

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Por falla médica / FALLA MEDICA - Por abuso sexual de niña de diez años hospitalizada en instalaciones del Hospital Tunal / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Por acceso carnal violento en paciente de sexo femenino cometido por Enfermero / ACCESO CARNAL VIOLENTO - Ocasionado en niña hospitalizada de 10 años de edad / ABUSO SEXUAL DE MENOR EN CENTRO HOSPITALARIO - Causado por Auxiliar de Enfermería / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Por indebido suministro de medicamentos / INDEBIDO SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS - Provocó paro cardio respiratorio y generó estado vegetativo de paciente durante un año y 10 meses / ESTADO DE INDEFENSION DE MENOR EN HOSPITAL - Generó abuso sexual de personal paramédico / DAÑO ANTIJURIDICO - Muerte de paciente por suministro de fármaco anti psicótico con propiedades sedantes por Auxiliar de Enfermería / SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS - No prescritos por médico disminuyó capacidad de paciente menor y dejándola en estado de indefensión / SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS – Sinogan inyectado por paramédico de turno / PERSPECTIVA DE GENERO - Niña abusada sexualmente en Hospital El Tunal por Enfermero a quien suministró medicamentos no prescritos ocasionándole la muerte

De acuerdo con las pruebas allegadas, el daño se concretó en que mientras la menor XXX XXX XXX XXX se encontraba hospitalizada en el Hospital el Tunal, por una cortada en su mano, fue puesta en estado de indefensión, por parte del auxiliar de enfermería Pablo Emilio Moreno Arias, quien luego abusó sexualmente de ella, lo que le provocó un paro cardio-respiratorio, quedando en estado vegetativo por un período de un año y 10 meses, hasta que se produjo su muerte.

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Competencia / COMPETENCIA - Consejo de Estado conoce procesos en segunda instancia de sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales / VOCACION DE DOBLE INSTANCIA EN ACCION DE REPARACION DIRECTA - Debía superar cuantía dispuesta para tal efecto / CUANTIA DEL RECURSO DE APELACION EN ACCION DE REPARACION DIRECTA - Pretensión mayor superó monto exigido para la fecha de presentación de la demanda

La Corporación es competente para conocer del asunto, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. A la fecha de presentación del recurso, 19 de diciembre de 2003, se encontraban vigentes las disposiciones contenidas en el Decreto 597 de 1988, según las cuales, para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa en el año 1999 tuviera vocación de doble instancia, la pretensión mayor de la demanda debía superar la cuantía exigida para el efecto, estimada en \$18.850.000. En este caso la cuantía se estima en \$71.858.400.

FUENTE FORMAL: DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 129 / DECRETO 597 DE 1988 – ARTICULO 2

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Por falla médica / FALLA MEDICA - Elementos que la configuran / FALLA MEDICA - Evolución Jurisprudencial / FALLA MEDICA - Deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran

La responsabilidad por falla médica ha evolucionado a lo largo de los años, pasando desde el régimen de falla probada del servicio, la falla presunta del

servicio, la carga dinámica de la prueba y en el año 2006, mediante Sentencia del 31 de agosto, volvió al régimen de falla probada, en razón de la complejidad de los temas médicos y la dificultad para las instituciones públicas en el ámbito probatorio, debido al tiempo que transcurre y la cantidad de casos que manejan. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre la evolución jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por falla médica y los elementos que la configuran, consultar sentencia de 31 de agosto de 2006, Exp. 15772; MP. Ruth Stella Correa.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Cláusula general / DAÑO ANTIJURIDICO - Noción

El artículo 90 constitucional dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Esta responsabilidad del Estado se hace patente cuando se configura un daño, el cual deriva su calificación de antijurídico atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, tal como ha sido definido por la jurisprudencia de esta Corporación.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Elementos para su configuración

Los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño antijurídico y su imputación a la administración, en la cual debe acreditarse la relación entre la conducta y el daño y la razón por la cual las consecuencias de esa afectación deben ser asumidas por el Estado.

DAÑO ANTIJURIDICO - Definición / DAÑO ANTIJURIDICO - Elementos para su configuración

NOTA DE RELATORIA: En relación con los elementos constitutivos del daño antijurídico, consultar sentencia de 1 de febrero de 2012, Exp. 21466, MP. Enrique Gil Botero

DOCUMENTOS PUBLICOS - Valor probatorio / PRUEBA DOCUMENTAL - Historia clínica / HISTORIA CLINICA - Valor probatorio / PRUEBA DOCUMENTAL - Dictamen de medicina legal / DICTAMEN DE MEDICINA LEGAL – Acreditó intoxicación de paciente / DICTAMEN MEDICO LEGISTA - Resultados de biología forense establecieron abuso sexual ocasionado por Auxiliar de Enfermería / ABUSO SEXUAL – De paciente menor de edad por enfermero de Hospital el Tunal / SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS – Dejó a paciente en estado vegetativo luego murió / MUERTE DE PACIENTE MENOR DE EDAD - Causada por enfermero al suministrar medicamentos para dejarla en estado de indefensión

De las pruebas obrantes en el expediente se pudo establecer que el día 14 de julio de 1997, mientras la menor XXX XXX XXX XXX se encontraba hospitalizada en el Hospital el Tunal, el auxiliar de enfermería Pablo Emilio Moreno Arias –quien aceptó su responsabilidad- le suministró sinogan para ponerla en estado de indefensión y abusó sexualmente de ella. Posteriormente, la menor presentó un paro cardio-respiratorio que la dejó en un estado vegetativo por un período de un año y 10 meses, cuando finalmente se produjo su deceso.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO – Por falla del servicio médico asistencial / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL HOSPITAL EL TUNAL - Por actuar delictivo de enfermero al suministrar medicamentos no prescritos por médico / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL HOSPITAL EL TUNAL - Por abuso sexual de paciente / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE CENTRO HOSPITALARIO - Por el estado vegetativo que padeció paciente de sexo femenino / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE CENTRO HOSPITALARIO - Por acceso carnal violento en paciente de menor de sexo femenino que se encontraba hospitalizada

Es claro que la entidad demandada debe responder a título de falla en el servicio, por el actuar delictivo y antisocial desarrollado por el auxiliar de enfermería Pablo Emilio Moreno Arias, quien mientras prestaba sus servicios para una institución de salud del Estado, y en sus instalaciones, le suministró sinogan para ponerla en estado de indefensión y abusó sexualmente, de una niña de 10 años de edad, quien se encontraba en ese hospital para recibir atención médica, y sus familiares depositaron su confianza en dicha institución y en su personal, al considerar que se encontraban en un lugar con condiciones adecuadas de seguridad y bajo el cuidado de un personal idóneo y calificado; circunstancia que el agresor aprovechó para desarrollar las conductas punibles por las que fue procesado y solicitó el beneficio de acogimiento a sentencia anticipada, negada por la Fiscalía General de la Nación, por cuanto ya se había ordenado el cierre de la investigación; lo anterior, sin que se hubiera allegado al expediente la pena impuesta al mismo por este delito.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Por falla del servicio médico asistencial / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Es imputable a institución prestadora de salud por actos del personal paramédico / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE CENTRO HOSPITALARIO - Dado que personal paramédico accedió a medicamentos y a la paciente logrando actos delictivos encontrándose en instalaciones del centro médico / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL HOSPITAL DEL TUNAL - Por el actuar del Auxiliar de Enfermería quien ocasionó la muerte de la paciente en ejercicio de sus funciones / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL HOSPITAL DEL TUNAL - Por no observar el deber de seguridad y protección debida a las personas que ingresan al interior de la institución prestadora de salud

Para la Sub-Sección, resulta inadmisibles que al interior de las instalaciones de una institución de salud, se hubiesen cometido semejantes actos delictivos de las dimensiones como el aquí estudiado, donde un miembro del cuerpo de enfermería desconoció flagrantemente los derechos a la vida e integridad personal de una menor de edad, en hechos que bien pueden catalogarse como de vergüenza nacional, que sin lugar a dudas trascienden el ámbito personal y privado del agente, para trasladarla a una responsabilidad de carácter institucional, pues no puede olvidarse que el auxiliar de enfermería Pablo Emilio Moreno Arias se encontraba en ejercicio de sus funciones dentro de las instalaciones del hospital el Tunal III nivel E.S.E., cuando aprovechó su calidad de miembro del personal paramédico para acceder a medicamentos y a la víctima, lo que le facilitó la materialización de los crímenes cometidos en las dependencias del hospital; de tal manera que su vinculación con el servicio a cargo de la institución prestadora de salud es evidente e indudable conforme a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los lamentables y repudiables acontecimientos, para atribuirle responsabilidad por el daño antijurídico padecido y reclamado por los demandantes, aunado a la falla en la prestación del servicio derivado de no

observar el deber de seguridad y protección debida a las personas que ingresasen al interior de la aludida institución prestadora de salud.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE CENTRO HOSPITALARIO POR FALTA DE VIGILANCIA A PROFESIONALES DE LA SALUD - Se configuró por omitir institución prestadora de salud el deber de vigilancia de los actos realizados al interior de la institución médica por enfermero / EXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL HOSPITAL EL TUNAL - Por omitir vigilancia en el centro de salud permitiendo actuación irregular de enfermero que causó la muerte de menor de edad

El auxiliar Pablo Emilio Moreno Arias, constituía un peligro y una amenaza para los pacientes, y las directivas del Hospital restaron importancia a los rumores y quejas que surgieron respecto del auxiliar, decidiendo solo cambiarlo de unidad, cuando la actuación lógica y acorde con los deberes de seguridad y vigilancia que se le imponen a la institución, era iniciar una investigación que culminara con el esclarecimiento de los hechos, máxime cuando se trataba de quejas que involucraban abusos a menores de edad.

PREVALENCIA DEL INTERES DEL MENOR - Fundamento constitucional y legal / PROTECCION DE LA NIÑEZ – Deber de instituciones estatales y sus agentes por actos de familia, sociedad y Estado.

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. 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. Así mismo, preceptuaba en el artículo 8, que los menores tenían derecho a ser protegidos contra toda forma de violencia, descuido o trato negligente, abuso sexual y explotación y que el Estado, por medio de los organismos competentes, debían garantizar dicha protección.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 44, DECRETO 2737 DE 1989 - ARTICULO 4, DECRETO 2737 DE 1989 - ARTICULO 8

PERJUICIOS MORALES - Reglas para su reconocimiento / PERJUICIOS MORALES - Se presume sufrimiento de pariente cercano / PERJUICIOS MORALES - Por lesiones personales / LESIONES PERSONALES - No se toma en cuenta si fueron graves o leves para reconocimiento de perjuicios morales / LESIONES PERSONALES - Se tendrá en cuenta si son graves o leves únicamente para determinar monto de perjuicios morales / RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS MORALES – A madre, padre de crianza, hermanos y tío de la víctima al acreditarse el sufrimiento que padecieron

Una vez demostrado el parentesco con los registros civiles y los testimonios allegados al proceso, esta Sub-Sección entiende que se encuentra demostrado el perjuicio moral sufrido por la señora XXX XXX XXX XXX, madre de la víctima; el padre de crianza, sus hermanos y tíos. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con el reconocimiento y monto de los perjuicios morales, consultar sentencias de 28 de

enero de 2009, Exp. 18073; MP. Enrique Gil Botero y de 14 de septiembre de 2011, Exp. 19031; MP. Enrique Gil Botero.

