

COMPETENCIA - Objeto del recurso de apelación

Como se dejó indicado anteriormente, sólo la parte actora se opuso a la sentencia proferida por el Tribunal de primera instancia y lo hizo con la finalidad de obtener un incremento en el reconocimiento del monto de la indemnización dispuesta a cargo de la entidad demandada, en la medida en que pretende la reparación de: a) los perjuicios fisiológicos y de daño a la vida de relación solicitados, de manera independiente, a favor de la víctima; b) el monto máximo de los perjuicios morales a favor de la lesionada; c) las indemnizaciones denegadas a favor de los hermanos de la demandante que resultó lesionada al nacer y d) los perjuicios materiales denegados a la parte actora. Por consiguiente y dado que en este caso no hay lugar a tramitar el grado jurisdiccional de consulta respecto del proveído de primera instancia, la Sala se abstendrá de pronunciarse acerca de la declaratoria de responsabilidad dispuesta por el Tribunal a quo en relación con la entidad demandada, dado que ese aspecto no fue objeto de cuestionamiento alguno; así lo ha considerado la Sala, ante casos similares, en los términos que a continuación se resumen.

RECIEN NACIDO - Lesiones personales / LESIONES PERSONALES DE RECIEN NACIDO - Quemaduras en incubadora / PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento a favor de hermanos / MENORES RECIEN NACIDOS - Hay lugar a repararles por la aflicción y dolor fraternal resultante del propio dolor y tristeza de su hermano víctima. Trillizos

En relación con el perjuicio moral padecido por los dos hermanos menores de la víctima –cuyo parentesco se encuentra acreditado con los respectivos certificados de los registros civiles de nacimiento de los tres hermanos (fls. 7, 8 y 9 c 1)–, la Sala revocará la decisión de primera instancia por estimar que sí es procedente la indemnización por perjuicios morales a favor de los hermanos menores de la lesionada, pese a que para el momento de los hechos contaban con la misma corta edad de su hermana, por tratarse de trillizos. A juicio de la Sala, si bien es cierto que para la época en la cual se produjo el hecho dañoso, los menores David y Esteban Zuluaga Ramírez tenían tan solo 7 días de nacidos, lo cierto es que ello no impide destacar que, de conformidad con las reglas de la experiencia y en atención a la prueba de su parentesco, haya lugar a repararles ese perjuicio moral representado por la aflicción y dolor fraternal resultante del propio dolor y tristeza experimentada por su hermana, a lo cual cabe agregar que en este caso en particular se trata de hermanos trillizos quienes según las mismas reglas de la experiencia y de la ciencia, tienden a presentar lazos filiales más firmes. Por lo tanto, se le reconocerá a cada uno de los hermanos de la menor Daniela Zuluaga Ramírez, un monto equivalente a treinta (30) S.M.L.M.V.

IGUALDAD DE GENERO - Marco constitucional, normativo y jurisprudencial

Uno de los pilares de cualquier sistema democrático y un principio básico de cualquier estado de Derecho es el respeto efectivo por los derechos fundamentales de la persona con fundamento en el principio de igualdad y no discriminación; precisamente al respecto la Carta Política colombiana consagra las dos dimensiones de la igualdad, puesto que en su artículo 5° establece: “[e]l Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”, al tiempo que, el artículo 13 constitucional prevé que “[t]odas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

Así pues, debe precisarse que los principios de igualdad y no discriminación no se agotan con la simple consagración normativa de esos factores, sino que implica también una advertencia acerca de las frecuentes e históricas causas generadoras de desigualdad, opuestas, por lo demás, a la dignidad de la persona humana en que se funda la organización estatal (artículo 1º) nacional, y la consecución de "un orden político, económico y social justo" (preámbulo); en esa medida resulta clara la decisión constitucional de remediar situaciones de inferioridad fincadas en estereotipos o prejuicios sociales de reconocida persistencia y que a la prohibición de discriminar se suma la voluntad de erradicar esas conductas o prácticas arraigadas que han ubicado a personas o a sectores de la población en posiciones desfavorables, por lo cual se impone entonces el compromiso de todas las autoridades de la República de impedir que tales situaciones se mantengan y peor aún que se perpetúen (artículo 2º). Así entendida, la prohibición constitucional que impide discriminar se vincula estrechamente a la noción sustancial de igualdad, la cual se encuentra formulada de manera más precisa en el segundo inciso del artículo 13 constitucional, el cual confía al Estado la promoción de "las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados"; así pues, el significado de esta disposición rebasa con creces el marco de la mera igualdad formal ante la ley y su actuación exige agregar a la tutela negativa una protección positiva encaminada a la superación de injusticias seculares y a la promoción de sectores menos favorecidos, en forma tal que los poderes públicos están avocados a tomar medidas que, al favorecer a determinadas categorías y no a otras, cuando menos disminuyan el efecto nocivo de las talanqueras de orden económico y social que les impiden acceder a la igualdad sustancial; en otras palabras, a las medidas adoptadas se les reconoce un designio compensatorio o reparador de previas desigualdades reales.

IGUALDAD DE GENERO - Sistema de garantías

Ahora bien, el género constituye motivos de discriminación que el artículo 13 constitucional prohíbe, razón por la cual el Constituyente de 1991 introdujo a la Carta Política un sistema de garantías para alcanzar de manera real y material la igualdad de género debido a la tradición de discriminación y marginamiento al que se había sometido la mujer, entre las cuales se destacan: i) la prohibición de la discriminación por razones de sexo (artículo 13), ii) la consagración de igualdad de derechos para la mujer respecto del hombre (artículo 43) y dentro la pareja (artículo 42), iii) la especial asistencia y protección del Estado en determinadas circunstancias de la vida –durante el embarazo y después del parto, como cabeza de familia (artículo 43)–, iv) la garantía de la participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración (artículo 40) y, v) la igualdad de oportunidades en el terreno laboral, incluso brindándole una protección especial (artículo 53). Consciente de la problemática y en desarrollo de los referidos mandatos constitucionales, el Congreso de la República ha expedido varias normas legales en torno al tema, entre las cuales se encuentran: Ley 82 de 1993 o "Ley de mujer cabeza de familia"; Ley 188 de 1995, Plan de Desarrollo 1995 – 1998, en el cual se crea la Dirección Nacional para la Equidad de las Mujeres; Ley 248 de 1995 "Por la cual se aprueba la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la violencia contra la mujer"; Ley 581 de 2000 "Por la cual que establece[n] mecanismos [para] la efectiva participación de las mujeres en el sector público"; Ley 812 de 2003 "Plan Nacional de Desarrollo: Construir equidad social y equidad de género"; Ley 823 de 2003, "Por la cual se ordena institucionalizar la equidad e igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el Estado"; Ley 984 de 2005 "Por la cual se aprueba el Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la

mujer" y Ley 1009 de 2006 "Por la cual se crea el Observatorio de Asuntos de Género O.A.G". El principio del tratamiento igualitario y de exclusión de discriminaciones se halla reiterado en importantes instrumentos internacionales, respecto de los cuales, el Estado Colombiano hace parte de los mismos, en su gran mayoría. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, al igual que otros tratados generales sobre derechos humanos internacionales y regionales, se basa en amplios principios de no discriminación y protección ante la ley. El artículo 1° de la Convención proclama que cada uno de los Estados Parte se comprometen a "respetar los derechos y libertades" consagrados en ella y a "garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos...", entre ellos, el de sexo; asimismo, cuando un derecho reconocido no esté garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, el Estado Parte se compromete a adoptar las medidas necesarias para hacerlo efectivo (artículo 2°). La Convención Americana protege una amplia variedad de derechos civiles y políticos tanto de la mujer, como de la familia, incluidos el derecho a la vida (artículo 4), a la integridad física y psíquica (artículo 5), a la libertad personal (artículo 7), al derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley (artículo 24) y el derecho a "la protección a la familia" (artículo 17); en éste último se establece que "[l]os Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio...".

AMA DE CASA - Labores productivas / AMA DE CASA - Víctima del daño

Así pues, la realización de labores productivas secundarias y mal remuneradas, el monopolio del trabajo doméstico asumido con exclusividad y sin el apoyo indispensable, la escasa valoración social y el desconocimiento de las labores del ama de casa que no son consideradas trabajo, la inexistencia de tiempo libre ligada a una jornada laboral larga y el impacto negativo de estos factores sobre la salud física y mental de la mujer, constituyen elementos de juicio que explican por qué los papeles que la tradición ha asignado a cada uno de los sexos se erigen en el obstáculo de mayor peso que las mujeres encuentran en el camino hacia la igualdad sustancial y ayudan a comprender que a más de las diferencias biológicas inmutables entre los miembros de uno y otro sexo, en especial la relativa a la maternidad que es un proceso natural, existen otras de índole social que configuran discriminaciones basadas en el sexo; en conclusión, mujeres y hombres conforman grupos cuya condición es distinta, pues es un hecho incontrovertible que nuestra sociedad deslinda con claridad los papeles y funciones que cumplen unas y otros. Consiente de todo lo anterior y del trascendental avance en materia de igualdad de género tanto en el ordenamiento jurídico interno como internacional, esta Sala, ya en anteriores pronunciamientos, ha tenido oportunidad de destacar el valor económico de las labores productivas del ama de casa, en un evento en el cual fue precisamente ella la víctima directa del daño, al quedar totalmente incapacitada.

PERJUICIOS MATERIALES - Procedencia a favor de los padres de la menor lesionada

No obstante lo anterior, la Sala no puede pasar desapercibido el hecho de que debido al daño producido por la entidad demandada a la entonces recién nacida (Daniela), la señora Rosa Elena Ramírez Escobar, en su calidad de madre, debió dedicar tiempo completo y exclusivo para prodigar especiales cuidados a la menor, quien, como resulta apenas natural, depende totalmente de la atención y

del cuidado personal de su madre, labor tanto económica como socialmente productiva que implica, per se, un reconocimiento patrimonial. Por consiguiente, para la Sala es claro hay lugar a reconocer la indemnización solicitada, puesto que si bien no se acreditó vínculo laboral alguno entre la señora Rodríguez Escobar y la aludida empresa "Extras", lo cierto es que la demandante debido a la lesión producida a su menor hija debió dedicarse a su atención y cuidado personal o, en su defecto, debía contratar a una persona para la realización de tales labores. Tal razonamiento deriva de entender a la víctima a partir de su dignidad e integridad humanas, que no pueden verse quebrantadas a raíz del daño y que, por tanto, deben permanecer indemnes a pesar de él, para que pueda quedar en una posición frente a la vida y a las posibilidades que ella le ofrezca, como si el daño no hubiera ocurrido o lo más cercano a una situación tal. Proceder de forma contraria en el presente asunto entrañaría el desconocimiento de los valores, principios y fines que tanto los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos como la propia Constitución consagran, abandonar la búsqueda de una sociedad justa, respetuosa de la dignidad humana y de la protección a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, así como implicaría desconocer las normas constitucionales que prohíben la discriminación de la mujer y que disponen su especial protección (arts. 43 y 53).

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010)

Radicación número: 05001-23-26-000-1996-01018-01(18101)

Actor: ORLANDO DE JESUS ZULUAGA ARCILA Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES

Referencia: APELACION SENTENCIA DE REPARACION DIRECTA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia que dictó el Tribunal Administrativo de Antioquia el 25 de noviembre de 1999, mediante la cual resolvió:

"1. Declárase administrativamente responsable al Instituto de Seguro Social por los daños y perjuicios causados a Orlando de Jesús Zuluaga y Rosa Elena Ramírez Escobar y a la menor Daniela Zuluaga Ramírez, con las lesiones de que fue víctima ésta última, en hechos ocurridos el 14 de marzo de 1996 en el Instituto de Seguro Social.

2. Como consecuencia de la anterior declaración, condénase al Instituto de Seguro Social al pago de perjuicios morales, a los padres y a la menor

accidentada, y los cuales se tasan en la suma de setecientos (700) gramos oro para cada uno de los padres y cuatrocientos (400) para la menor, gramos que se pagarán de acuerdo con el valor certificado por el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

3. Niéganse las demás súplicas de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

4. La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los términos de los artículos 177 y 178 del C.C.A.”.

I. ANTECEDENTES :

1.- La demanda.

En escrito presentado el día 19 de junio de 1996, los ciudadanos Jesús Zuluaga Arcila y Rosa Elena Ramírez Escobar, en nombre propio y en el de los menores Viviana Marcela, David, Esteban y Daniela Zuluaga Ramírez, a través de apoderado judicial, formularon acción de reparación directa contra el Instituto de los Seguros Sociales, con el fin de que se le declare administrativamente responsable por los perjuicios materiales e inmateriales a ellos ocasionados, como consecuencia de las lesiones padecidas por la menor Daniela Zuluaga Ramírez quien, al nacer prematura y ser puesta en una incubadora de la entidad, sufrió quemaduras de primer y segundo grado en diferentes partes de su cuerpo (fls. 117 a 144 c 1).

En este sentido, la parte actora formuló las siguientes pretensiones:

“3.1. Que el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, es administrativamente responsable de la totalidad de los daños y perjuicios, patrimoniales y extrapatrimoniales, ocasionados a los demandantes: ORLANDO DE JESUS ZULUAGA ARCILA, ROSA ELENA RAMIREZ ESCOBAR, VIVIANA MARCELA, DAVID, ESTEBAN Y DANIELA ZULUAGA RAMIREZ, por los hechos ocurridos a partir del día 14 de marzo de 1996, como consecuencia de las lesiones causadas a su hija y hermana, respectivamente, DANIELA ZULUAGA RAMIREZ, al sufrir grandes quemaduras de primer y segundo grado en la cabeza, región lumbar, parte de la espalda y zona sacra debido a la deficiente y descuidada atención médica que recibió en el Instituto de Seguros Sociales de la ciudad de Medellín, al nacer prematura y ser puesta en una incubadora portátil de dicha institución, donde recibió las quemaduras por recalentamiento de la máquina.

3.2. Que, en consecuencia, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, está obligado a cancelar a cada uno de los demandantes, POR CONCEPTO DE PERJUICIOS MORALES, la cantidad equivalente, a MIL GRAMOS DE ORO a la cotización más alta vigente en el mercado para el metal precioso, por la fecha en que quede en firme la sentencia que ponga fin al proceso, de manera definitiva, conforme a la certificación que al efecto expida el Banco de la República.

3.3. Que, además, y como consecuencia de la declaración establecida en el numeral 3.1., de esta demanda, se condene así mismo al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pagar a favor de ORLANDO DE JESUS ZULUAGA ARCILA y ROSA ELENA RAMIREZ ESCOBAR, la totalidad de los perjuicios materiales, debido a que la señora ROSA ELENA se vio en la necesidad de renunciar a su trabajo para atender a su hija DANIELA quien debido a las lesiones que por quemaduras necesita atención especial y dedicación absoluta y exclusiva de su madre; además de cancelar también los gastos que demande el tratamiento de la menor tanto en la parte motriz, psicológica y estética.

3.4. Que, además, y como consecuencia de la declaración establecida en el numeral 3.1., de esta demanda, se condene así mismo al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pagar a favor de DANIELA ZULUAGA RAMIREZ, una suma equivalente en moneda legal colombiana, a DOS MIL GRAMOS DE ORO (2000), por concepto de PERJUICIO FISIOLÓGICO.

3.5. Que, además, y como consecuencia de la declaración establecida en el numeral 3.1., de esta demanda, se condene así mismo al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pagar en favor de DANIELA ZULUAGA RAMIREZ, una suma equivalente en moneda legal colombiana, a DOS MIL GRAMOS DE ORO (2000), por concepto de DAÑO A LA VIDA DE RELACION.

3.6. Que, la entidad demandada deberá dar cumplimiento a la sentencia que en su contra llegue a dictarse en los términos de los artículos 176 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

...(…)..."

2.- Los hechos.

La parte actora narró, en síntesis, los siguientes:

La señora Rosa Elena Ramírez Escobar se encontraba en estado de embarazo y el día 14 de febrero de 1996 fue hospitalizada en el I.S.S., de Medellín, por presentar una presión sanguínea alta; el día 7 de marzo siguiente dio a luz a trillizos, dos niños y una niña, quienes fueron introducidos inmediatamente en incubadoras, pues el tiempo de gestación de la madre fue de 7 meses y 15 días.

Uno de los trillizos fue entregado a sus padres pasados 8 días y el segundo transcurridos 11 días desde su nacimiento; sin embargo, el día 14 de marzo de 1996 la menor recién nacida –quien luego fue llamada Daniela– sufrió graves quemaduras en su cuerpo, razón por la cual debió ser objeto de varias cirugías plásticas. Según las explicaciones dadas por la Coordinadora de Pediatría de la entidad, el hecho obedeció a una avería de la incubadora.

3.- Contestación de la entidad demanda.

Notificado del auto admisorio, el Instituto de los Seguros Sociales – Seccional Antioquia procedió a contestar la demanda en el sentido de oponerse a las pretensiones de la misma, por considerar que la atención suministrada tanto a la madre de la víctima como a sus tres hijos recién nacidos fue adecuada y oportuna; sin embargo, se presentó un hecho completamente fortuito e imprevisible como lo fue el nacimiento de trillizos, lo cual puso a la entidad en la imposibilidad de ubicar a los tres menores en incubadoras independientes.

Señaló que ante esa situación el personal asistencial se vio en la obligación de suministrar una incubadora portátil a la menor con el fin de salvaguardar su vida y si bien es cierto que sufrió lesiones, también lo es que éstas no son consecuencia directa de una falla técnica de la incubadora ni tampoco por la ausencia de vigilancia, eficiencia y seguridad del personal asistencial (fls. 151 a 159 c 1).

4.- Alegatos de conclusión en primera instancia.

Las partes guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

5.- La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante sentencia proferida el 25 de noviembre de 1999, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, razón por la cual condenó al ente demandado a pagar a algunos de los actores las indemnizaciones por perjuicios morales, descritas en la parte inicial de este proveído.

Para declarar la responsabilidad patrimonial del Instituto de los Seguros Sociales, el Tribunal de primera instancia consideró que existió una falla en el servicio porque el personal de la entidad no adoptó las medidas necesarias para impedir que la menor recién nacida tuviera contacto con las paredes de la incubadora y, de esa manera, evitar que sufriera las quemaduras de 1° y 2° grado que padeció, de modo que el daño ocasionado a la parte demandante fue consecuencia directa del descuido del personal asistencial.

El *a quo* denegó la indemnización por perjuicios morales a favor de los dos hermanos de la víctima, pues consideró que no había lugar a “... *presumir que pueda predicarse la existencia de un perjuicio moral por los hechos motivo de demanda, para dichos infantes*”.

En relación con los perjuicios materiales se indicó que “... *la sola renuncia de la madre de la menor ... no era suficiente para demostrar la existencia de un perjuicio material, ya que es elemental pensar que no eran tanto las lamentables quemadura de la menor, las que provocaron su retiro, sino el afortunado y maravilloso hecho de ser madre de trillizos*”.

En cuanto a la reclamación por concepto de perjuicios fisiológicos a favor de la víctima, el Tribunal indicó que no existían elementos de juicio suficientes para encontrar acreditado tal perjuicio. De igual manera se denegó la pretensión que, por daño a la vida de relación, reclamaban a favor de la víctima por cuanto según el Tribunal de primera instancia, ese perjuicio no estaba probado y además se trataba de una denominación imprecisa que llevaría a una doble indemnización.

7.- La apelación.

Inconforme con la anterior sentencia, sólo la parte actora interpuso recurso de apelación (fls. 243 a 260 c ppal), el cual se dirige a controvertir *i)* la negativa de los perjuicios fisiológicos y de daño a la vida de relación a favor de la menor lesionada; *ii)* a solicitar el incremento de la indemnización dispuesta a favor de la víctima por perjuicios morales, *iii)* a lograr que se acceda al reconocimiento de los perjuicios materiales y *iv)* a que se indemnice igualmente a los dos hermanos de la menor lesionada.

En cuanto a los perjuicios inmateriales –fisiológicos y de daño a la vida de relación– solicitados a favor de la demandante Daniela Zuluaga Ramírez, la parte impugnante procedió a distinguirlos para efectos de lograr su reconocimiento de manera independiente y respecto del primero de ellos (fisiológico) agregó que en el proceso se acreditó, mediante el respectivo concepto médico legista, que la menor lesionada quedó con cicatrices en distintas partes de su cuerpo y, por tanto, con secuelas fisiológicas de por vida.

Respecto de los perjuicios morales a favor de la lesionada se solicitó en el recurso reconocer tal perjuicio en su monto máximo y para obtener el acceso a los perjuicios morales de sus dos hermanos, la parte demandante sostuvo que su causación resulta evidente en la medida en que tales actores lo padecerán porque *“... la niña al crecer va a estar marcada, estigmatizada, en cierta forma diferente”*.

Y frente a la negativa del reconocimiento del perjuicio material solicitado, los impugnantes sostuvieron que el Tribunal no tuvo en cuenta la razón esgrimida dentro de la carta de renuncia presentada por la madre de la víctima a su trabajo, a través de la cual se dejó indicado, en forma expresa, que su retiro obedecía a las lesiones padecidas por su hija recién nacida, lo cual demuestra que el motivo por el cual la señora Rosa Elena Ramírez Escobar dejó su trabajo radicó en el hecho dañoso y no por su estado de incapacidad materna.

Finalmente, la parte demandante solicitó el reconocimiento de agencias en derecho.

8.- Alegatos de conclusión en segunda instancia.

De la misma forma que en primera instancia, los sujetos procesales no intervinieron en esta etapa procesal.

II. CONSIDERACIONES :

1.- Impedimento de Magistrado.

El señor Consejero de Estado Enrique Gil Botero, mediante escrito presentado el 21 de febrero de 2007, manifestó su impedimento para conocer de este proceso, toda vez que intervino dentro del mismo en condición de apoderado de la parte demandante¹ (fl. 275 c ppal).

La Sala aceptará el referido impedimento, dado que el argumento expuesto por el Magistrado Enrique Gil Botero se encuadra dentro del supuesto fáctico previsto en

¹ Mediante auto proferido el 22 de noviembre de 2006, el Magistrado Conductor del proceso aceptó la renuncia presentada por quien era el apoderado de la parte actora, doctor Enrique Gil Botero (fl. 273 c ppal).

el numeral 12 del artículo 150 del C. de P. C.², como causal de impedimento y, por tanto, será separado del estudio del presente proveído.

2.- Competencia de la Sala (objeto del recurso de apelación).

Como se dejó indicado anteriormente, sólo la parte actora se opuso a la sentencia proferida por el Tribunal de primera instancia³ y lo hizo con la finalidad de obtener un incremento en el reconocimiento del monto de la indemnización dispuesta a cargo de la entidad demandada, en la medida en que pretende la reparación de: a) los perjuicios fisiológicos y de daño a la vida de relación solicitados, de manera independiente, a favor de la víctima; b) el monto máximo de los perjuicios morales a favor de la lesionada; c) las indemnizaciones denegadas a favor de los hermanos de la demandante que resultó lesionada al nacer y d) los perjuicios materiales denegados a la parte actora.

Por consiguiente y dado que en este caso no hay lugar a tramitar el grado jurisdiccional de consulta respecto del proveído de primera instancia⁴, la Sala se abstendrá de pronunciarse acerca de la declaratoria de responsabilidad dispuesta por el Tribunal *a quo* en relación con la entidad demandada, dado que ese aspecto no fue objeto de cuestionamiento alguno; así lo ha considerado la Sala, ante casos similares, en los términos que a continuación se resumen⁵:

² "ARTÍCULO 150. CAUSALES DE RECUSACION. Son causales de recusación las siguientes:

".....

12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en éste como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo".

³ El presente asunto accede a la doble instancia, toda vez que la cuantía del proceso supera el monto previsto en la ley para tal efecto. Ciertamente, por sólo perjuicios fisiológicos se solicitó a favor de la menor lesionada, el equivalente a 2000 gramos de oro, monto que, a la fecha de presentación de la demanda, equivalía a \$26'422.800, dado que el valor del gramo oro era de \$13.211.40; la cuantía para que un proceso de esta naturaleza accediere a la doble instancia para el año 1996 era de \$ 13'460.000.

⁴ La condena que allí se impuso no supera el monto de 300 S.M.L.M.V., tal como lo exige el artículo 184 del C.C.A., para que proceda dicha figura. La indemnización dispuesta a favor de los demandantes fue de un total de 1.800 gramos oro, esto es \$ 32'960.232 (el valor del gramo oro al 25 de noviembre de 1999 –fecha de la sentencia– era de \$ 18.311,24), en tanto que 300 S.M.L.M.V., al año 1999 (fecha de la sentencia) equivalían a \$ 70'938.000, pues el salario mínimo de esa época era de \$ 236.460.

⁵ En tal sentido se ha pronunciado la Sala, tal como lo reflejan las sentencias proferidas el 23 de abril de 2009, expediente 17.160; de 20 de mayo de 2009, expedientes 16.925 y 16796; de junio 10 de 2009, expediente 16.985.

“Resulta necesario precisar que el recurso de apelación formulado por las partes contra el fallo de primera instancia se encuentra dirigido exclusivamente a cuestionar el monto y el reconocimiento de los perjuicios concedidos en la sentencia de primera instancia. En efecto – según se indicó–, la apelación de la entidad demandada se encuentra dirigida a obtener que se deniegue el reconocimiento de los perjuicios morales a favor del señor José Hermes Sandoval y a que se reduzca el monto del perjuicio fisiológico reconocido a favor de la señora Rosalía Sandoval (fls. 202 a 214 C. Ppal.).

En cuanto a la parte demandante, el objeto del recurso de alzada está encaminado a que se reconozcan los perjuicios materiales a favor de la señora Rosalía Sandoval, a que se incremente el monto del perjuicio fisiológico reconocido a dicha demandante y a que se incremente el monto de los perjuicios morales reconocidos a todos los demandantes (fls. 232 a 241 C. Ppal.).

Lo anterior obliga a concluir que los recursos de apelación mencionados si bien proceden de las dos partes en contienda, **lo cierto es que los mismos se encuentran limitados a los aspectos que se dejan indicados, razón por la cual y dado que en el presente caso no hay lugar a tramitar el grado jurisdiccional de consulta, la Sala se abstendrá de emitir pronunciamiento alguno en relación con la declaratoria de responsabilidad dispuesta por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en contra de la entidad demandada**, la cual encontró acreditada el a quo, mediante argumentación que no ha sido cuestionada por las partes del proceso y respecto de la cual el silencio de aquellas evidencia su conformidad tanto para con los razonamientos consignados en el fallo, como, más importante aun, para con las decisiones declarativas proferidas con base en tales análisis.

“.....

De esta manera resulta claro que el límite material que para las competencias del juez superior constituye el alcance de la apelación y los propósitos específicos que con la misma se persiguen, se complementa de manera diáfana con la garantía de la no reformatio in pejus, a la cual, simultáneamente, le sirve de fundamento y explicación.

Es por ello que en el presente caso hay lugar a concluir que la Sala, en su condición de juez de la segunda instancia, **ha de limitarse a examinar y a resolver la apelación que le ha sido planteada, sin exceder la materia de impugnación que en relación con el fallo de primera instancia le ha señalado y establecido la parte recurrente**⁶. (Se deja destacado en negrillas y en subrayas).

3.- Indemnización de perjuicios.

3.1.- Como se dejó indicado anteriormente, la parte actora solicitó en la demanda el reconocimiento de los perjuicios por la alteración grave de las condiciones de existencia y fisiológicos a favor de la demandante Daniela Zuluaga Ramírez, toda vez que ambos rubros fueron denegados en primera instancia y además la parte actora los considera independientes.

⁶ Sentencia proferida el 23 de abril de 2009, expediente 17.160.

Al respecto, la Sala estima necesario precisar que los aludidos perjuicios por cuyo reconocimiento se reclama han sido acogidos por la Corporación bajo una misma clase de perjuicio inmaterial, razón por la cual se analizará como un solo rubro; es así cómo a través de sentencia de 19 de julio de 2000 se reformuló el concepto de perjuicio fisiológico por el de daño a la vida de relación –ahora denominado perjuicio por la alteración grave de las condiciones de existencia– así:

“[E]l daño extrapatrimonial denominado en los fallos mencionados ‘daño a la vida de relación’, corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquélla, ni siquiera en los casos en que este daño extrapatrimonial –distinto del moral– es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización. En efecto, el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre”⁷ (Negrillas adicionales).

Más adelante, según lo refleja la sentencia proferida el 15 de agosto de 2007⁸, la Sala abandonó dicha denominación y se refirió al perjuicio por la alteración grave de las condiciones de existencia, en los siguientes términos:

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

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

Resulta ahora pertinente recoger estos planteamientos para señalar que si bien es cierto que la expresión relativa a la alteración de las condiciones de existencia resulta ser más comprensiva y adecuada, mal podría pensarse,

⁷ Consejo de Estado, sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2000, Exp. 11.842. M.P. Alier Hernández Sección Tercera.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia AG-385 de agosto 15 de 2007.

desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado, que todo perjuicio, de cualquier carácter y magnitud, comporte necesaria y automáticamente una alteración a las condiciones de existencia jurídicamente relevante.

Sobre el particular la doctrina ha señalado, precisamente, que “para que se estructure en forma autónoma **el perjuicio de alteración de las condiciones de existencia**, se requerirá de **una connotación calificada en la vida del sujeto**, que en verdad **modifique en modo superlativo sus condiciones habituales**, en **aspectos significativos de la normalidad** que el individuo llevaba y que evidencien efectivamente un trastocamiento de los roles cotidianos, a efectos de que la alteración sea entitativa de un perjuicio autónomo, pues **no cualquier modificación o incomodidad sin solución de continuidad podría llegar a configurar este perjuicio**, se requiere que el mismo tenga significado, sentido y afectación en la vida de quien lo padece”⁹.

Por su parte, en la doctrina francesa se ha considerado que los llamados *troubles dans les conditions d'existence*¹⁰ pueden entenderse como “una **modificación anormal** del curso de la existencia del demandante, en sus ocupaciones, en sus hábitos o en sus proyectos”¹¹ o “las modificaciones aportadas al modo de vida de los demandantes por fuera del mismo daño material y del dolor moral”¹².

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

En el presente caso, para la Sala resulta claro que la lesionada sufrió una alteración grave en sus condiciones de existencia, el cual rebasa la esfera interna del individuo y se sitúa en su vida exterior. Tal como se analizó anteriormente, la Sala ha considerado que cuando se trata de lesiones que producen alteraciones físicas que afectan la calidad de vida de las personas, éstas tienen derecho al reconocimiento de una indemnización adicional a aquella que se reconoce por el perjuicio moral; es decir, el reconocimiento de esta clase de perjuicios no debe limitarse a los casos de lesiones corporales que producen alteraciones orgánicas,

⁹ Gil Botero, Enrique. *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*, Ed. Comlibros, Tercera Edición, 2006, p. 98.

¹⁰ Navia Arroyo Felipe. *Del daño moral al daño fisiológico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 78.

¹¹ Chapus René. *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, citado por Juan Carlos Henao, *El Daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 252.

¹² Paillet Michel. *La Responsabilidad Administrativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, o. 278.

sino que debe extenderse a todas las situaciones que alteran las condiciones habituales o de existencia de las personas¹³.

Dicho perjuicio, como los demás, puede acreditarse a través de cualquier medio probatorio e incluso puede darse por acreditado en consideración a las circunstancias particulares del caso, relacionadas con la naturaleza de la lesión física sufrida por la víctima, las secuelas que le hubiere dejado y la alteración de las condiciones en que se desarrollaba o estaba llamada a desarrollarse normalmente su vida cotidiana en lo social, en lo familiar, en lo laboral, en su ámbito placentero o de otra índole.

En el presente asunto resulta evidente que la víctima directa del daño sufrió una alteración grave en sus condiciones de existencia como consecuencia de la referida lesión y, por ende, una alteración en su integridad física, la cual aunque no le impide o le limita desplegar sus normales actividades, sí le afecta directamente su estado psicológico y su autoestima, todo lo cual lleva indiscutiblemente a evidenciar una alteración grave de sus condiciones de existencia, tal como lo refleja el respectivo concepto médico laboral No. 103 (fls. 164 y 165 c 1), en el cual se dictaminó:

"HALLAZGOS

1. Cicatriz de 2x1.5 cms en la región medio occipital; la cicatriz tiene movimientos de la cabeza normales.

2. Cicatriz de 8x3 cms localizada en la región sacra y región glútea izquierda.

Dentro de esta cicatriz hay pequeño cordón queloide horizontal en forma de 'fósforo' cuya 'cabeza' de 2.3 x 1.5 cms se encuentra en la región glútea izquierda y el 'mango' de 3.5x0.5 se localiza en la región sacra.

3. Cicatriz de 3.5 x 2.5 cms en la región lumbar izquierda. Dentro de esta cicatriz hay pequeño cordón queloide de 2x0.4 cms.

Movimientos de la región lumbar y extremidades inferiores normales.

CONCEPTO: En esta clase de cicatrices, en los niños, se encuentra que a medida que pasa el tiempo y el paciente va creciendo las cicatrices disminuyen de tamaño y de intensidad, claro está, que sin llegar a desaparecer totalmente".

A juicio de la Sala, por razón de las lesiones padecidas por la menor Daniela Zuluaga Ramírez sí se configuró una alteración grave de sus condiciones de existencia y, en consecuencia, se revocará la decisión de primera instancia en

¹³ Sección Tercera, sentencia de 1° de noviembre de 2007, expediente 16.407.

cuanto denegó la indemnización de este perjuicio para reconocerle a la actora una suma equivalente a ochenta (80) S.M.L.M.V.

3.2.- Perjuicios morales.

En cuanto a los daños causados por las lesiones que sufre una persona, la Sala, en forma reiterada, ha sostenido que las mismas dan lugar a la indemnización de perjuicios morales, no obstante que su tasación dependa, en gran medida, de la gravedad y entidad de tales lesiones, puesto que hay eventos en los cuales esa clase de daño no alcanza a tener una entidad suficiente para alterar, limitar o impedir el curso normal de la vida o de las labores cotidianas de una persona y, por tanto, se concluye que su indemnización debe ser menor; así pues, la cuantificación de los perjuicios morales que se causen en virtud de unas lesiones personales se debe definir en cada caso por el juez, en proporción al daño sufrido¹⁴.

Es lo común, lo esperable y comprensible que los seres humanos sientan tristeza, depresión, angustia, miedo y otras afecciones cuando ven disminuidas o afectadas negativamente su salud y sus facultades físicas, especialmente cuando la lesión sufrida ocurre como consecuencia de un hecho imprevisible para la víctima.

En este caso está acreditado que la menor recién nacida sufrió lesiones físicas consistentes en quemaduras de 1° y 2° grado en la zona del occipucio, zona sacra y glútea al encontrarse dentro de una incubadora suministrada por la entidad demandada, tal como prueban la respectiva historia clínica de la menor y el referido concepto médico laboral, en el cual se efectuó el resumen del historial clínico. Como consecuencia de ello, la demandante fue objeto de tres (3) cirugías plásticas practicadas el 20 de marzo, el 8 de abril y el 3 de mayo del año 1996, respectivamente (fl. 164 c 1), circunstancias éstas que resultan suficientes para tener por configurado el daño moral padecido por la menor Daniela Zuluaga Ramírez, quien al momento del hecho apenas si tenía una semana de nacida y aún así debió ser intervenida quirúrgicamente en tres oportunidades y soportar el respectivo tratamiento hospitalario y asistencial.

¹⁴ Así ha discurrido la Sala, mediante sentencia dictada el 29 agosto de 2007, exp. 16.052, reiterada en sentencia de fecha 2 de septiembre 2009, exp. 17.827, entre muchas otras.

Por lo anterior, se le reconocerá por perjuicios morales un monto equivalente a sesenta (60) salarios mínimos legales.

3.3.- En relación con el perjuicio moral padecido por los dos hermanos menores de la víctima –cuyo parentesco se encuentra acreditado con los respectivos certificados de los registros civiles de nacimiento de los tres hermanos (fls. 7, 8 y 9 c 1)–, la Sala revocará la decisión de primera instancia por estimar que sí es procedente la indemnización por perjuicios morales a favor de los hermanos menores de la lesionada, pese a que para el momento de los hechos contaban con la misma corta edad de su hermana, por tratarse de trillizos.

A juicio de la Sala, si bien es cierto que para la época en la cual se produjo el hecho dañoso, los menores David y Esteban Zuluaga Ramírez tenían tan solo 7 días de nacidos, lo cierto es que ello no impide destacar que, de conformidad con las reglas de la experiencia y en atención a la prueba de su parentesco, haya lugar a repararles ese perjuicio moral representado por la aflicción y dolor fraternal resultante del propio dolor y tristeza experimentada por su hermana, a lo cual cabe agregar que en este caso en particular se trata de hermanos trillizos quienes según las mismas reglas de la experiencia y de la ciencia, tienden a presentar lazos filiales más firmes.

Por lo tanto, se le reconocerá a cada uno de los hermanos de la menor Daniela Zuluaga Ramírez, un monto equivalente a treinta (30) S.M.L.M.V.

Dado que el monto reconocido a los padres de la menor lesionada a título de perjuicios morales no fue objeto de impugnación alguna por la parte demandante, la Sala se abstendrá de pronunciarse al respecto.

No obstante lo anterior, la Sala modificará la sentencia del Tribunal en cuanto la condena impuesta lo fue en gramos de oro, para calcularla en salarios mínimos legales mensuales vigentes¹⁵.

¹⁵ Toda vez que de conformidad con lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral ha considerado que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

3.4.- Perjuicios materiales.

La Sala revocará la decisión que frente a este rubro adoptó el Tribunal de instancia, con fundamento en las razones que pasan a exponerse:

3.4.1. Marco constitucional, normativo y jurisprudencial del principio de no discriminación e igualdad de género.

Uno de los pilares de cualquier sistema democrático y un principio básico de cualquier estado de Derecho es el respeto efectivo por los derechos fundamentales de la persona con fundamento en el principio de igualdad y no discriminación; precisamente al respecto la Carta Política colombiana consagra las dos dimensiones de la igualdad, puesto que en su artículo 5° establece: “[e]l Estado reconoce, **sin discriminación alguna**, la primacía de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”, al tiempo que, el artículo 13 constitucional prevé que “[t]odas las personas nacen libres e **iguales** ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades **sin ninguna discriminación** por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

Así pues, debe precisarse que los principios de igualdad y no discriminación no se agotan con la simple consagración normativa de esos factores, sino que implica también una advertencia acerca de las frecuentes e históricas causas generadoras de desigualdad, opuestas, por lo demás, a la dignidad de la persona humana en que se funda la organización estatal (artículo 1°) nacional, y la consecución de "*un orden político, económico y social justo*" (preámbulo); en esa medida resulta clara la decisión constitucional de remediar situaciones de inferioridad fincadas en estereotipos o prejuicios sociales de reconocida persistencia y que a la prohibición de discriminar se suma la voluntad de erradicar esas conductas o prácticas arraigadas que han ubicado a personas o a sectores de la población en posiciones desfavorables, por lo cual se impone entonces el compromiso de todas las autoridades de la República de impedir que tales situaciones se mantengan y peor aún que se perpetúen (artículo 2°).

Así entendida, la prohibición constitucional que impide discriminar se vincula estrechamente a la noción sustancial de igualdad, la cual se encuentra formulada de manera más precisa en el segundo inciso del artículo 13 constitucional, el cual confía al Estado la promoción de *"las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados"*; así pues, el significado de esta disposición rebasa con creces el marco de la mera igualdad formal ante la ley y su actuación exige agregar a la tutela negativa una protección positiva encaminada a la superación de injusticias seculares y a la promoción de sectores menos favorecidos, en forma tal que los poderes públicos están avocados a tomar medidas que, al favorecer a determinadas categorías y no a otras, cuando menos disminuyan el efecto nocivo de las talanqueras de orden económico y social que les impiden acceder a la igualdad sustancial; en otras palabras, a las medidas adoptadas se les reconoce un designio compensatorio o reparador de previas desigualdades reales¹⁶.

Ahora bien, el género constituye motivos de discriminación que el artículo 13 constitucional prohíbe, razón por la cual el Constituyente de 1991 introdujo a la Carta Política un sistema de garantías para alcanzar de manera real y material la igualdad de género debido a la tradición de discriminación y marginamiento al que se había sometido la mujer, entre las cuales se destacan: *i)* la prohibición de la discriminación por razones de sexo (artículo 13), *ii)* la consagración de igualdad de derechos para la mujer respecto del hombre (artículo 43) y dentro la pareja (artículo 42), *iii)* la especial asistencia y protección del Estado en determinadas circunstancias de la vida –durante el embarazo y después del parto, como cabeza de familia (artículo 43)–, *iv)* la garantía de la participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración (artículo 40) y, *v)* la igualdad de oportunidades en el terreno laboral, incluso brindándole una protección especial (artículo 53).

Los antecedentes constitucionales reflejan la intención del Constituyente de contribuir, mediante el cambio normativo, a la transformación de una realidad social, tradicionalmente adversa a la mujer.

"La sociedad no siempre estuvo dominada por el sexo masculino. La existencia de un ancestral régimen de tipo matriarcal, en el cual la mujer era respetada y obedecida, es un hecho que ha sido comprobado y aceptado por antropólogos

¹⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C – 410 de 15 de septiembre de 1994, MP. Carlos Gaviria Díaz.

e historiadores. Con el tiempo, diferentes factores socio-culturales, relacionados con el proceso de reproducción biológica de la raza humana y la distribución del trabajo, aspectos que llevaron a la mujer a asumir únicamente tareas de tipo doméstico, fueron definiendo una serie de valores, creencias, actitudes y prácticas dentro de la sociedad, que se tradujeron luego en actos de discriminación, subordinación y subvaloración de la mujer, lo que la hizo muchas veces objeto de abusos y víctima de acciones violentas. De aquí la noción de sumisión y fragilidad que se tuvo de ella a lo largo de los siglos."

"(...)

"En naciones como la nuestra, el modelo de docilidad y vulnerabilidad parece no haber sido rebasado, a diferencia de los países desarrollados en los que, gracias a dicho movimiento, la mujer ha superado las desigualdades sociales y ha pasado a ser parte integral y activa de la comunidad a la que pertenece. Las estadísticas muestran cómo en nuestra patria la mujer tiene menos oportunidades de acceso a la salud, la protección y la educación que el hombre. A su vez, en el campo laboral, a pesar de que su participación ha señalado cambios importantes en la estructura del mercado de trabajo (41% en 1989), el 35% de la población femenina urbana percibe una remuneración por debajo del sueldo mínimo, frente a un 16% de hombres que se encuentran en la misma situación; y si miramos hacia el sector rural encontramos mujeres que, sin ser dueñas de la tierra, trabajan sin paga -la mayoría de las veces- pues su oficio es considerado como una labor de apoyo a su marido, padres o hermanos. Igualmente, el desempleo generado por la situación económica actual recae con más fortaleza sobre ella: hoy en día, el 55% de los desempleados del país son mujeres."

"(...)

"Las anteriores reflexiones nos llevan a proponer que se eleve a canon constitucional el principio de la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, consagrado en la Convención Internacional que trata el tema, suscrita por Colombia y aprobada por la ley 51 de 1981, el cual se traduce en que la mujer y el hombre tienen capacidad para ejercer y gozar de los mismos derechos en todos los campos."¹

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional, desde sus primigenios pronunciamientos ha elaborado un cuerpo de doctrina constitucional en torno al tema, dentro de los cuales se destacan los siguientes aspectos:

"La discriminación por razones de sexo, determinada culturalmente a partir de los atributos biológicos con miras a justificar un orden social en el que prevalece, por lo común, la autoridad masculina, coloca a la mujer en una situación de desventaja social, jurídica, educativa, laboral y política.

El rol social asignado a la mujer como esposa y madre de los hijos ha inspirado un estricto código de comportamiento marital y social que incide sobre su libertad sexual, en contraste con la del hombre. La virginidad y la sexualidad han tenido tradicionalmente diferente valor y significación social según el sexo, dando lugar a diversa sanción social y moral de los comportamientos del hombre y de la mujer, en perjuicio de la libre autodeterminación de la segunda.

¹ Asamblea Nacional Constituyente. Ponencia-Informe "Derechos de la Familia, el Niño, el Joven, la Mujer, la Tercera Edad y Minusválidos". Constituyentes Iván Marulanda, Jaime Benítez, Tulio Cuevas, Guillermo Perry, Angelino Garzón, Guillermo Guerrero. Gaceta Constitucional No. 85 p. 5.

A nivel legal, la mujer ha sido objeto de subordinación o subvaloración frente al hombre. Baste recordar que, hasta 1930, la mujer estaba legalmente sometida al fuero paterno o conyugal, según su estado civil. Ello significaba una restricción a su libertad contractual y económica por motivos de protección fundados en su inexperiencia en el terreno de los negocios. A nivel familiar, solamente el hombre ejercía la patria potestad, hasta la expedición del Decreto 2820 de 1974, que vino a otorgar a la madre iguales derechos en materia de las relaciones con los hijos. Por otra parte, sólo en 1988 se suprimió (decreto-ley 99 de 1988) la partícula "de" de la cédula de ciudadanía de la mujer, vocablo indicativo de pertenencia de la mujer al marido.

En lo que atañe al acceso de la mujer a la educación, si bien se han operado cambios cuantitativos importantes, también se aprecia su alta participación en áreas y orientaciones asociadas con su rol tradicional. La mujer accede a la educación superior por primera vez en 1933. Pese a la mayor cobertura de la educación -para 1990 el 51.7% de la población educativa es femenina-, la concentración de la participación femenina en áreas asociadas a sus roles tradicionales es más alta. El porcentaje de mujeres en carreras relacionadas con agronomía, veterinaria y afines, es la mitad que el de hombres. En las ciencias de la educación, las mujeres duplican a los hombres. En el sector salud, especialmente en las áreas de enfermería y de disciplinas paramédicas, se destaca la alta participación de la mujer. No obstante, en carreras como arquitectura e ingeniería, el porcentaje de mujeres representa una tercera parte que el de los hombres.²

La desigualdad de trato y de oportunidades se aprecia especialmente en el ámbito laboral. Si bien, a partir de 1936, con el ingreso de la mujer al sector público, se observa un rápido aumento de la participación de la mujer en el índice de población económicamente activa, las condiciones laborales para la mujer son, sin duda, desventajosas. El ingreso promedio de la mujer en el sector formal para el año de 1990 era del 75,6% con relación al del hombre y en el sector informal de sólo 61.3%³. Por otra parte, el empleo femenino se concentra en las áreas de servicios sociales y personales, comercio, restaurantes y hoteles e industria manufacturera, con tasas de ocupación más altas que las de los hombres, mientras que en el sector industrial se observa una alta ocupación de mujeres en las áreas de confecciones, alimentos y textiles⁴. Las cifras reflejan una tendencia ocupacional de las mujeres en las tareas a las que tradicionalmente han sido asignadas dado su rol tradicional en el hogar. En el contexto de la economía informal, la mujer representa más de la mitad de la población económicamente activa, con un 55.6% en 1988⁵. Sin embargo, en materia de empleo, en 1991 la tasa de desempleo femenina es del 13% en contraste con la del hombre que es del 7.3%⁶.

“En punto a los derechos y deberes políticos, la mujer adquiere la ciudadanía en 1945, pero solamente hasta 1957 se le permitió ejercer el derecho al voto. Pese a la ampliación de sus derechos políticos y a que la mujer representa actualmente más del 50% del censo electoral, en la práctica, difícilmente pasa a ocupar cargos de dirección política o en las corporaciones públicas. En la

² “Consejería Presidencial para la Juventud, la Mujer y la Familia. Segundo y Tercer Informe Periódico de la República de Colombia presentado al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Santafé de Bogotá, Agosto 27 de 1993, p. 29 y 30.

³ Instituto de la mujer, Ministerio de Asuntos Sociales de España y Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLASCO: "Mujeres Lationamericanas en cifras", Santiago de Chile, 1993, p. 49.

⁴ Consejería Presidencial ... Informe Periódico ... Tomado de la Encuesta Nacional de Hogares de 1990. p 38

⁵ Ibid., p.40

⁶ Instituto de la Mujer ... "Mujeres Lationamericanas ...". p. 45

Asamblea Nacional Constituyente, de 70 miembros, 4 eran mujeres. En el Congreso elegido en 1991, solamente el 8% de los congresistas eran del sexo femenino. En los últimos cuatro períodos de elecciones en Colombia las mujeres han ocupado solamente el 17.2% del total de los cargos públicos de elección popular. En 1991, las mujeres en cargos de decisión del poder ejecutivo central ascendían a 56, representando el 21.6% del total.”¹⁷¹⁸.

Igualmente, en relación con la protección especial que debe brindar el Estado a la “mujer cabeza de familia”, el alto Tribunal Constitucional, ha manifestado:

“El apoyo especial a la mujer cabeza de familia es un mandato constitucional dirigido a todas las autoridades públicas. Con él se buscó (i) promover la igualdad real y efectiva [de derechos] entre ambos sexos; (ii) reconocer la pesada carga que recae sobre una mujer cabeza de familia y crear un deber estatal de apoyo en todas las esferas de su vida y de su desarrollo personal, para compensar, aliviar y hacer menos gravosa la carga de sostener su familia; y (iii) brindar, de esta manera, una protección a la familia como núcleo básico de la sociedad.

“En este orden de ideas, no sería compatible con estas finalidades de inspiración igualitaria dentro de un Estado social de derecho, que las medidas de apoyo especial a las mujeres cabeza de familia fueran dirigidas principalmente a permitir que “cumplan bien su rol doméstico dentro del hogar”, puesto que ello constituiría una reproducción del estereotipo que precisamente está asociado a las desigualdades sociales que el constituyente quiso corregir. El apoyo especial garantizado por la Constitución en estos casos es aquel que permite a la mujer desarrollar libre y plenamente sus opciones de vida sin que ser cabeza de familia se constituya en un obstáculo o una carga demasiado pesada para ello. Se trata de impedir, por ejemplo, que ser cabeza de familia le cierre opciones laborales a la mujer o que escoger una oportunidad de trabajo implique dejar de atender las responsabilidades que, tanto para los hombres como para las mujeres, significa ser cabeza de familia.

“Como se dijo, las medidas de protección que puede tomar el legislador y la administración en desarrollo del mandato constitucional (artículo 43, C.P.), abarcan las diferentes esferas de la vida de las mujeres cabeza de familia así como los diferentes ámbitos de desarrollo personal. Por ejemplo, la doble jornada laboral a la que buena parte de ellas están sometidas por tener que dedicarse en sus ratos libres al trabajo doméstico, les impide ocupar dichas horas en actividades que les permitan adquirir conocimientos, desarrollarse profesionalmente, aprender oficios, hacer deporte, recrearse, o simplemente disfrutar del ocio”

“(…).

“Así pues, el derecho de prisión domiciliaria para la mujer cabeza de familia se inscribe en el desarrollo de uno de los diferentes ámbitos de protección que supone el deber de apoyo especial del Estado, por mandato constitucional¹⁹.

¹⁷Consejería Presidencial ... Informe Periódico ...pp. 20-22”.

¹⁸ Sentencia T – 098 de marzo 7 de 1994, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C- 184 de 4 de marzo de 2003, MP. Manuel José Cepeda Espinoza.

Consciente de la problemática y en desarrollo de los referidos mandatos constitucionales, el Congreso de la República ha expedido varias normas legales en torno al tema, entre las cuales se encuentran: Ley 82 de 1993 o *“Ley de mujer cabeza de familia”*²⁰; Ley 188 de 1995, Plan de Desarrollo 1995 – 1998, en el cual se crea la Dirección Nacional para la Equidad de las Mujeres; Ley 248 de 1995 *“Por la cual se aprueba la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”*; Ley 581 de 2000 *“Por la cual que establece[n] mecanismos [para] la efectiva participación de las mujeres en el sector público”*; Ley 812 de 2003 *“Plan Nacional de Desarrollo: Construir equidad social y equidad de género”*; Ley 823 de 2003, *“Por la cual se ordena institucionalizar la equidad e igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el Estado”*; Ley 984 de 2005 *“Por la cual se aprueba el Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”* y Ley 1009 de 2006 *“Por la cual se crea el Observatorio de Asuntos de Género O.A.G”*.

El principio del tratamiento igualitario y de exclusión de discriminaciones se halla reiterado en importantes instrumentos internacionales, respecto de los cuales, el Estado Colombiano hace parte de los mismos, en su gran mayoría²¹.

²⁰ En cuanto a la definición del concepto, el artículo 2° de la referida ley prevé: *“... Entiéndase por mujer cabeza de familia, quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de los demás miembros del núcleo familiar”*.

²¹ Algunos de estos instrumentos internacionales son: Carta de la OEA (artículo 3.1); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1 y 24); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” (artículo 3); Carta de las Naciones Unidas (artículo 1.3); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2 y 7); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2.2 y 3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2 y 26); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 2); Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2); Declaración de los Derechos del Niño (Principio 1); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículos 1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43, 45.1, 48, 55 y 70); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 2, 3, 5 a 16); Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones (artículos 2 y 4); Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (2.d); Convenio No. 97 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Trabajadores Migrantes (revisado) (artículo 6); Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (artículos 1 a 3); Convenio No. 143 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias) (artículos 8 y 10); Convenio No. 168 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el Fomento del Empleo y la Protección contra el Desempleo

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, al igual que otros tratados generales sobre derechos humanos internacionales y regionales, se basa en amplios principios de no discriminación y protección ante la ley. El artículo 1° de la Convención proclama que cada uno de los Estados Parte se comprometen a "*respetar los derechos y libertades*" consagrados en ella y a "*garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, **sin discriminación alguna por motivos...***", entre ellos, el de sexo; asimismo, cuando un derecho reconocido no esté garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, el Estado Parte se compromete a adoptar las medidas necesarias para hacerlo efectivo (artículo 2°).

La Convención Americana protege una amplia variedad de derechos civiles y políticos tanto de la mujer, como de la familia, incluidos el derecho a la vida (artículo 4), a la integridad física y psíquica (artículo 5), a la libertad personal (artículo 7), al derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley (artículo 24) y el derecho a "*la protección a la familia*" (artículo 17); en éste último se establece que "*[l]os Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio...*".

Cabe agregar a lo anterior que si bien la Convención Americana contempla la posibilidad de suspensión de ciertos derechos en situaciones de emergencia que se ajusten a los criterios consignados en el artículo 27 del aludido Tratado, tales restricciones no podrán, bajo ninguna circunstancia, efectuar tratos discriminatorios.

(artículo 6); Proclamación de Teherán, Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, 13 de mayo de 1968 (párrs. 1, 2, 5, 8 y 11); Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993 (I.15; I.19; I.27; I.30; II.B.1, artículos 19 a 24; II.B.2, artículos 25 a 27); Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (artículos 2, 3, 4.1 y 5); Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Programa de Acción, (párrafos de la Declaración: 1, 2, 7, 9, 10, 16, 25, 38, 47, 48, 51, 66 y 104); Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (artículo 3); Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9); Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales de País en que Viven (artículo 5.1.b y 5.1.c); Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 20 y 21); Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículos 1 y 14); Carta Social Europea (artículo 19.4, 19.5 y 19.7); Protocolo No.12 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 1); Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos "Carta de Banjul" (artículos 2 y 3); Carta Árabe sobre Derechos Humanos (artículo 2); y Declaración de El Cairo sobre Derechos Humanos en el Islam (artículo 1).

En conclusión, los Estados que hacen Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna; por consiguiente, el incumplimiento de dichas obligaciones, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, genera, *per se*, responsabilidad internacional.

Más específicamente, dentro del sistema interamericano de derechos, la Asamblea General de la OEA adoptó la Convención interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)²², la cual reconoce que la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, cuyo artículo 1° se define la violencia contra la mujer como:

“... [c]ualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

Por su parte, en el artículo 1° de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer²³, se manifiesta que la expresión *“discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.*

El artículo 2° de la referida Convención exige a los Estados Parte que adopten e implementen *“por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer”,* la cual incluye el deber de *“abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer (...) y **garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes** y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación”,* así como el deber de adoptar medidas adecuadas, legislativas y

²² Instrumento internacional aprobado mediante Ley 248 de 1995.

²³ Aprobada por el Estado Colombiano mediante Ley 248 de 1995.

de otro carácter, "para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer".

El plurimencionado principio de igualdad ante la ley y no discriminación ha sido desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que:

"[l]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza²⁴.

En otra oportunidad, la Corte Interamericana se refirió a dicho principio en los siguientes términos:

"Parece claro que los conceptos de igualdad y de no discriminación se corresponden mutuamente, como las dos caras de una misma institución: la igualdad es la cara positiva de la no discriminación, la discriminación es la cara negativa de la igualdad, y ambas la expresión de un valor jurídico de igualdad que está implícito en el concepto mismo del Derecho como orden de justicia para el bien común. La igualdad penetró en el Derecho Internacional cuando ya el Derecho Constitucional, donde nació, había logrado superar el sentido mecánico original de la "igualdad ante la ley", que postulaba un tratamiento idéntico para todos en todas las situaciones y que llegó en su aplicación a merecer el calificativo de "la peor de las injusticias", y sustituirlo por el concepto moderno de la "igualdad jurídica", entendido como una medida de justicia, que otorga un tratamiento razonablemente igual a todos los que se encuentren en igualdad de circunstancias, sin discriminaciones arbitrarias y reconociendo que los desiguales merecen un trato desigual"²⁵.

Sin lugar a dudas, uno de los avances de connotada relevancia en la jurisprudencia internacional, ha sido el declarar como norma *jus cogens* el principio de de Igualdad y No Discriminación, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto el referido Tribunal manifestó²⁶:

²⁴ Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra nota 1, párr. 45; y Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, párr. 55.

²⁵ Corte I.D.H., Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A No. 4, párr. 54.

²⁶ Corte I.D.H., Condición Jurídica y derechos de los Inmigrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, serie A Nº 18, párr. 88 y ss.

“El concepto de jus cogens ha estado en sus orígenes ligado particularmente al derecho de los tratados. Tal como está formulado el jus cogens en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “[e]s nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”. Por su parte, el artículo 64 de la misma Convención se refiere al jus cogens superviniente, al señalar que “[s]i surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”. El jus cogens ha sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia internacionales²⁷.

“En su evolución y por su propia definición, el jus cogens no se ha limitado al derecho de los tratados. El dominio del jus cogens se ha ampliado, alcanzando también el derecho internacional general, y abarcando todos los actos jurídicos. El jus cogens se ha manifestado, así, también en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados.

“(…).

“El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas.

“En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens.

“De esta obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, sin discriminación alguna y en una base de igualdad, se derivan varias consecuencias y efectos que se concretan en obligaciones específicas. A continuación la Corte se referirá a los efectos derivados de la aludida obligación.

“En cumplimiento de dicha obligación, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a

²⁷ Cfr. I.C.T.Y., Trial Chamber II: Prosecutor v. Anto Furundzija, Judgment of 10 December 1998, Case No. IT-95-17/1-T, paras. 137-146, 153-157; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996, p.595; Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3, y Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951, p. 15.

crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales.

“Además, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.

“El incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional del Estado, y ésta es tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas perentorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De esta manera, la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración”²⁸ (se ha destacado).

Con fundamento en el anterior marco Constitucional, normativo y jurisprudencial acerca del principio de igualdad y no discriminación, la Sala aborda el análisis que corresponde a la importancia del trabajo doméstico realizado por la mujer, no sin antes hacer alusión a los pronunciamientos que, en ese sentido, ha expuesto el máximo tribunal constitucional colombiano, entre los cuales se destaca:

“La creciente vinculación de la mujer a la fuerza productiva no ha sido suficiente para relevarla del cumplimiento de las labores domésticas que tradicionalmente se han confiado a su exclusiva responsabilidad; esas tareas no retribuidas, no reconocidas y ejecutadas sin la ayuda de nadie, preceden a la existencia del mercado económico regular y continúan hoy en día al margen del mismo; de ahí que las heterogéneas y complejas labores del ama de casa ligadas a la función "reproductiva y alimentadora" y que abarcan desde la crianza y educación de los hijos hasta la producción y transformación de alimentos, pasando por la provisión de servicios, el aseo y el cuidado de enfermos o impedidos, además de no retribuidas sean desconocidas como trabajo efectivo, incluso por las mismas mujeres, quienes suelen entender por trabajo exclusivamente el empleo remunerado que desarrollan fuera del hogar. Como invisible, difuso o trivial, el trabajo doméstico que suele coincidir con el periodo reproductivo de la mujer; la Defensoría informa que "El 75% de las mujeres trabajadoras tienen edades entre 20 y 49 años, época en la cual se concentra gran parte de su período reproductivo que puede verse afectado por las condiciones de trabajo, es el tiempo de mayor responsabilidad familiar, donde la mujer asume también el rol de compañera, ama de casa y muchas veces realiza trabajos adicionales para alcanzar un salario que le permita el sustento diario.

“El trabajo doméstico cumple un papel decisivo en el funcionamiento del sistema económico, en el proceso de socialización y en el mantenimiento y reproducción de la fuerza de trabajo; a pesar de esto, y como resultado de

²⁸ Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico, párr 141; Caso Yatama, párr. 185, Condición Jurídica de y derechos de los Inmigrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, serie A N° 18, párr. 88.

la nula valoración de este tipo de labores, los planificadores ignoran esta faceta del trabajo femenino que según algunos cálculos equivale a una cifra que oscila entre la quinta y la tercera parte del producto nacional bruto; semejante limitación afecta las estadísticas sobre la mujer, que participa cada vez más en la fuerza laboral, supeditando las más de la veces su actividad productiva a las responsabilidades primarias del hogar. El trabajo doméstico, consecuentemente, escapa a los registros de la seguridad social y a los beneficios y prestaciones que ésta proporciona; en definitiva, en una sociedad en la que todavía el papel del sexo femenino es puesto, en buena medida, en el lado contrario al de los roles vinculados al éxito y a la efectividad, lo que se considera trabajo productivo no depende tanto de la actividad que se despliegue como del sujeto que la realice.

“La suma del trabajo doméstico y del trabajo remunerado aporta una idea acerca de la complejidad y heterogeneidad de las funciones que las mujeres incorporadas a la fuerza laboral deben atender y, además, permite captar la especificidad de las tareas femeninas en términos de intensidad; los variados campos en los que la mujer trabajadora interviene, la sujetan al cumplimiento de una "doble jornada", pues habitualmente reservan un tiempo prudencial a las tareas domésticas antes y después de cumplir con su horario de trabajo remunerado. Según datos aportados por la Defensoría "... el trabajo de una mujer con doble jornada asciende a las 12 y 13 horas diarias. En una investigación realizada entre madres usuarias de los CAIPS se encontró que el 35,2% de las mujeres trabajan más de 5 días, incluyendo los días en que los niños no van al jardín, situación especialmente difícil para las mujeres que laboran también los domingos. Las horas requeridas para las responsabilidades de casa y el tiempo necesario para el trabajo, suma en la mayoría de las veces 96 horas semanales, comparadas a las 48 horas semanales de los hombres".

“De las cifras transcritas se deduce que la noción de tiempo de descanso resulta prácticamente vacía de contenido para la población femenina trabajadora; los fines de semana y los feriados, cuando no están dedicados al trabajo remunerado, son utilizados para adelantar actividades domésticas, y mientras tanto los restantes miembros de la familia se entregan al ocio. De acuerdo con la Defensoría, la investigación realizada entre madres usuarias de los CAIPS indicó que "un 82% de las madres consideraron que dedicaban su descanso a realizar oficios en el hogar, considerando como tiempo libre aquel que no se destina a una actividad remunerada".

“Las duras jornadas y la carencia de tiempo libre hacen del grupo femenino, un sector especialmente propenso al deterioro de su salud física y mental. Pese a que, en promedio, las mujeres tienen una mayor expectativa de vida, según el profesor Javier Sáenz Obregón, Jefe del Departamento de Psicología de la Universidad de Los Andes, "investigaciones en otros países señalan que los hombres gozan de una mayor calidad de vida, padecen en menor grado que las mujeres de problemas de enfermedad, pobreza, soledad e institucionalización".

“Si como lo afirma el profesional citado "... la enfermedad tanto física como mental no constituye un fenómeno exclusivamente biológico", resulta fácil concluir que la más alta exposición de las mujeres a los factores de riesgo viene determinada por el papel que se les ha atribuido; de modo que la desigualdad entre los sexos tiene incidencias en la posición de unos y otras ante la enfermedad. En concepto que fue pedido al Departamento de Psicología de la Universidad Nacional -que al igual que los otros citados dentro de esta providencia forma parte del expediente- el profesor Ramiro Alvarez Cuadros expone: "Además de las causas aludidas en las respuestas anteriores acerca del deterioro físico proveniente de trabajos arduos y/o rutinarios -objeto de estudio de la Biología y de la Medicina Laboral- considero que, mientras la procreación, la crianza y el levantamiento de los hijos sea de responsabilidad exclusiva de la

mujer, su potencialidad psíquica está abocada a dos fuentes de preocupaciones igualmente ansiógenas o 'estresantes': el hogar y el trabajo, no sólo por la escisión taxativa entre 'familia' y 'fábrica' (Alvarez, 1993). Sin duda, la intensidad y frecuencia de esta doble presión necesariamente minan la estructura y funcionamiento del organismo de la mujer...".

"Así pues, la realización de labores productivas secundarias y mal remuneradas; el monopolio del trabajo doméstico, asumido con exclusividad y sin el apoyo indispensable; la escasa valoración social y el desconocimiento de las labores del ama de casa que no son consideradas trabajo, la inexistencia de tiempo libre ligada a una jornada laboral larga y el impacto negativo de estos factores sobre la salud física y mental de la mujer, son elementos de juicio que explican por qué los papeles que la tradición ha asignado a cada uno de los sexos se erigen en el obstáculo de mayor peso que las mujeres encuentran en el camino hacia la igualdad sustancial y ayudan a comprender que a más de las diferencias biológicas inmutables entre los miembros de uno y otro sexo, en especial la relativa a la maternidad que es un proceso natural, existen otras de índole social que configuran discriminaciones basadas en el sexo; en conclusión, mujeres y hombres conforman grupos cuya condición es distinta, pues es un hecho incontrovertible que nuestra sociedad deslinda con claridad los papeles y funciones que cumplen unas y otros."²⁹ (Negrillas adicionales).

Así pues, la realización de labores productivas secundarias y mal remuneradas, el monopolio del trabajo doméstico asumido con exclusividad y sin el apoyo indispensable, la escasa valoración social y el desconocimiento de las labores del ama de casa que no son consideradas trabajo, la inexistencia de tiempo libre ligada a una jornada laboral larga y el impacto negativo de estos factores sobre la salud física y mental de la mujer, constituyen elementos de juicio que explican por qué los papeles que la tradición ha asignado a cada uno de los sexos se erigen en el obstáculo de mayor peso que las mujeres encuentran en el camino hacia la igualdad sustancial y ayudan a comprender que a más de las diferencias biológicas inmutables entre los miembros de uno y otro sexo, en especial la relativa a la maternidad que es un proceso natural, existen otras de índole social que configuran discriminaciones basadas en el sexo; en conclusión, mujeres y hombres conforman grupos cuya condición es distinta, pues es un hecho incontrovertible que nuestra sociedad deslinda con claridad los papeles y funciones que cumplen unas y otros³⁰.

Consiente de todo lo anterior y del trascendental avance en materia de igualdad de género tanto en el ordenamiento jurídico interno como internacional, esta Sala, ya en anteriores pronunciamientos, ha tenido oportunidad de destacar el valor económico de las labores productivas del ama de casa, en un evento en el cual

²⁹ Corte Constitucional, sentencia No. C-410 de 1994. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

³⁰ Cfr. Ibídem.

fue precisamente ella la víctima directa del daño, al quedar totalmente incapacitada; en tal ocasión, se dijo³¹:

“Sin embargo, no podría desconocer que también se afirmó que la lesionada, siendo madre de cinco (5) hijos, se dedicaba a las labores propias de ama de casa, lo que constituye sin lugar a dudas un ingreso en especie en las finanzas del hogar.

“El estado físico tan precario en que quedó la actora como consecuencia de la intervención de que fue objeto, traducido en la parálisis que según el peritazgo determinó una incapacidad del 100% de su actividad laboral, lleva consigo la consecuencia lógica de su indemnización, por cuanto el no poder atender los oficios domésticos de su casa por el resto de su vida, implica que debe contratar a una persona que los realice y no se puede negar que en el desarrollo normal de vida dichos oficios tienen que darse, puesto que la preparación de alimentos, cuidado de los vestidos, limpieza de la casa son básicos en el diario acontecer, razón por la cual, para la Sala, hay fundamento suficiente para reconocer dicho rubro, y lo hará sobre el quantum del salario mínimo legal, porque si bien es cierto que no es éste el que generalmente se paga a una empleada doméstica, ello radica en que se le proporciona alimentación y vivienda, que se consideran parte del salario en especie. Más aun cuando debe tenerse en cuenta que en el caso de autos queda sin indemnización la atención y cuidado prodigados al esposo e hijos de una parte, y de otra que la propia lesionada al no poder valerse por sí misma necesita de una persona que la ayude hasta en sus mínimas necesidades fisiológicas”.

En esos mismos términos esta Sala, en reciente oportunidad, se refirió al perjuicio material padecido por el cónyuge supérstite de un ama de casa; en aquella providencia se señaló:

“... [e]l demandante Lino Antonio Amórtegui Guzmán, cónyuge de la occisa, solicitó la indemnización de perjuicios por este concepto, constituido según la demanda por los gastos en los que debía incurrir para el cuidado de sus hijos menores, al tener que contratar a una persona para tal fin ya que la señora Marieth era ama de casa y se dedicaba por completo a la atención de sus hijos; solicitó que el cálculo se hiciera con base en el salario mínimo y que la indemnización futura se calculara hasta el fin de la supervivencia probable.

“Sobre esta reclamación -que corresponde más exactamente a una modalidad de daño emergente consolidado y futuro, por cuanto se trata de gastos, sumas de dinero que han salido o saldrán del patrimonio del demandante-, resulta necesario observar que si bien la labor de ama de casa no es un trabajo remunerado, por cuanto la mujer normalmente lo desempeña como una actividad propia de su condición de madre y esposa y porque se trata de su hogar y de su familia, y por lo tanto actúa movida por sentimientos de afecto y responsabilidad, lo cierto es que cuando ella falta, esas labores en todo caso deben ser realizadas por otra persona, que generalmente no lo

³¹ Sentencia del 24 de octubre de 1990. Expediente 5902. Actor: María Elena Ayala de Pulido. M.P.: Gustavo De Greiff Restrepo.

*hará en forma gratuita sino que cobrará un salario, el cual corresponderá por lo menos al mínimo legal.”*³²

3.4.2. Reconocimiento de perjuicios materiales a favor de los padres de la menor Daniela Zuluaga Ramírez.

Dentro del expediente obra una prueba documental tendiente a probar que la demandante Rosa Elena Ramírez Escobar habría renunciado a su empleo como consecuencia de las lesiones padecidas por su hija recién nacida y, por ello, habría sufrido un perjuicio material, prueba consistente en la carta de renuncia que al parecer presentó la actora a su trabajo el día 23 de mayo de 1996 (fl. 11 C. 1).

A juicio de la Sala ese documento no resulta suficiente para determinar que en efecto existía un vínculo laboral entre la demandante y una empresa que se denominaría “Extras”, pues aunque en dicho documento aparece un sello de recibido y el nombre –sin apellido– de una persona que lo habría recibido, lo cierto es que ello no acredita la existencia real de una relación laboral entre la señora Ramírez Escobar y la mencionada empresa, amén de que tampoco se arrimaron al plenario otras pruebas que permitan, junto con ese documento, deducir los elementos propios del vínculo laboral.

Así pues, brillan por su ausencia, a manera ilustrativa, la aceptación de la referida renuncia; tampoco existe certificación laboral alguna emitida por el empleador de la demandante para establecer el vínculo respectivo, su antigüedad, condiciones de trabajo, monto de la remuneración etc., a lo cual se añade que las pruebas testimoniales practicadas no arrojan información alguna respecto, pues fueron recibidas para determinar la manera en la cual ocurrieron las lesiones de la menor.

No obstante lo anterior, la Sala no puede pasar desapercibido el hecho de que debido al daño producido por la entidad demandada a la entonces recién nacida (Daniela), la señora Rosa Elena Ramírez Escobar, en su calidad de madre, debió dedicar tiempo completo y exclusivo para prodigar especiales cuidados a la menor, quien, como resulta apenas natural, depende totalmente de la atención y

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo del 2006, Exp. 14.400, MP. Ramiro Saavedra Becerra. En ese mismo sentido ver, sentencia del 24 de abril del 2008, Exp. 16.011, MP. Ramiro Saavedra Becerra.

del cuidado personal de su madre, labor tanto económica como socialmente productiva que implica, *per se*, un reconocimiento patrimonial.

Por consiguiente, para la Sala es claro hay lugar a reconocer la indemnización solicitada, puesto que si bien no se acreditó vínculo laboral alguno entre la señora Rodríguez Escobar y la aludida empresa "Extras", lo cierto es que la demandante debido a la lesión producida a su menor hija debió dedicarse a su atención y cuidado personal o, en su defecto, debía contratar a una persona para la realización de tales labores. Tal razonamiento deriva de entender a la víctima a partir de su dignidad e integridad humanas, que no pueden verse quebrantadas a raíz del daño y que, por tanto, deben permanecer indemnes a pesar de él, para que pueda quedar en una posición frente a la vida y a las posibilidades que ella le ofrezca, como si el daño no hubiera ocurrido o lo más cercano a una situación tal³³.

Proceder de forma contraria en el presente asunto entrañaría el desconocimiento de los valores, principios y fines que tanto los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos como la propia Constitución consagran, abandonar la búsqueda de una sociedad justa, respetuosa de la dignidad humana y de la protección a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, así como implicaría desconocer las normas constitucionales que prohíben la discriminación de la mujer y que disponen su especial protección (arts. 43 y 53).

De conformidad con lo anterior, procederá la Sala a liquidar el monto correspondiente a los perjuicios materiales, a favor de los padres de la menor Daniela Zuluaga Ramírez, señores Orlando de Jesús Zuluaga Arcila y Rosa Elena Ramírez, con la advertencia de que el reconocimiento de la indemnización por tales perjuicios se realizará hasta la fecha de la presente sentencia³⁴, comoquiera

³³ Sentencias en ese sentido: Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencias de: agosto 17 de 2000, Exp. 12123, C.P. Alier Hernández; noviembre 22 de 2001, Exp. 13121, C.P. Ricardo Hoyos; y del marzo 8 de 2007, Exp. 15739, C.P. Ramiro, entre otras.

³⁴ Al respecto conviene hacer alusión al dictamen médico elaborado el 1° de abril de 1997, por el Ministerio de Trabajo (hoy de la Protección Social), en el cual se concluyó lo siguiente:

"CONCEPTO: En esta clase de cicatrices, en los niños, se encuentra que a medida que pasa el tiempo y el paciente va creciendo las cicatrices disminuyen de tamaño y de intensidad, claro está, que sin llegar a desaparecer totalmente.

que en la actualidad la aludida menor cuenta con catorce (14) años cumplidos, edad que la Sala considera razonable para que la referida menor pueda efectuar sus cuidados personales por sí misma³⁵.

- **Indemnización debida o consolidada:**

$$S = Ra \times \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

En donde,

S = Es la indemnización a obtener;

En relación con el ingreso percibido por la señora Rosa Elena Ramírez Escobar, la Sala adoptará como base el salario mínimo legal vigente para el año del hecho dañoso (1996), dado que de llegar a contratar a una persona para la realización de las tareas del hogar, generalmente no lo hará en forma gratuita sino que cobrará un salario, el cual corresponderá por lo menos al mínimo legal.

Ahora bien, dado que el resultado de actualizar a valor presente el salario mínimo legal vigente para el año 1996 (\$ 142.125) arroja una cifra inferior a la del salario mínimo legal vigente para 2010 (\$515.000), se tomara éste último como base para calcular la renta actualizada. Entonces:

“Las características del tratamiento y la etapa de la vida de la paciente para llevarlo a cabo, lo determinará el cirujano plástico tratante y no el Médico Laboral, ya que considero que no se puede ser perito y médico tratante a la vez.

“2. Las cicatrices retráctiles se refieren a aquellas cicatrices que por su misma naturaleza y ubicación hacen tracción de los tejidos circunvecinos.

“3. En la cicatriz del occipusio presenta folículos pilosos en forma parcial (...)” (fls. 164 a 164 C. Ppal.).

³⁵ Al respecto consultar, por ejemplo, Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia del 14 de diciembre de 1998. Expediente 10.311. M.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque. En aquella oportunidad se señaló:

“... La situación dañina que es objeto de prolongación en el tiempo debe tener un límite racional que el juez aprecia y determina en cada caso concreto ya que “se trata, pues, de eventos en los cuales, a partir de una situación creada por el hecho dañino, se tiene que establecer hasta cuándo es admisible la prolongación de la situación. La lógica del juez colombiano en este aspecto es la de impedir que la víctima se quede impasible ante su daño. Se parte, pues, de un principio sano en el sentido de que no se avala la tragedia eterna y, por el contrario, se advierte a la víctima que su deber es reaccionar frente al hecho dañino y sobreponerse... Llegar, en efecto, a la posibilidad de que las consecuencias de la situación dañina se extiendan indefinidamente sería patrocinar la lógica de la desesperanza, de la tragedia eterna y de un aprovechamiento indebido”. (Se resalta).

Ra = \$ 482.812.5

I = Interés puro o técnico: 0.004867

N = Número de meses que comprende el período indemnizable (168³⁶).

$$S = \$ 515.000 \times \frac{(1 + 0.004867)^{168} - 1}{0.004867}$$

S= \$ 133'400.116

Total indemnización debida a favor de los señores Orlando de Jesús Zuluaga Arcila y Rosa Elena Ramírez Escobar: \$133'400.116.

Total perjuicios materiales: \$ 133'400.116.

3.5.- Finalmente, en relación con la solicitud de la parte demandante consistente en el reconocimiento de las agencias en derecho a su favor, la Sala denegará tal petición comoquiera que la oportunidad procesal para ello es con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia, según los precisos términos del inciso segundo del numeral 3° del artículo 393 del C. de P. C., según el cual *“Sólo podrá reclamarse la fijación de agencias en derecho mediante objeción a la liquidación de costas”*. Y el inciso primero del referido artículo 393 preceptúa: *“Las costas serán liquidadas en el tribunal o juzgado de la respectiva instancia o recurso, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que las imponga o la de obediencia a lo resuelto por el superior ...”*.

Comoquiera que esta no es la oportunidad procesal para determinar las agencias en derecho y que además no se impondrá condena en costas porque no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes (artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998), la Sala denegará la petición de fijación de agencias en derecho elevada por la parte recurrente.

³⁶ Número de meses transcurridos entre el hecho dañoso (marzo de 1996) y la fecha de la presente sentencia (marzo de 2010).

3.6. Condena en costas.

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

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

FALLA:

PRIMERO: ACEPTAR el impedimento manifestado por el señor Consejero de Estado Enrique Gil Botero y, en consecuencia, separarlo del conocimiento del presente asunto.

SEGUNDO: MODIFICAR la sentencia apelada, esto es la proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 25 de noviembre de 1999, la cual quedará así:

“1. Declárase administrativamente responsable al Instituto de Seguro Social por los daños y perjuicios causados a Orlando de Jesús Zuluaga y Rosa Elena Ramírez Escobar y a la menor Daniela Zuluaga Ramírez, con las lesiones de que fue víctima ésta última, en hechos ocurridos el 14 de marzo de 1996 en el Instituto de Seguro Social.

“2. Como consecuencia de la anterior declaración, condénase al Instituto de Seguro Social a pagar por concepto de daño moral, a favor de las personas y en los montos que se señalan a continuación, valores todos expresados en salarios mínimos mensuales legales vigentes:

<i>Jesús Zuluaga Arcila (Padre)</i>	<i>70 SMMLV</i>
<i>Rosa Elena Ramírez Escobar (Madre)</i>	<i>70 SMMLV</i>
<i>Daniela Zuluaga Ramírez (Víctima)</i>	<i>60 SMMLV</i>
<i>David Zuluaga Ramírez (Hermano)</i>	<i>30 SMMLV</i>
<i>Estaban Zuluaga Ramírez (Hermano)</i>	<i>30 SMMLV</i>

“3. Condenar al Instituto de los Seguros Sociales a pagar a la demandante Daniela Zuluaga Ramírez, por alteración grave de las condiciones de existencia, un monto equivalente a ochenta (80) S.M.L.M.V.

“4. Condenar al Instituto de los Seguros Sociales a pagar a los señores Rosa Elena Ramírez Escobar y Orlando de Jesús Zuluaga Arcila la suma de CIENTO TREINTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS MIL CIENTO DIECISEIS PESOS \$ 133'400.116, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante.

“5. Sin lugar a condena en costas.

“6. Niéganse las demás súplicas de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

“7. La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los términos de los artículos 177 y 178 del C.C.A.”.

TERCERO: En firme este fallo **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento y expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias de las que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Presidenta de la Sala

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR