

MEDIO DE CONTROL – Reparación directa / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC – Por la muerte de una persona privada de la libertad al caer del tejado de uno de los patios / RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE / DAÑO ESPECIAL / FALLA EN EL SERVICIO / OBLIGACIÓN DE CUSTODIA Y VIGILANCIA SOBRE EL RECLUSO - Contenido y alcance / HECHO EXCLUSIVO DE LA VÍCTIMA / CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA - Probada

(...) se ha declarado la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados a quienes se encuentran reclusos en establecimientos carcelarios o centros de reclusión, aunque no exista una falla del servicio o un incumplimiento de las obligaciones de respeto y protección a cargo de las autoridades penitenciarias. En estos eventos, la responsabilidad surge de la aplicación de la teoría del daño especial, pues se parte de la premisa de que las afectaciones a la vida o a la integridad personal de los reclusos, sin que medie el incumplimiento de una obligación administrativa, no puede considerarse un efecto esperado de la detención, es decir, una carga soportable por quienes se encuentran privados de la libertad. Ahora bien, es evidente que cuando las autoridades que tienen a su cargo el cuidado, custodia y vigilancia de los reclusos incurren en acciones u omisiones constitutivas de falla del servicio, la responsabilidad patrimonial del Estado tendrá que ser declarada con base en este título jurídico de imputación, y no en el de daño especial. Dicho en otros términos, no en todos los eventos en los que se causen daños a personas reclusas en establecimientos carcelarios o centros de reclusión, hay lugar a aplicar el régimen de responsabilidad de daño especial pues, en cualquier caso, será necesario determinar si las autoridades actuaron dentro del marco de sus obligaciones legales y constitucionales. (...) en consideración a que la causa del daño es aquel fenómeno sin el cual el daño no se hubiera producido, reitera entonces, que la muerte del señor BANQUEZ MERCADO tuvo causa en su propio actuar, por lo que se colige entonces, que se configuró en el caso, el eximente de responsabilidad de hecho exclusivo de la víctima. En efecto, el interno ingresó por su cuenta y riesgo a un lugar del establecimiento en el que estaba prohibido ingresar, permanecer y/o circular, al parecer con el propósito de cruzar a otro patio. Además, como no se trata de un lugar habilitado para la circulación, las tejas o cubiertas no son bases adecuadas para resistir el peso de personas, a menos que se trate de personal autorizado, que conoce la estructura y cuenta con implementos de seguridad. En consecuencia, quien accede a esa parte de los edificios, sin autorización, lo hace por su cuenta y riesgo, desconociendo normas de disciplina interna que prohíben tales maniobras, y normas de seguridad que desaconsejan transitar sobre superficies no concebidas para tales propósitos. Desde luego, las deberes de vigilancia y custodia no son absolutos, de manera que deberá en cada caso demostrarse que la guardia estaba advertida o conoció de la maniobra y, pese a ello, no hizo nada para evitarlo. (...) con las pruebas aportadas por la parte demandante y las inferencias realizadas por la apelante, no se encuentra probado de manera determinante que la presunta afectación y/o falta de valoración psiquiátrica del señor BANQUEZ MERCADO, hubiera sido la causa de su comportamiento al subirse al tejado del EC de Bogotá, y su posterior muerte al caerse del tejado. (...)

NOTA DE RELATORÍA. Sobre la responsabilidad extracontractual del Estado por los daños sufridos por las personas privadas de la libertad, consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18.886, Mauricio Fajardo Gómez. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de junio de 2010, rad. 19.849, Enrique Gil Botero.

FUENTE FORMAL: Constitución Política (Art. 90).

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN C

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Magistrado Ponente: FERNANDO IREGUI CAMELO

MEDIO DE CONTROL-REPARACIÓN DIRECTA

Radicado:	11001-33-43-058-2018-00002-01
Actor:	HÉCTOR MANUEL MERCADO Y OTROS
Demandado:	INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO-INPEC
Instancia:	SEGUNDA
Asunto:	DAÑO SUFRIDO POR RECLUSO – CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA
Sistema:	ORAL
Sentencia	SC03 – 0322 - 2610

Asunto: Sentencia de Segunda Instancia.

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Surtido el trámite de ley, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 13 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado 58 Administrativo de Bogotá D.C, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda:

Mediante demanda presentada el 11 de enero de 2018¹ contra del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), en ejercicio del medio de control de reparación directa, la parte actora formuló las siguientes pretensiones:

¹ Fol. 26 c1

“PRIMERA: que se Declare la Responsabilidad del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC frente al incidente ocurrido el día 15 de Octubre de 2015, donde falleció el señor JHON JARIO BANQUEZ MERCADO (QEPD), quien en vida se identificó con la cédula de ciudadanía número 92.450.199.

SEGUNDA: Que en consecuencia de lo anterior, se condene a la entidad INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO-INPEC, representado por su Director General, Brigadier General JORGE LUIS RAMÍREZ ARAGON, o quien lo sea o haga sus veces, al pago de los daños Materiales en favor de la parte demandante, esto es, los señores, HECTOR MANUEL BANQUEZ MERCADO quien actúa en nombre propio y en representación de NATALIA BANQUEZ PACHECO, MORELA DE LA ROSA BANQUEZ, MARTHA CECILIA BANQUEZ, NEREIDA RODA BANQUEZ MERCADO quien actúa en nombre propio y en representación de MARIA CLAUDIA HURTADO BANQUEZ y RAMON HURTADO BANQUEZ, MARIA ALEJANDRA BANQUEZ MERCADO, ALCIDES JOSE BANQUEZ MERCADO quien actúa en nombre propio y en representación de DANI DARIETH BANQUEZ MERCADO, DIANA PAOLA LOAIZA BANQUEZ, AMERICO BANQUEZ MERCADO, MARY ROSA DE LA ROSA BANQUEZ, MARIA GRACIELA BANQUEZ MERCADO, GRACIELA MERCADO DE BANQUEZ, VIKY JHOJANA BANQUEZ MERCADO quien actúa en nombre propio y en representación de sus menores hijos BETZABETH MICHAELL PETIT BANQUEZ y JUAN FELIPE PETIT BANQUEZ.

TERCERA: Que en consecuencia de lo anterior, se condene a la entidad INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO-INPEC, representado por su Director General, Brigadier General JORGE LUIS RAMÍREZ ARAGÍN, o quien lo sea o haga sus veces, al pago de los daños Morales en favor de la parte demandante, esto es, los señores,

(...)” (La parte actora solicitó el pago de los perjuicios morales en salarios mínimos para cada uno de los demandantes).

2.2. Fundamento fáctico de las pretensiones:

1. El señor JHON JAIRO BANQUEZ MERCADO, fue ingresado al establecimiento carcelario La Modelo de Bogotá D.C. el 16 de noviembre de 2012, condenado por el delito de hurto calificado y agravado.
2. La condena consistía en prisión intramural por un término de 4 años y 8 meses, ordenada dentro del proceso penal radicado 110006000017201214647, TD 114347096 y UN 147078.

3. *“El 15 de octubre de 2015 el señor JHON JAIRO BANQUEZ MERCADO, estando en el patio 1A, se sube a una terraza y de allí al tejado, que pasa por el área de educativas, de Ala norte del centro carcelario, momento en el cual se rompen dos tejas y el internó cayó al suelo de la citada área, falleciendo de manera inmediata, con una causa de muerte correspondiente a muerte súbita por trauma encefalocraneano severo, con fractura de cráneo y exposición de materia encefálica, derivada de una caída de una altura aproximada a los 6,65 metros.”*
4. Se inició proceso disciplinario radicado 10M01/2015, por parte del INPEC, sin que a la fecha de presentación de la demanda se hubiera obtenido un fallo frente al incidente ocurrido el 15 de octubre de 2015.
5. A la fecha no se han establecido responsabilidades frente al encargado de la seguridad de los internos en el patio 1A al tiempo de ocurrencia de los hechos del 15 de octubre de 2015.

2.3. Fundamento jurídico de las pretensiones.

El demandante señaló que el INPEC era patrimonialmente responsable por la muerte del señor JHON JAIRO BANQUEZ MERCADO, en virtud del presunto accidente que sufrió dentro de las instalaciones de la cárcel modelo de Bogotá el día 15 de octubre de 2015, establecimiento carcelario en el que se encontraba recluso mientras purgaba la pena impuesta por el delito de hurto calificado y agravado, circunstancia de la que se sigue que el antes nombrado se encontraba en situación de indefensión y vulnerabilidad manifiesta, más aún cuando se demuestra con su historia clínica que sufría de algún tipo de trastorno, por lo tanto, no era ese centro de reclusión el idóneo para purgar su pena. En ese sentido, se reitera que la privación de la libertad comporta una obligación especial de cuidado y protección, a cargo de la administración, dado que los reclusos nada pueden hacer para procurarse seguridad.

