

RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION - Daño causado por sus contratistas

Según se desprende de la comunicación del 22 de mayo de 2008, suscrita por la Gobernadora del departamento de Córdoba en donde se hace constar que para la fecha de los hechos se encontraba vigente el convenio interadministrativo suscrito entre la entidad territorial y la Fundación Los Ángeles para la administración de la casa del menor Villa Luz. De otro lado, como bien lo puso de presente el a quo, en tratándose de la posibilidad de imputar a la administración pública el daño causado por sus contratistas esta Sección ha señalado "De tiempo atrás la jurisprudencia de la Sala ha venido reiterando la posibilidad de imputar a las entidades estatales el daño causado por el hecho de sus contratistas, en el entendido de que la actividad realizada por éstos en ejecución de convenio celebrado con una entidad pública, debe ser analizada como si hubiere sido desplegada directamente por ésta a efectos de establecer si debe deducirse responsabilidad extracontractual al Estado. "En tal sentido, ya desde la sentencia proferida el 9 de octubre de 1985, esta Corporación expresó: "«Fueron unánimes tanto la doctrina extranjera como la nacional, así como la jurisprudencia, en sostener que el trabajo no dejaba de ser público por el hecho de que lo ejecutara un contratista particular a nombre de la entidad pública. En sentencia de 20 de marzo de 1956, esta Corporación destacó entre los elementos tipificantes de esos trabajos públicos que éstos fueran efectuados por cuenta del Estado, "ya directa o indirectamente" y que el trabajo tuviera una finalidad de interés público o social. "No tendría sentido alguno la afirmación de que cuando esa indemnización se refiera a daños en la propiedad inmueble o a su ocupación transitoria, la persona responsable pueda ser la entidad pública así haya ejecutado directamente el trabajo o a través de un contratista suyo, pero cuando la lesión recaiga en otros derechos de mayor significación (la vida o la integridad personal, por ejemplo) sólo responde por lo que haga directamente. Lo planteado carecería de significación ética. Además, donde existe la misma razón debe existir similar disposición, según enseña una regla de interpretación racional. (...)" Por lo tanto, el daño será imputable a la entidad demandada por ser la contratante del servicio de administración de la casa del menor Villa Luz, lugar donde se produjo la lesión padecida por Angélica María del Castillo Velásquez.

NOTA DE RELATORIA: En este sentido consultar providencia de 9 de octubre de 1985, expediente número 4556, Consejero Ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo, actor Gladys Mamby de Delgado y sentencia de 7 de junio de 2007, expediente número 16089, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez, actor Diana Lucía Piedrahita y otros

JUICIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Daño e imputación. Régimen aplicable / TITULO JURIDICO - Falla del servicio - REGIMEN OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD - Régimen objetivo de responsabilidad / PRIVACION DE LA LIBERTAD - Centros carcelarios o penitenciarios / REGIMEN JURIDICO - Daño especial por rompimiento de las cargas públicas

En el caso concreto, se alterará de forma excepcional el orden impuesto por el artículo 90 de la Constitución Política y por la jurisprudencia de esta Sección (daño e imputación) para definir el juicio de responsabilidad patrimonial del Estado, ya que se abordará inicialmente el régimen jurídico aplicable a situaciones como la que es objeto de análisis, toda vez que para el Tribunal de primera instancia y el Ministerio Público, en este tipo de escenarios el título jurídico por excelencia es la falla del servicio y, por lo tanto, es a partir del mismo que se debe analizar la

responsabilidad. Contrario a lo precisado, para la Sala en el asunto sub examine se impone el régimen objetivo de responsabilidad tal y como se desarrollará a continuación. Y, si bien, la jurisprudencia de la Corporación en varias ocasiones ha sostenido que el título jurídico de responsabilidad respecto a los daños padecidos por personas que se encuentran privadas de la libertad en centros carcelarios o penitenciarios es la falla del servicio, lo cierto es que de manera reciente se ha reiterado la teoría que avala definir este tipo de situaciones bajo la égida de la responsabilidad objetiva. En fallo del 9 de junio de 2010, con apoyo en el concepto de “relaciones de especial sujeción”, la Sala llegó a la conclusión de que el régimen jurídico por excelencia en estos supuestos es el de daño especial por rompimiento de las cargas públicas. (...) Está verificada la existencia de un daño antijurídico consistente en la lesión de varios derechos de los demandantes que son ciertos, personales, y que no se encuentran en el deber jurídico de soportar como quiera que el ordenamiento no les impone la carga de tolerarlos. De otro lado, ese daño deviene imputable a la administración pública ya que, al margen de que se desconozca la causa de la conflagración al interior del calabozo donde se encontraba la menor Angélica María del Castillo Velásquez, lo cierto es que la administración pública se hallaba en posición de garante de la integridad de la adolescente, motivo para protegerla de cualquier riesgo o daño especial que se pudiera materializar. En consecuencia, el daño antijurídico es imputable al Departamento de Córdoba porque no sólo desconoció la posición de garante impuesta por el ordenamiento jurídico, sino que, además, en términos del fundamento jurídico de la responsabilidad se constató que en medio de una actividad legítima de la administración, esto es, la ejecución de una medida de protección decretada a favor de una menor infractora de la legislación penal, se generó un daño anormal y especial que rompió las cargas públicas que la adolescente no estaba obligada a soportar como consecuencia de la ubicación en el centro especializado que hizo la citada entidad pública en cumplimiento de la providencia judicial que impuso la medida.

NOTA DE RELATORIA: “El título de daño especial implica un juicio de equidad, en el que se establece que una carga pública desproporcionada implica un daño antijurídico”, en este sentido consultar sentencia de 9 de junio de 2010, expediente número 19849, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero, actor José William Rico Mendoza y otros. “Esta misma Sección ya había precisado el régimen objetivo como el título jurídico por excelencia para resolver la atribución de los daños irrogados en centros de reclusión para personas que se encuentran privadas de la libertad por cuenta del Estado”, ver sentencia de febrero 20 de 2008, expediente número 16996, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero, actor María Adelfa Castañeda y otros. De igual forma, la Sala de la Sección ha considerado “debido a la especial relación jurídica de sujeción a la cual somete el Estado a la persona que por su cuenta y decisión priva de su libertad, el régimen de responsabilidad se torna objetivo”, consultar sentencia de 7 de octubre de 2009, expediente número 16990, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez, actor Marina Bocanegra de Ramírez.

MENOR DE EDAD - Sometido a una medida de protección en centro de rehabilitación o resocialización / ESTADO - Posición de garante / DAÑO ANTIJURIDICO - Configuración. Menor infractor de la Ley Penal / REGIMEN JURIDICO DE IMPUTACION - Objetivo por daño especial o riesgo excepcional / DEBER DE GARANTE - Ambito de protección comprende las acciones de terceros o de la propia víctima / NIÑO O NIÑA ADOLESCENTE - Protección constitucional / CENTRO ESPECIALIZADO DE REEDUCACION O REHABILITACION - Las condiciones de responsabilidad se tornan aún más exigentes

Tratándose de los daños irrogados a menores de edad que se encuentran sometidos a una medida de protección en centro de rehabilitación o resocialización, desde el plano de la imputación fáctica el Estado asume posición de garante respecto la protección de la vida e integridad de los adolescentes que quedan bajo su custodia. (...) Por lo tanto, cuando uno de esos adolescentes sufre o padece una lesión que no está en el deber jurídico de soportar, se materializa un daño antijurídico que en principio será imputable a la administración pública ya que ésta se encuentra obligada a velar porque la integridad de los menores infractores de la ley penal se mantenga durante todo el período de la medida de protección. Por consiguiente, se insiste, el régimen jurídico por excelencia en este tipo de supuestos corresponde al objetivo de daño especial o de riesgo excepcional, dependiendo de las circunstancias que rodeen la generación del daño. Inclusive el ámbito de protección sobre el cual recae el deber de garante comprende las acciones de terceros o de la propia víctima. En otros términos, cuando en virtud de las facultades legales el Estado (v.gr. medidas de protección a adolescentes infractores de la ley penal), vincula al menor en una relación de especial sujeción, asume posición de garante y, por consiguiente, queda compelido a garantizar la integridad física (externa) y espiritual (interna), exigencia que, se insiste, comprende protegerlo de la acción de terceros o incluso de la propia. Aunado a lo anterior, cuando la persona que padece el daño es un niño, niña o adolescente que se encuentra en un centro especializado de reeducación o rehabilitación, las condiciones de responsabilidad se tornan aún más exigentes en virtud de la protección constitucional especial de que gozan a partir de la prevalencia del derecho de aquéllos sobre los de los demás (artículos 44 y 45 C.P.), sin que para efectos del alcance de la protección constitucional especial tenga incidencia la distinción entre “niños y niñas” y “adolescentes”, como lo ha reconocido la Corte Constitucional. (...)

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA - ARTICULO 44 / CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA - ARTICULO 45

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO - Principio del interés superior del niño / REGIMEN DE RESPONSABILIDAD DERIVADO DE LA INFRACCION PENAL - Sólo los adolescentes pueden ser sometidos al sistema de responsabilidad penal / CONSTITUCION POLITICA - Las garantías de protección y seguridad contenidas en el artículo 44 de la Carta Política son extensivas para los menores, es decir, para los niños, niñas y adolescentes

En efecto, los principios constitucionales contenidos en esas disposiciones no pueden ser ajenos al escenario de la responsabilidad extracontractual del Estado, más aún cuando el daño tiene su génesis al interior de una institución técnica encargada de suministrar los servicios de rehabilitación y resocialización de los adolescentes infractores de la ley penal, razón por la cual se encuentra vinculada por la protección reforzada referida, así como por el principio del interés superior del niño es decir, que al margen de que se trate de un menor infractor el Estado está en la obligación de suministrarle todos los medios necesarios para obtener una efectiva reeducación y resocialización, sin que ese procedimiento signifique la posibilidad de sacrificar el postulado de dignidad humana de que goza el adolescente, razón por la que no puede ser sometido a tratos crueles o degradantes, así como a sanciones o penas que desconozcan la finalidad del instrumento de protección, en este caso, el manejo terapéutico del menor contraventor de la legislación penal. Además, si bien en materia penal tiene

relevancia la distinción entre niños y adolescentes, lo cierto es que esa diferenciación opera sólo en relación al régimen de responsabilidad derivado de la infracción penal, toda vez que sólo los adolescentes pueden ser sometidos al sistema de responsabilidad penal; no obstante, las garantías de protección y seguridad contenidas en el artículo 44 de la Carta Política son extensivas para los menores, es decir, para los niños, niñas y adolescentes. En efecto, el artículo 45 de la Carta Política determina que “el adolescente tiene derecho a la protección y la formación integral”, motivo por el cual no cabe duda que el Estado asume posición de garante frente a la integridad de los menores sometidos a la medida de protección y, además, ostenta un deber especial frente a los mismos.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA - ARTICULO 45 / CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, ADOPTADA POR LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS EL 20 DE NOVIEMBRE DE 1989, Y APROBADA EN COLOMBIA MEDIANTE LA LEY 12 DE 1991

DAÑO ANTIJURIDICO - Recluso / CAUSAL EXHONERATIVA DE RESPONSABILIDAD - Causa extraña / CAUSA EXTRAÑA - Operatividad / CAUSAL EXCLUYENTE DE IMPUTACION - No procede cuando quien se encuentra recluso es un menor cobijado por una medida de protección en establecimiento especializado cerrado / DAÑO - Hecho determinante y exclusivo de un tercero o de la víctima. No exime de responsabilidad, más aún si fue el Estado quien impuso la medida y define el centro de resocialización donde permanecerá el menor

En relación con la operatividad de la causa extraña en supuestos de daños antijurídicos irrogados a reclusos (...) Aquél según el cual es posible que en este tipo de escenarios opere una causal excluyente de la imputación, no tiene asidero cuando quien se encuentra recluso es un menor cobijado por una medida de protección en establecimiento especializado cerrado. Es decir, en estos supuestos al margen de que el daño haya sido producto del hecho determinante y exclusivo de un tercero o de la víctima, esa circunstancia no genera por sí misma la exoneración de responsabilidad, máxime si se tiene en cuenta que en este tipo de situaciones el Estado es el que impone la medida y define el centro de resocialización en el que se produce la internación del menor. Así las cosas, como quiera que el sistema de responsabilidad penal de menores no está fundamentado sobre la base del efecto punitivo de la sanción, sino como un mecanismo de reeducación y orientación del adolescente infractor, los daños que este último padezca al interior de un centro especializado serán imputables a la administración pública, al margen de que su génesis o causa sea el hecho exclusivo y determinante de un tercero o el comportamiento de la propia víctima al decidir atentar contra su integridad psicofísica o sus bienes. En consecuencia, la única forma de exonerarse por parte de la administración en circunstancias como las descritas es a través de la acreditación de una fuerza mayor, que implique necesariamente un análisis de imprevisibilidad e irresistibilidad respecto a un hecho de la naturaleza externo a la actividad. Por ende, cuando el daño irrogado a un menor infractor de la ley penal se produzca dentro de un centro especializado de resocialización designado por el juez respectivo, aquél será imputable a la administración pública salvo que se acredite una fuerza mayor; contrario sensu, en los demás escenarios cualquier lesión a la vida, integridad, bienes o intereses legítimos, le será siempre imputable en aplicación de la prevalencia constitucional de los derechos de los menores (art. 44 C.P.); de la protección constitucional reforzada de los mismos (art. 13 C.P.), así como el deber de protección de los adolescentes (art. 45 C.P.).

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA - ARTICULO 13 /
CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA - ARTICULO 44 / CONSTITUCION
POLITICA DE COLOMBIA - ARTICULO 45

**EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD - Ausencia de imputación / EXIMIENTE
DE RESPONSABILIDAD - Hecho exclusivo y determinante de un tercero o de
la víctima que resulte imprevisible e irresistible a la demandada. No procede
cuando es un adolescente quien se encuentra amparado con la medida
restrictiva de sus derechos / RESPONSABILIDAD ASOCIADA - Configuración**

Si bien, podría señalarse que el hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima que resulten imprevisibles e irresistibles a la demandada podrían configurar una eximente de responsabilidad por ausencia de imputación, lo cierto es que, como se señaló, las anteriores normas radican el deber en cabeza de la administración pública de evitar cualquier daño que pueda ser infligido por un tercero o auto irrogado por la víctima razón por la que las citadas disposiciones establecen un deber u obligación de seguridad de raigambre superior a las que tiene el Estado respecto de los demás individuos, tanto así que bajo este supuesto, se insiste, no hay posibilidades de exonerarse frente a hechos de terceros o de la víctima, incluso invocando la imprevisibilidad e irresistibilidad del suceso, máxime si por cuenta de ese cuerpo normativo se impone una carga de contenido absoluto, esto es, el respeto y garantía de la vida e integridad del adolescente amparado con la medida restrictiva de sus derechos. Así las cosas, en estas situaciones opera una extensión de la responsabilidad asociada a: i) la posición de garante institucional que se radica en cabeza del Estado, y ii) el deber de garantía especial de rango constitucional, aspectos éstos que encuentran su basamento en el principio de dignidad humana de reconocer a la persona como un fin en sí mismo y no como un medio para alcanzar los fines de otro, sin que importe poco la racionalidad del sujeto puesto que a diferencia de la perspectiva contractualista del concepto, como bien lo pone de presente Martha Nussbaum, se debe rescatar la idea aristotélica del ser humano según la cual la racionalidad o la “capacidad” es un aspecto más del aspecto animal que lo caracteriza y, por lo tanto, no como el único que define la idea de un funcionamiento auténticamente humano. Es precisamente por esta razón que las modernas cartas políticas establecen un catálogo programático de derechos fundamentales, en donde a la hora de establecer el grado de exigibilidad frente a la organización pública se determinan sujetos con especial protección a los que la administración está especialmente compelida a proteger y garantizar sus derechos fundamentales. (...) El daño de las actoras es atribuible a la entidad demandada toda vez que no se logró comprobar la ocurrencia de una fuerza mayor, única modalidad de la llamada “causa extraña” que hubiera enervado el juicio de imputación en el caso sub examine, puesto que como se indicó, el Estado bajo este tipo de situaciones no se libera o exonera aunque acredite la prueba de que el suceso fue producto del hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima, ya que, se itera, en esta especialísimo supuesto de responsabilidad patrimonial, las entidades públicas se encuentran obligadas al cumplimiento de deberes constitucionales especiales y de naturaleza sobresaliente, motivo por el que cualquier daño que se produzca al interior del centro especializado de resocialización o rehabilitación será, prima facie, atribuible a la organización estatal por un rompimiento de las cargas públicas impuestas al menor que se ve cobijado con las medidas de protección decretadas por el aparato estatal.

DAÑO A LA VIDA DE RELACION - Alteración a las condiciones de existencia

Toda vez que a partir del daño se produjo una afectación a la integridad psicofísica de Angélica María del Castillo Velásquez (quemaduras y cicatrices), y valorada la dimensión del perjuicio, a partir del análisis de las pruebas que integran el acervo probatorio, la Sala confirmará la indemnización por concepto de la alteración a las condiciones de existencia, denominación ésta adoptada de manera reciente por la Sección para redefinir el perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación y, por lo tanto, se condenará al pago del citado concepto, por valor de 300 SMMLV según los criterios fijados por la jurisprudencia de esta Sala.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema redefinición del perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación, consultar sentencia 15 de agosto de 2007, expediente AG 2003-00385, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez, actor Antonio Maria Ordoñez Sandoval y otros

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto del doctor Enrique Gil Botero

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., siete (7) de febrero de dos mil diez (2010)

Radicación número: 23001-23-31-000-2004-00878-01(38382)

Actor: ANGELICA MARIA DEL CASTILLO VELASQUEZ Y OTRO

Demandado: DEPARTAMENTO DE CORDOBA

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Resuelve la Sala el grado jurisdiccional de consulta respecto a la sentencia de 19 de octubre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, en la que se decidió lo siguiente:

“PRIMERO: *Declárase* responsable al Departamento de Córdoba por las lesiones sufridas por la joven Angélica María del Castillo Velásquez, el 21 de octubre de 2002, conforme a la motivación.

“SEGUNDO: En consecuencia y a efectos de la reparación integral de los perjuicios derivados de las lesiones sufridas por la joven Angélica María del Castillo Velásquez, ***condénase*** al Departamento de Córdoba, a pagar las siguientes sumas, por concepto de perjuicios morales:

- “Para Angélica María del Castillo el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

- “Para Elsa del Carmen Velásquez Mora el equivalente a cien (100) salarios mínimos mensuales vigentes.

“**TERCERO: Condénase**, al Departamento de Córdoba, a pagar por concepto de perjuicio a la vida de relación el equivalente a trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

“**CUARTO: Condénase** al Departamento de Córdoba por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente futuro, a prestarle a la joven Angélica María del Castillo, los costos que demande la atención hospitalaria, médico - quirúrgica, cirugías plásticas en las cicatrices que presenta en su cuerpo como consecuencia de las quemaduras sufridas el 21 de octubre de 2002; asimismo, deberá brindarle los tratamientos psicológicos y psiquiátricos que ella requiera, al igual que los medicamentos que necesite, para mantener o recuperar la salud física y mental, por el tiempo que sea necesario. El Departamento de Córdoba deberá asumir el pago de los costos que demanden todos los procedimientos médicos citados.

“**QUINTO: Niéganse** las demás pretensiones de la demanda, por lo ya dicho.

“**SEXTO:** Se deberá dar cumplimiento a la presente sentencia dentro de los términos que establecen los artículos 176, 177 y 178 de Código Contencioso Administrativo (sic).

“**SÉPTIMO: Compúlsense** (sic) copia autenticada de la declaración rendida por el señor Álvaro Javier Negrete Naranjo, y de esta providencia a la Fiscalía General de la Nación, para lo de su competencia y fines pertinentes.

“**OCTAVO:** Ejecutoriada esta providencia, sino fuere objeto de apelación remítase el expediente al H. Consejo de Estado para que se surta el grado jurisdiccional de consulta de que trata el artículo 184 del C.C.A.” (fls. 270 y 271 cdno. ppal. 2ª instancia - mayúsculas, negrillas y cursivas del original).

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y trámite de primera instancia

1.1. El 7 de octubre de 2004, mediante apoderado judicial, Angélica María del Castillo Velásquez y Elsa del Carmen Velásquez Mora, ejercieron acción de reparación directa contra el Departamento de Córdoba, con el fin de que se declare patrimonialmente responsable de los perjuicios materiales y morales que les fueron causados con motivo de las lesiones sufridas por la primera el 21 de octubre de 2002 (fls. 24 a 38 cdno. ppal.).

En consecuencia, solicitaron que se condenara al demandado a pagar: i) a título de perjuicios morales el equivalente a 500 salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV) para la lesionada y 100 para su progenitora; ii) a favor de Angélica María del Castillo Velásquez, los perjuicios materiales, en las modalidades de lucro cesante y daño emergente futuros por valor de \$289.980.000,00 y \$250.000.000,00, respectivamente, y iii) por concepto de daño a la vida de relación la suma de \$200.000.000,00 para la víctima directa (fls. 24 y 25 cdno. ppal.).

En apoyatura de las pretensiones se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos (fls. 25 a 28 cdno. ppal.):

1.1.1. La joven Angélica María del Castillo Velásquez siendo menor de edad infringió la ley penal, y fue procesada por la comisión del delito de hurto.

1.1.2. El 5 de octubre de 2002, el Juzgado de Menores de la ciudad de Montería le resolvió la situación jurídica a la adolescente, y le impuso la medida provisional de ubicación institucional en el Centro de Rehabilitación Casa del Menor “Villa Luz”, por el término de sesenta días.

1.1.3. Era costumbre en la mencionada institución encender fogatas después de las 6:00 p.m., con el fin de ahuyentar o espantar los mosquitos y demás insectos de la zona.

1.1.4. El 21 de octubre de 2002, encontrándose recluida en el centro de rehabilitación “Villa Luz”, la joven fue remitida al calabozo por haber cometido presuntamente faltas disciplinarias.

1.1.5. Ese mismo día, como de costumbre, a eso de las seis de la tarde se encendió la hoguera mientras la menor se encontraba en el calabozo del centro de resocialización, y al dirigirse hacia una ventana para mirar a los alrededores repentinamente sintió humo y un excesivo calor cerca de sí, fue entonces cuando se volvió para ver que sucedía percatándose de que la colchoneta de la celda se encontraba en combustión y las llamas se esparcían rápidamente por el lugar.

La joven aferrada a la ventanilla de la celda gritaba desesperadamente reclamando auxilio, pero el administrador y los encargados de la vigilancia del lugar le gritaban diciéndole que la “dejarían allí porque eso lo tenía merecido por su mal comportamiento”, así mismo le vociferaban palabras obscenas y soeces.

1.1.6. La adolescente sólo fue sacada del calabozo cuando otros jóvenes infractores que se hallaban en el centro de rehabilitación se percataron de la situación, y lograron ingresar por el techo para romper la puerta del lugar que ya estaba conflagrado.

1.1.7. Como producto del fuego, la joven sufrió varias lesiones en su brazo, tronco y extremidad inferior izquierda, así como en parte del lado derecho de su cuerpo.

Angélica fue hospitalizada en el centro asistencial San Jerónimo de la ciudad de Montería donde recibió la atención médica requerida inicialmente.

1.1.8. El 24 de octubre de 2002, el director del centro de rehabilitación “Casa Villa Luz” informó al Juez de Familia del accidente de la menor y le precisa que la misma se encuentra hospitalizada.

1.1.9. La “Casa Villa Luz” es una institución del Departamento de Córdoba, razón por la cual la dirección y vigilancia se encuentra en cabeza del señor Gobernador de esa entidad territorial.

De otro lado, para la fecha en que ocurrieron los hechos, el centro de rehabilitación no contaba con la licencia de funcionamiento expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “ICBF” para recibir y atender menores infractores.

1.2. El Tribunal Administrativo de Córdoba admitió la demanda en auto de 22 octubre de 2004, y dispuso notificar su admisión al Gobernador de Córdoba (fl. 42 cdno. ppal.). La entidad demandada se abstuvo de contestar el libelo demandatorio, razón por la que en proveído de 18 de octubre de 2006, se decretaron las pruebas solicitadas por la parte demandante (fls. 49 a 53 cdno. ppal.) y, por último, en providencia de 21 de abril de 2009 se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 245 cdno. ppal.).

2. Sentencia consultada

En fallo de 20 de octubre de 2009, el Tribunal Administrativo de Córdoba condenó a la entidad demandada en los términos transcritos al inicio de esta providencia. Se declaró la responsabilidad del ente territorial con fundamento en la falla del servicio, al señalar que de manera reciente la jurisprudencia del Consejo de Estado ha aplicado este título de imputación frente a los daños sufridos en centros de reclusión o carcelarios por personas que se encuentran privadas de la libertad a cargo del Estado, como ocurrió en el caso concreto.

Entre otros aspectos, el *a quo*, puntualizó lo siguiente:

“(…) Si bien ese memorial contradice el dicho del declarante la Sala considera bajo el principio de la sana crítica que lo afirmado por este último merece plena credibilidad, en razón que en su declaración es claro, responsivo e indica la ciencia de su dicho narrando que conoce de las circunstancias de tiempo, modo y lugar por encontrarse recluso en dicho centro de rehabilitación y por haber intervenido de manera directa y bajo su propia voluntad en la ayuda que requería Angélica María del Castillo.

“Aunado a lo anterior, la Sala estima que la inexistencia de procesos investigativos de tipo penal y disciplinario por los hechos narrados en la demanda, son indicios que hubo una falla del servicio del Departamento de Córdoba, teniendo en cuenta que el centro “Villa Luz” no contaba con licencia de funcionamiento para recluir a menores infractores, como quedó demostrado atrás.

“(…) En efecto, se configura la falla del servicio porque a pesar del llamado de socorro de los jóvenes internos al personal que laboraba en el centro de rehabilitación, éstos no hicieron nada para evitar el hecho dañoso, contribuyendo con su inactividad a la producción eficiente del mismo. Ahora, si se diera crédito a la afirmación efectuada en el oficio suscrito por el Director de la Fundación Los Ángeles, referente a que la menor no quiso dejarse registrar y que ella tenía candela con la cual inició el fuego, se tendría igualmente que llegar a la conclusión de que hubo una falla del servicio, por cuanto, escapa a toda lógica, que se tenga conocimiento de que la menor poseía un elemento con el que podía iniciar fuego y a pesar de ello sea trasladada a su habitación donde obviamente existirían elementos que contribuirían con mayor gravedad a la producción de una conflagración. De la misma manera, se constituiría la falla del servicio en el hecho de que se haya dejado hacer a la menor lo que ella quería, cuando era el Estado, quien tenía el monopolio de la fuerza y los poderes de coerción que le permitirían afrontar el aparente riesgo ocasionado por la menor, quien precisamente se encuentra en un sitio donde tiene muchas restricciones, sumado a que se ignora la manera en que ella pudo obtener un elemento

capaz de ocasionar fuego, y sobre el cual no se realizó descripción alguna al momento de comunicar de esos hechos al Juez que impuso la medida restrictiva, como tampoco se inició investigación alguna tendiente a esclarecer los mismos.

“Está probado que el 30 de agosto de 2002, el Departamento de Córdoba había suscrito convenio interadministrativo con la Fundación Los Ángeles el cual tuvo por objeto “por parte de la Fundación la administración y funcionamiento de la Casa del Menor Villa Luz, con sede en Montería, para la atención integral y capacitación de menores infractores”; dicho contrato terminaba el 31 de diciembre de 2002 (fls. 230 - 231). La Fundación Los Ángeles es una entidad sin ánimo de lucro según se desprende del texto del convenio interadministrativo.

“De acuerdo a lo expresado por el representante legal del ICBF Seccional Córdoba la fundación Los Ángeles para el período comprendido entre agosto y noviembre de 2002, no contaba con licencia de funcionamiento, ni celebró contrato con la misma; no obstante, el Departamento de Córdoba le dio la administración de la casa del menor “Villa Luz”.

“Esas probanzas son indicativas de la responsabilidad existente en cabeza de la entidad territorial accionada, respecto a la protección, vigilancia, control y rehabilitación de los menores infractores; que si bien había suscrito un convenio interadministrativo con una entidad sin ánimo de lucro para que cumpliera tales deberes legales y constitucionales, ello no significa que la relación contractual lo exime de responsabilidad frente a los hechos narrados al inicio de esta providencia. En efecto, entrándose (sic) de una obligación que radica en el Estado como garante de la protección de la niñez (art. 44 C.N.) es él quien debe responder por los daños antijurídicos que llegare a ocasionar el contratista a quien se confió el deber de velar por la protección en el caso en estudio, del menor infractor; por radicar en el Estado la obligación de cumplir y hacer cumplir la Constitución.

“(…) Entonces, teniendo en cuenta que existe plena certeza de que las lesiones sufridas por Angélica María del Castillo Velásquez, fueron ocasionadas cuando se encontraba recluida en el centro de rehabilitación “Villa Luz” por órdenes de autoridad judicial, que dicho centro estaba siendo administrado por la fundación Los Ángeles por convenio interadministrativo suscrito con la Gobernación de Córdoba, que éste a pesar de tal relación contractual tenía el deber legal y constitucional de garantizarle una eficaz protección y seguridad, por hallarse privada de la libertad. La entidad demandada incumplió la obligación de resultado que tenía con la detenida, falló en la prestación del servicio de protección de la menor, no ejerció defensa alguna en el iter procesal y no encuentra la Sala que haya adoptado medida de seguridad alguna tendiente a evitar que la menor resultara quemada en su humanidad; lo cual es corroborado con el testimonio rendido por el señor Álvaro Javier Negrete (fls. 63-66), por tal motivo se estima que el Departamento de Córdoba está obligado a indemnizar los daños ocasionados a los demandantes.

“(...)” (fls. 251 a 271 cdno. ppal. 2ª instancia).

3. Trámite del grado jurisdiccional de consulta

Dado que el demandado se abstuvo de recurrir la providencia, el Tribunal de primera instancia remitió a esta Corporación el proceso para lo de su competencia. En auto de 22 de abril del año en curso, se dispuso surtir el grado jurisdiccional de consulta (fls. 275 y 276 cdno. ppal. 2ª instancia).

4. Alegatos presentados por las partes en el curso del grado jurisdiccional

Dentro de la respectiva oportunidad procesal, intervino el señor Procurador Delegado ante esta Corporación para solicitar se confirme la sentencia consultada, con fundamento en el siguiente razonamiento (fls. 278 a 282 cdno. ppal. 2ª instancia):

4.1. Como lo ha reiterado en diversas oportunidades esta dependencia del Ministerio Público, la jurisprudencia administrativa ha venido dando un viraje en el tema de la responsabilidad pública en los casos de muerte y lesiones de personas privadas de la libertad en centros carcelarios, en atención a que el Estado adquiriría una obligación de resultado, por cuanto es deber de la autoridad reintegrar al recluso a la sociedad en las mismas condiciones psicofísicas que presentaba al momento de su ingreso al penal.

Hoy en día se ha matizado esa responsabilidad pasando de ser objetiva a ser subjetiva, caso en el cual deberán demostrarse sus elementos tradicionales para resarcir el daño causado, es así como a la luz de la falla del servicio, será necesario acreditar el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso o tardío del servicio carcelario.

4.2. Ahora bien, a pesar de que no existe claridad sobre el origen del incendio en el calabozo en que se hallaba recluida la menor, ya que mientras el testigo presencial deja entrever que se debió a la costumbre de prender hogueras para

quemar basura y ahuyentar mosquitos, el Director del Centro lo atribuye al hecho de que la interna portaba una "candela" con la cual habría dado inicio a la conflagración; sin embargo, es cierto que esa circunstancia ninguna incidencia tiene en los resultados del proceso, ya que aunque no fue posible establecer las causas del siniestro ni el responsable del mismo, es evidente e indiscutible que las quemaduras de Angélica María se produjeron dentro de las instalaciones del correccional, circunstancia que evidencia el nexo causal entre la omisión en la prestación del servicio de vigilancia de los menores que se encontraban bajo la tutela del centro Villa Luz y las secuelas que padece la demandante.

4.3. Entonces, a juicio del Ministerio Público, aunque no se cuenta con las pruebas que determinen las circunstancias que rodearon la producción del incendio, lo cierto es que el hecho que lo desencadenó se produjo dentro del establecimiento penitenciario, es decir, mientras Angélica María del Castillo se hallaba bajo la tutela y custodia de los funcionarios y empleados de la Fundación Los Ángeles contratada por el Departamento de Córdoba para la atención integral de los menores infractores, lo que necesariamente compromete la responsabilidad administrativa y patrimonial del ente público demandado.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del grado jurisdiccional de consulta, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración, a través del siguiente orden conceptual: 1) competencia; 2) hechos probados, 3) régimen de responsabilidad aplicable, 4) caso concreto, y 5) reliquidación de perjuicios.

1. Competencia

Se tiene competencia para conocer del proceso en el grado jurisdiccional de consulta, como quiera que la pretensión mayor individualmente considerada asciende a la suma de \$289.980.000,00, que corresponde a los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante deprecados por la demandante principal, valor que supera la legalmente exigida (\$179.000.000,00) para que un asunto de esta naturaleza tuviera vocación de doble instancia; además, la

condena de primera instancia es superior a 300 SMMLV, razón por la que se cumplen los presupuestos exigidos por el artículo 184 del C.C.A.

2. Los hechos probados

2.1. Testimonio de Álvaro Javier Negrete, rendido ante el Tribunal Administrativo de Córdoba, quien interrogado acerca de los hechos que se debaten en el proceso puntualizó:

“(...) Sí tengo conocimiento de que ella estuvo recluida y eso como en 2002, el 21 de octubre, porque yo también me encontraba allí detenido... Todo empezó por un cuchillo que se había perdido decían que ella se había cogido el cuchillo, estábamos reunidos en el patio unos compañeros y ella cuando llegaron los directivos acusando que tu tienes el cuchillo y ella se negaba total que ahí empezó el forcejeo con ella y ellos le decían que si no buscas el cuchillo te vas para el calabozo. Ellos la cogieron a la fuerza y empezaron a forcejear con ella allí le rompieron la blusa para meterla al calabozo, la dejaron casi desnuda en brasier y tanga, como allí tenían la costumbre de amenazar con un bate, entonces la metieron al calabozo. Allí cogió ya cuando fue cayendo la noche allí tenían la costumbre de prender basura como no había luz, estábamos sin luz, entonces cuando llegó la noche prendieron basura en el patio y en todos lados, como a las doce ella estaba metida en el calabozo, ya habían prendido basura para los mosquitos y eso, no había luz, ahí fue cuando se vio una humara (sic) que salía del calabozo cuando fuimos a ver estaba ella gritando, entonces yo salí a buscar ayuda donde la directiva donde los que mandaban, fui a buscar al Subdirector Héctor Tamayo, él estaba en el comedor cuando yo llegué, estaba comiendo, yo le dije hey (sic) mira Angélica se está quemando entonces me dijo “déjela que se queme ella no es familia mía ni es familia suya” yo cogí unas piedras y rompí unas ventanas con otro compañero de nombre Víctor Flórez quien presencié lo que yo le dije al Subdirector. También estaba Reinaldo no recuerdo su apellido. Con el compañero rompimos las ventanas de la oficina para que ellos salieran, el Subdirector se quedó comiendo tranquilamente y nos salimos de la institución, nos pasamos la malla y allí cogimos unas varillas y empezamos a romper el ladrillo a sacarle las patas de la puerta para sacar la puerta de la pared y el techo y eso, total que allí yo saqué una sábana y se la pasé mojada a ella y le dije “coge tápate” allí la sacamos ya cuando nosotros la sacamos llegaron los directivos. Salimos a la carretera con ella y tenía todo el brazo quemado, la pierna y la cara toda chamuscada y estaba otra compañera que se llamaba Grace Patricia Hernández González, que estaba en la institución quien presencié todo eso allí. PREGUNTADO. Sírvase manifestar si sabe dónde se puede ubicar al señor Víctor Flórez y a la joven Grace Patricia Hernández González. CONTESTÓ. A Víctor no sé y a Grace es la que se encuentra en la Secretaría... PREGUNTADO. Cómo era el calabozo donde fue encerrada la joven Angélica María del Castillo y por qué sabe que era así. CONTESTÓ.

El calabozo era como de uno noventa de largo con uno cuarenta de ancho, porque ya yo había estado allá, a mi me habían encerrado varias veces en ese calabozo ya yo sabía como era. A las dos semanas tumbaron el calabozo y como a la semana me dieron la libertad a mi, yo duré seis meses allí... PREGUNTADO. Sírvase manifestar si además del Subdirector de la institución habían en el momento del incendio otros funcionarios o trabajadores, y si estos se percataron de la situación, en caso afirmativo cómo se percataron y qué actitud asumieron. CONTESTÓ. Ellos se dieron cuenta por la bulla que nosotros formamos, ellos eran como seis con el Subdirector encargado, no recuerdo sus nombres, ellos estaban en el puesto de seguridad de cada uno de ellos, ellos salieron dos a ver total que fue allí cuando cogimos un taxi en la carretera con el compañero ya venían dos de ellos con el Subdirector. PREGUNTADO. Diga si esos empleados a los que se refiere le ayudaron a usted y a su otro compañero a abrir el calabozo y a sacar a la joven Angélica María del Castillo. CONTESTÓ. No. Ellos cuando la sacamos del calabozo ya la traíamos para afuera y allí fue cuando ellos llegaron y gracias a Dios venía un taxi. PREGUNTADO. Sírvase manifestar quiénes hicieron las fogatas que usted ha mencionado en su relato y por qué razón las hicieron. CONTESTÓ. Las hicieron porque no había luz, las fogatas las hizo el vigilante quien se quedada cuidando allí. PREGUNTADO. Recuerda usted cuántas fogatas se prendieron o estaban prendidas al momento de ocurrir el incendio al calabozo. CONTESTÓ. Por todo habían ocho fogatas y cerca al calabozo habían como tres o cuatro..." (fls. 63 a 66 cdno. ppal. - mayúsculas del original).

2.2. Informe técnico rendido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses - Dirección Regional Noroccidente - Seccional Córdoba, en relación con la valoración psicofísica de la joven Angélica María del Castillo Velásquez, del que resulta pertinente resaltar:

"(...) PRESENTA: cicatrices extensas hipertróficas, policromadas y cruentas que comprometen los lados externos y posteriores del brazo y antebrazo izquierdo y dorso de la mano; en flanco lateral izquierdo en toda el área externa y posterior del muslo rodilla y pierna izquierda y tobillo externo izquierdo y en el lado interno de la pierna derecha y tercio distal interno del muslo derecho, cicatrices planas normocromáticas no ostensibles en el ápice nasal y región inframentoniana izquierda. Cicatrices planas rectangulares e hipertróficas extensas, a nivel anterior del muslo derecho.

"- TRAE EPICRISIS del Hospital San Jerónimo de Montería, del 21-octubre-2002 al 03-enero-2003, donde se anota: "consciente, alerta, con sensación de dolor intenso. ENFERMEDAD ACTUAL: refiere paciente que hace más o menos 10 minutos sufrió quemaduras con una colchoneta prendida, ocasionándole quemaduras en pierna izquierda, brazo izquierdo y cara, por lo cual consulta. ANTECEDENTES: recluida en Villa Luz..."

“DISCUSIÓN: se trata de una paciente femenina, de que según la información recibida y contenida en la historia clínica anexada, el 21-10-2002 a los 17 años, al prenderse una colchoneta y sábanas del Centro Villa Luz, sufrió quemaduras por fuego, grados II y III del 36% de superficie corporal, en hemicuerpo izquierdo, realizándosele manejo médico-quirúrgico de las lesiones, permaneciendo hospitalizada del 21-octubre-2002 al 03-enero-2003.

“CONCLUSIÓN

“MECANISMO CAUSAL: quemadura por fuego.

“INCAPACIDAD MÉDICO LEGAL DEFINITIVA: ciento veinte días (120).

“SECUÉLAS MÉDICO LEGALES: 1. Deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente.

“NOTA: se solicita valoración por psiquiatría forense.

“- Con base en todo lo anterior y en respuesta a lo solicitado en su oficio petitorio:

“1- La historia clínica, no nos aporta elementos de juicio para determinar la intensidad ni la duración del fuego que le produjo las lesiones a la paciente.

“2- La paciente sufrió quemaduras que comprometen el 36% de la superficie corporal, según se documenta en la historia clínica.

“3- y 4- La incapacidad médico legal y secuelas médico legales, fueron anotadas anteriormente, esperando al revisión de psiquiatría forense.

“(...)” (fls. 68 y 69 cdno. ppal. - mayúsculas del original).

2.3. Examen psiquiátrico practicado a la joven Angélica María del Castillo Velásquez, por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses - Dirección Seccional Córdoba, en el que se concluyó:

“(...) En el examen mental actual de la joven ANGÉLICA MARÍA DEL CASTILLO VELÁSQUEZ, encontramos un afecto moderadamente depresivo, crónico, acompañado de ideas de minusvalía y de fealdad física, por las cicatrices que presenta en su cuerpo, como consecuencia de quemaduras severas sufridas en el año 2002, mientras se encontraba interna en el hogar Villa Luz de esta ciudad, que según informe técnico médico legal de lesiones no fatales No. (...) presenta como secuelas: deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente.

“No detectamos delirios (ideas falsas), alucinaciones (falsas percepciones) o conducta desorganizada, que la aparte de la realidad. Tampoco detectamos rasgos sociopáticos o delincuenciales en su personalidad, ni estigmas (huellas) de drogadicción o alcoholismo.

“En la actualidad, la joven presenta resistencia a dejarse ver sus deformidades, las cuales son ostensibles y deformantes, esto le impide socializar, relacionarse, trabajar e intimidar adecuadamente (sic), se detecta un menoscabo de su funcionamiento global (social,

laboral, familiar, etc.), desde hace más de 5 años que se complicó por un tiempo, con consumo de drogas y en un estado depresivo severo, para lo cual necesitó tratamiento médico y psicológico, en un hogar de rehabilitación. Aún así (después de 5 años), todavía continúa deprimida, deteriorada física y socialmente.

“El cuadro clínico constituye una DEPRESIÓN REACTIVA secundaria a trauma físico o PERTURBACIÓN PSÍQUICA SECUNDARIA DE CARÁCTER PERMANENTE.

“Necesita terapia por psiquiatría y cirugía estética para corrección o mejoría de sus deformidades físicas.

“(...)” (fls. 93 a 100 cdno. ppal. - mayúsculas del original).

2.4. Copia auténtica del oficio No. 2801 del 1º de octubre de 2002, suscrito por el Secretario del Juzgado Único de Menores de Montería, dirigido al Director del centro “Villa Luz”, en el que se precisó:

“Atentamente informo a usted, que mediante auto de la fecha este Juzgado impuso en forma provisional medida de UBICACIÓN INSTITUCIONAL (fase observación) a las menores: ANGÉLICA DEL CASTILLO VELÁSQUEZ y GREY PATRICIA ARIZA NEGRETE, por la infracción penal de hurto, por el término de sesenta (60) días contados a partir de la fecha.” (fl. 102 cdno. ppal. - mayúsculas del original).

2.5. A folio 105 del cuaderno principal obra copia auténtica de la carta remitida por el Director de la casa del menor Villa Luz - Fundación Los Ángeles, el 24 de octubre de 2002, al señor Juez Único de Menores de Montería, en la que se lee:

“La presente para informar a usted sobre la menor Angélica del C. Velásquez, la cual en estos momentos se encuentra en el hospital San Jerónimo, debido a un accidente presentado el día martes 23 del presente (sic), la menor pretendía apuñalar a uno de los menores, y por este motivo se le condujo a su habitación donde empezó a destrozar todo y ha (sic) quemar cosas, luego intentaba quebrar las tejas y el encargado del hogar se vio en la necesidad de aislarla mientras se le pasaba la crisis, la joven no permitió ser registrada y llevaba consigo una candela (sic) con la cual prendió fuego ala (sic) colchoneta que había en el sitio de aislamiento, y el fognazo que este produjo alcanzó a quemarla por este motivo se encuentra en el hospital.”

2.6. Copia de la historia clínica de la paciente Angélica María del Castillo Velásquez, abierta en el Hospital San Jerónimo en la ciudad de Montería, en

donde consta que fue atendida el 21 de octubre de 2002, por cuenta de varias quemaduras en pierna y brazo izquierdo y cara (fls. 147 a 215 cdno. ppal.).

2.7. Oficio No. 231000 signado por el Director de la Regional Córdoba del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "ICBF", en el que se precisó:

"(...) - El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar otorgó licencia de funcionamiento a la institución casa del menor Villa Luz ubicada en el kilómetro 12 vía Planeta Rica, por el término de 6 meses, por medio de la Resolución No. 0761 del 22 de noviembre de 2002, atendiendo la solicitud del 28 de octubre de 2002 del señor Héctor Ochoa a la Directora Regional del ICBF Córdoba, pero no suscribió el contrato de aporte para la atención de los niños infractores de la ley penal con esta fundación en los meses comprendidos de agosto a octubre de 2002.

"- El ICBF REGIONAL CÓRDOBA celebró contrato de aporte con la Fundación Granjas Comunitarias Santa Teresa de Medellín para la atención de jóvenes infractores a la ley penal en la casa del menor Villa Luz en el año 2002, con vencimiento al 31 de diciembre de 2002, el cual se dio por terminado por mutuo acuerdo entre las partes antes de su vencimiento. La GOBERNACIÓN DE CÓRDOBA suscribió convenio interadministrativo con la misma fundación Granjas Comunitarias y lo dio por terminado el 12 de julio de 2002.

"A partir del 1 de agosto de 2002, la Gobernación de Córdoba le dio a la administración de la CASA DEL MENOR VILLA LUZ, a la fundación Los Ángeles siendo su representante legal el señor HECTOR AUGUSTO OCHOA CADAVID no existía contrato con el ICBF REGIONAL CÓRDOBA Y ESTA FUNDACIÓN, y no contaba con licencia de funcionamiento otorgada por el ICBF en los meses de agosto a noviembre 21 de 2002 para prestar este servicio de reeducación.

"El ICBF por medio de Resolución No. 000614 del 12 de abril de 1998 fija normas y procedimientos para otorgar, suspender y cancelar licencias de funcionamiento a las instituciones que prestan el servicio de protección al menor y la familia.

"(...) El ICBF no dio ningún aval o concepto favorable sobre el funcionamiento de la casa del menor Villa Luz en los meses de octubre de 2002.

"(...) La joven ANGÉLICA CASTILLO VELÁSQUEZ (sic) fue ubicada en la casa del menor Villa Luz, por orden del Juzgado Único de Menores de Montería y es en este donde reposan los informes relacionados con los hechos ocurridos el 21 de octubre de 2002, relacionados con la menor.

"(...)" (fls. 106 y 107 cdno. ppal. - mayúsculas del documento primigenio).

2.8. Comunicación suscrita el 22 de mayo de 2008, por la Gobernadora del departamento de Córdoba con destino al proceso, en la que se hace constar:

“(...) 1. En el año 2000, el departamento de Córdoba celebró con el municipio de Montería contrato de comodato a través del cual EL DEPARTAMENTO entrega AL MUNICIPIO en calidad de comodato, un lote de terreno donde se encuentra construida la ciudadela regional VILLA LUZ, con todas sus edificaciones, mejoras, servidumbres y muebles que conforman la CASA DEL MENOR VILLA LUZ, ubicada en el municipio de Montería kilómetro 12 vía a Planeta Rica.

“El 11 de julio de 2001, el DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA Y EL MUNICIPIO DE MONTERÍA, de común acuerdo dan por terminado el contrato de comodato descrito anteriormente a partir de ese momento, EL DEPARTAMENTO asume la administración y los costos que demande la atención de los menores infractores en atención a las solicitudes que hagan los jueces de menores.

“El 12 de julio de 2001, el departamento de Córdoba suscribe convenio interadministrativo de administración con la FUNDACIÓN GRANJA COMUNITARIA SANTA TERESA, entidad sin ánimo de lucro con personería jurídica..., el cual tuvo por objeto por parte de la FUNDACIÓN la administración y funcionamiento de la CASA DEL MENOR VILLA LUZ, para la atención integral y capacitación a menores infractores, con una duración de un año, es decir, hasta julio de 2002.

“Este convenio estuvo bajo la interventoría de la Jefe de la Oficina de Desarrollo Social de la época.

“El 30 de agosto de 2002, el departamento de Córdoba suscribe convenio interadministrativo de administración con la FUNDACIÓN LOS ÁNGELES para la administración y funcionamiento de la CASA DEL MENOR VILLA LUZ, para la atención integral y capacitación de menores infractores por parte de la fundación, con una duración hasta el 31 de diciembre de 2002.

“2. En los archivos que reposan en esta entidad, no se encontró documento relacionado con el aval o licencia del ICBF sobre el centro de rehabilitación Casa del Menor Villa Luz, por parte del Departamento de Córdoba...” (fls. 226 a 229 cdno. ppal. - mayúsculas del original).

2.9. Aclaración del dictamen pericial rendido por el médico cirujano plástico Edwin Cumplido, funcionario del Hospital San Jerónimo, del 9 de febrero de 2009, en el que se especificó:

“(...) Al examen físico se observa secuela en piel, por quemadura con fuego directo hace más o menos seis (6) años.

“Actualmente presenta cicatrices hipertróficas en cara lateroposterior de brazo y antebrazo izquierdo, cara externa de miembro inferior izquierdo, cara interna de pantorrilla derecha y flanco izquierdo.

“La cicatriz más notoria con posibilidad de corrección quirúrgica son las cicatrices que presenta en miembro superior izquierdo, aclarando que conserva la funcionalidad total del área quemada.

“Las cicatrices que presenta la paciente en el resto del cuerpo no ameritan cirugía.

“Es bueno señalar que la paciente presenta cicatriz en labio inferior y mentón inversión leve del labio lo cual no es secuela de la quemadura.

“Considero que los procedimientos quirúrgicos a realizarse pueden tener un costo aproximado a los diez (10) millones de pesos.” (fl. 241 cdno. ppal.).

2.10. Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Angélica María del Castillo Velásquez, en el que consta que nació el 5 de mayo de 1985, y que su madre es la señora Elsa del Carmen Velásquez Mora (fl. 218 cdno. ppal.).

3. Régimen de responsabilidad aplicable

En el caso concreto, se alterará de forma excepcional el orden impuesto por el artículo 90 de la Constitución Política y por la jurisprudencia de esta Sección (*daño e imputación*) para definir el juicio de responsabilidad patrimonial del Estado, ya que se abordará inicialmente el régimen jurídico aplicable a situaciones como la que es objeto de análisis, toda vez que para el Tribunal de primera instancia y el Ministerio Público, en este tipo de escenarios el título jurídico por excelencia es la falla del servicio y, por lo tanto, es a partir del mismo que se debe analizar la responsabilidad.

Contrario a lo precisado, para la Sala en el asunto *sub examine* se impone el régimen objetivo de responsabilidad tal y como se desarrollará a continuación.

Y, si bien, la jurisprudencia de la Corporación en varias ocasiones¹ ha sostenido que el título jurídico de responsabilidad respecto a los daños padecidos por personas que se encuentran privadas de la libertad en centros carcelarios o

¹ Al respecto ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 23 de abril de 2008, exp. 16186, M.P. Ruth Stella Correa Palacio y sentencia de 26 de mayo de 2010, exp. 18584, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

penitenciarios es la falla del servicio, lo cierto es que de manera reciente se ha reiterado la teoría que avala definir este tipo de situaciones bajo la égida de la responsabilidad objetiva.

En fallo del 9 de junio de 2010, con apoyo en el concepto de “relaciones de especial sujeción”, la Sala llegó a la conclusión de que el régimen jurídico por excelencia en estos supuestos es el de daño especial por rompimiento de las cargas públicas. Sobre el particular, se puntualizó²:

“De acuerdo con lo dicho, las personas privadas de la libertad se encuentran en relación de especial sujeción frente al Estado, lo que implica que sus derechos y garantías fundamentales se encuentran limitados para garantizar intereses generales y colectivos. Si bien esas restricciones tienen como consecuencia una mayor dependencia, en este caso de los reclusos, frente a la administración, ello no implica que sean de carácter ilimitado, toda vez que están sometidas a la autorización expresa de la ley y siempre tendrán como frontera infranqueable el respeto a la dignidad humana y los derechos fundamentales.

“En efecto, esa inserción forzosa del individuo, en esa relación de sujeción con la administración, obedece a la defensa del interés general. De acuerdo con éste, se debe tener en custodia, en centros penitenciarios, a personas cuyo comportamiento represente una amenaza para la sociedad, ya en cumplimiento de una pena o de una medida de aseguramiento, la cual que tiene como finalidad adicional, además del cumplimiento del castigo, la resocialización de ese individuo.

“Ello implica, principalmente, la aplicación de un régimen jurídico orientado a someter a ese sujeto a controles disciplinarios y administrativos y a la posibilidad de limitar sus derechos, incluso los fundamentales.

“Correlativo a lo anterior, a las personas privadas de la libertad se les reconoce derechos especiales, que deben garantizar la administración, tales como condiciones dignas de alimentación, habitación, salud y seguridad en los centros penitenciarios.

“Si bien es connatural a este tipo de relaciones la restricción de algunos derechos fundamentales, ello no implica su supresión o desconocimiento, ya que tal limitación debe estar soportada en la constitución y la ley. Esa limitación no presenta mayor dificultad en algunos casos, como pasa respecto de los derechos a la intimidad, de locomoción o de reunión; en otros, no se admite limitación alguna, como son la vida y la integridad personal, cuya garantía debe ser reforzada en el espacio carcelario, dada la situación de indefensión manifiesta en el que se encuentra las personas privadas

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de junio de 2010, exp. 19849, M.P. Enrique Gil Botero.

de la libertad. Allí la administración tiene una obligación específica de protección, seguridad y custodia frente a esos derechos.

“En todo caso, siempre que se presenten tensiones entre derechos fundamentales y el cumplimiento de fines estatales, como pasa en el desarrollo de las relaciones de especial sujeción en establecimientos carcelarios, su solución está sometida a una ardua labor de ponderación por parte de la administración, en la que se deben aplicar principios de razonabilidad y proporcionalidad.

“Otro tipo de razonamiento implicaría considerar a las personas privadas de la libertad como objetos de la administración y no sujetos de derecho, sometidos a determinadas restricciones de sus libertades por razón de su condición específica. Conclusión obvia, de lo dicho hasta ahora, es que en este tipo de situaciones la administración no escapa al control judicial y responde por las consecuencias adversas que se causen en su desarrollo.

“Sin duda, este planteamiento, desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial del Estado, permite proyectar un escenario obvio, el incumplimiento de un deber específico, como sería el caso de la protección a la vida y a la integridad personal de un recluso, por parte de una autoridad carcelaria, y ello lleva a la configuración de una falla del servicio y da lugar a la reparación de las víctimas de ese daño antijurídico.

“Lo anterior no admite discusión, pero genera un interrogante adicional ¿pueden existir otros escenarios de responsabilidad patrimonial del Estado, cuando se trata de relaciones especiales de sujeción entre el Estado y los reclusos? No está en discusión que el ejercicio irregular de la autoridad tenga efectos patrimoniales adversos para la administración, sino, si debe considerarse que la pérdida de la vida y la afectación de la integridad personal de un recluso, sin que medie el incumplimiento de una obligación administrativa, debe considerarse o no un efecto esperado de esas relaciones de especial sujeción, es decir una carga soportable por quienes se encuentran privados de la libertad.

“Dicho de otra forma, si la carga impuesta en el ejercicio de una actividad legítima de la administración, en este caso la imposición de relaciones de especial sujeción a quienes se encuentran privados de la libertad, admite asumir, por parte de esos sujetos, la afectación eventual de sus derechos a la vida y la integridad personal.

“Para la Sala, la respuesta es negativa. En primer lugar, por el contexto en el que se formula, pues se trata de la inmersión de un individuo dentro del aparato administrativo, al que se ha impuesto esa carga por parte del ordenamiento jurídico o por orden de un juez. En segundo lugar, con independencia de que se esté ante derechos fundamentales que puedan limitarse en virtud de la relación especial de sujeción o de aquellos que no son susceptibles de restricción dentro de los centros penitenciarios, el Estado asume un papel de garante que se desprende de la obligación que emana

del artículo 2 de la Constitución Política³, disposición según la cual ” *las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades*”.

“Resulta equitativo, entonces, que en los casos de fallecimiento o lesiones por agresión de compañeros de internamiento de una persona privada de la libertad o por la guardia carcelaria en uso legítimo de la fuerza, el título de imputación aplicable sea el de daño especial, puesto que la principal consecuencia de la relación especial de sujeción pone al individuo en una situación de indefensión mayor a la de cualquier ciudadano. En efecto, la restricción a la movilidad del individuo, el que éste tenga que compartir un espacio reducido con otras personas, es algo consustancial al especial vínculo que establece de manera forzosa con el Estado cuando en virtud de providencia judicial se afecta su libertad. Estas especiales connotaciones de la relación jurídica claramente colocan al individuo en una situación en la que, aunque el poder público cumpla las obligaciones asignadas por el ordenamiento jurídico, existe mayor facilidad de un desequilibrio en las cargas públicas que puede conllevar una afectación de los derechos a la vida o la integridad física.

“Sin duda, el título de daño especial implica un juicio de equidad, en el que se establece que una carga pública desproporcionada implica un daño antijurídico...

“(...) Conforme a lo anterior, resultaría contrario a la equidad considerar que la cuadriplejía de José William Rico Mendoza, a consecuencia de lesiones causadas en un motín carcelario, mientras cumplía una pena prisión, sea una carga que debe soportar, por tratarse de un efecto esperado de la relación de especial sujeción a la que estaba sometido, por su condición de recluso. En el presente caso, la afectación de la integridad personal configura un daño excepcional y anormal que la víctima no está en el deber jurídico de soportar; sin duda, se configura un desequilibrio ante las cargas públicas, de acuerdo con el cual debe declararse la responsabilidad de la administración bajo el régimen del daño especial. En consecuencia, se revocará la sentencia apelada y en su lugar se condenará a la entidad demandada.”

En efecto, en providencia de 7 de octubre de 2009, esta misma Sección ya había precisado el régimen objetivo como el título jurídico por excelencia para resolver la atribución de los daños irrogados en centros de reclusión para personas que se encuentran privadas de la libertad por cuenta del Estado, en los términos que se transcriben a continuación:

³ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Febrero 20 de 2008. M. P. Enrique Gil Botero. Exp. 16.996.

“Con fundamento en lo anterior, pude concluirse entonces que la privación de la libertad de una persona conlleva, de manera necesaria una subordinación del recluso frente al Estado, amén de que lo pone en una condición de vulnerabilidad o debilidad manifiesta, razón por la cual se genera entre tales sujetos una relación jurídica especial y, en virtud de ello, el Estado tiene la facultad constitucional y legal de restringir, limitar o modular algunos derechos fundamentales, de acuerdo con los fines de resocialización del interno y con las necesidades de orden y seguridad propias de los centros de reclusión; sin embargo, tal relación implica también que otros derechos fundamentales como la vida e integridad personal no puedan ser limitados o suspendidos de forma alguna, sino que los mismos deben ser respetados y garantizados plenamente por las autoridades, pues –según se consideró anteriormente-, su seguridad depende por completo de la Administración.

“Así pues, cuando se encuentre acreditado un daño antijurídico causado en la integridad psicofísica del recluso y/o detenido, debe concluirse que el mismo resulta imputable al Estado, bajo un régimen objetivo de responsabilidad.

“Asimismo, la Sala estima necesario precisar que, si bien el título de imputación de responsabilidad al Estado por excelencia corresponde al de la falla del servicio⁴, régimen de responsabilidad subjetivo que se deriva del incumplimiento de una obligación estatal y que se concreta en un funcionamiento anormal o en una inactividad de la Administración, lo cierto es que en estos eventos, debido a la especial relación jurídica de sujeción a la cual somete el Estado a la persona que por su cuenta y decisión priva de su libertad, el régimen de responsabilidad se torna objetivo, esto es que a pesar de demostrar la diligencia de la Administración, queda comprometida automáticamente su responsabilidad, pues –bueno es insistir en ello-, el Estado asume por completo la seguridad de los internos.”⁵

Así mismo, en proveído del 26 de mayo de 2010, la Sala se ocupó de nuevo de la problemática para indicar que:

“En relación con las personas que se encuentran privadas de la libertad, quienes deben soportar tanto la limitación en el ejercicio de sus derechos y libertades como, igualmente, la reducción o eliminación de las posibilidades de ejercer su propia defensa frente a las agresiones de agentes estatales o de terceros respecto de quienes puedan ser víctimas al interior del establecimiento carcelario, el Estado debe garantizar por completo la seguridad de los internos y asumir todos los riesgos que lleguen a presentarse en virtud de dicha circunstancia, razón por la cual esta Sección del Consejo de Estado ha considerado que el régimen de responsabilidad aplicable a los daños causados a las personas

⁴ Al respecto ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de julio de 1993, Exp. 8163 y del 16 de julio de 2008, Exp. 16423, entre otras.

⁵ Exp. 16990, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

privadas de la libertad, en sitios de reclusión oficiales, es objetivo, teniendo en cuenta las condiciones especiales en las cuales se encuentran y con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política. Así pues, ha puesto de presente que en estos casos, entre las personas presas o detenidas y el Estado existen **“relaciones especiales de sujeción”**⁶.

“(…)Igualmente, debe precisarse que, en tratándose de las lesiones o el homicidio de que puedan ser víctimas los reclusos por razón de la acción ejecutada por otros detenidos por el mismo Estado, en principio no tendrá cabida la causal de exoneración de responsabilidad consistente en el hecho de un tercero, así como tampoco resultará procedente aplicar la llamada “conurrencia de culpas”⁷ en virtud de tal eximente de responsabilidad, puesto que tal como se analizó anteriormente, el carácter particular de la relación de especial sujeción implica que el Estado debe respetar y garantizar por completo la vida e integridad del interno respecto de los daños producidos, precisamente, por otros reclusos, terceros particulares o incluso del propio personal oficial.”⁸(Negrillas del original).

En consecuencia, bien que se maneje como un problema de riesgo excepcional, o de un daño especial y anormal, es necesario insistir en esta ocasión en la importancia de definir este tipo de controversias a partir de la aplicación de regímenes objetivos, como quiera que el Estado en ejercicio del *ius puniendi* limita el ejercicio de los derechos y libertades de las personas que se encuentran privadas de la libertad y, de otro lado, los vincula en una relación de especial sujeción con la organización estatal, razón por la que el aparato público asume posición de garante respecto a la materialización de cualquier riesgo que se pueda concretar frente a la vida o integridad de los reclusos.

Una postura contraria compelería a los demandantes a acreditar aspectos que desbordan su capacidad probatoria, máxime si en este tipo de eventos no se tiene el conocimiento específico acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la producción del daño antijurídico y la posible falla del servicio. En consecuencia, es factible que con fundamento en el principio *iura novit curia* el

⁶ Al respecto, consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 27 abril del 2006, Exp. 21138 y del 27 de noviembre de 2002, Exp. 13760, ambas con ponencia del Consejero, doctor Alier Hernández Enríquez.

⁷ En relación con la concausa, esta Sección del Consejo de Estado ha sostenido que el comportamiento de la víctima o de un tercero, habilita al juzgador para reducir el quantum indemnizatorio (artículo 2.357 Código Civil) puesto que aquel contribuye, de manera cierta y eficaz, en la producción del hecho dañino, es decir cuando la conducta de la persona participa en el desenlace del resultado, habida consideración de que la víctima o el tercero contribuyó realmente a la causación de su propio daño. Ver por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de septiembre de 1999, Exp. 14.859 y del 10 de agosto de 2005, Exp. 14.678. M.P. María Elena Giraldo Gómez, entre otras decisiones.

⁸ Exp. 18800, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

operador judicial decreta probada la falla del servicio siempre que la encuentre probada en el proceso, no obstante, *prima facie*, es necesario establecer si se configuró o no la responsabilidad desde la perspectiva objetiva, ora por la configuración de un riesgo o por la verificación de un rompimiento de las cargas públicas.

Tratándose de los daños irrogados a menores de edad que se encuentran sometidos a una medida de protección en centro de rehabilitación o resocialización, desde el plano de la imputación fáctica el Estado asume posición de garante respecto la protección de la vida e integridad de los adolescentes que quedan bajo su custodia⁹.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha señalado:

“2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano [o al Estado] por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y **protegerlo contra los peligros que lo amenacen**, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso.

“Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de **deberes positivos**, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos¹⁰.”¹¹ (negrillas del original).

⁹ La posición de garante ha sido definida, con apoyo en la doctrina de la imputación objetiva, por la jurisprudencia de lo contencioso administrativo en los siguientes términos: “Por posición de garante debe entenderse aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho.

“Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley –en sentido material– atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de octubre de 2007, exp. 15.567, M.P. Enrique Gil Botero.

¹⁰ Cfr. Günther Jakobs. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Por lo tanto, cuando uno de esos adolescentes sufre o padece una lesión que no está en el deber jurídico de soportar, se materializa un daño antijurídico que en principio será imputable a la administración pública ya que ésta se encuentra obligada a velar porque la integridad de los menores infractores de la ley penal se mantenga durante todo el período de la medida de protección.

Por consiguiente, se insiste, el régimen jurídico por excelencia en este tipo de supuestos corresponde al objetivo de daño especial o de riesgo excepcional, dependiendo de las circunstancias que rodeen la generación del daño. Inclusive el ámbito de protección sobre el cual recae el deber de garante comprende las acciones de terceros o de la propia víctima. En otros términos, cuando en virtud de las facultades legales el Estado (v.gr. medidas de protección a adolescentes infractores de la ley penal), vincula al menor en una relación de especial sujeción, asume posición de garante y, por consiguiente, queda compelido a garantizar la integridad física (externa) y espiritual (interna), exigencia que, se insiste, comprende protegerlo de la acción de terceros o incluso de la propia.

Aunado a lo anterior, cuando la persona que padece el daño es un niño, niña o adolescente que se encuentra en un centro especializado de reeducación o rehabilitación, las condiciones de responsabilidad se tornan aún más exigentes en virtud de la protección constitucional especial de que gozan a partir de la prevalencia del derecho de aquéllos sobre los de los demás (artículos 44 y 45 C.P.), sin que para efectos del alcance de la protección constitucional especial tenga incidencia la distinción entre “niños y niñas” y “adolescentes”, como lo ha reconocido la Corte Constitucional en los siguientes términos: *“La Carta utiliza el término adolescentes para referirse a aquellos jóvenes que no han alcanzado aún la mayoría de edad, pero que tienen capacidad y madurez para participar en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud, sin definir cuándo comienza y a qué edad termina la adolescencia. Lo que se buscó con tal consagración fue pues garantizar la protección y la formación física, psicológica, intelectual y social, así como la participación activa de los jóvenes en la vida cultural, deportiva, política, laboral y económica del país, promoviendo su intervención en las decisiones de los organismos que tienen a su cargo políticas respecto de ese grupo de la población. Así, la distinción entre niño y adolescente, no se hizo para efectos de la prevalencia de sus derechos, sino de la participación. La intención del*

constituyente no fue excluir a los adolescentes de la protección especial otorgada a la niñez, sino hacerla más participativa respecto de las decisiones que le conciernen.”¹²

En efecto, los principios constitucionales contenidos en esas disposiciones no pueden ser ajenos al escenario de la responsabilidad extracontractual del Estado, más aún cuando el daño tiene su génesis al interior de una institución técnica encargada de suministrar los servicios de rehabilitación y resocialización de los adolescentes infractores de la ley penal, razón por la cual se encuentra vinculada por la protección reforzada referida, así como por *el principio del interés superior del niño*¹³, es decir, que al margen de que se trate de un menor infractor el Estado está en la obligación de suministrarle todos los medios necesarios para obtener una efectiva reeducación y resocialización, sin que ese procedimiento signifique la posibilidad de sacrificar el postulado de dignidad humana de que goza el adolescente, razón por la que no puede ser sometido a tratos crueles o degradantes, así como a sanciones o penas que desconozcan la finalidad del instrumento de protección, en este caso, el manejo terapéutico del menor contraventor de la legislación penal.

Además, si bien en materia penal tiene relevancia la distinción entre niños y adolescentes, lo cierto es que esa diferenciación opera sólo en relación al régimen de responsabilidad derivado de la infracción penal, toda vez que sólo los adolescentes pueden ser sometidos al sistema de responsabilidad penal; no obstante, las garantías de protección y seguridad contenidas en el artículo 44 de la

¹² Corte Constitucional, sentencia C-092 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹³ La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989, y aprobada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991, determina:

“Artículo 1:

“Para los efectos de la presente Convención, **se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad**, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. (se subraya)

“Artículo 3.

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

“2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.”

Carta Política son extensivas para los menores, es decir, para los niños, niñas y adolescentes.

En efecto, el artículo 45 de la Carta Política determina que “*el adolescente tiene derecho a la protección y la formación integral*”, motivo por el cual no cabe duda que el Estado asume posición de garante frente a la integridad de los menores sometidos a la medida de protección y, además, ostenta un deber especial frente a los mismos.

De otro lado, en relación con la operatividad de la causa extraña en supuestos de daños antijurídicos irrogados a reclusos, la Sala de manera reciente puntualizó¹⁴:

“Lo anterior no obsta para que en este tipo de situaciones opere la causa extraña en sus diversas modalidades, como causal exonerativa de responsabilidad, casos en los cuales, como resulta apenas natural, la acreditación de la eximente deberá fundarse en la demostración de todos y cada uno de los elementos constitutivos de la que en cada caso se alegue: fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o hecho exclusivo de un tercero, según corresponda; por consiguiente, no es procedente afirmar de manera simple y llana que la sola constatación de la existencia de una aparente causa extraña como origen o fuente material o fenomenológica, en relación con los daños ocasionados a reclusos, resulte suficiente para que estos puedan considerarse como no atribuibles –por acción u omisión¹⁵– a

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de mayo de 2010, exp. 18800, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁵ *Si se tiene en cuenta que la comprensión mayoritaria —aunque deba darse cuenta de la existencia de pareceres discrepantes— niega que las omisiones puedan ser causa, en un sentido estrictamente naturalístico u ontológico, de un resultado, como lo han señalado, por vía de ejemplo, MIR PUIG y JESCHECK, de la siguiente manera: “resulta imposible sostener que un resultado positivo pueda haber sido causado, en el sentido de las ciencias de la naturaleza, por un puro no hacer (ex nihilo nihil fit)” (énfasis en el texto original), sostiene aquél; “La causalidad, como categoría del ser, requiere una fuente real de energía que sea capaz de conllevar un despliegue de fuerzas, y ello falta precisamente en la omisión (“ex nihilo nihil fit)”, afirma éste. Cfr. MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal. Parte General, 5ª edición, Reppertor, Barcelona, 1998, p. 318 y JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal. Parte General, Bosch, Barcelona, 1981, p. 852, apud MIR PUIGPELAT, Oriol, La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, cit., pp. 241-242.*

“Sin embargo, la tantas veces aludida distinción categorial entre causalidad e imputación permite explicar, precisamente, de forma mucho más coherente que si no se parte de la anotada diferenciación, la naturaleza del razonamiento que está llamado a efectuar el Juez de lo Contencioso Administrativo cuando se le llama a dilucidar si la responsabilidad del Estado debe quedar comprometida como secuela no ya de una actuación positiva, sino como consecuencia de una omisión de la entidad demandada, pues aunque se admita que dicha conducta omisiva fenomenológicamente no puede dar lugar a la producción de un resultado positivo —de un daño—, ello no significa, automáticamente, que no pueda generar responsabilidad extracontractual que deba ser asumida por el omitente. Pero esa cuestión constituirá un asunto no de causalidad, sino de imputación.

“Y es que en los eventos en los cuales la conducta examinada es una acción, para que proceda la declaratoria de responsabilidad resulta menester que exista relación de causalidad entre ella y el resultado, lo cual no es suficiente porque debe añadirse que éste sea jurídicamente atribuible o imputable a aquélla; pero, como señala MIR PUIGPELAT,

la Administración Pública¹⁶.

En ese orden de ideas, resulta dable concluir que para que tales eximentes de responsabilidad tengan plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, resulta necesario que la causa extraña sea la causa exclusiva, esto es única, del daño y que, por tanto, constituya la raíz determinante del mismo.

“Igualmente, debe precisarse que, en tratándose de las lesiones o el homicidio de que puedan ser víctimas los reclusos por razón de la acción ejecutada por otros detenidos por el mismo Estado, en principio no tendrá cabida la causal de exoneración de responsabilidad consistente en el hecho de un tercero, así como tampoco resultará procedente aplicar la llamada “conurrencia de culpas”¹⁷ en virtud de tal eximente de responsabilidad, puesto que tal como se analizó anteriormente, el carácter particular de la relación de especial sujeción implica **que el Estado debe respetar y garantizar por completo la vida e integridad del interno respecto de los daños producidos, precisamente, por otros reclusos, terceros particulares o incluso del propio personal oficial.**

“(…) Por otra parte, a efectos de que opere el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad, es necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder —activo u omisivo— de aquélla tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño. En ese orden de ideas, resulta dable concluir que para que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, es necesario que la conducta desplegada por la víctima sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir,

*“... cuando la conducta es, en cambio, una omisión, la relación de causalidad no es sólo insuficiente, sino, incluso, innecesaria (...) Y existirá imputación del resultado cuando el omitente tenía el **deber jurídico de evitar el resultado lesivo**, poseyendo la acción —debida— omitida **capacidad para evitarlo**. En el momento de comprobar esta última cuestión (la capacidad evitadora de la acción omitida) se examina si existe relación de causalidad entre la acción omitida y el resultado producido. Pero obsérvese bien: no es una relación de causalidad entre la omisión y el resultado, sino entre la acción (que, a diferencia de la omisión, sí tiene eficacia causal) no realizada y el resultado; y, además, es una causalidad meramente hipotética, entre una acción imaginada que no ha llegado a producirse y un resultado efectivamente acontecido. Los problemas fundamentales que se plantean, pues, en sede de omisión (y que son problemas de imputación), son la determinación de cuándo existe el deber jurídico de evitar el resultado (en definitiva, la determinación de cuándo se encuentra la Administración en **posición de garante** de la víctima) y la concreción del grado de capacidad evitadora del resultado que exigimos a la acción omitida, partiendo de valoraciones normativas, para imputar el resultado a la omisión”. Cfr. MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, cit., pp. 242-244.*

¹⁶ Cf. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre de 2008. Exp. 18586. M.P. Enrique Gil Botero.

¹⁷ En relación con la concausa, esta Sección del Consejo de Estado ha sostenido que el comportamiento de la víctima o de un tercero, habilita al juzgador para reducir el *quantum* indemnizatorio (artículo 2.357 Código Civil) puesto que aquel contribuye, de manera cierta y eficaz, en la producción del hecho dañino, es decir cuando la conducta de la persona participa en el desenlace del resultado, habida consideración de que la víctima o el tercero contribuyó realmente a la causación de su propio daño. Ver por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de septiembre de 1999, Exp. 14.859 y del 10 de agosto de 2005, Exp. 14.678. M.P. María Elena Giraldo Gómez, entre otras decisiones.

que se trate de la causa adecuada, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño, no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, su reparación estará rebajada en proporción a la participación de la víctima.”

Ahora bien, el anterior planteamiento, esto es, aquél según el cual es posible que en este tipo de escenarios opere una causal excluyente de la imputación, no tiene asidero cuando quien se encuentra recluido es un menor cobijado por una medida de protección en establecimiento especializado cerrado. Es decir, en estos supuestos al margen de que el daño haya sido producto del hecho determinante y exclusivo de un tercero o de la víctima, esa circunstancia no genera por sí misma la exoneración de responsabilidad, máxime si se tiene en cuenta que en este tipo de situaciones el Estado es el que impone la medida y define el centro de resocialización en el que se produce la internación del menor.

Así las cosas, como quiera que el sistema de responsabilidad penal de menores no está fundamentado sobre la base del efecto punitivo de la sanción, sino como un mecanismo de reeducación y orientación del adolescente infractor, los daños que este último padezca al interior de un centro especializado serán imputables a la administración pública, al margen de que su génesis o causa sea el hecho exclusivo y determinante de un tercero o el comportamiento de la propia víctima al decidir atentar contra su integridad psicofísica o sus bienes. En consecuencia, la única forma de exonerarse por parte de la administración en circunstancias como las descritas es a través de la acreditación de una fuerza mayor, que implique necesariamente un análisis de imprevisibilidad e irresistibilidad respecto a un hecho de la naturaleza externo a la actividad.

Por ende, cuando el daño irrogado a un menor infractor de la ley penal se produzca dentro de un centro especializado de resocialización designado por el juez respectivo, aquél será imputable a la administración pública salvo que se acredite una fuerza mayor; *contrario sensu*, en los demás escenarios cualquier lesión a la vida, integridad, bienes o intereses legítimos, le será siempre imputable en aplicación de la prevalencia constitucional de los derechos de los menores (art. 44 C.P.); de la protección constitucional reforzada de los mismos (art. 13 C.P.), así como el deber de protección de los adolescentes (art. 45 C.P.).

Y, si bien, podría señalarse que el hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima que resulten imprevisibles e irresistibles a la demandada podrían

configurar una eximente de responsabilidad por ausencia de imputación, lo cierto es que, como se señaló, las anteriores normas radican el deber en cabeza de la administración pública de evitar cualquier daño que pueda ser infligido por un tercero o auto irrogado por la víctima¹⁸, razón por la que las citadas disposiciones establecen un **deber u obligación de seguridad¹⁹ de raigambre superior a las que tiene el Estado respecto de los demás individuos**, tanto así que bajo este supuesto, se insiste, no hay posibilidades de exonerarse frente a hechos de terceros o de la víctima, incluso invocando la imprevisibilidad e irresistibilidad del suceso, máxime si por cuenta de ese cuerpo normativo se impone una carga de contenido absoluto, esto es, el respeto y garantía de la vida e integridad del adolescente amparado con la medida restrictiva de sus derechos.

Así las cosas, en estas situaciones opera una extensión de la responsabilidad asociada a: i) la posición de garante institucional que se radica en cabeza del Estado, y ii) el deber de garantía especial de rango constitucional, aspectos éstos que encuentran su basamento en el principio de dignidad humana de reconocer a la persona como un fin en sí mismo y no como un medio para alcanzar los fines de otro, sin que importe poco la racionalidad del sujeto puesto que a diferencia de la perspectiva contractualista del concepto, como bien lo pone de presente Martha Nussbaum, se debe rescatar la idea aristotélica del ser humano según la cual la

¹⁸ En efecto, si se analiza la atribución material del daño desde la imputación objetiva, esta clase de escenarios no admiten la configuración de la acción a propio riesgo, por cuanto no se los cumplen requisitos fijados por la doctrina para que opere la figura, esto es, que: i) la víctima debe tener bajo su control la decisión sobre el sí y el cómo del desarrollo de la situación peligrosa; ii) **la víctima debe ser un sujeto auto responsable**, con capacidad para comprender la dimensión del riesgo y éste debe ser conocido por aquélla; iii) **el tercero no debe tener una especial situación de protección frente al bien jurídico** (v.gr. el tercero no debe tener posición de garante frente a la víctima). Cf. LÓPEZ, Claudia "Introducción a la imputación objetiva", Ed. Universidad Externado de Colombia, pág. 151.

Respecto a la posibilidad de aplicar la acción a propio riesgo como elemento propio de la teoría de la imputación objetiva, para definir la imputación en el juicio de responsabilidad patrimonial del Estado, se puede consultar la reciente providencia de 9 de junio de 2010, oportunidad en la que se precisó: "En esa línea de pensamiento, resulta de apodíctica verdad que el actuar de Martha Elsa Fonseca Pulido no configuró, en los términos de la imputación objetiva, una culpa exclusiva y determinante de la víctima o acción a propio riesgo, toda vez que el hecho abstenerse y, concretamente, resistirse a pagar la caución impuesta no imponía el deber de realización del daño en su cabeza, sino que, por el contrario, las medidas restrictivas impuestas por el Estado en aras de la tramitación de un proceso penal no salen de su órbita de cuidado; circunstancia distinta hubiera acaecido si la sindicada hubiera sido negligente o desatendida en los términos establecidos en el artículo 70 de la ley 270 de 1996 –LEAJ–, esto es, que hubiera obrado con dolo o culpa grave, o que no hubiere interpuesto los recursos procedentes." Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de junio de 2010, exp. 19312, M.P. Enrique Gil Botero.

¹⁹ "La obligación de seguridad se enmarca dentro del cuadro de los deberes jurídicos que implican una situación de subordinación, en la que viene a encontrarse un sujeto determinado que debe un comportamiento valorable económicamente a favor de otro sujeto. Se caracteriza además por la patrimonialidad de la prestación, la presencia de dos o más sujetos, y la existencia de un interés del acreedor a la prestación. RINESSI, Antonio Juan "El deber de seguridad", Ed. Rubinzal – Culzoni, pág. 15.

racionalidad o la "capacidad" es un aspecto más del aspecto animal que lo caracteriza y, por lo tanto, no como el único que define la idea de un funcionamiento auténticamente humano.²⁰ Es precisamente por esta razón que las modernas cartas políticas establecen un catálogo programático de derechos fundamentales, en donde a la hora de establecer el grado de exigibilidad frente a la organización pública se determinan sujetos con especial protección a los que la administración está especialmente compelida a proteger y garantizar sus derechos fundamentales²¹.

4. Caso concreto

Está verificada la existencia de un daño antijurídico consistente en la lesión de varios derechos de los demandantes que son ciertos, personales, y que no se encuentran en el deber jurídico de soportar como quiera que el ordenamiento no les impone la carga de tolerarlos.

De otro lado, ese daño deviene imputable a la administración pública ya que, al margen de que se desconozca la causa de la conflagración al interior del calabozo donde se encontraba la menor Angélica María del Castillo Velásquez, lo cierto es que la administración pública se hallaba en posición de garante de la integridad de la adolescente, motivo para protegerla de cualquier riesgo o daño especial que se pudiera materializar.

²⁰ Cf. NUSSBAUM, Martha "Las fronteras de la justicia", Ed. Paidós, Barcelona, 2007, pág. 166 y 167.

²¹ "Este esquema, bajo el que dos sistemas básicos (el propio y el ajeno) son regulados por un sistema de justificación superior ante un conflicto concreto, guarda un paralelismo estructural notable con el esquema que rige los conflictos entre derechos, pues cuando los derechos fundamentales de dos personas entran en conflicto, entonces es necesario acudir a algún sistema de justificación superior que oriente la ponderación de las razones a favor de uno y otro. Ello exige, en fin, que el derecho asuma una mayor carga axiológica, lo cual hace a su vez más visible su vinculación a la razón práctica general." GARCÍA Figueroa, Alfonso "Criaturas de la moralidad", Ed. Trotta, 2009, pag. 33.

"El deber u obligación de un buen gobierno en su aspecto general no es otra cosa que la resolución de las necesidades y pretensiones individuales, políticas, económicas, sociales y culturales, así como el establecimiento de las obligaciones propias de los individuos a él sometidos, teniendo como punto de apoyo el constituido por el respeto, en la libertad y la igualdad, la dignidad humana como expresión de la comunicación intersubjetiva. Este deber no es sólo de protección sino también de promoción." DE ASIS Roig, Rafael "Deberes y Obligaciones en la Constitución", Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, Pág. 276.

En consecuencia, el daño antijurídico es imputable al Departamento de Córdoba porque no sólo desconoció la posición de garante impuesta por el ordenamiento jurídico, sino que, además, en términos del fundamento jurídico de la responsabilidad se constató que en medio de una actividad legítima de la administración, esto es, la ejecución de una medida de protección decretada a favor de una menor infractora de la legislación penal, se generó un daño anormal y especial que rompió las cargas públicas que la adolescente no estaba obligada a soportar como consecuencia de la ubicación en el centro especializado que hizo la citada entidad pública en cumplimiento de la providencia judicial que impuso la medida.

En efecto, según se desprende de la comunicación del 22 de mayo de 2008, suscrita por la Gobernadora del departamento de Córdoba en donde se hace constar que para la fecha de los hechos se encontraba vigente el convenio interadministrativo suscrito entre la entidad territorial y la Fundación Los Ángeles para la administración de la casa del menor Villa Luz.

De otro lado, como bien lo puso de presente el *a quo*, en tratándose de la posibilidad de imputar a la administración pública el daño causado por sus contratistas esta Sección ha señalado²²:

“De tiempo atrás la jurisprudencia de la Sala ha venido reiterando la posibilidad de imputar a las entidades estatales el daño causado por el hecho de sus contratistas, en el entendido de que la actividad realizada por éstos en ejecución de convenio celebrado con una entidad pública, debe ser analizada como si hubiere sido desplegada directamente por ésta a efectos de establecer si debe deducirse responsabilidad extracontractual al Estado.

“En tal sentido, ya desde la sentencia proferida el 9 de octubre de 1985²³, esta Corporación expresó:

“«Fueron unánimes tanto la doctrina extranjera como la nacional, así como la jurisprudencia, en sostener que el trabajo no dejaba de ser público por el hecho de que lo ejecutara un contratista particular a nombre de la entidad pública. En sentencia de 20 de marzo de 1956, esta Corporación destacó entre los elementos tipificantes de esos trabajos públicos que éstos fueran efectuados por cuenta del

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de junio de 2007, exp. 16089, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; sentencia de octubre nueve (9) de mil novecientos ochenta y cinco (1985); Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo; Referencia: Expediente N°. 4556; Actora: Gladys Mamby de Delgado.

Estado, "ya directa o indirectamente" y que el trabajo tuviera una finalidad de interés público o social.

"No tendría sentido alguno la afirmación de que cuando esa indemnización se refiera a daños en la propiedad inmueble o a su ocupación transitoria, la persona responsable pueda ser la entidad pública así haya ejecutado directamente el trabajo o a través de un contratista suyo, pero cuando la lesión recaiga en otros derechos de mayor significación (la vida o la integridad personal, por ejemplo) sólo responde por lo que haga directamente. Lo planteado carecería de significación ética. Además, donde existe la misma razón debe existir similar disposición, según enseña una regla de interpretación racional.

"Cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente. Es ella la dueña de la obra; su pago afecta siempre el patrimonio estatal y su realización obedece siempre a razones de servicio y de interés general. El hecho de que no la ejecute con personal vinculado a su servicio obedece, la más de las veces, a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado. Por tal razón la administración, sin que por eso pierda la actividad el carácter de público, debe acudir a la colaboración de los particulares para el cumplimiento de ciertos cometidos de servicio. La colaboración en el caso de obra pública no vuelve privada esa actividad, como no le quita el carácter de público al trabajo así ejecutado. Esa colaboración por participación cuando es voluntaria, caso del cocontratante de la administración cuya actividad tienda a la prestación o ejecución de un servicio público, hace a este particular partícipe ocasional de la función pública no en calidad de agente o funcionario sino como un órgano más de la gestión estatal.

"En otros términos: El contratista de una obra pública no se vuelve agente de la administración ni funcionario suyo; es ella misma la que actúa. Hay aquí una ficción de orden legal. Ni siquiera puede hablarse que la entidad contratante responda en forma indirecta por el hecho del contratista. No, la responsabilidad es simplemente directa, así como lo es la responsabilidad estatal por el hecho de un funcionario o empleado público. No puede olvidarse que no obstante que todo comportamiento o conducta estatal es obra de un servidor público, en principio, el Estado es el responsable de las consecuencias dañosas de ese comportamiento. Responsabilidad que en todos los casos es directa, no indirecta, a pesar de que el perjuicio se haya producido por la actuación de una persona vinculada a la administración, la que no es propiamente un mandatario o representante del Estado, sino órgano suyo, integrante en esta calidad de la estructura misma del ente estatal. Por tal motivo la conducta o actuación de dicha persona es la conducta o actuación del Estado mismo. De allí que sostenga la doctrina que sería un

contrasentido hablar de responsabilidad indirecta, pues los servidores públicos no son terceros respecto del Estado, sino partes del mismo, ejecutores de la actividad estatal, la que no se concibe sino a través de las acciones u omisiones de las personas vinculadas a su servicio.

“Es frecuente observar que en los contratos de obra pública se pacte que el contratista será el responsable de los daños a terceros; pero esto no quiere decir que la administración no responda frente a éstos» (subrayas fuera del texto original)²⁴.

“En consecuencia, en nada se modifica el régimen de responsabilidad aplicable en el *sub lite* por la circunstancia de que la obra pública en cuestión estuviere siendo realizada por contratistas —y subcontratistas— del municipio de Cali y no por servidores públicos ligados con éste a través de un vínculo legal y reglamentario o contractual laboral. Al ser la “*construcción de sub base, base y obras complementarias para la pavimentación de la avenida circunvalar La Paz*”, en uno de sus tramos, un objeto contractual pactado por el Municipio de Cali por encontrarse dentro de sus funciones y obligaciones como entidad pública, para beneficio de la colectividad y en aras de la satisfacción del interés general, el hecho de que esa tarea fuera acometida por particulares y no directamente por servidores incluidos en la planta de personal de la Entidad, no deja de hacer responsable al Estado por los daños antijurídicos que se causen a raíz de la ejecución de las obras públicas en dichas condiciones materializadas.” (cursivas del original).

Por lo tanto, el daño será imputable a la entidad demandada por ser la contratante del servicio de administración de la casa del menor Villa Luz, lugar donde se produjo la lesión padecida por Angélica María del Castillo Velásquez.

Sobre la pertinencia del daño especial como título de imputación objetivo para definir este tipo de supuestos en los que el daño tiene su génesis en una circunstancia que se desprende del ejercicio de una actividad lícita de la administración pública, la Sala en reciente oportunidad precisó²⁵:

“En el caso concreto se tiene que la señora Palacio de Rendón recibió la lesión mientras quedó sometida al fuego cruzado entre la institucionalidad y la subversión, razón que permite concluir que el Estado asumió posición de garante respecto a la vida, integridad y bienes de la occisa, ya que en ejercicio de la actividad lícita de

²⁴ En similar dirección puede verse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de trece (13) de febrero de dos mil tres (2003); Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Radicación número: 66001-23-31-000-1994-2605-01(12654); Actor: María Luciola Montenegro Calle y otros; Demandado: Municipio de Pereira.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de noviembre de 2009, exp. 17082, M.P. Enrique Gil Botero.

defensa frente a un ataque armado de un grupo terrorista, generó por su parte una elevación del riesgo normalmente permitido, lo que supone la asunción de posición de garante ante los asociados que se ven comprometidos en medio de ese tipo de reacciones militares; lo anterior se torna trascendente, en la medida en que no importa que materialmente el daño provenga de un tercero (delincuentes) o de la propia administración, es decir, que la posición de garante comprende tanto la acción como la omisión en este tipo de eventos.

“Ahora bien, en el plano de la imputación jurídica el daño es atribuible a la Policía Nacional aunque no fue producto de una falla del servicio, ni menos de la concreción de un riesgo excepcional por el uso y aplicación de elementos e instrumentos peligrosos en cabeza de la administración pública (v.gr. vehículos automotores, armas de dotación oficial, sustancias peligrosas, entre otros). En efecto, en el proceso no se pudo determinar si el deceso de la señora Nora Esther Palacio se produjo como consecuencia del impacto de bala percutido por un arma de dotación oficial; *a contrario sensu*, lo que se estableció es que aquella quedó inmersa en el fuego cruzado entre la Policía Nacional y la subversión. Así las cosas, erróneo e impreciso sería afirmar que el daño refleja la materialización de un riesgo excepcional por parte del Estado, cuando lo cierto es que no se logró determinar si el proyectil que hirió a la ciudadana fue disparado o no por agentes estatales.

“Aunado a lo anterior, tampoco resulta admisible afirmar que el riesgo fue el creado por el Estado al instalar un comando de Policía en el municipio de Guadalupe, toda vez que esa circunstancia por sí misma no es riesgosa, ya que precisamente, este tipo de instalaciones están situadas con la lógica de brindar protección a los ciudadanos y asociados, motivo por el que una postura contraria llevaría a concluir que el Estado crea riesgos constantes en todo el territorio del país por instalar comandos de policía, por transportar altos dignatarios, por construir oleoductos o gaseoductos, por levantar torres de transmisión o distribución eléctrica que pueden ser atacadas por agentes armados al margen de la ley, entre otros.

“En efecto, con la jurisprudencia trazada desde el año 2000, se ha interpretado de manera tan abierta el riesgo, que la excepcionalidad que exige el título de imputación jurídico para su configuración se ha diluido, razón por la que se afirma que en toda actividad que pueda ser objetivo de ataque armado o terrorista, el Estado debería responder con base en aquél. Y, en otros eventos, se ha sostenido que el daño es imputable exclusivamente al hecho de un tercero. Por ende, la mencionada postura genera el siguiente interrogante lógico: ¿qué justifica la diferencia de tratamiento en cada caso planteado, como quiera que la Sala ha aceptado que si se ataca única y exclusivamente el comando de Policía o el estamento público y se irrogan daños a las personas o bienes apostados de forma aledaña al mismo se aplicaría el riesgo excepcional y el Estado sería responsable, mientras que si el ataque es generalizado y no dirigido exclusivamente contra la infraestructura u organización estatal, se

declararía probado el hecho de un tercero como una causa extraña?²⁶

“Desde esa perspectiva, la Sala debe precisar y orientar su jurisprudencia, para retomar el entendimiento primigenio del riesgo excepcional, esto es, como título jurídico para el juzgamiento de eventos en los que una actividad o estructura que por sí misma es riesgosa y que se encuentra a cargo del Estado se concreta; será por lo tanto el mencionado título el llamado a regentar la solución de casos en los que el daño es producto del riesgo que va aparejado a un elemento o instrumento del que se vale el Estado para el cumplimiento de sus funciones, como por ejemplo las redes eléctricas, los vehículos automotores, las armas de dotación oficial, las sustancias peligrosas, entre otras.

“(…) Como se aprecia, el daño especial constituye un título jurídico de imputación que sirve para atribuir la responsabilidad en cabeza de la administración pública cuando el daño irrogado tiene su origen en una actividad lícita del Estado, sin que tenga que provenir directamente de la concreción de la actividad pública, es decir, es posible que en el plano material (ser) el daño haya sido producido por un tercero (v.gr. delincuentes o terroristas), pero en la dimensión de la imputación (deber ser) sea atribuido en cabeza de la administración pública, en tanto que fue producido dentro de la prestación o ejecución de una actividad lícita por parte del Estado que rompió las cargas públicas.

“No quiere significar lo anterior, en modo alguno, que en los eventos de atentados terroristas o de daños producto de la lucha contra la delincuencia no operen las causales eximentes de responsabilidad, sólo que en estos supuestos habrá que analizar con especial sindéresis las circunstancias de tiempo, modo y lugar como quiera que será posible que el daño devenga imputable tanto fáctica como jurídicamente en cabeza de la organización pública, tal y como se explicó en los párrafos anteriores.

“Por lo tanto, si bien la muerte de la señora Palacio de Rendón no hubiese acontecido si el ataque guerrillero no se hubiera perpetrado, lo cierto es que el mencionado análisis causal resulta insuficiente en el plano de la imputación, ya que el daño y los perjuicios irrogados a los demandantes son el producto de una concreción de la actividad compleja que supone la actividad legítima de repeler la violencia que impera en nuestro país, razón por la que los daños que se originan en este tipo de enfrentamientos o ataques rompen el principio de las cargas públicas de quienes lo padecen, como quiera que el ordenamiento jurídico no establece el deber de soportar la afectación a derechos, bienes o intereses legítimos que ese tipo de confrontaciones lleva aparejado.”

²⁶ Al respecto consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de mayo de 2004, exp. 14405.

En esa línea de pensamiento, el daño de las actoras es atribuible a la entidad demandada toda vez que no se logró comprobar la ocurrencia de una fuerza mayor, única modalidad de la llamada “causa extraña” que hubiera enervado el juicio de imputación en el caso *sub examine*, puesto que como se indicó, el Estado bajo este tipo de situaciones no se libera o exonera aunque acredite la prueba de que el suceso fue producto del hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima, ya que, se itera, en esta especialísimo supuesto de responsabilidad patrimonial, las entidades públicas se encuentran obligadas al cumplimiento de deberes constitucionales especiales y de naturaleza sobresaliente, motivo por el que cualquier daño que se produzca al interior del centro especializado de resocialización o rehabilitación será, *prima facie*, atribuible a la organización estatal por un rompimiento de las cargas públicas impuestas al menor que se ve cobijado con las medidas de protección decretadas por el aparato estatal.

En efecto, sin tener establecida la forma como se produjo la deflagración del colchón de la celda donde se hallaba Angélica María del Castillo, toda vez que se tienen versiones encontradas de la propia Fundación, lo cierto es que ese hecho le generó una serie de lesiones psicofísicas que, sin anfibología alguna, representan un daño especial y anormal en esa adolescente frente a las cargas públicas que deben soportar los demás jóvenes que están amparados por una medida de protección en centros de reclusión de resocialización.

Sobre el particular, resulta ilustrativa la declaración de Álvaro Javier Negrete que si bien no da cuenta de la forma como se inició la combustión al interior del calabozo donde se encontraba Angélica María, sí permite dar por establecida la omisión en que incurrieron los funcionarios de la casa del menor Villa Luz ya que se abstuvieron de auxiliar a la joven que se consumía en las llamas, tanto así que fueron los mismos compañeros de esta los que la auxiliaron, la extrajeron de las llamas y detuvieron un taxi para que fuera transportada hacia un centro médico donde se le atendieran las quemaduras.

“(…) Sí tengo conocimiento de que ella estuvo recluida y eso como en 2002, el 21 de octubre, porque yo también me encontraba allí detenido... Todo empezó por un cuchillo que se había perdido decían que ella se había cogido el cuchillo, estábamos reunidos en el patio unos compañeros y ella cuando llegaron los directivos acusando que tu tienes el cuchillo y ella se negaba total que ahí empezó el forcejeo con ella y ellos le decían que si no buscas el cuchillo te vas para el calabozo. Ellos la cogieron a la fuerza y empezaron a forcejear con ella allí le rompieron la blusa para

meterla al calabozo, la dejaron casi desnuda en brasier y tanga, como allí tenían la costumbre de amenazar con un bate, entonces la metieron al calabozo. Allí cogió ya cuando fue cayendo la noche allí tenían la costumbre de prender basura como no había luz, estábamos sin luz, entonces cuando llegó la noche prendieron basura en el patio y en todos lados, como a las doce ella estaba metida en el calabozo ya, ya habían prendido basura para los mosquitos y eso, no había luz, ahí fue cuando se vio una humara (sic) que salía del calabozo cuando fuimos a ver estaba ella gritando, entonces yo salí a buscar ayuda donde la directiva donde los que mandaban, fui a buscar al Subdirector Héctor Tamayo, él estaba en el comedor cuando yo llegué, estaba comiendo, yo le dije hey (sic) mira Angélica se está quemando entonces me dijo "déjela que se queme ella no es familia mía ni es familia suya" yo cogí unas piedras y rompí unas ventanas con otro compañero de nombre Víctor Flórez quien presencié lo que yo le dije al Subdirector. También estaba Reinaldo no recuerdo su apellido. Con el compañero rompimos las ventanas de la oficina para que ellos salieran, el Subdirector se quedó comiendo tranquilamente y nos salimos de la institución, nos pasamos la malla y allí cogimos unas varillas y empezamos a romper el ladrillo a sacarle las patas de la puerta para sacar la puerta de la pared y el techo y eso, total que allí yo saqué una sábana y se la pasé mojada a ella y le dije "coge tápate" allí la sacamos ya cuando nosotros la sacamos llegaron los directivos. Salimos a la carretera con ella y tenía todo el brazo quemado, la pierna y la cara toda chamuscada y estaba otra compañera que se llamaba Grace Patricia Hernández González, que estaba en la institución quien presencié todo eso allí. PREGUNTADO. Sírvase manifestar si sabe dónde se puede ubicar al señor Víctor Flórez y a la joven Grace Patricia Hernández González. CONTESTÓ. A Víctor no sé y a Grace es la que se encuentra en la Secretaría... PREGUNTADO. Cómo era el calabozo donde fue encerrada la joven Angélica María del Castillo y por qué sabe que era así. CONTESTÓ. El calabozo era como de uno noventa de largo con uno cuarenta de ancho, porque ya yo había estado allá, a mí me habían encerrado varias veces en ese calabozo ya yo sabía como era. A las dos semanas tumbaron el calabozo y como a la semana me dieron la libertad a mí, yo duré seis meses allí... PREGUNTADO. Sírvase manifestar si además del Subdirector de la institución habían en el momento del incendio otros funcionarios o trabajadores, y si estos se percataron de la situación, en caso afirmativo cómo se percataron y qué actitud asumieron. CONTESTÓ. Ellos se dieron cuenta por la bulla que nosotros formamos, ellos eran como seis con el Subdirector encargado, no recuerdo sus nombres, ellos estaban en el puesto de seguridad de cada uno de ellos, ellos salieron dos a ver total que fue allí cuando cogimos un taxi en la carretera con el compañero ya venían dos de ellos con el Subdirector. PREGUNTADO. Diga si esos empleados a los que se refiere le ayudaron a usted y a su otro compañero a abrir el calabozo y a sacar a la joven Angélica María del Castillo. CONTESTÓ. No. Ellos cuando la sacamos del calabozo ya la traíamos para afuera y allí fue cuando ellos llegaron y gracias a Dios venía un taxi. PREGUNTADO. Sírvase manifestar quiénes hicieron las fogatas que usted ha mencionado en su relato y por qué razón las hicieron. CONTESTÓ. Las hicieron porque no había luz, las fogatas las hizo el vigilante

quien se quedaba cuidando allí. PREGUNTADO. Recuerda usted cuántas fogatas se prendieron o estaban prendidas al momento de ocurrir el incendio al calabozo. CONTESTÓ. Por todo habían ocho fogatas y cerca al calabozo habían como tres o cuatro...” (fls. 63 a 66 cdno. ppal. - mayúsculas del original).

Verificada la existencia del daño antijurídico y la imputación del mismo en cabeza de la administración pública, la Sala se limitará a analizar si los perjuicios decretados en primera instancia se acompañan con los postulados trazados por la jurisprudencia de la Corporación en materias similares a la analizada, sin que se pueda hacer más gravosa la situación de la demandada.

5. Reliquidación de perjuicios

5.1. Perjuicios morales

La simple acreditación del parentesco, para los eventos de perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos cuando alguno de estos haya muerto o sufrido una lesión —esta última sin importar que sea grave o leve, distinción que no tiene justificación práctica y teórica alguna para efectos de la presunción del perjuicio, sino, por el contrario se relaciona con el grado de intensidad en que se sufre—, a partir del contenido del artículo 42 de la Carta Política²⁷, debe presumirse, que el peticionario los ha padecido.

De otra parte, conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala 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; ha considerado que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado²⁸.

²⁷ “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.

“(…)”.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

En consecuencia, la providencia consultada será confirmada en este aspecto concreto, ya que la gravedad de las lesiones permite inferir el dolor o afección interna que produjo la misma, máxime si se trata de lesiones que generan una alteración a la integridad psicofísica dadas las cicatrices que se observan en el cuerpo de Angélica María, como se desprende de los dictámenes médico legales que fueron allegados al proceso²⁹.

Así las cosas, conforme a la verificación del registro civil de nacimiento de Angélica María del Castillo Velásquez, que obra a folio 14 del cuaderno principal, habrá lugar a reconocer, a título de daño moral, las sumas de dinero establecidas a continuación, para cada una de las demandantes:

ANGÉLICA MARÍA DEL CASTILLO VELÁSQUEZ	100 SMMLV
ELSA DEL CARMEN VELÁSQUEZ MORA	100 SMMLV

5.2. Daño a la vida de relación - alteración a las condiciones de existencia

Toda vez que a partir del daño se produjo una afectación a la integridad psicofísica de Angélica María del Castillo Velásquez (quemaduras y cicatrices), y valorada la dimensión del perjuicio, a partir del análisis de las pruebas que integran el acervo probatorio, la Sala confirmará la indemnización por concepto de la alteración a las condiciones de existencia³⁰, denominación ésta adoptada de manera reciente por la Sección para redefinir el perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación³¹ y, por lo tanto, se condenará al pago del citado concepto, por valor de 300 SMMLV según los criterios fijados por la jurisprudencia de esta Sala.

5.3. Daño patrimonial - daño emergente

De igual forma, se confirmará la providencia consultada en cuanto se refiere a los perjuicios materiales decretados por el *a quo* a favor de la menor lesionada, como

²⁹ Al respecto ver: sentencia del 11 de febrero de 2009, exp. 14726, M.P. Myriam Guerrero de Escobar; sentencia del 28 de enero de 2009, exp. 16700, M.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 13 de mayo de 2009, exp. 15033, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, y sentencia del 1º de octubre de 2008, exp. 27268, M.P. Enrique Gil Botero.

³⁰ El Magistrado Ponente de esta providencia aclara su voto en relación con la tipología del daño inmaterial en el caso concreto.

³¹ Al respecto se puede consultar la sentencia de 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003-385 M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

quiera que se acompañan con los lineamientos adoptados por la jurisprudencia de la Corporación en supuestos fácticos similares.

La condena del Tribunal de primera instancia en el caso *sub lite* se estableció así:

“Condénase al Departamento de Córdoba por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente futuro, a prestarle a la joven Angélica María del Castillo, los costos que demande la atención hospitalaria, médico - quirúrgica, cirugías plásticas en las cicatrices que presenta en su cuerpo como consecuencia de las quemaduras sufridas el 21 de octubre de 2002; asimismo, deberá brindarle los tratamientos psicológicos y psiquiátricos que ella requiera, al igual que los medicamentos que necesite, para mantener o recuperar la salud física y mental, por el tiempo que sea necesario. El Departamento de Córdoba deberá asumir el pago de los costos que demanden todos los procedimientos médicos citados.

La anterior reparación del perjuicio material ha sido avalada por la Sala en sentencia del 1º de octubre de 2008, expediente No. 27268, oportunidad en la que se precisó:

“El segundo perjuicio, de otro lado, se traduce en la atención médica, sanitaria y hospitalaria que deberán garantizar tanto el Instituto de Seguros Sociales como el Hospital San Rafael a la menor Ana Catherine Ceballos Salazar, desde el momento de esta sentencia hasta el día en que concurra su fallecimiento.

“Por lo tanto, las entidades demandadas, o quien haga sus veces, no se podrán negar en ningún momento a la prestación del servicio de salud de Ana Catherine Ceballos Salazar, así como brindarán y suministrarán todos los medicamentos, tratamientos y procedimientos quirúrgicos u hospitalarios que requiera a lo largo de su vida.”³²

Como se aprecia, es viable decretar la condena de los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente futuro a través de obligaciones de hacer y de dar, que permitan en mejor medida la recuperación del estado de salud de Angélica María, luego de haber sufrido la gravosa lesión que le dejó una serie de cicatrices en su cuerpo, deberes que estarán a cargo de la entidad demandada hasta tanto se produzca la recuperación plena tanto física como psicológica de la lesionada.

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1º de octubre de 2008, exp. 27268, M.P. Enrique Gil Botero.

Así las cosas, por estar la condena decretada en primera instancia conforme a la jurisprudencia trazada por esta Corporación, la Sala se limitará a confirmar la misma sin que sea necesaria la modificación o actualización de los valores antes precisados.

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. Confírmase la providencia consultada, esto es, la proferida el 20 de octubre de 2009, por el Tribunal Administrativo de Córdoba.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

OLGA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta de la Sala

ENRIQUE GIL BOTERO
Con aclaración de voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO

DERECHOS FUNDAMENTALES - Indemnización / DAÑO A LA VIDA DE RELACION - Daño a la vida de relación / ALTERACION A LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Alteración a las condiciones de existencia / SIGNIFICADO PRIMIGENIO DEL DAÑO FISIOLÓGICO O A LA SALUD - Hilo conductor del daño inmaterial diferente del moral que se pretende establecer

Los motivos que me llevan a aclarar el voto guardan relación con mi posición frente al denominado el daño a la vida de relación y la inconveniencia de su aplicación en la jurisprudencia de la Sala, dada su ambigüedad, como lo demuestra el caso concreto que trata la sentencia, así como la confusión que se ha generado con la alteración a las condiciones de existencia. En mi criterio, es necesario regresar a tipos indemnizatorios reconocidos de tiempo atrás por la jurisprudencia y, a partir de ellos, crear unos nuevos que permitan coherencia en

la aplicación del principio de reparación integral, establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998. Esto es, recuperar el significado primigenio del daño fisiológico o a la salud, que sería el hilo conductor del daño inmaterial diferente del moral que se pretende establecer, y a partir de allí indemnizar de acuerdo con los derechos fundamentales afectados patrimonialmente por el hecho dañoso.

ALTERACION A LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Perjuicio autónomo e independiente al daño a la vida de relación / PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL - Impone al Juez una justa y correcta medición del daño para que opere su resarcimiento o indemnización plena

El citado criterio parte de la interpretación de dos providencias proferidas en el año 2007, en las cuales la Sala se refirió a la alteración a las condiciones de existencia como un perjuicio autónomo e independiente al daño a la vida de relación, para dar a entender ahora que simplemente operó un cambio en la denominación del perjuicio, sin que puedan existir de manera autónoma. En otros términos, pareciera que el criterio fijado en la jurisprudencia es a que el daño a la vida de relación adopte un nuevo nombre, bajo el epígrafe de alteración a las condiciones de existencia, circunstancia que es a todas luces incorrecta. En efecto, el principio de reparación integral en Colombia (artículo 16 ley 446 de 1998) impone la obligación de que el juez, con apoyo en los cánones y principios constitucionales, establezca una "justa y correcta" medición del daño ocasionado, de tal forma que opere su resarcimiento o indemnización plena, sin que ello suponga, de otro lado, un enriquecimiento injustificado para la víctima. Por consiguiente, no debe perderse de vista que el derecho constitucional fluye a lo largo de todo el ordenamiento jurídico, situación que hace aún más compleja la valoración del daño, toda vez que la persona adquiere la condición de eje central del poder público y, por consiguiente, las constituciones políticas adquieren la connotación de antropocéntricas, en donde el sujeto es titular de un universo de derechos e intereses legítimos que deben ser protegidos, garantizados y reparados efectivamente en aquellos eventos en que se presenten lesiones injustificadas.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998

NOTA DE RELATORIA: En relación a lo considerado por la Sala de la Sección Tercera sobre el tema "alteración a las condiciones de existencia como un perjuicio autónomo e independiente al daño a la vida de relación, consultar sentencia de 15 de agosto de 2007, expediente AG 2003-00385, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez, actor Antonio María Ordoñez Sandoval y otros y sentencia de 18 de octubre de 2007, expediente AG 2001-00029, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero, actor Gloria Patricia Segura Quintero y otros

CUANTIFICACION DEL DAÑO - Ordenamiento jurídico interno / RESTITUTIO IN INTEGRUM - Restablecimiento patrimonial y/o espiritual, dañado por un hecho ilícito, o que el perjudicado no tenga la obligación de padecer / RESTITUTIO IN INTEGRUM - Límite. Principios generales del derecho / PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO - Reparación integral del daño y el enriquecimiento injusto /

En consecuencia, la cuantificación del daño en que se ha inspirado el ordenamiento jurídico interno, obedece al criterio de la restitutio in integrum cuyo objetivo es el restablecimiento patrimonial y/o espiritual, dañado por un hecho ilícito, o que el perjudicado no tenga la obligación de padecer, lo cual encuentra su fundamento y límite, se itera, en dos principios generales del derecho que además

tienen soporte normativo: la reparación integral del daño (art. 16 ley 446 de 1998 y art. 2341 C.C.) y el enriquecimiento injusto (art. 8 ley 153 de 1887); por ello el resarcimiento debe cubrir nada más que el daño causado, pues si va más allá, representaría un enriquecimiento ilegítimo del afectado, y si es menor, constituiría un empobrecimiento correlativo, desnaturalizándose así los principios de dignidad humana y de igualdad, que constituyen pilares basilares del modelo Social de Derecho .

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 16 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 2341 / LEY 153 DE 1887 - ARTICULO 8

TIPOLOGIA DEL PERJUICIO - Examen, valoración y fijación de los estándares de indemnización que pueden ser objeto de reconocimiento

La reparación del daño material o patrimonial no ha sido un aspecto problemático sobre el que se presenten mayores dificultades en cuanto a la determinación y cuantificación por parte de la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera; sin embargo, no ocurre igual con el perjuicio inmaterial o no patrimonial, puesto que uno de los grandes problemas actuales de la responsabilidad extracontractual – civil y del Estado– consiste en el diseño del sistema idóneo de reparación del mismo, que no sirva como fuente de enriquecimiento injustificado. La adopción de una teoría estructurada en esta materia, garantiza que se satisfagan verdaderos parámetros de igualdad, en donde para las circunstancias iguales se decreten medidas exactas o similares. Definido lo anterior, es claro que para efectuar el análisis del perjuicio, se debe abordar el estudio de lo que se conoce como la “tipología del perjuicio”, esto es, el examen, valoración y fijación de los estándares de indemnización que pueden ser objeto de reconocimiento, lo que se hace a partir de la respuesta a los siguientes interrogantes: i) ¿Qué se indemniza?, ii) ¿Cuál es el criterio para determinar la necesidad de reconocimiento de un perjuicio indemnizable?, iii) ¿Se indemniza el perjuicio por sí mismo, o las consecuencias apreciables que él produce (internas o externas), siempre y cuando sean valorables?, iv) ¿Cuál orientación tiene el ordenamiento jurídico Colombiano en relación con la reparación del perjuicio; se indemnizan las consecuencias del daño o se reparan las afectaciones a los diferentes bienes o intereses jurídicos?

DAÑOS INDEMNIZABLES - Tipo material. Tipo inmaterial / TIPO MATERIAL - Daño emergente y lucro cesante / TIPO INMATERIAL - Perjuicios morales y fisiológicos

En nuestro ordenamiento jurídico, y específicamente la jurisprudencia contencioso administrativa ha reconocido como daños indemnizables, los de tipo material esto es, el daño emergente y el lucro cesante (artículo 1614 del Código Civil), así como los inmateriales, género éste en el que se han decretado condenas por concepto de perjuicios morales y fisiológicos, categoría esta última en la que desde que fue reconocida por primera vez en 1993, ha sido denominada de diversa forma, en ocasiones “daño a la vida de relación” o “alteración a las condiciones de existencia”, pero con un sustrato idéntico, esto es, la pérdida de placer en la realización de una actividad o alteración grave que produce el daño en las relaciones del sujeto con su entorno.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1614

TIPOLOGIA DEL PERJUICIO INMATERIAL - Naturaleza dual

Como se desprende de los anteriores pronunciamientos, la línea jurisprudencial que se ha trazado en torno a la tipología del perjuicio inmaterial, diferente al moral, ha supuesto una naturaleza dual, consistente en que se indemniza la lesión a la integridad corporal del sujeto –daño evento– (artículo 49 C.P. derecho a la salud), así como las consecuencias que el daño produce tanto a nivel interno (alteración a las condiciones de existencia) como externo o relacional (daño a la vida de relación). Esa doble connotación del daño fisiológico, a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia –entendiéndolos como perjuicios de índole idéntica o similar, tal y como lo ha venido haciendo la jurisprudencia vernácula–, ha limitado la posibilidad de valorar el daño en términos de objetividad material –es decir, a partir de criterios reales, uniformes y verificables–. En consecuencia, esa naturaleza bifronte, ha desencadenado que, teóricamente, se haya aceptado esos planteamientos como un progreso jurisprudencial que permite no sólo indemnizar la integridad psicofísica del sujeto (daño corporal), sino también otros bienes jurídicos como su honra, el buen nombre, la tranquilidad, etc. No obstante lo anterior, esa doble condición del daño a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia, ha generado que se creen problemas en la cuantificación y en la naturaleza óptica del daño, ya que el actual contenido y alcance de los mismos en el ámbito nacional, se presta para valoraciones equívocas, lo que en determinados eventos puede dar lugar a inequidades como por ejemplo el haber decretado una grave alteración a las condiciones de existencia cuando el daño consistió en la pérdida de un testículo sin que esa precisa circunstancia afectara la esfera interna del sujeto, ni mucho menos la externa, ya que la posibilidad de procreación se mantiene intacta al igual que la capacidad de interrelacionarse sexualmente, motivo por el que, en esas circunstancias especiales, el daño a reconocerse, sin anfibiología alguna, sería el daño a la salud en la medida que supone una afectación a la integridad psicofísica del sujeto.

REPARACION DEL DAÑO - Daño a la vida de relación. Alteración a la condiciones de existencia. No se acompañan con los lineamientos modernos que se asumen frente a la reparación del daño. El ser humano se integra por una multiplicidad de derechos y bienes legítimos / PRINCIPIOS DE IGUALDAD MATERIAL Y DE DIGNIDAD HUMANA - Garantía

En conclusión, los conceptos de daño a la vida de relación adoptado a partir del año 2000, y modificado por el de alteración a las condiciones de existencia desde el año 2007, no los comparto, puesto que tales aserciones, de conformidad con las anteriores razones, no se acompañan con los lineamientos modernos que se asumen frente a la reparación del daño, esto es, con una tipología del perjuicio que reconozca que el ser humano se integra por una multiplicidad de derechos, bienes e intereses legítimos, en donde se conjugan aspectos físicos, psíquicos, morales, afectivos, de integridad emocional y social, así como relativos a la existencia espacio temporal, en sí misma. Bajo las anteriores precisiones, dejo sentada mi posición en cuanto concierne a la forma como se ha venido abordando el análisis de los llamados daño a la vida de relación y alteración a las condiciones de existencia, en el ámbito de la jurisprudencia contencioso administrativa, conceptos que como lo he precisado en estas líneas deben ser confinados del ámbito indemnizatorio del perjuicio no patrimonial, para darle paso a categorías o voces que reflejen un manejo más apropiado de los bienes, derechos e intereses legítimos a ser resarcidos desde una perspectiva objetiva (con una comprensión estática y dinámica de las consecuencias del daño), que permita dotar al sistema de equidad y, por sobre todo, garantizar en cada caso concreto los principios de igualdad material y de dignidad humana.

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

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., siete (7) de febrero de dos mil diez (2010)

Radicación número: 23001-23-31-000-2004-00878-01(38382)

Actor: ANGELICA MARIA DEL CASTILLO VELASQUEZ Y OTRO

Demandado: DEPARTAMENTO DE CORDOBA

Referencia: ACLARACION DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales si bien, desde luego, comparto la decisión adoptada el 7 de febrero del año en curso, de la cual fui el Consejero Ponente, aclaro mi voto en relación con un aspecto de la parte motiva que, de conformidad con la posición mayoritaria, quedó plasmado en la respectiva providencia.

1. Argumentos sobre los cuales recae la presente aclaración de voto

En el proveído, en cuanto concierne a la tipología del perjuicio inmaterial, diferente al moral, se consignó –en aras de aplicar la posición vigente de la Sección Tercera y, por lo tanto, acatar el precedente judicial– lo siguiente:

“(...) 5.2. Daño a la vida de relación - alteración a las condiciones de existencia

Toda vez que a partir del daño se produjo una afectación a la integridad psicofísica de Angélica María del Castillo Velásquez (quemaduras y cicatrices), y valorada la dimensión del perjuicio, a partir del análisis de las pruebas que integran el acervo probatorio, la Sala confirmará la indemnización por concepto de la alteración a las condiciones de existencia³³, denominación ésta adoptada de manera reciente por la Sección para redefinir el perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación³⁴ y, por lo tanto, se condenará al pago del citado concepto, por valor de 300 SMMLV según los criterios fijados por la jurisprudencia de esta Sala.

³³ El Magistrado Ponente de esta providencia aclara su voto en relación con la tipología del daño inmaterial en el caso concreto.

³⁴ Al respecto se puede consultar la sentencia de 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003-385 M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

“(...)” (página 37 y 38).

2. Razones y fundamentos de la aclaración

Los motivos que me llevan a aclarar el voto guardan relación con mi posición frente al denominado el *daño a la vida de relación* y la inconveniencia de su aplicación en la jurisprudencia de la Sala, dada su ambigüedad, como lo demuestra el caso concreto que trata la sentencia, así como la confusión que se ha generado con *la alteración a las condiciones de existencia*. En mi criterio, es necesario regresar a tipos indemnizatorios reconocidos de tiempo atrás por la jurisprudencia y, a partir de ellos, crear unos nuevos que permitan coherencia en la aplicación del principio de reparación integral, establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998. Esto es, recuperar el significado primigenio del daño fisiológico o a la salud, que sería el hilo conductor del daño inmaterial diferente del moral que se pretende establecer, y a partir de allí indemnizar de acuerdo con los derechos fundamentales afectados patrimonialmente por el hecho dañoso.

En efecto, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en varias providencias que han sido proferidas desde el año 2007³⁵, ha reconocido que el *perjuicio fisiológico*, hoy daño a la vida de relación, se encuentra inmerso dentro de lo que se denomina perjuicio a las *alteraciones a las condiciones de existencia*.

El citado criterio parte de la interpretación de dos providencias proferidas en el año 2007³⁶, en las cuales la Sala se refirió a la alteración a las condiciones de existencia como un perjuicio autónomo e independiente al daño a la vida de relación, para dar a entender ahora que simplemente operó un cambio en la denominación del perjuicio, sin que puedan existir de manera autónoma. En otros términos, pareciera que el criterio fijado en la jurisprudencia es a que el *daño a la*

³⁵ Sobre la referida problemática, se pueden consultar los siguientes documentos: aclaración de voto a la sentencia del 4 de junio de 2008, exp. 15.657, M.P. Myriam Guerrero de Escobar, aclaración de voto a la sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003 – 385 M.P. Mauricio Fajardo Gómez, y aclaración de voto a la sentencia de 1º de diciembre de 2008, exp. 17.744, M.P. Enrique Gil Botero.

³⁶ Sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003 – 385 M.P. Mauricio Fajardo Gómez y sentencia del 18 de octubre de 2007, exp. AG-029.

vida de relación adopte un nuevo nombre, bajo el epígrafe de *alteración a las condiciones de existencia*, circunstancia que es a todas luces incorrecta.

En efecto, el principio de reparación integral en Colombia (artículo 16 ley 446 de 1998) impone la obligación de que el juez, con apoyo en los cánones y principios constitucionales, establezca una “justa y correcta” medición del daño ocasionado, de tal forma que opere su resarcimiento o indemnización plena, sin que ello suponga, de otro lado, un enriquecimiento injustificado para la víctima.

Por consiguiente, no debe perderse de vista que el derecho constitucional fluye a lo largo de todo el ordenamiento jurídico, situación que hace aún más compleja la valoración del daño, toda vez que la persona adquiere la condición de eje central del poder público y, por consiguiente, las constituciones políticas adquieren la connotación de antropocéntricas, en donde el sujeto es titular de un universo de derechos e intereses legítimos que deben ser protegidos, garantizados y reparados efectivamente en aquellos eventos en que se presenten lesiones injustificadas.

La anterior circunstancia motivó a que el Constituyente de 1991, diseñara y adoptara en el artículo 90 de la Carta Política, un sistema de responsabilidad estatal fundamentado en el daño antijurídico, en donde el elemento esencial de la responsabilidad se traslada de la conducta de la administración pública, para concentrarse en el producto de la misma, esto es, en la lesión o afectación que padece la persona. En ese orden de ideas, el paradigma del derecho de daños sufrió una significativa modificación con la expedición de la Carta Política de 1991, en donde el daño se eleva a la condición de elemento y punto central a la hora de analizar la responsabilidad de la organización estatal.

En efecto, así se anticipó la Corte Suprema de Justicia durante el período de la corte de oro, cuando reflexionó en los siguientes términos:

“Ya el ilustre expositor Giorgi apuntaba lo siguiente en alguno de los primeros años de este siglo: “El mundo marcha, y la ley del progreso, que todo lo mueve, no puede detenerse cristalizando la ciencia. El resarcimiento de los daños, es entre todos los temas jurídicos, el que siente más que otro alguno la influencia de la conciencia popular y debe proporcionarse a las necesidades morales y económicas de la convivencia social. La doctrina, pues, del resarcimiento debe ajustarse a ella siguiendo sus progresos...”

“Ese movimiento profundo de las ideas en los últimos años, tiende a ampliar aun más el concepto fundamental de la responsabilidad, para así sancionar hechos lesivos del interés de terceros que antes no generaban reparación. Dada la complejidad de la vida social moderna y el desigual poderío de los individuos que ello ha venido a ocasionar, es natural que la doctrina contemporánea preconice un análisis más hondo y sutil de las ideas de causa y daño...”³⁷

Desde esa perspectiva, es claro que el derecho de daños ha tenido transformaciones de diversa índole que han significado que se ajuste a las nuevas perspectivas, desarrollos, riesgos y avances de la sociedad. De otro lado, lo que podría denominarse como la “constitucionalización del derecho de daños”, lleva de la mano que se presente una fuerte y arraigada imbricación entre los principios constitucionales y aquellos que, en el caso colombiano, se encuentran contenidos de antaño en el código civil.

En consecuencia, la cuantificación del daño en que se ha inspirado el ordenamiento jurídico interno, obedece al criterio de la *restitutio in integrum* cuyo objetivo es el restablecimiento patrimonial y/o espiritual, dañado por un hecho ilícito, o que el perjudicado no tenga la obligación de padecer, lo cual encuentra su fundamento y límite, se itera, en dos principios generales del derecho que además tienen soporte normativo: la reparación integral del daño (art. 16 ley 446 de 1998 y art. 2341 C.C.) y el enriquecimiento injusto (art. 8 ley 153 de 1887); por ello el resarcimiento debe cubrir nada más que el daño causado, pues si va más allá, representaría un enriquecimiento ilegítimo del afectado, y si es menor, constituiría un empobrecimiento correlativo, desnaturalizándose así los principios de dignidad humana y de igualdad, que constituyen pilares basilares del modelo Social de Derecho³⁸.

Ahora bien, la reparación del daño material o patrimonial no ha sido un aspecto problemático sobre el que se presenten mayores dificultades en cuanto a la determinación y cuantificación por parte de la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera; sin embargo, no ocurre igual con el perjuicio inmaterial o no

³⁷ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 21 de febrero de 1938, G.J. No.1932, pág. 58.

³⁸ “En otras palabras, el juez, al considerar como de recibo una demanda resarcitoria, puede dar cabida dentro de los intereses sociales dignos de tutela a un cierto comportamiento, una expresión, un anhelo, de un individuo o de un grupo, que antes no la tenía, con lo que establece o fija un límite para la sociedad; este límite también se establece, como es obvio, en el caso contrario, es decir, cuando el juez niega la inclusión de un interés discutido, en la escala de los valores sociales.” CORTÉS, Edgar “Responsabilidad Civil y daños a la persona – El daño a la salud en la experiencia italiana ¿un modelo para América Latina?”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pág. 13.

patrimonial, puesto que uno de los grandes problemas actuales de la responsabilidad extracontractual –civil y del Estado– consiste en el diseño del sistema idóneo de reparación del mismo, que no sirva como fuente de enriquecimiento injustificado. La adopción de una teoría estructurada en esta materia, garantiza que se satisfagan verdaderos parámetros de igualdad, en donde para las circunstancias iguales se decreten medidas exactas o similares³⁹.

Definido lo anterior, es claro que para efectuar el análisis del perjuicio, se debe abordar el estudio de lo que se conoce como la “tipología del perjuicio”, esto es, el examen, valoración y fijación de los estándares de indemnización que pueden ser objeto de reconocimiento, lo que se hace a partir de la respuesta a los siguientes interrogantes: i) ¿Qué se indemniza?, ii) ¿Cuál es el criterio para determinar la necesidad de reconocimiento de un perjuicio indemnizable?, iii) ¿Se indemniza el perjuicio por sí mismo, o las consecuencias apreciables que él produce (internas o externas), siempre y cuando sean valorables?, iv) ¿Cuál orientación tiene el ordenamiento jurídico Colombiano en relación con la reparación del perjuicio; se indemnizan las consecuencias del daño o se reparan las afectaciones a los diferentes bienes o intereses jurídicos?

Como se observa, existe toda una serie de cuestionamientos que el juez debe formularse, con el fin de establecer una posición en la materia, lo que implica, a todas luces, un ejercicio hermenéutico e interpretativo a partir del análisis de las normas constitucionales que regulan la responsabilidad patrimonial del Estado, para con fundamento en ello, arribar a las conclusiones que consulten los parámetros efectivos de justicia material, en lo que concierne a la reparación integral.

En nuestro ordenamiento jurídico, y específicamente la jurisprudencia contencioso administrativa ha reconocido como daños indemnizables, los de tipo material esto es, el daño emergente y el lucro cesante (artículo 1614 del Código Civil), así como los inmateriales, género éste en el que se han decretado condenas por concepto de perjuicios morales y fisiológicos, categoría esta última en la que desde que fue reconocida por primera vez en 1993, ha sido denominada de diversa forma, en

³⁹ “lo que no se puede tolerar es que el tratamiento diferenciado, que se deduce de la interpretación de las normas tradicionales de la responsabilidad, beneficie a aquellos que se encuentran en una situación de privilegio.” CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 15.

ocasiones “daño a la vida de relación” o “alteración a las condiciones de existencia”, pero con un sustrato idéntico, esto es, la pérdida de placer en la realización de una actividad o alteración grave que produce el daño en las relaciones del sujeto con su entorno.

En efecto, en la sentencia del 6 de septiembre de 1993, la Sección Tercera puntualizó lo siguiente:

“el PERJUICIO FISIOLÓGICO o A LA VIDA DE RELACIÓN, exige que se repare la pérdida de la posibilidad de realizar “...otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia..... A quienes sufren pérdidas irremediables es necesario brindarles la posibilidad de procurarse una satisfacción equivalente a la que han perdido. Por algo se enseña el verdadero carácter del resarcimiento de los daños y perjuicios es un PAPEL SATISFACTORIO...”

Con posterioridad, en sentencia del 25 de septiembre de 1997, se precisó al respecto lo que se transcribe a continuación⁴⁰:

“1. El mal llamado perjuicio fisiológico se conoce en el derecho francés como perjuicio de placer (*prejudice d’agrément*), *loss of amenity of the life* (pérdida del placer de la vida) en el derecho anglosajón o daño a la vida de relación en el derecho italiano⁴¹.

“La jurisprudencia francesa ha definido este particular tipo de daño tomando como marco de referencia la resolución No. 75-7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativo a la reparación de daños en caso de lesión corporal, adoptada el 14 de marzo de 1975, según la cual la víctima debe ser indemnizada de “diversos problemas y malestares tales como enfermedades, insomnios, sentimientos de inferioridad, una disminución de los placeres de la vida causada principalmente por la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades placenteras”.⁴²

“2. La indebida utilización del concepto fisiológico parece derivarse de una mala traducción e interpretación de la jurisprudencia francesa, la cual en una sentencia de la Corte de Casación del 5 de marzo de 1985 distinguió entre el daño derivado de la “privación de los placeres de la vida normal, distinto del perjuicio objetivo resultante de la incapacidad constatada” y los “problemas psicológicos que afectan las condiciones de trabajo o de existencia de la vida”. El perjuicio psicológico, de acuerdo con esta distinción, constituye un perjuicio corporal de carácter

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 10.421, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁴¹ Algunos autores han sugerido llamar a este perjuicio *préjudice de désagrément*, perjuicio por desagrado. Cfr. Yvez Chartier, citado por Javier Tamayo Jaramillo, De la responsabilidad civil, T. II, de los perjuicios y su indemnización. Bogotá, Ed. Temis, 1986, pág. 147.

⁴² Max Le Roy. L’évaluation du préjudice corporel. Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1989. p. 66.

objetivo que se distingue esencialmente del perjuicio moral reparado bajo la denominación de perjuicio de placer.⁴³

“Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que el adjetivo fisiológico que hace referencia a disfunciones orgánicas, no resulta adecuado para calificar el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria (recreativas, culturales, deportivas, etc.).

“3. El perjuicio de placer es un perjuicio extrapatrimonial que tiene una entidad propia, lo cual no permite confundirlo con el daño moral (*pretium doloris* o *Schmerzugeld*) o precio del dolor, especie también del daño extrapatrimonial, ni con el daño material (daño emergente y lucro cesante, art. 1613 del C.C.).

“(…)

“5. Así mismo, tampoco constituye perjuicio de placer el caso en que la víctima, “a pesar de no presentar ninguna anomalía orgánica, a causa de la depresión en que se ve sumergido no puede realizar las actividades normales de la vida”⁴⁴, perjuicio que debe entenderse indemnizado bajo el rubro de lucro cesante (ganancia o provecho frustrado), a fin de evitar la resurrección del fantasma del daño moral objetivado, concepto en el que la jurisprudencia buscó englobar en el pasado las llamadas repercusiones objetivas del daño moral”.

Luego, en proveído del 19 de julio de 2000, expediente 11842, la Sección Tercera del Consejo de Estado replanteó el *nomen iuris* del citado perjuicio con fundamento en el siguiente razonamiento que se transcribe *in extenso*⁴⁵:

“Debe insistirse ahora, entonces, con mayor énfasis, en que el daño extrapatrimonial denominado en los fallos mencionados “daño a la vida de relación”, corresponde a un concepto mucho más comprensivo, **por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión *perjuicio fisiológico*, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquella, ni siquiera en los casos en que este daño extrapatrimonial - distinto del moral - es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización. En efecto, el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre.**

“De otra parte, se precisa que **una afectación de tal naturaleza puede surgir de diferentes hechos, y no exclusivamente como consecuencia de una lesión corporal.** De otra manera, el concepto resultaría limitado y, por lo tanto, insuficiente, dado que, como lo advierte el profesor Felipe Navia Arroyo, únicamente permitiría considerar el perjuicio sufrido por la lesión a uno solo de

⁴³ Ibidem, p. 67.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2000, exp. 11842, M.P. Alíer E. Hernández Enríquez.

los derechos de la personalidad, la integridad física.⁴⁶ Así, aquella afectación puede tener causa en cualquier hecho con virtualidad para provocar una alteración a la vida de relación de las personas, como una acusación calumniosa o injuriosa, la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de éste por otra persona (situaciones a las que alude, expresamente, el artículo 4º del Decreto 1260 de 1970), o un sufrimiento muy intenso (daño moral), que, dada su gravedad, modifique el comportamiento social de quien lo padece, como podría suceder en aquellos casos en que la muerte de un ser querido afecta profundamente la vida familiar y social de una persona. Y no se descarta, por lo demás, la posibilidad de que el perjuicio a la vida de relación provenga de una afectación al patrimonio, como podría ocurrir en aquellos eventos en que la pérdida económica es tan grande que - al margen del perjuicio material que en sí misma implica - produce una alteración importante de las posibilidades vitales de las personas.

“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. Así sucederá, por ejemplo, cuando aquéllos pierden la oportunidad de continuar gozando de la protección, el apoyo o las enseñanzas ofrecidas por su padre y compañero, o cuando su cercanía a éste les facilitaba, dadas sus especiales condiciones profesionales o de otra índole, el acceso a ciertos círculos sociales y el establecimiento de determinadas relaciones provechosas, que, en su ausencia, resultan imposibles.

“Debe advertirse, adicionalmente, que el perjuicio al que se viene haciendo referencia no alude, exclusivamente, a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, como parece desprenderse de la expresión *préjudice d’agrément* (perjuicio de agrado), utilizada por la doctrina civilista francesa. No todas las actividades que, como consecuencia del daño causado, se hacen difíciles o imposibles, tendrían que ser calificadas de placenteras. Puede tratarse de simples actividades rutinarias, que ya no pueden realizarse, o requieren de un esfuerzo excesivo. Es por esto que, como se anota en el fallo del 25 de septiembre de 1997, algunos autores prefieren no hablar de un perjuicio de agrado, sino de desagrado. Lo anterior resulta claro si se piensa en la incomodidad que representa, para una persona parapléjica, la realización de cualquier desplazamiento, que, para una persona normal, resulta

⁴⁶ NAVIA ARROYO, Felipe. Ensayo sobre la evolución del daño moral al daño fisiológico, próximo a publicarse. El doctor Navia Arroyo precisa, además, que el concepto de daño fisiológico - de acuerdo con el alcance que, hasta ahora, le ha dado esta Corporación - corresponde al de perjuicio de agrado, elaborado por la doctrina civilista francesa, y explica que la expresión daño fisiológico, en realidad, corresponde a una noción más amplia, también de creación francesa y aparentemente abandonada, que hace referencia a las repercusiones que puede tener una lesión permanente no sólo en la capacidad de gozar la vida de una persona, sino, en general, en sus condiciones de existencia, al margen de cualquier consecuencia patrimonial, por lo cual resultaría más cercana al concepto de daño a la vida de relación, elaborado por la doctrina italiana.

muy fácil de lograr, al punto que puede constituir, en muchos eventos, un acto reflejo o prácticamente inconsciente.

“En este sentido, son afortunadas las precisiones efectuadas por esta Sala en sentencia del 2 de octubre de 1997, donde se expresó, en relación con el concepto aludido, que no se trata de indemnizar la tristeza o el dolor experimentado por la víctima - daño moral -, y tampoco de resarcir las consecuencias patrimoniales que para la víctima siguen por causa de la lesión - daño material -, “sino más bien de compensar, en procura de otorgar al damnificado una indemnización integral... la mengua de las posibilidades de realizar actividades que la víctima bien podría haber realizado o realizar, de no mediar la conducta dañina que se manifestó en su integridad corporal”.⁴⁷

“Para designar este tipo de perjuicio, ha acudido la jurisprudencia administrativa francesa a la expresión *alteración de las condiciones de existencia*, que, en principio y por lo expresado anteriormente, parecería más afortunada. No obstante, considera la Sala que su utilización puede ser equívoca, en la medida en que, en estricto sentido, cualquier perjuicio implica, en sí mismo, alteraciones en las condiciones de existencia de una persona, ya sea que éstas se ubiquen en su patrimonio económico o por fuera de él. Tal vez por esta razón se explica la confusión que se ha presentado en el derecho francés, en algunos eventos, entre este tipo de perjuicio y el perjuicio material, tema al que se refiere ampliamente el profesor Henao Pérez, en el texto citado.⁴⁸

“De acuerdo con lo anterior, resulta, sin duda, más adecuada la expresión *daño a la vida de relación*, utilizada por la doctrina italiana, la cual acoge plenamente esta Corporación. Se advierte, sin embargo, que, en opinión de la Sala, no se trata simplemente de la afectación sufrida por la persona en su relación con los seres que la rodean. Este perjuicio extrapatrimonial puede afectar muchos otros actos de su vida, aun los de carácter individual, pero externos, y su relación, en general, con las cosas del mundo. En efecto, se trata, en realidad, de un daño extrapatrimonial a la vida exterior; aquél que afecta directamente la vida interior sería siempre un daño moral.

“Por último, debe precisarse que, como en todos los casos, la existencia e intensidad de este tipo de perjuicio deberá ser demostrada, dentro del proceso, por la parte demandante, y a diferencia de lo que sucede, en algunos eventos, con el perjuicio moral, la prueba puede resultar relativamente fácil, en la medida en que, sin duda, se trata de un perjuicio que, como se acaba de explicar, se realiza siempre en la vida exterior de los afectados y es, por lo tanto, fácilmente perceptible. Podrá recurrirse, entonces, a la práctica de testimonios o dictámenes periciales, entre otros medios posibles.” (Cursivas del original - negrillas adicionales).

⁴⁷ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, expediente 11.652. Actor: Francisco Javier Naranjo Peláez y otros. M.P. Daniel Suárez Hernández.

⁴⁸ Ibid. p.p. 252 a 263.

Por último, en recientes pronunciamientos⁴⁹ del máximo tribunal de lo contencioso administrativo se adoptó la denominación de “alteración a las condiciones de existencia”, para designar ese “específico” perjuicio que desde el año 1993 fue avalado por la jurisprudencia contencioso administrativa, para indemnizar no sólo las lesiones a la integridad psicofísica sino cualquier lesión de bienes, derechos o intereses legítimos diversos a la unidad corporal del sujeto, como la honra, el buen nombre, el daño al proyecto de vida, etc., como se hizo a partir de la sentencia de 19 de julio de 2000, exp. 11842, ya transcrita.

En efecto, en sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003-385, se sostuvo:

“A partir del fallo anterior, la jurisprudencia ha entendido el daño a la vida de relación, como aquel que *“rebasa la parte individual o íntima de la persona y además le afecta el área social, es decir su relación con el mundo exterior; por ello se califica en razón al plano afectado: la vida de relación”*.⁵⁰

“En esta oportunidad la Sala aprovecha para, en aras de precisión y rigor en la nomenclatura, dejar de lado el *nomen* que hasta ahora se ha venido utilizando -en ocasiones de manera inadecuada o excesiva- para acudir al concepto de daño por *alteración grave de las condiciones de existencia*, el cual ofrece mayor amplitud que el anterior y abarca no sólo la relación de la víctima con el mundo exterior, sino, de manera más general, esos cambios bruscos y relevantes a las condiciones de una persona en cuanto tal y como expresión de la libertad y el albedrío atributos esenciales a la dignidad humana principio fundante del Estado Social de Derecho colombiano y de su ordenamiento jurídico, según consagra el artículo 1° de la Constitución Política.

“En la citada sentencia del 19 de julio de 2000 se dijo, refiriéndose al daño a la vida de relación social que “[p]ara designar este tipo de perjuicio, ha acudido la jurisprudencia administrativa francesa a la **expresión alteración de las condiciones de existencia**, que, en principio y por lo expresado anteriormente, **parecería más afortunada**. No obstante, considera la Sala que su utilización puede ser equívoca, en la medida en que, en estricto sentido, **cualquier perjuicio implica, en sí mismo, alteraciones en las condiciones de existencia** de una persona, ya sea que éstas se ubiquen en su patrimonio económico o por fuera de él.”

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de junio de 2008, exp. 15.657, M.P. Myriam Guerrero de Escobar, sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003 – 385 M.P. Mauricio Fajardo Gómez, y sentencia de 1° de diciembre de 2008, exp. 17.744, M.P. Enrique Gil Botero, con aclaración de voto del ponente sobre esta materia.

⁵⁰ Sección Tercera, Sentencia del 10 de julio de 2003, Radicación número: 76001-23-31-000-1994-9874-01(14083), Actor: JORGE ENRIQUE RENGIFO LOZANO Y OTROS, Demandado: DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA.

“Resulta ahora pertinente recoger estos planteamientos para señalar que si bien es cierto que la expresión relativa a la *alteración de las condiciones de existencia* resulta ser más comprensiva y adecuada, mal podría pensarse, desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado, que todo perjuicio, de cualquier carácter y magnitud, comporte necesaria y automáticamente una alteración a las condiciones de existencia jurídicamente relevante.

“Sobre el particular la doctrina ha señalado, precisamente, que *“para que se estructure en forma autónoma el perjuicio de alteración de las condiciones de existencia, se requerirá de una connotación calificada en la vida del sujeto, que en verdad modifique en modo superlativo sus condiciones habituales, en aspectos significativos de la normalidad que el individuo llevaba y que evidencien efectivamente un trastocamiento de los roles cotidianos, a efectos de que la alteración sea entitativa de un perjuicio autónomo, pues no cualquier modificación o incomodidad sin solución de continuidad podría llegar a configurar este perjuicio, se requiere que el mismo tenga significado, sentido y afectación en la vida de quien lo padece”*⁵¹.

“Por su parte, en la doctrina francesa se ha considerado que los llamados *troubles dans les conditions d’existence*⁵² pueden entenderse como *“una modificación anormal del curso de la existencia del demandante, en sus ocupaciones, en sus hábitos o en sus proyectos”*⁵³ o *“las modificaciones aportadas al modo de vida de los demandantes por fuera del mismo daño material y del dolor moral”*⁵⁴.

“El reconocimiento de indemnización por concepto del daño por alteración grave de las condiciones de existencia es un rubro del daño inmaterial -que resulta ser plenamente compatible con el reconocimiento del daño moral-, que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones.

“En otras palabras, para que sea jurídicamente relevante en materia de responsabilidad estatal, el impacto respecto de las condiciones de existencia previas ha de ser grave, drástico, evidentemente extraordinario.”⁵⁵ (negrillas y cursivas del original - subrayado adicional).

⁵¹ Gil Botero, Enrique. *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*, Ed. Comlibros, Tercera Edición, 2006, p. 98.

⁵² Navia Arroyo Felipe. *Del daño moral al daño fisiológico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 78.

⁵³ Chapus René. *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, citado por Juan Carlos Henao, *El Daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 252.

⁵⁴ Paillet Michel. *La Responsabilidad Administrativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, o. 278.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003-385, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Como se desprende de los anteriores pronunciamientos, la línea jurisprudencial que se ha trazado en torno a la tipología del perjuicio inmaterial, diferente al moral, ha supuesto una naturaleza dual, consistente en que se indemniza la lesión a la integridad corporal del sujeto –daño evento– (artículo 49 C.P. derecho a la salud), así como las consecuencias que el daño produce tanto a nivel interno (alteración a las condiciones de existencia) como externo o relacional (daño a la vida de relación).

Esa doble connotación del daño fisiológico, a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia –entendiéndolos como perjuicios de índole idéntica o similar, tal y como lo ha venido haciendo la jurisprudencia vernácula–, ha limitado la posibilidad de valorar el daño en términos de objetividad material –es decir, a partir de criterios reales, uniformes y verificables–. En consecuencia, esa naturaleza bifronte, ha desencadenado que, teóricamente, se haya aceptado esos planteamientos como un progreso jurisprudencial que permite no sólo indemnizar la integridad psicofísica del sujeto (daño corporal), sino también otros bienes jurídicos como su honra, el buen nombre, la tranquilidad, etc.

No obstante lo anterior, esa doble condición del daño a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia, ha generado que se creen problemas en la cuantificación y en la naturaleza óptica del daño, ya que el actual contenido y alcance de los mismos en el ámbito nacional, se presta para valoraciones equívocas, lo que en determinados eventos puede dar lugar a inequidades como por ejemplo el haber decretado una grave alteración a las condiciones de existencia cuando el daño consistió en la pérdida de un testículo⁵⁶, sin que esa precisa circunstancia afectara la esfera interna del sujeto, ni mucho menos la externa, ya que la posibilidad de procreación se mantiene intacta al igual que la capacidad de interrelacionarse sexualmente, motivo por el que, en esas circunstancias especiales, el daño a reconocerse, sin anfibología alguna, sería el daño a la salud en la medida que supone una afectación a la integridad psicofísica del sujeto.

En ese orden de ideas, es posible afirmar que se presentó un trastrocamiento en la sistematización del perjuicio inmaterial diferente al moral, a partir de una

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de mayo de 2009, exp. 16925, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

confusión que se generó con la asimilación entre el daño biológico, fisiológico o a la salud con el *préjudice d'agrément* (daño de placer o de agrado), reconocido en el derecho francés, relacionado con la pérdida del placer o del disfrute que, en ocasiones, se deriva de la producción de un determinado daño, al no poder realizar las actividades (deportes, trabajos, hobbies, etc.) a las que estaba acostumbrado el sujeto. Ahora, con el criterio adoptado en el año 2007, la confusión relacionada con la tipología del perjuicio inmaterial se entronizó en mayor medida, como quiera que sin abandonar el contenido y alcance del concepto "daño a la vida de relación", se mutó su nombre, para designarlo como "la alteración a las condiciones de existencia" (*des troubles dans les conditions d'existence*), lo cual a todas luces es incorrecto, puesto que este último corresponde a un perjuicio autónomo que tiene una dimensión distinta al perjuicio de placer o de agrado (daño a la vida de relación), y que se refiere a la modificación grave, sustancial y anormal del proyecto de vida que cada persona tiene trazado⁵⁷.

Como se aprecia, el daño a la salud⁵⁸ –denominado por la doctrina y jurisprudencia francesa como daño corporal o fisiológico, y en Italia biológico–, fue imbricado con el concepto de perjuicio de agrado y con la alteración a las condiciones de existencia, daños autónomos que han sido reconocidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, lo que desencadenó que un perjuicio de constatación y valuación objetiva como lo es aquél, fuera revestido por una condición indefinida o englobada en la que se puede dar cabida a cualquier tipo de afectación, al margen de que se refleje en el ámbito externo o interno del sujeto, y sea liquidable en términos objetivos o subjetivos.

⁵⁷ "Se ve cómo se introduce una nueva categoría de daño que llama perjuicio fisiológico o perjuicio a la vida de relación, que trata como sinónimos, desconociendo el significado que tales categorías tiene en los sistemas de origen. Y al momento de liquidar el daño, al que le reconoce un carácter satisfactorio, vuelve en confusión al decir que, "habida consideración de la gravedad que tuvieron las lesiones, que determinaron la amputación bilateral de las piernas por encima de las rodillas, la edad del lesionado y su actividad profesional como chofer, la cual no podrá ejercer en el futuro por el estado corporal en que quedó, los fija en la suma de... con cuya rentabilidad la víctima podrá atender razonablemente al pago de una persona que lo acompañe en su silla de ruedas cuando tenga necesidad de movilizarse de un sitio a otro. Con ella puede, igualmente, adquirirla sin sofisticaciones". Habiendo deslindado en precedencia el daño fisiológico del daño patrimonial, al momento de la liquidación los mezcla con la consideración que hace del trabajo de la víctima y con la necesidad que ella tiene de una silla de ruedas y de un acompañante. El daño que se había propuesto se desdibuja así, al momento de la liquidación." CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 255.

⁵⁸ "...la ciencia jurídica que le dio entrada al concepto de daño biológico prefiere hoy utilizar la expresión "daño a la salud", concepto jurídico (y no médico) con un alcance más amplio, pues mientras que el daño biológico se refiere a aspectos anatómicos y fisiológicos de la persona, el daño a la salud, además de referirse a ellos, tiene que ver con las manifestaciones generales del bien "salud" como bien necesario para una correcta expresión de la persona en la comunidad en que vive." CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 21 y 22. Consultar igualmente: BUSNELLI, Francesco Donato, "Il danno biologico. Dal diritto vivente al diritto vigente" Torino, 2001, pág. 3 y s.s.

En efecto, la citada superposición de conceptos se desprende de manera palmaria en una sentencia proferida el 3 de julio de 1992⁵⁹, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, confirmada por el Consejo de Estado el 1º de julio de 1993⁶⁰, proveído en el que el tribunal *a quo* puntualizó lo siguiente:

“8. El daño especial.

“8.1. El demandante separa este perjuicio en tres categorías diferentes, a saber: a. El daño personal especial debido “al perjuicio sufrido... en su vida de relación social y personal, por efecto de la grave invalidez...” b. Los “perjuicios estéticos” y el “daño corporal especial” debido también a la invalidez total que sufre. La Sala estima que los anteriores daños deben agruparse en uno solo que los comprende a todos: el perjuicio fisiológico, o el “préjudice d’agrément” de que habla la doctrina francesa. A pesar de los elementos comunes que los unen, o confunden, en algunos casos, es posible afirmar que los daños moral subjetivo, materiales y fisiológico son diferentes, es decir, se refieren a distintos bienes del ser humano: a.- El moral subjetivo o “Pretium doloris”, trata de mitigar la aflicción, la tristeza y la depresión que producen la muerte o las lesiones de un padre, un hijo, un hermano, etc., b.- El material, se encamina a mantener los ingresos que, por ejemplo, percibían en lesionado y la esposa y los hijos del padre fallecido., c.- El fisiológico, que pretende darle oportunidad a una persona como... que ha sido privado de llevar a cabo los “placeres de la vida”, de reemplazar, o mejor, de tratar de reemplazar lo que en adelante no le será dado hacer...

“(...) La parálisis de los miembros inferiores (paraplejia) que padece el actor lo priva de los placeres cotidianos de la vida, tales como los de caminar, trotar, montar en bicicleta, bailar, trepar a un árbol, nadar, desplazarse cómodamente de una ciudad a otra y otras actividades similares. La fijación de la indemnización de este rubro depende mucho del criterio prudente del juez, quien debe tener también en cuenta para el efecto la profesión y la edad del lesionado, las privaciones que sufre a raíz de la lesión, etc. Se condenará, en consecuencia, a la demandada, a cubrir al demandante, una suma equivalente a 2.000 gramos de oro fino.”

Como se aprecia, el equívoco en la determinación del contenido y alcance del perjuicio a la salud (fisiológico o biológico), operó en una traspolación jurídica del derecho francés e italiano al ámbito nacional, pero se dejó de lado que en el primero de los países mencionados se ha reconocido, dependiendo el caso

⁵⁹ Tribunal Administrativo de Antioquia, sentencia del 3 de julio de 1992, exp. 25878, M.P. Humberto Cárdenas.

⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1º de julio de 1993, exp. 7772, M.P. Daniel Suárez Hernández.

concreto, de una multiplicidad de daños que pretenden cubrir las esferas del individuo afectadas con el mismo (v.gr. daño estético, daño sexual, alteración a las condiciones de existencia, perjuicio de agrado, entre otros), mientras que en el segundo, dada la redacción rígida del artículo 2059 del Código Civil de ese país⁶¹, el propósito de la doctrina y jurisprudencia recayó en la forma de abrir nuevas perspectivas y hermenéuticas que permitieran ir más allá del simple reconocimiento del daño moral en cuanto se refiere al resarcimiento del daño no patrimonial. Como se aprecia, los conceptos de perjuicio de agrado (*préjudice d'agrément*), frente al perjuicio corporal (*dommage corporel*) si bien parecieran tener puntos de encuentro y semejanzas, lo cierto es que el primero cubre una esfera interna del individuo, mientras que el segundo está estructurado sobre la necesidad de resarcir la órbita de la salud del ser humano, entendida esta última, según la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS) como “el estado completo de bienestar físico, psíquico, y social, no circunscrito a la ausencia de afecciones y enfermedades.”⁶²

Así se desprende de la misma jurisprudencia Italiana –supuestamente a partir de la cual se adoptó el concepto de daño a la vida de relación–, en la que se hace una clara diferencia entre el perjuicio biológico (fisiológico), el daño moral, y el daño existencial. Sobre el particular, vale la pena destacar la sentencia del 19 de diciembre de 2007, proferida por la Corte Suprema de Casación de ese país, en la que se puntualizó:

“(...) 3) La categoría del daño no patrimonial se articula a su vez en un subsistema compuesto del daño biológico en estricto sentido, del daño existencial, y del daño moral subjetivo.

“4) El daño biológico y el daño existencial tienen una morfología homogénea, entrañan internamente una lesión de carácter constitucional, la primera referida a la salud, y la segunda constituida por “valores/intereses constitucionalmente protegidos...”⁶³.

Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readoptar la noción de daño a la salud (fisiológico o biológico), pero con su contenido y alcance primigenio, como

⁶¹ “El daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley.”

⁶² www.who.int/en/

⁶³ Cf. Corte de Casación Italiana, sentencia del 19 de diciembre de 2007, No. 4712. (Traducción libre). Ver igualmente, las sentencias de 31 de mayo de 2003, números 8827 y 8828 de la Sala Civil de la Corte de Casación Italiana, así como las sentencias Nos. 184 de 1986 y 233 de 2003, proferidas por la Corte Constitucional de ese mismo país.

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 desdibujó su verdadero y real 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 equitativos⁶⁴.

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...”⁶⁵.

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 desechado y obsoleto 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)⁶⁶, sin que esta última

⁶⁴ “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.

⁶⁵ VICENTE Domingo, Elena “Los daños corporales: tipología y valoración”, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, Pág. 139.

⁶⁶ “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

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)⁶⁷.

Desde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, nunca podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, 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 e inequitativo –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. *A contrario sensu*, 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 patrimonial⁶⁸.

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

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.

⁶⁷ Ver: Corte de Casación Italiana, sentencia del 24 de junio de 2008, publicada el 11 de noviembre de 2008, No. 26972.

⁶⁸ 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.

sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica⁶⁹.

Así las cosas, resulta pertinente que la Sección Tercera delimite y sistematice los distintos perjuicios inmateriales distintos al moral, con miras a dotar de seguridad jurídica a la comunidad y, principalmente, para estructurar criterios de resarcimiento fundamentados en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima “a igual daño, igual indemnización”⁷⁰.

En consecuencia, se debería adoptar 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 lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, el trastocamiento del derecho a la salud del individuo. **Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), se podrán reclamar los siguientes tipos de perjuicios** –siempre que estén acreditados en el proceso –: i) los materiales o patrimoniales de daño emergente y lucro cesante, y los inmateriales o no patrimoniales, 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 corporal⁷¹. No resulta pertinente suprimir la categoría del daño moral, a pesar de lo

⁶⁹ “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.

⁷⁰ “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.

⁷¹ “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.

anfibiológico de su nominación, puesto que está encaminado, se insiste, a compensar económicamente la aflicción espiritual que se origina con un daño, mientras que el daño a la salud va dirigido a resarcir la modificación de la armonía psicofísica de la persona, como presupuesto básico para el ejercicio de otros derechos e intereses legítimos.

Ahora bien, en aquellos eventos en los cuales el daño no provenga de la lesión psicofísica del sujeto (casos minoritarios), sería oportuno que la jurisprudencia contencioso administrativa avanzara hacia una indemnización de los bienes, derechos o intereses legítimos que tengan un reconocimiento y protección constitucional, de manera autónoma e independiente, sin arribar al extremo de reconducirlos a su unificación en una única categoría (v.gr. como la de daño existencial o daño a la vida de relación), sino que sean analizados, valorados y cuantificados en cuanto a su dimensión (v.gr. el daño al buen nombre, a la honra o al honor), por cuanto constituyen daños indemnizables en sí mismos. Lo anterior, máxime si los conceptos de daño a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia, dada su ambivalencia, ambigüedad y conceptualización equívoca, generan varios problemas en la definición y tasación de los perjuicios que dicen comprender o abarcar.

En efecto, una criterio diferente permitiría afirmar que el desplazamiento forzado, por sí mismo, no genera indemnización y reparación integral del daño, salvo que la persona demandante logre acreditar de manera plena, que padeció una consecuencia económica o material a causa esa diáspora a la que se vio conminada por grupos al margen de la ley o por el Estado. En consecuencia, desde este supuesto, y en esa lógica que no comparto, si el individuo víctima del desplazamiento no se viera afectado económicamente por las consecuencias del mismo, no sería beneficiario de la indemnización, conclusión que desde mi punto de vista es inaceptable.

El anterior ejemplo extraído de la experiencia, sirve de apoyo para reflejar lo que se pretende poner a consideración a través de esta postura, esto es, la necesidad de que se repare el perjuicio en atención a la lesión de bienes jurídicos, más no a la consecuencia externa, física, o material que acarrea el daño. En otros términos, el juez debe indemnizar a través de un criterio que permita reparar todas aquellas lesiones o trasgresiones con que se vea afectada la persona o el sujeto, de manera autónoma e independiente, sin que sea válido exigir, previa la reparación

del daño, la verificación consecencial de los efectos que produce el mismo en el mundo exterior (que puede ser un perjuicio interior pero que se traduzca o refleje exteriormente), para luego ser indemnizado mediante la aplicación de un concepto genérico que pretende englobar todos los bienes jurídicos de los cuales es titular la persona humana.

Desde esa perspectiva, se itera, el daño a la salud comprendería toda la órbita psicofísica del sujeto (daño corporal, daño sexual, daño psicológico, alteración o pérdidas anatómicas o funcionales, etc.), mientras que los demás derechos o bienes jurídicos en un criterio dinámico del daño adquirirían un escenario autónomo en donde el juez en cada caso concreto deberá valorar si el perjuicio está acreditado y si reviste la suficiente entidad para su reparación y resarcimiento, es decir, que no constituya un daño irrelevante. 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 individual y autónoma (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros).

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 (v.gr. el daño existencial del derecho italiano) que produzca los mismos efectos perjudiciales que acarrearán 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 afflictiva del ser humano; el daño a la salud garantizaría un resarcimiento equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona; y, por último, se debe dejar abierta la posibilidad de que los jueces 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 estricta del paradigma que aquí se defiende, 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.

Así las cosas, considero que la jurisprudencia nacional ha restringido la posibilidad de indemnizar daños en sí mismos, para concentrarse en las manifestaciones externas, relacionales o sociales que desencadena el daño, circunstancia que limita ampliamente la reparación integral de todos los derechos, bienes o intereses constitucional o legalmente protegidos y, de manera adicional, radica un problema de tipo lógico y práctico, en tanto puede conllevar a que ciertos perjuicios que pertenecen a la órbita interna del sujeto queden por fuera de la tutela judicial.

De otra parte, la postura que se defiende en este plano en modo alguno propende por una reparación arbitraria e indefinida del daño, sino que atiende a la necesidad de indemnizar de forma autónoma e independiente, las diversas afecciones que sufre la persona frente a la concreción del daño antijurídico, de tal forma que se repare de manera integral el perjuicio, con fundamento no en los efectos externos o que se pueden exteriorizar a causa del hecho dañoso, sino con el criterio de que se indemnicen todas las lesiones que sean irrogadas a bienes o derechos, lo que reflejará una mejor concepción del Estado Social de Derecho, en el cual el ser humano y las garantías de las que es titular son el fin último del ejercicio del poder público y la razón de ser de la organización estatal.

En conclusión, los conceptos de daño a la vida de relación adoptado a partir del año 2000, y modificado por el de alteración a las condiciones de existencia desde el año 2007, no los comparto, puesto que tales aserciones, de conformidad con las anteriores razones, no se acompañan con los lineamientos modernos que se asumen frente a la reparación del daño, esto es, con una tipología del perjuicio que reconozca que el ser humano se integra por una multiplicidad de derechos, bienes e intereses legítimos, en donde se conjugan aspectos físicos, psíquicos, morales, afectivos, de integridad emocional y social, así como relativos a la existencia espacio temporal, en sí misma.

Bajo las anteriores precisiones, dejo sentada mi posición en cuanto concierne a la forma como se ha venido abordando el análisis de los llamados daño a la vida de

relación y alteración a las condiciones de existencia, en el ámbito de la jurisprudencia contencioso administrativa, conceptos que como lo he precisado en estas líneas deben ser confinados del ámbito indemnizatorio del perjuicio no patrimonial, para darle paso a categorías o voces que reflejen un manejo más apropiado de los bienes, derechos e intereses legítimos a ser resarcidos desde una perspectiva objetiva (con una comprensión estática y dinámica de las consecuencias del daño), que permita dotar al sistema de equidad y, por sobre todo, garantizar en cada caso concreto los principios de igualdad material y de dignidad humana⁷².

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra

⁷² "En todas las actividades es saludable, de vez en cuando, poner un signo de interrogación sobre aquellas cosas que por mucho tiempo se han dado como seguras." Bertrand Russell.