



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
REPUBLICA DE COLOMBIA**

SALA SISTEMA ESCRITO

MAGISTRADA PONENTE MARTHA NURY VELÁSQUEZ BEDOYA

Medellín, diecisiete (17) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

ACCIÓN	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE	JORGE KISNER SCHUTZBERG Y OTROS
DEMANDADA	MUNICIPIO DE MEDELLÍN, INSTITUTO TECNOLÓGICO METROPOLITANO (I.T.M.) Y EL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO
RADICADO	05001 23 31 000 2010 02205 00
INSTANCIA	PRIMERA
PROVIDENCIA	SENTENCIA No. 020 DE 2016
TEMAS Y SUBTEMAS	PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA/ CONTROL DE CONVENCIONALIDAD/ DE LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO/ RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EN CASOS EN QUE SE DISCUTE LA MUERTE DE UN CONTRATISTA EN VIRTUD DE UN CONVENIO INTERADMINISTRATIVO/ ATENCIÓN A LA POBLACIÓN POSPENADA/ PERSPECTIVA DE GENERO/ PERJUICIOS MORALES, DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN/ PERJUICIOS POR PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL/ PERJUICIOS MATERIALES DE LUCRO CESANTE A FAVOR DE PADRES DE HIJOS MAYORES DE 25 AÑOS
DECISIÓN	CONCEDE PARCIALMENTE PRETENSIONES

I. ANTECEDENTES

Los señores **JORGE KISNER SCHUTZBERG, MARÍA ELENA MIRA DE KISNER, VIVIANA KISNER MIRA y SANDRA KISNER MIRA**, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa consagrado en el artículo 86 del C.C.A., formularon demanda en contra del **MUNICIPIO DE MEDELLÍN –ALCALDÍA DE MEDELLÍN-, EL INSTITUTO TECNOLÓGICO METROPOLITANO (I.T.M.) Y EL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO –INPEC-**, con el fin que se accedan a las siguientes:

1.- PRETENSIONES¹

1.- Que se declare que las entidades demandadas son administrativamente responsables de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados a los actores por la muerte de su hija y hermana MARJORIE KISNER MIRA, en hechos ocurridos el día 02 de diciembre de 2008, en el municipio de Medellín, mientras se desempeñaba como sicóloga para el INSTITUTO TECNOLÓGICO METROPOLITANO, a causa de las sucesivas y graves negligencias dentro del "Programa de atención integral con enfoque de género a la población carcelaria, excarcelaria y pospenada y su entorno socio-familiar.

2.- Como consecuencia de lo anterior, peticona que se condene a las demandadas a indemnizar solidariamente los siguientes perjuicios:

2.1.- Morales: Sufridos por cada uno de los demandantes, causados por el dolor, la angustia, la congoja, la pena que sufren como consecuencia del fallecimiento de su hija y hermana MARJORIE KISNER MIRA, *"quien además de ser violada fue desmembrada con características propias de prácticas psicópatas"* circunstancias que, considera, hacen de este caso una verdadera excepción a la tradicional cuantificación de los perjuicios morales, dada la *"brutalidad, ferocidad, bestialidad, barbarie, salvajismo, atrocidad y crueldad ininteligible e indescriptible"*; y que conlleva a estimar la indemnización de dichos perjuicios en SEISCIENTOS (600) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES para cada uno de los perjudicados.

2.2. Daño a la vida en relación: Padecidos por los actores, los que se tasan en SEISCIENTOS (600) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES para cada uno de ellos.

2.3. Materiales de lucro cesante (consolidado y futuro): experimentado por los señores JORGE KISNER SCHUTZBERG y MARÍA ELENA MIRA DE KISNER, *"estimados en por concepto de LUCRO CESANTE = \$64.749.874 en total es decir que corresponde para cada uno de los padres la suma de \$32.374.937,18. Por concepto de Lucro Cesante Futuro el total de \$411.261.240.04 correspondiendo a la Madre la suma de \$195.325.536,13 y para el Padre la suma de \$151.185.829,54, correspondiendo al Total del Lucro Cesante + LCF = la suma de \$476.011.114,04..."* –Fl. 5-

2.4. PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL que en la actualidad padecen los señores JORGE KISNER SCHUTZBERG (padre), MARÍA ELENA MIRA DE KISNER (madre), como consecuencia directa de la de la desaparición y muerte violenta de su hija MARJORIE KISNER MIRA,

¹ Cfr. Fl. 2 y ss.

REFERENCIA: REPARACIÓN DIRECTA
RADICADO: 05001 23 31 000 2010 02205 00
DEMANDANTE: JORGE KISNER SCHUTZBERG Y OTROS
DEMANDADO: MUNICIPIO DE MEDELLÍN Y OTROS

causados por el estrés postraumático que los aqueja y que les ha imposibilitado reemprender sus labores habituales y por consiguiente llevar una vida normal por la falta de concentración, desgano, depresión constante, pensamientos negativos, y que fueron tasados en la suma de \$64.535.250,22 para la madre y para el padre \$58.853.643,68.

3. Finalmente lo pretendido es que se ordene a los demandados dar cumplimiento a la sentencia o providencia que apruebe la conciliación, en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.A. Administrativo e imputar primero a intereses todo pago que hagan.

Pretensiones que se fundamentan en los siguientes,

2.-HECHOS

1.-Se afirma que MARJORIE KISNER MIRA, era una joven sicóloga con posgrado en Psicología Clínica, amigable, entregada al trabajo, en especial a la labor de ayudar a los demás, quien laboró en el programa de atención a la población de postpenados y reinsertados dentro del proceso que adelantaba la alcaldía de Medellín, y que desde hacía 9 meses estaba vinculada al área de Paz y Reconciliación, programa que realizaba la Alcaldía de Medellín en vínculo interadministrativo con el Instituto Tecnológico Metropolitano- Institución Universitaria y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC.

2.- Se advierte que la hoy occisa para el día 2 de septiembre de 2008 firmó el contrato de prestación de servicios P-2679 de 2008 con el Instituto Tecnológico Metropolitano, cuyo objeto era *"la prestación de servicios profesionales como contratista independiente, sin vínculo laboral, por su propia cuenta y riesgo en la Gestión de asesoría y acompañamiento psicológico en el componente de atención a pospenados postliberados (sic), en ejecución del Convenio Interadministrativo 4600005011 de 2008, referido a la Intervención Social en las cárceles de Bellavista, Máxima seguridad de Itagüí (sic) y Reclusión de Mujeres, formalizado entre el municipio de Medellín, Secretaría de Gobierno y el ITM..."*. El cual en su cláusula quinta, establecía sobre objetivos específicos, la de *"realizar 3 visitas domiciliarias a las familias de la población pospenada y excarcelada semanal (sic)"*, precisando al respecto que *"Estas visitas domiciliarias eran una novedad dentro de este programa, pues dichas visitas no se contemplaban dentro del plan y fueron una decisión tomada por las directivas del programa, quienes con el cambio de sede y el subsiguiente abandono del programa por parte de los pospenados al no desplazarse a la nueva sede, decidieron que de ese momento en adelante ellos irían donde los pospenados y no al contrario, como se venía haciendo y que era lo más prudente"*. De dicha actividad devengaba una suma mensual de \$2.200.000.

3. Se expresa que el Convenio Interadministrativo de Intervención Social en Cárceles y el Programa de Atención Integral con Enfoque de Género a la Población Carcelaria, Excarcelaría, Pospendada y su Entorno Sociofamiliar, *"busca el desarrollo humano integral, entendido éste como un enfoque del desarrollo y un esfuerzo permanente y sostenido para ampliar las oportunidades y capacidades de las personas, reconociendo sus necesidades e intereses diferenciales"*.

4.- Se dice que dentro de los pacientes que tenía asignados la joven KISNER MIRA en el programa mencionado, existía uno con quién ya había trabajado en la cárcel Bellavista, este era ROBERT ALEXANDER LÓPEZ, quien había estado privado de su libertad por delitos sexuales y porte de armas, por lo que siendo parte de la ejecución del objeto del contrato en el marco del Convenio Interadministrativo, no resultaba ser alguien extraño a la administración.