ACUMULACION HOMOGENEA DE PERJUICIOS – Noción / ACUMULACION DE PERJUICIOS - Pautas para su reconocimiento / ACUMULACION HOMOGENEA DE PERJUICIOS - Se configura cuando la afectación de las víctimas tiene origen en multiplicidad de causas / ACUMULACION HOMOGENEA DE PERJUICIOS - Reiteración jurisprudencial / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS MORALES - Debe abarcar la diversidad de sus causas / PERJUICIOS MORALES - Se reconoció suma adicional para la madre de la víctima por presentarse acumulación / PERJUICIOS MORALES - Por las lesiones sufridas por la menor adjudicados a su madre en calidad de heredera / RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS MORALES A MADRE HEREDERA - Por los sufrimientos que padeció su hija antes de morir en Hospital El Tunal

Respecto del daño moral sufrido por la menor XXX XXX XXX XXX, la Sala encuentra que se está frente a una acumulación homogénea de perjuicios, la cual, conforme a la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, la cual, en este caso es procedente, dado el sufrimiento de la menor XXX XXX XXX XXX tras sufrir la lesión y antes de morir, perjuicio que puede adjudicarse a la señora XXX XXX XXX a título de heredera. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre la acumulación homogénea de perjuicios, consultar sentencias de 7 de noviembre de 1991, Exp. 6295, MP. Juan De Dios Montes Hernández; de 13 de agosto de 1992, Exp. 7274, MP. Daniel Suárez Hernández; de 15 de febrero de 1996, Exp. 9940, MP. Jesús María Carrillo Ballesteros; de 1º de octubre de 2008, Exp. 27268, MP. Enrique Gil Botero.

DAÑO A LA SALUD - Reiteración jurisprudencial / DAÑO A LA SALUD - Concepto / DAÑO A LA SALUD - Elementos para su configuración / DAÑO A LA SALUD - Reglas para su reconocimiento / DAÑO A LA SALUD - No es viable subdividirlo para su indemnización / DAÑO A LA SALUD - Indemnización de acuerdo a la gravedad de la lesión / ALTERACION DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - No es procedente como instrumento para obtener la reparación del daño a la salud

NOTA DE RELATORIA: En relación con el daño a la salud, consultar sentencias de 14 de septiembre de 2011, Exp. 19031, MP. Enrique Gil Botero y de 14 de septiembre de 2011, Exp. 38222, MP. Enrique Gil Botero.

TASACION DE PERJUICIOS POR DAÑO A LA SALUD - Se determina con base en evaluación de la Junta de Calificación de Invalidez / INVALIDEZ - Criterios para su calificación / CRITERIOS PARA DETERMINAR INVALIDEZ - Deficiencia, discapacidad, minusvalía y pérdida total de capacidad / INDEMNIZACION POR PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL - Se fija por los porcentajes establecidos en la ley para cada criterio / GRAVEDAD DE LA LESION - Reconocimiento de acuerdo a lo probado / INDEMNIZACION POR DAÑO A LA SALUD – Reconocimiento a madre como heredera de la víctima

La Sala otorgará a la actora la suma de 150 SMLMV, por concepto de daño a la salud, dentro del aspecto objetivo o estático, teniendo en cuenta que el padecimiento de XXX XXX fue de tal magnitud, que no pudo recuperarse del estado vegetativo y finalmente falleció. En relación al componente dinámico, dado que en el acervo probatorio no obra una prueba tendiente a su demostración, ya que el Tribunal negó esta prueba pedida por los actores, (...) resultaría injusto imponerles una sanción por la no existencia de una prueba que no dependió de

ellos. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con la tasación de los perjuicios por daño a la salud, consultar sentencias de 14 de septiembre de 2011, Exp 19031 y de 11 de julio de 2013, Exp. 36295, MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

FUENTE FORMAL: DECRETO 917 DE 1999

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá, D.C., veintidós (22) de enero de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-26-000-1999-01117-01(27076)

Actor: XXX XXX XXX Y OTROS

Demandado: DISTRITO CAPITAL Y OTROS

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE REPARACION DIRECTA

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 10 de diciembre de 2003, que dispuso:

“PRIMERO: *Declárese administrativamente responsable al HOSPITAL EL TUNAL III NIVEL E.S.E., por los daños ocasionados a los actores señores XXX XXX XXX, quien actúa en representación de sus menores hijos XXX XXX XXX XXX y XXX XXX XXX XXX (hermanos de la víctima) y a XXX XXX XXX XXX (padrastra de la menor), de conformidad con las consideraciones expuestas en esta sentencia.*

SEGUNDO: *Condénese en consecuencia al HOSPITAL EL TUNAL NIVEL III E.S.E., a reconocer y pagar por perjuicios morales, a favor de los señores*

Para la señora XXX XXX XXX (madre de la víctima), la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes para la fecha de esta sentencia.

Para los menores XXX XXX XXX XXX y XXX XXX XXX XXX (hermanos de la víctima), quienes están representados por su madre, la suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes para la fecha de esta sentencia.

Para el señor XXX XXX XXX XXX (padraastro de la menor), la suma equivalente a CIEN (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes para la fecha de esta sentencia.

TERCERO: *Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a lo dispuesto por los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.*

CUARTO: *Deniéguense las demás pretensiones de la demanda.*

QUINTO: *Sin condena en costas.*

SEXTO: *En caso de no ser apelada la sentencia, súrtase ante el H. Consejo de Estado en el grado de consulta, de conformidad al art. 57 de la Ley 446 de 1.998, que modificó el art. 180 del C.C.A.”*

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

El día 26 de abril de 1999, la señora XXX XXX XXX, actuando en nombre propio y de sus menores hijos XXX XXX XXX, XXX XXX XXX XXX y XXX XXX XXX XXX; de otra parte, XXX XXX XXX XXX, XXX XXX XXX XXX, XXX XXX XXX XXX y , XXX XXX XXX XXX actuando en nombre propio, mediante apoderado judicial, presentaron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., contra el Hospital el Tunal de Bogotá, para lo cual elevaron las siguientes,

1.2. Pretensiones

“PRIMERA: *El Hospital el Tunal de Santafé de Bogotá, es administrativamente responsable por los daños y perjuicios morales y materiales ocasionados a XXX*

XXX XXX XXX quien obra en nombre propio y en representación de sus menores hijos XXX XXX XXX XXX, XXX XXX XXX XXX y XXX XXX XXX XXX, así como también a XXX XXX XXX XXX, XXX XXX XXX XXX, XXX XXX XXX XXX y XXX XXX XXX XXX en razón del daño ocasionado a la menor XXX XXX XXX XXX, por los hechos ocurridos el día 14 de julio de 1.997 en el Hospital el Tunal de esta ciudad, en la habitación 441 donde se encontraba la menor, la cual había ingresado el día 10 de julio de 1.997, con una herida producida por un elemento cortante (vidrio) en mano derecha, ingresando con herida saturada, y a quien se hospitaliza a través del servicio de ortopedia el día 11 de julio, para ser llevada a cirugía para exploración de herida por posible compromiso tendinoso, el día 14 de julio de 1.997 se avisa a medico (sic) hospitalario que la paciente no responde al llamado y encontrándose en paro cardiorrespiratorio, lo anterior como consecuencia de medicamentos aplicados en forma irregular por el enfermero PABLO EMILIO MORENO ARIAS, quien se encontraba de turno en el piso donde sucedieron los hechos, como consta en la sentencia anticipada proferida por el juzgado treinta y ocho penal del circuito de Santafé de Bogotá, en la cual confeso (sic) ser el responsable de los hechos, como son, la violación de la menor, así como de las lesiones personales causadas, al colocarla en estado de indefensión, a través del medicamento aplicado, que le produjeron el resultado anteriormente señalado, o sea en estado vegetativo.

SEGUNDA: Como consecuencia de lo anterior el Hospital el tunal, pagará a cada uno de los demandantes, por separado, la suma de dinero que a la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia representen DOS MIL (2.000) gramos oro, como indemnización de los daños morales a ellos causados con el hecho, es decir el dolor o aflicción sufrida y que sufren, habida cuenta que el daño permanece y como tal la afectación se prolonga en el tiempo, dada la magnitud del hecho y por ende las consecuencias, en razón de las lesiones personales y daño causado en la menor XXX XXX XXX XXX.

TERCERA: El Hospital el Tunal pagará a la menor XXX XXX XXX XXX a través de la señora XXX XXX XXX XXX, quien obra en representación de la menor a título de daño material –lucro cesante- la suma que se determine en el proceso y de acuerdo al dictamen que se practique por parte del medico (sic) laboral y el reconocimiento médico (sic) legal, de acuerdo a las lesiones permanentes ocasionadas por el actuar delictuoso del señor PABLO EMILIO MORENO ARIAS y que condujeron a la merma de su capacidad laboral en un 100%; dentro de este

ítem el tiempo a indemnizar será el comprendido entre la fecha en la cual la menor cumplirá su mayoría de edad, época en la cual se supone iniciaría su vida laboral y económica independiente, hasta la fecha de vida probable de acuerdo con la resolución No. 497 de 1.997 de la Superintendencia Bancaria, tabla colombiana de mortalidad y tomándose como salario base el mínimo vigente a la fecha de los hechos actualizado al momento que se profiera sentencia dentro del presente proceso, y este incrementado en un veinticinco por ciento (25%) como factor prestacional.

Esta suma se ajustará con base en el índice de precios del DANE, junto con los intereses corrientes aplicables.

CUARTA: *El Hospital el Tunal, cancelara (sic) a los demandantes por concepto de daño material – daño emergente presente y futuro las sumas de dinero cuya erogación se derivaran del hecho – y que no quedaron conciliados, según el acta de audiencia de conciliación prejudicial No. 053/98 de la procuraduría séptima judicial ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y aprobada según providencia del (sic) enero 28 de 1.999, emanada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera, siendo Magistrado ponente la Doctora MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR – y que están dados por la serie de gastos y costos que tendrán que asumir los familiares de la menor, como son transportes y otras erogaciones para poder acudir y estar pendientes de la menor en los diferentes sitios en donde se llegue a encontrar recluida (sic) situación o gastos en los cuales no tendrían que incurrir si el lamentable hecho no hubiese ocurrido, suma que asciende a diez mil pesos diarios actuales y que se incrementaran (sic) de acuerdo a los índices de inflación y durante el tiempo de vida probable de la menor.*

QUINTA.- *El Hospital el tunal, cancelara (sic) a la menor XXX XXX XXX XXX, a través de su representante señora XXX XXX XXX XXX, la suma de dinero que a la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia representen cinco mil (5.000) gramos oro, como indemnización a título de perjuicio fisiológico o a la vida de relación, como ya lo ha determinado la jurisprudencia en el sentido de otorgarlo a quien ha sufrido una disminución en su integridad personal, en tanto ella ha afectado su capacidad de realizar actividades placenteras o ha alterado sus condiciones de existencia, y en este evento estos presupuestos se dan a plenitud como será demostrado a través de prueba pericial medico (sic) legal, de las*

condiciones en que se encuentra la menor, condiciones estas que son irreversibles, y por ello es que se solicita la máxima indemnización que hasta este momento ha otorgado el Consejo de Estado esto es cuatro mil (4.000) gramos oro y mil (1.000) gramos oro mas (sic), dada la magnitud del hecho.

SEXTA: El Hospital el Tunal, para efectos de la liquidación y pagos de las indemnizaciones antedichas, tendrá en cuenta la corrección monetaria aplicable a las sumas consolidadas y futuras en el momento de la ejecución de la sentencia.

SEPTIMA (sic): El Hospital el Tunal, ejecutará la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Solicito se fijen los gastos del proceso de acuerdo al art. 207 del C.C.A. en su numeral 4.”

Hechos

Las pretensiones tienen fundamento en los siguientes hechos:

“1.- El día 14 de julio de 1.997 en el Hospital el Tunal de esta ciudad, en la habitación 441 donde se encontraba la menor XXX XXX XXX XXX, quien había ingresado el día 10 de julio de 1.997, con una herida producida por un elemento cortante (vidrio) en mano derecha, y a quien se hospitaliza a través del servicio de ortopedia el día 11 de julio, para ser llevada a cirugía para exploración de herida por posible compromiso tendinoso, el día 14 de julio de 1.997 se avisa a medico (sic) hospitalario que la paciente no responde ha llamado y encontrándose en paro cardiorespiratorio, lo anterior como consecuencia de medicamentos aplicados por el enfermero PABLO EMILIO MORENO ARIAS, quien se encontraba de turno en el piso donde sucedieron los hechos, como consta en la sentencia anticipada proferida por el Juzgado treinta y ocho penal del circuito de Santafé de Bogotá, en la cual confeso (sic) ser el responsable de los hechos, como son, la violación de la menor, así como de las lesiones personales causadas, al colocarla en estado de indefensión, a través del medicamento suministrado, que le produjeron el resultado anteriormente señalado, o sea, dejando como secuela cuadro neurológico de tipo vegetativo, donde solo presenta movimiento ocular de tipo horizontal y sonidos guturales ocasionales; no respondiendo a estímulos verbales, alimentándose por vía parentela (sic)

2.- En declaraciones rendidas ante la fiscalía general de la nación, la señora XXX XXX XXX a folio 13 vto dice: “... además después de los hechos la auxiliar **MARÍA OLGA ACOSTA** encontró una caneca de la habitación contigua de donde estaba la niña una ampolla desocupada de **SINOGAN** situación que fue informada de inmediato al medico (sic) hospitalario y al pediatra **además OLGA hizo referencia a los antecedentes del señor PABLO MORENO ocurridos en el servicio de urgencias....., No puesto que yo estaba informada por la coordinadora de que el señor PABLO MORENO había sido trasladado a mi servicio por haber tenido algún tipo de incidente similar al investigado con una niña en el servicio de urgencias.... Si deseo agregar que yo informe (sic) a la pediatra Doctora Baquero en forma muy reservada y ética acerca de los antecedentes del señor PABLO MORENO dado que el paro cardíaco – respiratorio era muy extraño.**”

1.3. Trámite en primera instancia y contestación de la demanda

La demanda fue presentada el 26 de abril de 1999 y admitida mediante auto del 27 de mayo de 1999.

El día 27 de julio de 1999, el apoderado de la parte actora allegó registro de defunción de la menor XXX XXX XXX XXX, quien falleció el día 24 de mayo de 1999.

El Distrito Capital, mediante apoderado Judicial, contestó la demanda el 4 de octubre de 1999, manifestando que la entidad llamada a responder era el Hospital el Tunal III nivel, por ser este una Empresa Social del Estado (E.S.E), entidad descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, y propuso como excepción, la inepta demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva.

El mismo día, el Hospital el Tunal, por conducto de apoderado judicial, contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones y consideró que el hospital cumplió con sus deberes de vigilancia, seguridad, custodia, protección y cuidado, razón por la cual, no existían méritos para endilgarle responsabilidad.

Igualmente, propuso como excepciones la de inepta demanda por cuanto el Hospital el Tunal se transformó en Empresa Social del Estado solo hasta el 19 de diciembre de 1997.

De otra parte, alegó la excepción de inexistencia de la falla en el servicio, pues a su juicio el actor no demostró la omisión, el retardo, la irregularidad, la ineficiencia o la ausencia del servicio por parte de dicha entidad.

Finalmente, alegó el hecho de un tercero como eximente de responsabilidad.

El 17 de febrero del año 2000, se abrió la etapa probatoria, la cual fue concluida mediante auto del 5 de abril de 2001, en el que se corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión.

El apoderado del Hospital el Tunal, mediante memorial allegado el 30 de abril de 2001, alegó inexistencia de vinculación directa del núcleo familiar de algunos de los reclamantes de la acción, y solicitó no tener en cuenta a los tíos de la menor.

Así mismo, solicitó no tener en cuenta al padrastro de la menor, por considerar que no cumplía con los requisitos exigidos para ser vinculado al proceso.

Respecto de la madre de la menor, sostuvo que no tenía legitimación moral ni jurídica para reclamar, teniendo en cuenta que las circunstancias que obligaron a la menor a ingresar al hospital, se produjeron cuando esta fue enviada a buscar una gaseosa, y a su regreso se cayó, presentando una cortadura en la mano.

Por otra parte, señaló que la confesión del señor Pablo Emilio Moreno Arias, permitía la configuración del hecho de un tercero como eximente de responsabilidad, y que el proceso de selección del mismo se había llevado a cabo bajo los parámetros de calidad, dado que tenía la idoneidad suficiente para la prestación del servicio para el cual había sido contratado.

Agregó que no existía prueba del daño moral, pues la lesión debía ser verdaderamente trascendente, incidente, y afectar la psiquis o espíritu del ser humano, condiciones que en su criterio, no se verificaron en el asunto bajo estudio.

Finalmente, respecto del daño a la salud, aseveró que este ya no era procedente, ya que la menor XXX XXX XXX XXX había fallecido.

El apoderado de la parte actora, en escrito radicado el 2 de mayo de 2001, reiteró los argumentos de la demanda, y concluyó que el hecho dañoso estaba ampliamente descrito y probado, e igualmente los perjuicios ocasionados a los demandantes, razón por la cual solicitó la declaratoria de responsabilidad del Hospital el Tunal.

1.4. Sentencia de primera instancia

El 10 de diciembre de 2003, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión, profirió sentencia declarando al Hospital el Tunal III nivel, administrativamente responsables por los daños ocasionados a los familiares de la menor XXX XXX XXX XXX.

Entre otros argumentos, la Sala consideró que el señor Pablo Emilio Moreno Arias, quien abusó sexualmente de la menor XXX XXX XXX XXX, luego de haberle suministrado un medicamento llamado *sinogan*, el cual le ocasionó un paro cardio-respiratorio que la llevó a un estado vegetativo y posteriormente conllevó a su muerte, se encontraba vinculado a la E.S.E. Hospital el Tunal III nivel, razón por la cual, la entidad estaba llamada a responder por los actos llevados a cabo por sus empleados.

De otra parte, arguyó que una vez estudiados los testimonios, se evidenció que tanto los compañeros del señor Pablo Emilio y las directivas del hospital, tenían conocimiento de antecedentes similares que se habían presentado con este y pacientes menores, y no tomaron las medidas necesarias para evitar que estos casos se presentaran nuevamente, configurándose así, una omisión por parte de la administración, de un deber de vigilancia respecto de la conducta del enfermero.

En cuanto a las excepciones propuestas, se declaró la no prosperidad de las mismas.

Fueron concedidos perjuicios morales a favor de la madre de la menor, sus hermanos y su padre de crianza, y se negaron respecto de sus tíos, toda vez que

el tribunal consideró que no era suficiente probar el parentesco, sino también la afectación, situación que no ocurrió en este caso.

Los perjuicios materiales fueron negados, ya que estos no fueron probados dentro del proceso.

1.5. El recurso de apelación y trámite en segunda instancia

El 19 de diciembre de 2003, la parte actora y el Hospital el Tunal presentaron recurso de apelación, el cual fue concedido el 7 de enero de 2004 y admitido el 17 de junio de 2004.

El 22 de junio de 2004, el apoderado de la parte actora sustentó el recurso de apelación, en el cual solicitó el reconocimiento de perjuicios morales para los tíos de la menor, teniendo en cuenta que no solo fue probado el parentesco, sino también la afectación por cuenta de los hechos, a través de los testimonios rendidos dentro del proceso.

En cuanto al perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación de la menor, negado en primera instancia, considera que si bien la menor falleció, el tiempo transcurrido entre los hechos y su muerte, le supusieron un intenso sufrimiento, y adicionalmente, expuso que la jurisprudencia ha sostenido que la reparación por el daño a la vida de relación es transmisible a los herederos, por ende, solicitan que se conceda este rubro a favor de la sucesión procesal.

El 12 de julio de 2004, el apoderado de la parte demandada, Hospital el Tunal, sustentó su recurso, en escrito en el cual sostuvo que el Tribunal basó su declaratoria de responsabilidad en la investigación disciplinaria iniciada por los hechos también materia de este proceso, lo cual no puede ser tenido en cuenta, habida cuenta que solo constituyen antecedentes penales o disciplinarios, motivo por el cual no debió tenerse en cuenta, máxime cuando no se conocía su resultado.

En segundo lugar, sostuvo que los testimonios de las auxiliares de enfermería, también tenidos en cuenta para fallar en contra del hospital, mencionaron el conocimiento de unos antecedentes del señor Pablo Emilio Moreno con abusos a otras menores, pero no se acreditó dentro del proceso que la administración

tuviera conocimiento de dicha información, pues de haberlas tenido, habría tomado las medidas pertinentes.

Finalmente, concluye que el hecho de un tercero, como lo fue en este caso la actuación del señor Pablo Emilio Moreno, eximía de toda responsabilidad a la administración, puesto que se cumplía con los requisitos de la fuerza mayor, esto es, la imprevisibilidad e irresistibilidad.

Mediante auto fechado el 17 de mayo de 2005, se corrió traslado para alegatos de conclusión.

El 22 de junio de 2005, el Hospital el Tunal presentó alegatos de conclusión, mediante escrito en el que reiteró los argumentos esgrimidos a lo largo del trámite en primera y segunda instancia.

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

El proceso ingresó al Despacho para fallo el 23 de junio de 2005.

1.6 La competencia de la Sub – Sección

El Artículo 129 del C.C.A., modificado por el artículo 37 de la ley 446 de 1998, referido a la competencia del Consejo de Estado en segunda instancia, dice: *“El Consejo de Estado en la sala contenciosa administrativa conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales (...)”*. Así, la Corporación es competente para conocer del asunto, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 10 de diciembre de 2003, en proceso con vocación de segunda instancia.

A la fecha de presentación del recurso, 19 de diciembre de 2003, se encontraban vigentes las disposiciones contenidas en el Decreto 597 de 1988, según las cuales, para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa en el año 1999 tuviera vocación de doble instancia, la pretensión mayor de la demanda debía superar la cuantía exigida para el efecto, estimada en \$18.850.000. En este caso la cuantía se estima en \$71.858.400, teniendo en

cuenta que la pretensión mayor es de 5.000 gramos oro por concepto de perjuicio fisiológico.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado ni caducidad¹, procede la Sub – Sección a resolver el asunto sometido a su consideración a través del siguiente esquema: 1) el daño; 2) las pruebas obrantes en el proceso; 3) la imputación; 4) los perjuicios y 5) la condena en costas.

La Responsabilidad por falla médica ha evolucionado a lo largo de los años, pasando desde el régimen de falla probada del servicio, la falla presunta del servicio, la carga dinámica de la prueba y en el año 2006, mediante Sentencia del 31 de agosto,² volvió al régimen de falla probada, en razón de la complejidad de los temas médicos y la dificultad para las instituciones públicas en el ámbito probatorio, debido al tiempo que transcurre y la cantidad de casos que manejan.

Así lo expresó la Sala:

(...) Un primer momento en la evolución jurisprudencial sobre la responsabilidad por el servicio médico asistencial, exigía al actor aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones, por considerar que se trataba de una obligación de medio y por lo tanto, de la sola existencia del daño no había lugar a presumir la falla del servicio.

En la década anterior se introdujeron algunos criterios con el objeto de morigerar la carga de la prueba de la falla del servicio, aunque siempre sobre la noción de que dicha falla era el fundamento de la responsabilidad de la administración por la prestación del servicio médico.

Así, en sentencia de octubre 24 de 1990, expediente No. 5902, se empezó a introducir el principio de presunción de falla del servicio médico, que

¹ Los hechos sucedieron el 14 de julio de 1997 cuando el auxiliar de enfermería Pablo Emilio Moreno Arias, abusó sexualmente de la menor XXX XXX XXX XXX, luego de ponerla en estado de indefensión, mediante un medicamento llamado sinogan, y la demanda fue presentada el 26 de abril de 1999, luego fue presentada en tiempo, razón por la cual no hay caducidad de la acción.

² Consejo de Estado; Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006, Exp. 15772; C.P. Ruth Stella Correa.

posteriormente fue adoptado de manera explícita por la Sección. En esta providencia se consideró que el artículo 1604 del Código Civil debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica.

La presunción de falla del servicio médico que con esta posición jurisprudencial se acogió, fue reiterada en decisión del 30 de julio de 1992, expediente No. 6897, pero con un fundamento jurídico diferente, el cual hacía referencia a la mejor posibilidad en que se encontraban los profesionales de explicar y demostrar el tratamiento que aplicaron al paciente, dado su “conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta”, lo cual les permitía satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que pudieran formularse contra sus procedimientos.

Esa regla de juicio había sido tratada desde antes en la doctrina y jurisprudencia foráneas. Así por ejemplo, en los años ochentas había una fuerte tendencia entre los autores y jueces argentinos de considerar que el médico era quien se encontraba en mejores condiciones probatorias, porque era quien poseía la prueba y tenía una explicación posible de lo sucedido³. En sentido contrario, Mazeaud y Tunc, consideraban desde tiempo atrás que quien se encontraba en mejores condiciones de probar era el paciente y no el médico, pues a éste le resultaba extremadamente difícil demostrar su diligencia permanente. “Tan solo una persona del oficio, al menos tan perita como él y que hubiera seguido todos sus actos, podría declarar que el médico ha prestado cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los resultados conseguidos por la ciencia”⁴.

Posteriormente, la Sala cuestionó la aplicación generalizada de la presunción de la falla del servicio y señaló que dicha presunción no debía ser aplicada de manera general sino que en cada caso el juez debía establecer cuál de las partes estaba en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia. Dijo la Sala:

³ Sobre este aspecto ver, por ejemplo, RICARDO LUIS LORENZETTI. *Responsabilidad Civil de los Médicos*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores, 1997. Tomo II, pág. 218.

⁴ MAZAUD Y TUNC. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y cuasidelictual*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962. Tomo I, Volumen II, pág. 405.

“..No todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas y científicas. Habrá que valorar en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio”⁵.

Sin embargo, se advirtió en la práctica jurisprudencial que la aplicación de esa regla probatoria traía mayores dificultades de las que podría ayudar a solucionar, pues la definición de cuál era la parte que estaba en mejores condiciones de probar determinados hechos relacionados con la actuación médica, sólo podía definirse en el auto que decretara las pruebas y nunca en la sentencia. Lo contrario implicaría sorprender a las partes atribuyéndoles los efectos de las deficiencias probatorias, con fundamento en una regla diferente a la prevista en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en un momento procesal en el que ya no tenían oportunidad de ejercer su derecho de defensa aportando nuevas pruebas.

Pero, señalar en el auto de decreto de pruebas la distribución de las cargas probatorias es en la práctica sumamente difícil, dado que para ese momento el juez sólo cuenta con la información que se suministra en la demanda y su contestación, la que regularmente es muy incipiente.

Los reparos anteriores han sido controvertidos por los defensores de la teoría de las cargas dinámicas de las pruebas, con fundamento en la existencia del deber de lealtad que asiste a las partes en el proceso, el cual les obliga a suministrar todos los medios de que disponen para acreditar la veracidad de los hechos y, en consecuencia, que bien puede el juez en la sentencia hacer correr a la parte negligente con los efectos adversos de su omisión probatoria.

Sin embargo, no es necesario modificar las reglas probatorias señaladas en la ley para hacer efectivas las consecuencias que se derivan de la violación del deber de

⁵ Sentencia del 10 de febrero de 2000, Exp: 11.878. En el mismo sentido, sentencia del 8 de febrero de 2001, Exp: 12.792.

lealtad de las partes, dado que el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, establece que el juez podrá deducir indicios de su conducta procesal.

Así, por ejemplo, de la renuencia a suministrar la historia clínica, o hacerlo de manera incompleta, o no documentar datos relevantes de la prestación médica, puede inferirse el interés de la parte de ocultar un hecho que le resulta adverso a sus intereses; como puede serlo también en contra de la parte demandante, el negarse a la práctica de un examen médico con el fin de establecer la veracidad de las secuelas que hubiera podido derivarse de una intervención, o el ocultar información sobre sus antecedentes congénitos, que por ejemplo, pudieran tener incidencia sobre la causa del daño aparentemente derivado de la intervención médica.

Por eso, de manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño.

Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente. La presunción traslada al Estado la carga de desvirtuar una presunción que falló, en una materia tan compleja, donde el alea constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que éste se materializa.

En efecto, no debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su

defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio. Por eso, el énfasis debe centrarse en la exigencia institucional de llevar las historias clínicas de manera tan completa y clara que su solo estudio permita al juez, con la ayuda de peritos idóneos si es necesario, establecer si hubo o no responsabilidad estatal en los daños que aduzcan sufrir los pacientes como consecuencia de la prestación del servicio médico.”⁶

2.1. Del Daño

El artículo 90 constitucional dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Esta responsabilidad del Estado se hace patente cuando se configura un daño, el cual deriva su calificación de antijurídico atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, tal como ha sido definido por la jurisprudencia de esta Corporación.

Los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño antijurídico y su imputación a la administración, en la cual debe acreditarse la relación entre la conducta y el daño y la razón por la cual las consecuencias de esa afectación deben ser asumidas por el Estado.

Al respecto, la Sala en recientes pronunciamientos ha considerado que:

“(..)

“El daño antijurídico a efectos de que sea resarcible, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente –que no se limite a una mera conjetura–, y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido en el ordenamiento jurídico, y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por

⁶ Consejo de Estado; Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006, Exp. 15772; C.P. Ruth Stella Correa.

quien lo deprecia, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar o debatir el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria.

“La antijuridicidad del daño va encaminada a que no sólo se constate la materialidad y certidumbre de una lesión a un bien o interés amparado por la ley, sino que, precisamente, se determine que la vulneración o afectación de ese derecho contravenga el ordenamiento jurídico, en tanto no exista el deber jurídico de tolerarlo.

“Como se aprecia, el daño antijurídico es el principal elemento sobre el cual se estructura la responsabilidad patrimonial de la administración pública, a la luz del artículo 90 de la Carta Política, entidad jurídica que requiere para su configuración de dos ingredientes: i) uno material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho o fenómeno físico o material (v.gr. la desaparición de una persona, la muerte, la lesión, etc.) y ii) otro formal que proviene de la norma jurídica, en nuestro caso de la disposición constitucional mencionada.”⁷

“En ese orden, el daño antijurídico no puede ser entendido como un concepto puramente óntico, al imbricarse en su estructuración un elemento fáctico y uno jurídico; se transforma para convertirse en una institución deontológica, pues sólo la lesión antijurídica es resarcible integralmente en términos normativos (artículo 16 de la ley 446 de 1998) y, por lo tanto, sólo respecto de la misma es posible predicar consecuencias en el ordenamiento jurídico.

“De allí que, sólo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga...”⁸

En este caso de acuerdo con las pruebas allegadas, el daño se concretó en que mientras la menor XXX XXX XXX XXX se encontraba hospitalizada en el Hospital el Tunal, por una cortada en su mano, fue puesta en estado de indefensión, por parte del auxiliar de enfermería Pablo Emilio Moreno Arias, quien luego abusó

⁷ Cf. DE CUPIS, Adriano “El Daño”, Ed. Bosch, Barcelona, 2ª edición, 1970, pág. 82.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1º de febrero de 2012, Exp. 21.466

sexualmente de ella, lo que le provocó un paro cardio-respiratorio, quedando en estado vegetativo por un período de un año y 10 meses, hasta que se produjo su muerte.

2.2. De las pruebas

Regular y oportunamente se allegaron al proceso las siguientes pruebas:

Copia de los contratos celebrados entre el Hospital el Tunal y SIGMA para la atención de la menor XXX XXX XXX XXX (f. 140 a 150 cuad. 1)

1. Copia parcial de la hoja de vida del auxiliar de enfermería Pablo Emilio Moreno Arias (f. 62 a 77 cuad. 1)

2. Copia de la providencia mediante la cual se resuelve la situación jurídica del señor Pablo Emilio Moreno Arias (f. 49 a 57 cuad. 4)

Copia parcial de la historia clínica de la paciente XXX XXX XXX XXX (f. 82 cuad. 1)

3. Copia auténtica de la Conciliación prejudicial , en la que se llegó a un acuerdo parcial, audiencia celebrada en la Procuraduría Séptima Judicial, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (f. 10 a 12 cuad. 3)

4. Copia de los Acuerdos de creación y transformación del Hospital el Tunal III nivel E.S.E. (f. 88 a 104 cuad. 1)

5. Copia del Contrato N° OJ-048, celebrado el 6 de marzo de 1997 entre el auxiliar de enfermería Pablo Emilio moreno Arias y el Hospital el Tunal (f. 78 a 81 cuad. 1)

6. Copia del listado de enfermería para la fecha de ocurrencia de los hechos (f. 105 cuad. 1)

7. Copia de la Resolución N° 149 del 14 de julio de 1997, mediante la cual se crea una comisión especial para la investigación de los hechos ocurridos el día 14 de julio de 1997 (f. 107 a 108 cuad. 1)

Copia del resumen de la historia clínica de la menor XXX XXX XXX XXX, del Instituto Roosevelt, de fecha 23 de julio de 1997 (f. 109 a 112 cuad. 1) en la que se consignó lo siguiente:

“DE .HOSPITAL EL TUNAL

A .INSTITUTO ROOSEVELT

FECHA. JULIO 23 de 1997

HISTORIA NÚMERO. 871008

FECHA DE INGRESO. JULIO 10 de 1977 4pm

FECHA DE EGRESO. JULIO 23 de 1997

EDAD. 9 años

NOMBRE. XXX XXX XXX XXX

MOTIVO DE CONSULTA

“se corto (sic) con un vidrio la mano”

ENFERMEDAD ACTUAL

Paciente traída (sic) por cuadro de 24 horas de evolución (sic) consistente en caída (sic) desde su propia altura y herida con objeto cortante en mano derecha (vidrio). Ingresas con herida suturada.

ANTECEDENTES

Negativos

EXAMEN FISICO DE INGRESO

Paciente en buen estado general, Ruidos cardiacos (sic) normales, abdomen blando, depresible, no doloroso. Extremidades: Herida suturada en mano derecha, disminución de la movilidad en abducción del pulgar. Se evidencia eritema y edema alrededor de la sutura.

EVOLUCION (sic)

Paciente quien se hospitaliza a través del servicio de ortopedia el día (sic) 11 de Julio, para ser llevada a cirugía para exploración de herida por posible compromiso tendinoso (extensores del pulgar de mano derecha) antibióticoterapia (Prosfatilina 1 gr IV cada 6 horas).

12- 07- 97 Revista de ortopedia encuentra herida con bordes eritematosos, decidiéndose tratamiento antibiótico y posteriormente tenorrafía.

13- 07- 97 Paciente en buen estado general, conciente (sic), no refiere dolor. Aún edema y eritema en bordes de la herida.

14- 07- 97 01: 45 am Se avisa a Médico hospitalario que la paciente no responde al llamado. Se encuentra paciente en paro cardiorrespiratorio FC 0 FR 0

pupilas midriáticas, no reactivas; se aspiran secreciones de la vía aérea y se realiza IOT, ventilación asistida con Ambú, masaje cardíaco (sic) y administración de adrenalina endovenosa. Se continúa RCP por 10 minutos, después de los cuales se palpan pulsos periféricos, FC 120 por min, FR 12 por min. Flacidez generalizada, areflexia.

02: 15 am Se avisa al servicio de pediatría, quien valora la paciente, quien no encuentra antecedentes ni hallazgos al examen físico previo que orienten hacia el estado actual de la paciente. Se decide continuar con apoyo ventilatorio (Ambú), se solicita TAC cerebral simple, química sanguínea, estudio toxicológico en sangre y orina. Se encontró hímen al parecer no íntegro, eritema circundante y pequeña fisura en región medial de labios menores se solicita valoración por ginecología.

03 45 am Es valorada por ginecología, quien encuentra eritema en periné, y pequeña escoriación en horquilla. Hímen delgado anular sin desgarramiento reciente. Búsqueda de espermatozoides en laboratorio: negativa.

04: 30 am., El médico de piso (General Hospitalario) decide, por sospecha de intoxicación exógena por benzodiazepinas, aplicar Naloxona con dosis total de 0.4 mg. Se inicia apoyo Dopaminérgico. Por inestabilidad hemodinámica (sic) EKG sin evidencia de isquemia, ritmo sinusal. Glicemia 287 mg% Creatinina 1.1 mg% BUN 24.3 mg% TGO 465 TGP 480 (se plantea secundario a postparto vs enfermedad hepática de base)

09: 00 am Paciente con respiración espontánea, tubo en T Glasgow simetría (sic) facial, corneano negativo, moderada hipertensión generalizada, hiporeflexia MID. Babinsky negativo. Se decide iniciar Epamín, adiciona Cefotaxime IV, y se propone ventilación mecánica. Es llevada a TAC cerebral el cual se informa como normal. Después de dicho resultado, se decide extubación.

20: 30 pm Paciente hemodinámicamente estable, con SDR secundario a mal manejo de secreciones y posible proceso de broncoaspiración. Se insiste en terapia respiratoria Se evidencia déficit motor hemicuerpo derecho. TGO 500 TGP 510 elevados, y con respecto a valores previos han aumentado. Se solicita amonio en sangre, el cual es reportado como normal.

15- 07- 97 Presenta picos febriles hasta 38.6 emite gemidos, hipertonia generalizada pupilas 2 mm lentamente reactivas a la luz. Se descarta foco infeccioso urinario. TA 163/59 FC 118 FR 34 Rx de tórax: atelectasia retrocardiaca (sic) izquierda. Se disminuye apoyo inotrópico. Control de transaminasas evidencian disminución. Se inicia valoración y tratamiento (sic) por Rehabilitación. Gases arteriales normales, electrolitos séricos normales. FENA normal.

16- 07- 97 Paciente valorada en instituto Roosevelt por Neuropediatría, quien concluye que el cuadro corresponde a encefalopatía difusa con mayor compromiso motor del hemicuerpo derecho, habiéndose descartado infección del SNC y proceso tromboembólico. Paciente hemodinámicamente estable, sin fiebre.

17- 07- 97 Glasgow 9/15, sin variación del examen neurológico, se continúa disminución de apoyo inotrópico. Rx de abdomen normal. Se programa inicio de apoyo nutricional enteral. (Ensure) Lectura de EEG: marcada atenuación del voltaje, pérdida de las actividades normales para la edad, sin diferenciarse escala de maduración electrogénica anterior y posterior. No hay actividad de tipo epileptogénico.

18- 07- 97 Se realiza Gamagrafía de perfusión cerebral que evidencia severa hipofrontalidad mas (sic) alteraciones que se ubican todas en corteza heteromodal, indicando cambios por encefalopatía anóxica, isquémica difusa. Se suspende apoyo inotrópico Se reciben reportes de toxicología (Grupo Regional Forense) Benzodíacepinas positivo en orina, no se descarta del todo posibilidad de paciente Fenotiazinas. Se decide dosis de Akinetón IM, Prostigmine IM y Lanexat IV. Paciente quien moviliza extremidades espontáneamente, más en hemicuerpo izquierdo, emite sonidos, parcial disminución de hipertonia.

19- 07- 97 Paciente estable sin cambio a nivel neurológico. Se recibe comunicación de Clínica Uribe Cuéllar, informando pruebas negativas para Benzodíacepinas, Fenitiazinas y Levoclopromazina, tomadas el 18- 07- 97. Se suspende uso de antidotos.

20- 07- 97 Se retira sonda vesical, Rx de tórax de control: no consolidaciones. Se continúa programa de fisioterapia, se aumenta volumen (sic) y concentración del Ensure. Examen neurológico sin variación, Glasgow 10/15, localiza estímulos

discreta hiperflexia hemicuerpo derecho dedo cortical bilateral. Informe de hemocultivos negativo.

21- 07- 97 Paciente hemodinámicamente estable, sin SDR, control de transaminasas normales, resultado de Urocultivo: no gérmenes. Herida en mano con escaso tejido de granulación, bordes eritematosos. Por lo cual el Departamento de ortopedia decide iniciar Gentamicina 6 mg/kg/día.

22- 07- 97 Se realiza bajo anestesia local, y bloqueo del radial: Tenorrafía de extensor Pollicis Brevis y abductor pollicis longus mano derecha, sección cápsula dorsoradial. Se concreta traslado (sic) al Instituto Roosevelt, para continuar evaluación por Neurología y Rehabilitación. Dicha decisión se toma en conjunto con la Dirección Hospital el Tunal, ante la negativa de servicios particulares solicitados a Neuropediatra.”

8. Testimonios rendidos por las enfermeras Elizabeth Tovar Celis y Olga María Acosta; Alicia del Carmen Cárdenas, Gilberto Cardona y Adriana Hernández Casas y Nefti Patricia Ruiz Muñoz, amigos de los demandantes; y los médicos Jorge Eduardo Suárez, Olga Lucía Baquero Castañeda y Germán Aníbal Londoño Giraldo (f. 19 a 41 cuad. 2)

Copia del expediente N° 5086, remitido por la Unidad de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, donde consta la investigación adelantada contra Funcionarios del Hospital el Tunal, por los hechos ocurridos el 14 de julio de 1997, contra la menor XXX XXX XXX XXX (cuad. 3 a 13)

En dicha investigación, obran las siguientes pruebas:

12.1. Auto N° 01085 del 17 de julio de 1997, en el que se resolvió iniciar de oficio una investigación preliminar en la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, con el objeto de verificar los hechos e irregularidades que habían sido publicadas en los diarios El Tiempo y El Espectador, e identificar a los funcionarios públicos comprometidos. (f. 3 y 4 cuad 13)

12.2. Resultados de toxicología realizados por el instituto Nacional de Medicina Legal, el 21 de agosto de 1997 (f. 121 a 123 cuad. 4) en el que se lee:

“(...) FENOTIACINAS..... NO DETECTADO
TECNICAS TOCILAB, CROMATOLOGRAFIA DE GASES-ESPECTOMETRIA DE
MASAS.

RAD. TOX. No. 868197 (ORINA)

CANTIDAD DE MUESTRA: 2ml.

BENZODIAZEPINAS..... POSITIVO

TECNICAS: INMUNOENSAYO

(...)RAD. TOX. No. 868497 (AMPOLLA ROTA DE “SINOGAN”

LEVOMEPRIMAZINA..... POSITIVO

TECNICA: ULTRAVIOLETA, CROMATOLOGRAFIA EN CAPA DELGADA.”

12.3. Resultados de Biología Forense de los frotis vaginal y anal tomados a la menor XXX XXX XXX XXX (f. 124 a 126 cuad. 4 y 139 a 140 cuad. 7), informe entregado en los siguientes términos:

“(...) **INTERPRETACION DE RESULTADOS**

En las tablas anteriores se muestran los perfiles de ADN que caracterizan a cada individuo estudiado. Están escritos como parejas de letras o números y representan los alelos encontrados para cada uno de los 10 genes que se analizaron.

Se analizaron tres escobillados vaginales y tres escobillados anales, obteniendo el mismo tipo genético entre ellos. Este hallazgo garantiza la reproducibilidad de los resultados obtenidos.

*El perfil de ADN que posee PABLO EMILIO MORENO para todos los 10 sistemas genéticos informativos **coincide** totalmente con los espermatozoides recuperados de los escobillados vaginales y anales tomados a XXX XXX XXX XXX (sic). Por lo tanto, el sindicado **no se excluye** con el origen de los espermatozoides.*

El perfil genético de PABLO EMILIO MORENO lo posee cada 6.6. millones de personas en la población de referencia usada para el caso. Este resultado indica que es 6.6. millones de veces más probable que los espermatozoides sean de PABLO EMILIO MORENO a que provengan de otro individuo tomado al azar en la población de Bogotá.*

La fracción de células femeninas obtenidas de los 6 escobillones analizados, muestran un perfil genético idéntico al de XXX XXX XXX XXX (sic).

*Se utilizó la población de Santafé de Bogotá como referencia para el caso, a partir del estudio genético poblacional realizado en esta ciudad por el laboratorio de DNA del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en 1995-96

CONCLUSIONES

1. El tipo genético de PABLO EMILIO MORENO coincide totalmente con el de los espermatozoides recuperados en XXX XXX XXX XXX (sic). Por lo tanto, el sindicado no se excluye como el origen de éstas (sic) células.

2. Es 6.6. millones de veces más probable que los espermatozoides sean de PABLO EMILIO MORENO a que provengan de otro individuo tomado al azar en la población de Bogotá.”

12.4. Oficio dirigido el 2 de septiembre de 1997 por el señor Pablo Emilio Moreno Arias a la Fiscal 234, mediante el cual manifiesta su voluntad de acogerse a sentencia anticipada (f. 129 cuad. 4) La solicitud, escrita de puño y letra del señor Moreno Arias, dice textualmente:

“SRA.:

FISCAL 234

SANTAFÉ DE BOGOTÁ

REF: PROCESO # 323710

SINDICADO: PABLO EMILIO MORENO ARIAS.

Respetuosamente me dirijo a su Despacho para manifestarle que me acojo a la sentencia anticipada de q' trata el artículo 37 del C.P.P.; e igualmente le solicito se fije fecha para el respectivo trámite.

Atentamente

Pablo Emilio Moreno Arias

C.C. # 2273112 Cunday (Tolima)”

La prueba documental relacionada será tenida en cuenta dentro de este proceso por ser documentos públicos trasladados del proceso adelantado por la Unidad de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, donde consta la investigación adelantada contra Funcionarios del Hospital el Tunal, por los hechos ocurridos el 14 de julio de 1997, contra la menor XXX XXX XXX XXX, dentro de la oportunidad legal, de conformidad con el artículo 289 del CPC.

Así las cosas, de las pruebas obrantes en el expediente se pudo establecer que el día 14 de julio de 1997, mientras la menor XXX XXX XXX se encontraba hospitalizada en el Hospital el Tunal, el auxiliar de enfermería Pablo Emilio Moreno Arias –quien aceptó su responsabilidad - le suministró sinogan para ponerla en estado de indefensión y abusó sexualmente de ella. Posteriormente, la menor presentó un paro cardio-respiratorio que la dejó en un estado vegetativo por un período de un año y 10 meses, cuando finalmente se produjo su deceso.

2.3. De la imputación

En el presente caso, el daño antijurídico soportado por los demandantes, le es imputable al Hospital el Tunal III nivel, toda vez que el señor Pablo Emilio Moreno Arias quien para la época de los hechos se desempeñaba como auxiliar de enfermería de dicha entidad, encontrándose de turno, y al interior de la precitada institución prestadora de salud, puso en estado de indefensión mediante la aplicación del medicamento sinogan, y abusó sexualmente de la niña XXX XXX XXX XXX, quien contaba con 10 años de edad, y ese día se encontraba hospitalizada por haber sufrido una cortada en su mano.

De esta forma es claro que la entidad demandada debe responder a título de falla en el servicio, por el actuar delictivo y antisocial desarrollado por el auxiliar de enfermería Pablo Emilio Moreno Arias, quien mientras prestaba sus servicios para una institución de salud del Estado, y en sus instalaciones, le suministró sinogan para ponerla en estado de indefensión y abusó sexualmente, de una niña de 10 años de edad, quien se encontraba en ese hospital para recibir atención médica, y sus familiares depositaron su confianza en dicha institución y en su personal, al considerar que se encontraban en un lugar con condiciones adecuadas de seguridad y bajo el cuidado de un personal idóneo y calificado; circunstancia que

el agresor aprovechó para desarrollar las conductas punibles por las que fue procesado y solicitó el beneficio de acogimiento a sentencia anticipada, negada por la Fiscalía General de la Nación, por cuanto ya se había ordenado el cierre de la investigación; lo anterior, sin que se hubiera allegado al expediente la pena impuesta al mismo por este delito.

Para la Sub-Sección, resulta inadmisibile que al interior de las instalaciones de una institución de salud, se hubiesen cometido semejantes actos delictivos de las dimensiones como el aquí estudiado, donde un miembro del cuerpo de enfermería desconoció flagrantemente los derechos a la vida e integridad personal de una menor de edad, en hechos que bien pueden catalogarse como de vergüenza nacional, que sin lugar a dudas trascienden el ámbito personal y privado del agente, para trasladarla a una responsabilidad de carácter institucional, pues no puede olvidarse que el auxiliar de enfermería Pablo Emilio Moreno Arias se encontraba en ejercicio de sus funciones dentro de las instalaciones del hospital el Tunal III nivel E.S.E., cuando aprovechó su calidad de miembro del personal paramédico para acceder a medicamentos y a la víctima, lo que le facilitó la materialización de los crímenes cometidos en las dependencias del hospital; de tal manera que su vinculación con el servicio a cargo de la institución prestadora de salud es evidente e indudable conforme a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los lamentables y repudiables acontecimientos, para atribuirle responsabilidad por el daño antijurídico padecido y reclamado por los demandantes, aunado a la falla en la prestación del servicio derivado de no observar el deber de seguridad y protección debida a las personas que ingresasen al interior de la aludida institución prestadora de salud.

No debe pasarse por alto que obran en el expediente, testimonios de otras auxiliares de enfermería los cuales son coincidentes en afirmar que el auxiliar Pablo Emilio Moreno tenía antecedentes que guardaban relación con estos hechos. De los testimonios se desprende lo siguiente:

Testimonio rendido por Elizabeth Tovar Celis, auxiliar de enfermería que se encontraba de turno la noche de los hechos:

“(...) se iniciaron las investigaciones correspondientes, dado que el auxiliar PABLO EMILIO MORENO, se encontraba muy nervioso y como había sido recomendación de la coordinadora de la noche supervisararlo puesto que en urgencias había tenido

un antecedente de aplicar un medicamento para dormir a un paciente menor se decidió avisar a las autoridades competentes, cabe anotar que una de mis auxiliares de enfermería al revisar las canecas de basuras de los cuartos contiguos encontraron una ampolla desocupada de sinogan medicamento que ningún paciente del servicio tenía ordenado y que además las canecas habían sido desocupadas hacia las 10 de la noche por el personal del aseo.

(...) PREGUNTADO, Como quiera que en su respuesta anterior usted manifiesta que el señor PABLO EMILIO MORENO, tenía un antecedente de aplicar un medicamento para dormir a un paciente menor, diga usted si sabe con qué objeto el mencionado señor realizaba esa práctica. CONTESTO, No sé realmente con qué objeto lo haría, sólo (sic) fui informada de la queja que existía contra dicho señor por parte de la coordinadora.

(...) PREGUNTADO. A qué servicio se refiere usted cuando manifiesta “Yo estaba informada por la coordinadora de que el señor Pablo moreno había sido trasladado a mí (sic) servicio por haber tenido algún tipo de incidente similar al investigado”. CONTESTO. El señor Moreno fuñe (sic) trasladado del servicio de urgencias al 4 piso norte donde yo laboraba que corresponde al servicio de cirugía.”

Testimonio rendido por la auxiliar de enfermería Olga María Acosta Rojas:

“PREGUNTADO. Manifieste si conoce o conoció al señor Pablo emilio (sic) Moreno, de haberlo conocido diga en que (sic) circunstancias. CONTESTO. Sí el fue compañero de trabajo, lo conocí cuando llegó al servicio de urgencias, con el trabajé al rededor (sic) de 1 año, luego nos cambiaron de srvcio (sic). A mí me trasladaron para el piso 4 y el si siguió trabajando en el servicio de urgencias. Luego de pasar unos meses y de haber rumores de su comportamiento, la solución que optaron fue cambiarlo a nuestro piso y allí trabajó por muy poco tiempo más omenos (sic) unos dos meses o tres y sucedió lo de la niña. PREGUNTADO. Manifieste a qué se refier (sic) usted cuando dice en su respuesta anterior y de haber rumores de su comportamiento, a qué rumores se refiere. CONTESTO. Mientras yo estuve trabajando con él, en el servicio de urgencias la verdad fue que nunca observamos fuera de lo normal, luego que me trasladaron al piso 4 según cuentan los compañeros que se quedaron con él, que fue Teodaddo (sic) y Danilo empezaron a escuchar rumores de las pacientes hospitalizadas en el

servicio de observación que había un enfermero que las manoseaba, (sic) ellos le hicieron seguimiento a pablo (sic) Emilio y efectivamente se dieron (sic) de cuenta de que Pablo utilizaba o usaba algún sedante a la paciente para poderla manosear, (sic) ya se les había presentado un caso de una paciente que había presentado depresión de su sistema nervioso central y el que estaba muy pendiente de la paciente era Pablo, a raíz de esto ellos pasaron un informe al departamento de enfermería pero igual al parecer no le dieron importancia a lo sucedido ya que lo único que optaron fue cambiarlo de servicio.”

Lo anterior, muestra cómo el auxiliar Pablo Emilio Moreno Arias, constituía un peligro y una amenaza para los pacientes, y las directivas del Hospital restaron importancia a los rumores y quejas que surgieron respecto del auxiliar, decidiendo solo cambiarlo de unidad, cuando la actuación lógica y acorde con los deberes de seguridad y vigilancia que se le imponen a la institución, era iniciar una investigación que culminara con el esclarecimiento de los hechos, máxime cuando se trataba de quejas que involucraban abusos a menores de edad.

Sea esta la oportunidad para destacar que 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.

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, descuido o trato negligente, abuso sexual y explotación y que el Estado, por medio de los organismos competentes, debían garantizar dicha protección.

2.4. Perjuicios morales

Una vez demostrado el parentesco con los registros civiles y los testimonios allegados al proceso, esta Sub-Sección entiende que se encuentra demostrado el

perjuicio moral sufrido por la señora XXX XXX XXX, madre de la víctima; el padre de crianza, sus hermanos y tíos. La Sala ha sostenido al respecto de los familiares que:

“Las reglas de la experiencia hacen presumir que el sufrimiento de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, además de la importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad”⁹.

También se ha dicho que:

“No es necesario establecer si las lesiones causadas fueron graves o leves, toda vez que esta distinción carece de sentido lógico y equitativo, por cuanto no es plausible de ninguna manera que la aflicción pueda establecerse a partir de una condición especial de las lesiones. En efecto, independientemente de la afectación física del lesionado, en una concepción de familia nuclear como la que impera en la sociedad colombiana, no resulta equitativo que ese padecimiento moral, su prueba y reconocimiento se condicione al resultado material del daño en cuanto a su mensurabilidad. Así las cosas, para lo único que se debe tener en cuenta la gravedad o levedad de las lesiones, es para establecer la graduación del monto del perjuicio que se debe indemnizar”¹⁰.

En cuanto al reconocimiento de perjuicios morales para los tíos de la menor y su padre de crianza, de los testimonios se desprende que existía una relación cercana de éstos hacia la menor, corroborada entre otras cosas, por la queja interpuesta por uno de ellos –XXX XXX XXX - ante la Personería de Bogotá.

De los testimonios se extrae lo siguiente:

Testimonio rendido por la señora Alicia del Carmen Cárdenas, quien manifestó conocer a los actores desde hacía mucho tiempo, que tuvo conocimiento de lo sucedido a la menor XXX XXX, respecto de la relación con su padrastro y sus tíos afirmó:

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de enero 28 de 2009, Rad: 18073; M.P. Enrique Gil Botero.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de septiembre 14 de 2011, Rad: 19031; M.P. Enrique Gil Botero.

“(...) PREGUNTADO. Manifieste al Despacho si conoce a las siguientes personas: y de ser así desde hace cuánto tiempo XXX XXX XXX XXX (sic) XXX, XXX XXX XXX XXX (sic), XXX XXX (sic), XXX XXX, XXX XXX (sic) y XXX XXX (sic) XXX (sic), además al señor XXX XXX XXX y de igual forma si conoce o conoció a la menor XXX XXX XXX XXX (sic). CONTESTO. A don XXX XXX hace 15 años, a XXX XXX (sic) toda la vida, los niños también, XXX, XXX y XXX también los conosco (sic) de toda la vida, estuvieron viviendo en mi casa, un sufrimiento para todos. XXX toda la vida. (...) PREGUNTADO. Como quiera que usted a (sic) narrado los hechos ocurridos y también a (sic) manifestado que el grupo familiar aquí señalado experimentó ante los hechos enunciados sentimientos de angustia y de dolor, diga si estos sentimientos fueron solamente en el momento de la ocurrencia de los hechos o si por el contrario duraron durante el tiempo que la niña se encontraba en la situación por usted narrada o sea (sic) en el estado vegetativo. CONTESTO. Porque allí seguía el calvario de los papas (sic) y de la familia, especialmente de la mamá que empesó (sic) a presentar ataques Transcurrieron durante todo el tiempo. PREGUNTADO. Manifieste que relación si sabe entre el señor XXX XXX XXX XXX y XXX XXX XXX (sic) XXX. CONTESTO. Era un padre muy especial con la niña y los hermanitos, que estaba pendiente de todos los cuidados que necesitaban a pesar de que el (sic) no era el padre biológico, pero la quería muchísimo como si fuera su hija natural, con el dolor de lo que le había acontecido a la niña, a su (sic) compañera y sus otros niños, hablando con médicos de que más se podía hacer para recuperar el estado de la niña, le daban a veces crisis (sic) también de que las cosas no era (sic) favorables para que la niña volviera en sí, siempre día y noche pendiente de la niña. PREGUNTADO, Díga (sic) cómo era la relación de XXX XXX con, XXX XXX, XXX XXX (sic) y XXX XXX (sic) XXX (sic) si a estos también les afectó el hecho (sic) y como fue esta afectación. CONTESTO. La relación era muy excelente se comprendía mucho con ellos, y era feliz (sic) cuando llegaban a la casa. Cuando pasó este accidente ellos han sufrido muchísimo (sic) de dejar (sic) sus trabajos por estar pendiente de la niña, sufrir también de que al abandonar su trabajo perdieron el alojamiento de donde estaban viviendo por no pagar el arriendo y también la cuestión de la comida, aguantar PREGUNTADO. Lo anterior planteado por usted, que nos narra es desde el punto de vista material díga (sic) si a raíz de los hechos (sic) narrados estos tuvieron alguna afectación interna. CONTESTO. También sufriendo el

dolor que acompañaba de lo que le había (sic) sucedido a la niña. PREGUNTADO. Y en cuanto los hermanos menores de XXX XXX XXX XXX, cómo fue el comportamiento (sic), reacción (sic) o afectación en cuanto los hechos ocurridos. CONTESTO. Los niños al saber lo que le había sucedido a la niña quedaron traumatizado (sic), les empesó (sic) a ir mal en el estudio, no comían, y siempre preguntado a la niña, que cuando (sic) volvería a la casa. (...)"

Testimonio rendido por el señor Gilberto Cardona Gaviria:

"(...) PREGUNTADO. De acuerdo a la situación antes mencionada por usted o sea (sic) el estado vegetal y la posterior muerte diga (sic) al Despacho cómo fue el comportamiento o reacción ante los hechos sucedidos por las personas antes mencionadas. CONTESTO. La mamá quedó como traumatizada, y como con pérdida de noción, no sabía si iba (sic) o venía, gracias a la fuerza que tenía a don XXX XXX XXX, ánimo, coraje para sobrellevar el dolor que tenía, es angustia (sic) por haberle pasado es (sic) caso, en compañía de los cuñados porque no se le podía dejar sola (sic) y la acompañaron en todas las vueltas. A don XXX XXX XXX quedó muy trastornado, con mucho sufrimiento interno, los hermanos de doña XXX, XXX, XXX (sic), XXX XXX, vivían muy angustiados por ese problema. Los niños XXX XXX XXX, XXX XXX XXX, lloraban mucho sin saber que pasaba y preguntaban por la hermanita y uno sin poderles contar lo que había pasado. (...)"

Testimonio rendido por la señora Adriana Hernández Casas:

"(...) PREGUNTADO. Manifieste si a raíz de lo anterior por usted descrito los miembros de la familia, on (sic) personas antes señaladas tuvieron alguna afectación o sucedió con estas a raíz de lo sucedido a la menor XXX XXX XXX XXX. CONTESTO. A raíz (sic) de lo sucedido XXX la mamá de la niña a (sic) venido presentando problemas de nervios presentandosele (sic) una úlcera nerviosa y problemas de salud. Los hermanitos han tenido problemas en el estudio XXX (sic) y XXX se escondía (sic) debajo de las camas, no recibía (sic) alimento. Don XXX trabajaba por ratos abría el negocio muy poco, teniendo problemas económicos. Los tíos de la niña perdieron el empleo, al estar pendientes de ir al hospital, al acompañar a la hermana a ver a la niña, causandoles (sic) problemas a la familia. (...) PREGUNTADO. Manifieste si sabe qué relación existía entre el señor XXX XXX y la menor XXX XXX XXX XXX (sic). CONTESTO. La relación era

padre e hija muy normal, el estaba empeñado de que ella saliera adelante en el estudio, la niña cuando el llegaba de trabajar lo atendía, que (sic) le proboca (sic) papá, le traía las chancletas, lo normal de una hija con el papá.”

Ahora bien, respecto del daño moral sufrido por la menor XXX XXX XXX XXX, la Sala encuentra que se está frente a una acumulación homogénea de perjuicios, la cual, conforme a la reiterada jurisprudencia de esta Corporación¹¹, la cual, en este caso es procedente, dado el sufrimiento de la menor XXX XXX XXX XXX tras sufrir la lesión y antes de morir, perjuicio que puede adjudicarse a la señora XXX XXX XXX a título de heredera.

Sobre el particular, en reciente pronunciamiento, la Sección Tercera manifestó lo siguiente:

“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 Corporación¹², 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 sicológicas – y el sufrimiento del menor XXX XXX XXX tras sufrir la lesión y antes de morir, perjuicio que reclama la señora XXX XXX XXX 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:

“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

¹¹ 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.

¹² 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.

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”¹³.

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”¹⁴.

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 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.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de febrero de 1996, Rad. 9940, MP. Jesús María Carrillo Ballesteros.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera sentencia del 1° de octubre de 2008, Rad. 27268, MP. Enrique Gil Botero.

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 SMLMV¹⁵, 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 menor¹⁶, 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 padeció, la suma de 100 SMLMV, disminuidos en un 50%, para un total de 50 SMLMV.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

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.”¹⁷

Es así como de acuerdo a lo anterior, esta Sub-Sección reconocerá la acumulación de perjuicios morales a favor de la señora XXX XXX XXX XXX, como madre de la menor XXX XXX XXX XXX, y concederá el equivalente a 100 SMMLV adicionales a los ya reconocidos, para un total de 200 SMMLV.

Con base en lo anterior, se reconocerán como perjuicios morales las siguientes sumas:

XXX XXX XXX XXX	Madre	200 SMMLV
XXX XXX XXX XXX	Padre de crianza	100 SMMLV
XXX XXX XXX XXX	Hermano	50 SMMLV
XXX XXX XXX XXX	Hermano	50 SMMLV
XXX XXX XXX XXX	Tío	30 SMMLV
XXX XXX XXX XXX	Tío	30 SMMLV
XXX XXX XXX XXX	Tío	30 SMMLV

2.5. Daño a la salud

En la demanda se solicitó indemnización por perjuicios fisiológicos en cuantía de 5000 gramos oro, al respecto, toda vez que en el expediente está plenamente constatado el menoscabo en la integridad sicofísica de la menor XXX XXX XXX XXX, puesto que se probó que sufrió un paro cardio – respiratorio y posteriormente estuvo un año y 10 meses en estado vegetativo, hasta que se produjo su deceso, la Sala reconocerá el perjuicio solicitado a título de daño a la Salud, a su madre, bajo la misma figura de la acumulación de perjuicios que se aplicó para los perjuicios morales, y conforme a la posición unificada de esta Sección, que al respecto señaló:

“(…)

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 9 de septiembre de 2013, Exp. 27.452. C.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz.

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 de parámetros objetivos y equitativos, con apego irrestricto a los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad¹⁸.

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

¹⁸ “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.

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...**”¹⁹ (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)²⁰, sin que esta última categoría se encuentre lo suficientemente decantada en otras latitudes, razón para rechazar en esta instancia su adopción en el derecho colombiano, máxime si de manera reciente fueron proferidas cuatro sentencias de la Sección Unida (Sala

¹⁹ VICENTE Domingo, Elena “Los daños corporales: tipología y valoración”, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, Pág. 139.

²⁰ “Allí se define el daño existencial [se refiere a la sentencia de la Sala Plena de la Corte de Casación Italiana No. 6572 del 24 de marzo de 2006] como todo perjuicio causado en el hacer no reditual del sujeto, susceptible de ser constatado de manera objetiva, que altera sus hábitos y su modo de relacionarse, induciéndolo a alternativas de vida distintas, que inciden en el despliegue y realización de su personalidad en el mundo exterior.” KOTEICH Khatib, Milagros “El daño extrapatrimonial”, en “Diritto Romano Comune e America Latina”, Universidad Externado de Colombia, Pág. 259.

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)²¹.

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 patrimonial²². 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,

²¹ Ver: Corte de Casación Italiana, sentencia del 24 de junio de 2008, publicada el 11 de noviembre de 2008, No. 26972.

²² 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.

la alteración a las condiciones de existencia, categoría que bajo la égida del daño a la salud pierde relevancia, concreción y pertinencia para indemnizar este tipo de afectaciones.

En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica²³. 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”²⁴.

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

²³ “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.

²⁴ “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.

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;

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^{25,26}.

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”²⁷*, 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.

²⁵ “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.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 14 de septiembre de 2011, Rads. 19031 y 38222, MP. Enrique Gil Botero.

²⁷ 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.

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 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
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 lesionada²⁸, 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 mínimos²⁹.

En el caso concreto, la Sala otorgará a la actora la suma de 150 SMLMV, por concepto de daño a la salud, dentro del aspecto objetivo o estático, teniendo en cuenta que el padecimiento de XXX XXX XXX XXX fue de tal magnitud, que no pudo recuperarse del estado vegetativo y finalmente falleció. En relación al componente dinámico, dado que en el acervo probatorio no obra una prueba tendiente a su demostración, ya que el Tribunal negó esta prueba pedida por los actores, se reconocerán 150 SMLMV, pues resultaría injusto imponerles una sanción por la no existencia de una prueba que no dependió de ellos.

2.6. La condena en costas

Teniendo en cuenta la actitud asumida por las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55 de la ley 446 de 1998 que modifica el artículo 171 del C.C.A., y dado que no se evidencia temeridad ni mala fe de las partes, la Sub-Sección se abstendrá de condenar en costas.

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

FALLA

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 14 de septiembre de 2011, expediente: 19031.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 11 de julio de 2013, Rad. 36.295, MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 10 de diciembre de 2003, la cual quedará así:

“PRIMERO: Declárese administrativamente responsable al HOSPITAL EL TUNAL III NIVEL E.S.E., por los daños ocasionados a los actores señores XXX XXX XXX XXX, quien actúa en representación de sus menores hijos XXX XXX XXX XXX y XXX XXX XXX XXX(hermanos de la víctima); igualmente, como sucesora procesal de la menor XXX XXX XXX XXX (víctima); a XXX XXX XXX XXX (padraastro de la menor); y a XX XXX XXX, XXX XXX XXX y XXX XXX XXX XXX (tíos de la víctima) de conformidad con las consideraciones expuestas en esta sentencia.

SEGUNDO: *Condénese en consecuencia al HOSPITAL EL TUNAL NIVEL III E.S.E., a reconocer y pagar por perjuicios morales, a favor de los señores*

Para la señora XXX XXX XXX XXX (madre de la víctima), la suma equivalente a doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes para la fecha de esta sentencia.

Para los menores XXX XXX XXX XXX y XXX XXX XXX XXX(hermanos de la víctima), quienes están representados por su madre, la suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes a cada uno, para la fecha de esta sentencia.

Para el señor XXX XXX XXX XXX (padraastro de la menor), la suma equivalente a CIEN (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes para la fecha de esta sentencia.

Para los señores XXX XXX XXX XXX, XXX XXX XXX XXX y XXX XXX XXX XXX (tíos de la víctima), la suma equivalente a treinta (30) salarios mínimos mensuales legales vigentes a cada uno, para la fecha de esta sentencia.

TERCERO: *Condénese en consecuencia al HOSPITAL EL TUNAL NIVEL III E.S.E., a reconocer y pagar por daño a la salud, a favor de la señora XXX XXX XXX XXX, La suma equivalente a 150 salarios mínimos mensuales legales vigentes, para la fecha de esta sentencia.*

CUARTO: Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a lo dispuesto por los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

QUINTO: Deniéguense las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Sin condena en costas.

SEGUNDO: Condenar al HOSPITAL EL TUNAL III NIVEL E.S.E. a cumplir con las siguientes medidas no pecuniarias:

1. La realización de un acto público en donde el Hospital, a través de medios de comunicación masivo ofrezca disculpas públicamente a los familiares de la menor XXX XXX XXX XXX

2. Se deberá publicar la parte resolutive de esta providencia en la página web institucional de la entidad demandada, y darse difusión en un medio de comunicación de amplia circulación nacional.

La entidad demandada deberá dar cumplimiento de todo lo ordenado como medidas no pecuniarias, dentro de los cuarenta y cinco días (45) siguientes a la ejecutoria de este fallo.

TERCERO: En firme esta providencia envíese al Tribunal de origen para lo de su cargo, previas las anotaciones de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

ENRIQUE GIL BOTERO

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala

INDEMNIZACION DAÑO A LA SALUD - Discrepancia / INDEMNIZACION DAÑO A LA SALUD - Debió tenerse en cuenta la existencia de un hecho

notorio como lo fue la pérdida de capacidad laboral del 100% / INDEMNIZACION DAÑO A LA SALUD - Era necesario tener en cuenta la pérdida de capacidad laboral del 100% de la paciente

Si bien, comparto la decisión adoptada, por cuanto la declaratoria de responsabilidad estatal, en un caso tan dramático y censurable como el presente, era imperativa, toda vez que es inadmisibles, bajo todo punto de vista, que una niña, en completo estado de indefensión, sea violentada de la manera como lo fue por parte de quien se supone debía cuidar de ella; sin embargo, discrepo de la forma cómo se entendió la indemnización del daño a la salud, ya que no se tuvo en cuenta la existencia de un hecho notorio, esto es, que la pérdida de capacidad laboral fue del 100%, y de ello se puede tener completa certeza, inclusive sin el dictamen de la Junta de Calificación.

PRUEBA DOCUMENTAL - Dictamen pericial de la Junta de Calificación / DICTAMEN PERICIAL - Prueba idónea a tener en cuenta para tasar el daño a la salud / INDEMNIZACION DEL DAÑO A LA SALUD POR FACTOR ESTÁTICO U OBJETIVO - Cuando la pérdida de capacidad laboral de una persona es del 100% debe reconocerse 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes / INDEMNIZACION DEL DAÑO A LA SALUD - Sino se acredita pérdida de capacidad laboral con dictamen de la Junta de Calificación , el tope de indemnización es de 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes

El dictamen de la Junta de Calificación se ha considerado como la prueba idónea para la tasación del daño a la salud, por considerarse un medio probatorio que le brinda al Juez un soporte científico sobre el alcance real del daño que se reclama, esto es, se busca que la indemnización del daño a la salud obedezca a ciertos parámetros objetivos. En este orden, cuando el porcentaje de pérdida fuera del 100%, la indemnización, por el factor estático u objetivo, sería de 300 SLMLV. Seguidamente, se adoptó una especie de remedio para quienes a pesar de haber recibido un perjuicio en su integridad sicofísica no hubieren demostrado el porcentaje de pérdida de capacidad laboral con el dictamen de la Junta de Calificación; en este último evento, como se ya se señaló, el tope indemnizatorio es de 150 SLMLV, teniendo en cuenta la entidad de la lesión.

DICTAMEN PERICIAL DE JUNTA DE CALIFICACION - Prueba que precisa quantum de indemnización de acuerdo a porcentaje de pérdida de capacidad laboral / CERTEZA MONTO INDEMNIZACION POR DAÑO A LA SALUD - Debe demostrarse pérdida de capacidad laboral y daño a la salud / INDEMNIZACION DEL DAÑO A LA SALUD - Por estado vegetativo de paciente debió ser de 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes al acreditarse 100% de pérdida de capacidad laboral

Nótese pues, que el dictamen de la Junta de Calificación es una prueba encaminada a precisar el quantum de la indemnización en virtud del porcentaje de pérdida de capacidad laboral; no obstante, lo que realmente le es útil al juez para tener certeza del monto indemnizatorio es la demostración del hecho (pérdida de capacidad laboral y daño a la salud) y no la prueba en sí misma. En ese orden de ideas, considero que en el presente caso, se debió indemnizar teniendo en cuenta el límite de los 300 SLMLV, comoquiera que la lógica, la sana crítica y las reglas generales de la experiencia indican, sin temor a equívocos, que una persona que quedó en estado vegetativo permanente ha perdido por completo su capacidad laboral, esto es, la lesión en su salud es del 100%, y por tanto, el monto de la indemnización por el factor estático debió ser de 300 SLMLV, es decir, se debió abandonar la regla del límite de 150 SLMLV, pues se tenía certeza, aun sin el

dictamen de la Junta de Calificación, de la pérdida total de la capacidad laboral.

DIMENSION DINAMICA DEL DAÑO A LA SALUD - Se refiere al factor subjetivo del daño / PRUEBA DE AFECTACION DE LA SALUD - No debe exigirse cargas superiores a hechos probados cuando persona ha quedado en estado vegetativo y perdido posibilidad de seguir con su vida normal

Con respecto a la dimensión dinámica del daño a la salud, que hace referencia al factor subjetivo del daño, ello alude al impacto negativo que genera la lesión en la salud en los diferentes ámbitos de la vida de la persona, de acuerdo con las particulares actividades que cada individuo decide como su plan de vida. En este punto, considero que no hay que hacer muchas elucubraciones o exigir al demandante cargas probatorias superiores a lo que los hechos probados dicen por sí mismos, en otras palabras, es evidente que una persona que ha quedado en estado vegetativo, ha perdido también cualquier posibilidad de seguir con su vida normal, sin que sea necesario exigir la prueba de la afectación de la lesión en sus actividades cotidianas, pues es claro que para la víctima ya no existen actividades cotidianas, ya que su vida, aunque biológicamente exista, en el ámbito de lo humano, prácticamente, ha terminado

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, aclaro mi voto frente a uno de los aspectos contenidos en la parte motiva de la providencia calendada el 22 de enero de 2014, en el proceso de la referencia.

1. Síntesis del problema

En el caso concreto, se declaró la responsabilidad del Hospital el Tunal E.S.E., por el acceso carnal violento y posterior muerte de la menor XXX XXX XXX XXX, el primero de esos actos, sucedido al interior de ese centro cuando estaba hospitalizada, y ejecutado por un auxiliar de enfermería.

Entre otros aspectos, en la providencia se precisó:

“(…) Ahora bien, en cuanto a la tasación de este perjuicio [Daño a la salud], 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’, 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. (...) 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.

“(...) 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 SMLSMV, 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 lesionada, 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 mínimos.

“En el caso concreto, la Sala otorgará a la actora la suma de 150 SMLMV, por concepto de daño a la salud, dentro del aspecto objetivo o estático, teniendo en cuenta que el padecimiento de XXX XXX XXX XXX fue de tal magnitud, que no pudo recuperarse del estado vegetativo y finalmente falleció. En relación al componente dinámico, dado que en el acervo probatorio no obra una prueba tendiente a su demostración, ya que el Tribunal negó esta prueba pedida por los actores, se reconocerán 150 SMLMV, pues resultaría injusto imponerles una sanción por la no existencia de una prueba que no dependió de ellos.”

2. Fundamentos de la aclaración de voto

Si bien, comparto la decisión adoptada, por cuanto la declaratoria de responsabilidad estatal, en un caso tan dramático y censurable como el presente, era imperativa, toda vez que es inadmisibles, bajo todo punto de vista, que una niña, en completo estado de indefensión, sea violentada de la manera como lo fue por parte de quien se supone debía cuidar de ella; sin embargo, discrepo de la forma cómo se entendió la indemnización del daño a la salud, ya que no se tuvo en cuenta la existencia de un hecho notorio, esto es, que la pérdida de capacidad

laboral fue del 100%, y de ello se puede tener completa certeza, inclusive sin el dictamen de la Junta de Calificación.

En efecto, en sentencia reciente de esta Sala de Subsección, se ha admitido que a falta del dictamen de pérdida de capacidad laboral, para efectos de indemnización del daño a la salud, se tendrá como tope de indemnización 150 SLMLMV, el cual se liquidará con base en la lesión padecida, y por supuesto, bajo la égida de la sana crítica y las reglas de la experiencia.

En el caso concreto, se demostró el estado en el que quedó la niña luego del acceso carnal violento, en estos términos:

“En este caso de acuerdo con las pruebas allegadas, el daño se concretó en que mientras la menor XXX XXX XXX XXXse encontraba hospitalizada en el Hospital el Tunal, por una cortada en su mano, fue puesta en estado de indefensión, por parte del auxiliar de enfermería Pablo Emilio Moreno Arias, quien luego abusó sexualmente de ella, lo que le provocó un paro cardio-respiratorio, **quedando en estado vegetativo por un período de un año y 10 meses**, hasta que se produjo su muerte.”

Así las cosas, el dictamen de la Junta de Calificación se ha considerado como la prueba idónea para la tasación del daño a la salud, por considerarse un medio probatorio que le brinda al Juez un soporte científico sobre el alcance real del daño que se reclama, esto es, se busca que la indemnización del daño a la salud obedezca a ciertos parámetros objetivos. En este orden, cuando el porcentaje de pérdida fuera del 100%, la indemnización, por el factor estático u objetivo, sería de 300 SLMLV. Seguidamente, se adoptó una especie de remedio para quienes a pesar de haber recibido un perjuicio en su integridad sicofísica no hubieren demostrado el porcentaje de pérdida de capacidad laboral con el dictamen de la Junta de Calificación; en este último evento, como se ya se señaló, el tope indemnizatorio es de 150 SLMLV, teniendo en cuenta la entidad de la lesión.

Nótese pues, que el dictamen de la Junta de Calificación es una prueba encaminada a precisar el quantum de la indemnización en virtud del porcentaje de pérdida de capacidad laboral; no obstante, lo que realmente le es útil al juez para tener certeza del monto indemnizatorio es la demostración del hecho (pérdida de capacidad laboral y daño a la salud) y no la prueba en sí misma. En ese orden de ideas, considero que en el presente caso, se debió indemnizar teniendo en cuenta el límite de los 300 SLMLV, comoquiera que la lógica, la sana crítica y las reglas

generales de la experiencia indican, sin temor a equívocos, que una persona que quedó en estado vegetativo permanente ha perdido por completo su capacidad laboral, esto es, la lesión en su salud es del 100%, y por tanto, el monto de la indemnización por el factor estático debió ser de 300 SLMLV, es decir, se debió abandonar la regla del límite de 150 SLMLV, pues se tenía certeza, aun sin el dictamen de la Junta de Calificación, de la pérdida total de la capacidad laboral.

De otro lado, con respecto a la dimensión dinámica del daño a la salud, que hace referencia al factor subjetivo del daño, ello alude al impacto negativo que genera la lesión en la salud en los diferentes ámbitos de la vida de la persona, de acuerdo con las particulares actividades que cada individuo decide como su plan de vida. En este punto, considero que no hay que hacer muchas elucubraciones o exigir al demandante cargas probatorias superiores a lo que los hechos probados dicen por sí mismos, en otras palabras, es evidente que una persona que ha quedado en estado vegetativo, ha perdido también cualquier posibilidad de seguir con su vida normal, sin que sea necesario exigir la prueba de la afectación de la lesión en sus actividades cotidianas, pues es claro que para la víctima ya no existen actividades cotidianas, ya que su vida, aunque biológicamente exista, en el ámbito de lo humano, prácticamente, ha terminado.

En estos términos dejo sustentada mi posición.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra