



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

Consejera Ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá D. C., nueve (9) de septiembre de dos mil trece (2013).

Radicación: 25000-23-26-000-2000-01353-01 (27452)

Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

Demandado: Nación - Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación.

Referencia: Acción de Reparación Directa.

Resuelve la Sala, el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia del 24 de febrero de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, en la cual se decidió:

***PRIMERO.** Declárase probadas las excepciones de Culpa de un Tercero, Falta de Legitimación por Pasiva y Falta de Causa para Demandar interpuestas por la Rama Judicial.*

***SEGUNDO.** Deniégase las pretensiones de la demanda.*

***TERCERO.** Sin condena en costas.”*

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda.

El 19 de junio de 2000, la señora Esperanza Quiñónez Alvarado, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa, presentó demanda contra la Nación – Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, con el fin de que se les declarara responsables por la omisión en que incurrió la Fiscalía 45 de la Unidad de Vida – Violencia Intrafamiliar, al no decretar medidas preventivas para conservar su integridad física y la de sus hijos, amenazada frecuentemente por su compañero permanente y contra el cual, se instauró



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

denuncia por la conducta punible de violencia intrafamiliar. En consecuencia, solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

1.1. “Que la NACIÓN-RAMA JUDICIAL, DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- son administrativamente responsables de los perjuicios materiales e inmateriales sufridos por mi poderdante con motivo de tentativa de homicidio contra ella y de la muerte de sus 3 hijos.

1.2. Condenar a la NACIÓN-RAMA JUDICIAL-DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- a pagar a mi poderdante la totalidad de los daños que le fueron ocasionados, tanto de orden material, actuales y futuros- con sus correspondientes intereses y ajustes, como de orden inmaterial.

1.3. La condena respectiva será actualizada según lo previsto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

1.4. Las partes demandadas darán cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo. (...)”

2. Hechos

Los hechos que sirvieron de fundamento a las pretensiones son, en síntesis, los siguientes:

2.1. La señora Esperanza Quiñónez Alvarado vivió en unión marital de hecho con el señor Luis Guillermo Mojica Espitia desde 1983 por un espacio de 10 años.

2.2. Fruto de dicha unión nacieron los menores: Manuel Guillermo, Juan Camilo, y Luis David Sebastián Mojica Quiñónez.

2.3. El señor Luis Guillermo Mojica Espitia tuvo conductas violentas con la señora Esperanza Quiñónez Alvarado y sus hijos, así como amenazas de muerte y maltrato físico y psicológico. Debido a lo anterior, la actora abandonó al señor Luis Guillermo Mojica Espitia y estableció su residencia, junto con sus hijos, en casa de un hermano.

2.4. Debido a las constantes amenazas por parte del señor Mojica Espitia, la señora Esperanza Quiñónez Alvarado lo denunció por violencia intrafamiliar ante la Fiscalía General de la Nación, el 28 de abril de 1998.



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

2.5. La anterior denuncia fue conocida por la Fiscalía 45 de la Unidad de Vida – Violencia Intrafamiliar, radicado No. 361149, sin que al momento de los hechos se hubieren adoptado medidas tendientes a la protección de la vida e integridad de los menores.

2.6. Además, la señora Esperanza Quiñónez Alvarado solicitó medida de protección para ella y sus hijos ante un juez de familia, sin que esta autoridad hubiese efectuado alguna gestión para el momento de los hechos.

2.7. Debido al supuesto cambio de conducta del señor Mojica Espitia, la señora Quiñónez accedió a que éste se llevara a los niños por un día, el 29 de junio de 1998. Posteriormente, la señora Quiñónez procedió a recoger a los niños en la peluquería donde laboraba el señor Mojica Espitia, pero al momento de su arribo a dicho lugar, éste le manifestó que los menores se encontraban buscando el almuerzo; de igual manera, le expresó la intención de hablar en privado, por lo que decidieron caminar y luego ingresar a una discoteca cercana, donde ingirieron licor. A partir de ese momento la actora adujo no recordar lo que sucedió, hasta el día siguiente.

2.8. En la madrugada del 30 de junio de 1998, la actora escuchó los gritos de Sandra Mojica, hija del señor Mojica Espitia, pidiendo a su padre que no le hiciera daño; la señora Quiñónez al darse cuenta que aquel estaba agrediendo a la menor, intentó ayudarle pero fue herida en el pecho y brazo izquierdo con un arma corto punzante.

2.9. El señor Mojica emprendió la huida dejando gravemente herida a la señora Quiñónez y a sus tres hijos comunes Manuel Guillermo, Juan Camilo y Luis David Mojica Quiñónez, quienes luego fallecieron.

2.10. El señor Mojica fue capturado y sindicado de los delitos de homicidio y tentativa de homicidio. Después decidió quitarse la vida mientras se encontraba recluido en la Cárcel Nacional Modelo.



3. Actuación Procesal.

3.1. Mediante auto de 11 de julio de 2000¹, se admitió la demanda y se dispuso la notificación personal al Fiscal General de la Nación, al Director Ejecutivo de Administración Judicial y al Agente del Ministerio Público; igualmente, se ordenó la fijación en lista y se reconoció personería al apoderado judicial de la parte demandante.

3.2. La Nación - Rama Judicial contestó la demanda el 12 de septiembre de 2000², y se opuso a las pretensiones de la misma. Puso de presente que la responsabilidad recae en los órganos adscritos a la Rama Ejecutiva puesto que son los encargados de brindar seguridad y protección a los ciudadanos. Propuso como excepciones las de culpa de un tercero, falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de causa para demandar y cualquier otra que el fallador encontrara probada.

3.3. La Nación - Fiscalía General de la Nación no contestó la demanda.

3.4. Por auto de 5 de octubre de 2000³, se abrió a pruebas el proceso.

3.5. Mediante providencia del 10 de abril de 2003⁴, se dispuso correr traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión.

3.6. La parte demandante describió traslado para alegar de conclusión⁵ argumentando que se encontraba demostrado que las demandadas violaron el contenido obligatorio que les correspondía, comoquiera que la señora Quiñónez demandó la protección de la vida de sus hijos y la suya propia, mediante los requisitos de ley y ante las autoridades competentes, las cuales omitieron la prestación de protección causando un daño por falta de funcionamiento del servicio. Igualmente, expresó que las demandadas desatendieron las circunstancias especiales que aparejaban los sucesos, como lo eran los constantes maltratos físicos y psicológicos, las graves amenazas de muerte y las diferentes actitudes delincuenciales por parte del padre de los menores fallecidos;

¹ Folios 23 y 24 del cuaderno de primera instancia.

² Folios 42 a 47 del cuaderno de primera instancia.

³ Folios 53 a 54 del cuaderno de primera instancia.

⁴ Folio 119 del cuaderno de primera instancia.

⁵ Folios 120 a 146 del cuaderno de primera instancia.



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

lo que demuestra que la denuncia y la solicitud de protección revestían graves anormalidades, por lo que concluye que la inactividad de las demandadas fueron la causa de los hechos y por consiguiente del daño antijurídico sufrido por la señora Quiñónez. Puso de presente que la señora Quiñónez informó sobre los maltratos por parte del Señor Mojica, a una Comisaria de Familia, desde el año de 1992.

3.7. La apoderada judicial de la Nación - Rama Judicial, al descorrer el traslado para alegar de conclusión⁶, puso de presente la inexistencia de nexo causal que acuse a la Entidad, así como la de responsabilidad por error judicial o falla en el servicio que tenga que resarcir el Estado; por último adujo que la Rama Judicial no es el ente encargado de brindar seguridad a los ciudadanos.

3.8. La apoderada judicial de la Fiscalía General de la Nación consideró que la víctima estaba en el deber de soportar el daño sufrido toda vez que su actuar conllevó al insuceso. Agregó que la actora no suministró a la entidad la dirección donde podría ser localizada, sino un apartado aéreo y sólo se limitó a solicitar colaboración.

4. La sentencia de primera instancia.

Mediante sentencia del 24 de febrero de 2004⁷, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, declaró probadas las excepciones de culpa de un tercero, falta de legitimación por pasiva y falta de causa para demandar interpuestas por la Rama Judicial y denegó las pretensiones de la demanda.

El *a quo* argumentó que de las pruebas allegadas al plenario, no era posible inferir los elementos de juicio necesarios para establecer una falla de la administración, de igual manera, no dedujo omisión por parte de las demandadas, ya que si bien hubo comunicación por parte de la actora de los hechos, no se dio la suficiente información del caso, para que se tomaran las medidas necesarias. Así las cosas, el Tribunal dedujo que las demandadas obraron de conformidad con la insuficiente información suministrada por la actora.

⁶ Folios 147 y 148 del cuaderno de primera instancia.

⁷ Folios 166 a 178 del cuaderno principal.



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

En virtud de lo anterior, el Tribunal consideró que las excepciones propuestas por la parte demandada se encontraron probadas; la culpa de un tercero, ya que la acción que produjo el daño no se le podía imputar al Estado sino a un tercero esto es, al señor Mojica; la falta de legitimación por pasiva, al no probarse la omisión o acción del Estado que produjo el daño, comoquiera que se pudo establecer que la Fiscalía realizó varios intentos de comunicación con el señor Mojica y con la actora, pero debido a la deficiente información los resultados no fueron positivos y por último la falta de causa de la demanda ya que no se allegaron los documentos que probaran los hechos base del libelo.

5. El recurso de apelación y el trámite en la segunda instancia

La parte actora mediante escrito presentado el 8 de marzo de 2004⁸, interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión.

Mediante proveído de 16 de marzo de 2004⁹, se concedió el recurso de apelación y por auto de 3 de septiembre del mismo año¹⁰, esta Corporación corrió traslado a la parte actora para sustentar el mismo.

En el escrito de sustentación del recurso, el apoderado judicial de la demandante manifestó que el Tribunal desestimó las pretensiones con el argumento que la parte actora no aportó suficiente información sobre los hechos que estaba viviendo, al respecto, consideró que a los ciudadanos no puede exigírsele deberes más allá de los establecidos en la Constitución, la cual exige que estos pongan en conocimiento de los organismos del Estado el acaecimiento o posible suceso de una conducta punible o la amenaza o vulneración de un derecho fundamental, y es la autoridad la obligada a iniciar las investigaciones pertinentes.

Señaló que de la lectura de la denuncia presentada por la señora Quiñónez puede deducirse que la información no fue insuficiente, por el contrario, plasma una serie de hechos relevantes que implicaban una respuesta inmediata por parte del Estado.

⁸ Folio 180 del cuaderno principal.

⁹ Folio 183 del cuaderno principal.

¹⁰ Folio 192 del cuaderno principal.



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

De igual forma aseveró que la actora aportó a la Fiscalía General un apartado aéreo, medio de comunicación eficaz debido a que, por su situación, no era conveniente dar su dirección y teléfono, con el fin de no ser ubicada por el señor Mojica.

Puso de presente que la Fiscalía sí desplegó acciones en relación con los hechos, de forma tal que citó en dos ocasiones al señor Mojica para que rindiera indagatoria; conforme con lo anterior, concluyó que en momento alguno puede afirmarse, que la información aportada por la actora fue insuficiente y no existía forma de comunicarse con ella o capturar al homicida.

Finalmente, solicitó tener en cuenta los alegatos de conclusión de primera instancia.

El recurso fue admitido por auto del 1º de octubre de 2004¹¹.

6. Los alegatos de conclusión en segunda instancia

Por auto del 22 de octubre de 2004¹², se dio traslado común a las partes para alegar de conclusión.

La parte demandada, Fiscalía General de la Nación, expresó que de los hechos narrados por la actora y de las pruebas recaudadas en el proceso, no puede estructurarse una falla del servicio o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, capaz de comprometer la responsabilidad patrimonial de la entidad, aunado a que se encuentran probadas las excepciones propuestas por la Rama Judicial, por lo que solicitó se confirmara el fallo recurrido.

Las demás partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

El expediente ingresó a Despacho para fallo, el 23 de noviembre de 2004.

¹¹ Folio 201 del cuaderno principal.

¹² Folio 203 del cuaderno principal.



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos con los trámites propios de esta instancia y sin causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a pronunciarse sobre el asunto de la referencia para lo cual abordará los siguientes puntos: 1) competencia, 2) acervo probatorio, 3) De la responsabilidad del Estado por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, 4) análisis del caso concreto, 5) condena en costas.

1. Competencia.

La Ley Estatutaria de Administración de Justicia¹³ se ocupó de regular de manera expresa la competencia para conocer y decidir las acciones de reparación directa “derivadas del error jurisdiccional, de la privación injusta de la libertad y del defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia”, y sostiene que “únicamente el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos” son competentes para ello, lo cual significa que el conocimiento de los citados procesos en primera instancia se radica en los Tribunales Administrativos y en segunda instancia en esta Corporación, sin importar la cuantía del proceso.

Así lo tiene sentado la Jurisprudencia de la Sala, en especial en el Auto del nueve (09) de septiembre de 2008, pronunciado dentro del radicado número 11001032600020080000900 (IJ), de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (MP. Mauricio Fajardo Gómez), mediante la cual se resolvió la antinomia que se presentaba entre lo dispuesto por el artículo 134B del Código Contencioso Administrativo y lo preceptuado por el artículo 73 de la Ley 270 de 1996 –Estatutaria de la Administración de Justicia.

2. Acervo Probatorio.

Del material probatorio allegado, se destaca:

¹³ Artículo 73. *Competencia.* De las acciones de reparación directa y de repetición de que tratan los artículos anteriores, conocerá de modo privativo la Jurisdicción Contencioso Administrativa conforme al procedimiento ordinario y de acuerdo con las reglas comunes de distribución de competencia entre el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos.



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

- 2.1. Copia de la solicitud de medida de protección conforme a la Ley 294 de 1996, pedida por la señora Esperanza Quiñónez Alvarado y sus hijos contra el señor Luis Guillermo Mojica Espitia, el 29 de mayo de 1998, ante los Juzgados de Familia.¹⁴ En la misma consta la dirección de residencia del señor Mojica y el apartado aéreo de la actora.
- 2.2. Copia de la inspección del cadáver de Manuel Guillermo Mojica Quiñónez, quien falleció el 30 de junio de 1998.¹⁵
- 2.3. Copia de la inspección del cadáver de Juan Camilo Mojica Quiñónez, el 30 de junio de 1998.¹⁶
- 2.4. Copia de la inspección de cadáver de Luis David Mojica Quiñónez, quien falleció el 8 de julio de 1998, en la Clínica del Niño.¹⁷
- 2.5. Copia de dictamen de Medicina Legal y Ciencias Forenses sobre las heridas sufridas por la actora¹⁸.
- 2.6. Copias auténticas de los registros civiles de nacimiento y de defunción de Manuel Guillermo, Luis David Sebastián y Juan Camilo Mojica Quiñónez, hijos comunes de Luis Guillermo Mojica Espitia y Esperanza Quiñónez Alvarado.¹⁹
- 2.7. Cuenta de cobro del abogado Rodrigo Vargas Villegas a la señora Esperanza Quiñónez Alvarado por la suma de \$5'000.000 por concepto de asistencia e intervención jurídica dentro de la causa 001/00 que cursa en el Juzgado 49 Penal del Circuito.²⁰
- 2.8. Copia del registro civil de nacimiento de la señora Esperanza Quiñónez Alvarado.²¹

¹⁴ Folio 27 del cuaderno 2.

¹⁵ Folios 44 a 52 del cuaderno 2.

¹⁶ Folios 54 a 57 del cuaderno 2.

¹⁷ Folios 58 a 69 del cuaderno 2.

¹⁸ Folio 56 del cuaderno 2.

¹⁹ Folios 93 a 98 del cuaderno 2.

²⁰ Folio 99 del cuaderno 2.

²¹ Folio 100 del cuaderno 2.



2.9. Oficio 3803 de 2 de noviembre de 2000, por medio del cual se envían las piezas procesales solicitadas del proceso penal 001/99 seguido contra Luis Guillermo Mojica Espitia, de las que se resaltan:

- Copia auténtica de la denuncia presentada por la señora Esperanza Quiñónez Alvarado en contra del señor Luis Guillermo Mojica Espitia, a quien identificó con número de cédula, y recibida en la Fiscalía General de la Nación el 28 de abril de 1998, por los maltratos físicos y psicológicos sufridos por ella y sus hijos²². En el escrito se relatan los múltiples maltratos sufridos por la actora y sus hijos, así como el miedo que le generaba el señor Mojica, y en cuanto a la situación que se presentaba al momento de la denuncia, precisó:

“Es por esto que tratando de buscar una mejor manera de vida, para mis hijos y para mi, quiero poner en conocimiento de ustedes, que si algo llega a pasarle a mi familia, Jorge Ignacio, Manuel Fernando, Jaime, Rafael Alberto, Oswaldo y Consuelo Cecilia Quiñónez Alvarado, hermanos míos o sus esposas o hijos, el señor Luis Guillermo Mojica Espitia será el único responsable, ante esta Fiscalía (sic), ya que tiene amigos del F2 y del DAS, los puede hacer coger para torturarlos o en caso tal para empapelarlos sin ninguna causa, o incluso llegar a matarlo, que eran sus amenazas y que esa era su venganza, ya que yo sabía que pagando todo se podía. Que todo el mundo comía.

También deseo aclarar que la niña Sandra Yaneth se vino conmigo por voluntad propia, como ella misma lo puede confirmar, ya que cuenta con 13 años y tiene la capacidad para escoger lo mismo que los otros niños.

El también decía que como debido al accidente automovilístico no ve por el ojo izquierdo, el era incapacitado el 50% por el Ministerio del Trabajo y que como es independiente no se lo podía hacer constar cuanto devenga, por supuesto no lo podían obligar a pasarle a los niños.

Yo estoy dispuesta a ratificarme bajo la gravedad de juramento en la hora y fecha que estime el señor Fiscal y espero me colaboren para poder salir adelante sola con mis hijos y si es posible, no volver nunca más siquiera a ver a ese señor.

Agradezco de antemano la prudencia y comprensión de ustedes para que este señor no sepa el paradero mio ni el de mis hijos, cualquier comunicación por favor al A.A.82509 de Bogotá”. (Resaltado fuera del texto)

- Copias auténticas de las declaraciones rendidas por la señora Esperanza Quiñónez Alvarado, en las cuales describe todos los

²² Folios 102 a 107 del cuaderno 2.



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

maltratos tanto verbales como físicos sufridos por ella y sus hijos; además de los hechos sucedidos el día en que fue lesionada y sus hijos fallecieron. A la pregunta, si recibió alguna comunicación de la Fiscalía al Apartado Aéreo suministrado en el escrito de la denuncia, la respuesta fue negativa, al respecto expresó:

*“...Cuando yo formulé el denuncia ante la fiscalía por el maltrato. Yo vine a traer fotocopias de la citación supuestamente me hacía el F-2 y en las cuales obligaron a mi niño MANUEL de 14 años a firmar un papel que hacía constancia que él me iba a entregar esa citación, o si no nos quitaban a SANDRA, esa noche él llegó muy asustado y me lo entregó. Yo vine personalmente a la Fiscalía que le correspondió el caso de mi denuncia y le pregunté al señor que nos atendió un gordo, bajito, ya mayor, morenito, eso queda aquí en el segundo piso adentro en la fiscalía 45 al fondo. Yo le pregunté que tocaba hacer, que si ya habían citado a él, estaba angustiada y me dijo que estuviera tranquila que de eso se encargaban ellos y anotó en la misma el número de teléfono en donde me encontraba y me dijo que estuviera tranquila que ellos me avisaban, como yo estaba preocupada por la situación y no habían hecho nada. En esa época yo fui a solicitar una medida de protección y solicité un papel que llené y lo presenté pero la muchacha que me atendió me dijo que eso no tenía fundamento ese papel, yo lo tengo guardado que eso no me prosperaba porque eso solo operaba cuando las personas vivían bajo el mismo techo”.*²³

En cuanto a las lesiones sufridas por la actora, se dejó consignado lo siguiente:

*“El Despacho deja constancia que la declarante presenta lesiones en sus manos, una herida en la tercera falange y primera falange, escoriaciones varias en dorso, además en (ilegible) de mano izquierda; heridas menores en tórax lado izquierdo, hematomas en tercio superior cara posterior y anterior de brazo izquierdo, escoriaciones múltiples en región mamaria lado izquierdo, heridas menores en cara izquierda y tórax”.*²⁴

En cuanto a las circunstancias previas al fatal desenlace donde fallecieron sus hijos, la actora relató:

“(...) me pidió que le enviara a los niños el día 29, ese día nos fuimos a las 9 y media de la mañana me levanté triste, ellos se quedaron, yo seguí al trabajo, lo llame (sic) de mi trabajo y me

²³ Folios 108 a 120 del cuaderno 2.

²⁴ Folio 109 del cuaderno 2.



dijo que teníamos que hablar porque me iba a dejar la vida tranquila, llegue a la una y diez al barrio, dijo que iba a dejar a los niños almorzando eso fue por teléfono, yo me vi con él y nos fuimos a la 23 con decima (sic) (...) nos fuimos para taberna (sic) que queda en la carrera 9 N. 23-60 nos sentamos en el segundo piso, me dijo que tranquila que lo de hoy no se va a olvidar nunca, el (sic) pidió media botella de ron y me dio un poquito de ron con coca cola, ya eran casi las siete de la noche, y cuando pusimos un disco me olvide de todo, no me acuerdo de nada más (...)”.

En la diligencia de ampliación de declaración, la señora Quiñónez manifiesta que creía que el señor Mojica le había puesto algún tipo de sustancia a la Coca Cola que se tomó.

- Copia auténtica de la Resolución de 6 de julio de 1998, de la Fiscalía 55 – Unidad Quinta Delitos contra la Vida, en la cual decretó medida de aseguramiento de detención preventiva contra el señor Luis Guillermo Mojica Espitia como presunto responsable de la conducta punible de homicidio agravado en concurso con lesiones personales.²⁵
- Copia auténtica del examen del Grupo de Psiquiatría y Psicología Forense de la señora Esperanza Quiñónez Alvarado en el cual se concluyó:

“...1. La examinada ESPERANZA QUIÑÓNEZ ALVARADO para el momento de la entrevista psiquiátrica forense presenta un cuadro de duelo aunado a un síndrome de estrés postraumático secundario a los hechos investigados y a la gran pérdida que le generaron de una manera tan dramática. 2. Dichas alteraciones constituyen en términos forenses una Perturbación Psíquica de carácter permanente secundario a los hechos investigados. 3. Amerita tratamiento psiquiátrico urgente...”²⁶

- Copia auténtica de la Diligencia de Inspección Judicial realizada por la Fiscalía 55 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito sobre el proceso adelantado por la Fiscalía 45 Seccional de la Unidad Cuarta de Vida, sobre la denuncia presentada por la señora Esperanza Quiñónez Alvarado en contra de Luis Guillermo Mojica Espitia, de donde se resalta:

²⁵ Folios 143 a 148 del cuaderno 2.

²⁶ Folios 172 a 182 del cuaderno 2.



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

“(…) de la averiguación previa radicada bajo el número 361149, examinadas las diligencias encontramos: denuncia compuesto de seis (6) folios presentado por la señora ESPERANZA QUIÑÓNEZ ALVARADO (…) contra LUIS GUILLERMO MOJICA ESPITIA (...), fecha de presentación 28 de abril de 1998. A folio 7 y con fecha 07-05-98 aparece la planilla de asignación al Fiscal 45 de esta Unidad. A folio 8 aparece un escrito presentado por la señora ESPERANZA QUIÑÓNEZ ALVARADO en el cual suministra y aclara la dirección del denunciado, y mediante el cual aporta dos fotocopias mediante las cuales debe presentarse a la Policía Metropolitana de Bogotá, SIJIN, el día 8 de junio de 1998 en compañía de sus hijos, parece (sic) otra citación para el día 29 de mayo de 1998 sin firma, este escrito tiene fecha de presentación del 29 de mayo de 1998. A folio 11 aparece la Resolución mediante la cual esta Fiscalía AVOCA el conocimiento y cita al sindicato LUIS GUILLERMO MOJICA ESPITIA “para que se presente dentro del término de la distancia a fin de que suministre la dirección de su esposa a efecto de citarla para escucharla en ampliación de denuncia y así aclarar ciertos puntos referentes con su queja” (...) A folio 12 aparece un telegrama de citación de fecha Junio 17 de 1998 en el cual se cita a LUIS GUILLERMO MOJICA ESPITIA para que se presente dentro del menor tiempo posible a esta Fiscalía a fin de practicar diligencia de carácter penal. No aparece ninguna actuación posterior a esta fecha”.²⁷

- Copia auténtica del oficio 551116 de 3 de septiembre de 1998, por medio del cual la Fiscalía 55 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito solicita a la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura investigar disciplinariamente al Fiscal 45 de la Unidad Cuarta de Vida, por la inactividad en la instrucción de la averiguación preliminar 361149.²⁸
- Copia auténtica de la providencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito el 26 de agosto de 1999, en la cual se declaró la extinción de la acción penal, por la muerte del procesado Luis Guillermo Mojica Espitia.²⁹

2.10. Dictámenes periciales rendidos sobre el estado emocional y psiquiátrico de la señora Esperanza Quiñónez Alvarado, en los cuales se concluyó que no era posible determinar los tratamientos requeridos por la actora, toda vez que no se

²⁷Folio 169 del cuaderno 2.

²⁸Folios 170 a 171 del cuaderno 2.

²⁹Folios 187 y 188 del cuaderno 2.



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

tenía un diagnóstico actualizado sobre su estado de salud³⁰. El dictamen fue objetado por la parte actora al considerar que el mismo no había sido rendido puesto que los peritos se limitaron a aducir las razones para no hacerlo³¹.

3. Del defectuoso Funcionamiento de la Administración de Justicia.

La Ley Estatutaria de Administración de Justicia establece que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales; seguidamente, prescribe que en los términos anteriores el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.

A su turno el artículo 69 de la mencionada ley reguló el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia de la siguiente manera:

“Artículo 69. Defectuoso Funcionamiento de la Administración de Justicia. Fuera de los casos previstos en los artículos 66 y 68 de esta ley, quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación.”

Al respecto esta Corporación ha considerado:

“El artículo 69 de la ley 270 de 1996 establece que cuando el daño no proviene de un error judicial o de la privación injusta de la libertad, el título de imputación jurídica radica en el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Dentro de ese concepto están comprendidas todas las acciones u omisiones que se presenten con ocasión del ejercicio de la función de impartir justicia en que incurran no sólo los funcionarios sino también los particulares investidos de facultades jurisdiccionales, los empleados judiciales, los agentes y los auxiliares judiciales.”³²

De igual manera recientemente se ha expuesto:

³⁰ Cuaderno 3.

³¹ Folio 111 del cuaderno 1.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del veintidós (22) de noviembre dos mil uno (2001). Radicación: 25000-23-26-000-1992-8304-01(13164). Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. De igual forma Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del once (11) de julio de dos mil trece (2013). Radicación: 25000232600020000269701 (26021). Consejera Ponente Olga Mélida Valle de De La Hoz.



“Según el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, que en punto al título de imputación de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia encuentra desarrollo legal en el artículo 69 de la ley 270 de 1996 en los siguientes términos: “Fuera de los casos previstos en los artículos 66 y 68 de esta ley, quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación”. Luego, aparece claro que el primer elemento a estudiar en la estructuración de la responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano es el daño, el cual debe ser cierto, actual, y por ello, constituye una carga procesal y probatoria del demandante, al tenor del artículo 177 del C. de P. Civil, aplicable por remisión a esta jurisdicción.”³³

Desde el punto de vista doctrinal se ha disertado:

“En tanto que la noción de deficiente administración de justicia comprende una serie de actos procedimentales que no necesariamente culminan en el dictado de una sentencia o una resolución judicial, pero igualmente son susceptibles de producir daños a los administrados. Se trataría de toda actividad residual realizada no solo por los jueces sino también por quienes auxilian o colaboran de algún modo con la administración de justicia. En palabras del Tribunal Supremo Español, habría anormal funcionamiento de la administración de justicia. Cuando no exista una resolución judicial que directamente prive de bienes o derechos a una parte o le imponga indebidamente obligaciones o gravámenes, pero que por las actuaciones procesales le hayan generado daños y perjuicios injustificados, entonces nos encontramos ante un supuesto de anormal funcionamiento de administración de justicia.”³⁴

“En lo atinente al defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, se ha dicho en la doctrina colombiana: “Ese concepto de defectuoso funcionamiento es equivalente a la falla del servicio elaborada por la jurisprudencia francesa y que en la sistematización clásica el profesor PAUL DUEZ puede tener tres manifestaciones: -El servicio ha funcionado mal. -El servicio no ha funcionado. -El servicio ha funcionado en forma tardía. El mismo tratadista en citada referencia, destaca: “La comprensión de lo que es funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, debe partir de una comparación de lo que sería o debería ser el funcionario normal, lo que remite a unos criterios de actuación, a unos standars de funcionamiento, a unos conceptos jurídicos indeterminados de una extrema variabilidad y sujetos a una serie de condicionamientos históricos, técnicos y políticos. Importa señalar que no todo funcionamiento anormal, que no toda deficiencia en

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del catorce (14) de marzo de dos mil doce (2012). Radicación: 25000-23-26-000-1998-02717-01(20497). Consejera Ponente: Olga Mélida Valle de De La Hoz.

³⁴ Saravia Frías, Santiago. Responsabilidad del Estado por Error Judicial y Deficiente Administración de Justicia. En Biblioteca Jurídica Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Pág. 278.



la administración de Justicia, son generadores de responsabilidad, sino aquellos que no van acordes con unos patrones básicos de eficacia y funcionamiento de acuerdo con las necesidades sociales y los intereses de los justiciables.”³⁵

En sentido similar, en sentencia reciente se consideró:

“En cuanto al defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, habría que decir que éste, a diferencia del error judicial, se produce en las demás actuaciones judiciales necesarias para adelantar el proceso o la ejecución de las providencias judiciales.

Dentro de este concepto están comprendidas todas las acciones u omisiones constitutivas de falla, que se presenten con ocasión del ejercicio de la función de impartir justicia. Puede provenir no sólo de los funcionarios, sino también de los particulares investidos de facultades jurisdiccionales, de los empleados judiciales, de los agentes y de los auxiliares judiciales. Así también lo previó el legislador colombiano cuando dispuso que, fuera de los casos de error jurisdiccional y privación injusta de la libertad, “quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación”.³⁶

De acuerdo con los anteriores asertos, se puede indicar como características del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, las siguientes:

- i. Se produce frente a actuaciones u omisiones, diferentes a providencias judiciales, necesarias para adelantar un proceso.
- ii. Puede provenir de funcionarios judiciales y particulares que ejerzan facultades jurisdiccionales.
- iii. Debe existir un funcionamiento defectuoso o anormal, partiendo de la comparación de lo que debería ser un ejercicio adecuado de la función judicial.
- iv. Título de imputación de carácter subjetivo.
- v. Se manifiesta de tres formas: la administración de justicia ha funcionado mal, no ha funcionado o funcionó tardíamente.

³⁵ Gil Botero, Enrique. Responsabilidad Extracontractual del Estado. 5ª Edición. Editorial Temis. Bogotá D. C. 2011. Pág. 482.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del dieciséis (16) de febrero de dos mil seis (2006). Radicación: 25000-23-26-000-1993-09946-01(14307). Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

4. Caso Concreto

Previo al estudio del fondo del asunto, la Sala considera necesario pronunciarse acerca del valor probatorio del proceso penal trasladado al *sub judice* así como el de las copias simples aportadas al plenario.

Frente al material probatorio trasladado del proceso penal 001/99 seguido contra el señor Luis Guillermo Mojica Espitia, con ocasión de la muerte de sus tres hijos, en hechos ocurridos el 30 de junio de 1998, la Sala pone de presente que le dará valor probatorio, toda vez que se cumplen los requisitos del artículo 185 del CPC³⁷, teniendo en cuenta que la actuación fue adelantada por la entidad demandada, Fiscalía General de la Nación.

Sobre la prueba trasladada ha puntualizado esta Sala:

“En lo que se refiere a la prueba trasladada, debe reiterarse lo expuesto por la Sala en el sentido de que aquellos medios que no cumplan con los requisitos previstos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, es decir, que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con su audiencia, o que en su defecto no hubieren sido solicitadas en el proceso contencioso administrativo por la parte contra quien se aducen, no podrán ser valoradas en éste. También ha establecido la Sala que en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas rendidas dentro de otro proceso hubiere sido solicitado por ambas partes, dichas pruebas pueden ser tenidas en cuenta en el proceso contencioso administrativo sin limitaciones, aun cuando hayan sido practicadas sin citación o intervención de alguna de ellas en el proceso original y no hayan sido ratificadas en el contencioso administrativo, considerando que, en tales casos, resulta contrario a la lealtad procesal que las partes soliciten que la prueba haga parte del acervo probatorio, pero que en el evento de resultar desfavorable a sus intereses invoquen las formalidades legales para su inadmisión. Si no se cumple alguno de los mencionados requisitos, la posibilidad de apreciar tales pruebas dependerá si en el proceso al cual se trasladan se atienden las formalidades que la ley ha establecido respecto de cada una de éstas, (...). La Sala al revisar los documentos que obran en el expediente, observa que pueden ser valorados en esta oportunidad, porque tales medios de prueba han permanecido a disposición de las partes durante el curso del proceso y ninguna de

³⁷ “Artículo 185. Prueba trasladada. Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y **serán apreciables sin más formalidades**, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella”. (Resaltado fuera del texto)



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

ellas a controvertido la autenticidad de los mismos, razones por las cuales tales pruebas serán apreciadas en el sub lite con el valor legal que les corresponde. No ocurre lo mismo con la prueba testimonial practicada en los procesos disciplinarios anteriormente mencionados, puesto que respecto de ella no se cumplieron los requisitos de traslado, la misma no fue aportada al proceso por solicitud de la demandada, razones por las cuales dicho material no podrá ser imputado en su contra en aras de proteger el derecho de defensa de la Administración y de impedir la violación a su derecho de contradicción de la prueba”³⁸.

Ahora bien, en cuanto al material probatorio allegado al expediente en copia simple, la Sala lo valorará conforme al precedente jurisprudencial de esta Subsección, que ha indicado que es posible apreciar las copias si las mismas han obrado a lo largo del plenario y han sido sometidas a los principios de contradicción y de defensa de las partes, conforme a los principios de la buena fe y lealtad que deben conducir toda la actuación judicial.

Así las cosas, al haber sido aportada la prueba documental junto con la demanda, es procedente su apreciación toda vez que ha obrado durante todo el curso del proceso, sin haber sido tachada de falsa por la entidad demandada ni haberse opuesto a la misma en las etapas procesales pertinentes, aunado a que en la contestación de la demanda, la Nación, Rama Judicial solicitó tener como pruebas las que obraran en el proceso y las que el Tribunal considerara conducentes decretar.

Sobre la valoración de las copias simples ha dicho la Sala:

“La entidad demandada allegó en copia simple varios de los documentos que integraron el expediente administrativo de protección a favor del menor Sebastián Rojo Jiménez, medios de convicción que serán valorados en esta instancia por las siguientes razones: i) porque son documentos cuyos originales se encuentran en poder del ICBF – concretamente en sus archivos–, ii) fueron aportados por el propio instituto, razón adicional para reconocerles valor probatorio, y iii) en los términos de esta Subsección, es procedente apreciar las copias simples siempre y cuando hayan obrado a lo largo del plenario, conforme al principio constitucional de buena fe, puesto que han estado sometidas al principio de contradicción, por las partes”.

Sobre el particular, en reciente providencia se discurrió así:

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 25 de mayo, de 2011 Exp. 18747.



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

“Lo primero que advierte la Sala es que el proceso penal fue aportado en copia simple por la parte actora desde la presentación de la demanda, circunstancia que, *prima facie*, haría invalorable los medios de convicción que allí reposan. **No obstante, de conformidad con los lineamientos jurisprudenciales recientes, se reconocerá valor probatorio a la prueba documental que si bien se encuentra en fotocopia, ha obrado en el proceso desde el mismo instante de presentación del libelo demandatorio y que, por consiguiente, ha surtido el principio de contradicción.**

“En efecto, los lineamientos procesales modernos tienden a valorar la conducta de las sujetos procesales en aras de ponderar su actitud y, de manera especial, la buena fe y lealtad con que se obra a lo largo de las diferentes etapas que integran el procedimiento judicial.

“En el caso *sub examine*, por ejemplo, las partes demandadas pudieron controvertir y tachar la prueba documental que fue acompañada con la demanda y, especialmente, la copia simple del proceso penal que se entregó como anexo de la misma, circunstancia que no acaeció, tanto así que los motivos de inconformidad y que motivaron la apelación de la providencia de primera instancia por parte de las demandadas no se relacionan con el grado de validez de las pruebas que integran el plenario sino con aspectos sustanciales de fondo que tienen que ver con la imputación del daño y con la forma de establecer la eventual participación en la producción del mismo.

“Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor probatorio a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas.

“El anterior paradigma fue recogido de manera reciente en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –que entra a regir el 2 de julio de 2012– en el artículo 215 determina que se presumirá, salvo prueba en contrario, que las copias tienen el mismo valor del original cuando no hayan sido tachadas de falsas; entonces, si bien la mencionada disposición no se aplica al caso concreto, lo cierto es que con la anterior o la nueva regulación, no es posible que el juez desconozca el principio de buena fe y la regla de lealtad que se desprende del mismo, máxime si, se insiste, las partes no han cuestionado la veracidad y autenticidad de los documentos que fueron allegados al proceso.”³⁹

Así las cosas, la Sala valorará con libertad probatoria la documentación aportada por el demandado”⁴⁰.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de marzo de 2011, exp. 20171, M.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 2011, exp. 36.912



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

Descendiendo al caso bajo estudio, se tiene acreditado el daño antijurídico sufrido por la parte actora, consistente en la muerte de sus tres hijos Manuel Guillermo, Juan Camilo y Luis David Mojica Quiñónez, así como las lesiones padecidas por ella, en hechos ocurridos el 30 de junio de 1998, en la ciudad de Bogotá, daño que resulta imputable a las entidades demandadas por las razones que pasan a exponerse a continuación.

La parte actora deriva la responsabilidad del Estado por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia en cuanto a la omisión en que incurrieron la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, al no tomar las medidas de protección necesarias frente al riesgo que corrían la señora Esperanza Quiñónez y sus hijos menores Manuel Guillermo, Juan Camilo y Luis David Mojica Quiñónez, por las constantes amenazas y maltratos físicos y psicológicos propinados por su ex compañero y padre, Luis Guillermo Mojica Espitia.

A su vez, en el recurso de apelación, la parte actora manifestó su disenso con la providencia de primera instancia en razón a que a los ciudadanos simplemente se le exige el poner en conocimiento de las autoridades la posible ocurrencia de una conducta delictiva, y no recae sobre los mismos una carga mayor que la legalmente establecida.

La Constitución Política confiere al derecho a la vida una especial protección reconociendo su primacía e inviolabilidad, ya sea como valor, como principio o como derecho, comoquiera que *“la vida constituye la base para el ejercicio de los demás derechos. Es decir, la vida misma es el presupuesto indispensable para que haya titularidad de derechos y obligaciones.”*⁴¹

El inciso segundo del artículo 2 de la Constitución consagra el deber de las autoridades de la República de proteger la vida de todos los residentes en Colombia, y el artículo 5 de la Carta Política reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona así como el amparo de la familia como institución básica de la sociedad.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia T-102 de 1993.



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

Dentro del desarrollo jurisprudencial sobre el derecho a la vida, se resalta que posee dos ámbitos vinculantes para el Estado: el deber de respeto y el deber de protección.⁴² Así, las autoridades de la República no solo se encuentran en la obligación de abstenerse a vulnerar el derecho a la vida, sino que deben evitar que terceras personas la afecten.

El deber de asegurar o garantizar el respeto al derecho a la vida por parte de terceros constituye una obligación positiva en cabeza del Estado, quien debe actuar con eficiencia y celeridad en su labor de defensa, cuidado y protección de este preciado y fundamental bien constitucional.

En cuanto a las medidas encaminadas a dar protección, las autoridades gozan de autonomía para tomar las decisiones que sean necesarias, siempre y cuando constituyan soluciones reales y efectivas. Así, las alternativas formuladas dependerán del caso concreto y de la situación administrativa, política, económica, social del país y del criterio razonable de las autoridades encargadas de proveer el amparo más adecuado, siendo exigible que se eviten o se minimicen los riesgos y la exposición a daños antijurídicos.⁴³

En cuanto a la seguridad personal, la Corte Constitucional ha concluido que *“en el contexto colombiano, es un derecho fundamental de los individuos. Con base en él, pueden exigir, en determinadas condiciones, medidas específicas de protección de parte de las autoridades, con el objetivo de prevenir la materialización de cierto tipo de riesgos extraordinarios contra su vida o integridad personal, que no tienen el deber jurídico de soportar, y que las autoridades pueden conjurar o mitigar”*.⁴⁴

Ahora bien, el constituyente primario dio especial relevancia a la protección de la niñez colombiana y en el artículo 44 de la Carta, consagró que los derechos a la vida, integridad física, salud y seguridad social de los niños son fundamentales y prevalecen sobre los derechos de los demás. De igual forma, estableció la obligación de proteger a la infancia contra toda forma de violencia física y moral, deber que radicó en cabeza no solo de la familia y la sociedad sino del mismo Estado.

⁴² *Ibíd.*

⁴³ Corte Constitucional, sentencias T-160 de 1994, T-362 de 1997, T-981 de 2001 y T-728 de 2010.

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia T-719 de 2003.



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

A su vez, el Código del Menor, Decreto 2737 de 1989, vigente al momento de los hechos, establecía en su artículo 4, que todo menor tenía derecho intrínseco a la vida y que era obligación del Estado garantizar su supervivencia y desarrollo. Asimismo, preceptuaba en el artículo 8, que los menores tenían derecho a ser protegidos contra toda forma de violencia y que el Estado, por medio de los organismos competentes, debían garantizar dicha protección.

En desarrollo de los preceptos constitucionales que ordenan al Estado y a la sociedad garantizar la protección integral de la vida y la seguridad personal, al igual que a la familia como núcleo fundamental que es de la sociedad, así como aquellos que consagran el carácter prevalente de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, el Congreso de la República ha expedido numerosas disposiciones, de las cuales se destaca la Ley 294 de 1996⁴⁵.

En efecto la precitada ley en su Título II, artículo 4 prescribe:

“Artículo 4. Toda persona que dentro de su contexto familiar sea víctima de daño físico, psíquico, o daño a su integridad sexual, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar, podrá pedir, sin perjuicio de las denuncias penales a que hubiere lugar, al comisario de familia del lugar donde ocurrieren los hechos y a falta de este al Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal, una medida de protección inmediata que ponga fin a la violencia, maltrato o agresión o evite que esta se realice cuando fuere inminente.

Cuando en el domicilio de la persona agredida hubiere más de un despacho judicial competente para conocer de esta acción, la petición se someterá en forma inmediata a reparto.”

Igualmente el artículo 5 expresa las medidas de protección en casos de violencia intrafamiliar, el cual por su relevancia frente al caso concreto, se cita *in extenso*:

“Artículo 5. Medidas de protección en casos de violencia intrafamiliar. Si la autoridad competente determina que el solicitante o un miembro de un grupo familiar ha sido víctima de violencia, emitirá mediante providencia motivada una medida definitiva de protección, en la cual ordenará al agresor abstenerse de realizar la conducta objeto de la queja, o cualquier otra similar contra la persona ofendida u otro miembro del grupo familiar. El funcionario podrá imponer, además, según el caso, las siguientes medidas, sin perjuicio de las establecidas en el artículo 18 de la presente ley:

⁴⁵ Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar.



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

- a) *Ordenar al agresor el desalojo de la casa de habitación que comparte con la víctima, cuando su presencia constituye una amenaza para la vida, la integridad física o la salud de cualquiera de los miembros de la familia;*
- b) *Ordenar al agresor abstenerse de penetrar en cualquier lugar donde se encuentre la víctima, cuando a juicio del funcionario dicha limitación resulte necesaria para prevenir que aquel perturbe, intimide, amenace o de cualquier otra forma interfiera con la víctima o con los menores, cuya custodia provisional le haya sido adjudicada;*
- c) *Prohibir al agresor esconder o trasladar de la residencia a los niños, niñas y personas discapacitadas en situación de indefensión miembros del grupo familiar, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar;*
- d) *Obligación de acudir a un tratamiento reeducativo y terapéutico en una institución pública o privada que ofrezca tales servicios, a costa del agresor.*
- e) *Si fuere necesario, se ordenará al agresor el pago de los gastos de orientación y asesoría jurídica, médica, psicológica y psíquica que requiera la víctima;*
- f) *Cuando la violencia o maltrato revista gravedad y se tema su repetición la autoridad competente ordenará una protección temporal especial de la víctima por parte de las autoridades de policía, tanto en su domicilio como en su lugar de trabajo si lo tuviere;*
- g) *Ordenar a la autoridad de policía, previa solicitud de la víctima el acompañamiento a esta para su reingreso al lugar de domicilio cuando ella se haya visto en la obligación de salir para proteger su seguridad;*
- h) *Decidir provisionalmente el régimen de visitas, la guarda y custodia de los hijos e hijas si los hubiere, sin perjuicio de la competencia en materia civil de otras autoridades, quienes podrán ratificar esta medida o modificarla;*
- i) *Suspender al agresor la tenencia, porte y uso de armas, en caso de que estas sean indispensables para el ejercicio de su profesión u oficio, la suspensión deberá ser motivada;*
- j) *Decidir provisionalmente quién tendrá a su cargo las pensiones alimentarias, sin perjuicio de la competencia en materia civil de otras autoridades quienes podrán ratificar esta medida o modificarla;*
- k) *Decidir provisionalmente el uso y disfrute de la vivienda familiar, sin perjuicio de la competencia en materia civil de otras autoridades quienes podrán ratificar esta medida o modificarla;*
- l) *Prohibir, al agresor la realización de cualquier acto de enajenación o gravamen de bienes de su propiedad sujetos a registro, si tuviere sociedad conyugal o patrimonial vigente. Para este efecto, oficiará a las*



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

autoridades competentes. Esta medida será decretada por Autoridad Judicial;

m) Ordenar al agresor la devolución inmediata de los objetos de uso personal, documentos de identidad y cualquier otro documento u objeto de propiedad o custodia de la víctima;

n) Cualquiera otra medida necesaria para el cumplimiento de los objetivos de la presente ley.

(...)

Parágrafo 2o. Estas mismas medidas podrán ser dictadas en forma provisional e inmediata por la autoridad judicial que conozca de los delitos que tengan origen en actos de violencia intrafamiliar.

Parágrafo 3o. La autoridad competente deberá remitir todos los casos de violencia intrafamiliar a la Fiscalía General de la Nación para efectos de la investigación del delito de violencia intrafamiliar y posibles delitos conexos.”

En cuanto al desarrollo jurisprudencial frente a la violencia intrafamiliar y al maltrato físico y moral sufrido por niños, la jurisprudencia no ha dudado en determinar que la protección debe ser inmediata e integral⁴⁶.

El derecho internacional también se ha encargado de regular el tema y Colombia ha suscrito y ratificado diversos tratados, declaraciones y convenios relativos a los menores⁴⁷, de los que se resaltan en especial la Declaración Universal de Derechos Humanos (Proclamada el 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de la ONU), en cuyo artículo 25 se estipula que *“La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”*; la Declaración de los Derechos del Niño (Proclamada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1959); la Convención sobre los Derechos del Niño (Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por la Ley 12 de 1991), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece en su artículo 19 que *“todo*

⁴⁶ Ver entre otras, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de tutela del 25 de enero de 1995, MP. Nicolás Bechara Simancas.

⁴⁷ Consagra el artículo 93 de la Constitución Política: *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”*.



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

La Convención sobre los Derechos del Niño, principal instrumento internacional para la protección de los menores, regula las obligaciones de los Estados Partes frente a la infancia y prescribe que deben adoptar todas las medidas – legislativas, administrativas, sociales y educativas – apropiadas, para proteger al niño contra toda forma de abuso físico o mental, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o cualquier otra persona que lo tenga a su cargo⁴⁸. Así mismo, se indica que las medidas de protección deberán comprender *“procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la **identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño, y según corresponda la intervención judicial**”*⁴⁹.

En cuanto al estado de la niñez en Colombia para la época de los hechos objeto de la presente decisión, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al presentar el informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia del 26 de febrero de 1999⁵⁰, realizó las siguientes recomendaciones:

“G. RECOMENDACIONES

Con fundamento en el análisis efectuado en el presente Capítulo, la Comisión formula al Estado colombiano las siguientes recomendaciones, algunas de las cuales están basadas en las efectuadas a Colombia por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas:

1. Que se otorgue la debida importancia y prioridad al tema de los derechos del niño. A tales efectos, debe tomarse en cuenta que muchas de las medidas que requiere la niñez exigen no tanto inversiones económicas de gran envergadura sino más bien un reconocimiento sincero del problema y un compromiso serio, político y social, destinado a resolverlo, mediante políticas concertadas, planificadas a corto, a mediano y a largo plazo. 2. Que se adopten medidas para difundir extensamente los derechos del niño, especialmente entre los propios niños, los padres, los defensores de niños, los maestros, los jueces, los policías, los militares, los grupos de

⁴⁸ Artículo 19, numeral 1.

⁴⁹ Artículo 19, numeral 2.

⁵⁰ <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Colom99sp/capitulo-13.htm>



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

profesionales que trabajan con niños o para ellos y, en general, los demás funcionarios que tengan relación con el tema. 3. Que se cree un sistema que coordine la aplicación de los programas relacionados con la infancia y que se consolide el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, con miras a lograr una buena coordinación entre las instituciones que se ocupan de los derechos del niño. A tales efectos, es importante que se reúna y analice sistemáticamente información cuantitativa y cualitativa para evaluar los progresos realizados. 4. Que se apoye, se reconozca y se otorgue debida importancia a la labor que en favor de los derechos del niño realizan las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos y los demás integrantes de la sociedad civil, y que se incentive que los organismos del Estado les escuchen y permitan, en la medida de lo posible, su participación en el diseño, elaboración y ejecución de las políticas estatales en favor de los derechos de los niños. **5. Que se tomen medidas enérgicas para garantizar el derecho de todos los niños de Colombia a la vida. Esas medidas deben incluir medidas que garanticen la protección efectiva de los derechos de los niños contra los actos de asesinato y atentados contra su integridad física, y el aseguramiento de que dichos actos sean investigados de manera seria, imparcial y efectiva por tribunales civiles y sancionados severamente.** 6. Que el Estado analice detenidamente su sistema de reclutamiento militar para las fuerzas armadas, teniendo en cuenta la protección especial que deben recibir los menores de edad. 7. Que se tomen las medidas apropiadas, hasta donde los recursos lo permitan, para que se asignen suficientes créditos presupuestarios a los servicios destinados a los niños, particularmente en el área de educación y salud. 8. Que, de manera urgente, se incluya en el sistema educativo a los niños que no estén recibiendo instrucción escolar, y se replanteen los objetivos, métodos y demás parámetros concernientes a la educación que se está impartiendo a los niños. 9. Que se respeten las disposiciones que protegen al niño trabajador colombiano. 10. Que se profundicen los programas para proteger a los niños de la situación con conflicto armado interno y se creen programas nuevos para proteger a dichos niños. 11. Que se pongan en práctica las reformas necesarias en la jurisdicción de familia”.

Conforme a lo anterior, para la Sala es claro que las autoridades de la República tienen el deber de adoptar medidas de protección frente a los ciudadanos que pongan en su conocimiento amenazas a su vida e integridad personal y, especialmente, cuando el sujeto pasivo de las mismas sea un niño o adolescente, eventos en los cuales la reacción de las autoridades debe ser inmediata y prioritaria, en aras de garantizar el principio del interés prevalente de los niños y niñas.

Revisado el expediente, la Sala observa que la señora Esperanza Quiñónez formuló denuncia penal contra el señor Luis Guillermo Mojica, el 28 de abril de 1998, en la cual hizo un extenso relato de los maltratos psicológicos propinados por



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

este último a ella y a sus hijos. De igual forma, el 29 de mayo siguiente, la demandante solicitó ante los jueces de familia, medidas de protección por los mismos motivos consignados en la denuncia, con fundamento en la Ley 294 de 1996.

Tras las anteriores solicitudes, se encuentra demostrado en el plenario, a través del acta de diligencia de inspección judicial al proceso con radicado No. 361149, que la Fiscalía General de la Nación, luego de recibir la denuncia interpuesta por la actora y otro escrito presentado por ella por el cual suministraba y aclaraba la dirección del denunciado Luis Guillermo Mojica Espitia, avocó conocimiento y citó al sindicado ***“para que se presente dentro del término de la distancia a fin de que suministre la dirección de su esposa a efecto de citarla para escucharla en ampliación de denuncia y así aclarar ciertos puntos referentes con su queja”*** y luego se le envió citación para la práctica de una diligencia penal, a la cual no consta su asistencia, ni aparece ninguna actuación posterior.

En cuanto a la solicitud de protección presentada ante los jueces de familia, no obra en el expediente prueba alguna sobre su trámite, la única referencia al respecto la hizo la actora al ampliar su declaración sobre los hechos motivo de investigación penal, instancia en la que manifestó: *“yo fui a solicitar una medida de protección y solicité un papel que llené y lo presenté pero la muchacha que me atendió me dijo que eso no tenía fundamento ese papel. Yo lo tengo guardado, que eso no me prosperaba porque eso solo operaba cuando las personas vivían bajo el mismo techo, yo desistí por lo que ella me dijo”*.

Conforme a lo expuesto, la Sala establece sin anfibología, que existió omisión de las autoridades judiciales - Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial, a través de los juzgados de familia – en darle curso y tomar las medidas legales correspondientes a la solicitud presentada por la señora Quiñónez, configurándose así un funcionamiento anormal de la administración de justicia, toda vez que la misma no desplegó sus actividades conforme a lo establecido en la Constitución y la ley.

La Sala pone de presente que existía, constitucional y legalmente, la obligación por parte de las entidades demandadas de investigar los hechos denunciados por



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

la actora, susceptibles de configurarse como conductas punibles⁵¹, de tomar las medidas necesarias para la protección de los bienes jurídicos tutelados que se encontraban amenazados, en especial la de los menores de edad, y dar traslado a las entidades competentes encargadas de salvaguardar la integridad de los niños y la familia, como es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar⁵².

Así las cosas, la principal manifestación del deber de protección y garantía de los derechos fundamentales y bienes jurídicos esenciales de las personas –y en especial de los niños y niñas del país– es en la etapa de prevención; de tal forma que, la principal obligación del Estado tratándose de la infancia y adolescencia consiste en evitar por todos los medios posibles y existentes que se materialicen daños que puedan afectar la integridad psicofísica y el desarrollo normal de los sujetos de especial protección (art. 13 C.P.).

En ese orden de ideas, la protección de la infancia reviste una connotación disímil del Estado –obligación particular y especial– que es valorada en términos diferentes a los tradicionales incumplimientos prestacionales que delimitan la falla del servicio. En otros términos, cuando existe una prestación anormal del servicio de atención y protección a la infancia y la niñez, se desconoce el principio de protección especial reforzada, contenido en el artículo 13 de la Carta Política, en concordancia con lo establecido en el artículo 44 del mismo estatuto superior.

Lo anterior, generaba en las entidades demandadas una posición de garante frente a la señora Esperanza Quiñónez Alvarado y especialmente en relación a sus menores hijos Manuel Guillermo, Juan Camilo y Luis David, puesto que una vez que se puso en conocimiento de las autoridades competentes la situación que estaban sufriendo, surgió para el Estado la obligación de intervenir en el asunto y

⁵¹ Constitución Política. Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. (...) (Resalta la Sala)

⁵² El artículo 32 del Decreto 2737 de 1989, código del menor, estipulaba: Toda persona que tenga conocimiento de la situación de abandono o peligro en que se encuentre un menor, deberá informarlo al Defensor de Familia del lugar más cercano o, en su defecto, a la autoridad de policía para que se tomen de inmediato las medidas necesarias para su protección.



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

generar respuestas inmediatas que propendieran por la protección de la vida y de la integridad de la familia que se encontraba en un claro riesgo.

Tal como se expuso en párrafos precedentes, la Constitución y la ley atribuyen unos deberes específicos a las autoridades demandadas que las mismas inobservaron en el presente caso y que de haberse desplegado la actuación correspondiente, de forma correcta y pronta, se hubiera evitado el trágico desenlace que da lugar a la reclamación de perjuicios bajo estudio.

Sobre la posición de garante, la Sección Tercera ha establecido:

“Por posición de garante debe entenderse aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho. Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley -en sentido material- atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida”⁵³.

Recientemente, esta Subsección discurrió en el siguiente sentido:

“Así las cosas, en el caso concreto el daño resulta imputable al demandado porque para el momento de los hechos, tenía posición de garante, por lo que debió evitar la producción del resultado a través de la adopción de medidas de seguridad y protección, tendientes a impedir que Eider Cabarcas sufriera una recaída, y porque se obviaron las recomendaciones hechas por los médicos tratantes, quienes diligentemente advirtieron los riesgos que corría el joven. Como consecuencia de lo anterior, se confirmará el fallo de primera instancia”⁵⁴.

Así las cosas, el desconocimiento por parte de la Fiscalía General de la Nación de dar el correspondiente traslado a las autoridades administrativas competentes, esto es, el ICBF, así como de adelantar de manera adecuada el proceso de investigación criminal por lesiones personales, tentativa de homicidio y violencia

⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de octubre de 2007, Rad. 15.567, MP. Enrique Gil Botero.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 19 de noviembre de 2012, Rad. 42.813, MP: Olga Mérida Valle de De La Hoz.



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

intrafamiliar, conllevaron a que el daño antijurídico que se demanda en el asunto sub examine se haya configurado y, por lo tanto, se itera, el mismo es imputable fáctica y jurídicamente a las entidades demandadas por encontrarse en posición de garante institucional, una vez tuvieron conocimiento de los hechos por parte de la denuncia formulada por la señora Quiñónez.

De modo que, la obligación del Estado en el *sub judice* consistía no sólo en investigar la configuración de los delitos denunciados, sino que, de igual forma, dar traslado a las autoridades competentes para que se adoptaran todas las medidas de prevención y protección –psicosociales, jurídicas y materiales– que limitaran la puesta en peligro de los intereses legítimos de los niños.

En virtud de lo expuesto, para la Sala se encuentra configurada la responsabilidad de las entidades estatales por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, de que trata el artículo 69 de la Ley 270 de 1996 y considera que no prosperan ninguna de las excepciones propuestas por la entidad demandada Nación – Rama judicial.

Ahora bien, aduce la defensa de la Rama Judicial y fundamenta la decisión del Tribunal, el hecho que la señora Quiñónez Alvarado no suministró información para contactarla. Al respecto, la Sala considera, en primer lugar, que la actora informó sobre el domicilio del victimario, sujeto contra quien debía dirigirse la investigación y debían tomarse las medidas establecidas en las leyes colombianas para proteger a quienes estaban siendo víctimas de maltratos y violencia física y psicológica y, por otro lado, la señora Esperanza aportó, tanto en la denuncia penal como en la solicitud de protección ante los jueces de familia, un apartado aéreo donde podía ser contactada, dirección en la cual nunca se le requirió como quedó establecido en el acervo probatorio.

Respecto a la conducta asumida por la demandante, que permitió el contacto del señor Mojica Espitia con sus hijos, la Sala considera que constituyó un grave descuido y negligencia por parte de la madre, puesto que, a sabiendas de los delicados antecedentes de violencia propiciados por su ex compañero tanto a ella como a sus hijos, tan evidentes que generaron la interposición de las denuncias a que se hizo referencia anteriormente, consintió que el padre se llevara a los menores, solo y durante todo el día y además en horas de la tarde se



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

fue a divertirse con el victimario y a consumir licor, lo que facilitó el contacto del progenitor asesino con las víctimas.

Por consiguiente, el comportamiento de la demandante fue relevante –en términos de la imputación fáctica– en la producción del resultado más no determinante puesto que se trataba de una mujer victimizada, amenazada de manera sistemática y permanente por su compañero y, adicionalmente, sin ningún tipo de orientación psicológica en el manejo de situaciones de violencia intrafamiliar.

En consecuencia, y conforme a lo expuesto, en el presente caso, para la Sala no se configura la causa eximente de responsabilidad de culpa de la víctima puesto que la conducta de la actora no fue el único factor determinante para que se configurara el daño, toda vez una debida y oportuna actuación de las autoridades judiciales (v.gr. dándole traslado al ICBF) hubieran generado respuestas de protección a los menores, tal como ampliamente se consideró en párrafos precedentes; por tanto, se disminuirá la condena en un 50% por encontrarse demostrada la concurrencia de causas.

Sobre la concurrencia de causas, ha dicho la Sala:

Al respecto conviene precisar que para que prospere esta causal de exclusión, es necesario que la actuación de la víctima haya sido el factor determinante para que presentara (sic) el daño, y si bien en principio un suicidio cumpliría con ese supuesto, en este caso particular éste se presentó como consecuencia de la situación emocional al que fue expuesto el conscripto al verse sometido a una situación vejatoria de su dignidad que asociado a sus trastornos psicológicos vinieron a resultar primero en la agresión causada a su superior y luego en la decisión de causarse la muerte para no enfrentar las consecuencias de su conducta las cuales incluían la posibilidad de ser procesado penal y disciplinariamente.

De esta manera, fue la omisión de las autoridades a quienes correspondía verificar la situación emocional del soldado conscripto y prestarle ayuda psicológica necesaria, lo que condujo a la producción del resultado dañoso y por tanto debe descartarse la culpa exclusiva de la víctima.

En lo atinente a la concurrencia de culpas la Sala ha considerado:

“Sobre el tema de la concausa, esta Corporación ha sostenido que el comportamiento de la víctima habilita al juzgador para reducir el cuántum indemnizatorio (artículo 2357 del Código Civil) en la medida en que la misma hubiere dado lugar al daño; es decir, cuando la conducta de los perjudicados participa de manera cierta y eficaz en el desenlace del



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

resultado. Tratándose de la responsabilidad patrimonial del Estado, una vez configurados los elementos estructurales –daño antijurídico, factor de imputación y nexos causal–, la conducta del perjudicado solamente puede tener relevancia como factor de aminoración del cuántum indemnizatorio, a condición de que su comportamiento adquiera las notas características para configurar una co-causación del daño. En esta dirección puede sostenerse que no es de recibo el análisis aislado o meramente conjetural de una eventual imprudencia achacable a la víctima, si la misma no aparece ligada co-causalmente en la producción de la cadena causal. Bien se ha dicho sobre el particular que la reducción del daño resarcible con fundamento en el concurso del hecho de la víctima responde a una razón de ser específica, es decir, que la víctima hubiere contribuido realmente a la causación de su propio daño, caso en el cual esa parte del perjuicio no deviene antijurídico y, por ende, no tiene la virtud de imputarse al patrimonio de quien se califica responsable.⁵⁵

En el presente caso, las pruebas indican que en el momento de los hechos el soldado no estaba en pleno uso de sus capacidades mentales, lo cual impide que pueda calificarse su actuar como imprudente, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2346 del C.C., máxime que la entidad era concedora de tal situación y no adoptó las medidas necesarias para contrarrestarla⁵⁶.

En consecuencia, se impone revocar la sentencia apelada y, en su lugar, declarar la responsabilidad solidaria de la Nación, Rama Judicial y Fiscalía General y condenarlas a pagar los perjuicios acreditados en el proceso, conforme se pasa a determinar a continuación.

Indemnización de perjuicios

En las pretensiones de la demanda, la parte actora solicita que las entidades demandadas sean condenadas a pagar la totalidad de los daños materiales e inmateriales que le fueron ocasionados, los cuales, al estimar la cuantía del proceso, establece de la siguiente forma:

“DAÑOS MATERIALES

Debido a su tratamiento permanente psiquiátrico la Sra. ESPERANZA QUIÑÓNEZ ALVARADO debe realizar una serie de gastos para su propia asistencia médica, la cual en momento alguno a (sic) podido llevar a cabo debido a su escasez (sic) de recursos económicos; por lo cual se solicitará se paguen estos gastos con el objeto de poder efectuar el tratamiento que se requiere.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de abril 7 de 2011, radicación 19256, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 25 de abril de 2012, Rad. 22737, MP. Olga Mélida Valle de De La Hoz.



La Sra. ESPERANZA QUIÑÓNEZ incurrió en gastos de asesoría y representación jurídica que ascendieron al monto de 5 millones de pesos.

DAÑO FISIOLÓGICO: Mediante pruebas allegadas y otras que se pretenden hacer valer dentro del proceso, se demostrará que la Sra. ESPERANZA QUIÑÓNEZ ALVARADO ha sufrido un perjuicio fisiológico a raíz de los hechos en comento. (...) Estos daños los tasamos en 200 millones de pesos.

DAÑOS INMATERIALES: A estos daños inmateriales también algunos tratadistas les arropan el concepto de daños morales, entendiéndose por estos, aquellos daños que producen desmedro en aspectos íntimos, sentimentales, afectivos, menoscabos de la propia personalidad de quien sufre el acto dañino. (...) por ende estimamos el daño moral de la Sra. QUIÑÓNEZ ALVARADO de la siguiente manera:

1. Por la muerte de su hijo MANUEL GUILLERMO: la suma de 5.000 gramos oro.
2. Por la muerte de su hijo JUAN CAMILO: la suma de 5.000 gramos oro.
3. Por la muerte de su hijo LUIS DAVID: la suma de 5.000 gramos oro.
4. No obstante lo relatado con anterioridad es claro a la luz del material probatorio allegado y del que se pretende allegar que la Sra. QUIÑÓNEZ ALVARADO presente en los hechos sujeto a decisión, fue objeto de una tentativa de homicidio por parte del Sr. LUIS GUILLERMO MOJICA, causándosele graves heridas en su integridad personal, lo que claramente le produjo un perjuicio moral radicado en la posibilidad de perder su vida en dichos acontecimientos, la sozobra (sic) sufrida debido a los hechos, las circunstancias de modo, ver a sus hijos desfalleciendo, verse ella misma gravemente herida, sin dudas causó un menoscabo moral ante la posibilidad de morir como el resto de su familia. (...) consideramos que dicho daño asciende a la suma de 3.000 gramos oro.
5. Igualmente como consecuencia de los hechos relatados que conllevaron el descenso de los niños MANUEL GUILLERMO, JUAN CAMILO y LUIS DAVID quienes eran sus hijos, dentro del proceso penal se determinó a (sic) la Sra. ESPERANZA QUIÑÓNEZ ALVARADO adquirió como secuela principal de los hechos una incapacidad sicológica permanente, situación definida medicamente y que afecta como es lógico de manera íntima a la Sra. QUIÑÓNEZ A., quien constantemente vive deprimida, triste, sin ánimo (sic) de vivir y quien constantemente recuerda a sus hijos y los hechos sucedidos. Por el impacto sicológico y moral producido ante la evidente incapacidad sicológica que padece y la tristeza que dicha situación le produce tasamos este daño en: 3.000 gramos oro.
6. Como lo afirma la variada jurisprudencia del Consejo de Estado, es claro que los perjuicios morales pueden ser transmisibles por vía hereditaria para su reclamación, es así como estaríamos en presencia de un iure hereditario, donde se demandara (sic) con calidad de heredero el perjuicio experimentado por el causante y transmitido sucesoralmente, de naturaleza moral. En el caso del niño LUIS DAVID quien como víctima directa experimentó durante varios días anteriores a su muerte el perjuicio moral, este se hace



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

transmisible por vía hereditaria a quien es legalmente su heredero, en este caso su señora madre ESPERANZA QUIÑÓNEZ ALVARADO.

Como heredera de los perjuicios morales sufridos por su hijo LUIS DAVID, quien murió 8 días después de los hechos mencionados, tasamos dichos perjuicios en cabeza de la Sra. QUIÑÓNEZ ALVARADO en su calidad de heredera en la suma de: 5.000 gramos oro⁵⁷.

Conforme a las anteriores solicitudes la Sala discierne de la siguiente manera:

Perjuicios materiales

Respecto a los perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, solicitados en la demanda, la Sala considera que no es procedente su reconocimiento puesto que, por un lado, no se logró demostrar que la actora estuvo en tratamientos psiquiátricos luego de la ocurrencia de los hechos y si los mismos se requerirían en el futuro, así como tampoco el costo a que ascenderían. El dictamen pericial solicitado por la parte actora, tenía como fin la obtención de esta prueba, sin embargo, éste no pudo ser dictado de fondo puesto que fue imposible evaluar a la señora Esperanza y la objeción presentada por el apoderado de la parte actora respecto a la decisión de los peritos, no enervaba el contenido de la misma, sino que debió insistirse en la práctica de la prueba lo que no hizo en el momento procesal adecuado.

Frente a los honorarios de abogados reclamados en virtud del proceso penal que se surtió por la muerte de los niños Mojica Quiñónez, la Sala pone de presente que la sola cuenta de cobro del supuesto apoderado judicial no basta para demostrar el perjuicio, puesto que se requería probar que efectivamente quien suscribía la misma era el representante de la actora, que había actuado durante el trámite de la causa penal y que la parte demandante le había cancelado los respectivos honorarios, entre otro tipo de pruebas tendientes a demostrar la relación comercial entre la parte y su apoderado.

Perjuicios morales

En cuanto a los perjuicios morales, conforme a lo expresado en sentencia del seis de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se

⁵⁷ Folios 12 al 15 del cuaderno 1.



consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral; ha precisado, por el contrario, que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado⁵⁸.

Respecto a la prueba de la existencia del perjuicio moral y su monto, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha puntualizado lo siguiente:

“En cuanto se refiere a la forma de probar los perjuicios morales, debe advertirse que, en principio, su reconocimiento por parte del juez se encuentra condicionado –al igual que los demás perjuicios- a la prueba de su causación, la cual debe obrar dentro del proceso. Por esta razón, el Juez Contencioso al momento de decidir se encuentra en la obligación de hacer explícitos los razonamientos que lo llevan a tomar dicha decisión, en el entendido que la ausencia de tales argumentaciones conlleva una violación al derecho fundamental del debido proceso⁵⁹.

Sin contrariar el principio que se deja visto, pero teniendo en cuenta las particularidades subjetivas que comporta este tipo de padecimientos que gravitan en la órbita interna de cada individuo, sin que necesariamente su existencia se corresponda con la exteriorización de su presencia, ha entendido esta Corporación⁶⁰ que es posible presumirlos para el caso de los familiares más cercanos, dada la naturaleza misma afincada en el amor, la solidaridad y el afecto que es inherente al común de las relaciones familiares, presunción de hombre que, desde luego, es susceptible de ser desvirtuada dentro del proceso.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

⁵⁹ Corte constitucional Sentencia T-212 de 2012. “la libertad a un juez para que tome una decisión bajo su arbitrio judicial, no es un permiso para no dar razones que sustenten lo decidido, no es una autorización para tomar decisiones con base en razonamientos secretos ni tampoco para tomar decisiones basadas en emociones o pálpitos. Como se indicó, por el contrario, demanda un mayor cuidado en el juez al momento de hacer públicas las razones de su decisión”.

⁶⁰ El tema de los perjuicios morales ha sido de una constante evolución en la jurisdicción contenciosa. Es así como en sentencia de la Sala Plena del 5 de noviembre de 1997, expediente S-259 se estimó la posibilidad de presumirlos tratándose de padres, hijos, cónyuge y hermanos menores, pero que debía probarse respecto de los demás familiares. Posteriormente en sentencia del 17 de julio de 1992, la Sección Tercera consagró en favor de todos los hermanos, menores y mayores, la presunción del perjuicio moral. Y por último la Sección ha precisado que la presunción del daño moral operaba respecto de los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, precisando que si no se demostraba el parentesco y la legitimación se sustentaba en la condición de damnificado del demandante. éste tenía la carga de demostrarlo.



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

Idénticos parámetros jurisprudenciales maneja actualmente la Corte Suprema de Justicia⁶¹ que ha entendido que la valoración de este tipo de perjuicios corresponde al juez, quien podrá declarar su existencia con base en la prueba indiciaria, en la cual, el parentesco resulta ser un elemento que permite deducir y tener por demostrado el afecto derivado de las relaciones familiares⁶².

Sobre la utilización de este medio probatorio de las presunciones para la tasación del daño moral, la Corte Constitucional ha considerado que tal criterio decantado por las Altas Cortes tiene la connotación de precedente jurisprudencial obligatorio para los jueces de menor jerarquía y, en consecuencia, ha ordenado su aplicación en los casos en los cuales se verifique que no han sido acogidos los lineamientos de tales precedentes sin que exista justificación para hacerlo⁶³.

(...)

Así las cosas, en esta oportunidad, la Sala reitera la necesidad de acreditación probatoria del perjuicio moral que se pretende reclamar, sin perjuicio de que, en ausencia de otro tipo de pruebas, pueda reconocerse con base en las presunciones derivadas del parentesco, las cuales podrán ser desvirtuadas total o parcialmente por las entidades demandadas, demostrando la inexistencia o debilidad de la relación familiar en que se sustentan.

Ahora bien, no puede perderse de vista que de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sala –y de la Corte Suprema de Justicia también-, ha soportado la procedencia de reconocimiento de este tipo de perjuicios y su valoración no solamente con fundamento en la presunción de afecto y solidaridad que surge del mero parentesco, sino que, acudiendo al *arbitrium judicis*, ha utilizado como criterios o referentes objetivos para su cuantificación la características mismas

⁶¹ Al igual que el Consejo de Estado, la Corte Suprema en un primer momento histórico negó la posibilidad de presumir los perjuicios morales, al considerar que su causación debía estar debidamente acreditada dentro del proceso. Sólo a partir del año 1997, rectificó su postura jurisprudencial en el sentido de aceptar la prueba indiciaria y, con ella, la presunción por parentesco, como sustento de una condena por perjuicios morales.

⁶² Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 26 de agosto de 1997, M.P. DR. CARLOS ESTEBAN JARAMILLO S. Oportunidad en la cual explicó: “si bien es cierto que no basta con invocar sin más la existencia de un agravio moral, también es verdad que **no...se exige una prueba irrefragable de su real ocurrencia, prueba esta del todo imposible por la naturaleza de esta clase de daños**, pero que a pesar de esta circunstancia, bien puede deducírsela de signos exteriores cuya verificación la ley difiere al discreto arbitrio judicial, luego corresponde por norma general al prudente juicio de los sentenciadores, en cada caso, reconocerlo como daño indemnizable, atendiendo al hecho generador de responsabilidad y a las circunstancias particulares que rodean dicho caso que, a su vez, han de suministrar las bases de cálculo adecuadas para fijar el monto de la satisfacción pecuniaria debido por este concepto... para efectos de la indemnización de perjuicios no patrimoniales por la pérdida de una persona allegada, al demostrar el cercano parentesco entre el actor y esta última, se acredita sin duda la existencia de una relación que en guarda del postulado de razonabilidad en las inferencias jurisdiccionales, permite construir la presunción del daño moral o afectivo, que por lo mismo puede ser desvirtuada por la parte interesada.”⁶²

⁶³ Corte Constitucional. Sentencia T-934 de 2009 mediante la cual se revoco la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 15 de agosto de 2008, al considerar que dicha decisión iba en contravía del precedente jurisprudencial de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.



del daño, su gravedad y extensión, el grado de afectación en el caso a cada persona, vale decir, el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la situación del demandante afectado, para, por vía del análisis de conjunto, debidamente razonado, llegar a concretar un monto indemnizatorio determinado que de ninguna manera puede asumirse como algo gracioso, nacido de la mera liberalidad del juez, y bajo esa concepción han de entenderse los lineamientos que la jurisprudencia ha llegado a decantar que en ese punto –el del quantum- obra como referente”⁶⁴.

Descendiendo al caso en estudio, se tiene que en la demanda se deprecó el perjuicio moral bajo tres supuestos independientes y autónomos, a saber:

- Por la muerte de los tres hijos de la actora, frente a lo cual se reclaman perjuicios morales en relación con cada uno de ellos.
- Por las lesiones físicas que sufrió la actora al momento de los hechos y las secuelas psicológicas permanentes que padece.
- Por el sufrimiento de su hijo Luis David durante los días posteriores a los hechos y previos a su fallecimiento, éste perjuicio es solicitado a título hereditario.

Respecto al daño moral, la Sala pone de presente que se está frente a un evento de acumulación homogénea de perjuicios, la cual, conforme a la reiterada jurisprudencia de esta Corporación⁶⁵, resulta procedente puesto que la afectación padecida por la parte actora tiene su origen en multiplicidad de causas – en el caso concreto representadas en la muerte de los hijos de la demandante, las lesiones por ella sufridas, tanto físicas como psicológicas – y el sufrimiento del menor Luis David Mojica tras sufrir la lesión y antes de morir, perjuicio que reclama la señora Quiñónez a título de heredera. Por tanto, en virtud de la indemnización integral de que trata el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, y el principio de responsabilidad que establece que debe indemnizarse todo el daño y nada más que el daño, el reconocimiento indemnizatorio del perjuicio moral debe reflejar la diversidad de sus causas.

Así lo señaló la Sección Tercera en un evento en el cual una persona sufrió lesiones y su cónyuge falleció en los mismos hechos:

⁶⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 23 de agosto de 2012, Rad. 24.392, MP. Hernán Andrade Rincón.

⁶⁵ Al respecto ver entre otras: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de noviembre de 1991, Rad. 6295, MP. Juan De Dios Montes Hernández y sentencia del 13 de agosto de 1992, Rad. 7274, MP. Daniel Suárez Hernández.



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

“Bajo los anteriores presupuestos y sin pretender desconocer lo razonado por el a quo que lo llevó a estimar en el equivalente en pesos de un mil (1.000) gramos de oro fino la indemnización por perjuicios morales en favor de la señora Susana Sampedro de Baquero, por las lesiones que sufrió (fractura del tercio medio de la diáfisis radial) y por la pérdida de la vida de su cónyuge, el honorable Magistrado Hernando Baquero B. Dicho monto por principio de equidad y de acuerdo a la discrecionalidad que se le otorga al fallador, se elevará a mil quinientos (1.500) gramos del referido metal, porque sin duda la entidad del daño que se le infirió causó en la afectada profunda aflicción moral la que merece ser reparada de manera razonable”⁶⁶.

Posteriormente, la misma Sección reconoció perjuicio moral a una menor de edad, en cuantía de 100 SMLMV por las lesiones que padeció y 100 más por la muerte de su madre, en la misma línea de pensamiento se liquidó el perjuicio frente a su padre y abuelos, así:

“JOSÉ DELIO SALAZAR ALZATE y ERNESTINA RAMÍREZ ARCILA la suma equivalente a CIEN (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes, para cada uno, por la muerte de su hija BLANCA DOLLY SALAZAR RAMÍREZ y CIEN (100) más para cada uno, por las lesiones irreversibles que padece su nieta ANA CATERINE CEBALLOS SALAZAR para la fecha de esta sentencia.

“LEONEL CEBALLOS GALLO y ANA CATERINE CEBALLOS SALAZAR, la suma equivalente a CIEN (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes, para cada uno, por la muerte de su esposa y madre Blanca Dolly Salazar Ramírez, y CIEN (100) más para cada uno, por las lesiones irreversibles que padece ANA CATERINE”⁶⁷.

Así las cosas, la Sala teniendo en cuenta que obran en el expediente no sólo las pruebas que acreditan el parentesco entre la actora y sus hijos fallecidos, sino también las lesiones físicas y siquiátricas por ella padecidas en y tras los hechos ocurridos en la madrugada del 30 de junio de junio de 1998, así como el hecho que el menor Luis David estuvo vivo durante ocho días luego, se condenará al reconocimiento de los siguientes perjuicios morales, de la siguiente manera:

Por la muerte de Manuel Guillermo Mojica Quiñónez, la suma de 100 SMLMV, disminuidos en un 50%, para un total de 50 SMLMV.

⁶⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de febrero de 1996, Rad. 9940, MP. Jesús María Carrillo Ballesteros.

⁶⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera sentencia del 1º de octubre de 2008, Rad. 27268, MP. Enrique Gil Botero.



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

Por la muerte de Juan Camilo Mojica Quiñónez, la suma de 100 SMLMV, disminuidos en un 50%, para un total de 50 SMLMV.

Por la muerte de Luis David Mojica Quiñónez, la suma de 100 SMLMV, disminuidos en un 50%, para un total de 50 SMLMV.

El perjuicio moral por la muerte de los menores serán reconocidos en su máximos establecidos jurisprudencialmente, puesto que para la Sala es dable afirmar sin dubitación alguna, que el fallecimiento de los hijos causan a sus padres la mayor de las congojas y de las penas, más aún si se tiene en cuenta las trágicas circunstancias que rodearon el asesinato de los menores Mojica Quiñónez.

Por las lesiones físicas que sufrió la señora Esperanza Quiñónez en los hechos que se demandan así como por la perturbación síquica de carácter permanente que padece, la suma de 60 SMLMV⁶⁸, disminuidos en un 50%, para un total de 30 SMLMV.

En cuanto a los perjuicios reclamados por la actora, en calidad de heredera de su hijo Luis David Mojica Quiñónez, por el sufrimiento moral que el menor tuvo luego de la lesión y antes de su fallecimiento, la Sala considera que los mismos están llamados a prosperar, toda vez que, de la lectura integral de la demanda, y en especial de la solicitud de perjuicios citada al comienzo de este acápite, se infiere sin hesitación alguna que la señora Esperanza demanda en tal potestad, siendo la heredera única del menor⁶⁹, toda vez que su padre falleció y no podría ser heredero del menor a quien cruelmente asesinó.

Además, está demostrado en el proceso que tras ser lesionado, el menor Luis David fue ingresado con heridas de gravedad a la clínica del menor donde falleció ocho días después. En tal virtud, debido a la gravedad y magnitud de las lesiones sufridas, de envergadura mortal, es posible inferir que el niño Luis David sufrió un gran dolor y angustia, y por tanto, la Sala otorgará por el perjuicio moral que él

⁶⁸ Sobre los perjuicios morales derivados de lesiones, ver, entre otras, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 4 de marzo de 2012, Rad. 22777, MP. Olga Mélida Valle de De la Hoz.

⁶⁹ Artículo 1046. <Artículo modificado por el artículo 5o. de la Ley 29 de 1982. El nuevo texto es el siguiente:> <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> Si el difunto no deja posteridad, le sucederán sus ascendientes de grado más próximo, *sus padres adoptantes* y su cónyuge. La herencia se repartirá entre ellos por cabezas.



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

padeció, la suma de 100 SMLMV, disminuidos en un 50%, para un total de 50 SMLMV.

En consecuencia, los perjuicios morales acumulados a favor de la actora, ascienden a 460 SMLMV, disminuidos en un 50%, para un total de 230 SMLMV.

Daño a la salud

En la demanda se solicitó indemnización por perjuicios fisiológicos en cuantía de doscientos millones de pesos, al respecto, toda vez que en el expediente está plenamente constatado el menoscabo en la integridad sicofísica de la actora puesto que se determinó que padecía una perturbación síquica de carácter permanente, la Sala reconocerá el perjuicio solicitado a título de daño a la Salud, conforme a la posición unificada de esta Sección, que al respecto señaló:

“(…)

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

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

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



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

de parámetros objetivos y equitativos, con apego irrestricto a los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad⁷⁰.

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

Es así como la doctrina, sobre el particular señala:

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

“Pero esta terminología es peligrosa porque se desliza hacia una realidad diferente. Como se ha precisado por la doctrina italiana, hay que matizar que, si bien a veces se utiliza como sinónimo del llamado daño biológico, la doctrina italiana más especializada, ha señalado que este último, es un concepto médico – legal, mientras que el daño a la salud es un concepto jurídico, normativo, que se encuentra consagrado en el artículo 32 de la Constitución...”⁷¹ (Se destaca).

En esa perspectiva, se insiste, la noción de daño a la vida de relación que sirvió al Consejo de Estado para indemnizar los perjuicios inmateriales sufridos por el sujeto, diferentes al moral, no es más que un concepto que ya no es utilizado por la doctrina y jurisprudencia italianas, en la medida en que se ha reconocido independencia entre el perjuicio biológico o fisiológico –relacionado con la órbita psicofísica del individuo– y otros perjuicios que afectan valores, derechos o intereses de la persona que, en la actualidad, en Italia, serían indemnizados bajo la panorámica del daño existencial (v.gr. la tranquilidad del ser humano, la seguridad, las condiciones de existencia, entre otros)⁷², sin que esta última categoría se encuentre lo

⁷⁰ “El daño subjetivo o daño a la persona es aquél cuyos efectos recaen en el ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, desde la concepción hasta el final de la vida. Por la complejidad del ser humano, los daños pueden efectuar alguna o algunas de sus múltiples manifestaciones o “maneras de ser”. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos “El daño a la persona”, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pág. 71 y s.s.

⁷¹ VICENTE Domingo, Elena “Los daños corporales: tipología y valoración”, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, Pág. 139.

⁷² “Allí se define el daño existencial [se refiere a la sentencia de la Sala Plena de la Corte de Casación Italiana No. 6572 del 24 de marzo de 2006] como todo perjuicio causado en el hacer no reidual del sujeto, susceptible de ser constatado de manera objetiva, que altera sus hábitos y su modo de relacionarse, induciéndolo a alternativas de vida distintas, que inciden en el despliegue y



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

suficientemente decantada en otras latitudes, razón para rechazar en esta instancia su adopción en el derecho colombiano, máxime si de manera reciente fueron proferidas cuatro sentencias de la Sección Unida (Sala Plena) de la Corte de Casación Italiana, en la que se recoge el daño existencial dado, precisamente, de la amplitud y falta de delimitación conceptual que implicaba (imposibilidad de objetivización)⁷³.

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

Entonces, como se aprecia, el daño a la salud gana claridad, exactitud y equidad donde los precisados perjuicios la pierden, puesto que siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no sólo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que las mismas generan, razón por la que, sería comprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables, con lo que se conseguiría una sistematización del daño no patrimonial⁷⁴. En otros términos, se insiste, en Colombia el sistema indemnizatorio está limitado y no puede dar lugar a que se abra una multiplicidad de categorías resarcitorias que afecten la estructura del derecho de daños y la estabilidad presupuestal que soporta un efectivo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, motivo por el que, se itera, cuando el daño se origine en una lesión psíquica o física de la persona el único perjuicio inmaterial, diferente al moral que será viable reconocer por parte del operador judicial será el denominado “daño a la salud o fisiológico”, sin que sea posible admitir otras categorías de perjuicios en este tipo de supuestos y, mucho menos, la alteración a las condiciones de existencia, categoría que bajo la égida del daño a la salud pierde relevancia, concreción y pertinencia para indemnizar este tipo de afectaciones.

realización de su personalidad en el mundo exterior.” KOTEICH Khatib, Milagros “El daño extrapatrimonial”, en “Diritto Romano Comune e America Latina”, Universidad Externado de Colombia, Pág. 259.

⁷³ Ver: Corte de Casación Italiana, sentencia del 24 de junio de 2008, publicada el 11 de noviembre de 2008, No. 26972.

⁷⁴ Fruto del trabajo jurisprudencial en Italia, se llegó a establecer dentro de este orden que el concepto daño biológico agrupa entre otros: el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a la esfera sexual y el daño a la incapacidad laboral genérica, todo lo cual ha sido recogido y reconocido por la Corte Suprema de Casación de ese país. Ver entre otras, las sentencias: No. 2761 de 1990, 1341 de 1991, 11133 de 1990, 9170 de 1994, y 7262 de 1991.



En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica⁷⁵. Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista.

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

Así las cosas, el daño a la salud permite estructurar un criterio de resarcimiento fundamentado en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima “a igual daño, igual indemnización”⁷⁶.

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

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

i) los materiales de daño emergente y lucro cesante;

⁷⁵ “Este estado de cosas no sólo deja la sensación de desorden, sino que también crea desigualdades entre víctimas, cuyos intereses aparecen, en igual medida, dignos de protección; así pues, el problema de fondo es el de establecer los límites, que deben ser “límites razonables”, determinados sí, en términos jurídicos.” CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 57.

⁷⁶ “En el histórico fallo 184 de 1986 la Corte Constitucional italiana afirmó que el criterio de liquidación que debe adoptarse para el resarcimiento del daño biológico “debe, de un lado, responder a una uniformidad pecuniaria de base (el mismo tipo de lesión no puede valorarse de manera diferente para cada sujeto) y, de otro, debe ser suficientemente elástico y flexible para adecuar la liquidación del caso concreto a la incidencia efectiva de la lesión sobre las actividades de la vida cotidiana, por medio de las cuales se manifiesta concretamente la eficiencia sicofísica del sujeto perjudicado.” ROZO Sordini, Paolo “El daño biológico”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 209 y 210.



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal^{77,78}.

Ahora bien, en cuanto a la tasación de este perjuicio, se tiene por establecido que comprende dos componentes, *“el aspecto estático, constituido por el déficit funcional, que se determina con el auxilio de las tablas creadas por la jurisprudencia para este fin, y el aspecto dinámico, que se refiere a todas las consecuencias no patrimoniales que sobre la vida de la víctima ocasiona la pérdida de la integridad psicofísica”⁷⁹*, frente a los cuales, la reciente posición de la Sala señaló que el elemento objetivo o estático debe determinarse con base en la calificación de la Junta de Calificación de Invalidez, conforme al Decreto 917 de 1999, y el monto indemnizatorio en este aspecto será máximo de 300 SMLMV. Ahora bien, en caso de no existir dicha calificación, el monto se establecerá en un máximo de 150 SMLMV, de conformidad a la lesión padecida.

En cuanto al componente subjetivo o dinámico, éste podrá aumentar la indemnización hasta en 100 SMLMV, teniendo en cuenta las pruebas del proceso y el arbitrio judicial conforme a la sana crítica y las reglas de la experiencia.

Al respecto se indicó:

“Bajo este propósito, la Sala determinará el contenido del elemento objetivo con base en la calificación integral de la invalidez, que debe constar en el dictamen emitido por la Junta de Calificación, que a su vez tiene en cuenta componentes funcionales, biológicos, psíquicos y sociales del ser humano, entendidos en términos de las consecuencias de la enfermedad, el accidente o la edad, y definidos por el Decreto 917 de 1999, esto es, bajo los conceptos de deficiencia, discapacidad y minusvalía :

“a) **DEFICIENCIA:** Se entiende por deficiencia, toda pérdida o

⁷⁷ “Se está en presencia de un nuevo sistema clasificatorio del daño que acepta la existencia de tres modalidades del mismo: los patrimoniales, los morales y el biológico. Diferenciándose el biológico en cuanto al moral en la medida en que el primero es la lesión en sí misma considerada, y otra diferente, son los sufrimientos, el dolor y los afectos que de dicha lesión se pueden derivar, lo que constituiría el efecto o daño moral; sin embargo, ambos hacen parte del daño no patrimonial, esto es, no susceptible de contenido económico.” GIL Botero, Enrique “Daño Corporal – Daño Biológico – Daño a la vida de relación”, pág. 10.

⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 14 de septiembre de 2011, Rads. 19031 y 38222, MP. Enrique Gil Botero.

⁷⁹ M. Koteich, “La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs “daño existencial””, en Revista de Derecho Privado, 15, 2008, Bogotá, Universidad Externado, 145-168.



anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que pueden ser temporales o permanentes, entre las que se incluyen la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura del cuerpo humano, así como también los sistemas propios de la función mental. Representa la exteriorización de un estado patológico y en principio refleja perturbaciones a nivel del órgano.

b) DISCAPACIDAD: Se entiende por Discapacidad toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, producida por una deficiencia, y se caracteriza por excesos o insuficiencias en el desempeño y comportamiento en una actividad normal o rutinaria, los cuales pueden ser temporales o permanentes, reversibles o irreversibles, y progresivos o regresivos. Representa la objetivación de la deficiencia y por tanto, refleja alteraciones al nivel de la persona.

c) MINUSVALÍA: Se entiende por Minusvalía toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad que lo limita o impide para el desempeño de un rol, que es normal en su caso en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Se caracteriza por la diferencia entre el rendimiento y las expectativas del individuo mismo o del grupo al que pertenece. Representa la socialización de la deficiencia y su discapacidad por cuanto refleja las consecuencias culturales, sociales, económicas, ambientales y ocupacionales, que para el individuo se derivan de la presencia de las mismas y alteran su entorno”.

Definidos los criterios para calificar la invalidez, el dictamen debe otorgar unos porcentajes a cada uno de los componentes antes mencionados, cuya sumatoria equivale al 100% del total de la pérdida de la capacidad laboral, porcentaje al que necesariamente debe responder la indemnización que dentro del componente objetivo del daño a la salud se reconozca, para cuyo efecto se considera que en los casos en que la disminución de la capacidad laboral alcance el 100%, su valor indemnizatorio puede fijarse en la suma equivalente a 300 salarios mínimos legales mensuales.

Ahora bien, considerando que el referente normativo adoptado, es decir, el Decreto 917 de 1999 distribuye el porcentaje de incapacidad en los diferentes criterios de calificación de la invalidez, igualmente se propone distribuir la correspondiente indemnización en la siguiente proporción:

CRITERIOS DE CALIFICACIÓN DE LA INVALIDEZ	PORCENTAJE MAXIMO DE PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL	MONTO MAXIMO DE SALARIOS MINIMOS LEGALES ASIGNADO POR LA CORPORACION
Deficiencia	50%	150 SMLMV
Discapacidad	20%	60 SMLMV
Minusvalía	30%	90 SMLMV



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

Total pérdida de la capacidad laboral	100%	300 SMLMV
---------------------------------------	------	-----------

Es pertinente precisar, que en los eventos que no repose en el material probatorio el dictamen emanado por la Junta de Calificación, en el que se especifique los tres criterios de clasificación de invalidez, el porcentaje que tal dictamen determine se imputará al rubro de Deficiencia, es decir, 150 SMLMV, en forma proporcional.

Y por último, el segundo componente, esto es, el elemento subjetivo del daño a la salud, permitirá incrementar, con fundamento en el material probatorio, la sana crítica y las reglas de la experiencia, el quantum determinado en el aspecto objetivo, de manera que se atiendan las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada⁸⁰, en cuyo efecto se sugiere como límite para los casos de mayor intensidad el equivalente a 100 SMLMV.

En conclusión, se estima oportuno destacar que el daño a la salud, está compuesto de dos elementos, el primero de ellos (objetivo) con una valoración de 75% como máximo reconocible, esto es, hasta 300 salarios mínimos legales, de conformidad con lo señalado en párrafos precedentes y el segundo (subjetivo o dinámico), correspondiente hasta el 25%, el cual se reconocerá cuando las pruebas den lugar a ello, ascendiendo al monto de 100 salarios mínimos⁸¹.

En el caso concreto, la Sala otorgará a la actora la suma de 150 SMLMV, disminuidos en un 50%, para un total de 75 SMLMV, por concepto de daño a la salud, dentro del aspecto objetivo o estático, teniendo en cuenta que su padecimiento es de carácter permanente. En relación al componente dinámico, no se reconocerá ningún porcentaje, puesto que no se aportó al plenario ninguna prueba tendiente a su demostración.

5. Condena en costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma no se efectuará condena en costas alguna.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

⁸⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 14 de septiembre de 2011, expediente: 19031.

⁸¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 11 de julio de 2013, Rad. 36.295, MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



Radicado: 250002326000200001353 01 (27452)
Actor: Esperanza Quiñónez Alvarado.

FALLA

PRIMERO. Revocar la sentencia del veinticuatro (24) de febrero de dos mil cuatro (2004), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión.

SEGUNDO. Declarar solidariamente responsables a la Nación – Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación por la muerte de los menores Manuel Guillermo, Juan Camilo y Luis David Mojica Quiñónez, así como por las lesiones padecidas por la señora Esperanza Quiñónez Alvarado.

TERCERO. Como consecuencia de lo anterior, la Nación – Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación deberá reconocer y pagar las siguientes sumas de dinero.

- a) Por perjuicios morales: la suma de 230 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- b) Por daño a la salud: la suma de 75 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CUARTO: Negar las demás súplicas de la demanda.

QUINTO: Sin condena en costas

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, **Devuélvase** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala

ENRIQUE GIL BOTERO

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