5. Cuentan los demandantes que en un principio el programa y la atención a los pospendados se desarrollaba en la sede principal de la Comisaría de El Bosque, pero que por cambio de destinación en el inmueble por parte de la Alcaldía, debió ser trasladada a la Comisaría de La América, lo que implicaba una mayor inversión de tiempo y dinero para acudir a la sede, y la gradual inasistencia a las reuniones por parte de los beneficiarios, lo que amenazó la continuidad del programa y motivó a la señora EDILMA ESCOBAR VALENCIA, Coordinadora del Programa, a considerar que así como se realizaban visitas domiciliarias a la población reinsertada, el grupo de visitantes, sociólogos, trabajadores y sicólogos debían efectuar las mismas a la población pospendada, objeto del Convenio de Intervención Social, a fin de garantizar su continuidad.

6.- Se indica que las sicólogas debían realizar tres visitas domiciliarias por semana, las cuales eran costeadas por ellas, pues aunque había un vehículo para su desplazamiento, solo era utilizado por la Coordinadora del Programa, la señora EDILMA ESCOBAR VALENCIA. Adicionalmente, no tenían ningún tipo de escarapela o chaleco, y estaban desprovistas de cualquier tipo de protección para las visitas a hombres que representaban un alto grado de peligrosidad, lo que motivó sus quejas no solo ante la falta de seguridad, sino también al error metodológico en que se incurría bajo dicha modalidad, manifestaciones que no fueron atendidas por las personas encargadas.

7. Relatan los actores que el día 02 de diciembre de 2008, MARJORIE KISNER MIRA salió a las 8:30 a.m. para comenzar sus labores, dentro de las cuales estaba visitar al señor ROBERT ALEXANDER LÓPEZ, quien residía en la CRA 36 # 65B - 10 del barrio Villahermosa, pero que a las 10 de la noche, su familia comenzó a preocuparse, pues la citada no contestaba el celular y en el trabajo no daban razón de ella, por lo que su hermana,

REFERENCIA: REPARACIÓN DIRECTA
RADICADO: 05001 23 31 000 2010 02205 00
DEMANDANTE: JORGE KISNER SCHUTZBERG Y OTROS
DEMANDADO: MUNICIPIO DE MEDELLÍN Y OTROS

VIVIANA KISNER MIRA, se comunicó con la línea de emergencias para reportar su desaparición. Luego de ello la policía se dirigió a la dirección suministrada, y en dicho domicilio, la señora BEATRIZ ELENA ARBOLEDA TABARES, manifestó que desconocía el paradero de su compañero ROBERT ALEXANDER LÓPEZ como de la sicóloga, pero reconoce que estuvieron reunidos en las horas de la mañana en la residencia.

8. Igualmente se expresó que *"En este momento, el programa de Intervención Social en Cárceles no tuvo ninguna respuesta operativa para dicha emergencia, y dentro de dichas instalaciones ni siquiera tenían certeza de la ubicación de MARJORIE KISNER, incluso a las 10:30 a.m. del día siguiente, de la sede del programa llamaron a los familiares para preguntarles el paradero, negligencia a todas luces evidente, pues era deber del director haber iniciado la búsqueda de manera inmediata y no por informaciones de su propia familia. De manera inmediata, las sospechas son dirigidas al señor ROBERT ALEXANDER LÓPEZ quien en un primer momento niega tener relación con los hechos y afirma haber dejado a la psicóloga en el paradero del bus"*

9.- Se manifiesta que el 5 de diciembre de 2008 y tras el asedio de las autoridades, es la compañera del señor López, Beatriz Elena Arboleda Tabares, quien indicó que el citado le confesó que había asesinado a la sicóloga MARJORIE KISNER MIRA, y que el cuerpo mutilado sería hallado en una construcción cercana a dicha dirección.

10. Con fundamento en lo anterior, refiere que los hechos constituyen una falta o falla en el servicio a cargo de los entes estatales demandados y/o un riesgo excepcional donde se alteraron las cargas públicas que debía soportar un ciudadano o si se quiere un daño antijurídico, en tanto que el mismo se produjo con ocasión del desarrollo de una labor dentro de un contrato de prestación de servicios entre MARJORIE KISNER MIRA y el INSTITUTO TECNOLÓGICO METROPOLITANO, en el horario establecido para ello y en función de la elaboración de las tareas propias encomendadas dentro de dicho contrato, que establecía la obligación de realizar tres visitas domiciliarias semanales.

11.- Se aduce que la abrupta desaparición de la joven MARJORIE KISNER MIRA ha constituido para sus padres JORGE KISNER SCHUTZBERG Y MARÍA HELENA MIRA DE KISNER, un verdadero trauma, dado el trastorno de estrés postraumático y el duelo patológico al verse enfrentados a asumir unas responsabilidades que no esperaban, circunstancias que incrementan el daño moral que vienen padeciendo y que les ha impedido reiniciar sus labores habituales, que a la fecha constituyen una merma de sus capacidades labores que estiman en un 80%.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

La parte actora invoca como fundamento jurídico de sus pretensiones, los artículos 2, 6, 11, 13, 23, 29, 31, 90 y 230 de la Constitución Política; Artículos 4 y 6 del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Sociales de las Naciones Unidas y de la Convención Americana de Derechos Humanos, vigentes entre nosotros como Leyes 74 de 1968 y 16 de 1972; Resolución N° 180398 de abril 7 de 2004; Artículo 86 del Código Contencioso Administrativo; Artículos 1613 y s.s. del Código Civil, y 2356 del Código Civil; Artículos 4, y 8 de la ley 153 de 1887; Decreto 2304 del 7 de octubre de 1989 y el Decreto 2651 de 1991, artículos 21 a 25; Ley 48 de 1993.

4.-POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

4.1.- EL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC-, contestó la demanda a folio 162 y s.s., indicando que se opone a la prosperidad de todas las declaraciones y condenas solicitadas por la demandante, considerando que la víctima nunca solicitó protección y que no es del resorte propio de las funciones del INPEC brindarla a personas que no se encuentren en calidad de detenidas al interior de un establecimiento carcelario.

Consideró que la actividad en la que lastimosamente perdió la vida la sicóloga, obedeció a su falta de interés por su propia vida e integridad física, al no solicitar más garantías para desarrollar la actividad, la cual era de su previo conocimiento conforme al objeto del contrato, así como de las calidades y cualidades de su agresor, y los delitos que cometió, antecedentes que no le importaron, asumiendo bajo su propia cuenta y riesgo tal obligación.

Manifestó que el hecho de que haya transcurrido un año y medio sin haber solicitado protección para la vida e integridad de la víctima, deja entrever la falta de preocupación tanto de la occisa como de su familia, y que de ser ciertas las quejas elevadas por las sicólogas sobre la seguridad y el método empleado en el programa, se hubiesen aportado sus copias al proceso. Por lo que lo acaecido solamente puede ser atribuible única y exclusivamente a la víctima, pues tanto ella como su familia conocían las calidades y calidades de las personas que debían ser atendidas en el marco de la ejecución del contrato, precisando que los invadió la confianza y subestimaron la peligrosidad de la población encomendada en el programa.

Indicó que las labores de la sicóloga con relación a sus obligaciones no era con el INPEC, motivo por el cual el Instituto no sabía el lugar donde iba a realizar la actividad día a día, cuál interno atendería, ni cuál funcionaria se desplazaría para el desarrollo del programa, situación que era controlada

REFERENCIA: REPARACIÓN DIRECTA
RADICADO: 05001 23 31 000 2010 02205 00
DEMANDANTE: JORGE KISNER SCHUTZBERG Y OTROS
DEMANDADO: MUNICIPIO DE MEDELLÍN Y OTROS

por la señora EDILMA ESCOBAR VALENCIA, tal como lo corrobora la parte demandante en los hechos, y que habiendo recuperado la libertad el victimario, ya no hace parte de la tutela de la Institución, en otras palabras, afirma que ello ocurrió por el hecho de un tercero.

