

DAÑO ANTIJURIDICO - Existencia

El daño antijurídico está acreditado con el certificado de defunción y el acta de necropsia practicada al cadáver del niño Jhon Alexander Marín Moncada, quien perdió la vida por anoxia cerebral desencadenada por inmersión. En ese orden de ideas, la afectación de los derechos, bienes e intereses legítimos de los demandantes se encuentra probada, ya que el ordenamiento jurídico no les impone el deber o la carga de tolerar el daño irrogado, esto es, la muerte de su hijo, hermano y nieto, circunstancia que es demostrativa de una lesión o afectación cierta y personal, padecida por quienes concurren al proceso. Así las cosas, en el caso concreto sí existe daño antijurídico y está referido a las consecuencias que se desprenden del deceso de un ser querido, sin que los demandantes estén compelidos u obligados a tolerarlas o soportarlas.

IMPUTACION OBJETIVA - Determinación

En el caso concreto, el análisis de imputación desborda el plano de lo material y fáctico para ubicarse en un escenario normativo que se traduce, en sí mismo, en un ejercicio de imputación objetiva que permite determinar si el daño es o no atribuible al municipio demandado. En otros términos, si bien se desconoce la causa que dio origen a la lamentable muerte de Jhon Alexander Marín Moncada, lo que prima facie, desde el plano material, configuraría una ausencia de imputación respecto del Estado, lo cierto es que desde la perspectiva del derecho, el estudio de la misma enseña que ésta no sólo puede ser fáctica, sino también normativa que para el caso, se estructura en la dimensión de la imputación objetiva y, concretamente, de la omisión. En consecuencia, el hecho de que el daño tenga su génesis directa, material y causal en una acción ajena a la administración pública no quiere significar, en principio, que se haya configurado una causa extraña que exonere de responsabilidad, toda vez que aquél puede devenir imputable a esta última si su comportamiento fue relevante y determinante en el desencadenamiento del mismo, bien porque se contribuyó con una acción en la producción (v.gr. con un aumento del riesgo permitido o un desconocimiento del principio de confianza), o si pudiendo evitarlo se abstuvo de enervar su generación, esto último, siempre y cuando se constate en estos eventos que la entidad demandada se encontraba en posición de garante, es decir, que de conformidad con el ordenamiento jurídico estuviera compelida a evitar el resultado. Por consiguiente, si bien la imputación fáctica tiene un sustrato material o causal, lo cierto es que no se agota allí, ya que dada su vinculación con ingredientes normativos es posible que en sede de su configuración se establezca que un daño en el plano material sea producto de una acción u omisión de un tercero o de la propia víctima, pero resulte imputable al demandado siempre que se constate la ocurrencia de cualquiera de los siguientes aspectos: i) con fundamento en el ordenamiento jurídico se tenía el deber de impedir la materialización del daño (posición de garante); ii) con su actividad se incrementó el riesgo permitido (creación de un riesgo jurídicamente desaprobado); o iii) se estaba dentro del ámbito de protección de una norma de cuidado.

NOTA DE RELATORIA: En cuanto a la delimitación de la imputación fáctica, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 15 de octubre de 2008, exp. 18.586.

IMPUTACION FACTICA - Noción

Los anteriores ingredientes normativos y jurídicos tienen como propósito controlar la incertidumbre que genera el empleo de las teorías causales –propias de las

ciencias naturales— frente a la asignación de resultados en las ciencias sociales (v.gr. el derecho). Por lo tanto, la imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto. De otro lado, la concreción de la imputación fáctica no supone por sí misma, el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios bien a partir de la verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas.

MUERTE DE MENOR EN PISCINA PUBLICA - Responsabilidad del Estado / PISCINA PUBLICA - Ahogamiento de menor / AHOGAMIENTO DE MENOR - En una piscina pública / POSICION DE GARANTE - Del Estado en relación con la fuente de riesgo / FUENTE DE RIESGO - Piscina / RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES - Frente al cuidado de su hijo menor / CONCURRENCIA DE CULPAS - Reducción del quantum indemnizatorio

En el caso concreto, existe un significativo desconocimiento de las circunstancias materiales o causales en las que se generó la desafortunada muerte del niño Jhon Alexander Marín, razón por la que, desde el plano estrictamente causal, sería imposible determinar cuál fue la causa directa del deceso (v.gr. si el niño estaba jugando en la piscina con otros amigos; si el niño sabía o no nadar; si sufrió algún tipo de accidente en la piscina; si sus problemas de desarrollo sicomotor fueron los causantes del ahogamiento por inmersión, etc.). En consecuencia, para la Sala es indiscutible que la problemática analizada desborda los límites de la causalidad para ubicarse en el plano de la imputación, motivo por el cual el problema jurídico que se debe despejar corresponde a determinar si el daño antijurídico consistente en la muerte del niño Jhon Alexander Marín Moncada es imputable a la entidad demandada por omisión o, si por el contrario, su deceso es atribuible a una causa extraña, en el caso concreto, al hecho exclusivo y determinante de la víctima, consistente en el incumplimiento de los padres de sus deberes de protección y seguridad sobre su hijo al que representaban. En el caso concreto, se logró establecer que, en términos de la concreción del resultado desde la perspectiva fáctica o material, confluyeron en la producción del daño tanto la posición de garante en que se encontraba la entidad demandada en relación con la fuente de riesgo —piscina pública—, como el comportamiento despreocupado y negligente de los padres a la hora de proteger la integridad de su hijo menor, máxime si éste tenía dificultades sicomotoras, de lenguaje y de sociabilidad con el entorno, circunstancias que reflejan la necesidad de graduar la responsabilidad para atribuirle de manera concurrente al municipio de Marsella y a los padres de Jhon Alexander. En efecto, el riesgo excepcional concretado por el ahogamiento del menor en la piscina pública es imputable fáctica y jurídicamente a la entidad territorial y a los progenitores del niño víctima, circunstancia por la que resulta procedente señalar que concurrieron en un 50% en la producción del fatídico desenlace, razón por la que se modificará la sentencia apelada para reducir las condenas decretadas en primera instancia según la intervención fáctica de cada uno de los generadores del daño.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., nueve (9) de junio de dos mil diez (2010).

Radicación número: 66001-23-31-000-1998-00569-01(19385)

Actor: JORGE ELIECER MARIN Y OTROS

Demandado: MUNICIPIO DE MARSELLA

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 5 de octubre de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, en la que se decidió lo siguiente:

“1º Declarar responsable administrativamente, como se precisó en la parte motiva, al municipio de Marsella de la muerte del Jhon Alexander Marín Moncada, en las circunstancias descritas en los considerandos.