De manera que, aunado a la obligación de responder por la vida e integridad personal de los reclusos, la circunstancia del estado de salud del señor JHON JAIRO BANQUEZ MERCADO anteriormente descrita, permite concluir que, aunque la dirección del centro carcelario estaba alertada sobre la incompatibilidad del centro de reclusión con el estado de salud del señor JHON JAIRO BANQUEZ, omitió adoptar las medidas necesarias para evitar los hechos que ya se conocen.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC)

El 28 de junio de 2019 la demandada contestó la demanda², se opuso a las pretensiones y argumentó que con oficio No. 114-ECBOG-CCSB-0829 del 15 de

² Fol.60-69 c1.

octubre de 2015 del INPEC, se manifestó que “[E]s de anotar que dicho interno se había evadido del pabellón (UNO-A) asignado por la Junta de Asignación de Patios, al parecer pretendiendo fugarse internamente, toda vez que el interno BANQUEZ MERCADO JHON JAIRO TD 347096 no se encontraba en el lugar asignado”.

El interno estaba tratando de salir del patio asignado, el cual era, de acuerdo con lo consignado en la cartilla biográfica del interno, el EC MODELO, patio 1 A, piso tercero, pasillo 5, celda 83, y no tenía ningún motivo valedero para estar caminando sobre los tejados. Lo que se encontraba haciendo el interno BANQUEZ MERCADO JHON JAIRO, era infringiendo el Régimen Interno del Establecimiento, el cual era de su conocimiento. Pero a sabiendas de que esto estaba prohibido, hizo caso omiso y decidió subirse al tejado y tratar de fugarse a otro patio, lo que llevó a que perdiera la vida.

De otro lado, alegó la (i) inexistencia del nexo causal de responsabilidad; y (ii) culpa exclusiva de la víctima, en razón a que la muerte del señor BANQUEZ MERCADO, fue producto de su propio actuar, ya que el interno a sabiendas que se encontraba transgrediendo el Régimen Disciplinario del Establecimiento, tomó la decisión consciente de subirse a los tejados del EC, tratando de evadir la vigilancia de la guardia, a fin de dirigirse a otro patio (fuga interna), y que conociendo que esta actuación estaba prohibida, optó por realizarla de todas formas, cayendo finalmente desde los tejados.

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con fallo del 13 de febrero de 2020 el Juzgado 58 Administrativo de Bogotá D.C. resolvió lo siguiente:³

“Primero: Niéguese las pretensiones de la demanda por las razones expuestas de manera precedente.

Segundo: Sin costas en esta instancia.”

El Juzgado de instancia consideró que de las pruebas obrantes en el expediente no se puede derivar que el recuso tuviera una enfermedad mental, conclusión que tampoco cambia por la anotación de la División de Salud-Subdirección de Tratamiento y Desarrollo de la Colonia Agrícola de Mínima Seguridad de Acacias, de fecha 14 de marzo de 2015, en la que se señala que el paciente tenía pendiente valoración psiquiatría, “no solo porque no se sabe si esa valoración era un procedimiento de rutina sino porque en todo caso esta no constituye un diagnóstico o tan siquiera un indicio de la presunta enfermedad mental que padecía el señor Héctor Manuel Banquez Mercado.”

Tampoco obraba prueba en el expediente que diera cuenta que el señor Jhon Jairo Banquez Mercado hubiera presentado antecedentes o comportamientos antes o

³ Fol. 153-162 c2.

durante su permanencia en el centro de reclusión, que permitieran inferir a las autoridades carcelarias una afectación de su sanidad mental. En efecto, al proceso no se acompañaron testimoniales o documentales que dieran cuenta de desviaciones en su comportamiento o de que éste o su defensor hubiesen alertado de la situación al juez de ejecución de penas o a las autoridades carcelarias demandadas.

Aun, bajo la óptica del régimen objetivo de daño especial, la conclusión sería la misma, pues si bien está probado que la muerte se produjo mientras el señor Héctor Manuel Banquez Mercado estaba en el marco de una especial relación de sujeción con el Estado, lo cierto es que el análisis conjunto de los elementos de prueba, evidencian que en el presente caso se configuró el eximente de hecho de la víctima.

En efecto, los elementos de prueba aportados, en especial los informes que se levantaron con ocasión de los hechos, las pruebas de referencia y el informe rendido por el oficial de tratamiento, evidenciaban que el señor Banquez Mercado era parte del patio 1 A y para el momento de los hechos se encontraba en un lugar distinto, situación que permite dar credibilidad a la hipótesis del informe, según el cual, la intención del recluso era evadirse, situación que ante la inexistencia de otros elementos de juicio, no puede verse de otra forma, pues de lo contrario cómo se explica que el recluso al momento de su muerte estuviera en el techo del área de educativas.

En conclusión, la muerte del señor Banquez Mercado fue atribuible a la propia víctima, pues fue quien se expuso al riesgo que se concretó en el daño.

V. RECURSO DE APELACIÓN

5.1. Parte demandante.

El 27 de febrero de 2020 la parte demandante interpuso recurso de apelación⁴ contra el fallo de instancia y sustentó:

- No se comparte el razonamiento que hace el A quo para concluir que la intención del interno era fugarse, pues no tendría razón de ser, porque el señor Banquez Mercado ya había purgado más del 50% de su pena; no era factible que alguien intentara fugarse a plena luz del día, a las 13 horas con 50 minutos; y más aún, con el ruido que, según los testigos, provenía del tejado.
- Contrario sensu a lo expuesto por el A quo, sí se puede concluir la negligencia y la responsabilidad del INPEC, en razón a la falla de sus instalaciones físicas y de la prestación del servicio de sus funcionarios, al permitir que uno de sus reclusos estuviese caminando por el tejado sin saber cuál sería su estado de salud mental. Sumado a ello, se agrega que, si en la historia clínica se

⁴ Fol. 164-168 c2.

evidenciaba que el recluso tenía pendiente una cita de psiquiatría, era porque el interno, estando bajo la protección del INPEC, necesitaba la revisión psiquiátrica, y fue por negligencia del INPEC que no se le practicó.

- La jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que el régimen de responsabilidad para el análisis de los daños causados a la población reclusa es el objetivo, pues entre el Estado y los reclusos se presenta una relación de especial sujeción, que obliga al reintegro del interno a la sociedad en similares condiciones a las que se encontraban cuando fueron privados de la libertad.
- El Juzgado no tuvo en cuenta que el INPEC es el garante de los derechos fundamentales del señor JHON JAIRO BANQUEXZ MERCADO, en especial el derecho fundamental a la vida, y quien en su momento se encontraba en un estado de particular sujeción frente al Estado, en virtud de la cual, se ven limitados sus derechos y libertades y la autonomía para responder por su propia integridad. La entidad al no contar con las instalaciones físicas adecuadas para la protección de los internos, y al no contar con el suficiente personal para que dé cuenta de las actividades de los reclusos, permitió que el señor JHON JAIRO BANQUEZ MERCADO pusiera en peligro en su vida e integridad personal.
- Por otra parte, desde el 14 de marzo de 2015 el señor BANQUEZ MERCADO tenía una valoración pendiente por psiquiatría, por lo que no se entiende cómo transcurridos 7 meses, al interno no se le practicó la valoración. Es como si las personas privadas de la libertad a cargo del INPEC estuviesen desprotegidas por el sistema de seguridad social en salud, el cual, debía ser garantizado bajo el principio de inmediatez.

VI. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Con auto del 21 de julio de 2021, el Despacho admitió el recurso de apelación y con providencia del 28 de febrero de 2022 corrió traslado para alegar de conclusión.

La parte demandada presentó alegatos de conclusión el 08 de marzo de 2022 y reiteró las razones de defensa de la contestación de la demanda.

La parte demandante alegó de conclusión el 16 de marzo del hogaño y argumentó que se encontró con las pruebas documentales correspondientes a la historia clínica que datan de fecha enero de 2014, que el señor JHON JAIRO BANQUEZ MERCADO (Q.E.P.D.), sufrió herida en la mano, así como en la boca, debido a un problema de convivencia y comportamental, donde se vio involucrado otro individuo, quien le propinó el golpe; estas situaciones se evidencian en la historia clínica expedida por la especialidad de odontología, Dra. Luz Dary Sáenz, así como por medicina general, atendido por el Dr. John Jairo Buenaventura, donde además, como hecho relevante, aparece que la odontóloga refirió que el interno se lesionó el labio y se hacía necesaria la medicación de antibióticos, situación que quedó registrada y que el

apoderado expuso para efectos de estudiar la ponderación de los antecedentes psiquiátricos dejados de analizar por el A Quo:

“(...) El paciente con los dedos se lastima el labio para indicarme <> le explico que no se debe lastimar el labio y que debe esperar el proceso de cicatrización. El labio no presenta signos de irritación ni de infección, por lo cual no veo la necesidad de medicar antibiótico, puesto que el paciente me solicita que le medique antibiótico (...)”

Con este aporte se empieza a vislumbrar aunque en una pequeña medida el inicio de desórdenes conductuales, que, si bien no salen de plano a la luz interpretativa del juez de conocimiento, pueden dar luces sobre indicios que demuestran la posible existencia de un problema o trastorno psiquiátrico, el cual sumado a los que a continuación se señala, demuestra que el A Quo se limitó a sacar una apreciación del caso un poco escueta y que lo que buscaba era exonerar de la responsabilidad objetiva a la entidad estatal INPEC.