Finalmente, llama la atención que la parte demandante no se haya constituido en parte civil en el proceso penal ante la respectiva autoridad competente, donde el agresor estaba plenamente identificado e individualizado, para así adelantar el correspondiente incidente de reparación integral para obtener la indemnización, que considera, pretende trasladarse a la entidad que representa, por lo que concluye, no existe relación de causalidad.

Como excepciones de mérito propuso:

- Indebida representación en la causa por pasiva: Por lo que no existe vínculo u obligación contractual, legal o constitucional entre la Institución y las imputaciones de responsabilidad que se pretenden.
- Culpa exclusiva de la víctima: Al ejercer funciones que no eran propias del contrato celebrado, como las visitas domiciliarias a la población pospenada, actividad que considera nunca fue pactada.
- Culpa exclusiva de un tercero: Los hechos bajo los cuales falleció la víctima, fueron generados por un tercero ajeno al INPEC.
- Ausencia de nexo y relación de causalidad: Los hechos generadores del daño no fueron causados por la entidad, por lo que no existiendo nexo alguno, no se le puede atribuir responsabilidad.
- Excesiva cuantificación de los perjuicios morales: Al no existir parámetros objetivos para su tasación, queda un margen donde el juez puede moverse a su arbitrio, atendiendo en todo caso los principios que rigen la reparación integral, alejándose de sanciones o indemnizaciones de carácter punitivo.
- Cualquier otra que resulte probada en el proceso.

4.2. El INSTITUTO TÉCNICO METROPOLITANO –ITM–, presentó la contestación de la demanda a folio 217 y s.s., oponiéndose a todas sus pretensiones, al considerar *"que NO existe relación de causalidad entre los hechos que conllevaron a la muerte de la Contratista MARJORIE KISNER MIRA y el Contrato de Prestación de Servicios que existió con el Instituto que represento judicialmente"*.

Afirma que el contrato que venía desarrollando la víctima gozaba de condiciones similares al que ejecutaba años atrás y frente a la misma persona que le ocasionó la muerte, lo que de conformidad a la formación académica que tenía y su vasta experiencia, estaba en condiciones de determinar si su agresor representaba para ella alguna fuente de peligro o riesgo, más aún cuando conocía suficientemente las personas a su cargo, por lo que considera como evidente, que la muerte de la sicóloga tenga su razón de ser en *"el exceso de su confianza, a la falta de prevenir por ella lo que le era previsible, como también a la modificación unilateral que hizo la Contratista al objeto del contrato"*, pues habiéndose establecido como una obligación contractual específica la visita semanal a la familia de tres pospenados, la realizada a su agresor en un horario en que se encontraba a solas hace que no sea posible atribuirle responsabilidad alguna al Instituto tratándose de la culpa exclusiva de la víctima.

Por otra parte, indicó que el homicidio fue cometido por una persona con la cual el ITM no tiene vínculo alguno, así como tampoco ocurrió por un incumplimiento contractual, por lo que estima como absolutamente claro que no existe tal falla en el servicio, pues todas las obligaciones convenidas en el contrato fueron cumplidas en los distintos períodos de ejecución entre ambas partes.

Propuso como excepciones de fondo las siguientes:

- Culpa exclusiva de la víctima: Con base a que MARJORIE KISNER MIRA tenía suficientes conocimientos en sicología, su agresor y su familia, y con el tratamiento que le llevaba desde hace años, podía determinar o no si quien le causó la muerte representaba alguna fuente de peligro; no solicitó protección con relación a sus funciones; asumió el desarrollo del contrato por su propia cuenta y riesgo; solo para ella era previsible el hecho que le causó la muerte.
- Carencia de nexo causal: Los hechos en los que la sicóloga perdió la vida son situaciones totalmente ajenas al Instituto, originados en el exceso de confianza en que incurrió frente a su victimario, por lo que no existe nexo causal.
- Culpa exclusiva de un tercero: Para el ITM no era previsible que se presentaran tales circunstancias, ni hay constancia que indica que haya dejado de hacer lo necesario para evitarlo, por lo que siendo la causa de la muerte de la víctima el hecho exclusivo de un tercero que no es ni ha sido dependiente del Instituto, al no haber nexo causal, no es posible atribuirle responsabilidad alguna a la entidad.

REFERENCIA: REPARACIÓN DIRECTA
 RADICADO: 05001 23 31 000 2010 02205 00
 DEMANDANTE: JORGE KISNER SCHUTZBERG Y OTROS
 DEMANDADO: MUNICIPIO DE MEDELLÍN Y OTROS

4.3. EL MUNICIPIO DE MEDELLÍN, contestó la demanda a folio 232 y s.s., donde se opuso a las pretensiones de la parte demandante, al considerar que no se encuentran estructurados los elementos necesarios para atribuirle responsabilidad alguna a la entidad.

Con relación a los hechos aduce que no le constan y que deberán probarse todas y cada una de las afirmaciones insertas en la narración de estos, precisando que:

"El demandante está imputando jurídicamente la responsabilidad entre otros al municipio de Medellín, por las presuntas omisiones en que incurrió al brindarle seguridad a la contratista del INSTITUTO TECNOLÓGICO METROPOLITANO (ITM) MARJORIE KISNER MIRA, en la prestación del servicio a que ella se comprometió con la suscripción del contrato P-2679 del 2 de septiembre de 2008, cuando no existe un solo elemento de prueba concreto en el que ella, - con los conocimientos científicos de que disponía, en tanto sicóloga clínica, aunado al conocimiento que de tiempo atrás tenía con el paciente y beneficiario del programa de atención a la población pospenada de la Ciudad, ROBERT ALEXANDER LÓPEZ- hubiese advertido algún peligro en la prestación del servicio para el que fue contratada por el ITM.

Es, por no decir otra cosa, insólito, que a una entidad como el municipio de Medellín, se le pretenda imputar la responsabilidad por un hecho que era abiertamente imprevisible, en tanto en ningún momento, la contratista hizo alusión o solicitud alguna encaminada a obtener una protección especial, que de haber sido solicitada o explicitada una situación anormal en la prestación del servicio, así no hubiera estado dentro de las obligaciones contractuales adquirido por el ITM, seguramente se hubieran tomado las medidas de rigor, como por ejemplo dejar de atender al pos penado en su domicilio, etc..

(...)

Si alguien se encontraba capacitada para dimensionar o prever el peligro que significaba el señor ROBERT ALEXANDER LÓPEX, era precisamente la sicóloga MARJORIE KISNER MIRA, quien contaba, como está probado, con un posgrado en psicología clínica y conocía muy bien al paciente y a su esposa, la señora BEATRIZ ELENA ARBOLEDA, con quien también había tenido contacto, en tanto ella participaba de las actividades familiares programadas por MARJORIE en ejecución del contrato celebrado."

Seguidamente indicó las razones jurídicas de la defensa y propuso las siguientes excepciones de mérito, así:

- Existencia de concausas en la producción del daño; incidencia del hecho de la víctima: Para el apoderado, la sicóloga contaba con los elementos de juicio y científicos suficientes para que el hecho le fuese previsible, no solo por su preparación académica sino por la atención a su agresor en calidad de paciente desde años atrás, realizando una visita domiciliaria en un horario donde sabía que la compañera sentimental del victimario no estaría, siendo ella la destinataria directa del acompañamiento profesional al ser el núcleo familiar inmediato del agresor, lo que constituye una actuación imprudente por parte de la sicóloga y aquello que incidiera en la lamentable producción del daño, pues actuaba por fuera de la órbita contractual, exponiéndose de forma consciente al riesgo.

- El Municipio no cometió ni material, ni jurídicamente el hecho: Considera que el homicidio de que fue víctima la sicóloga, fue producto del obrar criminal de quien se encuentra penalmente condenado, y las circunstancias en que fue cometido, se escapan a las posibilidades de previsión de la entidad, pues era a la víctima a quien le correspondía el análisis de la personalidad del homicida, quien no advirtió ni al Municipio ni al ITM elementos que pudiesen permitir impedir la ocurrencia del hecho.

- Inexistencia de nexo causal: Indicó que en el caso bajo estudio son varios los factores que contribuyeron a la producción del daño, es decir, concausas, tales como fueran el contrato de prestación de servicios celebrado en razón a su preparación académica como sicóloga especializada en sicología clínica; las capacidades personales y profesiones de la víctima; la relación especialista-paciente de tiempo atrás entre la sicóloga y su homicida, que estando cobijados bajo el secreto profesional, tanto el Municipio como el ITM carecían de elementos para prevenir el daño; que la contratista se obligó por su propia cuenta y riesgo; que siendo la visita del 2 de diciembre de 2008 en ausencia de la familia del pospenado, la misma es ajena a las obligaciones contractuales, y; que el fatal desenlace no fue previsible para ella ni para el Municipio de Medellín.

- Falta de legitimación en la causa por pasiva: Al no ser el hecho generador del daño imputable al Municipio, en consecuencia, no está legitimada en la causa por pasiva.

- Excesiva tasación de los perjuicios inmateriales y materiales: Indicó que la tasación de ambos perjuicios pretendidos en la demanda son excesivos, y que dicha práctica generalizada debe ser corregida en virtud de la ley 1395 que establece consecuencias jurídicas para el efecto.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de la oportunidad legal se registraron las siguientes intervenciones:

5.1. La PARTE DEMANDANTE en memorial visible a folio 844 y s.s. del cuaderno No. 2, alegó de conclusión solicitando se accediera a las súplicas de la demanda, en tanto que con las pruebas obrantes en el proceso, se encuentra plenamente acreditado el vínculo contractual entre la sicóloga MARJORIE KISNER MIRA y el INSTITUTO TECNOLÓGICO DE MEDELLÍN – ITM-, en el marco del Convenio Interadministrativo suscrito entre dicha entidad y el Municipio de Medellín, así como el parentesco existente entre los demandantes y la víctima, la legitimación en la causa por activa, el hecho de la muerte de la víctima en razón a la relación profesional con su homicida, y la variación en el objeto y la modificación de las obligaciones del contratista en los distintos contratos de prestación de servicios celebrados y

REFERENCIA: REPARACIÓN DIRECTA
RADICADO: 05001 23 31 000 2010 02205 00
DEMANDANTE: JORGE KISNER SCHUTZBERG Y OTROS
DEMANDADO: MUNICIPIO DE MEDELLÍN Y OTROS

sus respectivas renovaciones, los que dan cuenta de la relación del proyecto desarrollado con pospenados, excarcelados y sus familias, con el programa de Paz y Reconciliación, cuya población objeto tiene características y manejo totalmente distinto.

Manifestó que si bien el contrato de prestación de servicios fue suscrito por la contratista por su propia cuenta y riesgo, el ITM, adscrito al Municipio de Medellín, como sujeto de derecho público, además de atender los mandatos del Estatuto General de Contratación y las obligaciones derivadas del contrato, debía garantizar de manera efectiva el ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política y las demás normas internacionales de Derechos Humanos ratificadas por Colombia, en atención a su posición de garante, *"de donde resulta, que las obligaciones contractuales por ellos estipulados en el contrato debieron considerar las condiciones mínimas que garantizaran la seguridad, integridad personal y vida de la Contratista, evitando de este modo general un desequilibrio en las cargas públicas que la misma, no como contratista, sino como ciudadana debía soportar"*.

Expresó que los riesgos que acarreaban las visitas domiciliarias fueron reiteradamente manifestados por el grupo de sicólogos en las reuniones con los distintos coordinadores de los componentes del programa, por lo que sí era previsible el fatal desenlace para la administración, quien en su papel de garante, no de contratante, debió adoptar todas las medidas preventivas suficientes para la ejecución del contrato en condiciones de seguridad, que contrario a lo expuesto por el demandado, se logró probar que la actividad domiciliaria se desarrolló de manera improvisada, con un aprendizaje en marcha, sin mediar planeación o valoración de los riesgos.

Consecuencia de lo anterior, considera que no procede atribuir a la víctima la responsabilidad de su muerte, pues la variación en el objeto contractual y sus obligaciones fue adelantado unilateralmente por el contratante, siendo la calidad y responsabilidad profesional de la sicóloga lo que la impulsó a continuar con el contrato, aún con su deseo de querer finalizar dicho vínculo jurídico por las condiciones de seguridad.

Finalmente, indicó que si bien el Convenio Interadministrativo no se encuentra suscrito por el INPEC, los programas con los pospenados hacen parte de sus obligaciones legales, por lo que la Institución se encuentra en posición de garantía con respecto a una adecuada ejecución de los mismos, para el caso concreto, en poner a disposición de los contratistas toda la información relacionada con los antecedentes de las personas que serían atendidas en la ejecución del programa, brindando de esta forma elementos idóneos para el ejercicio de sus funciones y autocuidado.

5.2. EL MUNICIPIO DE MEDELLÍN, presentó su alegato de conclusión a folio 867 y s.s. del cuaderno No. 2 dentro del término legal establecido, manifestando en un primer momento que ninguna de las reglas estructurales de la responsabilidad del Estado se encuentra demostrada en el proceso, contrario a los medios de defensa esbozados por él, los que se hallan perfectamente acreditados.

Sobre la existencia de concausas en la producción del daño presentada como excepción, indicó que la visita de la víctima, sicóloga MARJORIE KISNER MIRA, al señor ROBERT ALEXANDER LÓPEZ, su victimario, en un horario en que no se encontraba su familia en la residencia, sobre quienes recaía la atención domiciliaria de conformidad al contrato, aunado a los elementos de juicio y científicos reunidos por la sicóloga en su formación académica, experiencia, y trabajo adelantado con el homicida en años anteriores, la convertía en la persona más idónea para determinar si su paciente constituía o no alguna fuente de peligro o riesgo, lo que se traduce en una imprudencia de su parte y una consecuente incidencia en la producción del daño.

Por último, adviera que de las pruebas recaudadas se desprende que el lamentable homicidio de la sicóloga no fue causado ni material ni jurídicamente por el Municipio, sino por ROBERT ALEXANDER LÓPEZ, quien se encuentra penalmente condenado, por lo que no puede afirmarse que la entidad que representa ostentara posición de garante con respecto a una visita adelantada por la víctima en una actividad que desbordaba las obligaciones contractuales, toda vez que ella tenía previo conocimiento que la familia del pospenado no se hallaría en la residencia, por lo que dicha visita puede clasificarse como cualquier otra de carácter social o sentimental, pero no en cumplimiento del Programa de Paz y Reconciliación.

5.3. EL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC-, concluyó en su alegato obrante a folio 885 y s.s. del cuaderno No. 2, que no se demostró la presunta falla en el servicio en la que pueda haber incurrido la Administración, ni que el daño generado sea atribuible a esta, toda vez que no hubo vínculo contractual con la víctima, pues de conformidad con el artículo 14 de la ley 65 de 1993 y el principio de legalidad, el INPEC no tiene competencia para actuar con pospenados fuera de los establecimientos de reclusión.

Indicó que las excepciones propuestas en la etapa de contestación de la demanda fueron acreditadas con el caudal probatorio reunido, tales como fueran la falta de legitimación en la causa por pasiva, en virtud de la ausencia de norma o convenio alguno que faculte a la Institución para adelantar actividades como las desarrolladas por el Municipio y el ITM, ni siquiera como base de datos, por cuanto quedó probado que las

REFERENCIA: REPARACIÓN DIRECTA
RADICADO: 05001 23 31 000 2010 02205 00
DEMANDANTE: JORGE KISNER SCHUTZBERG Y OTROS
DEMANDADO: MUNICIPIO DE MEDELLÍN Y OTROS

Inscripciones a los pospenados se hacían en la sede destinada por la Alcaldía para ello; el hecho exclusivo y determinante de un tercero, y la inexistencia del nexo causal, toda vez que tratándose de un contrato de prestación de servicios, fue la contratista quien se obligó por su propia cuenta y riesgo.

