia: i) la biológica y ii) la de crianza, sin embargo, lo cierto es que esa institución no se desarrolla por el vínculo netamente genético o reproductivo, sino que, *a contrario sensu*, su fundamentación reside en la noción de “amor” y su manifestación de solidaridad y afecto (*philia*)<sup>17</sup>.

En otros términos, según lo precisa la Carta Política en el artículo 42, la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos (v.gr. el matrimonio o la unión marital de hecho), pero lo cierto es que su fundamentación filosófica reside en la solidaridad que se profesan los miembros y los integrantes de ese núcleo. Por lo tanto, es una estructura social que se constituye a partir de un proceso que genera vínculos de consanguinidad o afinidad entre sus miembros. Por lo tanto, si bien la familia puede surgir como un fenómeno natural producto de la decisión libre de dos personas, lo cierto es que son las manifestaciones de solidaridad, fraternidad, apoyo, cariño y amor, lo que la estructuran y le brindan cohesión a la institución.

Como se aprecia, la familia es el eje central o estructural de la sociedad, la cual

---

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2007, exp. 17918, M.P. Enrique Gil Botero.

<sup>17</sup> “Aristóteles tiene, por tanto, razón cuando, al describir el amor filial o parental, no utiliza la palabra *eros*. Aristóteles utiliza *philia*, mientras que en francés se habla rara vez de amistad en el seno de la familia: hablaríamos más bien de afecto, de ternura, apego, amor... Este amor –el amor paternal o filial– en griego, podía llamarse *storgé* (afecto), pero también *philia*, y es este último concepto el que prefiere Aristóteles: “la familia –escribe– es una *philia*.”

“Además, cuando Aristóteles (que ya ha estado casado dos veces, y en ambos casos felizmente) se propone describir el amor entre un hombre y su esposa, entre la mujer y su marido, no utiliza *eros*, utiliza *philia*. No es que no exista deseo sexual en la pareja (*eros*, como ya dije, no es sexo, sino la pasión amorosa, la falta devoradora del otro), pero esa pasión amorosa, aunque hubiera existido antes del matrimonio (algo que no era nada común en la antigüedad), no puede haber sobrevivido. ¿Cómo es posible echar en falta al hombre o a la mujer que comparte su vida, que está ahí, que se entrega, que no falta? El amor conyugal, en griego no se llama *eros*, sino *philia*... Pero Montaigne, por ejemplo, lo hacía con frecuencia: para describir el amor entre esposos, usaba la bella expresión “amistad marital”, la que nace o se desarrolla dentro de la pareja.” COMPTE-SPONVILLE, André “Ni el sexo ni la muerte. Tres ensayos sobre el amor y la sexualidad”, Ed. Paidós, Barcelona, 2012, pág. 77 y 78.

debe ser protegida por el Estado; aunado a lo anterior, el matrimonio y la familia son instituciones sociales diferentes que si bien están relacionadas son disímiles. En efecto, el matrimonio es una de las formas jurídicas –por intermedio de la celebración de un negocio jurídico– por medio de las cuales los contratantes conforman de manera libre, voluntaria y consensual una familia, sin que la única forma de constituirla sea el vínculo jurídico referido.

La anterior ha sido la razón por la cual la interpretación literal del artículo 42 de la Constitución Política ha sido articulada con otras disposiciones superiores, como la contenida en el artículo 13, para determinar que en materia legal existe un déficit de protección en relación con los derechos de las parejas del mismo sexo, ya que de esas uniones también resulta predicable la posibilidad de conformar una familia<sup>18</sup>.

Así mismo, la familia no sólo se estructura de forma horizontal sino también a nivel vertical, es decir, no sólo surge de los vínculos naturales y jurídicos entre dos personas heterosexuales u homosexuales (familia nuclear), sino que también puede surgir a nivel monoparental (uno de los padres y un hijo(a)), o puede ser analizada de forma extensiva, es decir, la que integran abuelos, padres, hijos y nietos (consanguíneos o de crianza).

En esa línea de pensamiento, la familia no depende inefablemente del matrimonio, sino que más allá de la existencia de un contrato o vínculo formal, nace de la decisión libre y voluntaria entre dos personas que de manera consciente asumen la existencia de lazos de solidaridad, apoyo, cariño, amor y convivencia que generan cohesión entre ellos, al grado que pueden procrear, adoptar o asumir la crianza de hijos o hijas para acogerlos dentro de la misma.

Por consiguiente, hay que superar los atavismos que hacen nugatorio el derecho de las personas de cualquier clase, raza, orientación sexual, etc., a conformar de manera libre y autónoma familia, para dar paso a una protección efectiva y garantista que respete los derechos de las personas en un verdadero y real plano de igualdad, es decir, la posibilidad de constituir una familia con el ser que se quiere con el fin de proteger a los hijos biológicos, adoptados o de crianza, en un panorama de solidaridad y apoyo mutuo permanente.

---

<sup>18</sup> Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

En conclusión, el matrimonio y, principalmente, la familia han dejado de ser unas instituciones ancestrales estructuradas sobre conceptos eminentemente biológicos y religiosos; *a contrario sensu*, como lo demuestra la historia, son fenómenos o procesos dinámicos o vivientes que han evolucionado con el paso del tiempo para transformarse o mutar en organismos sociales que pueden presentar diversas manifestaciones, estructuras o integraciones. En esa medida, la familia podrá estar constituida –a modo simplemente ilustrativo– por un padre y una hija, o por una madre soltera con su respectivo primogénito, o por la tradicional decisión libre y voluntaria entre un hombre y una mujer de hacer vida conyugal, o por la decisión libre y voluntaria de dos personas del mismo sexo que se profesan amor y desean realizar vida conyugal.

Por lo tanto, la Constitución de 1991 lejos de establecer o fijar una sola concepción de familia, avaló con apoyo en los principios de igualdad y de libre desarrollo de la personalidad, la posibilidad de configuración de distintos tipos y clases de familia, todas ellas merecedoras de la protección estatal del artículo 42 superior<sup>19</sup>.

En lo que respecta a la institución de familia biológica no existe dificultad en cuanto a su naturaleza y desarrollo, y en lo que concierne a la de crianza, la jurisprudencia contencioso administrativa ha decantado con suficiencia, su naturaleza, evolución y comprensión. En efecto, en sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 18846, se puntualizó<sup>20</sup>:

“De la prueba obrante en el proceso, se da por acreditada la condición de “hijo de crianza” de Carlos Mauricio Devia Cerquera, respecto a Rafael Antonio Atara Ortiz, y aunque si bien, es sabido que se encuentra legitimado para intervenir o incoar en el proceso de reparación directa, todo aquel que sea perjudicado directo con el hecho dañoso, al margen del *ius sanguinis* o parentesco, encuentra oportuno la Sala esbozar unos leves lineamientos sobre lo que con inusitada frecuencia en nuestra realidad social se denomina “hijo de crianza”. Condición que puede tener origen no del todo en el marco de la solemnidad de la adopción como institución jurídica, sino en la

---

<sup>19</sup> Sobre el particular, esta misma Sala en reciente oportunidad precisó: “La Sala advierte en esta oportunidad, que dadas las cambiantes formas de familia que constitucionalmente se han venido reconociendo, lo que aquí se ha expresado en relación con las amas de casa, es aplicable también cuando el hombre es el que se ocupa de las labores domésticas, y de esta forma aporta al sustento material y afectivo del círculo familiar. Lo será igualmente predicable respecto de las familias conformadas por parejas del mismo sexo.” Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 13 de junio de 2013, exp. 26800, M.P. Jaime Orlando Santofimio G.

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de marzo de 2008, exp. 18846, M.P. Enrique Gil Botero.

facticidad de las relaciones sociales propias de nuestra cultura. En efecto: “Tomemos ahora latamente esta palabra, y digamos ¿qué es adopción tomada en este sentido general y lato? Respuesta. Es una acción solemne, por la cual se toma el lugar de hijo o nieto a uno que no lo es por naturaleza”<sup>4</sup>. Y no empece a la ausencia del requisito de la solemnidad propio del Derecho Romano en la medida que dicho acto se hacía en presencia del pueblo en los comicios o por la moneda y el peso delante de cinco testigos, no puede dejarse de lado el hecho, de que la familia aunque se haya iniciado como fenómeno biológico, como unidad reproductiva de los primates, mutó a ser una realidad o categoría social, de allí que como lo enseña el ilustre romanista Lucrecio Jaramillo Vélez:

#### **“Familia en el sentido estricto**

“La familia está integrada por personas sometidas a la potestad *del pater familias* (Ulpiano D. 50, 15, 195, 2) a saber:

“(…)

“d) Los hijos adoptivos...”<sup>5</sup>.

“No se confunde desde luego, y se advierte nuevamente, la adopción como categoría jurídica regulada en el ordenamiento propio, con la constatación de una realidad social que es manifiesta en nuestro medio y que se ha conocido como hijos de crianza, cuya naturaleza y características se viene de describir. La realidad social es la que impone ese reconocimiento:

“Pero también, y más importante quizás bajo la óptica de las transformaciones del derecho, esa permeabilización de la familia no se realiza bajo la simple fórmula de la regulación jurídica de un espacio privado. Más que ello incluso, es la invasión de la normatividad familiar (la tradición, que no se consideró jamás jurídica) en el derecho, lo que ha terminado transformado el derecho como tal.

“(…)

“Otra de las razones aunque no una cualquiera por las que la familia es cada vez menos una institución privada políticamente insignificante es porque ha adquirido la función de “conducto regular” que comunica a los individuos con los programas sociales del Estado...

“Es presupuesto de esa función eliminar distinciones de fondo entre familia “legítima” (fundada en matrimonio válido) y las formas de familia de hecho, pues el crecimiento de esta última entre sectores populares así lo exige. La paradoja sirve para entender algunos de los tránsitos del derecho

---

<sup>4</sup> HEINECCIO J. GOTTL, “Recitaciones del Derecho Civil según el orden de la Instituta, Paris, 3ª edición, tomo I, 1875, pág. 244.

<sup>5</sup> Derecho Romano, tomo I, Editorial Universidad de Antioquia, 1965, pág. 94.

actual: la crisis de la legitimidad jurídica se aprovecha en esta como en muchas otras ocasiones para extender el radio de acción del derecho”<sup>6</sup>.

“Y es en el anterior entendimiento, que acreditado por cualquiera de los medios probatorios, la circunstancia o relación de especial afecto y protección que se adjetiva como “hijo de crianza”, lo que permite se infiera de allí el dolor moral padecido por aquél o por el *pater familias*.”

En otra oportunidad, en relación con un “hijo de crianza”, se reiteraron los planteamientos desarrollados y, adicionalmente, se discurió sobre el particular de la siguiente forma:

“De otro lado, en relación con los perjuicios reclamados por Eliana Maricela Restrepo Uribe y Arley Alejandro Durán Uribe, se encuentra acreditado a través de los testimonios de los señores Elda Mary Gómez, Hernando de Jesús Cortés Arredondo, y Luz Melida García Gómez que existía entre aquellos y el occiso una relación fraterna, motivo por el cual la Sala debe reiterar su línea jurisprudencial referida a que la familia no sólo se constituye por vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino que puede tener un sustrato natural o social, a partir de la constatación de una serie de relaciones de afecto, de convivencia, de amor, de apoyo y solidaridad, que son configurativas de un núcleo en el que rigen los principios de igualdad de derechos y deberes para una pareja, y el respeto recíproco de los derechos y libertades de todos los integrantes. En esa perspectiva, es posible hacer referencia a las acepciones de “padres (papá o mamá) de crianza”, “hijos de crianza”, e inclusive de “abuelos de crianza”<sup>21</sup>, toda vez que en muchos eventos las

<sup>6</sup> ARAMBURO RESTREPO, José Luis, “La familia en las transformaciones del derecho”, en: Pensamiento Jurídico, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, N° 1, sin fecha.

<sup>21</sup> “Según el Diccionario de la Lengua Española, crianza tiene, entre otros, los siguientes significados: “Acción y efecto de criar. Con particularidad se llama así la que se recibe de las madres o nodrizas mientras dura la lactancia. // Época de la lactancia. ...”

“Para Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico Jurídico, las palabras criar y crianza, tienen las siguientes acepciones:

‘Crianza. Cría o manutención de los hijos por sus madres o nodrizas.// Educación, cortesía, urbanidad.’

‘Criar. Formar de la nada.// Producir. // Nutrir durante la lactancia. // Educar; instruir.//. . .’

“En reciente sentencia de esta Corte, sobre los derechos que reclamaban unos padres de crianza de un soldado fallecido en servicio, además de hacer consideraciones sobre la naturaleza de las relaciones que surgen en esta circunstancia, se señaló que las manifestaciones, públicas y privadas que se dieron entre los padres, demandantes de la tutela, y el hijo, correspondían a las que ordinariamente se dan entre padres e hijos, y de allí los derechos que surgieron para dichos padres. “En lo pertinente, dijo la sentencia:

‘La situación de abandono en que se encontraba Juan Guillermo en 1979, terminó cuando los demandantes decidieron hacer de él el hijo de familia que no habían tenido; las relaciones que entonces se establecieron entre los actores y el soldado fallecido fueron, hasta la muerte de éste

relaciones de solidaridad, afecto y apoyo son más fuertes con quien no se tiene vínculo de consanguinidad, sin que esto suponga la inexistencia de los lazos familiares, como quiera que la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, se itera, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales.”<sup>22</sup>

Así las cosas, tratándose de perjuicios morales será viable que quien invoque la condición de familiar (consanguíneo, afín, por adopción o de crianza) –del núcleo cercano y en los grados que han sido objeto de presunción por esta Corporación– y lo acredite en el proceso a través de los diversos medios de convicción será beneficiario de la presunción de aflicción que opera para los grados cercanos de parentesco, sin que le sea exigible la acreditación de tercero afectado, es decir, la prueba directa de la congoja y del sufrimiento. En otros términos, si en el proceso se prueba la condición de familiar de la víctima directa, los demandantes serán beneficiarios de la misma presunción que opera para aquellos que con el registro civil demostraron el parentesco.

---

último, las que ordinariamente se dan entre padres e hijos; los peticionarios se preocuparon por proporcionar a Juan Guillermo un hogar, y por brindarle en él la estabilidad emocional, afectiva y económica que ya no recibía de sus padres carnales. A su vez, Juan Guillermo reaccionó a la acogida que Tomás Enrique y María del Carmen le dieron, comportándose para con ellos como si fuera un hijo de esa pareja.

‘Surgió así de esa relación, una familia que para propios y extraños no era diferente a la surgida de la adopción o, incluso, a la originada por vínculos de consanguinidad, en la que la solidaridad afianzó los lazos de afecto, respeto y asistencia entre los tres miembros, realidad material de la que dan fe los testimonios de las personas que les conocieron.

‘De esta manera, si el trato, el afecto y la asistencia mutua que se presentaron en el seno del círculo integrado por los peticionarios y el soldado fallecido, eran similares a las que se predicaban de cualquier familia formalmente constituida, la muerte de Juan Guillermo mientras se hallaba en servicio activo debió generar para sus “padres de crianza”, las mismas consecuencias jurídicas que la muerte de otro soldado para sus padres formalmente reconocidos; porque no hay duda de que el comportamiento mutuo de padres e hijo (“de crianza”) revelaba una voluntad inequívoca de conformar una familia, y el artículo 228 de la Carta Política establece que prevalecerá el derecho sustantivo.’ (sentencia T-495, del 3 de octubre de 1997, Magistrado ponente., doctor Carlos Gaviria Díaz)” Sentencia T-592 proferida por la Corte Constitucional el 18 de noviembre de 1997.

De otro lado, en cuanto al concepto de familia, la Corte Constitucional tiene por establecido: “Puede hablarse de familia legítima para referirse a la originada en el matrimonio, en el vínculo jurídico; y de familia natural para referirse a la que se establece solamente por vínculos naturales. Esta clasificación no implica discriminación alguna: significa únicamente que la propia Constitución ha reconocido el diverso origen que puede tener la familia. No hay duda alguna sobre la igualdad de derechos y obligaciones entre los hijos y sobre cómo esta igualdad comprende a los ascendientes y descendientes.” Sentencia C-595 proferida por la Corte Constitucional, el 6 de noviembre de 1996.

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de septiembre de 2009, exp. 17997, M.P. Enrique Gil Botero.

Por lo tanto, en el caso concreto se accederá al reconocimiento de perjuicios morales a favor de la menor Vanesa Medina Castrillón, quien acudió al proceso a través de *curador ad litem*, designado por el Tribunal de primera instancia en los términos del artículo 45 del C.P.C., y que, por lo tanto, al haberse acreditado su relación familiar (parteno – filial) es posible inferir su congoja y sufrimiento por la muerte de James Medina Zúñiga, ya que, se insiste, con el occiso existía una relación de familiaridad, de cercanía y apoyo mutuo, aunado a la convivencia.

Así las cosas, de conformidad con el *arbitrio juris* la Sala condenará a la entidad demandada a pagar a favor de Vanesa Medina Castrillón, la suma de cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes, ya que de conformidad con las reglas de la experiencia, el sentido común y la sana crítica es razonable que se reconozcan perjuicios a favor de una menor que perdió –con independencia del parentesco– a quien ostentaba su figura paterna, tal y como ocurrió en el asunto *sub examine*.

3.2. Así mismo, se reitera, según lo precisado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, el valor de la condena por concepto de perjuicio moral debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y con apoyo en el *arbitrio juris*, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado<sup>23</sup>.

En esa perspectiva, se modificará la sentencia apelada para tasar los perjuicios morales otorgados en primera instancia en salarios mínimos mensuales legales vigentes, de conformidad con la petición contenida en el escrito de apelación.

3.3. Por último, la Sala confirmará la negativa de conceder el perjuicio que fue denominado por los demandantes como “goce a la vida”, ya que no existe el mérito probatorio que acredite su configuración.

Por el contrario, de la valoración de los medios de convicción que reposan en el proceso se desprende que los demandantes padecieron un perjuicio moral –el cual ya fue otorgado– pero no se demostró que hubieran visto afectado otros

---

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

bienes, intereses o derechos constitucionales que pudieran ser reconocidos de manera autónoma e independiente, de conformidad con los recientes lineamientos de la jurisprudencia de la Corporación, que no admite categorías abiertas de perjuicios, sino la reparación o resarcimiento de los derechos, intereses legítimos o bienes constitucionalmente protegidos, esto es, una tipología de perjuicios fundamentada en la vulneración a garantías constitucionales consideradas en sí mismas, siempre y cuando se demuestre a través de los diferentes instrumentos o mecanismos probatorios reconocidos por la ley, que es necesario el reconocimiento de un perjuicio autónomo (v.gr. daño a la salud, daño a la libertad, daño a la familia, etc.) en aras de compensar o retribuir la afectación o lesión padecida al respectivo derecho.

En efecto, en reciente decisión del 1º de noviembre de 2012, exp. AG – 99, esta misma Sala discurrió en los siguientes términos:

“En el proceso se encuentra demostrado que el derrumbe del relleno sanitario Doña Juana alteró la calidad del aire a unos niveles que de acuerdo con diferentes estudios y monitorias técnicas no constituían un riesgo para la Salud Humana. Sin embargo, esta conclusión no desmiente el hecho de que la calidad del aire de las áreas afectadas disminuyó ostensiblemente llevando no sólo a los espacios públicos sino al interior de los hogares aromas fétidos y nauseabundos, los cuales perduraron aproximadamente seis meses lo que generó un cambio en los hábitos de los núcleos familiares. Se trata así de *una injerencia arbitraria atentatoria del derecho a la intimidad*, comoquiera que ésta situación trajo como consecuencia: modificación en las costumbres alimenticias (muchos alimentos se dañaban rápidamente), la necesidad de controlar vectores como ratas y moscos y en algunos casos el traslado de residencia.

“De igual forma, está acreditado que la alteración de las condiciones ambientales ocasionó que las actividades que la comunidad acostumbraba a realizar al aire libre y en espacios públicos se disminuyeran significativamente, afectándose el derecho a la recreación y a la libre utilización del tiempo libre. En otros términos, la posibilidad de realizar labores encaminadas a la diversión, entretenimiento y práctica del deporte para aliviar el cansancio propio del trabajo y del estudio se vio restringida pues las opciones mientras duró la fetidez en el olor eran las de evitar salir de las casas o buscar lugares apartados del lugar de residencia en los que no se hubiera presentado la afectación ambiental o en donde ésta se hubiere dado con menor intensidad.

“Así las cosas, como consecuencia de la catástrofe ambiental se produjo un daño en los derechos a la intimidad familiar y a la recreación y utilización del tiempo libre. De acuerdo con lo expuesto en el apartado anterior, la filosofía incorporada por la constitución política de 1991 en materia de responsabilidad civil extracontractual

es la de imponer en cabeza de las autoridades públicas una obligación de carácter indemnizatorio por cualquier daño que se cause sobre un bien jurídicamente protegido. De forma tal que el juez como operador jurídico, apelando a la categorización de perjuicios inmateriales opta por ordenar un resarcimiento haciendo una diferenciación de los derechos conculcados.

**“Así, como se aprecia, el derecho de la responsabilidad en el último lustro se ha encontrado y acercado con el derecho constitucional, de forma tal que se reconoce la posibilidad de que se indemnice o resarza la afectación a derechos fundamentales considerados en sí mismos, lo cual implica una constitucionalización del derecho de daños, que se aviene al modelo de Estado Social de derecho que es Colombia.** A modo de ejemplo, baste señalar las sentencias gemelas del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 y 38222, proferidas por la sala plena de la Sección Tercera, en las que se adoptó el daño a la salud como una categoría autónoma de daño inmaterial.<sup>24</sup> De igual manera, se han amparado desde la perspectiva del derecho de daños, los derechos a la familia, al buen nombre y a la libertad<sup>25</sup>.

**“Por consiguiente, la falla del servicio del Distrito sí produjo un daño referido a la violación de los derechos a la intimidad familiar y a la recreación y utilización del tiempo libre de los demandantes, circunstancia por la cual se declarará la responsabilidad y se reconocerá la indemnización precisada y, por último, se adoptarán de oficio medidas de justicia restaurativa, en aras de restablecer el núcleo esencial de los derechos fundamentales lesionados.**

“(…) El monto de la indemnización se fijará acudiendo a criterios de equidad, de acuerdo con lo señalado por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Por ende, se reconocerá una suma fija para cada integrante de cada subgrupo.

“Así las cosas, para el primer subgrupo, correspondiente al nivel de impacto más elevado por su cercanía con el relleno sanitario, se fijaran por persona 3 salarios mínimos por concepto de daño moral y 3 salarios mínimos por la afectación de bienes constitucionales.

“Para el segundo subgrupo, correspondiente a un nivel de impacto medio, se fijaran por persona 2 salarios mínimos por concepto de daño moral y 2 salarios mínimos por la afectación de bienes constitucionales.

“Para el tercer subgrupo, área en la que el impacto fue menor, se fijará por persona 1 salario mínimo por concepto de daño moral y 1

---

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 14 de septiembre de 2011, M.P. Enrique Gil Botero. De igual forma, se pueden consultar las siguientes providencias: del 18 de marzo de 2010, exp. 32651 y

<sup>25</sup> Se pueden consultar las siguientes providencias: del 18 de marzo de 2010, exp. 32651 y del 9 de junio de 2010, exp. 19283, M.P. Enrique Gil Botero.

salario mínimo por la afectación de bienes constitucionales.”<sup>26</sup>  
(Negrillas adicionales).

Como se aprecia, el moderno derecho de la responsabilidad tiene como eje central al daño y, por lo tanto, es éste el elemento que define la medida de la indemnización, circunstancia por la que en aras de garantizar el principio de reparación integral resulta oportuno que exista un acercamiento entre el derecho constitucional y el derecho de daños, pues será el primero el que determine los bienes, intereses y derechos que son objeto de protección por el segundo.

En el asunto *sub lite*, no existe prueba que permita demostrar que se vulneraron derechos constitucionales autónomos de los demandantes, circunstancia por la que se denegará su reconocimiento.

#### **4. Condena en costas**

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes y, así mismo, ya que la providencia apelada será modificada parcialmente en virtud del recurso de alzada interpuesto por la parte demandante, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

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

#### **F A L L A:**

**Primero. Modifícase** la sentencia apelada, esto es, la proferida el 17 de marzo de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, la cual quedará así:

**“Primero. Declárase** patrimonialmente responsable al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CACELARIO “INPEC” por la muerte de JAMES MEDINA ZÚÑIGA al interior de las instalaciones de la penitenciaría San Isidro de Popayán el 14 de abril de 2001.

---

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1º de noviembre de 2012, exp. AG-99, M.P. Enrique Gil Botero. De igual forma se pueden consultar: sentencias del 9 de junio de 2010, exp. 19283 –daño al buen nombre–, del 10 de marzo de 2010, exp. 32651 –daño a bienes constitucionales autónomos, de manera concreta el derecho a la familia–, del 13 de febrero de 2013, exp. 25119 –sobre el derecho a la libertad–, entre otras.

**“Segundo.** Como consecuencia de la anterior declaración, **condénase** al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO “INPEC” a pagar a las siguientes personas, las sumas expresadas en salarios mínimos legales vigentes, que a continuación se relacionan por perjuicios morales:

“OMAIRA ZÚÑIGA DE MEDINA	100 SMMLV
“VANESA MEDINA CASTRILLÓN	100 SMMLV
“MARA QUILINDO ZÚÑIGA	50 SMMLV
“CAROLINA QUILINDO ZÚÑIGA	50 SMMLV
“CARLOS ALBERTO QUILINDO ZÚÑIGA	50 SMMLV
“ZULMA QUILINDO ZÚÑIGA	50 SMMLV
“LUIS ALBERTO QUILINDO ALEGRÍA	50 SMMLV

**“Tercero. Cúmplase** la sentencia de acuerdo a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

**“Cuarto. Niéganse** las restantes súplicas de la demanda.

**Segundo.** Sin costas

**Tercero.** Cumplido lo anterior, por Secretaría, **remítase** el expediente al tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**  
Presidente de la Sala

**ENRIQUE GIL BOTERO**

**OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**