Al estudiar detenidamente el comportamiento del interno JHON JAIRO BANQUEZ MERCADO (Q.E.P.D.) durante los periodos de detención en establecimientos penitenciarios, al revisar su Cartilla Biográfica, allegada al plenario, y que hizo parte además del proceso disciplinario interno iniciado en el INPEC, se observan las calificaciones de conducta comprendidas entre noviembre de 2008 y agosto de 2015, en las que se evidencia que el comportamiento del recluso variaba entre buena y ejemplar, hasta el mes de agosto de 2014, cuando su conducta fue calificada como Regular y Mala, situación ésta que contradice el comportamiento normal desempeñado durante los seis años anteriores, es por ello que tal análisis lo único que hace al ser estudiado en conjunto, reafirma que el interno probablemente padecía algún trastorno conductual o psiquiátrico, el cual se venía agravando con el paso del tiempo, o, en caso de no ser así, por lo menos se trataba de convivencia, motivo por el cual era responsabilidad del Estado a través del INPEC, el velar por la atención médica o psiquiátrica que llegare a requerir el señor JHON JAIRO BANQUEZ MERCADO (Q.E.P.D.), pues el deber de protección del estado no se limita al material o físico, sino también al psicológico, emocional, conductual y/o psiquiátrico, pues entre las funciones de la pena de prisión, se encuentran las de prevenir, proteger y resocializar.

Ahora bien, la entrevista –FPJ-14 de fecha 15 de octubre de 2015, realizada a Cesar Esteban Pardo Sarmiento, dentro de la investigación identificada con número de radicado 11001-60-00-028-2015-02889, decretada dentro del trámite del proceso y que también hizo parte de las investigaciones disciplinaria y penal, se advierte la existencia de problemas de convivencia y/o conductuales, que eran de conocimiento del personal, situación que se deduce a partir de la siguiente cita: *“(...) Preguntado. Usted sabe si el interno tenía enemigos o había recibido amenazas en establecimiento, Contestó: Sí, el interno ha sido entrevistado en varias ocasiones por tener problemas de convivencia (...)”*.

Además, en la misma entrevista que obra como prueba documental dentro del expediente, se expresa que este tipo de acciones, como lo es trasladarse de un lugar a otro de la cárcel por el techo del establecimiento penitenciario, no es un hecho aislado, sino una situación que ya ha venido ocurriendo, que el personal de la Institución ha observado, y que simple y llanamente ha venido normalizando, permitiendo en consecuencia que se genere el riesgo, aun cuando sabe que todo interno queda atado a su responsabilidad precisamente por la relación de especial sujeción de la víctima frente al Estado, situación que se ve reflejada en el aparte que cita el apoderado: “(...) *Preguntado. Es normal o frecuente que los internos frecuenten los techos del establecimiento, Contestó: No es normal, pero por lo general lo hacen para pasarse de patio a patio. (...)*”, de allí se puede colegir que, en efecto, no ha sido la única vez que los internos tienen acceso al techo, sin embargo, el INPEC no ha mantenido la labor efectiva de vigilancia, cuidado y control permanente de los internos, y menos aún, han tomado las medidas para evitar que esto siguiera ocurriendo, evidenciándose entonces la falla del servicio alegada.

Finalmente, en la Historia clínica del interno JHON JAIRO BANQUEZ MERCADO (Q.E.P.D.) que data de fecha 14 de marzo de 2015, se evidencia que el paciente tenía pendiente valoración por psiquiatría, sobre lo cual hizo hincapié, toda vez que hace parte del material probatorio aportado, pero el A Quo, a pesar de su existencia, dedujo que el interno no poseía antecedentes que le permitieran concluir que el preso padecía enfermedad psiquiátrica alguna.

Pues bien, aunque dentro del plenario no fue posible obtener la Historia clínica completa, existen otras dos situaciones por las cuales se puede evaluar la existencia o no de un indicio que pudiera dar luz al Juez de conocimiento, para valorar la responsabilidad objetiva del Estado frente al asunto en particular, y ellas corresponden a dos situaciones a saber: i) Las reglas de la experiencia, que corresponde a la experiencia propia del juzgador en desarrollo de las actividades ya sea diarias, comerciales, como juez de la república, entre otros; y, ii) La existencia de Guías de atención y manejo de patologías, ya sean estas expedidas por el Ministerio de Salud, o en su defecto por cada IPS que preste los servicios de salud.

En ese orden, se tienen las guías de manejo planteadas por el Ministerio de Salud para la atención de pacientes, así como su remisión a las respectivas especialidades, de allí que partamos de normas como la Ley 65 de 1993, que en su artículo 104 habla del acceso a la salud y señala: “(...) *Cualquier tratamiento médico quirúrgico o psiquiátrico que se determine como necesario para el cumplimiento de este fin será aplicado sin necesidad de resolución judicial que lo ordene(...)*”, planteando como requisito de remisión o valoración, la necesidad del mismo, teniendo también los artículos 105 y 106 de la misma norma, así como la ley 1709 de 2014, y resolución 5159 de 2015, entre otras, que impone como necesaria una justificación por parte del médico que atiende al interno para remitirlo a cualquier especialidad.

VII. CONSIDERACIONES

7.1. Jurisdicción y competencia

Conforme al artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Jurisdicción Contencioso Administrativa es la competente para juzgar las controversias originadas en la acción u omisión de las entidades públicas, y dado el criterio orgánico establecido, en atención a la naturaleza jurídica de la demandada, es ésta la encargada de juzgar las actuaciones u omisiones del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – (INPEC).

Así mismo, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia del proceso de la referencia, de acuerdo al artículo 153 del CPACA, el cual dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

7.2. De la caducidad del medio de control.

El término para presentar la demanda so pena de caducidad en ejercicio del medio de control de reparación directa se encuentra contemplado en el literal (i) del numeral 2º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, a saber:

“i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.”

La regla *ut supra* es clara al determinar que el cómputo del término de caducidad se realizará a partir de la ocurrencia del hecho causante del daño, **o desde cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo.**

Sobre el particular, el artículo 3º del Decreto 1716 de 2009 prescribe:

“La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante los Agentes del Ministerio Público suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta: a) que se logre el acuerdo conciliatorio, b) se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2 de la Ley 640 de 2001, c) se venza el término de tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud, lo que ocurra primero”.

En el caso, el término bienal de caducidad se computa a partir del día siguiente a la fecha de fallecimiento del señor BANQUEZ MERCADO JHON JAIRO, esto es, desde el 16 de octubre de 2015 al 16 de octubre de 2017; sin embargo, como se suspendió

el término de caducidad desde la presentación de la solicitud de conciliación el 12 de octubre de 2017 hasta la expedición de la constancia de no conciliación del 15 de diciembre de 2017,⁵ el término de caducidad se extendió hasta el 20 de diciembre de 2017. Sin embargo, el 20 de diciembre de 2017 inició la vacancia judicial, hasta el 10 de enero de 2018.

Por lo tanto, al haberse presentado la demanda de reparación directa, el primer día hábil siguiente a la vacancia judicial, esto es, 11 de enero de 2018⁶, se concluye que el medio de control fue radicado en término sin que hubiera operado el fenómeno de la caducidad.

7.3. Legitimación en la causa.

7.3.1. Por activa.

Se encuentran legitimados en la causa por activa los, de acuerdo con los registros civiles de nacimiento obrantes a folios fol. 45-49,52-53 c1, 1-14, 16-19 c2.

7.3.2. Por pasiva.

La doctrina y la jurisprudencia han diferenciado la legitimación de hecho de la legitimación material en la causa, señalando que la legitimación de hecho es la relación procesal entre el demandante y el demandado, en virtud de la pretensión de la demanda y se constituye una vez se notifica el auto admisorio, puesto que a partir de este momento se pone en conocimiento de la parte demandada la atribución de la responsabilidad por acción u omisión que plantea la parte demandante, fundamento de sus pretensiones, y la legitimación material en la causa se configura con la participación real en los hechos que fundamentan la demanda.

La distinción aludida, ha sido explicada por la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo de la forma en que sigue:

*“La legitimación en la causa de hecho alude a la relación procesal existente entre demandante - legitimado en la causa de hecho por activa - y demandado - legitimado en la causa de hecho por pasiva—y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma, dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción. Por su parte, la legitimación material supone **la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.**”*

⁵ Fol. 43 c1, 93-94 c2.

⁶ Fol. 26 c1.

*De ahí que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso **no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo**, evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores⁷.*

En suma, un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente está legitimado materialmente, ya que ésta solamente es predicable se reitera, de quienes tienen un derecho cierto que habilita el ejercicio de la acción a los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra parte^{8,9}.

Así las cosas, se encuentra legitimada en la causa por pasiva el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC por ser la autoridad a quien se endilga la responsabilidad por el daño causado a los demandantes.

7.4. Límites a la competencia del juez de segunda instancia y alcance del recurso de Apelación.

El artículo 320 del Código General del Proceso estatuye que el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

⁷ A propósito de la falta de legitimación en la causa material por activa, la Sección ha sostenido que “... si la falta recae en el demandante, el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo —no el procesal—”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación: 10973.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de diecisiete (17) de junio de dos mil cuatro (2004); Radicación número: 76001-23-31-000-1993-0090-01(14452). En similar sentido y complementando lo dicho en el texto, se ha afirmado lo siguiente: “La legitimación material en la causa, activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado. Nótese que el estar legitimado en la causa materialmente por activa o por pasiva, por sí solo, no otorga el derecho a ganar; si la falta recae en el demandante el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo -no el procesal-; si la falta de legitimación en la causa es del demandado, de una parte al demandante se le negarán las pretensiones no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder; por eso, de otra parte, el demandado debe ser absuelto, situación que se logra con la denegación de las súplicas del demandante”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintidós (22) de noviembre de dos mil uno (2001); Expediente 13.356. Puede verse, en la misma dirección, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de veintisiete (27) de abril de dos mil seis (2006); Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03263-01(15352).

⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Sentencia de 26 de abril de 2017, Rad. No. 2003-00130-01(32765).

En ese mismo sentido, el artículo 328 *Ibid* establece que la competencia del juez en segunda instancia se limita a los argumentos expuestos por el apelante sin perjuicio de los casos previstos en la Ley.

En ese orden, el recurso de apelación le otorga la competencia funcional al Juez de Segunda Instancia para resolver lo planteado en la alzada, salvo algunas excepciones contempladas en la Ley, como los aspectos objeto de declaratoria de oficio, y bajo unos límites, como es el caso la *non reformatio in pejus*.

Por su parte, el Consejo de Estado respecto a la alzada ha dispuesto: (i) la competencia del ad quem está limitada a los aspectos que expresamente señale el recurrente y, (ii) la competencia del juez de segunda instancia comprende los temas implícitos en aquellos aspectos que el recurrente propone expresamente en su escrito de apelación, de manera que nada obsta para que el juez de segunda instancia corrija o modifique aquellos que, por su naturaleza, se encuentran comprendidos o son consustanciales a los asuntos mencionados. (*Subrayas y negrillas de la Sala*).

En el asunto, la competencia funcional de este Tribunal es amplia, en el sentido que debe abordar el análisis de imputación del daño al INPEC.

En ese orden, la Sala deberá absolver el siguiente problema jurídico.

VIII. PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS

8.1. La Sala debe determinar si es imputable al INPEC, desde un régimen objetivo de responsabilidad, el daño consistente en la muerte del señor JHON JAIRO BANQUEZ MERCADO, quien era recluso en las instalaciones del EC de Bogotá, presuntamente causado por las fallas y omisiones del INPEC, al no adoptar medidas especiales en razón a presuntas dolencias psiquiátricas del interno y por permitir o no ejercer adecuada vigilancia en sus instalaciones para evitar la circulación del personal por los tejados; o si por el contrario, hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia, en razón a que el daño tuvo causa en el actuar decisivo, determinante y exclusivo de la víctima, quien decidió por cuenta propia, subirse a los tejados del patio para dirigirse a otro de los patios del penal.

8.2. Es tesis de la Sala que, en consideración a que la causa del daño es aquel fenómeno sin el cual el daño no se hubiera producido, la muerte del señor BANQUEZ MERCADO tuvo causa en su propia conducta, por lo que se colige entonces, que se configuró el eximente de responsabilidad de hecho exclusivo de la víctima.

IX. DESARROLLO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

9.1. Regímenes de responsabilidad del Estado.

El artículo 90 de la Constitución Política estatuye la cláusula general de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado, de acuerdo con la cual, acogió la teoría del daño antijurídico, entendiéndolo no como “*aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado, sino como el ‘perjuicio’ que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo*”¹⁰, siempre y cuando exista título de imputación, por acción u omisión de una autoridad pública¹¹.

En otras palabras, para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado, se deben cumplir dos presupuestos básicos, a saber, que el daño sea antijurídico, y que este sea imputable al Estado. Una vez definido que se está frente a una obligación del Estado, debe establecerse el título a través del cual se atribuye el daño causado, ya sea la falla del servicio, o el riesgo creado o la ruptura del principio de igualdad de las personas frente a las cargas públicas.

La Jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado el concepto de los tres regímenes de responsabilidad expuestos *supra*, sobre los cuales, la Corte Constitucional, en la Sentencia SU-072 de 2018 estableció lo siguiente:

*(i) La falla del servicio. Este título de imputación ha sido entendido tradicionalmente como el equívoco, nulo o tardío funcionamiento del servicio público*¹²; *sin embargo, la comprensión que se le ha dado al régimen de falla del servicio a partir de la expedición de la Constitución de 1991, ha variado, para ser considerada como la violación de una obligación a cargo del Estado*¹³, *lo cual aparece que su naturaleza sea subjetiva, pues implica un reproche abstracto de la conducta estatal, sin el análisis de la culpa o el dolo en la conducta particular del agente estatal*¹⁴.

Ahora bien, la Corte entiende que este régimen no puede ser explicado al margen del concepto de daño antijurídico y con ello se introduce una modificación de tal noción, en tanto el fundamento de la responsabilidad no es la calificación de la conducta de la administración, sino del daño que ella causa, es decir, si cualquier

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-333/96. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero.

¹¹ *Ibidem*: “Son dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del año a alguna de ellas.”

¹² PAUL DUEZ. *La responsabilité de la puissance publique*. 2ª ed. París, Dalloz, 1938, p. 20, citado por HENAO, Juan Carlos. “La noción de la falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y en el derecho francés” en *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos*. Tomo III. Bogotá. Universidad Externado de Colombia 2003, p. 62, citados, a su vez por M’CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. “Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros” en *La filosofía de la Responsabilidad Civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*. Edición de Carlos Bernal Pulido y Jorge Fabra Zamora. Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 517.

¹³ HENAO, Juan Carlos. “La noción de la falla...”, cit., p. 57 a 114, citado a su vez por M’CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. “Responsabilidad del Estado ...”, cit., p. 518.

¹⁴ M’CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. “Responsabilidad del Estado ...”, cit., 518

actuar público produce un perjuicio en quien lo padece, y no estaba obligado a soportarlo¹⁵.

La comprensión que esta Corporación tiene de la falla del servicio que se encuentra inmersa en el artículo 90 de la Constitución, permite estimar que la misma se presentará sin consideración exclusiva a una causa ilícita y, en tal virtud, también podrá considerarse la existencia de un daño antijurídico a partir de una causa lícita¹⁶, con lo cual se allana el camino para la introducción de los otros dos regímenes que se mencionarán a continuación.

(ii) El riesgo excepcional. *Este título de imputación se aplica cuando el Estado ejecuta una actividad lícita riesgosa o manipula elementos peligrosos, verbigracia, el uso de armas de fuego o la conducción de vehículos, y en ejercicio de dicha ejecución produce daños a terceros, quienes, de cara a la solicitud de indemnización, deben acreditar la producción de un daño antijurídico y la relación de causalidad entre este y la acción u omisión de la entidad pública demandada¹⁷, lo que sugiere que este régimen de imputación, al no exigir el examen de la conducta del agente estatal se inscribe en un sistema de responsabilidad objetivo.*

(iii) El daño especial. *Esta tipología de responsabilidad opera cuando el Estado, en ejercicio de una actividad legítima, desequilibra las cargas públicas que deben soportar los administrados¹⁸. Su naturaleza es objetiva comoquiera que para su materialización no exige que el acto estatal haya sido ilegal, lo cual, necesariamente, excluye la posibilidad de efectuar señalamientos de orden subjetivo.*

De este régimen la jurisprudencia del Consejo de Estado predica un mayor juicio de equidad, en tanto el mismo tiene como finalidad reparar el sacrificio que un ciudadano ha debido soportar en pro del bienestar general¹⁹. Por su parte, la Corte ha considerado que en tales casos “la sociedad está obligada a indemnizar el daño excepcional o anormal ocurrido como consecuencia de la actividad lícita del Estado, toda vez que rompería con el principio de equidad que dicha actividad perjudicare sólo a algunos individuos”²⁰.

9.2. Responsabilidad del estado por daños causados a personas privadas de la libertad.

Respecto de la responsabilidad del Estado por daños causados a quienes se encuentran reclusos en centros carcelarios y penitenciarios, el Consejo de Estado, Sección Tercera, ha modificado gradualmente el título de imputación bajo el cual se estructura la responsabilidad de la Administración cuando se causa un daño a

¹⁵ Sentencia C-043 de 2004.

¹⁶ Sentencia C-043 de 2004, de conformidad con lo dicho por el Consejo de Estado en sentencia del 8 de marzo de 2001. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. En el mismo sentido la sentencia C-957 de 2014.

¹⁷ SU-449 de 2016.

¹⁸ SU-443 de 2016. En la misma, la Corte adopta los derroteros que ofrece el Consejo de Estado en sentencia del 25 de septiembre de 1997. Exp: 10.392. Consejero Ponente:

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Sentencia C-254 de 2003.

un recluso o un detenido dentro de un centro carcelario o penitenciario que se encuentra bajo la guarda de la autoridad competente.

Entonces, la doctrina del Consejo de Estado ha señalado que se aplica el régimen objetivo, teniendo en cuenta que estas personas se encuentran bajo la vigilancia, custodia y protección del Estado y que, por razón del encarcelamiento, no están en capacidad plena de repeler por sí mismos las agresiones o ataques perpetrados por agentes estatales, por otros reclusos o por terceros particulares²¹.

Siendo ello así, se ha declarado la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados a quienes se encuentran reclusos en establecimientos carcelarios o centros de reclusión, aunque no exista una falla del servicio o un incumplimiento de las obligaciones de respeto y protección a cargo de las autoridades penitenciarias. En estos eventos, la responsabilidad surge de la aplicación de la teoría del daño especial, pues se parte de la premisa de que las afectaciones a la vida o a la integridad personal de los reclusos, sin que medie el incumplimiento de una obligación administrativa, no puede considerarse un efecto esperado de la detención, es decir, una carga soportable por quienes se encuentran privados de la libertad²².

Ahora bien, es evidente que cuando las autoridades que tienen a su cargo el cuidado, custodia y vigilancia de los reclusos incurren en acciones u omisiones constitutivas de falla del servicio, la responsabilidad patrimonial del Estado tendrá que ser declarada con base en este título jurídico de imputación, y no en el de daño especial. Dicho en otros términos, no en todos los eventos en los que se causen daños a personas reclusas en establecimientos carcelarios o centros de reclusión, hay lugar a aplicar el régimen de responsabilidad de daño especial pues, en cualquier caso, será necesario determinar si las autoridades actuaron dentro del marco de sus obligaciones legales y constitucionales.

Se reitera que en relación con las personas que se encuentran privadas de la libertad, quienes deben soportar tanto la limitación en el ejercicio de sus derechos y libertades como, igualmente, la reducción o eliminación de las posibilidades de ejercer su propia defensa frente a las agresiones de agentes estatales, de terceros, o de los propios reclusos cuando sufren enfermedades mentales, respecto de quienes puedan ser víctimas al interior del establecimiento carcelario, el Estado debe garantizar por completo la seguridad de los internos y asumir todos los riesgos que lleguen a presentarse en virtud de dicha circunstancia, razón por la cual la Jurisprudencia del Consejo de Estado en punto al tema, ha considerado que el régimen de responsabilidad aplicable a los daños causados a las personas privadas de la libertad, en sitios de reclusión oficiales, es objetivo, teniendo en cuenta las condiciones especiales a las cuales se encuentran sometidos, con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política. Así pues, ha señalado que, en estos casos,

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18.886, Mauricio Fajardo Gómez.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de junio de 2010, rad. 19.849, Enrique Gil Botero.

entre las personas presas o detenidas y el Estado, existen “**relaciones especiales de sujeción**”²³:

Con fundamento en lo anterior, puede concluirse entonces que la privación de la libertad de una persona conlleva, de manera necesaria, una subordinación del recluso frente al Estado, amén de que lo pone en una condición de vulnerabilidad o debilidad manifiesta, razón por la cual se genera entre tales sujetos una relación jurídica especial y, en virtud de ello, el Estado tiene la facultad constitucional y legal de restringir, limitar o modular algunos derechos fundamentales, de acuerdo con los fines de resocialización del interno y con las necesidades de orden y seguridad propias de los centros de reclusión; sin embargo, tal relación implica también que otros derechos fundamentales como la vida e integridad personal, no puedan ser limitados o suspendidos de forma alguna, sino que los mismos deben ser respetados y garantizados plenamente por las autoridades, pues –según se consideró anteriormente–, su seguridad depende por completo de la Administración.

Así pues, cuando se encuentre acreditado un daño antijurídico causado en la integridad psicofísica del recluso y/o detenido, debe concluirse que el mismo resulta imputable al Estado, bajo un régimen objetivo de responsabilidad.

No obstante lo anterior, la Jurisprudencia del Consejo de Estado considera que, además de operar la responsabilidad objetiva como título de imputación general en esta clase de eventos, cuando surja comprobada dentro del proceso una falla del servicio como causante del hecho dañoso por el cual se reclama -lesiones físicas o deceso de una persona detenida o privada de su libertad-, es necesario evidenciarla en la sentencia que profiera esta Jurisdicción, pero tan sólo para efectos de que la Administración tome nota de sus falencias e implemente los correctivos que considere necesarios, por cuanto para deducir la responsabilidad de la Administración, basta que el daño se haya producido respecto de una persona privada de la libertad y puesta bajo su tutela y cuidado, como estipula el Consejo de Estado, así:

*“(…) la Sala estima necesario precisar que, si bien el título de imputación de responsabilidad al Estado por excelencia corresponde al de la falla del servicio²⁴, régimen de responsabilidad subjetivo que se deriva del incumplimiento de una obligación estatal y que se concreta en un funcionamiento anormal o en una inactividad de la Administración, lo cierto es que **en estos eventos, debido a la especial relación jurídica de sujeción a la cual somete el Estado a la persona que por su cuenta y decisión priva de su libertad, el régimen de responsabilidad se torna objetivo, esto es que a pesar de demostrar la diligencia de la Administración, queda comprometida automáticamente su responsabilidad, pues –bueno es insistir en ello–, el Estado asume por completo la seguridad de los internos**”.*

²³ Al respecto, consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 27 abril del 2006, Exp. 21138 y del 27 de noviembre de 2002, Exp. 13760, ambas con ponencia del Consejero, doctor Alier Hernández Enríquez.

²⁴ Al respecto ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de julio de 1993, Exp. 8163 y del 16 de julio de 2008, Exp. 16423, entre otras.

Es claro entonces, que mientras en la generalidad de los casos en los que se comprueba la falla del servicio, la Administración puede eximirse de responsabilidad mediante la comprobación, no sólo de una causa extraña, como sería la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho también exclusivo y determinante de un tercero, sino también a través de la prueba de su obrar prudente y diligente en el exacto cumplimiento de las obligaciones y deberes a su cargo, en estos casos específicos de daños a personas privadas de la libertad, por tratarse de eventos de responsabilidad objetiva, la única forma en que la Administración se puede liberar de la responsabilidad que surge a su cargo, es precisamente a través de la comprobación de una causa extraña.

9.3. Contenido y alcance de la obligación de custodia y vigilancia sobre el recluso.

Sobre la condición de especial sujeción de los reclusos de los establecimientos carcelarios y penitenciarios, la Corte Constitucional²⁵ ha señalado:

“(…)

La privación de la libertad de una persona la coloca en una situación de indefensión, que genera obligaciones de protección por parte de quien adopta la medida o acción restrictiva de la libertad. No importa que se trate de particulares o del Estado, y que la restricción sea lícita o ilícita”. Debido a que la disposición sobre la libertad está a cargo de otro, entonces, las “obligaciones de protección no necesariamente son de medio”, por lo tanto, se establece el deber de “custodia y protección”.

Lo anterior implica que el custodio tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el mayor disfrute posible de los derechos constitucionales de la persona privada de la libertad. Tratándose del Estado, supone la obligación de garantizar condiciones de dignidad del recluso. Garantía que únicamente se cumple si tales condiciones son efectivamente realizadas; es decir, no basta la adopción de medidas programáticas, sino que han de traducirse en realidad. Así, tal como lo ha señalado esta corporación, no pueden aducirse problemas presupuestales, sino que el Estado tiene la obligación de realizar el trato digno. Se trata pues, de una obligación de respeto.

(…)”

En ese orden, el Estado al custodiar al recluso bajo su sujeción, adquiere la obligación de protección y respeto por la vida del mismo. Este deber conlleva la obligación de afrontar consecuentemente las intimidaciones contra los reclusos, por ello, debe tomar las medidas necesarias de seguridad dentro del centro de reclusión, así como la de trasladar a los internos cuando resulta ineludible para protegerles la vida. Luego, son compromisos de resultado, en tanto que el Estado debe “adoptar las medidas necesarias” para evitar o conjurar los riesgos contra la vida e integridad

²⁵ Corte Constitucional T-958 de 7 de noviembre de 2002

que son concurrentes con los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad.

Lo mismo, se debe predicar respecto de los demás derechos de los reclusos, dentro de los que se encuentra el de la salud, puesto que el estado tiene la obligación de proteger y garantizar este derecho fundamental, por ello, está en la obligación de brindarle el servicio médico que requiera el interno de manera oportuna y mientras sea necesario.

Sobre este aspecto el Consejo de Estado, Sección Tercera²⁶, se pronunció así:

“(…)

...surgen las llamadas relaciones especiales de sujeción, que de acuerdo con el precedente constitucional implican: (i) la subordinación de una parte (el recluso), a la otra (el Estado); (ii) el sometimiento del interno a un régimen jurídico especial (controles disciplinarios y administrativos especiales y posibilidad de limitar el ejercicio de derechos, incluso fundamentales); (iii) que la limitación de dichos derechos se encuentre autorizada por la Constitución y la ley; (iv) que la limitación de los derechos fundamentales se lleve a cabo con la finalidad de garantizar los demás derechos de los internos (mediante medidas dirigidas a garantizar disciplina, seguridad y salubridad) y lograr el cometido principal de la pena (la resocialización); (v) que como consecuencia de la subordinación surgen ciertos derechos especiales (relacionados con las condiciones materiales de existencia: alimentación, habitación, servicios públicos, salud) en cabeza de los reclusos, los cuales deben ser especialmente garantizados por el Estado; y finalmente (vi), que simultáneamente surge para el Estado el deber de garantizar de manera especial el principio de eficacia de los derechos fundamentales de los reclusos (sobre todo con el desarrollo de conductas activas).

Como lo puede apreciar la Sala, entre las consecuencias jurídicas más importantes de la existencia de las relaciones especiales de sujeción, están: (i) la posibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales de los reclusos (intimidación, reunión, trabajo, educación). (ii) La imposibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales (vida, dignidad humana, libertad de cultos, debido proceso, habeas data, entre otros). (iii) El deber positivo en cabeza del Estado de asegurar el goce efectivo tanto de los derechos no fundamentales como de los fundamentales, en la parte que no sea objeto de limitación cuando la misma procede, y en su integridad frente a los demás, debido a la especial situación de indefensión o de debilidad manifiesta en la que se encuentran los reclusos. (iv) El deber positivo en cabeza del Estado de asegurar todas las condiciones necesarias que permitan a su vez condiciones adecuadas para la efectiva resocialización de los reclusos. (...)