5.4. EL INSTITUTO TECNOLÓGICO DE MEDELLÍN -ITM-, presentó su alegato de conclusión a folio 895 y s.s. del cuaderno No. 2 conforme a los términos concedidos, indicando en primer lugar, que la entidad ha cumplido con la carga probatoria que le corresponde, quedando acreditados la existencia de cada uno de los hechos contenidos en la contestación de la demanda, tales como fueran la existencia del vínculo jurídico con la víctima, por medio de un contrato de prestación de servicios por su propia cuenta y riesgo, lo que aunado a sus calidades académicas y profesionales, da cuenta de su conocimiento sobre los riesgos inherentes a la ejecución del contrato y sus condiciones, pues solo para ella era previsible cualquier peligro por los años de trabajo con su homicida. Además, agrega que la visita realizada el día del homicidio fue en un horario en que la sicóloga sabía que su victimario estaría solo, pues tratándose de un horario laboral, la familia del pospenado como destinatarios de la visita domiciliaria estarían ausentes, horario que conforme a la autonomía técnica de la modalidad contractual era seleccionado por la contratista.

Adujo que la sicóloga nunca puso en conocimiento de las entidades situación alguna de peligrosidad en los informes por ella presentados y anexos en la contestación de la demanda, y que hasta la fecha de su muerte, nunca le fue modificado el contrato, por lo que si ella debía usar dos buses para ejecutar las funciones del mismo, es porque así lo asumió al suscribirlo, contrato que en ningún momento fue incumplido por el Instituto, de lo que no obra en el proceso una sola prueba en ese sentido, o que tal circunstancia haya desembocado en el hecho generador del daño imputado.

Por último, concluyó que con relación al duelo patológico alegado por los demandantes, quedó acreditado en virtud del dictamen pericial realizado, que dicha patología no tiene su fuente directa en la muerte de la sicóloga, por lo que desvirtuado el nexo causal y no habiendo cumplido los accionantes con su carga probatoria, las excepciones de mérito propuestas están llamadas a prosperar.

6. POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Judicial delegado ante esta Corporación, se abstuvo de intervenir en esta etapa del proceso.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. COMPETENCIA.

El numeral 6º del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, señala:

"Artículo 132. Modificado. L. 446/98, art. 40. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

...6. De los de reparación directa cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales."

Igualmente es competente el Tribunal Administrativo de Antioquia para decidir la controversia propuesta por la parte accionante en contra de los entes accionados, de conformidad con el acuerdo **PSAA15-10414 del 30 de noviembre de 2015 del Consejo Superior de la Judicatura** y en el Acuerdo **CSJAA15-1206 del 10 de diciembre de 2015**, a lo que se presta en los párrafos siguientes.

2. PRESUPUESTOS PROCESALES.

La demanda fue presentada oportunamente, en relación con la fecha en que sucedieron los hechos, con lo cual se descarta una posible caducidad, en los términos previstos en el artículo 136 numeral 8º del Código Contencioso Administrativo para el ejercicio de la acción de Reparación Directa.

Se encuentran además acreditados los demás presupuestos de la acción, la pretensión y la demanda, lo que imponen una decisión de fondo para el asunto.

No encontrándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede esta Sala a decidir el fondo del asunto.

3. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *IURA NOVIT CURIA* -EL JUEZ CONOCE EL DERECHO- Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

3.1.- Los procesos de responsabilidad, son de creación preponderantemente pretoriana, que se resuelven no únicamente con fundamento en normas legales sino en principios generales, en cuyo caso, por aplicación del principio *iura novit curia*, al juez se le dan los hechos y él aplica el derecho que al caso corresponda, con prescindencia de los argumentos jurídicos que en el libelo y en las posteriores actuaciones de los sujetos procesales intervinientes se hubieran expresado, distinto a lo que

REFERENCIA: REPARACIÓN DIRECTA
 RADICADO: 05001 23 31 000 2010 02205 00
 DEMANDANTE: JORGE KISNER SCHUTZBERG Y OTROS
 DEMANDADO: MUNICIPIO DE MEDELLÍN Y OTROS

sucede en otras acciones como la de nulidad y restablecimiento del derecho, donde el juez se desenvuelve dentro del marco normativo y el concepto de violación que señala la parte.

Por tal motivo, cuando se reclama la reparación de un daño por medio de una indemnización, es tarea del juez interpretar la demanda, y si es del caso, con base en los supuestos fácticos que como causa para pedir estén consignados en el libelo, determinar cuál es verdaderamente el derecho que se ha de aplicar para encontrar la solución que más apropiada resulte atendiendo al concepto de la *lógica del caso concreto –cada caso es cada caso–*. Por demás está decir, que en desarrollo de esa labor puede incluso modificar o hasta apartarse de los fundamentos jurídicos expresados en la demanda y resolver la contienda con criterios jurídicos que las partes ni siquiera hubieran debatido, cosa que con frecuencia ocurre en relación concretamente con el régimen de imputación invocado por la parte actora para solucionar el asunto propuesto, ocurriendo que la parte puede haber invocado uno específicamente, y el juez, frente a los hechos alegados y probados, tiene el deber de definir el régimen de responsabilidad que resulta aplicable al caso.

3.2. Aplicación del control de convencionalidad. Sobre el principio de convencionalidad, el Consejo de Estado ha reiterado en su jurisprudencia²:

"El juez de daños como juez de convencionalidad en el ordenamiento interno, tiene la facultad para revisar el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos por parte de las autoridades públicas internas. En ese orden, si bien el control de convencionalidad, visto como una técnica de orden estatal, le sirve al juez de daños para ejercer un control objetivo de constatación del cumplimiento de obligaciones internacionales, también le sirve para confrontar la posible abstención de una obligación de hacer, que nace de un estándar funcional de origen internacional, de allí que, en caso de concretarse un daño antijurídico, este le puede ser imputable al Estado. (...) Por lo tanto, el control de convencionalidad proporciona al juez de daños una herramienta que le permite, a partir del prisma de normas supralegislativas en las que se reflejan los comportamientos estatales, identificar las obligaciones vinculantes a cargo del Estado y fundar la responsabilidad de este cuando se produce un daño antijurídico derivado del incumplimiento de dicho estándar funcional".

4.- DEL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

De conformidad con la controversia expuesta, corresponde a la Sala determinar si existe responsabilidad del Estado en cabeza de los demandados, por los daños generados a los demandantes, con ocasión de la muerte de la sicóloga MARJORIE KISNER MIRA en la ejecución de un contrato de prestación de servicios suscrito con el Instituto Tecnológico de Medellín –ITM–, en el marco de un Convenio Interadministrativo de Intervención Social con la población pospenada.

² Consejo de Estado, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Exp. No. 32988.

5. FUNDAMENTO NORMATIVO

5.1. El artículo 90 de la Constitución Nacional, consagró expresamente la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables. El mandato en cita establece:

"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas."

Significa lo anterior, que el Estado debe reparar los daños y perjuicios que le irroque a los particulares siempre y cuando aquellos no estén obligados a soportarlos por imperativo explícito u otro vínculo jurídico, como consecuencia de una acción u omisión de una autoridad pública.

5.2. El artículo 86 del Código Contencioso Administrativo consagra la acción de Reparación Directa, la que brinda la posibilidad al interesado de demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

6.- DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD.

Respecto el título de imputación se debe hacer alguna precisión general, pues básicamente se han decantado tres títulos, a saber: i) Falla (probada y presunta), ii) Riesgo excepcional, iii) Daño especial³. Y se insiste sobre el tema, porque dependiendo del título de imputación alegado, consecuentemente, se deberá acentuar la prueba de los presupuestos, que para cada uno se han depurado por la doctrina y jurisprudencia, de lo que dependerá finalmente la decisión judicial.