“2º Como consecuencia de lo anterior se condena a la persona jurídica mencionada a pagar por concepto de perjuicios morales, el equivalente a mil (1.000) gramos de oro para cada uno de los demandantes: Jorge Eliécer Marín y Luz María Moncada Naranjo (padres), Santiago Marín Moncada (hermano menor) y Ramón Antonio Moncada Navarro e Isaura de Jesús Naranjo Naranjo (abuelos maternos), y quinientos (500) gramos para Mercedes Rosa Marín (tercera damnificada). El valor del oro será el certificado por el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta providencia.

“4º (sic) La entidad demandada le dará cumplimiento al presente fallo en el término referido en el artículo 176 del C.C. Administrativo. Se así (sic) no se procediere, se observará lo dispuesto en el artículo 177 de la misma obra. Para lo anterior, se enviará copia de la providencia del señor agente del Ministerio Público. Expídanse las copias con destino a los interesados, precisando cuál presta mérito ejecutivo.

“6º (sic) Si no fuere apelada esta sentencia por la parte demandada, una vez vencido el término de ejecutoria envíese en consulta al H. Consejo de Estado.

“(...)” (fl. 162 cdno. ppal. 2ª instancia).

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y trámite procesal en la primera instancia

1.1. El 24 de septiembre de 1998, mediante apoderado judicial, los señores Jorge Eliécer Marín y Luz María Moncada Naranjo, quienes obran en su nombre y en representación de su hijo menor Santiago Marín Moncada; Ramón Antonio Moncada, Isaura de Jesús Naranjo Naranjo y Mercedes Rosa Marín, interpusieron demanda de reparación directa para que se declare patrimonialmente responsable al municipio de Marsella, por los perjuicios que les fueron ocasionados con motivo de la muerte del menor Jhon Alexander Marín Moncada, ocurrida el 24 de septiembre de 1996 (fls. 15 a 55 cdno. ppal.).

En consecuencia, deprecaron que se condenara a la demandada a pagar 2.021 gramos de oro para cada uno de los actores (fls. 17 y 18 cdno. ppal.)

Como fundamento de las pretensiones se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos:

1.1.1. El 14 de septiembre de 1996, el menor Jhon Alexander Marín Moncada se encontraba en compañía de su progenitora, en casa de su abuela, a quien acostumbraban visitar, en el municipio de Marsella.

1.1.2. En horas de la tarde del citado día, el Jhon Alexander de nueve años se dedicó a jugar con algunos niños de su edad en los alrededores de la casa.

1.1.3. Sorpresivamente el menor desapareció de las inmediaciones de la residencia de su abuela, por lo que su progenitora decidió emprender la búsqueda en compañía de su esposo, y al terminar la tarde fueron informados de que el cuerpo del menor Jhon Alexander Marín Moncada yacía sin vida en las instalaciones del centro asistencial de Marsella (Risaralda), lugar al que había sido trasladado después de ser encontrado sin vida en la piscina del polideportivo.

1.1.4. El cuerpo de Jhon Alexander fue hallado por uno de los celadores de esas instalaciones.

1.1.5. Por la forma como se desarrollaron los hechos, es evidente que la piscina se encontraba abierta, con acceso abierto al público, y no se cumplían las medidas de seguridad mínimas.

1.1.6. La conclusión del médico forense, en el protocolo de necropsia, fue que la muerte de Jhon Alexander Marín Moncada se debió a una anoxia cerebral por inmersión.

1.2. El Tribunal Administrativo de Risaralda admitió la demanda en auto de 16 de octubre de 1998 (fls. 57 y 58 cdno. ppal.); la entidad demandada la contestó de forma extemporánea, y en proveído de 11 de mayo de 1999, se decretaron las pruebas solicitadas (fls. 81 a 84 cdno. ppal.) y, por último, en proveído de 18 de febrero de 2000 se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 110 cdno. ppal.).

2. Sentencia de primera instancia

En sentencia del 5 de octubre de 2000, el Tribunal Administrativo de Risaralda accedió a las súplicas de la demanda. En criterio de la Corporación, en el asunto *sub examine*, el daño antijurídico es imputable a la entidad demandada, por cuanto incurrió en una falla del servicio al no controlar de forma adecuada una fuente de peligro como lo es una piscina.

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

“(…) Las instalaciones donde ocurrieron los hechos son de propiedad del municipio demandado; el día de los acontecimientos fungía como celador un funcionario contratado por la misma entidad territorial en el turno de las 6 de la tarde a las 6 de la mañana, y no existía nadie a cargo de la función de salvavidas.

“Se desconocen las circunstancias acerca de cómo ocurrió el fatídico hecho. La versión más detallada corresponde a la del celador Pedronel Montoya Ramírez, quien relató que recibió el turno a las 6 de la tarde, se asomó a la piscina y vio el cuerpo del niño flotando y desnudo.

“(…) Con la muerte del menor por ahogamiento, en las instalaciones del Municipio de Marsella se causó un daño antijurídico en relación

con los demandantes. No ha quedado acreditada causal alguna de exoneración de la responsabilidad, por ese hecho, a favor de la entidad demandada. Queda el convencimiento en el sentido que, en el sitio de recreación, de ingreso fácil para las personas menores como aquí se dio no se presentaba adecuadamente el servicio de vigilancia para la protección, en este caso específico, con los menores que tenían acceso a dichos lugares, no contándose inclusive con vigilancia permanente, no obstante que allí aparecía una piscina que encierra, por su naturaleza, una actividad dueña de peligro considerable. **Ahí la falla en el servicio.** Tan cierto es ello que sólo a las 6 de la tarde, cuando llegó el único vigilante en jornada nocturna, pues diurna ello no se atendía, se vino a encontrar el cuerpo de la víctima. No se cumplió, entonces, con el deber constitucional consagrado en el artículo 2 de la Carta Política, de la protección, por parte de las autoridades de la república, de la vida de las personas; y fundamentalmente con el principio fundamental contenido en el precepto 44, de por sí determinante del comportamiento fiel, leal y absoluto del Estado, por supuesto, en el sentido de la prevalencia de los derechos de los niños.