De acuerdo con los criterios jurisprudenciales citados de la relación de especial sujeción en que se encuentran los reclusos, nacen imposiciones jurídicas de derecho positivo a cargo del Estado que debe cumplirá través del sistema carcelario y

²⁶ Sentencia proferida el 18 de mayo de 2017, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, dentro del expediente No. 37497

penitenciario y sus autoridades, de tal forma que si se generan daños antijurídicos con ocasión y razón de esta relación, estos deberán ser reparados.

Así mismo, la alta corporación en decisión de la Sala plena²⁷, aclaró que no se privilegió ningún régimen de responsabilidad y dejó en libertad al Juez para establecer en cada caso particular, de acuerdo con los fundamentos fácticos y jurídicos, el régimen aplicar como sustento de la decisión que adopte.

En observancia de los anteriores postulados, la Sala precisa que en el caso concreto se analizará en conjunto la totalidad de las pruebas que obran en el plenario y determinará si el caso se ajusta a alguna de las motivaciones o títulos de imputación acogidos por esta jurisdicción, o, si en su defecto, se evidencia una causal eximente de responsabilidad.

9.4. El hecho exclusivo de la víctima como eximente de responsabilidad ²⁸

La jurisprudencia del Consejo de Estado, respecto a las denominadas *causales eximentes de responsabilidad* □ fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima □ ha indicado que constituyen un conjunto de eventos que dan lugar a que devenga jurídicamente imposible imputar, desde el punto de vista *jurídico*, la responsabilidad por los daños cuya causación da lugar a la iniciación del litigio, a la persona o entidad que obra como demandada dentro del mismo. En relación con todas ellas, tres son los elementos cuya concurrencia tradicionalmente se ha señalado como necesaria para que sea procedente admitir su configuración: (i) su *irresistibilidad*; (ii) su *imprevisibilidad* y (iii) su *exterioridad* respecto del demandado, extremos en relación con los cuales la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

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

²⁷ Consejo de Estado, sentencia Sala Plena de la Sección Tercera, expediente 24392. “En este orden de ideas, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar, desde una perspectiva constitucional y legal, los diversos casos traídos a su consideración sin que ello signifique que pueda entenderse que existe un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado título de imputación. En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe estar en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada caso, de manera que la solución obtenida consulte los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado tal y como fueron explicados previamente en esta providencia.”

²⁸ Al respecto consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia proferida el 11 de febrero de 2009, Exp. 17.145.

Por lo demás, si bien la mera dificultad no puede constituirse en verdadera imposibilidad, ello tampoco debe conducir al entendimiento de acuerdo con el cual la imposibilidad siempre debe revestir un carácter sobrehumano; basta con que la misma, de acuerdo con la valoración que de ella efectúe el juez en el caso concreto, aparezca razonable, como lo indica la doctrina:

«La imposibilidad de ejecución debe interpretarse de una manera humana y teniendo en cuenta todas las circunstancias: basta que la imposibilidad sea normalmente insuperable teniendo en cuenta las condiciones de la vida»²⁹.

En lo referente a (ii) la imprevisibilidad, suele entenderse por tal aquella circunstancia respecto de la cual "no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia"³⁰, toda vez que "[P]rever, en el lenguaje usual, significa ver con anticipación"³¹, entendimiento de acuerdo con el cual el agente causante del daño sólo podría invocar la configuración de la causa extraña cuando el hecho alegado no resulte imaginable antes de su ocurrencia, cuestión de suyo improbable si se tiene en cuenta que el demandado podría prefigurarse, aunque fuese de manera completamente eventual, la gran mayoría de eventos catalogables como causa extraña antes de su ocurrencia, más allá de que se sostenga que la imposibilidad de imaginar el hecho aluda a que el mismo jamás hubiera podido pasar por la mente del demandado o a que éste deba prever la ocurrencia de las circunstancias que resulten de más o menos probable configuración o a que se entienda que lo imprevisible está relacionado con el conocimiento previo de un hecho de acaecimiento cierto.

Sin embargo, el carácter imprevisible de la causa extraña también puede ser entendido como la condición de "imprevisto" de la misma, esto es, de acontecimiento súbito o repentino, tal y como lo expresan tanto el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, como el artículo 64 del Código Civil³² y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la cual "[I]mprevisible será cuando se trate de un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional, de rara ocurrencia"³³. La recién referida acepción del vocablo "imprevisible" evita la consecuencia a la cual conduce el entendimiento del mismo en el sentido de que se trata de aquello que no es imaginable con anticipación a su ocurrencia, toda vez que esta última comprensión conllevaría a que la causa extraña en realidad nunca operase, si se tiene en cuenta que prácticamente todos los sucesos que ocurren a diario ya han sido imaginados por el hombre.

No está de más señalar, en cualquier caso, que **la catalogación de un determinado fenómeno como imprevisible excluye, de suyo, la posibilidad de que en el supuesto concreto concorra la culpa del demandado**, pues si éste se encontraba en la obligación de prever la ocurrencia del acontecimiento al cual se pretende atribuir eficacia liberatoria de responsabilidad y además disponía de la posibilidad real y

²⁹ Nota original en la sentencia Citada: ROBERT, André, *Les responsabilites*, Bruselas, 1981, p. 1039, citado por TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, cit., p. 19.

³⁰ Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 20 noviembre de 1989, *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XIX, Bogotá, Legis, p. 8.

³¹ Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 mayo de 1936, *Gaceta Judicial*, tomo XLIII, p. 581.

³² Nota original en la sentencia Citada: Cuyo tenor literal es el siguiente: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc".

³³ Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 26 de enero de 1.982, *Gaceta Judicial*, tomo CLXV, p. 21.

razonable de hacerlo, entonces los efectos dañinos del fenómeno correspondiente resultarán atribuibles a su comportamiento culposo y no al advenimiento del anotado suceso. Culpa e imprevisibilidad, por tanto, en un mismo supuesto fáctico, se excluyen tajantemente.

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

(...)

Y, por otra parte, en lo relacionado con (iii) la exterioridad de la causa extraña, si bien se ha señalado que dicho rasgo característico se contrae a determinar que aquella no puede ser imputable a la culpa del agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad, quizás sea lo más acertado sostener que la referida exterioridad se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, pues más allá de sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración □ al menos con efecto liberatorio pleno □ de causal de exoneración alguna, tampoco puede perderse de vista que existen supuestos en los cuales, a pesar de no existir culpa por parte del agente o del ente estatal demandado, tal consideración no es suficiente para eximirle de responsabilidad, como ocurre en los casos en los cuales el régimen de responsabilidad aplicable es de naturaleza objetiva, razón por la cual la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada³⁴. (Subrayado dentro del texto)

Así mismo, la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, ha indicado que³⁵, a efectos de que opere el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad, es necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder □ activo u omisivo □ de aquélla tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño. En ese orden de ideas, resulta dable concluir que para que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, es necesario que la conducta desplegada por la víctima sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño, no

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, Expediente No. 16.530.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, Expediente No. 18.886. C.P. Mauricio Fajardo Gómez

eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, su reparación estará rebajada en proporción a la participación de la víctima.³⁶

Finalmente, la doctrina especializada con apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha concluido que más allá de que la conducta de la víctima sea imprevisible o irresistible, **sí debe ser decisiva, determinante y exclusiva para generar el daño.**³⁷

X. CASO CONCRETO

10.1. Se encuentran las siguientes pruebas y hechos probados relevantes para la resolución del caso concreto:

v

1. Copia de registros civiles de nacimiento de los demandantes. (fol. 45-49,52-53 c1, 1-14, 16-19 c2).
2. Copia cédula de ciudadanía de la demandante GRACIELA MERCADO DE BANQUEZ. (fol. 15 c2).
3. Copia del registro civil de defunción del señor JHON JAIRO BANQUEZ MERCADO. (fol. 44 c1).
4. Copia de formato de evolución médica y notas de enfermería del 15 de octubre de 2015, en relación con la muerte del señor JHON JAIRO BANQUEZ MERCADO. (fol. 20-22 c1, 36, 39 c2).
5. Copia de la historia clínica de internos, fecha 14 de marzo de 2015, en la que se registró: *“Paciente que tiene pendiente valoración por psiquiatría”*. (fol.100 c, fol. 23 c2).
6. Copia de la historia clínica del señor JHON JAIRO BANQUEZ MERCADO. (fol. 24-31 c2).
7. Copia de informe de actividades de Policía Judicial en la defunción del interno JHON JAIRO BANQUEZ MERCADO. (fol. 32 c2).
8. Copia del acta de primer respondiente de policía judicial. (fol. 33-35 c2).

³⁶ En la anotada dirección, ha sostenido la Sala: *“El hecho de la víctima, al decir de los hermanos Mazeaud, sólo lleva “consigo la absolución completa” cuando “el presunto responsable pruebe la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho de la víctima. Si no se realiza esa prueba, el hecho de la víctima, cuando sea culposo y posea un vínculo de causalidad con el daño, produce una simple exoneración parcial: división de responsabilidad que se efectúa teniendo en cuenta la gravedad de la culpa de la víctima. Henri y León Mazeaud, Jean Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1960, pags. 332 y 333”*. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de mayo dos (02) de dos mil siete (2007); Expediente número: 190012331000199800031 01; Radicación: 24.972.

³⁷ Responsabilidad del Estado y sus regímenes, pag. 378, Orjulea Ruiz Wilson.

9. Copia del oficio 114 ECBOG-CCSB-0829 del 15 de octubre de 2015, dirigida por el Teniente Comandante de Compañía Simón Bolívar al director del EC Bogotá. (fol. 38 c2).
10. Copia de la cartilla biográfica del señor BANQUEZ MERCADO JHON JAIRO. (fol. 70-73 c1).
11. Copia del oficio 114-ECBOG-CCSB-0829 del 15 de octubre de 2015, dirigida por el Dragoneante ARIZA HERNANDEZ LIBARDO al director EC BOG. (fol. 74 c1, 37 c2).
12. Copia de la minuta de los hechos ocurridos el 15 de octubre de 2015. (fol. 90-94 c1).
13. Copia de la investigación disciplinaria adelantada por el INPEC por los hechos ocurridos el 15 de octubre de 2015, en los que falleció el señor BANQUEZ MERCADO JHON JAIRO. (fol. 123-139 c1).
14. En el expediente disciplinario obra copia de la cartilla biográfica del interno (fol. 59-63), copia de la inspección técnica al cadáver (fol. 64-72 c2).
15. Copia de las entrevistas realizadas por Policía Judicial con ocasión del deceso del señor JHON JAIRO BANQUEZ MERCADO. (fol. 73-78, 81-82 c2).
16. Copia del informe pericial de necropsia del señor JHON JAIRO BANQUEZ MERCADO, elaborado por Medicina Legal. (fol. 83-89 c2).
17. Copia de archivo de las diligencias proferido por la Fiscalía General de la Nación, por el presunto delito de homicidio, por la causal de: *“Cuando luego de adelantadas las averiguaciones resulta imposible o encontrar el sujeto activo de la acción”*. (fol. 89-92).

10.2. Del daño antijurídico.

En verificación de la ocurrencia o no de un daño antijurídico, la Sala, de conformidad con la Jurisprudencia³⁸ y la Doctrina³⁹ señala que se trata de la lesión, menoscabo, deterioro o afectación de un derecho, bien o interés jurídicamente tutelado de una persona, que no tiene el deber jurídico de soportar.

Contrastada la anterior acepción con las pruebas obrantes en el expediente, se tiene, en principio, probado el daño, en razón al fallecimiento del señor del JHON JAIRO

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-333/96. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero

³⁹ Orjuela Ruiz Wilson citando a Henao Juan Carlos en la Responsabilidad del Estado y sus regímenes. ECOE Ediciones Pg51.

BANQUEZ el 15 de octubre de 2015,⁴⁰ mientras se encontraba recluso en el EC Bogotá, Patio 1 A piso 3 pasillo 5 celda 83.⁴¹

10.3. De la imputación del daño.

En este punto, la Sala debe dilucidar si el daño antijurídico es atribuible fáctica o jurídicamente a la Entidad demandada, esto es, al INPEC.

Como se mencionó *supra*, el régimen de responsabilidad aplicable por daños causados a personas reclusas en establecimientos carcelarios o centros de detención, es de carácter objetivo, teniendo en cuenta que estas personas se encuentran bajo la vigilancia, custodia y protección del Estado y que, por razón del encarcelamiento, no están en capacidad plena de repeler por sí mismos las agresiones o ataques perpetrados por agentes estatales, por otros reclusos o por terceros particulares⁴².

Sin embargo, a pesar que en la mayoría de casos, los daños sufridos por los internos en los establecimientos penitenciarios o carcelarios, se analicen bajo un régimen objetivo de responsabilidad, como también se señaló en el marco conceptual de esta providencia, la Entidad demandada puede liberarse de su deber indemnizatorio si se verifica que concurrió una causal liberatoria de responsabilidad, tal como una causa extraña, esto es, el hecho de un tercero, el hecho exclusivo de la víctima, o la fuerza mayor.

En cuanto al eximente de responsabilidad del hecho exclusivo de la víctima, la doctrina especializada con apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha concluido que más allá de que la conducta de la víctima sea imprevisible o irresistible, **sí debe ser decisiva, determinante y exclusiva para generar el daño.**⁴³

Así las cosas, en el caso concreto, la Sala considera que fue el actuar de la víctima, el hecho decisivo, determinante y exclusivo que dio lugar a la ocurrencia del daño, es decir, su conducta fue lo que lo llevó a su propia muerte, tal y como se encuentra acreditado a partir de las diferentes pruebas documentales aportadas al expediente y que coinciden en su contenido, al señalar que aproximadamente a las 13:50 horas del día 15 de octubre de 2015, en el área educativas norte del pabellón 1 A, el señor JHON JAIRO BANQUEZ MERCADO, habría sufrido una caída desde el techo, sin que se encontrara en tal lugar por orden o instrucción del INPEC, sino por su voluntad propia.⁴⁴

Si bien, el INPEC tenía a su cargo el deber de vigilancia, custodia y cuidado de los internos, el Tribunal considera que en el juicio de imputación fáctica y jurídica, la

⁴⁰ Fol. 44 c1.

⁴¹ Fol. 71 c1.

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18.886, Mauricio Fajardo Gómez.

⁴³ Responsabilidad del Estado y sus regímenes, pag. 378, Orjulea Ruiz Wilson.

⁴⁴ Fol. 32 c2, 33-35 c2, 38 c2, 74 c1, 37 c2, 90-94 c1.

causa eficiente del daño, en ausencia de la cual se no habría producido, fue el hecho que el señor BANQUEZ MERCADO se encontrara por su propia cuenta en el tejado del pabellón 1 A del EC de Bogotá, y no la circunstancia que el INPEC no hubiera advertido que el señor BANQUEZ MERCADO se encontraba en el tejado, porque lo decisivo y determinante para la producción de la caída desde el tejado y muerte del recluso, fue que se encontrara en un lugar prohibido, es decir, un sitio no habilitado para el ingreso y circulación de personas, y en el que no tenía permitido estar.

Para ilustrar el nexo de causalidad, la Sala cita algunos apartes de la doctrina especializada sobre la materia, y respecto de lo cual, ha discernido⁴⁵:

“Imaginemos en primer lugar, el caso de la persona que durante una transfusión sanguínea en un centro hospitalario es contaminada con sida, con tan mala suerte que la víctima inicial, por fuera del hospital, contagia a terceras personas, las que a su turno transmiten el virus a otros individuos. En tales circunstancias, ¿será el centro hospitalario el causante jurídico y por ende el responsable del contagio sufrido por todas estas personas?

Imaginemos, además, el caso de una persona que debe ser hospitalizada como consecuencia de un accidente de tránsito, con tala mala suerte que estando hospitalizada es herida mortalmente con arma de fuego por un tercero. En tales circunstancias, ¿el conductor del vehículo que produjo el accidente se considerará causante del fallecimiento del paciente?

*En estos dos ejemplos extremos **repugna al buen sentido afirmar que quienes desataron el nexo causal deban ser los responsables de todos los daños que posteriormente se fueron sucediendo por una relación eslabonada de causas y efectos físicos. Algo nos indica que en un momento determinado, el juez debe llegar a la conclusión de que el causante inicial no puede responder indefinidamente de todos esos daños.** (...)* (Subrayas y negrillas agregadas).

En ese orden, el nexo causal podría explicarse desde dos teorías, (i) la de equivalencia de las condiciones y, (ii) la de la causalidad adecuada.

Sobre la teoría del nexo causal de la equivalencia de las condiciones, la doctrina especializada⁴⁶ ha señalado: *“De aplicarse con todo rigor dicha teoría, todo perjuicio sería directo y por lo tanto no cabría la distinción entre perjuicios directos e indirectos, **ya que todo daño debería considerarse producido por todos los fenómenos que en forma lejana o cercana estuvieren presentes en la cadena causal que terminó con su realización**”.* (Subrayas agregadas).

Por su parte, desde la teoría de la causalidad adecuada *“no todas las causas que intervienen en la producción de un efecto son equivalentes. En consecuencia, solo las*

⁴⁵ Tratado de responsabilidad civil, Javier Tamayo Jaramillo, segunda edición, séptima reimpresión. Pág. 374.

⁴⁶ Tratado de responsabilidad civil. Javier Tamayo Jaramillo. Séptima reimpresión.

que se consideren adecuadas tienen incidencia causal desde el punto de vista jurídico.”⁴⁷

Y para hallar la causa adecuada, la doctrina especializada ha discernido:

*“Finalmente, cualquiera sea la teoría de la causalidad que se acoja, lo cierto es que, salvo la excepción que veremos mas adelante, siempre es indispensable que el fenómeno que se estudia como posible causa sea **conditio sine qua non** del daño. Es decir, desde el punto de vista jurídico, **solo se considera causa del daño aquel fenómeno sin el cual el daño no se habría producido.**”⁴⁸ (Subrayas y negrillas de la Sala).*

Al respecto, el Consejo de Estado, de manera reiterada ha acogido la teoría de la causalidad adecuada, porque es desde esa teoría, o al menos desde la identificación de la causa eficiente y determinante del daño, que se ha estructurado los eximentes de responsabilidad.⁴⁹

“No puede perderse de vista, entonces, que el examen que se realiza, por parte del juzgador, en orden a dilucidar si una de las anotadas eximentes de responsabilidad se ha configurado, o no, en un caso concreto, implica concomitantemente averiguar y razonar en punto a la relevancia jurídica de la actuación de la entidad demandada dentro del proceso causal de producción del daño □ más allá de su relevancia física o material dentro de dicho íter □ atendiendo, de acuerdo con la postura que reiteradamente ha sostenido esta Corporación, a las exigencias derivadas de la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada. En el aludido orden de ideas, la aceptación de la posibilidad del advenimiento de una causa extraña que opere como causal liberatoria de la responsabilidad del ente demandado es, según se ha visto, plasmación y desarrollo de la teoría de la causalidad adecuada en la medida en que si se aplicara con todo rigor la teoría de la equivalencia de las condiciones, necesariamente habría que condenar, en todos los casos, al agente que causó físicamente el daño, ya que él ha obrado como una de las causas generadoras de aquél, sin importar que, a su vez, el mencionado daño pudiera haber sido el efecto de una causa anterior a la cual habría que atribuir, de forma exclusiva o concurrentemente con el agente que físicamente ocasionó la lesión, la responsabilidad derivada de la ocurrencia de ésta; por el contrario, aplicando la teoría de la causalidad adecuada, el juez tendrá la posibilidad de valorar si la causa externa fue el factor que, de manera exclusiva, o no, dio lugar al acaecimiento del daño, juicio que determinará si el correspondiente hecho externo a la actividad del demandado tiene la virtualidad de destruir el nexo de causalidad entre ésta y la lesión causada o, por el contrario, concurre con o no excluye a la conducta activa u omisiva □ del agente estatal en punto a la imputabilidad jurídica del deber de indemnizar.”

En conclusión, a juicio de la Sala, en consideración a que la causa del daño es aquel fenómeno sin el cual el daño no se hubiera producido, reitera entonces, que la muerte del señor BANQUEZ MERCADO tuvo causa en su propio actuar, por lo que se colige entonces, que se configuró en el caso, el eximente de responsabilidad de hecho

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Consejo de Estado, veintiséis (26) de marzo de dos mil ocho (2008) Radicación número: 85001-23-31-000-1997-00440-01(16530).

exclusivo de la víctima. En efecto, el interno ingresó por su cuenta y riesgo a un lugar del establecimiento en el que estaba prohibido ingresar, permanecer y/o circular, al parecer con el propósito de cruzar a otro patio. Además, como no se trata de un lugar habilitado para la circulación, las tejas o cubiertas no son bases adecuadas para resistir el peso de personas, a menos que se trate de personal autorizado, que conoce la estructura y cuenta con implementos de seguridad. En consecuencia, quien accede a esa parte de los edificios, sin autorización, lo hace por su cuenta y riesgo, desconociendo normas de disciplina interna que prohíben tales maniobras, y normas de seguridad que desaconsejan transitar sobre superficies no concebidas para tales propósitos.

Desde luego, las deberes de vigilancia y custodia no son absolutos, de manera que deberá en cada caso demostrarse que la guardia estaba advertida o conoció de la maniobra y, pese a ello, no hizo nada para evitarlo. La mera manifestación general hecha en los testimonios de que “los internos” utilizaban los tejados para trasladarse a otros patios, no sirve para demostrar que, en el caso específico, la guardia fue advertida o directamente advirtió sobre el cruce para otro patio a través del tejado por parte del interno Banquez Mercado, y no adoptó medidas para evitarlo. De admitirse la tesis del apelante acerca del alcance del deber de custodia y vigilancia, se llegaría al extremo de admitir que, si algún interno sufre un percance o pierde la vida en un intento de fuga por pasadizos o túneles clandestinos, tal daño sería imputable al establecimiento carcelario, en aplicación del régimen objetivo, en la medida en que el Estado era el garante de la integridad y seguridad del interno, lo cual resulta ciertamente irrazonable.

Sobre este particular, en cuanto a los reparos contenidos en el recurso de apelación, la Sala considera que el razonamiento del A quo no estaba dirigido a afirmar que el interno intentaba fugarse del EC de Bogotá, sino que como se observa en los oficios 114 ECBOG-CCSB-0829 del 15 de octubre de 2015⁵⁰ y 114-ECBOG-CCSB-0829 del 15 de octubre de 2015⁵¹, se tuvo como hipótesis la “fuga interna” del recluso, esto es, que su intención era pasar de un pabellón a otro, y no, fugarse de Establecimiento Carcelario.

En cuanto a la presunta negligencia de la demandada, como ya se consideró *supra*, si bien, el INPEC no advirtió que el señor BANQUEZ MERCADO hubiera estado caminando sobre un tejado del EC de Bogotá, lo cierto, es que a juicio de la Sala, la causa determinante y decisiva del daño, fue la circunstancia que el señor BANQUEZ MERCADO, contrariando el régimen de disciplina del establecimiento, estuviera por su propia cuenta y riesgo en el tejado del Pabellón 1 A, superficie que cedió ante el peso del interno produciendo su caída al vacío, la cual, estructuró la culpa exclusiva de la víctima en la concreción del daño. Ahora, a las instalaciones físicas del EC de Bogotá no es atribuible el daño, precisamente, porque la víctima se encontraba en un lugar en el que no tenía permitido encontrarse -tejado-

⁵⁰ Fol. 38 c2.

⁵¹ 74 c1 y 37 c2.

Finalmente, en la historia clínica del señor BANQUEZ JHON JAIRO, visible a folio 36 del cuaderno 2 de pruebas, en la que figura que el establecimiento carcelario es la Colonia Agrícola de Mínima Seguridad de Acacias, y que el lugar de procedencia era la EC Modelo, se anotó: *“Paciente que tiene pendiente valoración por psiquiatría.”*

Así mismo, la parte demandante en sus alegatos de conclusión en segunda instancia, argumentó con base en otras pruebas, tales como las anotaciones de la historia clínica de atención por odontología y la cartilla biográfica del recluso, que daba cuenta que su comportamiento se había tornado regular y malo, que el paciente requería valoración por la especialidad de psiquiatría.

Sin embargo, para la Sala, tal circunstancia no configura en modo alguno la responsabilidad de la demandada como lo pretende la apelante, en razón a que tales elementos no acreditan de manera idónea o fehaciente que la muerte del señor BANQUEZ MERCADO se debiera a la falta de atención psiquiátrica y, menos aún, que presentara una patología de orden mental. Esto es, con las pruebas aportadas por la parte demandante y las inferencias realizadas por la apelante, no se encuentra probado de manera determinante que la presunta afectación y/o falta de valoración psiquiátrica del señor BANQUEZ MERCADO, hubiera sido la causa de su comportamiento al subirse al tejado del EC de Bogotá, y su posterior muerte al caerse del tejado.

En conclusión, sobre este tópico, la parte demandante no aportó medios suasorios suficientes, pertinentes y concluyentes para estructurar la responsabilidad del INPEC soportada sobre una negligencia en torno a la necesidad de realizar una valoración psiquiátrica del señor BANQUEZ MERCADO, sino que se limitó a realizar inferencias con base en las pruebas aportadas al proceso, las cuales, no contienen los suficientes elementos para estructurar, ni como indicio ni, menos aún, como prueba directa, la responsabilidad del INPEC; de ellas, únicamente podrían inferirse hipótesis eventuales o indirectas, pero no un hecho probado con el que se pudiera concluir que la causa determinante del daño fue la falta de atención psiquiátrica a la víctima y de tal manera atribuir la responsabilidad de la muerte del recluso al INPEC.

En consecuencia, se procederá a confirmar la decisión contenida en la sentencia apelada.

XI. COSTAS PROCESALES

Ahora, de acuerdo con el artículo 361 del Código General del Proceso, las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho.

No obstante, la Sala considera que el artículo 188 del CPACA⁵², no contiene el imperativo de condenar en costas a la parte vencida, como quiera que, si bien

⁵² “CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia **dispondrá** sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”

establece que, “la sentencia *dispondrá* sobre las condenas en costas”, asume categórico que la alocución “*dispondrá*”, significa: “*mandar lo que se debe hacer*”⁵³, y la remisión que hace a la norma supletoria, antes Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, es solo para efectos de la liquidación y ejecución de las costas.

Teniendo en cuenta que en la jurisdicción contencioso administrativa, la condena en costas, no deviene como consecuencia de resultar vencido en el proceso, contrastado que conforme prescribe el artículo 103 del C.P.A.C.A., esta jurisdicción tiene por finalidad la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política, y que este compendio de garantías comprende en el ámbito de los artículos 2º y 230 Constitucionales, la realización de la justicia y el acceso a la administración de justicia, y que no se vislumbró una actuación temeraria de las partes, esta Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia del 13 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Cincuenta y Ocho (58) Administrativo de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: SIN condena en costas en esta instancia

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de Origen. Por Secretaría de esta Corporación **DÉJESE** las constancias del caso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
(Aprobado en sesión de la fecha, Sala N° 44).

FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado

JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado

MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
Magistrada

DRD

⁵³ Ver www.rae.es