6.1. Para determinar la responsabilidad del Estado es imperante establecer una serie de presupuestos, entre los que se encuentran **i)** que el daño sufrido por la víctima fue causado por la entidad demandada, **ii)** que le es imputable a dicha entidad, y **iii)** que tenga el carácter de antijurídico. Lo que finalmente se puede resumir en la imputabilidad y el daño antijurídico.

La interpretación entonces que se ha dado, es que el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado es predominantemente objetivo, en cuyo evento al demandante le corresponde probar el daño y la relación causal, y el demandado podrá exonerarse al demostrar causa extraña, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.

³ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de agosto de 2007, radicado 15.724, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

REFERENCIA: REPARACIÓN DIRECTA
 RADICADO: 05001 23 31 000 2010 02205 00
 DEMANDANTE: JORGE KISNER SCHUTZBERG Y OTROS
 DEMANDADO: MUNICIPIO DE MEDELLÍN Y OTROS

En ese orden de ideas, para que proceda la declaratoria de responsabilidad debe estar demostrado dentro del proceso, o existir elementos probatorios de los cuales se deduzca con un grado grande de certeza que el estado a través de sus agentes causó el daño.

6.2.- En consonancia con lo anterior, sería entonces necesario examinar si el daño se causó por una falla del servicio, por la exposición de la persona a un riesgo excepcional o por la causación de un daño especial, anormal, extraordinario, en el ejercicio de una actividad lícita o en el cumplimiento de sus funciones, todo con el fin de precisar a quién corresponde la carga probatoria, qué elementos debe probar cada uno de los extremos de la litis, y cuáles son las causales eximentes de responsabilidad.

Una vez determinado que existe un daño antijurídico, se precisaría el título de imputación, donde estaría el régimen común de la falla del servicio, el cual supone un incumplimiento imputable al Estado de sus obligaciones en proteger la vida, bienes, honra y demás bienes jurídicos, tal como lo señala el artículo 2 de la Constitución Política. Correspondiéndole al actor probar el hecho, la falla, el daño y el nexo de causalidad.

De otro lado, los conocidos como regímenes de responsabilidad objetivo, donde sólo se requiere probar el hecho dañoso, que lo constituye la actividad desplegada por el agente y que puso en riesgo, el daño y el nexo de causalidad entre uno y otro.

En este último evento, la entidad podrá exonerarse demostrando la culpa exclusiva de la víctima, el hecho de un tercero, o la fuerza mayor y, en el régimen de la falla o falta del servicio, podrá probar la ausencia de falla, o sea que su actuar fue diligente y cuidadoso.

6.3.- Ha dicho entonces la jurisprudencia, que debe el juez examinar en cada caso el régimen aplicable, teniendo en cuenta las particularidades del mismo, evaluando la previsibilidad o no del daño, y las circunstancias que rodearon los hechos, entre otros.

Se puede concluir a grandes rasgos que existen los siguientes títulos de imputación: Falla probada del servicio, Riesgo excepcional y Daño especial, y sólo a partir del desarrollo de los hechos, de las personas que intervienen, de los instrumentos que se utilizan o con los cuales se causó el perjuicio, se determina el título de imputación aplicable a cada caso.

Es importante entonces realizar un juicio de adecuación, el que ubica como residuales a los regímenes objetivos, **privilegiando en todo caso el subjetivo - falla-**, pues permite además de materializar el papel pedagógico que le incumbe al Juez Contencioso Administrativo, que la

Nación, en los eventos que resulte condenada, repita contra sus agentes cuando obraron de manera negligente o dolosa (Inciso 2º del Art. 90 Superior).

6.4.-El H. Consejo de Estado se ha pronunciado respecto de la responsabilidad del Estado en accidentes padecidos por contratistas así⁴:

"(...)

4. Valoración probatoria y conclusiones.

Las pruebas transcritas evidencian que, el 8 de noviembre de 2000, el Fondo Nacional de Caminos Vecinales y el municipio de El Dovio celebraron el convenio interadministrativo 11-0655-0-2000-, cuyo objeto era el mejoramiento, mantenimiento y rehabilitación de la red terciaria a nivel nacional, a través de la generación de empleo temporal mediante el programa "Alianza" y que el mencionado municipio se obligó a aportar a dicho convenio la suma de \$16'000.000 los cuales estaban representados en especie (maquinaria, materiales, mano de obra, etc.).

Asimismo, está demostrado que el convenio referido tenía como propósito apoyar a las comunidades y hacer que éstas participaran en las obras, mediante la mano de obra no calificada y para tal cometido el municipio del El Dovio se comprometió a vincular al programa "Alianza" a las Juntas de Acción Comunal y/o a los comités viales, los cuales estaban integrados por miembros de la comunidad.

Con la prueba testimonial referida, está probado que el alcalde del municipio de El Dovio contrató verbalmente a los señores Alvaro Rodríguez Soto (quien en ese momento era el Presidente de la Junta de Acción Comunal de la vereda La Pradera), Germán Rodríguez Soto, Venancio Labio Osnas, Alvaro Rodríguez Rodríguez y, aproximadamente, a 8 o 9 personas más, entre ellas, el señor José Gregorio Rodríguez Gallego, para que realizaran las labores descritas en el parágrafo primero de la cláusula quinta del referido convenio interadministrativo, las cuales consistían, entre otras, en tapar - con los materiales (balastros) que estaban en la orilla de la vía- los huecos de la carretera que de la vereda La Pradera conduce a la vereda Altamirano, realizar bacheo y excavación manual.

Está demostrado que, el 26 de marzo de 2001, en instantes en que el señor José Gregorio Rodríguez Gallego extraía una piedra de un barranco que estaba a un costado la carretera, un alud de tierra se le vino encima y lo cubrió de la cabeza para abajo y que sus compañeros de trabajo lo rescataron y trasladaron al Hospital Universitario del Valle, Evaristo García, en donde le brindaron los primeros auxilios y le realizaron los procedimientos médicos que requería.

Se acreditó que, como consecuencia del mencionado accidente, el señor José Gregorio Rodríguez Gallego sufrió amputación supracondilea de la pierna derecha y que, debido a la fractura conminuta que padeció en el fémur de su pierna izquierda, durante varios meses tuvo que utilizar material de osteosíntesis, lo cual, según la Junta de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, le causó una pérdida de su capacidad laboral del 53,03%.

Así las cosas, si bien esta jurisdicción no es la competente para determinar si existió o no un contrato laboral entre el señor José Gregorio Rodríguez Gallego y el municipio de El Dovio, lo cierto es que está demostrado que el demandante resultó

⁴ Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá, D.C., Veinticinco (25) De Marzo De Dos Mil Quince (2015). Radicación Número: 76001-23-31-000-2003-00891-01(34276). Actor: José Gregorio Rodríguez. Referencia: Acción De Reparación Directa.

REFERENCIA: REPARACIÓN DIRECTA
 RADICADO: 05001 23 31 000 2010 02205 00
 DEMANDANTE: JORGE KISNER SCHUTZBERG Y OTROS
 DEMANDADO: MUNICIPIO DE MEDELLÍN Y OTROS

lesionado, como consecuencia del alud de tierra que lo sepultó, en instantes en que realizaba un trabajo relacionado con una de las labores descritas en el convenio interadministrativo 11-0655-0-2000 y que, según lo previsto en el parágrafo primero de la cláusula quinta de dicho convenio, estaba acordada por el municipio demandado, la comunidad y el interventor.

En cuanto la responsabilidad de la administración por la ejecución de obras públicas de manera directa o a través de contratistas, la Sala ha señalado (se transcribe tal cual está en el original:

"...cabe destacar que la obra pública puede ejecutarse mediante la actuación directa de la Administración a través de sus funcionarios, o mediante la colaboración de terceros quienes a través del mecanismo de la contratación, la ejecutan materialmente, constituyéndose en meros ejecutores materiales de la obra y colaboradores de la Administración en el cumplimiento de los fines públicos, pero no en titulares de ésta, la cual sigue radicada en la Administración.

"Por tanto, el Estado, en el contrato de obra pública, como generador y organizador de una actividad de riesgo debe responder por los daños que ocasione a ese tercero colaborador o contratista, ya que el hecho de que delegue la realización de la obra no lo releva de responder, pese a que no sea guardián de la maquinaria o patrono de los trabajadores del contratista. Se considera que en estos eventos quien realiza una obra pública a nombre de la Administración, comparte con ella la condición de guardián de la actividad de construcción, **la cual por el riesgo que se crea tanto frente a terceros, como frente a quienes ejecutan directamente la obra**, se ha considerado como una actividad de carácter peligroso. Y en todos estos casos⁵ se admite la imputabilidad a la Administración de los daños causados por el hecho de sus contratistas, reconociéndose que en tal evento sólo podrá exonerarse demostrando únicamente una causa extraña, como la fuerza mayor, el hecho exclusivo del tercero o de la víctima, y que resulta irrelevante a la hora de determinar esa responsabilidad, el hecho de que la víctima sea o no una persona vinculada por el contratista a la construcción de la obra, caso en el cual resulta evidente la exposición permanente al riesgo creado por la actividad.

"En este evento, bajo el título jurídico del riesgo creado, se deberá probar que la lesión de las personas o de las cosas deriva directamente de la construcción, mantenimiento o defecto de una obra pública, para que surja el deber de responder para el Estado, el cual como lo ha explicado la jurisprudencia se sustenta en principios consistentes en que '() a) cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública **es como si ella la ejecutara directamente.** b) **Que es ella la dueña de la obra.** c) Que su pago afecta siempre patrimonio estatal. d) La realización de esas obras obedece siempre a razones de servicio y de interés general. e) Que no son oponibles a terceros los pactos de indemnidad que celebre con el contratista, vale decir para exonerarse de responsabilidad extracontractual frente a aquellos, pues ella es la responsable de los servicios públicos y por ende se obliga bien sea porque el servicio no funcionó, funcionó mal o inoportunamente. Elementos éstos que son constitutivos de falta o falla en el servicio"⁶ (resalta la sala)

Como quiera que se demostró que el demandante resultó lesionado en una obra pública que se desarrollaba en virtud de un convenio interadministrativo celebrado entre el Fondo Nacional de Caminos Vecinales y el municipio de El Dovio, de conformidad con la jurisprudencia anterior puede decirse, entonces, que uno y otro eran guardianes de la actividad de construcción que, por el riesgo que crea para terceros y para quienes la realizan directamente, se ha considerado tradicionalmente una actividad peligrosa.

⁵ Sentencia de 13 de febrero de 2003, actor: María Luciola Montenegro Calle y Otros, exp. No. 12654.

⁶ Sentencia de 28 de noviembre de 2002, actor: Ana María Marín de Galves, exp. No. 14397.

En cuanto al régimen de responsabilidad, no cabe duda de que tiene carácter objetivo, por lo mismo que está relacionado con el ejercicio de una actividad peligrosa. Se impone al demandante, entonces, la demostración del daño y de la relación de causalidad existente entre éste y el hecho de la administración, realizado por medio del contratista, en desarrollo de una actividad riesgosa. La entidad pública demandada, por su parte, debe probar, para exonerarse, la existencia de una causa extraña, esto es, la existencia de una fuerza mayor, o del hecho exclusivo de un tercero o de la víctima.

(....)”

Nótese entonces que en casos como el que hoy ocupa la atención de la Sala, tienen cabida ambos títulos de imputación: riesgo excepcional y falla en el servicio, ya que la Administración genera para el servidor un riesgo que excede los propios del cargo y además no guarda las respectivas medidas de seguridad para el cabal desempeño de las funciones. En ese orden de ideas, con base en las pruebas que obran en el plenario, se determinará si las entidades demandadas generaron un riesgo a la señora MARJORIE KISNER MIRA que no se encontraba obligada a soportar en el ejercicio de las funciones, o si el mismo obedeció a alguna negligencia en la observancia de las medidas de seguridad respectivas.

6.5.- De la perspectiva de género:

De otro lado, no puede olvidarse que los actos de violencia cometidos en el asunto sub lite, dada la forma en que falleció la señora MARJORIE KISNER MIRA, pueden llegar a constituir infracciones a las obligaciones contraídas por el Estado en virtud del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La violencia contra las mujeres vulnera el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; y en el ámbito del sistema Interamericano la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana para prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. También contraviene la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Al respecto, es pertinente recordar que el artículo 1º de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de Naciones Unidas, celebrada en 1994, entendió por violencia contra la mujer:

“(...) todo acto que basado en la pertenencia al sexo femenino, tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si esta se produce en la vida pública como en la vida privada” – se destaca-

⁷ Asamblea General de la Naciones Unidas, Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, A/RES/48/104, 20 de diciembre de 1993.
<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1286>, consultada el 3 de octubre del 2014.

En casos como el *sub judice*, el fallador debe tener en cuenta que, como señaló recientemente la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal en sentencia que analizó la configuración del feminicidio en el ordenamiento penal "la violencia en contra de la mujer no e[s] producto del azar o un hecho de la esfera privada sino que est[á] íntimamente vinculada con relaciones de desigualdad entre varones y mujeres", por ende, entendió la Corporación que⁸:

"3. Una de esas agravantes, asociada al homicidio, como ya se dijo, fue la de causar la muerte a una mujer "por el hecho de ser mujer". E inscrita la misma en una ley dirigida a prevenir y a erradicar la violencia contra las mujeres que se origina principalmente en las relaciones de desigualdad históricas con los hombres, no puede tener el alcance que le dio el Tribunal Superior de Medellín, que la hizo corresponder al feminicidio o asesinato de mujeres por razones de género, un delito que a su juicio se encuentra motivado por la misoginia, es decir, por el desprecio y odio hacia ellas.

Matar a una mujer porque quien lo hace siente aversión hacia las mujeres, no se duda, es el evento más obvio de un "homicidio de mujer por razones de género", que fue la expresión con la cual se refirió al feminicidio la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 16 de noviembre de 2009, expedida en el caso GONZÁLEZ Y OTRAS ("CAMPO ALGODONERO") VS. MÉXICO. Pero también ocurre la misma conducta cuando la muerte de la mujer es consecuencia de la violencia en su contra que sucede en un contexto de dominación (público o privado) y donde la causa está asociada a la instrumentalización de que es objeto.

En otros términos, se causa la muerte a una mujer por el hecho de ser mujer, cuando el acto violento que la produce está determinado por la subordinación y discriminación de que es víctima, de lo cual resulta una situación de extrema vulnerabilidad. Este entorno de la violencia feminicida, que es expresión de una larga tradición de predominio del hombre sobre la mujer, es el que básicamente ha servido de apoyo al legislador para considerar más grave ese tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y que se busca contrarrestar legítimamente con la medida de carácter penal examinada e igual con las demás de otra naturaleza adoptadas en la Ley 1257 de 2008.

Significa lo precedente que no todo asesinato de una mujer es feminicidio y configura la causal 11 de agravación del artículo 104 del Código Penal. Se requiere, para constituir esa conducta, que la violencia que la cause esté asociada a la discriminación y dominación de que ella es objeto.