“4.2. Ha aducido el municipio lo que se conoce referente a la responsabilidad de lo progenitores del menor, encerrado la culpa de un tercero. Pero ello no ha quedado acreditado. No hay prueba alguna que permita decir que hubo un comportamiento determinante de ellos, que llevó a contribuir con el hecho que nos ocupa, así hayasido (sic) de manera parcial. El mismo se dio cerca de las 6 de la tarde, cuando, de un lado, su padre aparecía normalmente atendiendo las labores ordinarias, retirado de la casa; y, del otro, la madre, alrededor de las 4 y 30 p.m., luego de haber ido a recoger a su hijo menor, en el establecimiento escolar donde recibía la capacitación correspondiente, estando en la residencia de sus padres, observó que el menor fallecido no estaba en los alrededores, luego que pasó revista indagando por su descendiente, lo que se dio infructuosamente, pues el mismo, hasta donde se deduce, salió con rumbo a la desprotegida piscina. Esos actuantes de la víctima, así lo comprende el Tribunal, no pueden conducir a la querida naturaleza por parte de la entidad oficial demandada, como para endilgarles o atribuirles responsabilidad en este caso.

“(…) Así, entonces, los elementos fácticos soportes de la excepción planteada no quedaron acreditados. A esto se agrega que el menor no comete culpa, como también lo plantea el libelo, tal como lo señala el Código Civil.

“(…) (fls. 154 a 162 cdno. ppal. 2ª instancia – negrillas del texto original).

3. Recurso de apelación

Inconforme con la decisión, la parte demandada interpuso recurso de apelación (fls. 163 a 172 cdno. ppal. 2ª instancia); éste fue concedido por el tribunal de origen el 20 de octubre de 2000 (fl. 175 cdno. ppal. 2ª instancia), y admitido por esta Corporación en providencia de 13 de febrero de 2000 (fls. 180 y 181 cdno. ppal. 2ª instancia), la que fue corregida por error gramatical en proveído del 26 de abril de 2001 (fl. 201 cdno. ppal. 2ª instancia).

Los fundamentos de la impugnación fueron planteados, de manera concreta, en los siguientes términos:

3.1. Jhon Alexander padecía desde muy temprana edad, según se desprende de su historia clínica, de una problemática sicoafectiva, e incluso orgánica y funcional. Con esta patología tan delicada, se evidencia la negligencia y el descuido por parte de los padres y demás familiares del niño en el cuidado que demandaba, dadas las patologías certificadas.

3.2. Entre la vivienda de la abuela del niño, en donde se encontraba con su madre el día de los hechos y el polideportivo municipal, existe una distancia aproximada de dos kilómetros.

3.3. Con un poco de cuidado, esto es, el haber estado pendiente del niño al menos cada media hora, se hubiese podido evitar el infortunio.

3.4. De otro lado, en caso de que no se declaren probadas las excepciones formuladas por el municipio, es necesario que se revise la liquidación de perjuicios morales efectuada por el Tribunal de primera instancia, ya que desconoce los lineamientos expuestos por el Consejo de Estado.

4. Alegatos de conclusión en la segunda instancia

En proveído de 13 de marzo de 2001 (fl. 183 cdno. ppal. 2ª instancia), se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión, etapa en la que sólo intervino la parte actora, para defender la sentencia apelada, para lo cual señaló que no puede el municipio demandado descargar la responsabilidad por

haber colocado unos espaciados alambres como cerco protector, cuando existe la prueba de que el lugar era atendido por un vigilante, quien desempeñaba funciones varias como el mantenimiento de varias hectáreas, la venta de boletas y cuidar a los bañistas. Además, puntualizó que no es posible endilgar o imputar el resultado en cabeza de la madre, pues esa circunstancia sería tanto como pedirles a las mamás tuviesen a sus hijos de manera permanente a su lado, sin permitirles que se desarrollen y adquieran confianza con el entorno en la medida de su crecimiento (fls. 184 a 199 cdno. ppal. 2ª instancia).

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios de la segunda instancia, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, a través del siguiente esquema: 1) los hechos probados, 2) valoración probatoria y conclusiones, 3) liquidación de perjuicios y 4) condena en costas.

La Sala tiene competencia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, ya que se trata de un proceso que tiene vocación de doble instancia¹. De otro lado, el estudio se circunscribirá al análisis de los motivos de inconformidad, sin que se pueda hacer más gravosa la situación del apelante único, de conformidad con la restricción propia del principio de la no *reformatio in pejus*.

1. Los hechos probados

Del acervo probatorio allegado al proceso, se destacan los siguientes aspectos:

1.1. Copia íntegra y auténtica del acta de levantamiento del cadáver del niño Jhon Alexander Marín Moncada, en la que se consignó lo siguiente:

“(...) Descripción del lugar de los hechos: El occiso fue encontrado flotando en la piscina del polideportivo de Marsella Risaralda, fue

¹ La pretensión mayor individualmente considerada corresponde a la de perjuicios morales por valor de \$29.480.428,05, que resulta superior a la mínima exigida para que un proceso iniciado en el año 1998, tuviera segunda instancia, esto es, \$18.850.000,00.

trasladado al Hospital San José de Marsella donde se practicó el levantamiento.

“(…) Circunstancias de la muerte: Al parecer sumersión (sic). Fue encontrado flotando en piscina antes mencionada.” (fl. 12 cdno. No. 2).

1.2. Oficio emitido por el alcalde municipal de Marsella (Risaralda), fechado el 16 de junio de 1999, en el que se hace constar:

“1- El municipio de Marsella tiene asignado para la vigencia (sic) del parque de la salud, un celador el cual debe cubrir todas las instalaciones del mismo cuya extensión aproximada es de 3 hectáreas en el horario comprendido entre las 6:00 de la tarde y las 6:00 de la mañana.

“Para la fecha 24 de septiembre de 1996 dicha labor la desempeñaba el señor Pedro Nel Montoya, vinculado al servicio del municipio a través del decreto número 059 del 1 de julio de 1993 como obrero.

“El propietario del parque de la salud es y era el municipio de Marsella, para la fecha señalada.

“2- En el parque de la salud no se encontraba asignado ningún funcionario para cumplir la labor de salvavidas, puesto que la piscina no funcionaba dentro de un espacio de tiempo determinado, es decir un horario prefijado, sino que se limitaba a la presencia allí de deportistas que quisieran utilizar el referido escenario, para lo cual sí existía una administradora de nombre Luz Elena Castaño que se encargaba de la limpieza de la piscina y el ingreso de usuarios a través de una taquilla, y un instructor de nombre Hernán Álvarez que realizaba funciones de orientación.

“Es de anotar que los anteriormente mencionados fueron vinculados a través de una orden administrativa de prestación de servicios y su labor se reducía al cumplimiento de una actividad no de un horario, es decir tanto la administradora como el instructor debían permanecer en el parque de la salud, mientras existieran usuarios legalmente admitidos, esto es una vez hubieran cancelado la correspondiente boleta de ingreso, puesto que en el parque de la salud y en especial la piscina se encontraban completamente cercados.

“3- Es importante aclarar que no existe investigación disciplinaria en contra de ningún empleado de la administración por cuanto el lamentable hecho ocurrido el día 24 de septiembre de 1996 no fue el producto de ninguna acción u omisión por parte del municipio de Marsella.” (fls. 17 y 18 cdno. No. 2).

1.3. Oficio del 19 de junio de 1999, suscrito por la Tesorera Municipal de Marsella, en el que se especifica:

“De manera comedida me permito darle respuesta al oficio de la referencia, indicándole que según los registros de la Tesorería de Rentas Municipales de Marsella, el día 25 de septiembre de 1996, se recaudó por concepto de venta de boletería de ingreso a la piscina del Parque de la Salud, la suma de cuatro mil doscientos pesos m/cte (\$4.200,00), según recibo de caja número 2753, del día 24 de septiembre de 1996, en las horas de la mañana pues según certificación del Director de Deportes no estuvo abierto en la tarde...” (fl. 20 cdno. No. 2).

1.4. Certificación del 18 de junio de 1999, signada por el Director Municipal de Deportes de Marsella, en la que se hace constar que el 24 de septiembre de 1996, la piscina del parque de la salud estuvo fuera de servicio en horas de la tarde debido al mal estado del tiempo (fl. 21 cdno. No. 2).

1.5. Copia auténtica de la historia clínica del niño Jhon Alexander Marín Moncada, en la que se consignaron algunos estados de salud del menor como los siguientes:

“(...) 11-3-92 Niño de 52 meses... Examen físico normal... En la valoración de conducta se observa retraso en todas. El niño no es capaz de saltar alternando ambos pies, no es capaz tampoco de dibujar figuras ni le gusta escribir, ni coger lápiz y papel. No conoce las partes de su cuerpo ni los colores. Es un niño muy rebelde.

“(...) 3-2-94 El niño se encuentra atrasado en las conductas fino adaptativas y personal social. Se dialoga con la madre sobre esto y refiere que lo está llevando a especialista.” (fls. 24 a 31 cdno. No. 2).

1.6. Testimonio del señor Pedro Nel Montoya Ramírez, rendido el 11 de agosto de 1999, ante Juez Comisionado, del que resulta pertinente transcribir lo siguiente:

“(...) Ese día, no recuerdo la fecha exacta, hace días, lo único que sé es que ese día cayó mucha agua y yo recibía a las seis de la tarde a cuidar las instalaciones del parque de la salud en Marsella, a cuidar que la gente no hiciera daños y entonces cuando llegué di la vuelta y vi al muchachito ahí en la piscina, yo quedé muy asustado y lo único que hice fue correr y como pasó el Dr. Gómez que venía del Ecohotel Los Lagos y le comenté que había un niño en la piscina ahogado, el Doctor le prestó los primeros auxilios ahí y entonces mientras él le estaba dando respiración boca a boca, la señora de él llamó al hospital y a los bomberos y entonces bomberos se trajo el niño con el Dr. Gómez, lo trajeron para el hospital de Marsella y no sé más nada. El Doctor le prestó los primeros auxilios y murió como que en el hospital, yo lo toqué estando allá en el parque de la salud y el niño todavía estaba caliente. PREGUNTADO: sírvase decirnos

qué otras personas estaban en el parque de la salud para el momento en que usted llegó a prestar sus servicios allí. CONTESTÓ: no había nadie más eso estaba solo cerrado con candado. Como ese día cayó tanta agua habían dejado eso ahí fuera de servicio y no había nadie cuidando. Se concede el uso del apoderado (sic) de la parte demandante para que interroge al testigo y lo hace de la siguiente forma. PREGUNTADO: quién dejó fuera de servicio el parque de salud. CONTESTÓ: eso si no sé, yo solo sé que estaban haciéndole mantenimiento, eso estuvo solo como hasta medio día porque apenas empezó a caer agua eso lo dejaron solo. PREGUNTADO: usted por dónde ingresó al parque de la salud. CONTESTÓ: yo ingresé por la puerta porque como celador a mí me dejaron la llave de allá. PREGUNTADO: de qué otra manera se puede ingresar al parque de la salud. CONTESTÓ: sería volando la cerraduras porque eso tiene un cerco de alambre en redondo, o sería levantando los alambres y metiéndose por debajo. PREGUNTADO: de qué tamaño es el predio donde está ubicado el parque de la salud. CONTESTÓ: no sé que decirle cuántas cuerdas son, sólo sé decir que eso es grande, porque tiene canchas de fútbol, de micro, cancha de arena y rastros. PREGUNTADO: qué funciones cumplía la persona a la que usted debía haberle recibido el turno de vigilancia y que según usted no estaba en el sitio al momento que usted llegó a prestar su servicio. CONTESTÓ: yo no sé qué función le asignaron al vigilante porque a uno aquí lo nombran como obrero y luego lo ponen a hacer otras cosas... PREGUNTADO: cómo encontraron al niño dentro de la piscina cuando usted vio el cuerpo. CONTESTÓ: yo entré a las seis de la tarde, me demoré por ahí unos diez minutos y a lo que bajé porque subí por la parte de allá y por la piscina de niños. Aclaro en la piscina grande pero en la parte bajita vi el niño que estaba completamente desnudo, y la ropa enrollada en una escalera, la ropa estaba seca, ya había escampado, la ropa estaba donde queda el área social. PREGUNTADO: con qué seguridades cuenta el polideportivo donde perdió la vida el menor JHON ALEXANDER MARÍN MONCADA. CONTESTÓ: sólo sé que estaba cerrado con alambres, no tenía alarmas ni medios de comunicación ni elementos de primeros auxilios. PREGUNTADO: qué instrucciones tenían ustedes para prestar el servicio en esas instalaciones. CONTESTÓ: nada, nosotros somos obreros y hacía ocho días que me habían dado la orden de cuidar de noche, y mi horario era de seis de la tarde a seis de la mañana. PREGUNTADO: quién es el propietario de ese polideportivo. CONTESTÓ: se supone que es el municipio porque es el que manda a los trabajadores... PREGUNTADO: cuántas entradas tenía el parque de la salud donde murió el menor. CONTESTÓ: en carro sólo tiene una entrada, eso no tiene sino una sola puerta, la piscina estaba encerrada toda en alambre de púas con estacones de guadua. PREGUNTADO: además de la entrada normal por la puerta, por dónde más pudo haberse entrado el menor. CONTESTÓ: tuvo que haber sido por debajo del alambrado, porque el alambrado era alto como un potrero, pero era más alto y llevaba más cuerdas a una distancia como de 30 centímetros y posiblemente por esos rotos se metieron los muchachos..." (fls. 48 a 51 cdno. No. 2).

1.7. Copia íntegra y auténtica del acta del protocolo de necropsia del menor Jhon Alexander Marín Moncada, en la que se lee:

“(...) Sexo: masculino

“Edad: 8 años

“Fecha de ingreso: septiembre 24 de 1996.

“Fecha de necropsia: septiembre 25 de 1996.

“(...) Cadáver de escolar de sexo masculino, de consistencia media y que corresponde a su edad.

“Fenómenos cadavéricos: frialdad, rigidez postmortem incompleta y livideces dorsales postmortem.

“Peso aproximado: 30 kgrs.

“(...) EXAMEN INTERNO:

“(...) Pulmones y bronquios: abundante líquido cetrino que parece corresponde a agua.

“Cavidad abdominal: vísceras intraabdominales macroscópicamente normales, sin alteraciones.

“CONCLUSIÓN:

“Por los anteriores hallazgos conceptúo que la muerte fue debida a ANOXIA CEREBRAL debida por ANOXIA POR INMERSIÓN.” (fls. 70 a 72 cdno. No. 2).

1.8. Dictamen rendido el 9 de septiembre de 2000, por un médico forense del Instituto de Medicina Legal de la Dirección Regional de Occidente en el que se especifica:

“1. ANAMNESIS: se solicita resolver el cuestionario con base en la copia de la historia clínica aportada...

“2. HALLAZGOS: se revisa la historia clínica en la cual se describe en lo pertinente al cuestionario: 21-7-88 (9 meses de edad): se observa conducta motora anormal, se remite al médico. 24-10-90: “retraso. Desarrollo psicomotor, se remite a terapia de lenguaje y psicología para ayuda tanto como del lenguaje como social.” 4-3-92: “Diagnostica: 1-EDA, no deshidratación. 2- Retardo del lenguaje, remitir a fonoaudiología. 11-3-92 “niño de 52 meses, captado en consulta externa, incumplido al control, se motiva y se realiza el control, examen físico normal. En la valoración de conducta se observa retraso en todas, el niño no es capaz de saltar en ambos pies...

“3. RESPUESTA AL CUESTIONARIO:

“a) Qué enfermedad específica del S.N.C. padecía Jhon Alexander Marín: se evidencia que durante las evoluciones clínicas registradas, el sufrir un retardo del desarrollo sicomotor.

“b) Cuándo se diagnosticó la misma: la primera vez que se registró el diagnóstico es el 21-07-88 a la edad de nueve meses según la historia clínica.

“c) Si en el documento analizado se le indicaron a los padres que debían asumir un comportamiento especial para el cuidado del menor y cuál: durante las consultas registradas, se describe cada vez la remisión para el manejo del trastorno a diferentes profesionales relacionados con esta enfermedad, así encuentra remisiones a médicos, terapia del lenguaje, psicología y fonoaudiología, de manera explícita en consulta externa el 11-3-92 se describe, “se enseña como estimular al niño en sus diferentes etapas y conductas. Tolo lo anterior indicado como medidas para mejorar la condición del menor.” (fls. 77 y 78 cdno. No. 2).

1.9. Registro civil de defunción del niño Jhon Alexander Marín Moncada, en el que se precisa que su deceso ocurrió el 24 de septiembre de 1996, y que su fecha de nacimiento correspondía al 13 de octubre de 1998 (fl. 14 cdno. No. 2).

1.10. Copia auténtica de los registros civiles de nacimiento de: Jorge Eliécer Marín, Luz María Moncada, y de Jhon Alexander y Santiago Marín Moncada. Así mismo, obra copia auténtica de los registros civiles de matrimonio de: i) Ramón Antonio Moncada Navarro e Isaura de Jesús Naranjo Naranjo, padres de Luz María Moncada Naranjo, y ii) Jorge Eliécer Moncada y Luz María Moncada. Por último, en el registro civil de nacimiento de Jorge Eliécer Marín se consigna expresamente que su madre es la señora Rosa Marín (fls. 6 a 11 cdno. ppal.).

2. Valoración probatoria y conclusiones

La sentencia objeto de impugnación será modificada, por las razones que se exponen a continuación:

2.1. El daño antijurídico está acreditado con el certificado de defunción y el acta de necropsia practicada al cadáver del niño Jhon Alexander Marín Moncada, quien perdió la vida por anoxia cerebral desencadenada por inmersión.

En ese orden de ideas, la afectación de los derechos, bienes e intereses legítimos de los demandantes se encuentra probada, ya que el ordenamiento jurídico no les

impone el deber o la carga de tolerar el daño irrogado, esto es, la muerte de su hijo, hermano y nieto, circunstancia que es demostrativa de una lesión o afectación cierta y personal, padecida por quienes concurren al proceso.

Así las cosas, en el caso concreto sí existe daño antijurídico y está referido a las consecuencias que se desprenden del deceso de un ser querido, sin que los demandantes estén compelidos u obligados a tolerarlas o soportarlas.

2.2. Constatada la existencia del daño antijurídico, aborda la Sala el análisis de imputación con miras a determinar si en el asunto *sub examine*, el mismo deviene atribuible o endilgable por acción u omisión a la entidad demandada, o si por el contrario es producto del hecho determinante y exclusivo de un tercero.

En el caso concreto, el análisis de imputación desborda el plano de lo material y fáctico para ubicarse en un escenario normativo que se traduce, en sí mismo, en un ejercicio de imputación objetiva que permite determinar si el daño es o no atribuible al municipio demandado. En otros términos, si bien se desconoce la causa que dio origen a la lamentable muerte de Jhon Alexander Marín Moncada, lo que *prima facie*, desde el plano material, configuraría una ausencia de imputación respecto del Estado, lo cierto es que desde la perspectiva del derecho, el estudio de la misma enseña que ésta no sólo puede ser fáctica, sino también normativa que para el caso, se estructura en la dimensión de la imputación objetiva y, concretamente, de la omisión.

Sobre el particular, la Sección ha puntualizado²:

“Ahora bien, en cuanto concierne a la imputación, se tiene que el daño antijurídico puede ser atribuido a la administración pública en la medida en que ésta lo haya producido por acción u omisión, pues, precisamente, en sentido genérico o lato la imputación es la posibilidad de atribuir un resultado o hecho al obrar de un sujeto.

“En materia del llamado nexos causal, debe precisarse una vez más que este constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, *prima facie*, un estudio en términos de atribuibilidad material (*imputatio facti* u objetiva), a partir del cual se determina el origen de

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2009, exp. 17994, M.P. Enrique Gil Botero.

un específico resultado que se adjudica a un obrar –acción u omisión-, que podría interpretarse como causalidad material, pero que no lo es jurídicamente hablando porque pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación.

“No obstante lo anterior, la denominada imputación jurídica (*imputatio iure* o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política³.

“Si la ciencia jurídica parte del supuesto de atribuir o endilgar las consecuencias jurídicas de un resultado (sanción), previa la constatación de que una trasgresión se enmarca en una específica proposición normativa, **es evidente que el nexo causal por sí mismo deviene en insuficiente para solucionar el problema de la atribución de resultados, tal y como desde hace varios años se viene demostrando por el derecho penal, lo que ha conllevado a que se deseche el principio de causalidad a efectos de imputar un hecho, para dar aplicación a una serie de instrumentos e ingredientes normativos (v.gr. el incremento del riesgo permitido, la posición de garante, el principio de confianza, la prohibición de regreso, etc.) dirigidos a establecer cuándo determinado resultado es imputable a un sujeto. Lo anterior, como quiera que es posible que un determinado suceso tenga origen material en una específica conducta (causa material), pero las consecuencias del mismo sean atribuidas a un tercero (v.gr. la responsabilidad por el hecho de las cosas, o por el hecho de otro; la posición de garante)**⁴.

“En otros términos, la causalidad –y sus diferentes teorías naturalísticas– puede ser empleada para determinar probablemente cuál es el origen de un hecho o resultado en el mundo exterior, esto es, en el campo de las leyes propias de la naturaleza o del ser. *A contrario sensu*, la imputación surge de la atribución de un resultado en cabeza de un determinado sujeto; parte del hecho de la sanción originada en el incumplimiento normativo a un precepto de conducta, es decir, del deber ser.

“En consecuencia, **la imputación fáctica puede derivarse de la constatación en el plano material de la falta de intervención oportuna que hubiera podido evitar el resultado; en efecto, es en el plano de la omisión donde con mayor claridad se verifica**

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de julio 12 de 1993, expediente 7622, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

⁴ “En la responsabilidad del Estado la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos” (Se resalta) Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, de 21 de febrero de 2002 expediente 14215, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

la insuficiencia del dogma causal, motivo por el cual el juez recurre a ingredientes de tipo normativo para determinar cuándo una consecuencia tiene origen en algún tipo de comportamiento y, concretamente, a quién resulta endilgable o reprochable la generación del daño. De lo contrario, la responsabilidad derivada de la omisión no tendría asidero, como quiera que a partir de la inactividad no se deriva nada, es decir, no se modifica el entorno físico; en ese orden de ideas, el derecho de daños ha evolucionado en la construcción de instrumentos normativos y jurídicos que permiten solucionar las insuficiencias del denominado nexo causal importado de las ciencias naturales, para brindar elementos que permitan establecer cuándo un determinado daño es atribuible a la acción u omisión de un determinado sujeto.

“En ese orden de ideas, el hecho de analizar un resultado bajo la perspectiva de ingredientes normativos (v.gr. como la posición de garante), fijados por la ley y la jurisprudencia es lo que permite, con mayor facilidad, establecer la imputación fáctica (atribución material), esto es, se itera, la asignación de un determinado daño en cabeza de un específico sujeto.

“En relación con la posibilidad de emplear la posición de garante, como elemento normativo para la construcción de la imputación fáctica del resultado, la jurisprudencia de la Sala ha señalado:

“Por posición de garante debe entenderse aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho⁵.

“Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley –en sentido material– atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida.^{6”7}

⁵ “La posición de garante trata de dar una explicación y respuesta teórica y coherente a la cuestión de cuáles son las condiciones que deben darse para que el no impedir la entrada de un resultado sea equiparable a la causación positiva del mismo. Según la opinión que aquí será defendida, sólo se puede alcanzar una solución correcta si su búsqueda se encamina directamente en la sociedad, pero ésta entendida como un sistema constituido por normas, y no si la problemática toma como base conceptos enigmáticos basados en el naturalismo de otrora, pues la teoría de la posición de garante, como aquí entendida, busca solucionar solamente un problema normativo-social, que tiene su fundamento en el concepto de deber jurídico.” Cf. PERDOMO Torres, Jorge Fernando “La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión”, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2001, Pág. 17 a 20. Ver igualmente: LÓPEZ Díaz, Claudia “Introducción a la Imputación Objetiva”, Ed. Universidad Externado de Colombia; JAKOBS, Günther “Derecho Penal – Parte General”, Ed. Marcial Pons; ROXIN, Claus “Derecho Penal – Parte General “Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito”, Ed. Civitas.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de octubre de 2007, exp. 15567.

“Desde esa perspectiva, la posición de garante se erige como uno de los ejes basales sobre los cuales se edifica el concepto de imputación fáctica, puesto que a partir del conjunto de principios establecidos en el artículo 1º de la Constitución Política, se hace responsable, desde diversas perspectivas jurídicas (penal, disciplinaria, patrimonial, etc.) a la persona que con su omisión ha facilitado la producción del daño, lo que desvirtúa en el plano jurídico el principio causal según el cual a partir de la omisión no se deriva nada⁸. **En ese contexto, la posibilidad de atribuir resultados o daños, con base en un criterio normativo – jurídico, no es otra cosa distinta que la reivindicación de la multiplicidad de valores y principios jurídicos sobre los que se basamenta el Estado Colombiano, es decir, como un Estado Social de Derecho, en el cual los asociados no solo se benefician de una gama de derechos y garantías, sino que, de igual manera, se encuentran conminados al cumplimiento de una serie de deberes (v.gr. principio de solidaridad, de dignidad humana, de tolerancia, etc.) sin los cuales la sociedad no podría funcionar⁹.**

“Y, si los particulares se encuentran vinculados por esos imperativos categóricos –en términos Kantianos–, con mayor razón los órganos y funcionarios estatales se hallan sometidos al cumplimiento y salvaguarda de esos principios y valores constitucionales. En consecuencia, tal y como lo ha sostenido el máximo tribunal constitucional, la fuerza pública se encuentra en posición de garante frente a la protección de los bienes y derechos de los ciudadanos, sin que ello suponga someter al Estado a lo imposible –puesto que existe el principio de falla relativa del servicio–, pero sí obliga a que se analice en cada caso concreto las

⁷ Ver igualmente: sentencias de 15 de octubre de 2008, exp. 18586, de 20 de febrero de 2008, exp. 16996, de 1º de octubre de 2008, exp. 27268.

De igual manera, el Consejo de Estado ha sostenido que los eventos señalados en el Código Penal, como constitutivos de posición de garante, son igualmente extensivos a la responsabilidad extracontractual del Estado, motivo por el cual son aplicables para definir en qué casos un daño antijurídico es imputable a la organización estatal. Así las cosas, las causales de posición de garante, para efectos de imputar responsabilidad o daños causados, se encuentran contenidas en el artículo 25 del Código Penal (que regula la acción y omisión), y su análisis y aplicación puede ser trasladado a la responsabilidad extracontractual del Estado, con precisas salvedades. Tales circunstancias son las siguientes:

“Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.”

⁸ “Ex nigilo nili fit”. De la nada, nada.

⁹ “Estas posiciones de garantía están acordes constitucionalmente con el principio de solidaridad, el cual, principalmente viene exigido cuando se trata de la protección de bienes jurídicos relacionados con la vida e integridad personal... Sobre esto ha dicho la Corte Constitucional: “La solidaridad es un valor constitucional que sirve de pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas situaciones.” Los deberes constitucionales son patrones de conducta social impuestos por el Constituyente a todo ciudadano, más no exigibles, en principio, como consecuencia de su mera consagración en la Carta Política, sino en virtud de una ley que los desarrolle.” OVIEDO Pinto, María Leonor “La posición de garante”, Ed. Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá, Pág. 138.

posibilidades reales con las que contaban los agentes estatales para impedir el resultado¹⁰.” (negritas adicionales).

En otro pronunciamiento, en cuanto se refiere a la delimitación de la imputación fáctica, se reiteró la importancia de identificar en el plano causal el comportamiento jurídicamente relevante, así:

“La sola circunstancia o hecho material del arrollamiento con el vehículo, aunque teóricamente podría constituir un hecho de un tercero, y bien una hipótesis de solidaridad en los términos del artículo 2344 del C.C., en el caso *sub examine*, lo que se evidencia con claridad meridiana es que **el comportamiento del conductor de la camioneta no fue relevante jurídicamente en atención al contexto del lugar, y a la posición y vestimenta del soldado que se mimetizaba con la hierba, todo lo cual conspiró en conjunto para el triste resultado de una vida que se vio frustrada; por el contrario, la causa adecuada o determinante del resultado no es otra diferente a la proyección de la falla del servicio en el *iter* o recorrido causal que dio al traste con la vida del uniformado, quien confiado en que se encontraba en una zona de descanso aún así fuera improvisada, pero que asumió era segura y por ello se entregó al sueño, de allí que tampoco en formal alguna cabría la hipótesis de culpa de la víctima.**”¹¹

Postura reiterada en un fallo reciente, en el que se sostuvo¹²:

“Por consiguiente, **no resulta procedente afirmar de manera simple y llana que la sola constatación de la existencia de una aparente causa extraña como origen o fuente material o fenomenológica, en relación con los daños ocasionados a reclusos, sea suficiente para que estos puedan considerarse como no atribuibles –por acción u omisión– a la Administración Pública, puesto que se requiere, además, que la entidad demandada acredite que su actuación no contribuyó en la producción del daño.** Lo anterior, en la medida en que sería posible que la causa directa, inmediata y material del daño radique en la actuación exclusiva de la propia víctima o la ocurrencia de una

¹⁰ “En el marco de toda imputación, incluyendo la jurídico penal, se vinculan un suceso en el mundo y un **destinatario de imputación, de tal modo que el destinatario aparece como aquel a quien pertenece el suceso: es él quien lo ha creado o ha permitido que tuviese lugar, tanto para bien, en el marco de la imputación a título de mérito, como en lo malo, en la imputación a título de reproche.**” (Se destaca) JAKOBS, Günter “La imputación objetiva en el derecho penal”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Pág. 23.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 15 de octubre de 2008. Exp. 18586. M.P. Enrique Gil Botero.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 7 de octubre de 2009, exp. 16990, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

fuerza mayor.¹³”

En consecuencia, el hecho de que el daño tenga su génesis directa, material y causal en una acción ajena a la administración pública no quiere significar, en principio, que se haya configurado una causa extraña que exonere de responsabilidad, toda vez que aquél puede devenir imputable a esta última si su comportamiento fue relevante y determinante en el desencadenamiento del mismo, bien porque se contribuyó con una acción en la producción (v.gr. con un aumento del riesgo permitido o un desconocimiento del principio de confianza), o si pudiendo evitarlo se abstuvo de enervar su generación, esto último, siempre y cuando se constate en estos eventos que la entidad demandada se encontraba en posición de garante, es decir, que de conformidad con el ordenamiento jurídico estuviera compelida a evitar el resultado.

Por consiguiente, si bien la imputación fáctica tiene un sustrato material o causal, lo cierto es que no se agota allí, ya que dada su vinculación con ingredientes normativos es posible que en sede de su configuración se establezca que un daño en el plano material sea producto de una acción u omisión de un tercero o de la propia víctima, pero resulte imputable al demandado siempre que se constate la ocurrencia de cualquiera de los siguientes aspectos: i) con fundamento en el ordenamiento jurídico se tenía el deber de impedir la materialización del daño (posición de garante); ii) con su actividad se incrementó el riesgo permitido (creación de un riesgo jurídicamente desaprobado); o iii) se estaba dentro del ámbito de protección de una norma de cuidado¹⁴.

Los anteriores ingredientes normativos y jurídicos tienen como propósito controlar la incertidumbre que genera el empleo de las teorías causales –propias de las ciencias naturales– frente a la asignación de resultados en las ciencias sociales (v.gr. el derecho). Por lo tanto, la imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto. De otro lado, la concreción de la imputación fáctica no supone por sí misma, el surgimiento de la

¹³ Cf. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de octubre de 2008. Exp. 18586. M.P. Enrique Gil Botero.

¹⁴ Cf. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 2010, exp. 18274, M.P. Enrique Gil Botero.

obligación de reparar, ya que se requiere un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios bien a partir de la verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas.

En el caso concreto, existe un significativo desconocimiento de las circunstancias materiales o causales en las que se generó la desafortunada muerte del niño Jhon Alexander Marín, razón por la que, desde el plano estrictamente causal, sería imposible determinar cuál fue la causa directa del deceso (v.gr. si el niño estaba jugando en la piscina con otros amigos; si el niño sabía o no nadar; si sufrió algún tipo de accidente en la piscina; si sus problemas de desarrollo sicomotor fueron los causantes del ahogamiento por inmersión, etc.). En consecuencia, para la Sala es indiscutible que la problemática analizada desborda los límites de la causalidad para ubicarse en el plano de la imputación, motivo por el cual el problema jurídico que se debe despejar corresponde a determinar si el daño antijurídico consistente en la muerte del niño Jhon Alexander Marín Moncada es imputable a la entidad demandada por omisión o, si por el contrario, su deceso es atribuible a una causa extraña, en el caso concreto, al hecho exclusivo y determinante de la víctima, consistente en el incumplimiento de los padres de sus deberes de protección y seguridad sobre su hijo al que representaban.

La doctrina ha explicado con especial claridad este suceso, en los términos que se transcriben a continuación:

“Se ha dejado deliberadamente para el último momento una cuestión importante en materia de causalidad: ¿qué virtualidad causal tiene la omisión? ¿puede una omisión, un no hacer, generar un resultado positivo? A pesar de que existan voces de discrepancia, es hoy determinante la opinión de que la omisión no puede ser nunca causa (en el sentido naturalístico por el que nos decantamos) de un resultado. En palabras de Mir Puig “resulta imposible sostener que un resultado *positivo* pueda haber sido causado, en el sentido de las ciencias de la naturaleza por un puro *no hacer (ex nihilo nihil fit)*”. O, en las palabras de Jescheck, “la causalidad, como categoría del ser, requiere de una fuente real de energía que sea capaz de conllevar a un despliegue de fuerzas, y ello falta precisamente en la omisión (ex

nihilo nihil fit).

“Ello no significa, naturalmente, que una omisión (en nuestro caso, una omisión administrativa) no pueda generar responsabilidad extracontractual del omitente. **Pero ello se tratará de una cuestión de imputación, no de causalidad. Y existirá imputación del resultado cuando el omitente tenía el deber jurídico de evitar el resultado lesivo, poseyendo la acción –debida– omitida capacidad para evitarlo.**”¹⁵ (Destaca la Sala).

2.3. En el caso concreto, se logró establecer que, en términos de la concreción del resultado desde la perspectiva fáctica o material, confluyeron en la producción del daño tanto la posición de garante en que se encontraba la entidad demandada en relación con la fuente de riesgo –piscina pública–, como el comportamiento despreocupado y negligente de los padres a la hora de proteger la integridad de su hijo menor, máxime si éste tenía dificultades sicomotoras, de lenguaje y de sociabilidad con el entorno, circunstancias que reflejan la necesidad de graduar la responsabilidad para atribuirla de manera concurrente al municipio de Marsella y a los padres de Jhon Alexander.

En efecto, el riesgo excepcional concretado por el ahogamiento del menor en la piscina pública es imputable fáctica y jurídicamente a la entidad territorial y a los progenitores del niño víctima, circunstancia por la que resulta procedente señalar que concurren en un 50% en la producción del fatídico desenlace, razón por la que se modificará la sentencia apelada para reducir las condenas decretadas en primera instancia según la intervención fáctica de cada uno de los generadores del daño.

3. Liquidación de perjuicios

Los demandantes reclamaron, en la demanda, los siguientes grupos de perjuicios:

Morales: conforme a lo expresado en sentencia del seis 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

¹⁵ PUIGPELAT, Oriol Mir “La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria”, Ed. Civitas, Pág. 241 y 242.

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 grado¹⁶.

En el presente caso, se decretarán perjuicios morales tasados en salarios mínimos mensuales vigentes para los demandantes porque está acreditado el parentesco. En efecto, la simple acreditación del mismo, para los eventos de perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos cuando alguno de estos haya muerto o sufrido una lesión (grave o leve), a partir del contenido del artículo 42 de la Carta Política¹⁷, debe presumirse de hecho, que el peticionario ha padecido y sufrido el perjuicio solicitado.

Así las cosas, como en el *sub judice* se presenta el perjuicio en su mayor magnitud, habrá lugar a reconocer a título de daño moral los máximos establecidos para este tipo de eventos, pero reduciéndolos en un 50% conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

De otro lado, se reducirá a la mitad la indemnización a favor de los hermanos por cuanto, como lo precisó la entidad demandada, no se acompasa con las reglas de la experiencia trazadas por esta Corporación.

Jorge Eliécer Marín	50 SMMLV
Luz María Moncada	50 SMMLV
Santiago Marín Moncada	25 SMMLV
Rosa Marín	25 SMMLV
Ramón Antonio Moncada	25 SMMLV
Isaura de Jesús Naranjo	25 SMMLV

4. Condena en costas

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

¹⁷ "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

"El Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

"(...)".

Como quiera que el recurso de apelación, en el asunto de la referencia prosperó, de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, no habrá lugar a condenar en costas a la demandada en el presente proceso, por cuanto no se evidencia que haya actuado con temeridad o mala fe.

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

F A L L A:

Primero. Modifícase la sentencia apelada, esto es, la proferida el 5 de octubre de 2000, por el Tribunal Administrativo de Risaralda, la cual quedará así:

“**Primero. Declárase** administrativa, extracontractual y concurrentemente responsable a la entidad demandada de los perjuicios causados a los demandantes, señalados en la parte motiva de esta providencia.

“**Segundo.** En consecuencia de lo anterior, **condénase** al municipio de Marsella a pagar las siguientes sumas de dinero por concepto de daño moral:

Jorge Eliécer Marín	50 SMMLV
Luz María Moncada	50 SMMLV
Santiago Marín Moncada	25 SMMLV
Rosa Marín	25 SMMLV
Ramón Antonio Moncada	25 SMMLV
Isaura de Jesús Naranjo	25 SMMLV

“**Tercero. Deniéganse** las demás pretensiones de la demanda.

Segundo. Cúmplase lo dispuesto en esta providencia, en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

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

GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO