

**LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA - Departamento de Quindío /
LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA - Descentralización del servicio
de educación pública. Precedente jurisprudencial**

Respecto de la legitimación en la causa por pasiva en relación con la demandada, La Nación - Ministerio de Educación - Departamento del Quindío, procede traer el precedente jurisprudencial de la Corporación el cual señaló que “La Constitución Política expedida en el año de 1991, nuevamente descentralizó el servicio de educación pública en sus niveles de básica primaria y secundaria, el cual había sido nacionalizado a partir de la expedición de la Ley 43 de 1975, desconcentrando algunas funciones en cabeza de las autoridades territoriales; fue así como la nueva Carta Política estableció la distribución de recursos y el reparto de competencias en relación con la prestación los servicios públicos de salud y de educación a cargo del Estado, entre la Nación, los departamentos y los municipios, teniendo en cuenta para ello los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad (artículo 288); y los artículos 356 y 357 de la Carta, establecieron el giro de recursos por parte de la Nación a las entidades territoriales para, entre otras cosas, sufragar los gastos de los servicios de educación y salud, mediante el establecimiento del situado fiscal a favor de los departamentos y distritos y la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación. En desarrollo de las referidas normas constitucionales y de lo dispuesto por el artículo 151 de la misma Carta, fue expedida la Ley 60 de 1993 “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras

FUENTE FORMAL: LEY 43 DE 1975 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 151 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 288 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 356 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 357 / LEY 60 DE 1993

**LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA - Departamento de Quindío /
LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA - Administración de los recursos
del situado fiscal / ADMINISTRACION DE LOS RECURSOS DEL SITUADO
FISCAL - Requisitos**

De otro lado, el artículo 14 de la Ley 60 estableció los requisitos que debían cumplir y acreditar las entidades territoriales ante el Ministerio de Educación para obtener la certificación que les permitiera asumir la administración de los recursos del situado fiscal y la prestación del servicio educativo, para lo cual les impuso la exigencia de suscribir un acta de entrega de los bienes, el personal y los establecimientos que les permitiría cumplir con las obligaciones y deberes contraídos (artículo 15, Ley 60). (...) De acuerdo con lo expuesto, es claro que el régimen legal de educación estableció a cargo de los departamentos en materia de educación, funciones que implican no sólo su labor de administración, programación y distribución de los recursos del situado fiscal y su participación en la financiación de dicho servicio, sino que determinan la dirección conjunta con los municipios, de la prestación del servicio estatal de educación en los niveles de preescolar, básica primaria y secundaria y media, así como la inversión en materia de infraestructura y dotación. De otro lado, el legislador, como ya se vio, estableció de manera expresa (inciso final del artículo 3º de la Ley 60 de 1993) que cuando la prestación de los servicios educativos estatales se hiciera con cargo a los recursos del situado fiscal, debía efectuarse por los departamentos (...) Para el caso concreto, toda vez que el Departamento del Quindío no aportó elemento de prueba alguno en contrario, fuerza concluir que, en el presente caso, esta entidad estaba a cargo de la prestación del servicio educativo impartido en el Colegio

Instituto Calarcá del Municipio de Calarcá, en consecuencia, estaba llamada a velar por la seguridad de los menores que asistían a recibir educación primaria en sus instalaciones

FUENTE FORMAL: LEY 60 DE 1993 - ARTICULO 3. INCISO FINAL / LEY 60 DE 1993 - ARTICULO 14 / LEY 60 DE 1993 - ARTICULO 15

NOTA DE RELATORIA: Los establecimientos educativos y la planta de personal tendrán carácter departamental, distribuidos por municipios, de acuerdo con las necesidades de prestación del servicio, en este sentido consultar sentencia de 18 de febrero de 2010, expediente número 17732

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Constitucionalización. Mecanismo de protección de los administrados / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Constitucionalización. Mecanismo de protección de los administrados / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Cláusula general / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Presupuestos para su configuración

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización” de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación e interés. (...) Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90

NOTA DE RELATORIA: Sobre la constitucionalización de la responsabilidad del Estado, consultar sentencia C-832 de 2001. Sobre responsabilidad del Estado como mecanismo de protección de los administrados, Corte Constitucional, consultar sentencia C-333 de 1996, reiterada en la sentencia C-892 de 2001. Sobre la cláusula general de responsabilidad estatal, Corte Constitucional, consultar sentencia C-037 de 2003, reiterada en la sentencia C-864 de 2004. Sobre la finalidad de protección por parte de las autoridades públicas, consultar Consejo de Estado, sentencia de 26 de enero de 2006, expediente número AG-2001-213 y sobre los elementos de la responsabilidad consultar sentencia de 21 de octubre de 1999, expedientes números 10948 y 11643.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Daño antijurídico. Imputación / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Daño antijurídico. Imputación / DAÑO ANTIJURIDICO - Características

El precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución” (...) debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”. Dicho

daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 1 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 58

NOTA DE RELATORIA: Sobre daño antijurídico e imputación, consultar Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003 y sentencia C-043 de 2004. Sobre las características del daño antijurídico, consultar sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente número AG- 2001-01541, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente número 12166 y sentencia de 2 de junio de 2005, expediente número AG-1999-02382

REGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Principio de imputabilidad / PRINCIPIO DE IMPUTABILIDAD - Concepto / IMPUTACION - Sustento fáctico y atribución jurídica / IMPUTACION OBJETIVA - Título autónomo de responsabilidad del Estado / IMPUTACION OBJETIVA - Noción

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. (...) Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”. En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”. (...). Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”. (...) la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico).

NOTA DE RELATORIA: Sobre el principio de imputabilidad, ver sentencia de la Corte Constitucional, C-254 de 2003. Sobre principio de proporcionalidad consultar sentencia SU-1184 DE 2001

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Actividad médica / ACTIVIDAD MEDICA - Régimen aplicable / TITULO DE IMPUTACION - Falla probada del servicio

Partiendo del análisis del caso en el marco de la falla probada del servicio como título de imputación, (...) Dicho título de imputación opera, como lo señala el precedente de la Sala no sólo respecto de los daños indemnizables derivados de la muerte o de las lesiones corporales causadas, sino que también comprende "... los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, como en este caso, por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz". Cuando la falla probada en la prestación del servicio médico y hospitalario se funda en la "lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz", se debe observar que está produce como efecto la vulneración de la garantía constitucional que recubre el derecho a la salud, especialmente en lo que hace referencia al respeto del principio de integridad en la prestación de dicho servicio (...) la Sala ha manifestado en decisiones precedentes que dicha falla se circunscribe a una consideración básica.

NOTA DE RELATORIA: Sobre falla probada del servicio como título de imputación en responsabilidad médica, consultar sentencias de agosto 31 de 2006, expediente número 15772; octubre 3 de 2007, expediente número 16402; 23 de abril de 2008, expediente número 15750; 1 de octubre de 2008, expedientes números 16843 y 16933; 15 de octubre de 2008, expediente número 16270; 28 de enero de 2009, expediente número 16700; 19 de febrero de 2009, expediente número 16080; 18 de febrero de 2010, expediente número 20536 y de 9 de junio de 2010, expediente número 18683. Sobre cómo opera la falla probada del servicio en responsabilidad médica consultar, sentencia de 7 de octubre de 2009, expediente número 35656. Sobre el principio de integralidad, ver Corte Constitucional, sentencia T-1059 de 2006

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Deber de custodia de los establecimientos educativos / ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS - Posición de garante respecto de los alumnos

Sobre el deber de custodia de los establecimientos educativos y la posición de garante que ostentan respecto de los alumnos, ha dicho la Sala: "El artículo 2347 del Código Civil, establece que "toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado". Así los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios, del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso." La custodia ejercida por el establecimiento educativo debe mantenerse no sólo durante el tiempo que el alumno pasa en sus instalaciones, sino también durante el que dedica a la realización de otras actividades educativas o de recreación promovidas por éste, incluyendo paseos, excursiones, viajes y demás eventos tendientes al desarrollo de programas escolares. El deber de cuidado surge de la relación de subordinación existente entre el docente y el alumno, pues el primero, debido a la posición dominante que ostenta en razón de su autoridad, tiene no sólo el compromiso sino la responsabilidad de impedir que el segundo actúe de una forma imprudente.

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 7 de septiembre de 2004, expediente número 14869, Consejera Ponente doctora Nora Cecilia Gómez Molina

DAÑO ANTIJURIDICO - Acreditación

De conformidad con todo el conjunto probatorio antes descrito, la Sala encuentra acreditado que Johanna Hernández Garzón sufrió lesiones como consecuencia de los hechos ocurridos 30 de octubre de 1996, en los cuales en el establecimiento educativo Instituto Calarcá, cuando Johanna en un cambio de clase salió del salón en compañía de otra alumna con destino al baño, y de regreso al salón un niño que estaba jugando con una banda de caucho lanzó una gancho de cosedora lesionando el ojo izquierdo de la menor, circunstancia que desencadenó la pérdida total de dicho órgano.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Demanda / DEMANDA - Interpretación / INTERPRETACION DE LA DEMANDA - Deber del Juez de interpretar la demanda de manera integral

Previo a analizar la imputación de la responsabilidad que le corresponde a las entidades demandadas, procede señalar que en relación con la causa petendi, la demanda no es clara toda vez que la falla médica que se imputa a la entidad Empresa Social del Estado Hospital Universitario "San Juan de Dios" estaría relacionada con el diagnóstico propiamente dicho por falta de los exámenes previos correspondientes o con el tratamiento, y otra, que se relaciona el daño con omisiones y deficiencias sucesivas, en las cuales se afirma incurrió la entidad, que implicaron una agravación de las condiciones físicas de la paciente, las cuales fueron la causa de la pérdida del ojo izquierdo de Johanna Hernández Garzón. Ciertamente, al formular las pretensiones, se señaló en el libelo demandatorio que la Empresa Social del Estado Hospital Universitario "San Juan de Dios" es responsable "del Daño Fisiológico, sufrido por la menor Johanna Hernández Garzón, en hechos que se originaron en el Colegio Instituto Calarcá, el día treinta (30) de octubre de 1.996, y que dieron lugar a posterior atención médica en la citada Empresa." En el acápite de "fundamentos" se reiteró que el daño era imputable al Estado - Empresa Social del Estado Hospital Universitario "San Juan de Dios", toda vez que a la "...entidad a la que se acudió en procura de atención médica para Johanna, a quien le hicieron la extracción del cuerpo extraño, sólo hasta el nueve de enero de 1.997, en este punto quiero llamar la atención de fórmula del 5 de noviembre de 1.996, en la que se refiere a herida con ganzúa y dice "al parecer, no penetra". Además obsérvese en el resumen de historia clínica que se aporta en el acápite de pruebas, que sólo fue valorada por médico especialista al día siguiente de haber ingresado a la sección de urgencias de la citada Empresa Hospital San Juan De Dios". Observa la Sala entonces, que la demanda hace referencia a toda la atención médica prestada a la menor por el Hospital demandado, desde su ingreso a la institución y comprende las diferentes intervenciones médicas, desde la formación del diagnóstico, hasta la práctica de la cirugía, incluyendo las decisiones relacionadas con la práctica o no de exámenes previos a dicha intervención. Por lo tanto, la Sala interpreta la demanda de manera integral, para deducir que el daño que hoy sufre Johanna Hernández Garzón fue imputado por la parte demandante a la que Empresa Social del Estado Hospital Universitario "San Juan de Dios" por haber incurrido en fallas en la prestación del servicio, que se originaron no solamente en el diagnóstico y acto quirúrgico, sino que comprende consecutivas omisiones, dilaciones y equívocos durante todo el servicio médico prestado en la entidad demandada.

NOTA DE RELATORIA: Sobre interpretación de la demanda, consultar providencias de: 20 de septiembre de 1990, expediente número 6133; 8 de agosto de 1991, expediente número 6414; 1 de octubre de 1993, expediente número 6474; 23 de enero de 2003, expediente número 22113 y de 31 de agosto de 2006, expediente número 15772

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO - Pérdida ojo izquierdo de menor de edad / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO - Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Juan de Dios / IMPUTACION - Falla probada / SERVICIO MEDICO - Omisión en la prestación de un tratamiento asistencial completo, eficiente y necesario / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Personas que deben ser objeto de protección reforzada, o considerados sujetos de especial protección constitucional

Para la Sala el estudio de la imputación del daño en el caso concreto parte de encuadrar el mismo en el régimen de la responsabilidad por falla probada (...). Cabe afirmar que Johanna Hernández Garzón tenía el derecho a recibir un tratamiento y procedimiento médico asistencial completo, eficiente y necesario para su restablecimiento [lo que no comprende la recuperación total, sino la mejora en el cuadro clínico que presentaba], sin que sea dable afirmar que la circunstancia de que hubiese estado hospitalizada, que se le hubieren practicado alguno de los exámenes ordenados y, que se le haya suministrado medicamentos, sea suficiente, como tampoco es admisible, valorada la prueba conjuntamente, que se haya aceptado que el lugar en donde se alojó el objeto extraño era difícil de localizar; puesto que se demuestra, que la entidad demandada o no aplicó todos los medios y procedimientos disponibles, que tenía a su alcance, o cuando lo hizo fue tardío, porque se omitió de manera oportuna la práctica de todos los exámenes y medios asistenciales que se hubieren encaminado hacia un procedimiento adecuado y correspondiente con la afectación que presentaba la paciente [la que había sido declarada en la propia historia clínica, como una lesión que podía representar cierta gravedad], ya que del acervo probatorio se revela que se permitió el deterioro, agravamiento y desmejoramiento de la situación clínica de su ojo izquierdo, que terminó en su pérdida. (...) Dicha carga se refuerza cuando, además, se trata de sujetos que deben ser objeto de protección reforzada, o considerados sujetos de especial protección constitucional, como ocurre con los menores de edad [lo que era aplicable a Johanna Hernández Garzón para la época de los hechos], a los que la obligación de atención y prestación del servicio de salud exige la adopción de mayores precauciones, exhaustividad y diligencia al momento de realizar el tratamiento o procedimiento quirúrgico, médico asistencial y post-quirúrgico.

NOTA DE RELATORIA: Sobre deterioro, agravamiento y desmejoramiento de la situación clínica del paciente, consultar sentencia de 24 de enero de 2011 expediente número 17547. En relación con la prestación del servicio médico a personas de especial protección constitucional, consultar Corte Constitucional, sentencias T-674 de 15 de julio de 2004; T-1228 de 28 de noviembre de 2005 y T-675 de 30 de agosto de 2007. Sobre adopción de mayores precauciones, exhaustividad y diligencia al momento de realizar el tratamiento o procedimiento quirúrgico, médico asistencial y post-quirúrgico, ver sentencia de 24 de enero de 2011, expediente número 17547.

RESPONSABILIDAD MEDICA - Acto médico complejo / SERVICIO MEDICO - Debe prestarse, en atención a la garantía constitucional del derecho a la

salud / MENOR DE EDAD - debe hacer más exigente la garantía de la prestación del servicio de salud

Ahora bien, debe reafirmarse el concepto según el cual el acto médico es complejo, lo que significa que este como tal comienza con el diagnóstico y se extiende, en un iter continuado, dependiendo la situación, estado y condiciones que presente cada paciente en su estado de salud, y frente a lo que pueda demandar o necesitar. En nuestro caso, está claro que el servicio médico prestado a Johanna Hernández Garzón no se agotaba en la atención que se prestó en las oportunidades en las que acudió a los servicios médicos, ni en aquella suministrada cuando fue internada a finales de octubre de 1996, sino que se extendía, teniendo en cuenta su lesión, desde la realización de los todos los exámenes disponibles por la ciencia médica, tratamientos y/o procedimientos que la propia literatura científica establece como necesarios o indispensables a aplicar. Debe tenerse en cuenta que el servicio médico debe prestarse, en atención a la garantía constitucional del derecho a la salud, de manera diligente, lo que implica emplear todos los medios humanos, técnicos, científicos, diagnósticos, procedimentales, farmacéuticos, etc., que se correspondan con la atención que merece todo ciudadano, si se quiere que dicha prestación se corresponda con la tutela efectiva de la dignidad de la persona. Y se hace más sustancial, cuando el paciente, para la época de los hechos, era una menor de edad, respecto de la cual se debía considerarla como una persona en situación de dependencia y sumisión, que no tiene alternativa de elegir, ni de exigir, sino que está sujeto y debe confiar en las decisiones médicas que se tome por los especialistas y las instituciones encargadas de su atención médica. Así mismo, debe hacer más exigente la garantía de la prestación del servicio de salud, a tenor de la protección que, siguiendo el bloque ampliado de constitucionalidad del artículo 93 de la Carta Política, debe ofrecerse a todo menor de edad o niño conforme con lo establecido en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Pérdida ojo izquierdo de menor de edad / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Falla del servicio médico / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Configuración / TITULO DE IMPUTACION - Falla probada del servicio

Desde el punto de vista de la falla del servicio, que se imputa a la entidad demandada, –y que como es bien sabido, consiste en la inexistente o irregular, tardía o deficiente prestación del correspondiente servicio-, considera la Sala que no quedó plenamente acreditado en el proceso una actuación oportuna, diligente y adecuada, que se hayan agotado todos los recursos disponibles en la atención que le brindó la institución médico asistencial a Johanna Hernández Garzón, a pesar del lastimoso desenlace de la pérdida de su ojo izquierdo; actuación que quedó debidamente plasmada en la historia clínica de la paciente. (...) Para la Sala, el acervo probatorio obrante en el plenario es demostrativo de la responsabilidad que cabe imputar a la Empresa Social del Estado Hospital Universitario “San Juan de Dios” por el daño antijurídico padecido por Johanna Hernández Garzón, a título de falla probada del servicio, sustentado en la acreditación del cúmulo de omisiones y en la atención inoportuna, tardía e inadecuada que se presentó y que desencadenó en la pérdida del ojo izquierdo de la paciente menor, lo que hace que se atribuya fáctica y jurídicamente la responsabilidad a la entidad demandada. (...) Se desprende de la apreciación conjunta y armónica del acervo probatoria, que la prestación del servicio médico no fue adecuado a lo exigible para una entidad demandada que siendo de tercer nivel podía contar con los medios disponibles, para la época de los hechos, que hubieren permitido aplicar el procedimiento y tratamiento oportuno, eficiente y

adecuado a los síntomas que presentaba la paciente menor, y no permitir que el prolongado período de atención o de observación haya, sin hesitación alguna, desembocado en el empeoramiento o deterioro de las condiciones de su ojo izquierdo, que concluyó en su pérdida total, ya que como se revela en el dictamen del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, había lugar a evitar, por lo menos, dicha pérdida. La Sala considera que la demora en el procedimiento y tratamiento adecuado, deprecada por la parte actora, emerge de la demostración fundada como resultado de negligencia, ineptitud o incompetencia de la entidad demandada por intermedio de los facultativos que intervinieron, pues de la semiótica que revelaba la paciente, que si bien dificultaba un diagnóstico y tratamiento preciso, exigía efectuar todos los estudios y exámenes adecuados para arribar a un procedimiento certero.

NOTA DE RELATORIA: Sobre falla probada del servicio en responsabilidad médica, consultar Sentencia de 18 de febrero de 2010, expediente número 17655

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Pérdida ojo izquierdo de menor de edad / RESPONSABILIDAD MEDICA - Omisión de prestar el servicio médico de manera ágil, expedita y oportuna / RESPONSABILIDAD MEDICA - Demora en el diagnóstico

La Sala encuentra que la entidad demandada no se correspondió con su deber de ejecución al no dar tratamiento expedito a la patología de la menor de 12 años con una patología de base identificada con síntomas de “visión borrosa por ojo izquierdo, irritación conjuntival y dolor. Laceración de córnea con compromiso de iris” lo que ha sido ratificado en las probanzas, ya que como el propio médico tratante lo declaró, a la menor se le vino a practicar una ecografía oftálmica 6 días después de haber estado en su consulta especializada. Se infiere, de las pruebas en el proceso, y en aplicación de las reglas de la experiencia, que la entidad demandada no se correspondió con la satisfacción de la prestación del servicio en su integridad, ya que como quedó demostrado en el plenario, la menor Johanna Hernández fue abandonada a la suerte de la evolución de la etiología que padecía, sin hallar un mínimo de cuidado, manejo y tratamiento que hubiera permitido lograr la mejoría de la paciente, y evitar las múltiples afecciones que concurrieron, los sufrimientos y el degeneramiento de su salud hasta la pérdida de su ojo izquierdo. En cuanto al análisis probatorio, debe incorporarse la valoración del dictamen pericial rendido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, con el que se busca despejar si cabe afirmar como causa determinante de la pérdida del ojo de Johanna la no realización de la prestación oportuna y adecuada del servicio médico. (...) la Sala debe insistir en la importancia que debió tener el esclarecimiento oportuno, ágil y expedito de la patología que aquejaba a la menor Johanna Hernández, máxime cuando padecía síntomas de visión borrosa por ojo izquierdo, irritación conjuntival y dolor laceración de córnea con compromiso de iris, que en niños, tanto por los criterios médicos vertidos al proceso, como por la propia literatura científica, exige que se atienda con todos los medios disponibles, ya que el período de tiempo que transcurrió entre la primera valoración, 31 de octubre de 1996 y la fecha de la primera ecografía 6 de noviembre 1996 denota con claridad que la entidad demandada mantuvo en un período de observación excesivo a la menor.

NOTA DE RELATORIA: Sobre prestación del servicio médico de forma integral, consultar sentencia de marzo 17 de 2010, expediente número 17956. Sobre la importancia que tiene el esclarecimiento rápido del diagnóstico en un paciente, consultar sentencia de 10 de febrero de 2000, expediente número 11878

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE ESTADO - Lesión en ojo izquierdo de alumna / DEPARTAMENTO DEL QUINDIO - Prestación del servicio de educación pública / COLEGIO INSTITUTO CALARCA - Deber de garantizar la seguridad de los alumnos / DOCENTES Y DIRECTIVOS - Deber de vigilancia / FALLA DEL SERVICIO - Omisión de protección a la vida e integridad de los alumnos por sustraerse del deber de custodia y vigilancia que su posición de garante le impone / FALLA DEL SERVICIO - Acreditación

Del acervo probatorio se concluye que la entidad demandada no procedió diligentemente (esto es sus directivas, coordinadores y educadores) en adoptar las medidas de seguridad, vigilancia y corrección, tendientes a garantizar el normal desarrollo del proceso educativo y la integridad de la alumna Johanna Hernández Garzón. En efecto, el hecho ocurrió en un cambio de clase, en los cuales los alumnos deben permanecer en sus salones bajo la vigilancia permanente de un docente, obligación que se colige de la lectura del Manual de Convivencia, que rige a la entidad educativa, como de los testimonios recepcionados tanto de las directivas como de los profesores del plantel. En el momento que se ocasionó la lesión a la demandante se encontraba fuera de la clase el menor que causó la lesión junto con su acompañante, la niña Johanna Hernández Garzón y una de sus compañeras, es decir cuatro alumnos estaban en actividad diferente a la permitida sin que se percatara ninguna de las personas que tenían a su cargo la vigilancia de la conducta de los alumnos y el cumplimiento de las normas disciplinarias, poniendo de manifiesto el ineficiente control sobre los alumnos por parte del plantel educativo y la falla del servicio en que incurrió éste. El Colegio Instituto Calarcá al desarrollar su labor educativa, olvidó que simultáneamente debía garantizar la seguridad de los demás educandos ejerciendo mayor control de las actividades y del cumplimiento del reglamento de la institución y del Manual de Convivencia, lo que para el caso en concreto implicaba el ejercicio estricto de acciones disciplinarias y correctivas frente a un alumno indisciplinado como lo era el niño causante de la lesión. En las condiciones particulares que rodearon los hechos la responsabilidad de la entidad demandada se ve comprometida, ya que vulneró el deber de vigilancia que tenía sobre los alumnos, que opera ordinariamente, durante el tiempo de la jornada escolar. (...) No hay duda de que los maestros y directivos del Colegio Instituto Calarcá tenían la obligación de vigilancia de los menores puestos bajo su tutela por los padres sin que sea de recibo el argumento esgrimido por la apoderada del Departamento, según el cual "nadie es obligado a lo imposible", pues a su erróneo parecer "la función del establecimiento educativo no es la guarda permanente y continua sobre cada uno de los alumnos". En síntesis, se encuentra plenamente demostrada la falla del servicio por omisión de la entidad demandada en el cumplimiento del deber legal y constitucional de garantizar las condiciones necesarias de seguridad, encaminadas a proteger la vida e integridad de los alumnos por sustraerse del deber de custodia y vigilancia que su posición de garante le impone. Por tanto se dan los presupuestos requeridos para imponer la obligación indemnizatoria a la entidad demandada.

LIQUIDACION DE PERJUICIOS - Perjuicio moral / PERJUICIO MORAL - Tasación / TASACION - Depende de la gravedad del daño / PERJUICIO MORAL - Estimación del perjuicio en salarios mínimos legales vigentes / ARBITRIO IUDICIS - Ejercicio discrecional del juez / RECONOCIMIENTO Y TASACION DEL JUEZ - Intensidad del daño

En los eventos en los que se sufre una lesión y ésta es imputable al Estado, ello puede desencadenar la indemnización de perjuicios morales, y su tasación dependerá de la gravedad del daño padecido, de tal manera que las personas que

se sientan perjudicadas por dicha situación, podrán reclamar indemnización de perjuicios acreditando el parentesco con la víctima directa del daño, pues éste se convierte en un indicio suficiente para tener por demostrado el perjuicio sufrido, siempre que no hubieren pruebas en el plenario que indiquen o demuestren lo contrario, y su tasación, como se anotó, será proporcional al daño padecido. Si bien a partir de 2001 la jurisprudencia viene aplicando como criterio de estimación de los perjuicios morales el salario mínimo mensual legal vigente (en una suerte de equivalencia con los gramos oro reconocidos en la primera instancia), no deja de seguir siendo un ejercicio discrecional (arbitrio iudicis) del juez de tasar tales perjuicios, sin lograr, aún, la consolidación de elementos objetivos en los que pueda apuntarse la valoración, estimación y tasación de los mismos, con lo que se responda a los principios de proporcionalidad y razonabilidad con lo que debe operar el juez y, no simplemente sustentarse en la denominada “cierta discrecionalidad”. Así mismo, para el reconocimiento y tasación el juez se sujeta al criterio determinante de la intensidad del daño, que usualmente se demuestra con base en las pruebas testimoniales las cuales arrojan una descripción subjetiva de quienes, por la cercanía, conocimiento o amistad deponen en la causa, restando objetividad a la determinación de dicha variable, cuya complejidad en una sociedad articulada, plural y heterogénea exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada de los perjuicios morales, sin que se constituya en tarifa judicial o, se pretenda el establecimiento de una tarifa legal.

PERJUICIOS MORALES - liquidación / LIQUIDACION DE PERJUICIOS MORALES - Test de proporcionalidad / TEST DE PROPORCIONALIDAD - Principio de proporcionalidad / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Sub principios / SUB PRINCIPIOS - Idoneidad, necesidad y la proporcionalidad en el sentido estricto

De acuerdo con lo anterior, la Sala empleará un test de proporcionalidad para la liquidación de los perjuicios morales. El fundamento de éste test no es otro que el principio de proporcionalidad, según el precedente jurisprudencial constitucional, dicho principio comprende tres sub principios que son aplicables al mencionado test: idoneidad, necesidad y la proporcionalidad en el sentido estricto. En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como intensidad del dolor, alcance y dosificación de la incapacidad. En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes. Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del daño y su desdoblamiento.

NOTA DE RELATORIA: Sobre aplicación del test de proporcionalidad, consultar Corte Constitucional, sentencias C-872 de 2003, C-125 de 2003 y C-858 de 2008

LIQUIDACION DE PERJUICIOS - Perjuicio material / PERJUICIO MATERIAL - Lucro cesante / LUCRO CESANTE - Futuro / PERJUICIO MATERIAL - Indexación / LUCRO CESANTE FUTURO - Actualización. Cálculo. Fórmula

En materia de perjuicios materiales las demandantes reclaman el pago de los perjuicios a título de lucro cesante futuro, el cual fue reconocido por el a quo en la suma de \$11'123.495,74. Sin embargo, la Sala procederá a actualizar la condena,

de conformidad con la variación de índices de precios al consumidor certificados por el DANE, según la siguiente fórmula: (...) Por lo tanto, la Sala condenará por perjuicios materiales por concepto de lucro cesante futuro a favor Johanna Hernández Garzón a la suma actualizada de \$19'187.320.00

LIQUIDACION DE PERJUICIOS - Perjuicio Fisiológico / PERJUICIO FISIOLÓGICO - Causación y afectación / MAGNITUD DEL PERJUICIO - Pérdida de ojo izquierdo menor de edad. Trauma psicológico / DAÑO - Alteraciones significativas y anormales en las condiciones de existencia

En cuanto a los perjuicios fisiológicos se tiene que en la demanda se solicitó el reconocimiento de dichos perjuicios para Johanna Hernández Garzón por un valor de 2000 gramos oro. Las reglas de la experiencia indican que Johanna Hernández sufrió profundas alteraciones, no sólo como consecuencia de la incapacidad dictaminada, sino especialmente porque las condiciones de vida y expectativas de progreso personal se han visto limitadas y restringidas sus respectivas esferas de desenvolvimiento social y laboral, lo que lleva a que se revela, en la presencia de un trauma psicológico que perturba el despliegue de las actividades que ordinariamente realice la demandante. (...) la Sala considera que una tasación adecuada de los perjuicios fisiológicos reclamados por Johanna Hernández Garzón con ocasión de las lesiones que sufrió, será la suma de 40 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

PERJUICIOS CAUSADOS - Pago solidario / PAGO SOLIDARIO - Departamento del Quindío y la Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Juan de Dios

Es así como en el presente caso resulta evidente para la Sala que cabe endilgar solidariamente la responsabilidad por los perjuicios causados, específicamente con ocasión de las lesiones padecidas por Johanna Hernández Garzón, al Departamento del Quindío y a la Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Juan de Dios. En consecuencia se dispondrá que respecto del pago de la condena que efectúe el Departamento del Quindío, este podrá exigir el reembolso de la misma al Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Juan de Dios.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 2344 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 2350 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 2355

LLAMADO EN GARANTIA - Compañía Agrícola de Seguros S.A / POLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL - Condiciones generales / PERSONA JURIDICA - No es posible predicar dolo o culpa grave / LLAMADO EN GARANTIA - Deber de reembolsar a la entidad condenada

En relación con la llamada en garantía Compañía Agrícola de Seguros S.A., se tiene que en el escrito de respuesta al llamamiento acepta la existencia de la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 96020048 con una vigencia comprendida desde el 15 de octubre al 31 de diciembre de 1996 e invoca se le reconozca la exclusión del amparo por "Dolo o culpa grave del tomador, asegurado o beneficiario" contenida en el numeral 2.1.1 del acápite 2 de las "Condiciones Generales" de la póliza de responsabilidad civil extracontractual. Sobre el particular, no se tendrá en cuenta la deprecada exclusión comoquiera que no es posible bajo ningún punto de vista predicar dolo o culpa grave a una persona jurídica, por lo tanto, se tendrá por realizado el riesgo asegurado para efectos de la indemnización y cumplimiento de la obligación del asegurador,

teniendo en cuenta que obra en el expediente la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. No. 96020048 vigente para la época de los hechos y la confesión del apoderado, realizada en el escrito de contestación al llamado en garantía de conformidad con el artículo 1046 del Código de Comercio. Por último, en relación con las excepciones “Inepta demanda” y “el eventual incumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de las obligaciones derivadas de un contrato o de cualquier responsabilidad civil contractual”, no están llamadas a prosperar toda vez que frente a la primera de ellas no se advierte incapacidad incompetencia de los órganos jurisdiccionales ni la incapacidad procesal de las partes y; respecto de la segunda, no se probó el incumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de las obligaciones que le correspondían a la asegurada Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Juan de Dios. En consecuencia, a esta entidad aseguradora le corresponde rembolsar a la entidad condenada, una vez cancele lo ordenado por la jurisdicción, el monto máximo del valor asegurado de acuerdo con las cláusulas pertinentes del contrato de seguro.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1046

REPARACION INTEGRAL - Medidas de reparación no pecuniarias / MEDIDAS DE REPARACION NO PECUNIARIAS - Medidas de carácter administrativo

Finalmente, merece para la Sala un enérgico reproche en relación con la actitud desplegada por las demandadas, quienes gracias a consecutivas omisiones, dilaciones, errores, negligencias, faltas al deber de vigilancia y cuidado, que ameritan investigación, contribuyeron a la concreción del hecho dañoso consistente en la pérdida total e irreparable del ojo izquierdo Johanna Hernández Garzón, con el agravante que para la época de los hechos, se trataba de una menor de edad que merecía, como hoy lo merecen todos los niños, de una especial protección por partes de las entidades estatales. Adicionalmente, y acogiendo el precedente de la Sala que incorpora a nuestro concepto de reparación integral las denominadas medidas de reparación no pecuniarias, se ordenará, con el objeto de responder al “principio de indemnidad” y a la “restitutio in integrum”, y bajo el amparo del artículo 16 de la ley 446 de 1998, que se cumpla con las siguientes obligaciones que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión: 1) la realización de un acto público conjunto, por parte de las demandadas, en el que se ofrezca disculpas a Johanna y a su familiares, con la asistencia del cuerpo docente y escolar de la institución educativa, en la plaza central de la misma; 2) se deberá publicar la parte resolutive de esta sentencia en un medio de circulación departamental; 3) en un término de seis (6) meses el Departamento del Quindío deberá cumplir con la publicación de los manuales y reglamentos de convivencia educativa y ciudadana en la institución educativa objeto del proceso; 4) se ordenará que se compulse copias ante las autoridades competentes para estudien si hay lugar o no a iniciar las investigaciones tanto disciplinarias, como penales en contra de las directivas y profesores del Colegio Instituto Calarcá que laboraban en dicha institución para la época de los hechos, así como al médico tratante Miguel Ángel Lagos Roa. De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar al despacho sendos informes del cumplimiento de lo aquí ordenado como medidas de reparación, dentro de los cuarenta y cinco días (45) siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto de los doctores Olga Mélida Valle de la Hoz y Enrique Gil Botero

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

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de agosto dos mil once (2011)

Radicación número: 63001-23-31-000-1998-00812-01(20144)

Actor: ORBILIA GARZON CASTAÑO Y OTRA

Demandado: NACION-MINISTERIO DE EDUCACION-DEPARTAMENTO DEL QUINDIO; HOSPITAL DEPARTAMENTAL UNIVERSITARIO DEL QUINDIO SAN JUAN DE DIOS

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y la demandada en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío de 11 de enero de 2001 mediante la que se dispuso:

“PRIMERO: Declárase al Departamento del Quindío administrativamente responsable de los daños y perjuicios sufridos en el Colegio Instituto Calarcá, por la menor JOHANNA HERNÁNDEZ GARZÓN.

SEGUNDO: Consecuencialmente se condena a dicho ente a pagar, como indemnización por los perjuicios morales sufridos, el valor en pesos a que equivalga a 300 gramos oro, de acuerdo con la certificación que sobre el precio del metal, expida el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: Condénese a pagar por concepto de lucro cesante futuro la suma DE ONCE MILLONES CIENTO VEINTITRÉS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL PESOS CON SETENTA Y CUATRO CENTAVOS PESOS (\$11.123.495.74)

Cuarto: Las sumas de dinero liquidadas en favor de los demandantes devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta providencia, de acuerdo con reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional. Todo pago se imputará primero a tales intereses.

QUINTO: Se condena en costas al Departamento del Quindío, las cuales serán liquidadas oportunamente por Secretaría.

SEXTO: Nieganse las súplicas de la demanda en relación con la empresa Social del Estado Hospital Universitario del Quindío " SAN JUAN DE DIOS" y La Nación (Ministerio de Educación).

SEPTIMO: En firme esta providencia háganse las comunicaciones del caso para su efectivo cumplimiento en los términos del artículo 176 del C.C.A, devuélvase a la parte actora el saldo del valor consignado para gastos del proceso, desanótese este expediente del libro radicador y procédase al archivo del expediente.

OCTAVO: Niéganse las súplicas de la demanda en relación con la señora MARÍA ORBILIA GARZÓN y, consecuencialmente, se le condena en costas, las cuales serán liquidadas oportunamente por la Secretaría.” (fl. 322 c.6).

ANTECEDENTES

1. La demanda.

Fue presentada el 28 de octubre de 1998 por Orbilia Garzón Castaño y en representación de su hija menor Johanna Hernández Garzón, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas.

“1- Que se declare administrativa y solidariamente responsables a La Nación-Ministerio de Educación, y/o al Departamento del Quindío y/o a La Empresa Social del Estado Hospital Departamental Universitario del Quindío San Juan De Dios, del Daño Fisiológico, sufrido por la menor Johanna Hernández Garzón, en hechos que se originaron en el Colegio Instituto Calarcá, el día treinta (30) de octubre de 1.996, y que dieron lugar a posterior atención médica en la citada Empresa.

2- Que como consecuencia de la declaratoria anterior, se condene a La Nación -Ministerio de Educación y/o al Departamento del Quindío y/o a la Empresa Social del Estado Hospital Departamental Universitario del Quindío San Juan De Dios, a pagar a favor de la menor Johanna Hernández Garzón, representada por su Señora Madre, y por concepto de indemnización por el perjuicio fisiológico que padece, una suma de dinero equivalente, en pesos colombianos, a la cantidad de DOS MIL (2.000) GRAMOS ORO, de acuerdo con la cotización que de dicho metal tenga el Banco de la República al momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a éste proceso.

3- Que se condene a La Nación - Ministerio de Educación y/o al Departamento del Quindío y/o a la Empresa Social del Estado Hospital Departamental Universitario del Quindío San Juan De Dios, a pagar en favor de la menor Johanna Hernández Garzón, representada por su señora Madre, una cantidad de pesos colombianos equivalente a MIL (1.000) GRAMOS ORO, según el valor que tenga del mismo, el Banco de la República, al momento de ejecutoria de la sentencia que ponga fin a éste proceso, por concepto de los PERJUICIOS MORALES, que la menor padece, como consecuencia de la pérdida total de su ojo izquierdo.

4- Que igualmente, como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad, se condene a La Nación - Ministerio de Educación y/o al Departamento del Quindío y/o a la Empresa Social del Estado Hospital Departamental Universitario del Quindío San Juan De Dios, a pagar en pesos colombianos, una suma de dinero equivalente a la cantidad de MTL (1.000) GRAMOS ORO, a favor de la Señora Orbilia, Garzón Castaño,

madre de la menor, y por concepto de los perjuicios morales que sufre como consecuencia del daño fisiológico que soporta su hija

5- Que se condene a La Nación - Ministerio de Educación y/o al Departamento del Quincho y/o a la Empresa Social del Estado Hospital Departamental Universitario del Quincho San Juan De Dios , a pagar en favor de la menor Johanna Hernández Garzón, un lucro cesante futuro, cuyo valor será el que resulte de la liquidación que se efectúe, teniendo en cuenta el cálculo del valor del salario mínimo para la fecha en que Johanna cumpla los diez y ocho (18) años de edad y teniendo en cuenta además, su período probable de vida. Lo anterior, con fundamento, en que, el daño sufrido por mí representada, disminuye considerablemente su capacidad laboral, si se tiene en cuenta, que la visión completa, es vital para cualquier actividad que se pretenda desarrollar

6- Conforme a lo dispuesto por el inciso final del art. 177 del Código Contencioso Administrativo, las cantidades de dinero reconocidas en la sentencia, devengarán intereses comerciales dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de su ejecutoria y moratorios después de éste término. Todo pago que se efectúe se imputará primero a intereses.

7- La Nación - Ministerio de Educación y/o el Departamento del Quincho y/o la Empresa Social del Estado Hospital Departamental Universitario del Quincho San Juan De Dios, darán cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta (30) días siguientes a la correspondiente comunicación.” (fls. 1 a 11 c.1).

Como fundamento de las pretensiones, el actor expuso los hechos en la siguiente forma:

“Primero: En el año de 1.996, la menor Johanna Hernández Garzón, cursaba el grado séptimo en el Colegio Instituto Calarcá; el día 30 de octubre, después de terminada la clase de ciencias sociales, se dirigió al baño, con su compañera Yamile González Agudelo, cuando salieron observaron que los niños Álvaro Martínez y Javier Alberto Estupiñan, estaban jugando, no advirtieron con qué, cuando regresaban, Javier Alberto, con una banda de caucho, lanzó un gancho de cosedora, el cual se le introdujo en el ojo izquierdo de Johanna.

Segundo: Johanna, sintió un intenso dolor y no era capaz de abrir el ojo, las niñas se devolvieron para el baño en busca de agua, pero como no había, se fueron a buscar una profesora, se encontraron con la profesora Yolanda Sabogal, quien después de preguntar qué sucedía, se dirigió con las niñas a la Coordinación de disciplina, allí se encontraba la Coordinadora, quien después de indagar por lo ocurrido, averiguó que profesor no tenía clase para que llevara a Johanna al Hospital.

Tercero: Después de un rato, llegó el Profesor Jaime Giraldo, quien llevó a Johanna al Hospital la Misericordia de la ciudad de Calarcá, después de valorada, le dijeron que lo mejor era que la viera un oftalmólogo.

Cuarto: Atendiendo la indicación, Johanna, fue traída al Hospital San Juan De Dios de Armenia, donde la dejaron hospitalizada y al día siguiente fue valorada por el Dr. Miguel Angel Lagos, quien la llevó a cirugía, le hizo un lavado, sutura de herida de córnea y le dio salida con control, el diagnóstico fue: ULCERA CORNEAL PENETRANTE POR OBJETO CONTUNDENTE.

Quinto: Nuevamente se hospitaliza desde el 7 hasta el 21 de noviembre, se le realizó vitrectomía ojo izquierdo.

Sexto: La hospitalizaron de nuevo y el día nueve (9) de enero de 1.997, la llevaron a cirugía, donde le realizaron limpieza y extracción del cuerpo extraño.

Séptimo: Por recomendación médica y por estética, fue necesario ponerle a Johanna una prótesis, la cual le fue colocada en la Optica Manizales de dicha ciudad. ” (fls. 4 y 5 c.1).

2. Actuación procesal en primera Instancia

El Tribunal Administrativo del Quindío mediante providencia de 26 de noviembre de 1998 admitió la demanda (fl. 47 c.1), la cual fue notificada a las entidades demandadas el 15 de enero de 1999 (fls. 53 a 56 c.1).

El apoderado de la Empresa Social del Estado Hospital San Juan de Dios contestó la demanda en la oportunidad legal, mediante escrito en el cual manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Así mismo, planteó los siguientes argumentos:

“DE LA EXTRACCION DEL CUERPO EXTRAÑO.

Quiero referirme a este hecho, en virtud a que ello significo un proceso plagado de prudencia, paciencia y práctica de exámenes, que tenían como único sustento evitar grandes daños.

Es importante anotar que en un ojo no se pueden hacer exploraciones quirúrgicas como se hace en otros órganos, porque con ello se ocasionarían más daños.

Existen sí una serie de exámenes y métodos de diagnóstico sumadas a unas condiciones aptas para efectuar el tratamiento médico quirúrgico adecuado como pueden ser; La visualización directa con microscopio y lámpara de hendidura, las ecografías, la vitrectomia, la extracción de catarata.

En un inicio por las condiciones del ojo no se pudo insinuar la presencia de un cuerpo extraño, porque las ecografías, que es el examen por excelencia, no lo detectaron, tal como se encuentra indicado por las mismas, y en donde sus resultados se encuentran en la historia clínica.

También debe conocer el señor Magistrado que el Plastrón es una reacción inflamatoria que necesariamente contribuye a ocultar la presencia del cuerpo extraño. Coetáneo a esa situación tampoco es fácil concluir que pueda existir un cuerpo extraño cuando el cristalino se encuentra sano en toda su estructura, realidad que se sustentó en revisión que se hizo bajo anestesia general y microscópica en quirófanos.

El protocolo médico indica que la ecografía es un método que permite percibir la presencia de cuerpos extraños de diferentes materiales, además, de señalar su ubicación.

Si confrontamos la historia clínica, con el protocolo medico desarrollado por el doctor MIGUEL ANGEL LAGOS ROA, encontramos que procedió conforme a lo exigido para el caso. Y que no fue culpa en ningún momento de él que dos ecografías no detectaran ese cuerpo.

A la paciente al margen de los recursos técnicos recomendados y usados en ella, se le hizo un seguimiento, permanente, amplio y preferencial como a continuación se hace saber.

Intervenciones en área de quirófanos a fin de dar el tratamiento quirúrgico, que vario con la paciente debido a las múltiples complicaciones que se le presentaron en el ojo como pudo ser la herida de cornea en el área inferior y hernia del iris, edema corneano, reacciones inflamatorias, aparición de cataratas, endoftalmitis, presencia de membrana pupilar, vitreitis anterior y media.

En conclusión, y ante la información que tenía él médico de la presencia de un cuerpo extraño, este agoto, todos los medios y mecanismos científicos con la intención de hallarlo, logro que se dio después de haber salvado todos los obstáculos que se presentaron a causa de un impacto con ganzúa en el ojo izquierdo. Hallazgo que se dio cuando ya no existía sangre y después de hacer todo lo posible por su consecución.

(...)

El accionante mediante apoderado judicial en el capítulo cuarto de su demanda señala;

"QUE TAMBIEN ES NECESARIO ENTRAR A DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA HOSPITAL DEPARTAMENTAL UNIVERSITARIO DEL QUINDIO SAN JUAN DE DIOS".

Si confrontamos lo afirmado y sostenido por el honorable consejo de estado, con lo manifestado por el accionante, podemos inferir en forma categórica que jamás el accionante ha acreditado que el daño haya sido causado por la imprudencia, negligencia o impericia requeridas para el caso concreto.

En el caso en estudio quien afirma prueba, no el daño causado, como lo sostiene la máxima corporación contencioso administrativa, sino el hecho causante del daño y su relación de causalidad con la falla presunta del servicio, elementos indispensables para establecer responsabilidades o no.

JAMAS EL APODERADO HACE SABER EN EL TEXTO DE SU DEMANDA NI TAMPOCO ACREDITA SI LA SUPUESTA DEMORA EN LA EXTRACCION DEL CUERPO EXTRAÑO FUE LO QUE LE CAUSO EL DAÑO FISIOLÓGICO, CONSISTENTE EN LA PERDIDA TOTAL DEL OJO IZQUIERDO" (fls. 61 a 70 c.1).

Asimismo, propuso como excepciones la caducidad de la acción y el hecho exclusivo de un tercero.

Finalmente, mediante escrito obrante a folios 75 a 77 del cuaderno 1, llamó en garantía a la Compañía Agrícola de Seguros S.A.

Por su parte, la apoderada del Departamento del Quindío contestó la demanda, también en la oportunidad legal, mediante escrito en el cual se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; y planteó los siguientes argumentos para su defensa:

“No es el Departamento del Quindío el llamado a responder administrativamente y solidariamente por los hechos acaecidos el día 30 de octubre de 1996, en la humanidad de la menor JOHANNA HERNÁNDEZ GARZÓN, lo que a la postre le ocasionó pérdida del ojo izquierdo, dando lugar a que se pusiera una prótesis, toda vez que, en efecto la menor lesionada estudiaba en un centro de educación de carácter nacional el cual fue entregado al Departamento del Quindío, al momento de certificarse la educación, en fecha 22 de abril de 1998 según lo consagrado en la Ley 60 de 1993; así las cosas la niña resultó lesionada en el Colegio Instituto Calarcá por el menor JAVIER ALBERTO OSORÍO ESTUPIÑÁN, cuando la misma regresaba al parecer del baño con una de sus compañeras de estudio, según los hechos relatados en la demanda a la menor se le prestó inmediatamente atención por los profesores, siendo llevada al Hospital la Misericordia de Calarcá, en virtud del contrato existente a la fecha entre la institución educativa y el mismo, para la atención médica de los menores que estudiaran en dicho centro; por uno de los profesores del plantel educativo atendiéndosele y remitiéndosele al Hospital San Juan de Dios de Armenia Quindío para que fuera examinada y dictaminada por un Oftalmólogo especialista en el ramo, pues según la narración de la Directora de Grupo profesora YOLANDA SABOGAL (anexa), la menor estaba por fuera del salón de clases "en horas no permitidas" para el efecto y así mismo al presentarse el accidente, la Directora del centro y demás personal fue diligente y cuidadosa, actuando a tiempo, al prestar la atención inmediata al momento en que tiene ocurrencia el suceso, desligándose así la responsabilidad de la Administración Departamental del hecho acaecido, ya que, se actuó con prontitud, con diligencia, y cuidado, estableciéndose claramente que el Hospital San Juan de Dios a través de su personal no fue diligente ni atendió con prontitud a la menor, como se vislumbra en razón a que, la lesión fue el 30 de octubre de 1996 y el objeto que causó la pérdida del ojo izquierdo de la menor se le extrajo 40 días después, el día 9 de enero de 1997, no siendo detectado en tiempo el objeto extraño, tal como se deduce de la fórmula médica del 5 de noviembre de 1996, que dice: "Al parecer no penetró objeto corto punzante".

De otra parte se presenta con el hecho ocurrido el 30 de octubre de 1996, una fuerza mayor, ya que, se da un hecho irresistible e imprevisible para los educadores del plantel estudiantil Colegio Instituto Calarcá; toda vez que, la alumna Johanna estaba por fuera de clases en horas no permitidas, así mismo la función del educando no es la guarda permanente y continua sobre cada uno de sus alumnos, más aún si se tiene en cuenta que dicho plantel cuenta con un considerable número de alumnos, siendo imposible a la luz de toda lógica, el cuidado individual del comportamiento de los alumnos, máxime si los docentes se encontraban cumpliendo sus funciones y obligaciones académicas, pues téngase en cuenta que la víctima en el hecho acaecido, estaba vulnerando las normas disciplinarias del establecimiento, al estar per fuera del aula de clases, donde no podría haber un control permanente de parte de los directivos del colegio, escapándose así a las obligaciones insertas en el manual de convivencia.

De igual manera efectuado el análisis al manual de convivencia, del Instituto Calarcá se concluye que en el caso sub-examine los profesores no faltaron de ninguna forma a los deberes establecidos en dicho manual, por el contrario fueron diligentes, cuidadosos y oportunos en la atención a la menor lesionada, caso contrario de la alumna JOHANNA HERNÁNDEZ GARZÓN, quien al momento del hecho si se encontraba incurso en

violación a uno de los deberes de los alumnos como lo es permanecer dentro del aula de clases durante la jornada académica.

En consecuencia se constituyó otro elemento primordial fuera de la fuerza mayor relacionada en la generación del daño objeto de esta litis, toda vez que si a la víctima se le extrae en tiempo el cuerpo extraño, no hubiera perdido su ojo izquierdo, no dándose así la complicación médica sobreviniente después del accidente con lo cual el Estado no cuenta con la ciencia médica, con instrumentos idóneos aptos que sirvan para detectar cuando se presenta un objeto extraño, por lo cual no queda más que concluir que las secuelas sufridas se dieron por un hecho extraño - fuerza mayor no imputable al Departamento ". (fls. 83 a 92 c.1)

El Tribunal Administrativo del Quindío mediante providencia de 2 de junio de 1999 admitió el llamamiento en garantía a la Compañía Agrícola de Seguros S.A. (fl. 123 c.1), la cual fue notificada el 21 de junio de 1999 (fl. 124 c.1).

El apoderado de la llamada en garantía contestó la demanda en la oportunidad legal, mediante escrito en el cual manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Planteó las siguientes excepciones:

"1. Inepta demanda.

Según podemos entender el sistema de seguridad social en salud, la atención que ofrecen las I.P.S. a los usuarios del servicio ha dejado de ser gratuita o de caridad desde que fue expedida la ley 100 de 1.993, nuevo régimen de seguridad social del país. Dicha atención se ofrece a cambio de una remuneración, cuyo valor es el resultado de un pacto previo entre la E.P.S. a la cual está afiliado el usuario y la I.P.S. que la presta, o se encuentra prevista en una tarifa adoptada legalmente por el Estado que pesa a cargo de éste mismo y que cubre a través de la Nación vía Ministerio de Salud. Surge entonces de este somero análisis la conclusión de que se trata de un asunto de naturaleza contractual y por tanto el incumplimiento de las obligaciones que de tal contrato surgen, se debe controvertir judicialmente por medio de la acción relativa a contratos y no por la vía de la reparación directa que es equivalente a la denominada responsabilidad civil extracontractual.

2. La culpa grave eventual del tomador.

Como quiera que mi mandante desconoce las condiciones en las que el asegurado y hoy demandado en este proceso ha prestado el servicio de salud a la menor afectada por el hecho supuestamente dañoso, le resulta imposible establecer en el breve término de que dispone para dar contestación a la demanda y el llamamiento en garantía, si dichas condiciones fueron adecuadas o no y si se ajustaron a las reglas del protocolo de atención en salud. De tal suerte que si así no fuere y se estableciera culpa grave imputable al demandado original en el proceso, sírvanse declarar consecuentemente la exclusión de responsabilidad de mi patrocinada con base en el numeral 2.1.1. del acápite 2o de las "Condiciones Generales" del contrato de seguro celebrado entre mi mandante y el Hospital demandado, según el cual, la compañía aseguradora está excluida de la obligación de responder, en el evento de que el asegurado deba pagar indemnizaciones por culpa grave del tomador o asegurado.

3. El eventual incumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de las obligaciones derivadas de un contrato o de cualquier responsabilidad civil contractual.

De acuerdo con el nuevo régimen de seguridad social en salud, los usuarios del servicio reciben atención por virtud de un contrato que se celebra con la institución prestadora del mismo. Esto ocurre, bien porque el usuario esté afiliado o sea beneficiario de la cobertura de una E.P.S., en cuyo caso la atención en cuestión debe ser pagada por ésta última entidad con base en un contrato preexistente, celebrado entre las dos instituciones, o por virtud del mandato legal previsto en el art. 168 de la ley 100 de 1.993, que genera a cargo de la Nación la obligación de pagar tal servicio de conformidad con unas tarifas preexistentes; el valor de dicha atención lo cubre el Estado mismo a través del Ministerio de Salud. Así en todos los eventos, la Institución Prestadora de Salud -I.P.S.- recibe remuneración por la atención que ofrece al usuario, de lo cual se colige con facilidad la existencia de un contrato, expreso, o presunto, de origen legal, en virtud del cual, la entidad prestadora del servicio se obliga a ofrecerle la atención al usuario. Al no hacerlo o hacerlo en condiciones inadecuadas se tipifica un claro incumplimiento de la obligación contractual, que está expresamente excluido de la cobertura del seguro contratado entre mi mandante y el demandado principal en el presente proceso” (fls. 145 a 148 c.1)

Agotada la etapa probatoria a la que se dio inicio mediante auto del 10 de septiembre de 1999 (fls. 153 a 155 c.1), por auto de 11 de febrero de 2000 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y se señaló el traslado especial a que había lugar en caso de solicitarse por el Ministerio Público (fl. 172 c.1).

Las partes y la llamada en garantía en la oportunidad legal y por escrito presentaron sus alegatos de conclusión en los que se reiteró en lo sustancial lo manifestado en otras instancias procesales (fls. 181 a 197 y 203 a 206 c.1).

El Ministerio Público rindió su concepto solicitando “*acceder a las pretensiones indemnizatorias de la demanda dentro de los límites de la presunción, prueba y equidad, declarando la responsabilidad solidaria y concurrente entre el departamento del Quindío y el hospital SAN JUAN DE DIOS de armenia quien responderá en asocio con la aseguradora AGRICOLA DE SEGUROS S.A.*” (fls. 198 a 202 c.1)

3. Sentencia de primera instancia.

El Tribunal Administrativo del Quindío accedió a las pretensiones de la demanda declarando la responsabilidad al Departamento del Quindío y absolvió a la

Empresa Social del Estado Hospital Universitario "San Juan de Dios". El fallo del *a quo* en su fundamentación señaló,

"Como se indicó con anterioridad se parte de la base de una presunción de culpa, la cual efectivamente puede ser desvirtuada, tal y como ocurre en el presente caso, pues del mismo Dictamen Pericial solicitado por las partes se puede establecer que en el caso del servicio médico prestado a la niña JOHANNA HERNÁNDEZ GARZÓN la entidad demandada como los médicos tratantes ofrecieron una adecuada atención, en forma oportuna y diligente, pues se hizo uso de todos los medios y conocimientos científicos recomendables para atender la lesión ocular sufrida por la menor, si bien es cierto hubiera sido deseable que se detectara el cuerpo extraño con anticipación la clase de lesión y su evolución asintomática en un principio, no permitió tener la certeza de su existencia a pesar de la adecuada valoración y la práctica de dos Ecografías realizadas con el fin único de establecer la existencia del mismo, aunado al hecho que el órgano de la visión, como se señala por parte de los galenos, no puede ser objeto de exploración pues redundaría en un mal mayor.

En este orden de ideas, en el presente caso, se desvirtúa la presunción de culpa por parte del Hospital Departamental Universitario SAN JUAN DE DIOS, por lo cual no es necesario entrar a considerar los planteamientos del llamado en garantía.

En relación al departamento del Quindío y en razón de haberse probado la falla del servicio de vigilancia sobre los alumnos del Colegio Instituto Calarcá, según planteamientos señalados anteriormente, es del caso liquidar los perjuicios de acuerdo a lo solicitado por la parte actora." (fls. 306 a 322 c.6).

4. Recurso de apelación.

Contra la sentencia de primera instancia las partes interpusieron y sustentaron recurso de apelación dentro del término legal (fls. 324 y 326, 327 a 335 y 339 a 344 c.6).

El *a quo* mediante auto de 28 de febrero de 2001 concedió el recurso de apelación (fl. 338 c.6).

5. Actuación en segunda instancia

El despacho admitió el recurso de apelación mediante auto de 10 de mayo de 2001 (fls. 349 y 350 c.6) y por providencia de 7 de junio de 2001 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público por el término común de diez (10) días para que presentaran oportunamente los alegatos de conclusión y se surtiera el traslado especial para emitir concepto (fl. 352 c.6).

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío el 11 de enero de 2001.

Se advierte por la Sala, que como la sentencia es apelada por las partes, deberá cumplirse lo establecido en el artículo 357 del C. de P. C., de tal manera que se resolverá sin limitaciones.

Para resolver el asunto sometido a conocimiento de la Sala, se abordará el estudio de los siguientes aspectos: 1) aspectos procesales previos; 2) el objeto del recurso de apelación; 3) presupuestos para la responsabilidad extracontractual; 4) la responsabilidad del estado por la actividad médica; 5) la responsabilidad del estado por el deber de custodia de los establecimientos educativos; 6) los hechos probados; 7) el daño antijurídico; 8) problema jurídico; 9) la imputación de la responsabilidad y; 10) los perjuicios.

1 Aspectos procesales previos.

Respecto de la legitimación en la causa por pasiva en relación con la demandada, La Nación - Ministerio de Educación - Departamento del Quindío, procede traer el precedente jurisprudencial de la Corporación el cual señaló que “La Constitución Política expedida en el año de 1991, nuevamente descentralizó el servicio de educación pública en sus niveles de básica primaria y secundaria, el cual había sido nacionalizado a partir de la expedición de la Ley 43 de 1975, desconcentrando algunas funciones en cabeza de las autoridades territoriales; fue así como la nueva Carta Política estableció la distribución de recursos y el reparto de competencias en relación con la prestación los servicios públicos de salud y de educación a cargo del Estado, entre la Nación, los departamentos y los municipios, teniendo en cuenta para ello los principios de coordinación,

conurrencia y subsidiariedad (artículo 288)¹; y los artículos 356 y 357 de la Carta², establecieron el giro de recursos por parte de la Nación a las entidades territoriales para, entre otras cosas, sufragar los gastos de los servicios de educación y salud, mediante el establecimiento del situado fiscal a favor de los

¹ "La ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales.

Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley".

² "**ARTICULO 356. Modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 1 de 1993.** Salvo lo dispuesto por la Constitución, la ley, a iniciativa del gobierno, fijará los servicios a cargo de la Nación y de las entidades territoriales.

Determinará, así mismo, el situado fiscal, esto es, el porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación que será cedido a los departamentos, el distrito capital y los distritos especiales de Cartagena, Santa Marta y Barranquilla, para la atención directa o a través de los municipios, de los servicios que se les asignen.

Los recursos del situado Fiscal se destinarán a financiar la educación preescolar, primaria, secundaria y media, y la salud, en los niveles que la ley señale, con especial atención a los niños.

El situado Fiscal aumentará anualmente hasta llegar a un porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación que permita atender adecuadamente los servicios para los cuales está destinado. Con este fin, se incorporarán a él la retención del impuesto a las ventas y todos los demás recursos que la Nación transfiera directamente para cubrir gastos en los citados niveles de educación.

La ley fijará los plazos para la cesión de estos ingresos y el traslado de las correspondientes obligaciones, establecerá las condiciones en que cada departamento asumirá la atención de los mencionados servicios y podrá autorizar a los municipios para prestarlos directamente en forma individual o asociada. No se podrán descentralizar responsabilidades sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas.

Un quince por ciento del situado fiscal se distribuirá por partes iguales entre los departamentos, el distrito capital y los distritos de Cartagena, Santa Marta y Barranquilla. El resto se asignará en proporción al número de usuarios actuales y potenciales de los servicios mencionados, teniendo en cuenta, además, el esfuerzo fiscal ponderado y la eficiencia administrativa de la respectiva entidad territorial.

Cada cinco años la ley, a iniciativa de los miembros del Congreso, podrá revisar estos porcentajes de distribución".

"ARTICULO 357. Modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 1995. Los municipios participarán en los ingresos corrientes de la Nación. La ley, a iniciativa del Gobierno, determinará el porcentaje mínimo de esa participación y definirá las áreas prioritarias de inversión social que se financiarán con dichos recursos. Para los efectos de esa participación la ley determinará los resguardos indígenas que serán considerados como municipios.

Los recursos provenientes de esa participación serán distribuidos por la ley de conformidad con los siguientes criterios: el sesenta por ciento (60%) en proporción directa al número de habitantes con necesidades básicas insatisfechas y al nivel relativo de pobreza de la población total, la eficiencia fiscal y administrativa y el progreso demostrado en calidad de vida, asignando en forma exclusiva un porcentaje de esa parte a los municipios menores de 50.000 habitantes.

La ley precisará el alcance, los criterios de distribución aquí previstos, y dispondrá que un porcentaje de estos ingresos se invierta en las zonas rurales. Cada cinco (5) años la ley a iniciativa del Congreso, podrá revisar estos porcentajes de distribución".

PARAGRAFO. La participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación se incrementará, año por año, del catorce por ciento (14%) de 1993 hasta alcanzar el veintidós por ciento (22%) como mínimo en el 2001. La ley fijará el aumento gradual de estas transferencias y definirá las nuevas responsabilidades que en materia de inversión social asumirán los municipios y las condiciones para su cumplimiento. Sus autoridades deberán demostrar a los organismos de evaluación y control de resultados la eficiente y correcta aplicación de estos recursos y, en caso de mal manejo, se harán acreedores a las sanciones que establezca la ley.

Estarán excluidos de la participación anterior los impuestos nuevos cuando el Congreso así lo determine y, por el primer año de vigencia, los ajustes a los tributos existentes y los que se arbitren por medidas de emergencia económica.

A partir del año 2000, los municipios clasificados en las categorías cuarta, quinta y sexta, de conformidad con las normas vigentes, podrán destinar libremente, para inversión o para otros gastos, hasta un quince por ciento (15%) de los recursos que perciban por concepto de la participación (...)".

departamentos y distritos y la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación.

En desarrollo de las referidas normas constitucionales y de lo dispuesto por el artículo 151 de la misma Carta³, fue expedida la Ley 60 de 1993 “*Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*”⁴, ley que dispuso en su artículo 2º lo siguiente:

ARTÍCULO 2o. COMPETENCIAS DE LOS MUNICIPIOS. *Corresponde a los Municipios, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas municipales competentes, en su carácter de entidades ejecutoras principales de las acciones en materia social, dirigir, prestar o participar en la prestación de los servicios directamente, conforme a la ley, a las normas técnicas de carácter nacional, a las ordenanzas y a los respectivos acuerdos municipales así:*

1. En el sector educativo, conforme a la Constitución Política y a las disposiciones legales sobre la materia:

- Administrar los servicios educativos estatales de educación preescolar, básica primaria y secundaria y media.*
- Financiar las inversiones necesarias en infraestructura y dotación y asegurar su mantenimiento, y participar con recursos propios y con las participaciones municipales en la financiación de los servicios educativos estatales y en la cofinanciación de programas y proyectos educativos.*
- Ejercer la inspección y vigilancia, y la supervisión y evaluación de los servicios educativos estatales”*

Por su parte, en relación con las funciones de los Departamentos en materia de educación, la misma ley estableció:

“ARTÍCULO 3o. COMPETENCIAS DE LOS DEPARTAMENTOS. *Corresponde a los departamentos, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas departamentales competentes, conforme a la Constitución Política, la ley, a las normas técnicas nacionales y a las respectivas ordenanzas:*

1. Administrar los recursos cedidos por la Nación; planificar los aspectos relacionados con sus competencias para los sectores de educación y salud y ejercer funciones de coordinación, subsidiariedad y concurrencia relacionadas con las competencias municipales conforme a la Constitución, a la Ley y a los reglamentos que sobre tales aspectos expidan los respectivos Ministerios.

En desarrollo de estas funciones promoverá la armonización de las actividades de los municipios entre sí y con el departamento y contribuirá

³ El Artículo 151 de la Constitución ordena la expedición de leyes orgánicas para, entre otros asuntos, la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales.

⁴ Publicada en el Diario Oficial 40987 del 12 de agosto de 1993, fue derogada por la Ley 715 de 2001.

a la prestación de los servicios a cargo de los municipios, cuando éstos presenten deficiencias conforme al sistema de calificación debidamente reglamentado por el respectivo Ministerio.

(...)

4. Asesorar y prestar asistencia técnica, administrativa y financiera a los Municipios y a las instituciones de prestación de los servicios para el ejercicio de las funciones asignadas por la presente Ley; realizar la evaluación, control y seguimiento de la acción municipal y promover ante las autoridades competentes las investigaciones disciplinarias a que haya lugar.

5. Las anteriores competencias generales serán asumidas por los departamentos así:

A. En el sector educativo, conforme a la Constitución Política y las disposiciones legales sobre la materia:

- Dirigir y administrar directa y conjuntamente con sus municipios la prestación de los servicios educativos estatales en los niveles de preescolar, básica primarios y secundarios y media.

- Participar en la financiación y cofinanciación de los servicios educativos estatales y en las inversiones de infraestructura y dotación.

- Asumir las funciones de administración, programación y distribución de los recursos del situado fiscal para la prestación de los servicios educativos estatales.

- Promover y evaluar la oferta de capacitación y actualización de los docentes, de acuerdo con los desarrollos curriculares y pedagógicos y facilitar el acceso a la capacitación de los docentes públicos vinculados a los establecimientos educativos del área de su jurisdicción.

- Regular, en concurrencia con el municipio, la prestación de los servicios educativos estatales.

- Ejercer la inspección y vigilancia y la supervisión y evaluación de los servicios educativos estatales.

- Incorporar a las estructuras y a las plantas departamentales las oficinas de escalafón, los fondos educativos regionales, centros experimentales piloto y los centros auxiliares de servicios docentes.

- Asumir las competencias relacionadas con currículo y materiales educativos.

La prestación de los servicios educativos estatales y las obligaciones correspondientes, con cargo a los recursos del situado fiscal, se hará por los departamentos, caso en el cual los establecimientos educativos y la planta de personal tendrán carácter departamental, distribuida por municipios, de acuerdo con las necesidades de prestación del servicio; de todas maneras la administración del personal docente y administrativo se hará conforme a lo previsto en el artículo 6º de la presente Ley". (Las subrayas son de la Sala).

De otro lado, el artículo 14 de la Ley 60 estableció los requisitos que debían cumplir y acreditar las entidades territoriales ante el Ministerio de Educación para obtener la certificación que les permitiera asumir la administración de los recursos del situado fiscal y la prestación del servicio educativo, para lo cual les impuso la exigencia de suscribir un acta de entrega de los bienes, el personal y los

establecimientos que les permitiría cumplir con las obligaciones y deberes contraídos (artículo 15, Ley 60)⁵.

(...)

De acuerdo con lo expuesto, es claro que el régimen legal de educación estableció a cargo de los departamentos en materia de educación, funciones que implican no sólo su labor de administración, programación y distribución de los recursos del situado fiscal y su participación en la financiación de dicho servicio, sino que determinan la dirección conjunta con los municipios, de la prestación del servicio estatal de educación en los niveles de preescolar, básica primaria y secundaria y media, así como la inversión en materia de infraestructura y dotación.

De otro lado, el legislador, como ya se vio, estableció de manera expresa (inciso final del artículo 3º de la Ley 60 de 1993) que cuando la prestación de los servicios educativos estatales se hiciera con cargo a los recursos del situado fiscal, debía efectuarse por los departamentos, y que en tal caso “(...) los establecimientos educativos y la planta de personal tendrán carácter departamental, distribuida por municipios, de acuerdo con las necesidades de prestación del servicio (...)”⁶

Para el caso concreto, toda vez que el Departamento del Quindío no aportó elemento de prueba alguno en contrario, fuerza concluir que, en el presente caso, esta entidad estaba a cargo de la prestación del servicio educativo impartido en el Colegio Instituto Calarcá del Municipio de Calarcá, en consecuencia, estaba llamada a velar por la seguridad de los menores que asistían a recibir educación primaria en sus instalaciones.

2 Objeto del recurso de apelación.

Resulta necesario precisar que los recursos de apelación interpuestos tanto por la parte demandada como la demandante están encaminados de una parte a que se

⁵ El Parágrafo 1º del artículo 5º de la Ley 60 de 1993, relativo a las competencias de la Nación, establece: “PARÁGRAFO 1o. En concordancia con la descentralización de la prestación de los servicios públicos de salud y educación y las obligaciones correspondientes, señalados en la presente ley, la Nación cederá a título gratuito a los departamentos, distritos y municipios los derechos y obligaciones sobre la propiedad de los bienes muebles e inmuebles existentes a la fecha de publicación de la presente ley destinados a la prestación de los servicios que asuman las entidades territoriales”.

⁶ Consejo de Estado, Sentencia de 18 de febrero de 2010, Expediente 17732, M.P. MAURICIO FAJARDO GOMEZ.

exonere al Departamento del Quindío “por estar frente a un hecho imprevisible producto de la fuerza mayor y caso fortuito al que era imposible evitar, concurriendo la figura de concausalidad trasladada al servicio médico del Hospital Departamental San Juan de Dios de Armenia donde es deducible fácilmente la falla del servicio médico por los motivos expuestos anteriormente, las pruebas obrantes a folios, falla ésta no desvirtuada por el citado Hospital”, y de otra “1. - Modificar el numeral segundo del fallo, y fallar de acuerdo a las pretensiones de la demanda. 2. - Teniendo en cuenta, que está probado el daño fisiológico causado a la menor, se solicita imponer la condena solicitada en las pretensiones del libelo demandatorio. 3. - Revocar el numeral octavo del fallo y conforme a lo solicitado en la demanda, reconocer perjuicios morales en favor de la madre de la menor Johanna Hernández Garzón, señora ORBILIA GARZON CASTAÑO.” (fls. 324 a 335 y 339 a 344 c.6)

3 Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado

1 Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”⁷ de la responsabilidad del Estado⁸ y se erigió como garantía de los derechos e intereses

⁷ En precedente jurisprudencial constitucional se indica: “El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

⁸ La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

de los administrados⁹ y de su patrimonio¹⁰, sin distinguir su condición, situación e interés¹¹. Como bien se sostiene en la doctrina,

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad¹²; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”¹³.

2 Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado¹⁴ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública¹⁵ tanto por la acción, como por la omisión.

⁹ Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49.

¹⁰ “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

¹¹ La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

¹² “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

¹³ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*, ob., cit., pp.120-121.

¹⁴ “3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado”. Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

¹⁵ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

3 En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial constitucional señala que la,

“... antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otra lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública”¹⁶.

Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado,

“La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”¹⁷.

De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”¹⁸.

Así mismo, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”¹⁹. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable²⁰, anormal²¹ y que se trate de una situación jurídicamente protegida²².

4 Ahora bien, en cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene,

“La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”²³.

5 Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad²⁴, según el cual, la

¹⁹ Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirse al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550.

²⁰ Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

²¹ “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

²² Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

²³ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

²⁴ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (*imputatio*) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (*causa libera*) de una acción, que entonces se llama acto (*factum*) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (*imputatio iudiciaria*), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (*imputatio diiudicatoria*)”. KANT, I. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los

indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica²⁵. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”²⁶.

6 En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título que “*parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones*”²⁷. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “*atribución*”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “*cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta*”²⁸.

7 Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “*excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar*”²⁹. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo

particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

²⁵ El “*otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados*”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

²⁶ “*Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas*”. MIR PUIG, Santiago. “*Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal*”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [<http://criminet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7.

²⁷ “*El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionados por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre*”. GIMBERNAT ORDEIG, E. *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*. Madrid, 1990, pp.77 ss.

²⁸ MIR PUIG, Santiago. “*Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal*”, ob., cit., p.7.

²⁹ LARENZ, K. “*Hegelszurechnungslehre*”, en MIR PUIG, Santiago. “*Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal*”, ob., cit., p.7.

de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no³⁰.

8 Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad³¹ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación³² que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”³³.

³⁰ JAKOBS, G. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sentencia de 24 de febrero de 2005. Exp.14170.

³¹ “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización... En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*, ob., cit., p.62.

³² “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*, ob., cit., p.64.

³³ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*, ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para

En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional indica:

*“... el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar **si el sujeto era competente** para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección³⁴ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible³⁵. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”³⁶.*

A lo que se agrega por el mismo precedente,

“En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber:

*1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de **deberes de seguridad en el tráfico**, consistentes en la adopción de medidas*

*ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.*

³⁴ Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”. CASAL H, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

³⁵ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce - un peatón cae en la zanja- surgen los llamados **deberes de salvamento**, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo - prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por **asunción** de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro.

Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son **deberes negativos** porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás.

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 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 riesgos³⁷³⁸.

16. En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante.

“Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa. Vg. Si alguien maneja una represa y el agua se desborda ocasionándole daño a una población, en el juicio de imputación lo sustancial no es si el operario abrió la compuerta mas (sic) de lo debido (acción) o simplemente no la cerró a tiempo (omisión); lo fundamental es si cumplió o no con los

³⁷ 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.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

deberes de seguridad que surgían del control de una fuente de peligro. Lo mismo acontece, cuando en virtud de relaciones institucionales se tiene el deber de resguardar un determinado bien jurídico contra determinados riesgos. El padre de familia incumple sus deberes de protección frente a su hijo, no sólo cuando entrega el arma homicida, también lo hace cuando no evita que un tercero le ocasione una lesión mortal. En la actualidad, se afirma que la técnica moderna y el sistema social, hacen intercambiables la acción y la omisión³⁹. Günther Jakobs ha demostrado que todos los problemas del delito de omisión son trasladables a la acción. Hay conductas activas, socialmente adecuadas, que se convierten en un riesgo jurídicamente desaprobado cuando la persona tiene una posición de garante. Ejemplo: es socialmente adecuado apagar la luz del portón de una casa (acción) aun cuando sea probable que un peatón puede tropezar en la oscuridad; pero se convierte en un comportamiento prohibido (apagar la luz) si el propietario ha realizado una construcción frente a ella, porque al crear una fuente de peligro aparecen deberes de seguridad en el tráfico: alumbrar la obra para que nadie colisione con ella⁴⁰.

9 En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico). Conforme al anterior esquema, se analizará el caso a resolver.

4 El régimen jurídico aplicable a la responsabilidad del Estado por la actividad médica.

Partiendo del análisis del caso en el marco de la falla probada del servicio como título de imputación⁴¹,

“... en la medida en que el demandante alegue que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización... deberá en principio, acreditar los tres extremos de la misma: la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y ésta...”⁴².

Dicho título de imputación opera, como lo señala el precedente de la Sala no sólo respecto de los daños indemnizables derivados de la muerte o de las lesiones corporales causadas, sino que también comprende

³⁹ Cfr. Javier Sánchez-Vera. Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen. Duncker & Humboldt Berlin 1999. Pags. 51 y ss Kurt Seelmann. Grundlagen der Strafbarkeit. Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1. Reihe. Alternativkommentare. Luchterhand. Neuwied. 1990.Pag.389.

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

⁴¹ Sentencias de agosto 31 de 2006. Exp. 15772; octubre 3 de 2007. Exp. 16.402; 23 de abril de 2008, Exp.15.750; 1 de octubre de 2008, Exp. 16843 y 16933; 15 de octubre de 2008, Exp. 16270; 28 de enero de 2009, Exp. 16700; 19 de febrero de 2009, Exp. 16080; 18 de febrero de 2010, Exp. 20536; 9 de junio de 2010, Exp. 18.683.

⁴² Sentencia de 23 de septiembre de 2009, Exp. 17.986.

“... los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, como en este caso, por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz”⁴³.

Cuando la falla probada en la prestación del servicio médico y hospitalario se funda en la “lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz”, se debe observar que está produce como efecto la vulneración de la garantía constitucional que recubre el derecho a la salud, especialmente en lo que hace referencia al respeto del principio de integridad en la prestación de dicho servicio, el cual según el precedente jurisprudencial constitucional:

“La protección al derecho fundamental a la salud no se limita simplemente al reconocimiento de los servicios que se requieren con necesidad; sino que comprende también su acceso de manera oportuna, eficiente y de calidad. La prestación del servicio de salud es oportuna cuando la persona lo recibe en el momento que corresponde para recuperar su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. En forma similar, el servicio de salud se considera eficiente cuando los trámites administrativos a los que se somete al paciente para acceder a una prestación requerida son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no imponen al interesado una carga que no le corresponde asumir. Por otro lado, el servicio de salud es de calidad cuando las entidades obligadas a prestarlo actúan de manera tal “que los usuarios del servicio no resulten víctimas de imponderables o de hechos que los conduzcan a la desgracia y que, aplicando con razonabilidad los recursos estatales disponibles, pueden ser evitados, o su impacto negativo reducido de manera significativa para la persona eventualmente afectada”⁴⁴.

Dicho principio de integralidad del servicio exige considerar, según el precedente jurisprudencial constitucional, que

“todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”⁴⁵.

A lo que se agrega, según el precedente jurisprudencial constitucional:

“Se considera por tanto que hay un daño, cuando se produce un dolor intenso, cuando se padece la incertidumbre y cuando se vive una larga e

⁴³ Sentencia de 7 de octubre de 2009. Exp. 35656.

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010.

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia T-1059 de 2006.

injustificada espera, en relación con la prestación de servicios médicos, la aplicación de medicamentos o la ejecución de procedimientos que no llegan o que se realizan de manera tardía o incomoda.

“Al respecto cabe destacar que el derecho a la salud de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

-Debe ser integral:

“(…) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente⁴⁶ o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”⁴⁷.

En ese sentido, la Sala ha manifestado en decisiones precedentes que dicha falla se circunscribe a una consideración básica:

“La obligación de prestar asistencia médica es compleja, es una relación jurídica total, compuesta por una pluralidad de deberes de conducta (debe de ejecución, deber de diligencia en la ejecución, deber de información, deber de guardar secreto médico, etc.). Ese conjunto de deberes conforma una trama, un tejido, una urdimbre de la vida social responde a la idea de organización - más que de organismos- en punto a la susodicha relación jurídico total (...) Por tanto, aquel deber jurídico principal supone la presencia de otros deberes secundarios de conducta, como los de diagnóstico, información, recepción de la voluntad jurídica del enfermo – llamada comúnmente consentimiento del paciente-, prescripción, guarda del secreto profesional, satisfacción del plan de prestación en su integridad (actividad que supone no abandonar al enfermo y cuidar de él hasta darlo de alta)”⁴⁸ (subrayado fuera de texto).

5 La responsabilidad del estado por deber de custodia de los establecimientos educativos.

⁴⁶ En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T- 136 de 2004 MP Manuel José Cepeda Espinosa

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencias T- 1059 de 2006; T- 062 de 2006; T- 730 de 2007; T- 536 de 2007; T- 421 de 2007.

⁴⁸ Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17655.

Sobre el deber de custodia de los establecimientos educativos y la posición de garante que ostentan respecto de los alumnos, ha dicho la Sala⁴⁹:

“El artículo 2347 del Código Civil, establece que “toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado”.

Así los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios, del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso.”

La custodia ejercida por el establecimiento educativo debe mantenerse no sólo durante el tiempo que el alumno pasa en sus instalaciones, sino también durante el que dedica a la realización de otras actividades educativas o de recreación promovidas por éste, incluyendo paseos, excursiones, viajes y demás eventos tendientes al desarrollo de programas escolares.

El deber de cuidado surge de la relación de subordinación existente entre el docente y el alumno, pues el primero, debido a la posición dominante que ostenta en razón de su autoridad, tiene no sólo el compromiso sino la responsabilidad de impedir que el segundo actúe de una forma imprudente.

Sobre este tema, la doctrina ha dicho:

“Para encontrarse en condiciones de reprochar una falta de vigilancia al demandado, la víctima debe probar que aquél soportaba esa obligación de vigilancia en el momento preciso de la realización del daño... La obligación de vigilancia se extiende incluso a las horas consagradas al recreo y a los paseos; comienza desde que el alumno queda autorizado para entrar en los locales destinados a la enseñanza y cesa desde el instante en que sale de ellos, a menos que el profesor se encargue de la vigilancia de los alumnos durante el trayecto entre el colegio y la casa; subsiste también aunque no sea ejercida efectivamente, si el profesor se ausenta sin motivo legítimo”⁵⁰.

Agréguese a lo dicho que si bien dentro de las nuevas tendencias pedagógicas, la educación que se imparte en los colegios debe respetar ciertos parámetros de libertad y autonomía, ello no obsta para que se adopten las medidas de seguridad necesarias con el fin de garantizar la integridad física de los alumnos, respetando desde luego la independencia que se les otorga.

Este deber encuentra su fundamento en la protección que debe brindarse al alumno, no sólo respecto de los daños que éste pueda causarse a sí mismo, sino también de los que pueda ocasionar a los demás.

El centro educativo se erige en garante y adquiere la obligación de responder por los actos del educando que pudieran lesionar derechos propios o ajenos, es decir, que la obligación de cuidado de los maestros con respecto a los alumnos origina responsabilidad de los centros educativos y de los mismos maestros por cualquier daño que los alumnos puedan llegar a causar o sufrir, aunque aquellos pueden exonerarse de responsabilidad si

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Sentencia del 7 de septiembre de 2004. Expediente 14.869. M.P.: Nora Cecilia Gómez Molina. Además, pueden verse entre otras, expedientes 18952, 14869, 14144, 16620 y 17732.

⁵⁰ MAZEAUD TUNC. *Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1977, primer tomo, volumen II, pág. 545.

demuestran que actuaron con absoluta diligencia o que el hecho se produjo por fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima.

Así lo establece el inciso final del artículo 2347 del Código Civil: "Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho".

Debe advertirse que el deber de vigilancia de los centros educativos por los daños que causen o puedan sufrir los alumnos, es inversamente proporcional a su edad o capacidad de discernimiento, es decir, es mayor frente a alumnos menores o con limitaciones físicas o psicológicas, pero será más moderado en relación con alumnos mayores de edad. Es decir, aunque los centros educativos mantienen el deber de seguridad y cuidado sobre todos los alumnos, es claro que entre más avanzada sea la edad de los mismos, mayor libertad de decisión deberá concedérseles y por lo tanto, el deber de vigilancia se mantendrá para advertirles del peligro, prohibirles el ejercicio de actividades que puedan representarles riesgos y rodearlos de todas las medidas de seguridad aconsejables.

No obstante, sin consideración a la edad de los alumnos, las entidades educativas responderán por los daños que se generen como consecuencia de los riesgos que ellas mismas creen en el ejercicio de las actividades académicas, sin que le sea exigible a los alumnos y padres asumir una actitud prevenida frente a esas eventualidades, en razón de la confianza que debe animar las relaciones entre educandos, directores y docentes. Así por ejemplo, los establecimientos educativos y los docentes responderán por los daños que se cause en ejercicio de una práctica de laboratorio, cuando el profesor encargado de la clase confunda sustancias químicas y ocasione una explosión en la que muere o resulta lesionado el alumno que las manipulaba. En este caso, es evidente la responsabilidad de la institución educativa y del docente, pues es éste quien posee la instrucción académica necesaria para hacer seguras dichas prácticas, sin que sea exigible a los alumnos y padres cerciorarse previamente de la corrección de tales prácticas.

En oportunidades anteriores, la Sala ha deducido la responsabilidad de los centros educativos por la falta de vigilancia sobre los alumnos, aún en la realización de actividades recreativas, cuando no se extreman las medidas de seguridad para evitar el peligro que éstos puedan sufrir. No obstante, en esas decisiones se ha reconocido que, inclusive en relación con alumnos menores de edad hay lugar a analizar si su conducta contribuyó igualmente a la realización del daño, para disminuir el valor de la indemnización".

Bajo los anteriores parámetros se analizará el caso concreto, a efectos de determinar si el daño antijurídico es imputable a las entidades demandadas.

6 Los hechos probados.

Respecto de los hechos que dieron origen al presente proceso, se tiene que los medios probatorios debidamente allegados y practicados en el proceso y que gozan de eficacia probatoria en el *sub judice*, son los siguientes:

- 1) Copia autentica de la Cédula de Ciudadanía de la señora Garzón Castaño Orbilia. (Fl. 12 c1).
- 2) Certificado de Registro Civil de Nacimiento de la niña Hernández Garzón Johana. (Fl. 13 c1).
- 3) Resumen de historia clínica No. 112308 del 30 de octubre de 1996 al 01 de Noviembre de 1996, por parte de la Empresa Social del Estado Hospital Departamental Universitario del Quindío San Juan de Dios Armenia Q. (Fl. 14 c1).
- 4) Constancia de estudios No. 026 por parte del Instituto Calarcá-Calarcá Q. (Fl. 15 c1).
- 5) Prescripciones médicas de la Empresa Social del Estado Hospital Departamental Universitario del Quindío San Juan de Dios Armenia Q. (Fl. 16-24 c1).
- 6) Facturas de las ecografías No. 60 y 65 realizadas por la Unidad Oftalmológica del Eje Cafetero. (Fl. 25 c1).
- 7) Factura de venta No. 18861 de prótesis O.I. de la Óptica Manizales. (Fl. 27 c1).
- 8) Manual de Convivencia del Instituto Calarcá. (Fl. 28-40 c1).
- 9) Ficha individual del alumno Javier Alberto Osorio Estupiñan del año 1996. (Fl. 93-97 c1).
- 10) Resumen Periódico académico y formativo de la alumna Johana Hernández Garzón año 1996. (Fl. 98-101 c1).
- 11) Matrícula de la niña Johana Hernández Garzón. (Fl. 102 c1).
- 12) Lista de estudiantes y sus acudientes en la reunión de padres de familia del 8 de mayo de 1997 Instituto Calarcá. (Fl. 103 c1).
- 13) Factura por el valor de \$23000 de la Óptica Manizales. (sin folio entre el 103 y 104 c1).

14) Nota elaborada por la directora de curso Yolanda Sabogal R., de la niña Hernández Garzón Johana, donde relató el suceso cometido en horas de clase y dentro de la institución educativa Instituto Calarcá. (Fl. 104 c1).

15) Oficio de entrega de la suma de \$120.000 a la señora Orfilia Garzón, como aporte para la operación realizada a la niña, por parte del Instituto Calarcá. (Fl. 105 c1).

16) Oficio de entrega de \$30.000 a la niña Jhoana Hernández Garzón para ayuda de medicinas, por parte del Instituto Calarcá. (Fl. 106 c1).

17) Copia de las condiciones generales del contrato de seguro que el Hospital Departamental Universitario San Juan de Dios celebró con la Compañía Agrícola de Seguros S.A. (Fl. 157-164 c1).

18) Anexo que forma parte integrante de la póliza de responsabilidad civil de la Compañía Agrícola de Seguros S.A. (Fl. 165-199 c1).

19) Dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de la niña Johana Hernández Garzón. (Fl. 220-225 c1).

20) Diligencia de recepción de testimonio del señor Miguel Ángel Lagos Roa. Mencionó lo relativo a los protocolos y procedimientos que realizó el Hospital San Juan de Dios. (Fl.232-236 c1).

21) Diligencia de recepción de testimonio del señor Eduardo Naranjo Mejía. Explicó el porqué del tratamiento, y por qué se encontró el cuerpo extraño después de haber realizado el segundo examen y antes no. (Fl. 236-239 c1).

22) Hospital Departamental Universitario del Quindío San Juan de Dios Armenia Q. Copia del Resumen de la historia clínica No. 112308 de 14 de agosto de 1997. (Fl. 250 c1).

23) Copia de prescripciones médicas. (Fl. 241-245 c1).

- 24) Valoración de Invalidez del 21.50% remitida por la Junta Regional de Calificación e Invalidez Quindío. (Fl. 243 c1).
- 25) Formulario de dictamen para calificación de la pérdida de la capacidad laboral y determinación de la invalidez. (Fl. 249-252 c1).
- 26) Resumen de la Historia Clínica. (Fl. 253-254 c1).
- 27) Historia Clínica Evolución de la paciente Johana Hernández. (Fl. 256-257 c1).
- 28) Historia Clínica Atención General de la paciente Johana Hernández. (Fl. 258-250 c1).
- 29) Ordenes Médicas de la paciente Johana Hernández. (Fl. 251 c1).
- 30) Ecografía del Ojo izquierdo de la paciente Johana Hernández. (Fl. 262-263 c1).
- 31) Dictamen de la ecografía anteriormente practicada de fecha 6 de Noviembre de 1996. (Fl. 264 c1).
- 32) Examen de patología ordenado por el Dr. Lagos el 9 de enero de 1997. (Fl. 265 c1).
- 33) Examen de Grupo sanguíneo del 9 de enero de 1997. (Fl. 266 c1).
- 34) Informe de anestesia realizado el 9 de enero de 1997. (Fl. 267 c1).
- 35) Ordenes médicas para la paciente Johana Hernández. (Fl. 268-271 c1).
- 36) Ecografía del Ojo izquierdo de la paciente Johana Hernández. (Fl. 172-173 c1)
- 37) Dictamen de la ecografía anteriormente practicada de fecha 25 de Noviembre de 1996. (Fl. 274 c1).
- 38) Informe de anestesia realizado el 7 de noviembre de 1996. (Fl. 275 c1).
- 39) Informe de anestesia realizado el 31 de octubre de 1996. (Fl. 276 c1).

- 40) Notas de enfermería (Fl. 280-284 c1).
- 41) Atención de traumas e intoxicaciones 30 octubre de 1996 (Fl. 285 c1).
- 42) Remisión de paciente Hospital "La Misericordia" Calarcá - Quindío. 30 octubre de 1996. (Fl. 286 c1).
- 43) Autorización para intervención quirúrgica y otros procedimientos especiales. Cirugía y anestesia. (Fl. 287 c1)
- 44) Diligencia de declaración del señor Miguel Ángel Lagos Roa. (Fl. 3-7 c2).
- 45) Declaración del señor Eduardo Naranjo Mejía. (Fl. 7-10 c2).
- 46) Respuesta de los oficios No. 25027 y 2624 del Tribunal Administrativo del Quindío, por parte de la Empresa Social del Estado Hospital La Misericordia de Calarcá Q. Pérdida de historias clínicas y archivo con ocasión al terremoto originado el 29 de enero de 1999 (Fl. 12 c2).
- 47) Respuesta del Derecho de petición interpuesto por el Gerente Hernán Jaramillo Botero, Gerente E.S.E. Hospital La Misericordia de Calarcá; remitido por el Jefe de Recursos Humanos Sr. Tirso José Mendoza García Alcaldía Municipal de Calarcá. (Fl. 13 c2).
- 48) Secretaria de Hacienda expidió Orden de Pago de póliza que amparaba a los estudiantes del Municipio de Calarcá por valor de \$9.980.000. Junio 6 de 1996. (Fl. 14 c2).
- 49) Secretaria de Hacienda - Certificado de Reserva Presupuestal. (Fl. 15 c2)
- 50) Certificación de disponibilidad presupuestal para prestar servicios médicos asistenciales por accidentes para estudiantes por valor de \$10.000.000.oo Realizada por el Jefe de Presupuesto y Contabilidad del Municipio de Calarcá - Quindío. (Fl. 16 c2).
- 51) Póliza y Recibo No. 854839 Suramericana de mayo 6 de 1996. (Fl.18 c2).

- 52) Condiciones Generales del Seguro. (Fl. 19 c2).
- 53) Cotización del valor de la prima anual por cada alumno. Alcaldía Municipal de Calarcá. (Fl. 20 c2).
- 54) Valores y manejos en caso de reclamación a Suramericana. Mayo 14 de 1996. (Fl. 21 c2).
- 55) Audiencia Pública para la recepción del testimonio del señor Antonio José Sepulveda Hurtado, el 2 de noviembre de 1999. (Fl. 51-52 c2).
- 56) Declaración de la señora Romelia Gil de Soto el 2 de noviembre de 1999. (Fl. 52-54 c2).
- 57) Declaración del señor Jaime Giraldo, el 2 de noviembre de 1999, (Fl. 54-55 c2).
- 58) Declaración de la señora Norbery Pabón Rodríguez el 2 de noviembre de 1999. (Fl. 55-56 c2).
- 59) Audiencia Pública para la recepción del testimonio de la señora Livia Echeverry Jaramillo el día 30 de noviembre de 1999. (Fl. 58-59 c2).
- 60) Declaración de testimonio del señor Cesar Augusto Rojas el día 30 de noviembre de 1999. (Fl. 59-60 c2).
- 61) Declaración de la señora Yolanda Sabogal Restrepo, realizada el día 30 de noviembre de 1999. (Fl. 60-61 c2)
- 62) Diligencia de audiencia pública del señor Álvaro Cardozo, el día 8 de noviembre de 1999. (Fl. 26-27 c3).
- 63) Certificación del clausulado del contrato de seguro de responsabilidad civil extracontractual que celebró la Compañía Agrícola de Seguros S.A., durante los años 1995, 1996 y 1997. (Fl. 4-14 c4).

7 El daño antijurídico.

De conformidad con todo el conjunto probatorio antes descrito, la Sala encuentra acreditado que Johanna Hernández Garzón sufrió lesiones como consecuencia de los hechos ocurridos 30 de octubre de 1996, en los cuales en el establecimiento educativo Instituto Calarcá, cuando Johanna en un cambio de clase salió del salón en compañía de otra alumna con destino al baño, y de regreso al salón un niño que estaba jugando con una banda de caucho lanzó una gancho de cosedora lesionando el ojo izquierdo de la menor, circunstancia que desencadenó la pérdida total de dicho órgano. Sobre el particular, obra el dictamen para calificación de la pérdida de la capacidad laboral y determinación de la invalidez, en el que consta:

“7. PORCENTAJE PERDIDA CAPACIDAD LABORAL

<i>Descripción</i>		<i>Porcentaje</i>		
<i>I.</i>	<i>DEFICIENCIA</i>	12.00%		
<i>II.</i>	<i>DISCAPACIDAD</i>	1.50%		
<i>III.</i>	<i>MINUSVALIA</i>	8.00%		
	TOTAL	21.50%		
ESTADO DE LA PCL	X	INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL	X	INVALIDEZ
FECHA DE ESTRUCTURACION DE LA INVALIDEZ				30 Octubre DE 1996

8 Problema jurídico.

De lo anterior se pueden plantear como problemas jurídicos: i) determinar si la pérdida total del ojo izquierdo de Johanna Hernández Garzón se produjo como consecuencia de la falla del servicio en la prestación del servicio médico en la que habría incurrido la entidad demandada y el personal médico que la trató durante toda la actividad médica y; ii) establecer si el Departamento del Quindío por intermedio del Colegio Instituto Calarcá omitió el deber de custodia que tienen los establecimientos educativos y la posición de garante que ostentan respecto de los alumnos.

9 La imputación de la responsabilidad.

Previo a analizar la imputación de la responsabilidad que le corresponde a las entidades demandadas, procede señalar que en relación con la *causa petendi*, la demanda no es clara toda vez que la falla médica que se imputa a la entidad Empresa Social del Estado Hospital Universitario “San Juan de Dios” estaría relacionada con el diagnóstico propiamente dicho por falta de los exámenes previos correspondientes o con el tratamiento, y otra, que se relaciona el daño con omisiones y deficiencias sucesivas, en las cuales se afirma incurrió la entidad, que implicaron una agravación de las condiciones físicas de la paciente, las cuales fueron la causa de la pérdida del ojo izquierdo de Johanna Hernández Garzón.

Ciertamente, al formular las pretensiones, se señaló en el libelo demandatorio que la Empresa Social del Estado Hospital Universitario “San Juan de Dios” es responsable *“del Daño Fisiológico, sufrido por la menor Johanna Hernández Garzón, en hechos que se originaron en el Colegio Instituto Calarcá, el día treinta (30) de octubre de 1.996, y que dieron lugar a posterior atención médica en la citada Empresa.”*

En el acápite de “fundamentos” se reiteró que el daño era imputable al Estado - Empresa Social del Estado Hospital Universitario “San Juan de Dios”, toda vez que a la *“...entidad a la que se acudió en procura de atención médica para Johanna, a quien le hicieron la extracción del cuerpo extraño, sólo hasta el nueve de enero de 1.997, en este punto quiero llamar la atención de fórmula del 5 de noviembre de 1.996, en la que se refiere a herida con ganzúa y dice “al parecer, no penetra”. Además obsérvese en el resumen de historia clínica que se aporta en el acápite de pruebas, que sólo fue valorada por médico especialista al día siguiente de haber ingresado a la sección de urgencias de la citada Empresa Hospital San Juan De Dios”*.

Observa la Sala entonces, que la demanda hace referencia a toda la atención médica prestada a la menor por el Hospital demandado, desde su ingreso a la institución y comprende las diferentes intervenciones médicas, desde la formación del diagnóstico, hasta la práctica de la cirugía, incluyendo las decisiones relacionadas con la práctica o no de exámenes previos a dicha intervención.

Por lo tanto, la Sala interpreta la demanda de manera integral, para deducir que el daño que hoy sufre Johanna Hernández Garzón fue imputado por la parte demandante a la que Empresa Social del Estado Hospital Universitario “San Juan

de Dios” por haber incurrido en fallas en la prestación del servicio, que se originaron no solamente en el diagnóstico y acto quirúrgico, sino que comprende consecutivas omisiones, dilaciones y equívocos durante todo el servicio médico prestado en la entidad demandada.

Al respecto, el precedente de la Sala indica que

“...es deber del juez interpretar la demanda como un todo armónico⁵¹, deber que no constituye una mera liberalidad sino el cumplimiento de los artículos 228 y 229 de la Constitución, que consagran como principios de la administración de justicia la prevalencia del derecho sustancial y la garantía a su acceso. La falta de técnica en la demanda no es óbice para que el juzgador desentrañe su sentido⁵²; aunque, claro está, teniendo buen cuidado de no alterar el propósito expresado por el actor y siempre que no se contravenga el derecho de defensa de la otra parte.

El tema cobra particular importancia cuando se trata de la responsabilidad por los daños causados con la actividad médica, la que por regla general está estructurada por una serie de actuaciones que desembocan en el resultado final y en las que intervienen, en diversos momentos varios protagonistas de la misma, desde que el paciente asiste al centro hospitalario, hasta cuando es dado de alta o se produce su deceso. Esa cadena de actuaciones sobre el paciente no es indiferente al resultado final y por ello, la causa petendi en estos juicios debe entenderse comprensiva de todos esos momentos, porque la causa del daño final bien puede provenir de cualquier acción u omisión que se produzca durante todo ese proceso.”⁵³

⁵¹ En este sentido, providencias de la Sección de 20 de septiembre de 1990, exp: 6133; 1 de octubre de 1993, exp. 6474, entre muchos otros. De manera más reciente, la Sala señaló: “Como cualquier otro acto de hombre o de persona, la demanda es objeto de valoración; ésta implica no dejarse llevar por su mera apariencia formal. Por eso el Código de Procedimiento Civil enseña que “Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes” (art. 4º). Por consiguiente la doctrina indica que para el estudio de la ley procesal “no puede el juzgador aferrarse a las palabras ni al sentido literal, sino que debe perseguir el conocimiento del contenido jurídico que ella encierra, y si el objeto de los procedimientos es la tutela de los derechos reconocidos en la ley sustancial, con mayor razón es imperativo adoptar un criterio de interpretación conjunta, razonada y científica de la demanda” *Compendio de derecho procesal. Teoría General del Proceso. Tomo I. Hernando Devis Echandía. Biblioteca Jurídica Dike. Duodécima edición. Pág. 436.* Así entonces conociendo que la demanda es un todo, si en su apreciación no se encuentra armonía absoluta habrá, si se puede, que acudir a los hechos históricos que la informan como a los fundamentos de derecho que alude para hacer visible su verdadero sentido; así ocurre jurídicamente en otras materias sustantivas como en los convenios y contratos cuando no son claros, y para tal efecto la ley sustancial indica cuáles son los métodos de interpretación” Sentencia de 23 de enero de 2003, exp. 22.113.

⁵² “La demanda no constituye en este caso, precisamente, un modelo de lo que deba ser la pieza procesal de introducción. Pero, ello no es óbice para que el juzgador cumpliendo con el deber de interpretar razonablemente los diversos actos procesales, pueda y deba llegar a desentrañar el verdadero propósito que tuvo el actor para reclamar en contra de quien estaba llamado a responder por los perjuicios ocasionados en virtud de los hechos enrostrados a éste”. Sentencia de 8 de agosto de 1991, exp: 6414.

⁵³ Sentencia de 31 de agosto de 2006. Exp.15772

9.1 De la responsabilidad de la Empresa Social del Estado Hospital Universitario “San Juan de Dios”.

Para la Sala el estudio de la imputación del daño en el caso concreto parte de encuadrar el mismo en el régimen de la responsabilidad por falla probada (que ya fue señalado en apartados anteriores). Y debe recordarse, como lo hace la doctrina extranjera:

“Lo que nunca podrá presumirse es la relación de causalidad que habrá que demostrar en cualquier ámbito tanto civil como administrativo y el problema concreto será el de determinar si los daños acaecidos han sido causados por las deficiencias sanitarias –o por la actuación de la Administración Pública Sanitaria sin más- o simplemente por la naturaleza del enfermo o por otra causa”⁵⁴.

De conformidad con lo anterior, cabe afirmar que Johanna Hernández Garzón tenía el derecho a recibir un tratamiento y procedimiento médico asistencial completo, eficiente y necesario para su restablecimiento [lo que no comprende la recuperación total, sino la mejora en el cuadro clínico que presentaba], sin que sea dable afirmar que la circunstancia de que hubiese estado hospitalizada, que se le hubieren practicado alguno de los exámenes ordenados y, que se le haya suministrado medicamentos, sea suficiente, como tampoco es admisible, valorada la prueba conjuntamente, que se haya aceptado que el lugar en donde se alojó el objeto extraño era difícil de localizar; puesto que se demuestra, que la entidad demandada o no aplicó todos los medios y procedimientos disponibles, que tenía a su alcance, o cuando lo hizo fue tardío, porque se omitió de manera oportuna la práctica de todos los exámenes y medios asistenciales que se hubieren encaminado hacia un procedimiento adecuado y correspondiente con la afectación que presentaba la paciente [la que había sido declarada en la propia historia clínica, como una lesión que podía representar cierta gravedad], ya que del acervo probatorio se revela que se permitió el deterioro, agravamiento y desmejoramiento de la situación clínica de su ojo izquierdo, que terminó en su pérdida⁵⁵.

El análisis anterior, encuentra sustento en el precedente de la Sala que sostiene,

“Tratándose de la prestación del servicio médico-hospitalario, el estado asume una carga especialísima de protección, toda vez que las personas que se someten a la praxis médica, quirúrgica y/u hospitalaria, lo hacen con

⁵⁴ FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica*. 5ª ed. Granada, Comares, 2007, p.598.

⁵⁵ Presupuesto que fue tenido en cuenta en la sentencia de 24 de enero de 2011. Exp.17547.

la finalidad de que un grupo de personas con conocimiento profesional y técnico brinden soluciones efectivas a situaciones que se relacionan de manera directa o indirecta con el concepto de salud⁵⁶ subrayado fuera de texto).

Dicha carga se refuerza cuando, además, se trata de sujetos que deben ser objeto de protección reforzada, o considerados sujetos de especial protección constitucional⁵⁷, como ocurre con los menores de edad⁵⁸ [lo que era aplicable a Johanna Hernández Garzón para la época de los hechos], a los que la obligación de atención y prestación del servicio de salud exige la adopción de mayores precauciones, exhaustividad y diligencia al momento de realizar el tratamiento o procedimiento quirúrgico, médico asistencial y post-quirúrgico⁵⁹.

Ahora bien, debe reafirmarse el concepto según el cual el acto médico es complejo, lo que significa que este como tal comienza con el diagnóstico y se extiende, en un iter continuado, dependiendo la situación, estado y condiciones que presente cada paciente en su estado de salud, y frente a lo que pueda demandar o necesitar. En nuestro caso, está claro que el servicio médico prestado a Johanna Hernández Garzón no se agotaba en la atención que se prestó en las oportunidades en las que acudió a los servicios médicos, ni en aquella suministrada cuando fue internada a finales de octubre de 1996, sino que se extendía, teniendo en cuenta su lesión, desde la realización de los todos los exámenes disponibles por la ciencia médica, tratamientos y/o procedimientos que la propia literatura científica establece como necesarios o indispensables a aplicar.

Debe tenerse en cuenta que el servicio médico debe prestarse, en atención a la garantía constitucional del derecho a la salud, de manera diligente, lo que implica emplear todos los medios humanos, técnicos, científicos, diagnósticos, procedimentales, farmacéuticos, etc., que se correspondan con la atención que merece todo ciudadano, si se quiere que dicha prestación se corresponda con la tutela efectiva de la dignidad de la persona.

⁵⁶ Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp.17655.

⁵⁷ Corte Constitucional, sentencias T-674 de 15 de julio de 2004; T-1228 de 28 de noviembre de 2005; T-675 de 30 de agosto de 2007.

⁵⁸ Declaración de los Derechos del Niño. Artículo 4º El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y **servicios médicos adecuados**. (resaltado por fuera de texto).

⁵⁹ Puede verse la sentencia de 24 de enero de 2011. Exp.17547

Y se hace más sustancial, cuando el paciente, para la época de los hechos, era una menor de edad, respecto de la cual se debía considerarla como una persona en situación de dependencia y sumisión, que no tiene alternativa de elegir, ni de exigir, sino que está sujeto y debe confiar en las decisiones médicas que se tome por los especialistas y las instituciones encargadas de su atención médica⁶⁰. Así mismo, debe hacer más exigente la garantía de la prestación del servicio de salud, a tenor de la protección que, siguiendo el bloque ampliado de constitucionalidad del artículo 93 de la Carta Política, debe ofrecerse a todo menor de edad o niño conforme con lo establecido en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, especialmente cuando se trata del derecho a la salud, cuando en su artículo 24 establece:

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;

b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;

c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;

d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;

e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;

f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo”⁶¹.

⁶⁰ Sentencia de 31 de octubre de 2001, Exp.13008.

⁶¹ Presupuesto que fue tenido en cuenta en la sentencia de 24 de enero de 2011. Exp.17547.

Ahora bien, desde el punto de vista de la falla del servicio, que se imputa a la entidad demandada, –y que como es bien sabido, consiste en la inexistente o irregular, tardía o deficiente prestación del correspondiente servicio-, considera la Sala que no quedó plenamente acreditado en el proceso una actuación oportuna, diligente y adecuada, que se hayan agotado todos los recursos disponibles en la atención que le brindó la institución médico asistencial a Johanna Hernández Garzón, a pesar del lastimoso desenlace de la pérdida de su ojo izquierdo; actuación que quedó debidamente plasmada en la historia clínica de la paciente, como se relaciona a continuación:

“30 OCTUBRE 1996

18:00 - Ingres a niña de 12 años de edad al servicio de urg. remitida del hospital de Calarcá quien presenta Trauma con gancho de cosedora en ojo izq.

SUP= 80 K=20. (Fl. 280 c1)

18 ¼ - Se recibe niña de urgencias en aparente buen estado x sus propios medios con ojo iz. Ocluida pte. Llevar a ex. - mañana. (Fl. 280 c1)

31 OCTUBRE 1996

6 - niña pasó la noche sin complicación elimino no hizo deposición, durmió a intervalos largos, tiene control hoy en C. EXT. 7 am.

7 am - Se lleva niña a oftalmología para valoración x Dr. Lagos. (Fl. 280 c1)

7+40 - Se baja pte. a ex. Pte. Del Dr. Lagos NUO, HC no (...) otra hoja pues no se encuentra en el servicio. (Fl. 280 c1)

8 h - Recibo pte en la sala # 4 para cirugía. Ojo Iz. Por trauma. (...) se practicó lavado quirúrgico a las 8+30 el Dr. Lagos inició cirugía a las 9h y terminó cirugía en pte. Sin complicación (...) el procedimiento. (Fl. 280 c1)

9+15 (...) pte y se lleva a recuperación. (Fl. 280 c1)

9+15 Recibo pte en recuperación despierta con LEV, vendaje en ojo izq. (...) (Fl. 280 c1)

10:00 Se traslada paciente al piso despierta, respirando bien TA:100/60 aldrete 10/10. (Fl. 280 c1)

10-30am Recibo paciente procedente del servicio de cirugía somnolienta, en camilla acompañada de camillero con el ojo lado izquierdo tapado y sus signos vitales son: Ta 107/75 P 66x` Tc 36/R 18 x` y líquidos venosos instalados. Solución tlar mun permeables. (Fl. 280 c1)

12-15am Paciente que queda somnolienta, no a (sic) eliminado, queda con líquidos venosos. Permeables. Con los signos vitales estables. (Fl. 280 c1)

18 Pte callada afebril recibió y torero VO. En reposo. (Fl. 280 c1)

1 NOVIEMBRE 1996

7-7 Niña afebril calmada, duerme bien, elimino no hizo deposición. (Fl. 280 c1)

12:00 Paciente que paso bien le (...) afebril sola (...) (Fl. 280 c1)

Ecografía en ojo izquierdo 06 NOVIEMBRE 1996

“Arquitectura ocular conservada, plastrón anterior que involucra el cristalino con una marcada reacción inflamatoria el vítreo anterior nos muestra algunas espigas; pero el resto se vé (sic) sin reacción inflamatoria al igual que la retina que está adherida.

DX: Endotalmitis aún muy localizada al segmento anterior.” (Fl. 263-264 c1)

7 NOVIEMBRE 1996

9am Recibo pte paso la sala # 4 consciente con HC para ser intervenida x el Dr. Lagos. Vitrectomia. (Fl. 281 c1)

9:10 El Dr. Aristizabal da anestesia general TA 19.0X60 se realiza lavado del área quirúrgica. (Fl. 281 c1)

9:30 El Dr. Lagos inisia (sic) cirugía. (Fl. 281 c1)

9:45 (...) se pasa pte. Para recuperación entubada. (Fl. 281 c1)

9:50 Recibo pte. Para sala de recuperación con efectos de anestesia general inconciente (sic) con vena canalizada en MSD entubada, se coloca O2 con tubo en T nebulizado. (Fl. 281 c1)

11:00 Pte que rechaza el tubo se aspiran secreciones, se retira el tubo se deja O2 nebulizado por mascara T.A. 120/70 (Fl. 281 c1)

11:30 Paciente valorada por anesthesiólogo quien ordena trasladar al servicio se inicia tto. (Fl. 281 c1)

18 Niña afebril en reposo con LEV y sin VO, eliminó espontáneo no hizo deposición. (Fl. 281 c1)

8 NOVIEMBRE 1996

19.7 (...) (Fl. 281 c1)

12 04 Niña que pasa la mañana en (...) fue valorada en consulta externa por el Dr. Lagos, pte. Consulta externa. (Fl. 281 c1)

18.14 (...) (Fl. 281 c1)

9 NOVIEMBRE 1996

6 Niña pasa la noche sin complicación elimino no hizo deposición, durmió a intervalos largos. (Fl. 281 c1)

13 h Pte. afebril en reposo no eliminó sin complicación. (Fl. 281 c1)

10 NOVIEMBRE 1996

7-7 Niña en reposo (...) afebril, durmió a intervalos. (Fl. 281 c1)

12 Paciente consciente para la mañana mejor, (...) (Fl. 281 c1)

18 Niña afebril en reposo sin complicación, aceptó V.O. con buena tolerancia, eliminó espontáneo. (Fl. 281 c1)

11 NOVIEMBRE 1996

7am Pte. Que pasó la noche calmada, afebril duerme a intervalos largos, eliminó esp. (Fl. 281 c1)

12 Niña afebril en reposo, acepta y tolera V.O. elimina espontáneo. (Fl. 281 c1)

18 pm Pte. Aparentemente calmado afebril, elimino espontáneo, tolero V.O. (Fl. 282 c1)

12 NOVIEMBRE 1996

7am Niña que pasa bien la noche, afebril, calmada, duerme bien, (...) se observa ojo muy rojizo. (Fl. 282 c1)

12 Niña afebril fue valorada x oftalmología, se sangró para CH. aceptó V.O. con buena tolerancia eliminó espontánea. (Fl. 282 c1)

18:00 Niña en buenas condiciones acepta tolera. (Fl. 282 c1)

13 NOVIEMBRE 1996

6 Niña pasa la noche sin complicación eliminó no hizo deposición, durmió a intervalos largos continua con ojo izq. muy rojo. (Fl. 282 c1)

9 00 Se traslada pte. Para oftalmología Pte. Que durante la mañana pasó tranquila aceptó y toleró dicta. P/Valoración por oftalmología 2am (Fl. 282 c1)

18 9 Niña en sala (...) pte. Estable, afebril, eliminó esp. E hizo deposición 3 deposiciones. Acepto toleró dieta (...) ojo se nota con enrojecimiento. (...) (Fl. 282 c1)

14 NOVIEMBRE 1996

6 Pte. Que paso la noche sin complicación (...) en reposo relativo, durmió a intervalos largos. (...) (Fl. 282 c1)

7 00 Recibo pte. En cama consciente orientada con catéter venoso, se baja para valoración por oftalmología durante la mañana paso tranquila acepta y tolera dieta deambulo P/valorización por oftalmología mañana a las 9am. (Fl. 282 c1)

13-19 Pte. (...) llevar mañana al oftalmólogo. (Fl. 282 c1)

15 NOVIEMBRE 1996

7-7 Niña calmada en la noche sin complicación, (...) (Fl. 282 c1)

7 00 Recibo pte en cama conciente (sic) orientado con LEV catéter venoso permeable, durante la mañana paso tranquila acepto y tolero dicta deambulo se valoró por oftalmología P/reporte de cultivo de secreción (...) ojo izquierdo, eliminó. (Fl. 282 c1)

18 Pte. Ambulatoria afebril tolero VO (...) (Fl. 283 c1)

16 NOVIEMBRE 1996

6am niña afebril come bien, elimina, presentó cefalea al principio de la noche. (Fl. 283 c1)

12m Niña afebril, (...) fue valorada por el Dr. Lagos pte. De cultivo de (...) (Fl. 283 c1)

18:00 Niña en buenas condiciones acepta y tolera (...) (Fl. 283 c1)

17 NOVIEMBRE 1996

19-7 Niña que se observa deprimida presenta dolor en ojo afectado (...) (Fl. 283 c1)

12 Niña pasa la mañana sin complicación, elimino e hizo deposición, ingirió la dieta. (Fl. 283 c1)

19 h (...) (Fl. 283 c1)

18 NOVIEMBRE 1996

7-7 Niña que duerme bien (...) tto. (Fl. 283 c1)

11 00 Se lleva pte para cirugía acompañada de su madre, se devuelve para el piso y le programan para las 3pm cx. (Fl. 283 c1)

12:30 Queda sin VO en reposo. (Fl. 283 c1)

17:30 Se baja a ex sin VO. (Fl. 283 c1)

19 15 (...) (Fl. 283 c1)

19 NOVIEMBRE 1996

6 Niña pasa la noche sin complicación elimino no hizo deposición, se retiró LEV, durmió a intervalos largos. (Fl. 283 c1)

12 Pte. q' pasa la mañana tranquila tolera VO elimino y realiza deposición en baño es valorada por especialista.

18 h. Niña calmada en la tarde. (...) (Fl. 283 c1)

21 NOVIEMBRE 1996

Evolución mejor. Se espera ecografía. (Fl. 257 c1)

Ecografía en ojo izquierdo 25 NOVIEMBRE 1996

"Arquitectura ocular conservada, con reacción del vítreo anterior y medio más o menos intensa, la retina se observa aplicada." (Fl. 274 c1)

5 DICIEMBRE 1996

(...) (Fl. 257 c1)

9 DICIEMBRE 1996

(...) Poco fastidio (...) igual manejo. (Fl. 257 c1)

12 DICIEMBRE 1996

(...) (Fl. 257 c1)

16 DICIEMBRE 1996

Ojo rojo doloroso TONO 6.

Membrana retropupilar densa

No veo iridectomía (...) (Fl. 258 c1)

23 DICIEMBRE 1996

Sin ningún cambio

Sin mejoría

Ojo doloroso
Tono 1 imposible (...)
Digital ojo blando. (Fl. 258 c1)
Si no empeora dar tiempo
Maxidex Sin pupila
Cuerpo extraño metálico INTRAOCULAR
Dr. Lagos que opina de sacar el cuerpo extraño y tratar de formar pupila
(...) Membrana pupilar. (Fl. 259 c1)
9 ENERO 1997
Cuerpo extraño metálico.
Visible en C.A.
Se hará extracción ya
En favor del cuerpo extraer gancho de 1 cm de largo x ½ de ancho. (...) se
hace lavado. (Fl. 259 c1)."

Ahora bien, de los testimonios rendidos por los médicos tratantes se extrae,

"La niña fue intervenida al día siguiente y se le halló en esta revisión y bajo dilatación bajo medicamentos como atropina y bajo microscopio una revisión del polo anterior del ojo, su herida, hallándose que había una hernia de iris, herida en el horario de las seis, corneana con protusión del iris, esto se denomina hernia del iris, la que se reduce, se hace lavado de cámara anterior, se analiza a gran aumento el cristalino, la cámara anterior y lo que con lo que la posibilidad del microscopio dé para mirar cámara vitrea. Esto es una exploración donde se observa ampliamente las estructuras mencionadas. No se halló ni se observó la presencia de cuerpo extraño por dos circunstancias muy importantes: la primera porque el cristalino se observaba intacto, lo que hace decidir que ese cristalino esta (sic) intacto y no cataratoso. Porque cuando un cristalino se lesiona por cuerpo extraño o herida de cualquier tipo, inmediatamente se opacifica y se llena de líquido del humor acuoso, perdiendo su transparencia, lógicamente. Repito, el cristalino estaba intacto, transparente y hecho el lavado de cámara anterior y con buena dilatación pupilar no mostraba la presencia de cuerpo extraño. Esta es la segunda circunstancia. El ojo se sutura después de reducida la hernia del iris, la cámara anterior queda deformada con aire y se dan las indicaciones pertinentes de antiinflamatorios, antibióticos, reposo y vigilancia al día siguiente. La evolución fue satisfactoria esos primeros días pero comienza un proceso de inflamación, a pesar de tener tratamiento, renuente al mismo tratamiento antiinflamatorio y antibióticos, lo que me hace sospechar la posibilidad de una infección originada en el trauma. Se piden los exámenes respectivos y muestran cultivos negativos tanto para bacterias como para hongos. Que implica esto?: Que se sigue pensando que hay un cuerpo extraño y se pide inmediatamente una ecografía. La Ecografía manifiesta el proceso inflamatorio, pero no hay muestra ni información del reporte en la que se encuentre indicativos de presencia del cuerpo extraño... Esta Ecografía es un indicador, también de procesos inflamatorios iniciales y muy delicados que existen en el ojo que captados a tiempo evitan que un proceso infeccioso o tumoral o alérgico o tóxico continúe en el ojo. La niña, en dicha ecografía y también al examen biomicroscópico ya empezó a manifestar la presencia de catarata e iniciación de endoftalmítis, por lo que inmediatamente la llevo a cirugía, con el fin de descartar de nuevo la presencia de cuerpo extraño, hacerle la extracción de catarata traumática, se opacifico, pues, ese cristalino,

hacerle vitrectomía anterior que se realizó sin ninguna complicación y sin tampoco ser posible la visualización del cuerpo extraño. La niña tuvo franca mejoría en esas primeras semanas. Luego se estabilizó en un proceso estacionario que no se desinflamaba del todo y tampoco empeoraba. Vuelvo a pedir ecografía a los quince días, pues la respuesta me tenía (sic) dudoso, ya que la limpieza que se le hizo debía dicha ecografía dar un reporte más preciso de la presencia de cuerpo extraño, tampoco se encontró a través de éste método la presencia de cuerpo extraño (los reportes que se hace por el ecografista son absolutamente creíbles y son reportes que tienen doble respuesta en el sentido que una es por un método y hay otro método para corroborar lo que esta (sic) buscando o lo que no se encuentra). El ojo tiene una inmensa desventaja que es de que no se puede explorar haciendo más heridas, retirando una parte, corriéndola para otra. El ojo es quirúrgicamente muy sensible y no se puede explorar como se explora otra parte del organismo que no sea finamente neurológica (negrilla y subrayado a pedido del testigo). Se cumplieron los protocolos intrahospitalarios de ser revisada en urgencias, de ser premedicada en urgencias, de darse todas las condiciones para que no fueran existir complicaciones anestésicas. Se lleva a cirugía dentro de los términos que se permite anatomopatológicamente, en razón al tiempo. Como yo ya estaba pensando en otros caminos para seguir, le hice la consulta a mi compañero de trabajo, Doctor EDUARDO NARANJO, lo miramos detalladamente, le buscábamos, se le investigó más, por temor a que siguiera existiera proceso infeccioso larval, se dio técnicamente un plazo que si en cinco días no reaccionaba mejor tendríamos que cambiar de tratamiento. Se revisa de nuevo, ya estamos en diciembre y se encuentra ya la presencia a través de un aumento muy grande de la posibilidad del cuerpo extraño, visible más por ganas de ver que sí había cuerpo extraño de que fuera muy evidente. La llevo inmediatamente a cirugía es decir, ella entró a consulta de control, y la llevo inmediatamente a cirugía y guiándome por la sospecha de que estamos encontrando un cuerpo extraño, se halló un cuerpo extraño. Es decir, no hubo dilatación de tiempo para operarla porque inmediatamente teníamos un cuerpo extraño localizable, por lo menos. A la niña se le retira el cuerpo extraño, se le deja una pupila amplia, se resecan algunas bridas cicatriciales, se hace limpieza también de toda la cámara anterior. El cuerpo extraño estaba localizado entre la uvea y la esclera, razón por la cual fue tan difícil encontrarlo ecográficamente. Esta niña, debido a lo atípico de su proceso de enfermedad traumática. Se le prestó la mejor de las atenciones posibles, tanto institucionalmente como personalmente, porque en esencia era un reto para encontrar una etiología. No hubo momento en que se le rechazara, postergara, atendiera, investigara cualquier atención.”⁶² (fls. 232 a 236 c.1)

Por su parte, el Doctor EDUARDO NARANJO MEJÍA, quien también atendió a la paciente menor, manifestó;

"El Doctor LAGOS me pidió en este paciente y yo la vi en dos ocasiones. En la primera ocasión me planteó la paciente de la siguiente manera: Una paciente que sufrió una herida aproximadamente mes y piquito antes y

⁶² Declaración del doctor MIGUEL ANGEL LAGOS ROA, médico oftalmólogo que atendió a la menor JOHANNA HERNÁNDEZ GARZÓN.

que él le sospechaba que tenía un cuerpo extraño intraocular. Para buscar ese cuerpo extraño que él sospechaba se había recurrido, primero aun (sic) examen bajo anestesia general y reparo de la herida primaria, al examen clínico en numerosas ocasiones y a dos ecografías. La pregunta específica era que si yo encontraba el cuerpo extraño o que encontraba otra cosa qué hacerle para encontrar el cuerpo extraño. Yo le conteste que la ecografía era el método de diagnóstico por excelencia. Que se le había realiza dos y no se le veía el cuerpo extraño y que como todos en nuestra profesión conocemos, un ojo no puede someterse a cirugía simplemente exploratoria, como en otros órganos que puede ir abriendo capa por capa. En el ojo lo tiene que encontrar primero y luego intervenir lo que encontró. En ese examen yo le cambie el tratamiento de droga, y no encontró un cuerpo extraño intraocular después de un examen cuidadoso después volví a ver la misma paciente. En ese momento encontré el cuerpo extraño. La pregunta es porque lo encontré después del primer examen y antes no, porque los cuerpos extraños pueden migrar (cambiar su sitio) o por el organismo rechaza el cuerpo extraño y lo cambia de lugar. Y además, porque no tenía reacción inflamatoria ni sangrado que si lo tuvo antes... PREGUNTA: En su concepto cual es el tratamiento más indicado cuando a un paciente se le diagnostica ulcera corneal penetrante por objeto contundente. CONTESTO: El tratamiento ideal es quirúrgico, o sea cerrar la herida, acompañado de medicamentos, ya sea tópicos o sistémicos orales en el ojo o ambos, depende el caso. PREGUNTADO: Frente el diagnostico anterior que circunstancias determinan el tiempo que se debe esperar para practicar un vitrectomía. CONTESTO: Eso sólo lo dice la evolución del paciente. No existe ningún tiempo en ninguna predeterminada, y va desde de catorce días que es lo usual, hasta meses y años. Eso quiere decir que los 14 días sean un tiempo fijo, pero de ahí hasta meses y años. PREGUNTADO. Que argumentos de tipo científico se deben tener en cuenta para realizar un vitrectomía seguida al diagnóstico, como en el caso que tratamos o para determinar su práctica pasados varios días o meses de la lesión. CONTESTO: Hay que tener en cuenta el diagnostico que no es el primero sino el segundo: la inflamación persistente y la endoofalmitis (inflamación e infección del ojo). Ese es el argumento que justifica el realizar un vitrectomía y la justifica desde el punto de vista científico plenamente. Esa es una de las indicaciones para hacer vitrectomía. PREGUNTADO: Sírvase decir cuáles son las consecuencias normales de la práctica de un vitrectomía. CONTESTO: No hay consecuencias normales de la práctica de un vitrectomía, o sea, el éxito de la vitrectomía no puede dar un porcentaje de certeza de que va a funcionar porque la base de esa cirugía es retirar el humor vitreo con la infección que tiene en ese momento ya que de otra forma no se logró combatir la infección y la inflamación en otra palabras se hace cuando el tratamiento ya fallo, que es el tratamiento de droga aplicada o tomada o ambas... PREGUNTADO: según la historia clínica y su conocimiento médico, a la paciente desde un inicio se le dio el manejo y el tratamiento que se requiere para el caso CONTESTO: pienso que el manejo de este paciente se ajusta plenamente a los protocolos médicos y a la evolución del caso y pienso que se agotaron todos los métodos científicos, incluso se buscaron los que podían dar mejor excelencia para resolver este caso y para decir eso me baso, básicamente, en que le realizaron una primera cirugía reparadora y exploratoria, múltiples exámenes clínicos de consultorio, dos ecografías que es el método actualmente reconocido como el ideal en estos casos , interconsulta a otros profesionales, como fue el caso mió y el Doctor TRUJILLO que hizo la ecografía, el realizar la

vitrectomía, lo cual concluyen que en el caso se agotaron todos los métodos científicos que existen en el momento, en la ciudad y no sólo en este sitio, verbigracia, si lo mando a Bogotá el procedimiento es el mismo en este paciente.” (fls. 236 a 239 c.1)

Finalmente, obra en el expediente dictamen pericial practicado por el Instituto de Medicina Legal -Hospital San Juan de Dios, solicitado por las partes que en sus apartes más importantes señaló:

“CONCLUSION

En relación a las preguntas

Cuánto tiempo puede durar una persona, con un objeto extraño, como un gancho de cosedora en un ojo?

Una persona puede durar en forma indefinida con un cuerpo extraño dentro del ojo si éste no presenta signos de infección o inflamación. En su defecto, debe ser retirado en la forma más pronta posible.

Cuál es el medio diagnóstico adecuado, para detectar la existencia de un objeto extraño en un ojo?

El primer método diagnóstico es el examen directo del ojo por medio clínico lo cual consiste en la visión del ojo por medio de oftalmoscopio, lámpara de hendidura y elementos propios de la oftalmología. El siguiente método es el examen bajo anestesia que permite evaluar con precisión y sin dolor el ojo en su profundidad. Adicional a lo mismo se cuenta con el recurso de ecografía oftálmica el cual es un método no invasivo y muestra las estructuras del ojo con un alto grado de precisión.

Qué consecuencia genera la permanencia de un objeto extraño en un ojo?

Si el objeto extraño no es rechazado por el organismo, éste puede albergarse en forma permanente sin producir lesión. Si es rechazado, como es el caso de la paciente, la consecuencia depende del grado de infección y las lesiones que ocasiona la agresión del cuerpo extraño dentro del ojo.

En qué casos se precisa la implantación de prótesis ocular? La prótesis ocular no es una indicación médica pues con este elemento no se recupera la función del ojo. Funciona como un elemento estético que le permite a la niña, como en el presente caso, dar una apariencia externa de estar sin lesión en la cara.

(...)

El campo visual, en cuanto profundidad y amplitud es el mismo, con un solo ojo, que con el órgano de la visión completo?

El campo visual disminuye con la visión de un solo ojo.

(...)

Qué implicaciones estéticas y psicológicas generan en una niña pre-adolescente la pérdida de uno de sus ojos?

En Medicina Legal la secuela que queda es deformidad física que afecta el rostro y perturbación funcional del órgano de la visión, ambas de carácter permanente. Para determinar secuela psicológica debe ser evaluada por Psicólogo forense en Medicina Legal Pereira ya que no contamos con este especialista en Armenia.

Cumpliendo un solo ojo la función de órgano de la visión, se agiliza el deterioro de esta función vital? La función del órgano de la visión está dada por la integridad de todos los elementos que lo componen y que van desde la estructura de los ojos, los nervios y el sistema nervioso central con ubicación en el cerebro. La función del órgano de la visión como tal no se deteriora por la pérdida de uno de sus ojos pues esta actividad la cumple el

ojo no afectado. Ahora bien, las enfermedades propias del ojo son independientes del órgano de la visión.

(...)

Por qué razón la paciente no fue valorada por el especialista el mismo día del ingreso, pues es una urgencia y el Hospital cuenta con el especialista de turno? No contamos con la historia clínica por lo que esta pregunta no es procedente.

Cuál es el tratamiento más adecuado cuando se hace un diagnóstico de úlcera corneal penetrante por objeto contundente?

La evaluación de la lesión la hace el especialista y de acuerdo a su criterio determina un manejo médico consistente en medicamentos como antiinflamatorios, antibióticos, oclusión del ojo o bien intervención quirúrgica y trasplante de córnea.

Qué tratamiento de acuerdo al diagnóstico de úlcera corneal penetrante le realizó el médico especialista tratante?

Esta respuesta está contemplada en el Numeral 5 que incluye un resumen del caso.

Qué exámenes realizó para confirmar o descartar un cuerpo extraño infraocular?

Se procedió a hacer un examen bajo anestesia general, posteriormente se realizaron 2 ecografías oculares, y 2 revisiones por parte de otro médico oftalmólogo.

Cuando se hizo la operación vitrectomía? Por qué razón se hizo en esa fecha y no antes?

No contamos con la historia clínica por lo que esta pregunta no es procedente.

Tenía o no el paciente cuerpo extraño infraocular?

Si lo tenía y lo confirma el hallazgo final hacia diciembre del año de la lesión.

Qué argumentos hay para no hacer un diagnóstico temprano y una cirugía temprana, es decir en los primeros días del accidente?

Se considera que la cirugía fue hecha dentro del tiempo establecido para realizarla, el diagnóstico temprano no se logró por la ubicación del cuerpo extraño en un sitio de difícil acceso, el tamaño del mismo cuerpo extraño y la ausencia de lesiones complementarias que sugirieran la presencia de este elemento. Al mismo tiempo, 2 ecografías oculares que no encontraron el cuerpo extraño no permiten orientar este diagnóstico como causal de infección o trauma.

Qué puede hacer el Hospital cuando un paciente no puede ser tratada quirúrgicamente por falta de equipo quirúrgico o impericia de parte del médico tratante?

El Sistema Nacional de Salud permite un manejo de referencia y contrarreferencia de los pacientes en cualquier hospital estatal del país. En el presente caso el Hospital cuenta con los medios físicos y el personal idóneo para una atención oftalmológica.

(...)

Se podría evitar una consecuencia como la del paciente realizando un diagnóstico rápido y un tratamiento oportuno y adecuado? (Se solicita contestar esta pregunta con si o no)

Si

(...)

3.2 Es posible que los métodos de examen indicados para atender el caso de la paciente del caso que nos ocupa no sean suficientemente claros e ilustrativos para diagnosticar con total certeza; caso afirmativo, qué factores podrían dificultar el proceso de diagnóstico? Existe indicio alguno en la

historia clínica de la menor que permita afirmar que se presentaron en el caso que nos ocupa algunas de tales circunstancias?

En el presente caso se realizaron exámenes bajo anestesia general así como ecografías oculares los cuales son métodos adecuados. Por lo comentado en las declaraciones, el diagnóstico oportuno no se hizo por la ubicación del cuerpo extraño.

(...)

3.5 Relaten de la manera más ordenada y clara posible, el procedimiento de atención ofrecido por la institución hospitalaria a la paciente e indiquen si tales actos médicos eran en su momento oportunos y pertinentes o si por el contrario adolecieron de dichas condiciones. Indiquen además si la medicación y demás tratamientos prescritos y ofrecidos a la misma eran apropiados y dentro del campo de las posibilidades de la institución representaban la mejor oferta de servicio médico, quirúrgico y hospitalario posibles.

Esta respuesta está contemplada en el Numeral 5 que incluye un resumen del caso. No contamos con la historia clínica, sin embargo, según el resumen de los hechos, se realizó un manejo adecuado para el caso.

(...)” (Fl. 220-225 c1).

Para la Sala, el acervo probatorio obrante en el plenario es demostrativo de la responsabilidad que cabe imputar a la Empresa Social del Estado Hospital Universitario “San Juan de Dios” por el daño antijurídico padecido por Johanna Hernández Garzón, a título de falla probada del servicio, sustentado en la acreditación del cúmulo de omisiones y en la atención inoportuna, tardía e inadecuada que se presentó y que desencadenó en la pérdida del ojo izquierdo de la paciente menor, lo que hace que se atribuya fáctica y jurídicamente la responsabilidad a la entidad demandada.

En efecto, en primer lugar se advierte que ya desde las seis de la tarde del día 30 de octubre de 1996, fecha y hora en la cual ingresó la paciente menor al centro hospitalario demandado, se conocía de la gravedad de la lesión y la posible presencia de un objeto extraño, tal y como lo demuestra la hoja de remisión del Hospital “LA MISERICORDIA” Calarcá - Quindío - Remisión de Paciente, en la cual se advirtió,

*“paciente quien ingresa a las 15:30h hace 30 minutos sufrió trauma ocular al parecer por objeto metálico (**gancho de cosedora**) con posterior dolor, visión borrosa por ojo izquierdo. Al Ex físico: visión borrosa por ojo izquierdo, irritación conjuntival y dolor. Laceración de córnea con compromiso de iris que presenta ... a las 6...” (Resaltado por fuera de texto).*

Y, la historia clínica donde se consignó: *“Ingresa niña de 12 años de edad al servicio de urg. remitida del hospital de Calarcá quien presenta Trauma con*

gancho de cosedora en ojo izq. SUP= 80 K=20. (Fl. 280 c1)”. Sin embargo, la menor permaneció en el hospital durante 13 horas sin que fuera valorada por un especialista. Prueba de ello obra en la historia clínica en la cual se lee “31 de octubre de 1996. 7 am - Se lleva niña a oftalmología para valoración x Dr. Lagos. (Fl. 280 c1)”.

Valorada por el especialista, la niña es llevada a cirugía⁶³ donde se le realiza lavado y sutura de herida de córnea al presentar “ojo izquierdo rojo con herida corneal profunda hacia los 6 cms. irregularidad de pupila y no reactiva a la luz”⁶⁴. Se le diagnostica **ULCERA CORNEAL PENETRANTE POR OBJETO CONTUNDENTE**, y se le da salida con control (subrayado por fuera de texto).

El 7 de noviembre de 1996, la paciente menor es nuevamente hospitalizada, y le fue realizada la ecografía sólo hasta el 6 de noviembre del 1996, la que reveló: *“Arquitectura ocular conservada, plastrón anterior que involucra el cristalino con una marcada reacción inflamatoria el vítreo anterior nos muestra algunas espigas; pero el resto se vé (sic) sin reacción inflamatoria al igual que la retina que está adherida. DX: Endotalmitis aún muy localizada al segmento anterior.”* (Fl. 263-264 c1) se lleva a cirugía donde se le realiza vitrectomía del ojo izquierdo. En la historia clínica, se señaló: *“Evolución: Ojo tranquilo hay epifroa, la lesión endotelial se ha hecho más delimitada, hay aumento de la lesión en herida corneana se toma muestra para cultivo.”*⁶⁵

A pesar de lo anterior, se realizó una segunda ecografía a la paciente sólo hasta 25 de noviembre de 1996, esto es 26 días contados desde el día de la lesión, la cual reveló: *“Arquitectura ocular conservada, con reacción del vítreo anterior y medio más o menos intensa, la retina se observa aplicada.”* (Fl. 274 c1). Finalmente, el 9 de enero de 1997, cuando el ojo presentaba mayor infección y no se podía hacer nada para salvarlo, se lleva a la paciente menor a cirugía donde se le realizó limpieza y extracción de cuerpo extraño.

Se desprende de la apreciación conjunta y armónica del acervo probatoria, que la prestación del servicio médico no fue adecuado a lo exigible para una entidad

⁶³ 8 h – Recibo pte en la sala # 4 para cirugía. Ojo Iz. Por trauma. (...) se practicó lavado quirúrgico a las 8+30 el Dr. Lagos inició cirugía a las 9h y terminó cirugía en pte. Sin complicación (...) el procedimiento. (Fl. 280 c1)

⁶⁴ Resumen de Historia Clínica No. 112308 (fl. 255 c.1)

⁶⁵ Resumen de Historia Clínica No. 112308 (fl. 255 c.1)

demandada que siendo de tercer nivel podía contar con los medios disponibles, para la época de los hechos, que hubieren permitido aplicar el procedimiento y tratamiento oportuno, eficiente y adecuado a los síntomas que presentaba la paciente menor, y no permitir que el prolongado período de atención o de observación haya, sin hesitación alguna, desembocado en el empeoramiento o deterioro de las condiciones de su ojo izquierdo, que concluyó en su pérdida total, ya que como se revela en el dictamen del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, había lugar a evitar, por lo menos, dicha pérdida.

La Sala considera que la demora en el procedimiento y tratamiento adecuado, deprecada por la parte actora, emerge de la demostración fundada como resultado de negligencia, ineptitud o incompetencia de la entidad demandada por intermedio de los facultativos que intervinieron, pues de la semiótica que revelaba la paciente, que si bien dificultaba un diagnóstico y tratamiento preciso, exigía efectuar todos los estudios y exámenes adecuados para arribar a un procedimiento certero.

En ese sentido, la Sala ha manifestado en decisiones precedentes que dicha falla se circunscribe a una consideración básica:

“La obligación de prestar asistencia médica es compleja, es una relación jurídica total, compuesta por una pluralidad de deberes de conducta (debe de ejecución, deber de diligencia en la ejecución, deber de información, deber de guardar secreto médico, etc.). Ese conjunto de deberes conforma una trama, un tejido, una urdimbre de la vida social responde a la idea de organización - más que de organismos- en punto a la susodicha relación jurídico total (...) Por tanto, aquel deber jurídico principal supone la presencia de otros deberes secundarios de conducta, como los de diagnóstico, información, recepción de la voluntad jurídica del enfermo – llamada comúnmente consentimiento del paciente-, prescripción, guarda del secreto profesional, satisfacción del plan de prestación en su integridad (actividad que supone no abandonar al enfermo y cuidar de él hasta darlo de alta)”⁶⁶ (subrayado fuera de texto).

Asimismo, la Sala encuentra que la entidad demandada no se correspondió con su deber de ejecución al no dar tratamiento expedito a la patología de la menor de 12 años con una patología de base identificada con síntomas de “visión borrosa por ojo izquierdo, irritación conjuntival y dolor. Laceración de córnea con compromiso de iris” lo que ha sido ratificado en las probanzas, ya que como el propio médico tratante lo declaró, a la menor se le vino a practicar una ecografía oftálmica 6 días después de haber estado en su consulta especializada.

⁶⁶ Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17655.

Se infiere, de las pruebas en el proceso, y en aplicación de las reglas de la experiencia, que la entidad demandada no se correspondió con la satisfacción de la prestación del servicio en su integridad⁶⁷, ya que como quedó demostrado en el plenario, la menor Johanna Hernández fue abandonada a la suerte de la evolución de la etiología que padecía, sin hallar un mínimo de cuidado, manejo y tratamiento que hubiera permitido lograr la mejoría de la paciente, y evitar las múltiples afecciones que concurrieron, los sufrimientos y el degeneramiento de su salud hasta la pérdida de su ojo izquierdo.

En cuanto al análisis probatorio, debe incorporarse la valoración del dictamen pericial rendido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, con el que se busca despejar si cabe afirmar como causa determinante de la pérdida del ojo de Johanna la no realización de la prestación oportuna y adecuada del servicio médico.

Al respecto, tres respuestas dadas por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses son contundentes en afirmar:

(...)

Cuál es el medio diagnóstico adecuado, para detectar la existencia de un objeto extraño en un ojo?

*El primer método diagnóstico es el examen directo del ojo por medio clínico lo cual consiste en la visión del ojo por medio de oftalmoscopio, lámpara de hendidura y elementos propios de la oftalmología. El siguiente método es el examen bajo anestesia que permite evaluar con precisión y sin dolor el ojo en su profundidad. **Adicional a lo mismo se cuenta con el recurso de ecografía oftálmica el cual es un método no invasivo y muestra las estructuras del ojo con un alto grado de precisión.***

Qué puede hacer el Hospital cuando un paciente no puede ser tratada quirúrgicamente por falta de equipo quirúrgico o impericia de parte del médico tratante?

El Sistema Nacional de Salud permite un manejo de referencia y contrarreferencia de los pacientes en cualquier hospital estatal del país.

En el presente caso el Hospital cuenta con los medios físicos y el personal idóneo para una atención oftalmológica.

(...)

Se podría evitar una consecuencia como la del paciente realizando un diagnóstico rápido y un tratamiento oportuno y adecuado? (Se solicita contestar esta pregunta con si o no)

Si.

(...)” (resaltado por fuera de texto)

⁶⁷ Sentencia de 17 de marzo de 2010. Exp.19756.

Finalmente, de los testimonios rendidos por los médicos tratantes se infiere que a pesar de la gravedad de la lesión que presentaba Johanna Hernández Garzón (herida corneal profunda hacia los 6 cms. irregularidad de pupila y no reactiva a la luz) fue valorada por especialista en oftalmología sólo hasta el día siguiente, sin la rigurosidad ni con la utilización de todos los recursos disponibles para llegar a un tratamiento certero, pues como el mismo doctor Lagos lo expresa se limitó, en la primera valoración, a hacer *“revisión y bajo dilatación bajo medicamentos como atropina y bajo microscopio una revisión del polo anterior del ojo”*, presumiendo la inexistencia del cuerpo extraño *“porque el cristalino se observaba intacto, lo que hace decidir que ese cristalino está intacto y no cataratoso. Porque cuando un cristalino se lesiona por cuerpo extraño o herida de cualquier tipo, inmediatamente se opacifica y se llena de líquido del humor acuoso, perdiendo su transparencia, lógicamente.”* Valoración que sostuvo por lo menos hasta el 5 de noviembre de 1996, cuando en la fórmula médica en la que ordena la práctica de la ecografía se refiere a una herida con gánzúa y dice *“al parecer, no penetra”*⁶⁸.

Corroborar la falta de diligencia y cuidado observada por el centro hospitalario demandado, la declaración del doctor Eduardo Naranjo Mejía, quien a pesar de tratar de justificar a su colega, manifestó *“En ese examen yo le cambie el tratamiento de droga, y no encontré un cuerpo extraño intraocular **después de un examen cuidadoso después volví a ver la misma paciente. En ese momento encontré el cuerpo extraño.** La pregunta es porque lo encontré después del primer examen y antes no, porque los cuerpos extraños pueden migrar (cambiar su sitio) o por el organismo rechaza el cuerpo extraño y lo cambia de lugar.”*

Luego, la Sala debe insistir en la importancia que debió tener el esclarecimiento oportuno, ágil y expedito de la patología que aquejaba a la menor Johanna Hernández, máxime cuando padecía síntomas de visión borrosa por ojo izquierdo, irritación conjuntival y dolor laceración de córnea con compromiso de iris, que en niños, tanto por los criterios médicos vertidos al proceso, como por la propia literatura científica, exige que se atienda con todos los medios disponibles, ya que el período de tiempo que transcurrió entre la primera valoración, 31 de octubre de 1996 y la fecha de la primera ecografía 6 de noviembre 1996 denota con claridad

⁶⁸ Folio 242 cuaderno 1

que la entidad demandada mantuvo en un período de observación excesivo a la menor⁶⁹.

Después de examinar los medios de prueba allegados al expediente, la Sala revocará la decisión apelada en la que se absolvió de responsabilidad patrimonial de la Empresa Social del Estado Hospital Universitario “San Juan de Dios”.

9.2 De la responsabilidad del Departamento del Quindío.

Del acervo probatorio se concluye que la entidad demandada no procedió diligentemente (esto es sus directivas, coordinadores y educadores) en adoptar las medidas de seguridad, vigilancia y corrección, tendientes a garantizar el normal desarrollo del proceso educativo y la integridad de la alumna Johanna Hernández Garzón. En efecto, el hecho ocurrió en un cambio de clase, en los cuales los alumnos deben permanecer en sus salones bajo la vigilancia permanente de un docente, obligación que se colige de la lectura del Manual de Convivencia, que rige a la entidad educativa, como de los testimonios recepcionados tanto de las directivas como de los profesores del plantel. En el momento que se ocasionó la lesión a la demandante se encontraba fuera de la clase el menor que causó la lesión junto con su acompañante, la niña Johanna Hernández Garzón y una de sus compañeras, es decir cuatro alumnos estaban en actividad diferente a la permitida sin que se percatara ninguna de las personas que tenían a su cargo la vigilancia de la conducta de los alumnos y el cumplimiento de las normas disciplinarias, poniendo de manifiesto el ineficiente control sobre los alumnos por parte del plantel educativo y la falla del servicio en que incurrió éste.

El Colegio Instituto Calarcá al desarrollar su labor educativa, olvidó que simultáneamente debía garantizar la seguridad de los demás educandos ejerciendo mayor control de las actividades y del cumplimiento del reglamento de la institución y del Manual de Convivencia, lo que para el caso en concreto implicaba el ejercicio estricto de acciones disciplinarias y correctivas frente a un alumno indisciplinado como lo era el niño causante de la lesión. En las condiciones particulares que rodearon los hechos la responsabilidad de la entidad demandada

⁶⁹ En un caso precedente la Sala manifestó: “Debe insistir la Sala, en este momento, en la importancia que tiene el esclarecimiento rápido del diagnóstico en un paciente que presenta los síntomas observados en Javier Durán Gómez, y concretamente dolor abdominal. Como se ha dicho, un período excesivo de observación conlleva, en la gran mayoría de los casos, consecuencias funestas para el paciente”. Consejo de Estado. Sec. 3ª, sentencia de 10 de febrero de 2000. Exp.11878.

se ve comprometida, ya que vulneró el deber de vigilancia que tenía sobre los alumnos, que opera ordinariamente, durante el tiempo de la jornada escolar.

En relación con el deber de vigilancia que corresponde a los maestros, ha dicho la doctrina:

“Para encontrarse en condiciones de reprochar una falta de vigilancia al demandado, la víctima debe probar que aquél soportaba esa obligación de vigilancia en el momento preciso de la realización del daño...La obligación de vigilancia se extiende incluso a las horas consagradas al recreo y a los paseos; comienza desde que el alumno queda autorizado para entrar en los locales destinados a la enseñanza y cesa desde el instante en que sale de ellos, a menos que el profesor se encargue de la vigilancia de los alumnos durante el trayecto entre el colegio y la casa; subsiste también aunque no sea ejercida efectivamente, si el profesor se ausenta sin motivo legítimo”⁷⁰.

No hay duda de que los maestros y directivos del Colegio Instituto Calarcá tenían la obligación de vigilancia de los menores puestos bajo su tutela por los padres sin que sea de recibo el argumento esgrimido por la apoderada del Departamento, según el cual *“nadie es obligado a lo imposible”*, pues a su erróneo parecer *“la función del establecimiento educativo no es la guarda permanente y continua sobre cada uno de los alumnos”*.

Ahora bien, respecto del argumento deprecado por la demandada Departamento del Quindío, según el cual el hecho generador del daño se reveló irresistible e imprevisible para la institución educativa, resulta fácilmente desvirtuable pues la jurisprudencia de esta Sección ha sostenido lo siguiente:

“En cuanto tiene que ver con (i) la irresistibilidad como elemento de la causa extraña, la misma consiste en la imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo —pues el demandado podría, en determinadas circunstancias, llegar a evitar o impedir los efectos dañinos del fenómeno, aunque este sea, en sí mismo, irresistible, caso de un terremoto o de un huracán (artículo 64 del Código Civil) algunos de cuyos efectos nocivos, en ciertos supuestos o bajo determinadas condiciones, podrían ser evitados—. Por lo demás, si bien la mera dificultad no puede constituirse en verdadera imposibilidad, ello tampoco debe conducir al entendimiento de acuerdo con

⁷⁰ MAZEAUD TUNC. Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1977, primer tomo, volumen II, pág. 545.

el cual la imposibilidad siempre debe revestir un carácter sobrehumano; basta con que la misma, de acuerdo con la valoración que de ella efectúe el juez en el caso concreto, aparezca razonable, como lo indica la doctrina: «La imposibilidad de ejecución debe interpretarse de una manera humana y teniendo en cuenta todas las circunstancias: basta que la imposibilidad sea normalmente insuperable teniendo en cuenta las condiciones de la vida»⁷¹.

En lo referente a (ii) la imprevisibilidad, suele entenderse por tal aquella circunstancia respecto de la cual "no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia"⁷², toda vez que "[P]rever, en el lenguaje usual, significa ver con anticipación"⁷³, entendimiento de acuerdo con el cual el agente causante del daño sólo podría invocar la configuración de la causa extraña cuando el hecho alegado no resulte imaginable antes de su ocurrencia, cuestión de suyo improbable si se tiene en cuenta que el demandado podría prefigurarse, aunque fuese de manera completamente eventual, la gran mayoría de eventos catalogables como causa extraña antes de su ocurrencia, más allá de que se sostenga que la imposibilidad de imaginar el hecho aluda a que el mismo jamás hubiera podido pasar por la mente del demandado o a que éste deba prever la ocurrencia de las circunstancias que resulten de más o menos probable configuración o a que se entienda que lo imprevisible está relacionado con el conocimiento previo de un hecho de acaecimiento cierto.

Sin embargo, el carácter imprevisible de la causa extraña también puede ser entendido como la condición de "imprevisto" de la misma, esto es, de acontecimiento súbito o repentino, tal y como lo expresan tanto el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, como el artículo 64 del Código Civil⁷⁴ y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la cual "[I]mprevisible será cuando se trate de un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional, de rara ocurrencia"⁷⁵. La recién referida acepción del vocablo "imprevisible" evita la consecuencia a la cual conduce el entendimiento del mismo en el sentido de que se trata de aquello que no es imaginable con anticipación a su ocurrencia, toda vez que esta última comprensión conllevaría a que la causa extraña en realidad nunca operase, si se tiene en cuenta que prácticamente todos los sucesos que ocurren a diario ya han sido imaginados por el hombre.

No está de más señalar, en cualquier caso, que la catalogación de un determinado fenómeno como imprevisible excluye, de suyo, la posibilidad de que en el supuesto concreto concorra la culpa del demandado, pues si éste se encontraba en la obligación de prever la ocurrencia del acontecimiento al cual se pretende atribuir eficacia liberatoria de responsabilidad y además disponía de la posibilidad real y razonable de hacerlo, entonces los efectos dañinos del fenómeno correspondiente resultarán atribuibles a su comportamiento culposo y no al advenimiento del anotado suceso. Culpa e imprevisibilidad, por tanto, en un mismo supuesto fáctico, se excluyen tajantemente.

⁷¹ Nota original en la sentencia Citada: ROBERT, André, *Les responsabilités*, Bruselas, 1981, p. 1039, citado por TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, cit., p. 19.

⁷² Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 20 noviembre de 1989, *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XIX, Bogotá, Legis, p. 8.

⁷³ Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 mayo de 1936, *Gaceta Judicial*, tomo XLIII, p. 581.

⁷⁴ Nota original en la sentencia Citada: Cuyo tenor literal es el siguiente: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc".

⁷⁵ Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 26 de enero de 1.982, *Gaceta Judicial*, tomo CLXV, p. 21.

Así pues, resulta mucho más razonable entender por imprevisible aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia. En la dirección señalada marcha, por lo demás, la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha matizado la rigurosidad de las exigencias que, en punto a lo “inimaginable” de la causa extraña, había formulado en otras ocasiones:

(...)

Y, por otra parte, en lo relacionado con (iii) la exterioridad de la causa extraña, si bien se ha señalado que dicho rasgo característico se contrae a determinar que aquella no puede ser imputable a la culpa del agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad, quizás sea lo más acertado sostener que la referida exterioridad se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, pues más allá de sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración —al menos con efecto liberatorio pleno— de causal de exoneración alguna, tampoco puede perderse de vista que existen supuestos en los cuales, a pesar de no existir culpa por parte del agente o del ente estatal demandado, tal consideración no es suficiente para eximirle de responsabilidad, como ocurre en los casos en los cuales el régimen de responsabilidad aplicable es de naturaleza objetiva, razón por la cual la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada⁷⁶.

En síntesis, se encuentra plenamente demostrada la falla del servicio por omisión de la entidad demandada en el cumplimiento del deber legal y constitucional de garantizar las condiciones necesarias de seguridad, encaminadas a proteger la vida e integridad de los alumnos por sustraerse del deber de custodia y vigilancia que su posición de garante le impone. Por tanto se dan los presupuestos requeridos para imponer la obligación indemnizatoria a la entidad demandada.

10 Perjuicios.

10.1 Perjuicios morales.

En los eventos en los que se sufre una lesión y ésta es imputable al Estado, ello puede desencadenar la indemnización de perjuicios morales, y su tasación

⁷⁶ Consejo de Estado. Sentencia del 26 de marzo de 2008, Expediente No. 16.530.

dependerá de la gravedad del daño padecido, de tal manera que las personas que se sientan perjudicadas por dicha situación, podrán reclamar indemnización de perjuicios acreditando el parentesco con la víctima directa del daño, pues éste se convierte en un indicio suficiente para tener por demostrado el perjuicio sufrido, siempre que no hubieren pruebas en el plenario que indiquen o demuestren lo contrario, y su tasación, como se anotó, será proporcional al daño padecido.

Si bien a partir de 2001 la jurisprudencia viene aplicando como criterio de estimación de los perjuicios morales el salario mínimo mensual legal vigente (en una suerte de equivalencia con los gramos oro reconocidos en la primera instancia), no deja de seguir siendo un ejercicio discrecional (*arbitrio iudicis*) del juez de tasar tales perjuicios, sin lograr, aún, la consolidación de elementos objetivos en los que pueda apuntarse la valoración, estimación y tasación de los mismos, con lo que se responda a los principios de proporcionalidad y razonabilidad con lo que debe operar el juez y, no simplemente sustentarse en la denominada “cierta discrecionalidad”.

Así mismo, para el reconocimiento y tasación el juez se sujeta al criterio determinante de la intensidad del daño, que usualmente se demuestra con base en las pruebas testimoniales las cuales arrojan una descripción subjetiva de quienes, por la cercanía, conocimiento o amistad deponen en la causa, restando objetividad a la determinación de dicha variable, cuya complejidad en una sociedad articulada, plural y heterogénea exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada de los perjuicios morales, sin que se constituya en tarifa judicial o, se pretenda el establecimiento de una tarifa legal.

De acuerdo con lo anterior, la Sala empleará un test de proporcionalidad para la liquidación de los perjuicios morales. El fundamento de éste test no es otro que el principio de proporcionalidad, según el precedente jurisprudencial constitucional, dicho principio comprende tres sub principios que son aplicables al mencionado test: idoneidad, necesidad y la proporcionalidad en el sentido estricto.

En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como intensidad del dolor, alcance y dosificación de la incapacidad.

En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes.

Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del daño y su desdoblamiento.⁷⁷

En el caso que se encuentren reunidos los requisitos de **idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido**, se tasa así:

	Con convivencia	Sin convivencia pero con relación de cercanía	Sin convivencia y sin relación de cercanía (simple presunción de Registro Civil)
Familiares inmediatos y cónyuge	100 SMMLV	50 SMMLV	25 SMMLV
Familiares derivados	50 SMMLV	25 SMMLV	10 SMMLV

Hechas las anteriores precisiones, puede inferirse, aplicando las reglas de la experiencia, que las demandantes tienen un nexo afectivo importante y no se comparte la decisión del a quo en desconocerlo por el hecho de no habitar en el mismo inmueble, pues de esta circunstancia no puede deducirse la inexistencia de lazos de alianza y solidaridad entre ellas, y que, por lo tanto, aquéllas no sufrieron con la lesión padecida por Johanna que desencadenó la pérdida del ojo izquierdo. En ese orden, pueden considerarse suficientes, entonces, las pruebas del parentesco aportadas al proceso para tener demostrado el daño moral reclamado por las demandantes, en atención a que no se desvirtuó tal presunción.

Para el caso concreto, la lesión de la menor (para la época de los hechos) es una circunstancia que debía producir una afectación evidente y sustancial en la esfera moral de sus padres, en el caso concreto de la madre, atendiendo a los nexos o lazos propios a la construcción de la idea de familia, garantizada nuclearmente por el artículo 42 de la Carta Política. Y sin duda, se trata de un perjuicio cuya intensidad, necesidad y proporcionalidad debe orientarse hacia sus efectos imborrables y perennes, no sólo en la esfera moral de la menor, cuya lesión puede

⁷⁷ Corte Constitucional Sentencias C-872 de 2003, C-125 de 2003, C-858 de 2008, entre otras.

derivar una degradación de su autoestima y en la consideración de su propia persona, sino también en cuanto a la valoración del socavamiento de los sentimientos maternos, cuya superación no se encuentra sólo en la compensación económica.

Pese a esto, la Sala mantiene el fundamento compensatorio de valoración y tasación del perjuicio moral, advirtiendo que el mismo no es suficiente para dejar indemne a aquella que lo sufre, ni para responder a la máxima de la restitutio in integrum. Lo anterior, tiene sustento doctrinal cuando se afirma que el “hombre libre y su integridad física están muy por encima de semejante tasación pecuniaria (liberum corpus nullam aestimationem recipit, D.9,1,3; D.9,3,7)”⁷⁸. La compensación económica, por lo tanto, ofrece sólo una forma de satisfacción que obra en virtud del sentimiento de justicia y de la búsqueda del reequilibrio del bienestar del afectado⁷⁹.

Así las cosas la Sala considera que una tasación adecuada, en aplicación del test de proporcionalidad, de los perjuicios morales reclamados por los demandantes con ocasión de la lesión sufrida por Johanna Hernández Garzón, será la suma de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes para esta última, y de 25 salarios mínimos mensuales legales vigentes para Orbilia Garzón Castaño.

En ese orden, la Sala liquidará la indemnización por los perjuicios morales a favor de las demandantes, en las cantidades siguientes:

Johanna Hernández Garzón (víctima)	100 smlmv
Orbilia Garzón Castaño (madre)	25 smlmv

9.2. Perjuicios materiales.

En materia de perjuicios materiales las demandantes reclaman el pago de los perjuicios a título de lucro cesante futuro, el cual fue reconocido por el a quo en la suma de \$11'123.495,74. Sin embargo, la Sala procederá a actualizar la condena,

⁷⁸ ". FISCHER, Hans. A. *Los daños civiles y su reparación*. Madrid, Librería General de Vicotriano Suárez, 1928, p.,227.

⁷⁹ "Si la indemnización en metálico no puede restablecer por sí el equilibrio perturbado de nuestro bienestar, puede procurar la adquisición de otros bienes que mitiguen el daño". FISCHER, Hans. A. *Los daños civiles y su reparación*. Madrid, Librería General de Vicotriano Suárez, 1928, p.,228.

de conformidad con la variación de índices de precios al consumidor certificados por el DANE, según la siguiente fórmula:

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

Dónde:

V_p: Valor presente de la renta.

V_h: Capital histórico o suma que se actualiza.

Índice final certificado por el DANE a la fecha de esta sentencia: 108.05

Índice inicial a la fecha de la sentencia dictada por el a quo: 62.64

$$V_p: \$11'123.495,74 \frac{108.05 \text{ (IPC julio de 2011)}}{62.64 \text{ (IPC enero de 2001)}}$$

$$V_p: \$19'187.320.00$$

Por lo tanto, la Sala condenará por perjuicios materiales por concepto de lucro cesante futuro a favor Johanna Hernández Garzón a la suma actualizada de \$19'187.320.00

9.3. Perjuicio fisiológico.

En cuanto a los perjuicios fisiológicos se tiene que en la demanda se solicitó el reconocimiento de dichos perjuicios para Johanna Hernández Garzón por un valor de 2000 gramos oro.

Las reglas de la experiencia indican que Johanna Hernández sufrió profundas alteraciones, no sólo como consecuencia de la incapacidad dictaminada, sino especialmente porque las condiciones de vida y expectativas de progreso personal se han visto limitadas y restringidas sus respectivas esferas de desenvolvimiento social y laboral, lo que lleva a que se revela, en la presencia de un trauma psicológico que perturba el despliegue de las actividades que ordinariamente realice la demandante.

En el más reciente precedente de la Sala, se señala el curso que ha tenido la jurisprudencia para definir el perjuicio fisiológico,

“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 continuación⁸⁰:

“1. El mal llamado perjuicio fisiológico se conoce en el derecho francés como perjuicio de placer (prejudice d'agrément), loss of amenity (sic) of the life (pérdida del placer de la vida) en el derecho anglosajón o daño a la vida de relación en el derecho italiano⁸¹

“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 por la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades placenteras⁸²

“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 objetivo que se distingue esencialmente del perjuicio moral reparado bajo la denominación de perjuicio de placer⁸³.

“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 (recreativa, 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 Schmerzgeld) o precio del dolor, especie también del daño extrapatrimonial, ni con el daño material (daño emergente y lucro cesante, art.1613 del C.C.).

“(...)

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

⁸⁰ Consejo de Estado, Sección tercera, exp.10.241, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁸¹ Algunos autores han sugerido llamar a este perjuicio *préjudice de désagrément*, perjuicio por desagrado. Cfr. Yvez (sic) Chartier, citado por Javier Tamayo Jaramillo, De la responsabilidad civil, T.II, de los perjuicios y su indemnización. Bogotá, Ed. Temis, 1986, pág.147.

⁸² Max Le Roy. L'évaluation du préjudice corporel. Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1989. p.66.

⁸³ *Ibidem*, p.67.

con fundamento en el siguiente razonamiento que se transcribe in extenso⁸⁴:

*“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 aquélla, 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 permitía considerar el perjuicio sufrido por la lesión a uno solo de los derechos de la personalidad, la integridad física⁸⁵. 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...
(...)*

*“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. 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.
(...)*

*“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 las 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”*

⁸⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2000, exp.11842, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

⁸⁵ 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 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.

Recientemente, el precedente de la Sala consolida el alcance de este perjuicio expresando,

“Los perjuicios fisiológicos, comprendidos dentro de lo que se ha denominado como grave alteración a las condiciones de existencia derivadas de la afección que un perjuicio físico causa en el desarrollo social, personal del afectado cuando la lesión es de carácter permanente, se hayan acreditados en caso, puesto que si bien no se aportó una prueba idónea para el establecer que la afección hubiere producido en el paciente una disminución de su capacidad laboral, sí se acreditó que el hecho imputable a la Administración le produjo “deformidad física, perturbación funcional de miembro inferior derecho, perturbación funcional del órgano de la locomoción y perturbación funcional del sistema nervioso periférico. Todas las anteriores de carácter permanente”, según datos consignados en el dictamen practicado por el Instituto de Medicina Legal. Además, las declaraciones de Lindelia Peralta Paula y Carlos Astorquiza Aguierra relatan que el menor quedó cojo de una pierna, lo cual le produce serios problemas de locomoción, razón por la cual permanece constantemente acostado, puesto que no puede movilizarse por sí solo, ahora no ha vuelto a jugar, además sufre de constantes dolores, todo lo cual ha hecho que el desarrollo normal de su vida se vea afectado en un cien por ciento. Con fundamento en lo anterior, la Sala encuentra acreditado que con la actuación de la entidad demandada se causó un perjuicio a Luis Eduardo Toro Murillo que afecta en buena medida su desarrollo personal, social y sentimental, razón por la cual confirmará la sentencia en cuanto impuso una condena de 50 S.M.L.M.V., precisando que la misma deviene no sólo del perjuicio fisiológico sino de la grave alteración a las condiciones de existencia que sufre el lesionado”⁸⁶.

En ese orden la Sala considera que una tasación adecuada de los perjuicios fisiológicos reclamados por Johanna Hernández Garzón con ocasión de las lesiones que sufrió, será la suma de 40 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Es así como en el presente caso resulta evidente para la Sala que cabe endilgar solidariamente⁸⁷ la responsabilidad por los perjuicios causados, específicamente con ocasión de las lesiones padecidas por Johanna Hernández Garzón, al Departamento del Quindío y a la Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Juan de Dios.

⁸⁶ Sentencia de 11 de febrero de 2009. Exp.17050.

⁸⁷ Código Civil artículo 2344. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355. Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso.

En consecuencia se dispondrá que respecto del pago de la condena que efectúe el Departamento del Quindío, este podrá exigir el reembolso de la misma al Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Juan de Dios.

En relación con la llamada en garantía Compañía Agrícola de Seguros S.A., se tiene que en el escrito de respuesta al llamamiento acepta la existencia de la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 96020048 con una vigencia comprendida desde el 15 de octubre al 31 de diciembre de 1996 e invoca se le reconozca la exclusión del amparo por "*Dolo o culpa grave del tomador, asegurado o beneficiario*" contenida en el numeral 2.1.1 del acápite 2 de las "Condiciones Generales" de la póliza de responsabilidad civil extracontractual.

Sobre el particular, no se tendrá en cuenta la deprecada exclusión comoquiera que no es posible bajo ningún punto de vista predicar dolo o culpa grave a una persona jurídica, por lo tanto, se tendrá por realizado el riesgo asegurado para efectos de la indemnización y cumplimiento de la obligación del asegurador, teniendo en cuenta que obra en el expediente la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. No. 96020048 vigente para la época de los hechos y la confesión del apoderado, realizada en el escrito de contestación al llamado en garantía de conformidad con el artículo 1046⁸⁸ del Código de Comercio.

Por último, en relación con las excepciones "*Inepta demanda*" y "*el eventual incumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de las obligaciones derivadas de un contrato o de cualquier responsabilidad civil contractual*", no están llamadas a prosperar toda vez que frente a la primera de ellas no se advierte incapacidad incompetencia de los órganos jurisdiccionales ni la incapacidad procesal de las partes⁸⁹ y; respecto de la segunda, no se probó el incumplimiento total, parcial,

⁸⁸ Código de Comercio Artículo 1046. PRUEBA DEL CONTRATO DE SEGURO - PÓLIZA. Subrogado por el art. 3, Ley 389 de 1997. El nuevo texto es el siguiente: El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión.

Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza, el que deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador.

La Superintendencia Bancaria señalará los ramos y la clase de contratos que se redacten en idioma extranjero.

⁸⁹ "Para que pueda constituirse la obligación del juez de proveer las demandas, se requieren algunas condiciones que se llaman presupuestos procesales. No sólo deben existir tres sujetos un órgano investido de jurisdicción ordinaria y dos partes reconocidas por el derecho como sujetos de derecho (capacidad para ser parte), sino que deben tener ciertos requisitos de capacidad competencia de los órganos jurisdiccionales; capacidad procesal de las partes, y en algunos casos el poder de pedir en nombre propio la actuación de una voluntad de ley que garantice un bien a otros, lo que se llama sustitución procesal.

tardío o defectuoso de las obligaciones que le correspondían a la asegurada Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Juan de Dios.

En consecuencia, a esta entidad aseguradora le corresponde rembolsar a la entidad condenada, una vez cancele lo ordenado por la jurisdicción, el monto máximo del valor asegurado de acuerdo con las cláusulas pertinentes del contrato de seguro.

Finalmente, merece para la Sala un enérgico reproche en relación con la actitud desplegada por las demandadas, quienes gracias a consecutivas omisiones, dilaciones, errores, negligencias, faltas al deber de vigilancia y cuidado, que ameritan investigación, contribuyeron a la concreción del hecho dañoso consistente en la pérdida total e irreparable del ojo izquierdo Johanna Hernández Garzón, con el agravante que para la época de los hechos, se trataba de una menor de edad que merecía, como hoy lo merecen todos los niños, de una especial protección por partes de las entidades estatales.

Adicionalmente, y acogiendo el precedente de la Sala que incorpora a nuestro concepto de reparación integral las denominadas medidas de reparación no pecuniarias, se ordenará, con el objeto de responder al “principio de indemnidad” y a la “restitutio in integrum”, y bajo el amparo del artículo 16 de la ley 446 de 1998, que se cumpla con las siguientes obligaciones que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión: 1) la realización de un acto público conjunto, por parte de las demandadas, en el que se ofrezca disculpas a Johanna y a su familiares, con la asistencia del cuerpo docente y escolar de la institución educativa, en la plaza central de la misma; 2) se deberá publicar la parte resolutive de esta sentencia en un medio de circulación departamental; 3) en un término de seis (6) meses el Departamento del Quindío deberá cumplir con la publicación de los manuales y reglamentos de convivencia educativa y ciudadana en la institución educativa objeto del proceso; 4) se ordenará que se compulse copias ante las autoridades competentes para estudien si hay lugar o no a iniciar las investigaciones tanto disciplinarias, como penales en contra de las directivas y profesores del Colegio Instituto Calarcá que laboraban en dicha institución para la

(...)

Faltando una de estas condiciones, no nace la obligación del juez de proveer en el fondo. Aún en este caso tiene una obligación el juez: la de declarar la razón por la cual no puede proveer.” José Chiovenda, Principios de Derecho Procesal Civil, Editorial Reus S.A., Madrid. 1977; tomo I, págs. 125 y 126.

época de los hechos, así como al médico tratante Miguel Ángel Lagos Roa. De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar al despacho sendos informes del cumplimiento de lo aquí ordenado como medidas de reparación, dentro de los cuarenta y cinco días (45) siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

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

FALLA

MODIFIQUESE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío de 11 de enero de 2001, por las razones expuestas en este proveído y el su lugar se dispone;

PRIMERO. DECLÁRESE a la Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Juan de Dios, administrativamente responsables por los perjuicios causados a las demandantes, con ocasión de las lesiones padecidas por Johanna Hernández Garzón, derivada de las consecutivas omisiones, dilaciones y equívocos durante todo el servicio médico prestado.

SEGUNDO. DECLARESE a la Nación - Ministerio de Educación - Departamento del Quindío, administrativamente responsable por los perjuicios causados a las demandantes, con ocasión de las lesiones padecidas por Johanna Hernández Garzón, derivada de la omisión del deber de custodia del establecimiento educativo y la posición de garante que ostenta respecto de los alumnos.

TERCERO. CONDÉNESE a la Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Juan de Dios y a la Nación - Ministerio de Educación - Departamento del Quindío a pagar solidariamente por perjuicios morales a cada una de las siguientes personas los siguientes valores: a Johanna Hernández Garzón (lesionada) cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes y; a Orbilia Garzón Castaño (madre) veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CUARTO. CONDENESE a la Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Juan de Dios y a la Nación - Ministerio de Educación - Departamento del Quindío a pagar solidariamente por concepto de perjuicios fisiológicos a favor Johanna Hernández Garzón (lesionada) cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

QUINTO. CONDENESE a la Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Juan de Dios y a la Nación - Ministerio de Educación - Departamento del Quindío a pagar solidariamente por concepto de lucro cesante futuro a favor Johanna Hernández Garzón a la suma actualizada de diecinueve millones ciento ochenta y siete mil trescientos veinte pesos (\$19'187.320.00).

SEXTO. La Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Juan de Dios podrá con fundamento en esta sentencia y una vez en firme, solicitar el reembolso al Departamento del Quindío de lo pagado a los demandantes.

SEPTIMO. CONDÉNESE a Compañía Agrícola de Seguros S.A. a reembolsar a la entidad condenada Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Juan de Dios, una vez aquella cancele lo ordenado por la jurisdicción, el monto máximo del valor asegurado de acuerdo con las cláusulas pertinentes del contrato de seguro.

OCTAVO. ORDÉNESE a la Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Juan de Dios y a la Nación - Ministerio de Educación - Departamento del Quindío para que en un medio de publicación local se ofrezca una excusa pública a los padres y a Johanna Hernández Garzón.

NOVENO. DÉSE cumplimiento a: 1) la realización de un acto público conjunto, por parte de las demandadas, en el que se ofrezca disculpas a Johanna y a su familiares, con la asistencia del cuerpo docente y escolar de la institución educativa, en la plaza central de la misma; 2) se deberá publicar la parte resolutive de esta sentencia en un medio de circulación departamental; 3) en un término de seis (6) meses el Departamento del Quindío deberá cumplir con la publicación de los manuales y reglamentos de convivencia educativa y ciudadana en la institución educativa objeto del proceso; 4) se ordenará que se compulse copias ante las autoridades competentes para estudien si hay lugar o no a iniciar las investigaciones tanto disciplinarias, como penales en contra de las directivas y profesores del Colegio Instituto Calarcá que laboraban en dicha institución para la

época de los hechos, así como al médico tratante Miguel Ángel Lagos Roa. De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar al despacho sendos informes del cumplimiento de lo aquí ordenado como medidas de reparación, dentro de los cuarenta y cinco días (45) siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

DÉCIMO. DENIÉGUESE las demás súplicas de la demanda.

UNDECIMO. Para el cumplimiento de esta sentencia expídase copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias de la parte actora serán entregadas al apoderado que ha venido actuando.

DECIMOSEGUNDO. Cúmplase lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

DECIMOTERCERO. ABSTÉNGASE de condenar en costas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

OLGA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado

ACLARACION DE VOTO DE LA DOCTORA OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

LIQUIDACION DE PERJUICIOS MORALES – Aplicación del test de proporcionalidad / APLICACION DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD - Se desconoce la facultad discrecional del juzgador y se establece una tarifa legal / TEST DE PROPORCIONALIDAD - Permite tasar los perjuicios morales

a través de una tabla con valores preestablecidos / TEST DE PROPORCIONALIDAD - Consecuencia de la discrecionalidad del Magistrado Ponente

Si bien comparto la parte resolutive de la misma, me aparto de la forma en la que se invita a liquidar los perjuicios morales a manera de test, por cuanto al establecer unos criterios objetivos para su tasación, se está desconociendo la facultad discrecional del juzgador, y en cierta medida, se establece una tarifa legal. (...) consideró que la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto, son los criterios objetivos que deberán tenerse en cuenta al momento de tasar los perjuicios morales (...) este Despacho se aparta del análisis realizado en la sentencia aclarada, a propósito del test de proporcionalidad que permite tasar los perjuicios a ser reconocidos a título de perjuicios morales a través de una tabla que impone valores preestablecidos, por cuanto al tratarse de un daño netamente subjetivo, son las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos, y el estudio de los efectos que el daño causó en quienes acuden a la jurisdicción para que les sean reconocidos los perjuicios sufridos, los que sirven de fundamento a la tasación. (...) este Despacho entiende que el test a través del cual la sentencia invita a liquidar los perjuicios morales, es consecuencia de la discrecionalidad judicial del Magistrado Ponente, y en ningún caso obliga a la Sección a formular criterios objetivos ni a tasar los perjuicios siguiendo los parámetros y valores por él propuestos.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de agosto dos mil once (2011)

Radicación número: 63001-23-31-000-1998-00812-01(20144)

Actor: ORBILIA GARZON CASTAÑO Y OTRA

Demandado: NACION-MINISTERIO DE EDUCACION-DEPARTAMENTO DEL QUINDIO; HOSPITAL DEPARTAMENTAL UNIVERSITARIO DEL QUINDIO SAN JUAN DE DIOS

ACLARACION DE VOTO

Con la debida consideración y respeto por las decisiones de la Sala, procedo a aclarar el voto con relación al contenido de la sentencia de la referencia. En efecto, si bien comparto la parte resolutive de la misma, me aparto de la forma en la que se invita a liquidar los perjuicios morales a manera de test, por cuanto al

establecer unos criterios objetivos para su tasación, se está desconociendo la facultad discrecional del juzgador, y en cierta medida, se establece una tarifa legal.

La sentencia sostiene que “(...) si bien a partir de 2001 la jurisprudencia viene aplicando como criterio de tasación de los perjuicios morales el salario mínimo mensual legal vigente (en una suerte de equivalencia con los gramos oro reconocidos en la primera instancia), no deja de seguir siendo un ejercicio discrecional (arbitrio iudicis) del juez, **sin lograr aún, la consolidación de criterios objetivos en los que pueda apuntarse la valoración y tasación de los mismos, con lo que se responda a los principios de proporcionalidad y razonabilidad con base en los cuales debe decidir el juez y, no simplemente sustentarse en una “cierta discrecionalidad”** (negritas fuera de texto).

Conforme a lo anterior, consideró que la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto, son los criterios objetivos que deberán tenerse en cuenta al momento de tasar los perjuicios morales en el siguiente sentido:

1. En cuanto a la idoneidad, “(...) debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego”.
2. En cuanto a la necesidad, “(...) la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes. Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de los criterios propios a la idoneidad, de tal manera que la indemnización se determine atendiendo a la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima

lesionada). Lo anterior, debe permitir concretar un mayor quantum indemnizatorio cuando se trata del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios que deben obrar en función del principio de idoneidad”.

3. Por último, en relación con la proporcionalidad, la sentencia explica que “(...) *con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, y su desdoblamiento, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto”.*

Todo lo anterior, para concluir que la liquidación de los perjuicios para los familiares inmediatos y cónyuge se hará en los siguientes términos:

- En los casos en donde esté demostrado el requisito de **idoneidad**, si se comprueba la convivencia se reconocerá una suma de 50 SMMLV, si no se probó la convivencia pero sí la relación de cercanía la suma de 10 SMMLV, y con la simple presunción del Registro Civil 5 SMMLV.
- Si adicionalmente se encuentra conjugado el criterio de **necesidad** la liquidación será de 80 SMMLV si se comprueba la convivencia, 20 SMMLV si no se probó la convivencia pero sí la relación de cercanía, y 10 SMMLV con la simple presunción del Registro Civil.
- Finalmente, si del estudio del acervo probatorio se encuentran reunidos los tres criterios descritos (idoneidad, necesidad y proporcionalidad), la liquidación ascenderá a 100 SMMLV siempre que se pruebe la convivencia, 50 SMMLV si no se probó la convivencia pero sí la relación de cercanía, y 25 SMMLV con la simple presunción del Registro Civil.

No se comparten dichas conclusiones por las siguientes razones:

1. La existencia del daño moral, aunque reconocida, no siempre fue resarcida. En efecto, debido a consideraciones éticas y jurídicas se consideraba que el dolor no tenía precio⁹⁰ y que la dignidad estaba por encima de cualquier tasación pecuniaria. No obstante, en Colombia, la Corte Suprema de Justicia a través del famoso caso Villaveces⁹¹, ordenó, por vez primera, el resarcimiento del daño moral sufrido por el actor, quien demandó al municipio de Bogotá para que le fueran reconocidos los perjuicios causados con ocasión de la destrucción del mausoleo en el que se encontraba enterrada su esposa, cuyos restos mortales fueron depositados en una fosa común.

En efecto, se consideró que la reparación del daño moral pretendía reconocer el dolor sufrido (*pretium doloris*), dolor que en ningún caso se aspira pagar, pero sí aligerar, de acuerdo con el valor determinado por dictamen pericial; así las cosas, el dinero cumpliría no sólo la función de equilibrar el patrimonio menoscabado, sino que apostaría también por satisfacer el sufrimiento ocasionado⁹².

2. Gracias al desarrollo progresivo de la jurisprudencia, se han venido reconociendo cada vez más daños morales resarcibles, pues además de las lesiones a la honra o la dignidad reconocidas por la Corte Suprema de Justicia desde 1924, se ha condenado a la reparación de los daños morales por afectaciones a la fama de una persona⁹³, por atentados a las libertades y derechos fundamentales, por la muerte o lesión de parientes próximos⁹⁴ o

⁹⁰ La jurisprudencia francesa consideró, hasta 1961 con la providencia del Consejo de Estado del 24 de noviembre del mismo año – LETISSERAND-, que las lágrimas nunca se amonedan (*les larmes ne se monnayent point*) y por consiguiente se reusaba a reparar el daño causado por el dolor moral.

⁹¹ Corte Suprema de Justicia; Sala de casación civil; Sentencia del 22 de agosto de 1924; M.P. Tancredo Nannetti; Gaceta judicial T XXI. p. 82.

⁹² Cfr. TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II.

⁹³ Corte Suprema de Justicia; Sala de Negocios Generales; Sentencia del 20 de noviembre de 1933; M.P. Enrique Becerra; Gaceta judicial T. XXXIX. P. 197.

⁹⁴ Presunción del dolor que sufren los parientes próximos de una víctima, de acuerdo con lo consignado en la sentencia del 28 de octubre de 1942, de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Anibal Cardoso.

amigos que demuestren la intensidad de la afectación⁹⁵, por las lesiones personales sufridas por la víctima, sus parientes próximos y padres de crianza, e incluso, por los menoscabos sufridos por personas jurídicas.

3. Para su tasación, en principio, se siguió lo que definiera el dictamen pericial cuya práctica se ordenara con el fin de tasar el daño moral. Posteriormente, en virtud de un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, se estableció el arbitrio judicial para cuantificar el perjuicio moral⁹⁶, no obstante poderse valer de peritos para determinar la existencia misma y la intensidad del sufrimiento alegado con el daño causado. Para lograrlo, se siguió lo dispuesto en el artículo 95 del Código Penal de 1936, en virtud del cual en caso de no ser fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por un delito, el juez tenía la potestad de fijar el monto (*quantum*) de la indemnización sin exceder de la suma de dos mil pesos, de acuerdo con su prudente arbitrio o discrecionalidad judicial, teniendo siempre en cuenta la intensidad del daño que se encuentre demostrada dentro del proceso.

4. En virtud de esta potestad, desde el año 1941, correspondió a la sana crítica del juzgador, evaluar los elementos probatorios que le permitieran tasar los perjuicios cuya cuantificación, si bien no estaba constreñida a respetar el tope máximo descrito en el artículo 95 del Código Penal citado, sí debía servirse del mismo para fallar. No obstante, en sentencia del 27 de septiembre de 1974, la Corte Suprema de Justicia condenó al pago de treinta mil pesos por lo que consideró el más alto dolor por la muerte de un ser querido, subrayando que el tope máximo al que hace referencia el Código Penal, solamente sirve para tasar los perjuicios ocasionados con la comisión de un delito y en ningún momento restringe la potestad del juez de reconocer mayores valores. Y no podía ser de otra forma, cuando el propio Código Civil (artículo 17) prohíbe al juez proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria.

⁹⁵ Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Civil; Sentencia del 13 de mayo de 1988; M.P. Alejandro Bonivento Fernández. Y Corte Suprema de Justicia; Sala de Negocios Generales; Sentencia del 12 de marzo de 1937; M.P. Pedro Gómez Naranjo.

⁹⁶ Corte Suprema de Justicia; Sala de Negocios Generales; Sentencia del 20 de junio de 1941; M.P. Hernán Salamanca.

En efecto, el Consejo de Estado ha impuesto condenas, en contra de la administración, superiores a las cifras utilizadas por la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta la aflicción, el dolor, las consecuencias y las limitaciones causadas a los afectados⁹⁷, argumentando que el daño es una situación de facto que debe ser reconocida en sus justas proporciones siempre que se encuentre probado.

5. A partir del año 2001, se dispuso una tasación en salarios mínimos legales mensuales vigentes como forma de liquidar los perjuicios morales por considerar que lo establecido en el Código Penal no es aplicable a la jurisdicción contenciosa administrativa⁹⁸. Así, las cosas, la Jurisprudencia tiene decantado, que el daño moral resarcible es aquél cierto, personal y antijurídico, y su tasación depende entonces, de su intensidad, la cual deberá estar probada en cada caso y liquidados en salarios mínimos.
6. A propósito de la tasación del daño moral en términos de precio, es numerosa la producción jurisprudencial y doctrinaria que coincide, en su mayoría, en la inconveniencia, dentro del ámbito jurídico y del sistema económico, de la formulación e imposición de elementos o variables objetivos que permitan una medición dineraria definida del valor dañoso. Lo anterior, por cuanto dicha función precisamente se encuentra en cabeza del juez quien goza de discrecionalidad judicial, facultad también conocida como arbitrium judicis, o arbitrio juris.

Por ejemplo, la jurisdicción contenciosa argentina ha sostenido que *“El daño moral se caracteriza por los padecimientos o molestias que hieren las afecciones legítimas de quien lo sufre; la comisión de un acto antijurídico permite por sí sola presumir su existencia. La evaluación del daño moral no*

⁹⁷ Ver. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 14 de febrero de 1992; Exp. 6477; C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 25 de septiembre de 1997; Exp. 10421; C.P. Ricardo Hoyos Duque. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 19 de julio de 2000; Exp. 11842; C.P. Alier Hernández Enríquez. Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 6 de septiembre de 2011; Exp. 13232-15646 C.P. Enrique Gil Botero. Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; Sentencia del 19 de octubre de 2007; C.P. Enrique Gil Botero; Exp. 29273.

⁹⁸ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 6 de septiembre de 2001; Exp. 13232 y 15646; C.P. Alier Eduardo Hernández

está sujeta a cánones estrictos, corresponde a los jueces establecer prudentemente el quantum indemnizatorio tomando en cuenta su función resarcitoria, el principio de reparación integral, la gravedad de la lesión espiritual sufrida y el hecho generador de la responsabilidad, sin que quepa establecer ninguna relación forzosa entre el perjuicio material y el moral”⁹⁹.

En el mismo sentido, “El daño moral tiene una naturaleza resarcitoria, y para fijar su quantum no es menester recurrir inexorablemente a criterios puramente matemáticos, ni es necesaria una estricta correspondencia con otros rubros indemnizables, que, incluso, pueden no llegar a existir; sin embargo la circunstancia de que, por aplicación de tales principios, la estimación del monto no se encuentre sujeta a parámetros fijos, y sí, en cambio, a la libre apreciación judicial basada en las circunstancias particulares del caso y en la magnitud de los intereses extrapatrimoniales comprometidos, no significa que por esas vías se logren beneficios o enriquecimientos desmedidos e injustos”¹⁰⁰.

7. De acuerdo con lo anterior, este Despacho se aparta del análisis realizado en la sentencia aclarada, a propósito del test de proporcionalidad que permite tasar los perjuicios a ser reconocidos a título de perjuicios morales a través de una tabla que impone valores preestablecidos, por cuanto al tratarse de un daño netamente subjetivo, son las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos, y el estudio de los efectos que el daño causó en quienes acuden a la jurisdicción para que les sean reconocidos los perjuicios sufridos, los que sirven de fundamento a la tasación.

8. En esta materia, no hay verdades absolutas, cada caso en concreto que se estudia y analiza es un universo totalmente independiente, y ello se vislumbra con mayor claridad al momento de la tasación o quantum de los perjuicios y riñe con la realidad la tabla que se propone en el fallo que se aclara, sea tenida en cuenta para la fijación del monto de los perjuicios morales y hacerla

⁹⁹ CFed San Martín 8/11/91, “B.,J.O. c/Transportes automotores Lujan SA”, LL,1992-C-570.

¹⁰⁰ CNContAdmFed, Sala I, 25/6/91, “M.,N.V y otro c/Estado nacional/Policia Federal y otro”, LL,1992-E-53, con nota de Sandra Wierzba y Silvia A Muller.

extensiva a todos los casos, sería fijar unas condiciones de manera matemática y poco flexibles, cuando la vida diaria demuestra que aquellas pueden ser distintas en cada caso particular.

Así las cosas, es en este escenario, en el que interviene la función del juzgador, quien en su discrecionalidad judicial, deberá hacer una valoración integral del acervo probatorio con el fin de establecer la medida compensatoria que considere más apropiada para aliviar el dolor sufrido por quienes ponen en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado.

En efecto, si bien lo ideal es que los núcleos familiares se mantengan unidos, la unión no debe estar determinada por la mera convivencia pues es bien sabido que existen lazos cuya fortaleza se intensifica cuando, precisamente, no se vive bajo el mismo techo (padres separados, padres que por cuestiones laborales deben trasladar su residencia a otra ciudad o país, hijos que por razones académicas se trasladan a otra ciudad o país, etc.).

Adicionalmente, dicho test, en la forma en la que se realiza en la sentencia, deja por fuera de toda consideración a quienes acuden a la jurisdicción ya no en su calidad de familiares sino en calidad de damnificados.

En conclusión, este Despacho entiende que el test a través del cual la sentencia invita a liquidar los perjuicios morales, es consecuencia de la discrecionalidad judicial del Magistrado Ponente, y en ningún caso obliga a la Sección a formular criterios objetivos ni a tasar los perjuicios siguiendo los parámetros y valores por él propuestos.

En estos términos dejo presentada mi aclaración al fallo proferido por la Sala.

Con toda consideración y respeto,

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO

INDEMNIZACION DEL DAÑO MORAL - Pérdida ojo izquierdo de menor de edad / INDEMNIZACION DEL DAÑO MORAL - Principio de proporcionalidad / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - No ha alterado o modificado la jurisprudencia de la Sección Tercera / PERJUICIO MORAL - Arbitrio juris / INDEMNIZACION POR DAÑO MORAL / No permite ser tasada de forma objetiva

Me aparto de manera muy respetuosa, desde luego, de las afirmaciones y metodologías transcritas, con fundamento en las siguientes consideraciones: 1. Sea lo primero advertir que el sistema o la metodología empleada en la sentencia no refleja el criterio mayoritario de esta Subsección y de la Sección Tercera, ni el de la Sala Plena, razón por la cual constituye un obiter dictum que quedó contenido en la sentencia mencionada, sin que hubiera obtenido la mayoría para constituirse en un cambio del precedente fijado por la Corporación sobre la materia. En ese orden de ideas, es preciso advertir que el principio de proporcionalidad que se prohija en la sentencia –por cierto, no pertinente para el tópico objeto de análisis– no ha alterado o modificado la jurisprudencia de la Sección, motivo por el cual el sistema para fijar el perjuicio moral derivado del daño antijurídico continúa siendo el arbitrio juris, debido a que se trata de una afectación que, a diferencia de otros tipos de daños, no permite ser tasada de forma objetiva, pues indiscutiblemente no existe científicamente la forma de establecer el grado de sufrimiento o de dolor que tiene una persona, ya que el padecimiento de cada individuo pertenece a su esfera individual, subjetiva y personal, circunstancia por la que este tipo de aflicciones es de carácter inconmensurable y constituye en el campo del pensamiento y del conocimiento como comprensión del mundo una dificultad aporética. 2. En mi criterio, la sentencia debió limitarse a reiterar el precedente vinculante de la Sección, contenido en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13232 y 15646 (...). De allí que, la aplicación –a mi modo de ver errónea e inadecuada– del principio de proporcionalidad o de ponderación para la fijación del monto o quantum indemnizatorio del perjuicio moral debió ser sometida a consideración de los miembros de la Sala Plena de la Sección Tercera, ya que supone un drástico giro respecto del criterio jurisprudencial transcrito. 3. De otro lado, estoy convencido que el perjuicio o daño moral a diferencia de lo sostenido en la sentencia no puede ser objeto de ponderación, toda vez que: i) en su liquidación no se trata de solucionar una tensión o conflicto entre principios, valores o derechos fundamentales que entran en pugna, ii) tampoco se pretende definir los deberes jurídicos impuestos al legislador desde la Carta Política en la determinación de la constitucionalidad de una ley, y iii) el daño moral constituye una lesión a la órbita individual e íntima del ser humano, razón por la cual no es susceptible o pasible de ser fijada a establecida a través de un criterio de proporcionalidad, puesto que, se insiste, el dolor o la aflicción no son conmensurables. Así las cosas, la teoría expuesta en la sentencia yerra al indicar que es pertinente y adecuado el uso del principio de proporcionalidad para definir el monto de la indemnización del perjuicio moral.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el perjuicio causado y su intensidad y la garantía del derecho a la igualdad, consultar sentencia de 6 de septiembre de 2001, expedientes números 13232 y 15646, Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez

INDEMNIZACION DEL DAÑO MORAL - Pérdida ojo izquierdo de menor de edad / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Noción. Definición. Concepto /

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Aplicación / APLICACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Sub principios / SUB PRINCIPIOS - Idoneidad, necesidad y proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es un criterio metodológico por medio del cual se establecen cuáles son los deberes jurídicos que imponen los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Su aplicación se realiza a través de los tres subprincipios mencionados -idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido-, el primero de ellos, se relaciona con que la intervención en los derechos fundamentales debe ser “adecuada” para conseguir un fin constitucionalmente legítimo; el segundo, se refiere a que la medida de intervención debe ser la mas “benigna” entre todas las que pueden ser aplicadas, y el tercer y último subprincipio, atañe a las ventajas de la intervención en los derechos fundamentales las cuales deben “compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad”. En el subprincipio de proporcionalidad se desarrolla el método de la ponderación, como un tipo de juicio mediante el cual se determina cuál derecho o principio debe prevalecer en una colisión entre derechos fundamentales o principios. Esta técnica contiene tres elementos que la estructuran y desarrollan: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación. El primero se explica así: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. El segundo elemento hace referencia a una fórmula matemática en la cual se les atribuye a unas variables un valor numérico que permite calcular el peso de los principios enfrentados. Finalmente, el tercer elemento consiste en las cargas argumentativas que los principios tienen “per se” y se utilizan si con la fórmula del peso existe un empate entre los principios enfrentados.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Aplicación. Precedente jurisprudencial constitucional

De otro lado, la jurisprudencia constitucional vernácula ha empleado el principio de proporcionalidad, principalmente, para definir la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en la órbita de derechos fundamentales o para definir cuándo existe una vulneración al principio de igualdad. (...) Como se aprecia, el principio de proporcionalidad sirve para solucionar colisiones de principios o derechos fundamentales, toda vez que la pugna entre preceptos jurídicos se soluciona a través de los métodos hermenéuticos tradicionales, específicamente con la validez y la concreción de la norma para el caso concreto, tales como que la disposición posterior prevalece sobre la anterior, la especial sobre la general, etc. Ahora bien, como desde la teoría jurídica y la filosofía del derecho, los principios y derechos fundamentales tienen igual validez y jerarquía constitucional, no es posible que uno derogue o afecte la validez del otro, motivo por el que es preciso acudir a instrumentos como la ponderación o la proporcionalidad para determinar cuál tiene un mayor peso y, por lo tanto, cuál debe ceder frente al otro en casos de tensión o en hipótesis de intervenciones o limitaciones contenidas en las leyes.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad. Consultar Corte Constitucional, sentencia C-421 de 2001, M.P. Alvaro Tafur Gálvis

INDEMNIZACION DEL DAÑO MORAL - Pérdida ojo izquierdo de menor de edad / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Manejo en la sentencia es inadecuado / PRINCIPIO ARBITRIO JURIS - Aplicación

El manejo del principio de proporcionalidad que se refleja en la sentencia es inadecuado, ya que no está orientado a solucionar una tensión o colisión de principios o derechos fundamentales, y mucho menos a determinar la constitucionalidad y legitimidad de una intervención del legislador. Por el contrario, el manejo que se le da en esta ocasión a la ponderación es a cubrir con un velo de “aparente” o “presunta” objetividad la determinación de criterios de valoración de un daño que ya eran aplicados por el operador judicial bajo la égida del arbitrio juris. 4. Así las cosas, la supuesta aplicación del principio de proporcionalidad para la determinación y cuantificación del daño moral parte de un equivocado argumento que consiste en equiparar el arbitrio judicial con la noción de arbitrariedad. Nada más alejado de la realidad, puesto que el arbitrio juris ha sido empleado desde la teoría del derecho de daños, de la mano con el principio de equidad, para solucionar problemas como el analizado, esto es, la liquidación del perjuicio moral debido a la imposibilidad de definir el grado de afectación interior o que produce el daño antijurídico. (...). Por consiguiente, desde mi perspectiva, lejos de que en el fallo se haya aplicado un criterio objetivo de liquidación del perjuicio moral, se devela bajo el epígrafe del principio de proporcionalidad una concreción del arbitrio judicial, ya que los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, a diferencia de lo sostenido en la sentencia no aportan elementos nuevos a la controversia de cuál debe ser la metodología para liquidar la afectación a bienes o intereses jurídicos inconmensurables.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el arbitrio iudicis, consultar Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de 18 de septiembre de 2009, expediente número 2005-00406, Magistrado Ponente doctor William Namén Vargas

DAÑO MORAL - Resarcimiento / RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL - Principios del arbitrio juris y la equidad

La única forma que hasta el momento ha encontrado la doctrina y la jurisprudencia para resarcir –vía compensación– el daño moral es a través de los principios del arbitrio juris y la equidad, razón por la cual la aplicación de un criterio de proporcionalidad o ponderación, lejos está de introducir elementos objetivos que permitan identificar parámetros indemnizatorios con fundamento en el dolor o la aflicción padecida. Lo anterior se evidencia de forma palmaria en la sentencia, puesto que al margen de la carga argumentativa que defiende la pertinencia del principio de proporcionalidad, lo cierto es que cuando se liquida para el caso concreto el daño moral no se tienen en cuenta ni la idoneidad, ni la necesidad, así como tampoco el principio de proporcionalidad en sentido estricto, en tanto, se itera, no existen dos o más elementos que ponderar. De ese modo, se retorna al arbitrio judicial de manera inexorable, al margen de que se defiende la relevancia del principio de proporcionalidad.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Aplicación. Criterios subjetivos de valoración por parte del funcionario judicial

Por la vía de la aplicación del incorrecto principio de proporcionalidad para la liquidación del daño moral, se pueden llegar a introducir criterios subjetivos de valoración del perjuicio por parte del funcionario judicial, tales como la convivencia, pues si bien la misma es un hecho objetivo y apreciable empíricamente, lo cierto es que aquélla no puede constituir –a diferencia de lo sostenido por el proyecto– un criterio o variable para la cuantificación del perjuicio moral. A modo de ejemplo, baste indicar que es perfectamente posible que exista una familia que, por circunstancias laborales o personales de sus miembros, éstos convivan en

distintas zonas de una misma ciudad, o de un mismo país o incluso en el extranjero, sin que esto altere el fuerte y cercano vínculo afectivo y sentimental que existe entre ellos, esto es, la distancia geográfica no significa desamor o falta de afecto. A partir del ejemplo anterior, extraído de la experiencia, y con aplicación irrestricta del llamado test de proporcionalidad que se defiende en la sentencia, se concluiría que al margen de la muerte de uno de los integrantes de ese núcleo familiar, habría que reducir la indemnización por el daño moral porque la convivencia es factor determinante en la liquidación del mismo. (...) Entonces, la distinción introducida sí que afecta un derecho fundamental que es la igualdad, razón por la cual la providencia de la referencia –ella sí mas no la cuantificación del perjuicio moral– podría ser pasible de un análisis de proporcionalidad en una eventual vía de hecho, en caso de que por cuenta de la aplicación del criterio jurisprudencial mencionado se resquebraje la mencionada garantía esencial.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de agosto dos mil once (2011)

Radicación número: 63001-23-31-000-1998-00812-01(20144)

Actor: ORBILIA GARZON CASTAÑO Y OTRA

Demandado: NACION-MINISTERIO DE EDUCACION-DEPARTAMENTO DEL QUINDIO; HOSPITAL DEPARTAMENTAL UNIVERSITARIO DEL QUINDIO SAN JUAN DE DIOS

ACLARACION DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales si bien compartí la decisión adoptada el 19 de agosto de 2011, aclaro el voto en relación con un aspecto contenido en la parte motiva.

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

En el proveído, en cuanto concierne a la reparación del perjuicio moral se señaló que el mismo se determinaría de conformidad con el principio de proporcionalidad y, por lo tanto, se indicó una metodología para determinar el *quantum* indemnizatorio de conformidad con un sistema escalonado que se presenta a través de cuadros, con empleo del sistema cartesiano, y tiene en cuenta los siguientes escenarios o hipótesis (páginas 57 a 60 de la sentencia):

1) Si sólo se cumple con el requisito de idoneidad, habrá lugar a verificar si el peticionario es un familiar inmediato o el cónyuge del occiso o el lesionado, o si es un familiar “derivado” como lo denominad la sentencia para, luego, verificar las siguientes variables: i) si existía convivencia, ii) si no existía convivencia pero sí relación de cercanía o iii) sin convivencia y sin relación de cercanía (simple presunción del registro civil).

Bajo este escenario la indemnización máxima podría llegar hasta 50 SMMLV, si se trata de un familiar inmediato o cónyuge con convivencia, mientras que la mínima sería de 2 SMMLV si quien reclama es un familiar derivado sin convivencia y sin relación de cercanía, quien sólo allegó su registro civil que demuestra el parentesco.

2) Si concurren los requisitos de idoneidad y necesidad, la liquidación se haría con fundamento en las mismas variables pero, en este supuesto, la reparación podría llegar hasta 80 SMMLV para los familiares inmediatos o el cónyuge cuando exista convivencia y el mínimo, al igual que en el escenario anterior sería de 2 SMMLV.

3) Si se validaran los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, la indemnización podría llegar hasta 100 SMMLV cuando el daño lo padece un familiar directo o el cónyuge, siempre que demuestre convivencia con el lesionado o el occiso, y el monto mínimo sería de 10 SMMLV si sólo se acredita parentesco derivado con la víctima.

2. Razones y fundamentos de la aclaración

Me aparto de manera muy respetuosa, desde luego, de las afirmaciones y metodologías transcritas, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. Sea lo primero advertir que el sistema o la metodología empleada en la sentencia no refleja el criterio mayoritario de esta Subsección y de la Sección Tercera, ni el de la Sala Plena, razón por la cual constituye un *obiter dictum* que quedó contenido en la sentencia mencionada, sin que hubiera obtenido la mayoría para constituirse en un cambio del precedente fijado por la Corporación sobre la materia.

En ese orden de ideas, es preciso advertir que el principio de proporcionalidad que se prohíja en la sentencia –por cierto, no pertinente para el tópico objeto de análisis– no ha alterado o modificado la jurisprudencia de la Sección, motivo por el cual el sistema para fijar el perjuicio moral derivado del daño antijurídico continúa siendo el *arbitrio juris*, debido a que se trata de una afectación que, a diferencia de otros tipos de daños, no permite ser tasada de forma objetiva, pues indiscutiblemente no existe científicamente la forma de establecer el grado de sufrimiento o de dolor que tiene una persona, ya que el padecimiento de cada individuo pertenece a su esfera individual, subjetiva y personal, circunstancia por la que este tipo de aflicciones es de carácter inconmensurable y constituye en el campo del pensamiento y del conocimiento como comprensión del mundo una dificultad aporética.

2. En mi criterio, la sentencia debió limitarse a reiterar el precedente vinculante de la Sección, contenido en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13232 y 15646, oportunidad en la que se discurrió de la siguiente forma:

“De conformidad con las normas citadas, resulta claro que cuando se expida una copia del registro civil de nacimiento o un certificado del mismo y en él consten los nombres de los progenitores del inscrito, dicho documento constituirá prueba suficiente para acreditar el parentesco de consanguinidad existente entre éste y aquéllos. En efecto, si tales nombres fueron indicados en el correspondiente folio

o certificado, es porque se cumplieron los requisitos ya indicados para que pueda darse fe del nombre de la madre del inscrito, y en cuanto al padre, porque aquél nació dentro de un matrimonio legalmente celebrado o, siendo hijo extramatrimonial, fue reconocido por éste o se declaró judicialmente su paternidad.

“Y no puede el juez exigir pruebas adicionales para establecer el parentesco, so pena de desconocer la solemnidad prevista por la ley, de manera excepcional, para la demostración de los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, conforme a lo dispuesto en el citado artículo 105 del Decreto 1260 de 1970.

“(…) Demostradas las relaciones de parentesco cercanas alegadas en la demanda, puede inferirse, aplicando las reglas de la experiencia, que los actores tenían un nexo afectivo importante con Luis Alfonso Ríos González, que determinó la existencia de lazos de alianza y solidaridad entre ellos, y que, por lo tanto, aquéllos sufrieron un profundo pesar con la muerte de éste; puede inferirse, igualmente, que la persona más afectada fue su madre, dada la naturaleza de la relación que normalmente se establece entre un hijo y su progenitora. Bastarían, entonces, las pruebas del parentesco aportadas al proceso, para que esta Sala considerara demostrado, mediante indicios, el daño moral reclamado por los demandantes. No obstante, al respecto, obran también en el proceso los testimonios de José Leonardo Buitrago Morales y Alexander Marín Salazar, amigos de la familia de la víctima (folios 69 a 75 del cuaderno 2), que demuestran, de manera directa, la existencia y la intensidad del perjuicio sufrido.

“(…) Por otra parte, no puede perderse de vista el principio de equidad, también previsto en la norma transcrita para ser tenido en cuenta en la labor de valoración del daño. Su importancia resulta mayor cuando se trata de la indemnización de un perjuicio que, por la naturaleza de éste, no puede ser restitutoria ni reparadora, sino simplemente compensatoria. En efecto, la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia. Se impone al juez, entonces, el ejercicio de una cierta discrecionalidad, que, sin embargo, debe encontrarse suficientemente razonada y fundada en las probanzas que, en el proceso, obren sobre la existencia del perjuicio y su intensidad.

“No se trata, en efecto, de una facultad arbitraria; por ello, en su desarrollo, debe buscarse también la garantía del principio de igualdad, lo que hace necesaria la comparación de la situación debatida con otras ya decididas, con fundamento en el análisis de los diferentes aspectos que determinan aquella y éstas, dentro de los cuales deberá tomarse en cuenta, por supuesto, el valor real de la indemnización.

“Ahora bien, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 es de obligatoria observancia para todas las jurisdicciones; así se desprende claramente de su texto...

“En cuanto a la jurisdicción contencioso administrativa, ha quedado clara su sujeción directa al artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que, conforme a lo expresado, hace no sólo innecesario, sino improcedente, el recurso a la analogía, para aplicar el Código Penal vigente, a fin de decidir aspectos relativos a la valoración del daño moral.

“Visto lo anterior, considera esta Sala que debe abandonarse el criterio adoptado por ella desde 1978, conforme al cual, para efectos de la indemnización del perjuicio moral, se daba aplicación extensiva a las normas que, al respecto, traía el Código Penal. Como ha quedado demostrado, razones de orden jurídico, apoyadas igualmente en fundamentos de orden práctico, justifican, en la actualidad, esta decisión. Se afirma, entonces, la independencia del juez contencioso administrativo para fijar, en cada caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral.

“Lo anterior se expresa sin perjuicio de que, con el fin de garantizar el desarrollo uniforme de la jurisprudencia en este aspecto, esta Corporación establezca pautas que sirvan de referencia a los juzgadores de inferior jerarquía, cuyos fallos, sin embargo, en cuanto tasan la indemnización del perjuicio aludido, sólo podrán ser revisados por la instancia superior dentro del marco de sus competencias, dada la inexistencia de una norma prevista en ley o reglamento que pueda considerarse de obligatoria aplicación en la materia.

“Establecido, por lo demás, el carácter inadecuado del recurso al precio del oro, la Sala fijará el *quantum* de las respectivas condenas, en moneda legal colombiana, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor,

se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales...”¹⁰¹

De allí que, la aplicación –a mi modo de ver errónea e inadecuada– del principio de proporcionalidad o de ponderación para la fijación del monto o quantum indemnizatorio del perjuicio moral debió ser sometida a consideración de los miembros de la Sala Plena de la Sección Tercera, ya que supone un drástico giro respecto del criterio jurisprudencial transcrito.

3. De otro lado, estoy convencido que el perjuicio o daño moral a diferencia de lo sostenido en la sentencia no puede ser objeto de ponderación, toda vez que: i) en su liquidación no se trata de solucionar una tensión o conflicto entre principios, valores o derechos fundamentales que entran en pugna, ii) tampoco se pretende definir los deberes jurídicos impuestos al legislador desde la Carta Política en la determinación de la constitucionalidad de una ley, y iii) el daño moral constituye una lesión a la órbita individual e íntima del ser humano, razón por la cual no es susceptible o pasible de ser fijada a establecida a través de un criterio de proporcionalidad, puesto que, se insiste, el dolor o la aflicción no son conmensurables.

Así las cosas, la teoría expuesta en la sentencia yerra al indicar que es pertinente y adecuado el uso del principio de proporcionalidad para definir el monto de la indemnización del perjuicio moral, por cuanto el objeto y la finalidad del instrumento mencionado no es útil para introducir objetividad en la reparación del daño moral, dado que su objeto y finalidad está encaminada a que se solucionen tensiones entre derechos fundamentales y la consonancia de una norma en relación con los mismos. La doctrina autorizada sobre la materia ha puesto de presente la función del principio de proporcionalidad, al precisar:

“El principio de proporcionalidad es un concepto jurídico que aparece cada vez con mayor frecuencia en la motivación de las decisiones

¹⁰¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp. 13232-15646, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

del Tribunal Constitucional. **A este principio se alude sobre todo en las sentencias de control de constitucionalidad que versan sobre los actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales.** En las alusiones jurisprudenciales más representativas, el principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir. Tales exigencias pueden ser enunciadas de la siguiente manera:

“1. Según el subprincipio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

“2. De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que reviste por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

“3. En fin, conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda la intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general.

“Si una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple las exigencias de estos tres subprincipios, vulnera el derecho fundamental intervenido y por esta razón debe ser declarada inconstitucional.

“Los subprincipios de la proporcionalidad son invocados ordinariamente de forma conjunta y escalonada en los fundamentos jurídicos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Por consiguiente, el principio de proporcionalidad debe ser considerado como un concepto unitario. Cuando el Tribunal Constitucional lo aplica, indaga si el acto que se controla persigue un propósito constitucionalmente legítimo y si es adecuado para alcanzarlo o

por lo menos para promover su obtención. Posteriormente, el Tribunal verifica si dicho acto adopta la medida más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para conseguir el objetivo propuesto. Por último, evalúa si las ventajas que se pretende obtener con la intervención estatal, compensan los sacrificios que se derivan para los titulares de los derechos fundamentales afectados y para la propia sociedad.

“(…) El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución. **El significado de esta función sólo puede comprenderse cabalmente sobre la base del entendimiento previo de la estructura de los derechos fundamentales y de la estructura del control de constitucionalidad de las leyes, tal como observaremos a continuación.**”¹⁰² (Se destaca).

De lo transcrito se advierte que el principio de proporcionalidad es un criterio metodológico por medio del cual se establecen cuáles son los deberes jurídicos que imponen los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Su aplicación se realiza a través de los tres subprincipios mencionados -idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido-, el primero de ellos, se relaciona con que la intervención en los derechos fundamentales debe ser “*adecuada*” para conseguir un fin constitucionalmente legítimo; el segundo, se refiere a que la medida de intervención debe ser la mas “*benigna*” entre todas las que pueden ser aplicadas, y el tercer y último subprincipio, atañe a las ventajas de la intervención en los derechos fundamentales las cuales deben “*compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad*”.

¹⁰² BERNAL Pulido, Carlos “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pág. 37 a 39 y 77.

En el subprincipio de proporcionalidad se desarrolla el método de la ponderación¹⁰³, como un tipo de juicio mediante el cual se determina cuál derecho o principio debe prevalecer en una colisión entre derechos fundamentales o principios. Esta técnica contiene tres elementos que la estructuran y desarrollan: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación¹⁰⁴. El primero se explica así: *“cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”*¹⁰⁵. El segundo elemento hace referencia a una fórmula matemática en la cual se les atribuye a unas variables un valor numérico que permite calcular el peso de los principios enfrentados. Finalmente, el tercer elemento consiste en las cargas argumentativas que los principios tienen “per se” y se utilizan si con la fórmula del peso existe un empate entre los principios enfrentados¹⁰⁶.

De otro lado, la jurisprudencia constitucional vernácula ha empleado el principio de proporcionalidad, principalmente, para definir la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en la órbita de derechos fundamentales o para definir cuándo existe una vulneración al principio de igualdad.

En efecto, sobre el particular la Corte Constitucional ha señalado:

“Cabe recordar que en relación con el concepto de proporcionalidad a que hace referencia la jurisprudencia citada, la Corporación ha precisado que para que un trato desigual guarde armonía con el artículo 13 constitucional debe demostrarse que la norma analizada es (1) adecuada para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesaria, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios

¹⁰³ La ponderación es el “procedimiento de aplicación jurídica mediante el cual se establecen las relaciones de precedencia entre los principios en colisión. En la ponderación son tenidos en cuenta todos los argumentos que juegan a favor y en contra de la prevalencia de cada uno de los principios en conflicto y se determina cuál de ellos tiene mayor peso en el caso concreto” *Ibidem*, pág. 575.

¹⁰⁴Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 99.

¹⁰⁵Cita de Robert Alexy dentro del texto de Carlos Bernal Pulido. *Ibidem* pág. 99.

¹⁰⁶*Ibidem*, p. 101 a 103.

constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionada en sentido estricto, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. De esta forma el principio de proporcionalidad busca que la medida sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo.

“Así mismo y sin que con ello la Corte renuncie a sus responsabilidades o permita la supervivencia en el ordenamiento de regulaciones inconstitucionales, ha buscado racionalizar el examen constitucional a fin de respetar la potestad de configuración de los órganos políticos, modulando la intensidad del juicio de proporcionalidad. En este sentido ha concluido que en aquellos campos en donde la Carta confiere a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, una amplia potestad de apreciación y configuración el escrutinio judicial debe ser más dúctil, a fin de no afectar la discrecionalidad legislativa, que la propia Constitución protege. Por el contrario, en aquellos asuntos en que la Carta limita la discrecionalidad del Congreso, la intervención y control del juez constitucional debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por la Constitución. En esas situaciones, el escrutinio judicial debe entonces ser más estricto, por cuanto la Carta así lo exige.”¹⁰⁷

Como se aprecia, el principio de proporcionalidad sirve para solucionar colisiones de principios o derechos fundamentales, toda vez que la pugna entre preceptos jurídicos se soluciona a través de los métodos hermenéuticos tradicionales, específicamente con la validez y la concreción de la norma para el caso concreto, tales como que la disposición posterior prevalece sobre la anterior, la especial sobre la general, etc.

Ahora bien, como desde la teoría jurídica y la filosofía del derecho, los principios y derechos fundamentales tienen igual validez y jerarquía constitucional, no es posible que uno derogue o afecte la validez del otro, motivo por el que es preciso acudir a instrumentos como la ponderación o la proporcionalidad para determinar cuál tiene un mayor peso y, por lo tanto, cuál debe ceder frente al otro en casos de tensión o en hipótesis de intervenciones o limitaciones contenidas en las leyes.

¹⁰⁷ Corte Constitucional, sentencia C-421 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

La anterior circunstancia fue puesta de presente por el profesor Robert Alexy, en los siguientes términos:

“Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distintas. Cuando dos principios entran en colisión –tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido– uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado no que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro... Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios –como sólo pueden entrar en colisión principios válidos– tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.”¹⁰⁸

En ese orden de ideas, el manejo del principio de proporcionalidad que se refleja en la sentencia es inadecuado, ya que no está orientado a solucionar una tensión o colisión de principios o derechos fundamentales, y mucho menos a determinar la constitucionalidad y legitimidad de una intervención del legislador.

Por el contrario, el manejo que se le da en esta ocasión a la ponderación es a cubrir con un velo de “aparente” o “presunta” objetividad la determinación de criterios de valoración de un daño que ya eran aplicados por el operador judicial bajo la égida del *arbitrio juris*.

4. Así las cosas, la supuesta aplicación del principio de proporcionalidad para la determinación y cuantificación del daño moral parte de un equivocado argumento que consiste en equiparar el arbitrio judicial con la noción de arbitrariedad.

Nada más alejado de la realidad, puesto que el *arbitrio juris* ha sido empleado desde la teoría del derecho de daños, de la mano con el principio de equidad, para

¹⁰⁸ ALEXY, Robert “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 89.

solucionar problemas como el analizado, esto es, la liquidación del perjuicio moral debido a la imposibilidad de definir el grado de afectación interior o que produce el daño antijurídico.

Al respecto, es importante la distinción efectuada por Alejandro Nieto, entre arbitrio y arbitrariedad, según la cual, en los esquemas sociales y jurídicos modernos, no es posible privar al juez de potestades de arbitrio judicial; lo importante es saber trazar la línea divisoria a partir de la que aquella potestad legítima de los funcionarios judiciales, se transforma en arbitrariedad, momento en el que las decisiones se tornan, claramente ilegítimas y, por consiguiente, en vías de hecho. Sobre el particular, el autor señala:

“El arbitrio es un criterio de la toma de decisión. El juez adopta sus resoluciones siguiendo o bien un criterio de legalidad o bien un criterio de su propio arbitrio o bien - como es lo más frecuente- combinando ambos de tal manera que la decisión es fijada con su arbitrio dentro de las posibilidades que le ofrece la legalidad. Si la ley diera una solución precisa y unívoca al conflicto, no habría lugar para el arbitrio. Pero como esto sucede muy pocas veces, dado que la naturaleza general y abstracta de la ley no le permite entrar en las peculiaridades del caso concreto, es imprescindible la intervención de un ser humano que conecte ambos polos de la relación –la ley y el caso- utilizando al efecto primero la técnica de interpretación de la norma y luego su adaptación al caso concreto... El arbitrio es el factor humano que el juez añade a los datos aportados por el ordenamiento jurídico. El arbitrio es fruto del árbol de la prudencia, madurado al sol de la justicia (del sentimiento de justicia) con el transcurso de la experiencia. El arbitrio hace que la sentencia sea una obra humana y no el mero resultado de una ecuación lógica o de un proceso mecanicista. Rechazar el arbitrio no es sólo desconocer una práctica manifiesta, es negar la condición ética del juez, del que se desconfía hasta el punto que se supone que cuando se introduce un elemento distinto de la lógica tradicional, se despeña inevitablemente en la arbitrariedad.”¹⁰⁹

Por consiguiente, desde mi perspectiva, lejos de que en el fallo se haya aplicado un criterio objetivo de liquidación del perjuicio moral, se devela bajo el epígrafe del

¹⁰⁹ NIETO, Alejandro “El arbitrio judicial”, Ed. Ariel, 2001, Pág. 219.

principio de proporcionalidad una concreción del arbitrio judicial, ya que los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, a diferencia de lo sostenido en la sentencia no aportan elementos nuevos a la controversia de cuál debe ser la metodología para liquidar la afectación a bienes o intereses jurídicos inconmensurables.

5. El criterio que se defiende y prohija en esta aclaración de voto es el mismo que ha trazado la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, y que reafirmó de manera reciente en pronunciamiento que por su importancia se transcribe, *in extenso*¹¹⁰:

“2. El daño moral, configura una típica especie de daño no patrimonial consistente en quebranto de la interioridad subjetiva de la persona y, estricto sensu, de sus sentimientos y afectos, proyectándose en bienes de inmesurable valor, insustituibles e inherentes a la órbita más íntima del sujeto por virtud de su detrimento directo, ya por la afectación de otros bienes, derechos o intereses sean de contenido patrimonial o extrapatrimonial.

“El ordenamiento jurídico en cuanto base estructural indisociable de un orden justo, la paz, la justicia y la armónica convivencia en la vida de relación, encuentra por centro motriz al sujeto de derecho, sea físico, ora jurídico, dotado de personificación normativa, derechos e intereses, libertades, garantías, y deberes.

“El sujeto *iuris*, es *summa* de valores disímiles dignos de reconocimiento y tutela, cuya lesión entraña la responsabilidad de quien lo causa, o sea, el deber legal de repararlo.

“De acuerdo con una opinión jurisprudencial bastante difundida, el daño podrá recaer sobre bienes susceptibles *per se* de evaluación pecuniaria inmediata u objetiva o respecto de “intereses que según la conciencia social no son susceptibles de valorización económica” (C. M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 5, *La responsabilità* (1994), reimpresión, Milán, Giuffrè, 1999, p. 166), esto es, afectar valores

¹¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 18 de septiembre de 2009, exp. 2005-00406, M.P. William Namén Vargas.

vitales, consustanciales, inmanentes e intrínsecos del sujeto, inherentes a su personalidad y esfera afectiva, ora extrínsecos y externos al mismo, es decir, ostentar naturaleza material (*Dommages matériels*), ora inmaterial (*Dommages immatériels*), bien patrimonial (*Vermögensschaden*), ya extrapatrimonial (*nicht Vermögensschaden*).

“(…) El aspecto de mayor relevancia para identificar la especie del daño, por consiguiente, atañe a la proyección de los efectos adversos de la lesión más que a la naturaleza jurídica del interés directamente quebrantado, o sea, el espectro en el cual repercute el hecho, *ad exemplum*, cuando atañen a la vida de relación, la integridad sicosomática, los bienes de la personalidad -*verbi gratia*, integridad física o mental, libertad, nombre, dignidad, intimidad, honor, imagen, reputación, fama, etc.-, o a la esfera sentimental y afectiva, ostenta naturaleza no patrimonial.

“3. El daño moral, en sentido lato, está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, “*que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo*” (cas.civ. sentencia 13 de mayo de 2008, SC-035-2008, exp. 11001-3103-006-1997-09327-01), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos, concretándose en el menoscabo “de los sentimientos, de los afectos de la víctima, y por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso” (Renato Scognamiglio, voz *Danno morale*, en *Novissimo Digesto italiano*, vol. V, Turín, Utet, 1960, p. 147; ID., *Il danno morale*, Milano, 1966; *El daño moral- Contribución a la teoría del daño extracontractual*, trad. esp. Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Antares, Bogotá, 1962, pp.14 ss.), o sea, son daños pertenecientes al ámbito de los padecimientos del ánimo, las sensaciones, sentimientos, sensibilidad, aptitud de sufrimiento de la persona y por completo distintos de las otras especies de daño.

“En efecto, el daño moral, aún en la hipótesis de provenir de la lesión concurrente de otros intereses, por ejemplo, los derechos de la personalidad, la salud e integridad, es una entidad separada e independiente, cuyo resarcimiento es diferente, al tratarse recta y exclusivamente, del detrimento experimentado por el sujeto en su espectro interior, afectivo y sentimental, sin comprender su órbita exterior, proyecto, calidad de vida, actividad o desarrollo vivencial.

“En sentido análogo, su reparación es singular e individual y no se contiene en la de otros daños, respecto de los cuales se distingue por su especificidad al recaer únicamente en los sentimientos y afectos, a consecuencia del quebranto de derechos, intereses o valores de naturaleza, ya patrimonial, bien no patrimonial, con los cuales no se confunde.

“Un problema distinto se plantea a propósito de la reparación del daño no patrimonial, y en particular del moral.

“La cuestión es que la lesión inferida a la interioridad del sujeto, es inasible e inconmesurable, concierne a las condiciones singulares de la persona, a su sensibilidad, sensaciones, sentimientos, capacidad de sufrimiento y no admite medición exacta e inflexible, desde luego que el sujeto experimenta un menoscabo no retroable y el dolor deviene irreversible, cuya existencia se considera en ciertas hipótesis señaladas por la jurisprudencia *in re ipsa* y cuya valoración se efectúa *ex post* sin permitir la absoluta reconstrucción del *status quo ante*.

“4. Las anotadas características relevantes del daño moral, evidencian la complejidad y delicadeza de su reparación.

“Por ello, la Corte, partiendo del legítimo derecho a la reparación del daño moral causado, ante las vicisitudes que su apreciación económica apareja, al “*no referirse al daño pecuniario en la hacienda y patrimonio del damnificado*” (XXXI, p. 83) y tratarse de valores “... *económicamente inasibles ...*” (CXLVIII, p. 252 y CLII, p. 143, CXLVIII, p. 252 y CLII, p. 143), en cuanto “*esta especie de daño se ubica en lo más íntimo del ser humano, por ende, como medida de relativa satisfacción, que no de compensación económica, desde luego que los sentimientos personalísimos son inconmensurables y jamás pueden ser íntegramente resarcidos, es dable establecer su quantum a través del llamado arbitrium judicis*”, “*tarea que, por lo demás, deberá desplegarse teniendo en cuenta que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre, de modo que ciertos incidentes que a una determinada persona pueden conllevar hondo sufrimiento, hasta el extremo de ocasionarle severos trastornos emocionales, a otras personas, en cambio, puede afectarlos en menor grado. “Aparte de estos factores de índole interna, dice la*

Corte, que pertenecen por completo al dominio de la psicología, y cuya comprobación exacta escapa a las reglas procesales, existen otros elementos de carácter externo, como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar, las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada ...' (G. J. Tomo LX, pág. 290)". (sentencia del 10 de marzo de 1994)" (cas.civ. sentencias de mayo 5 de 1999, exp. 4978; 25 de noviembre de 1999, exp. 3382; diciembre 13 de 2002, exp. 7692; 15 de octubre de 2004, S-165-2004, exp. 6199).

"5. Superadas algunas corrientes adversas y, admitida por esta Corte la reparación del daño moral sin más restricciones para fijar su cuantía que las impuestas por la equidad (*ex bono et aequo*) conforme al marco concreto de circunstancias fácticas (cas.civ. sentencias de 21 de julio de 1922, XXIX, 220; 22 de agosto de 1924, XXXI, 83), a partir de la sentencia de 27 de septiembre de 1974, es su criterio inalterado, la inaplicabilidad de las normas penales para su tasación, remitiéndose al *arbitrium iudicis*, naturalmente, ponderado, razonado y coherente según la singularidad, especificación, individuación y magnitud del impacto, por supuesto que las características del daño, su gravedad, incidencia en la persona, el grado de intensidad del golpe y dolor, la sensibilidad y capacidad de sufrir de cada sujeto, son variables y el *quantum debeat* se remite a la valoración del juez.

"(...) En el empeño de encarar directamente el asunto, la Sala precisa que, para la valoración del *quantum* del daño moral en materia civil, estima apropiada la determinación de su cuantía en el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador.

"Por consiguiente, la Corte itera que la reparación del daño causado y todo el daño causado, cualquiera sea su naturaleza, patrimonial o no patrimonial, es un derecho legítimo de la víctima y en asuntos civiles, **la determinación del monto del daño moral como un**

valor correspondiente a su entidad o magnitud, es cuestión deferida al prudente arbitrio del juzgador según las circunstancias propias del caso concreto y los elementos de convicción.

“Por lo anterior, consultando la función de *monofilaquia*, hermenéutica y unificadora del ordenamiento que caracteriza a la jurisprudencia, la Sala periódicamente ha señalado al efecto unas sumas orientadoras del juzgador, no a título de imposición sino de referentes (cas.civ. sentencia de 28 de febrero de 1990, G.J. No. 2439, pp. 79 ss; así en sentencia sustitutiva de 20 de enero de 2009, exp. 170013103005 1993 00215 01, reconoció por daño moral, cuarenta millones de pesos).

“Para concluir, en preservación de la integridad del sujeto de derecho, el resarcimiento del daño moral no es un regalo u obsequio gracioso, tiene por causa el quebranto de intereses protegidos por el ordenamiento, debe repararse *in casu* con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa según el ponderado *arbitrio iudicis*, sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador.

“6. Por todo cuanto se ha dicho, no siendo aplicables las normas del Código Penal ni la jurisprudencia invocada para la reparación del daño moral en asuntos civiles, no prospera el cargo.”

En esa línea de pensamiento, la única forma que hasta el momento ha encontrado la doctrina y la jurisprudencia para resarcir –vía compensación– el daño moral es a través de los principios del *arbitrio juris* y la equidad, razón por la cual la aplicación de un criterio de proporcionalidad o ponderación, lejos está de introducir elementos objetivos que permitan identificar parámetros indemnizatorios con fundamento en el dolor o la aflicción padecida.

Lo anterior se evidencia de forma palmaria en la sentencia, puesto que al margen de la carga argumentativa que defiende la pertinencia del principio de proporcionalidad, lo cierto es que cuando se liquida para el caso concreto el daño moral no se tienen en cuenta ni la idoneidad, ni la necesidad, así como tampoco el principio de proporcionalidad en sentido estricto, en tanto, se itera, no existen dos o más elementos que ponderar. De ese modo, se retorna al arbitrio judicial de manera inexorable, al margen de que se defienda la relevancia del principio de proporcionalidad.

6. Ahora bien, por la vía de la aplicación del incorrecto principio de proporcionalidad para la liquidación del daño moral, se pueden llegar a introducir criterios subjetivos de valoración del perjuicio por parte del funcionario judicial, tales como la convivencia, pues si bien la misma es un hecho objetivo y apreciable empíricamente, lo cierto es que aquélla no puede constituir –a diferencia de lo sostenido por el proyecto– un criterio o variable para la cuantificación del perjuicio moral.

A modo de ejemplo, baste indicar que es perfectamente posible que exista una familia que, por circunstancias laborales o personales de sus miembros, éstos convivan en distintas zonas de una misma ciudad, o de un mismo país o incluso en el extranjero, sin que esto altere el fuerte y cercano vínculo afectivo y sentimental que existe entre ellos, esto es, la distancia geográfica no significa desamor o falta de afecto¹¹¹.

A partir del ejemplo anterior, extraído de la experiencia, y con aplicación irrestricta del llamado test de proporcionalidad que se defiende en la sentencia, se concluiría que al margen de la muerte de uno de los integrantes de ese núcleo familiar, habría que reducir la indemnización por el daño moral porque la convivencia es factor determinante en la liquidación del mismo¹¹².

¹¹¹ Al respecto, la Sala en otrora oportunidad indicó: “C. Se confirmará el reconocimiento que hizo el Tribunal en favor del padre, por perjuicios morales, pues la distancia geográfica no necesariamente significa desamor o falta de afecto. No existe prueba que destruya la presunción del dolor moral que causa en el padre la muerte de su hijo.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de octubre de 1991, exp. 6451, M.P. Juan de Dios Montes.

¹¹² “Porque en la Constitución de 1991, más claramente que en el Código Civil, la familia no es un producto necesariamente surgido de manifestaciones afectivas. Es un producto y es una institución en donde está clara una visión de solidaridad entre seres humanos y una visión de solidaridad que adquiere todo su sentido, sobre todo frente a los niños, porque los niños tienen el derecho fundamental y prevalente a tener una familia. Tienen ese derecho fundamental y prevalente por encima de las coyunturas en los afectos de sus padres... Aquí viene a ponerse de presente, como la concepción de familia de la Constitución de 1991, es una concepción solidarista – no individualista–. No depende del íntimo querer del marido y mujer o, de hombre y mujer. Depende de lo que exija esa realidad social de la familia. Los conflictos son importantes, muestran desacuerdos, malformaciones, a veces hasta patologías, pero no son los límites a la existencia de esa unidad familiar.” ANGARITA Barón, Ciro “La familia en la nueva Constitución”, Talleres Macroregionales sobre Conciliación – Memorias, ICBF, Pág. 4 y 6.

Si se profundiza en el ejercicio hermenéutico, habría que concluir que si el daño antijurídico proviene de la muerte de un hijo cuyos padres residen en otro país, sin importar el profundo y real afecto existente entre ellos, habría que reducirles la indemnización frente a los padres de otra víctima que aunque convivía con éstos era objeto de maltrato de parte de los mismos, puesto que en este último supuesto tendrían derecho a una mayor indemnización en virtud de la idoneidad y la variable convivencia que impacta significativamente la reparación según los cuadros y la argumentación contenida en la sentencia.

De allí que resulte oportuno formularse los siguientes interrogantes: ¿por qué según el supuesto principio de proporcionalidad o ponderación aplicado en la sentencia, hay lugar a indemnizar en mayor grado los eventos en que se predica convivencia respecto de los que no la hay? ¿Esto no introduce un parámetro injusto de diferenciación?

Entonces, la distinción introducida sí que afecta un derecho fundamental que es la igualdad, razón por la cual la providencia de la referencia –ella sí mas no la cuantificación del perjuicio moral– podría ser pasible de un análisis de proporcionalidad en una eventual vía de hecho, en caso de que por cuenta de la aplicación del criterio jurisprudencial mencionado se resquebraje la mencionada garantía esencial¹¹³.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra

¹¹³ "Buscando las cosas inciertas, perdemos las ciertas." Plauto.