Particularmente, en contextos de parejas heterosexuales -que conviven o se encuentran separadas-, el maltrato del hombre para mantener bajo su control y "suya" a la mujer, el acoso constante a que la somete para conseguirlo, la intimidación que con ello le produce, el aumento en la intensidad de su asedio y agresividad en cuanto ella más se aproxima a dejar de "pertenecerle" y la muerte que al final le causa "para que no sea de nadie más", claramente es el homicidio de una mujer por el hecho de ser mujer o "por razones de género". Ese elemento adicional que debe concurrir en la conducta para la configuración de la agravante punitiva del feminicidio, es decir, la discriminación y dominación de la mujer implícita en la violencia que provoca su muerte, obviamente debe probarse en el proceso penal para que pueda reprocharse al autor. En consecuencia, en ningún caso cabe deducirla de la simple circunstancia de ser el autor del delito un hombre y la víctima una mujer, sino que ha de fundarse en evidencias demostrativas de la situación de abuso de poder en que se encontraba la última" - se destaca-

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 4 de marzo de 2015, Rad. 41457 (SP-2190), M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

Igualmente sobre el particular, señaló recientemente el H. Consejo de Estado que los casos en que hayan existido graves afectaciones a los derechos de las mujeres –en tanto derechos humanos- deben ser estudiadas bajo la lupa de la perspectiva de género, de modo, que el caso debe comprender el contexto social e histórico que enmarca la agresión. Esto es así, especialmente ante la existencia de indicios, por ejemplo de, violencia intrafamiliar, en donde históricamente han existido relaciones patriarcales de dominación⁹ :

"12.10. En resumen, la violencia contra las mujeres no es una cuestión del ámbito doméstico o privado sino tiene una dimensión de género, "se trata de una variable teórica esencial para comprender que no es la diferencia entre sexos la razón del antagonismo, que no se trata de una forma de violencia individual que se ejerce en el ámbito familiar o de pareja por quien ostenta una posición de superioridad física (hombre) sobre el sexo más débil (mujer), sino que es consecuencia de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en su estructura social de naturaleza patriarcal"¹⁰.

12.11. La violencia de género suele tomar básicamente tres formas: violencia física, sexual y psicológica, y acostumbra concretarse en ámbitos de violencia intrafamiliar, sexual, trata de personas y situaciones de desplazamiento forzado. En cualquiera de sus manifestaciones, la violencia contra la mujer es "reconocida como una violación a los derechos humanos y como una forma de discriminación"¹¹ (Comité CEDAW, Recomendación General n.º 19), en virtud de la cual, se "menoscaba gravemente los derechos de las mujeres e impide el goce efectivo de sus derechos"¹² (Convención Belém do Pará).

12.12. De acuerdo con lo anterior, para que surja un fenómeno de violencia contra la mujer deben concurrir los siguientes acontecimientos¹³: i) que haya una acción u omisión en contra de una o varias mujeres; ii) que se dirija contra ella por su condición de mujer, o por razones de género presentes en la sociedad, o iv) que las afecte de manera desproporcionada en razón a estas circunstancias; v) que se les cause un daño físico, sexual o psicológico, económico o patrimonial, sin importar el ámbito en el que se presente o de quien provenga la acción o la conducta" – se destaca-.

Con relación a la obligación de los jueces y fiscales de estudiar los procesos sometidos bajo su consideración bajo la perspectiva de género ha señalado el H. Consejo de Estado¹⁴:

"(...)

5. La obligación de fiscales y jueces de estudiar los hechos de violencia contra las mujeres con perspectiva de género

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 9 de octubre de 2014, exp. 40411.

¹⁰ (24) GARCÍA SUÁREZ, Alba Lucía, *Lineamientos de política pública sobre violencia de género*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 41.

¹¹ (25) GUZMÁN, Diana Esther, MOLANO, Paola y UPRIMNY, Rodrigo, *¿Camino a la igualdad?: Derechos de las mujeres a partir de la Constitución. Sistematización legal y jurisprudencial*, ONU Mujeres, Entidad de las Naciones Unidas para la igualdad de Género y el Empoderamiento de la Mujer, Bogotá, 2012, pp. 36 y 37.

¹² (24) *Ibíd.*

¹³ (25) *Ibíd.*

¹⁴ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejera Ponente: Stella Conto Diaz Del Castillo. Bogotá, D.C., Veintiocho (28) De Mayo De Dos Mil Quince (2015). Radicación Número: 25000-23-26-000-1998-01795-01(28813). Actor: Jaime Ardila Moreno. Demandado: Fiscalía General De La Nación.

REFERENCIA: REPARACIÓN DIRECTA
RADICADO: 05001 23 31 000 2010 02205 00
DEMANDANTE: JORGE KISNER SCHUTZBERG Y OTROS
DEMANDADO: MUNICIPIO DE MEDELLÍN Y OTROS

Como lo señaló la Sala en extenso en sentencia de 9 de octubre de 2014, Colombia ha adquirido a nivel internacional varias obligaciones en procura de erradicar todas las formas de violencia en contra la mujer. Entre ellas se pueden mencionar¹⁵:

i) La Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), aprobada mediante la Ley 51 de 1981.

ii) La Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, adoptada en Beijing, China en 1995.

iii) La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem do Pará", aprobada mediante la Ley 248 de 1995.

iv) La Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas adoptada por el Consejo de Seguridad el 31 de octubre de 2000.

v) El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobado mediante Ley 800 de 2003.

vi) El Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobado mediante la Ley 984 del 2005.

v) La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belem Do Pará, adoptada por la Organización de Estados Americanos el 5 de marzo de 1995, referida por otros instrumentos internacionales, como lo es la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer¹⁶, y aprobada en Colombia mediante la Ley 248 de 1995, la cual define que se debe entender por violencia contra la mujer "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado" (artículo 1º)

vi) Así mismo, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación (CEDAW)¹⁷, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas – Resolución 34/180 (1979) y aprobada en Colombia mediante la Ley 51 de 1981, definió la concepción de discriminación contra la mujer y fijó las obligaciones específicas en este tema a cargo del Estado.

Dichos instrumentos de derecho internacional, en tanto convenciones de derechos humanos aprobadas por el Estado Colombiano son, conforme al artículo 93 superior, de aplicación de manera inmediata por parte de las autoridades públicas, entre las que, por supuesto, se encuentran comprendidas las autoridades judiciales.

Y es que sobre la dimensión de la violencia de género en Colombia, el III Informe Internacional sobre Violencia contra la mujer en las relaciones de pareja traído a

¹⁵ Valga señalar que también existen otros instrumentos de derecho internacional que, no tienen carácter estrictamente (soft law), pero que gozan de cierta relevancia jurídica y práctica en el ámbito internacional y nacional. Ejemplo de ello es la Recomendación General 19 del Comité de la CEDAW (Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, por su sigla en inglés) sobre la violencia contra la mujer.

¹⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993, A/RES/48/104 (en línea: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ViolenceAgainstWomen.aspx>, consultada el 25 de mayo de 2015).

¹⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 34/180 del 18 de diciembre de 1979 por medio de la cual se adoptó la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (En línea: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>, consultada el 25 de mayo de 2015).

colación en la sentencia de la Sala que se comenta, elaborado en 2003 por el Centro Reina Sofía de la Universidad Internacional Valenciana (UVI), reveló que de todos los países de Suramérica, Colombia registra el índice más elevado de homicidios de mujeres¹⁸. Recientemente, en 2012, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (INML y CF) dio a conocer un informe en el que caracterizó los distintos tipos de violencia que viven las mujeres colombianas en diferentes ámbitos: violencia por parte de la pareja o expareja, violencia sexual y feminicidios¹⁹. En el mismo sentido, también se pueden consultar los "lineamientos de la política pública nacional de equidad de género para las mujeres", de la Alta Consejería Presidencial para la Mujer²⁰, que señala que en el periodo 2004 a 2008, el 34% de los homicidios a mujeres corresponde a muertes por violencia intrafamiliar y de pareja.

¹⁸ Los datos referentes a los feminicidios cometidos en varios países se pueden consultar en: GARCÍA SUÁREZ, Alba Lucía, *Lineamientos de política pública sobre violencia de género*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 55-58.

¹⁹ Cfr. Instituto Nacional de Medicina Legal, "revista Forensis", Datos para la vida, 2011, págs. 63, (En línea: <http://www.medicinalegal.gov.co/documents/10180/34616/1+1-F-11-Preliminares.pdf/69f30027-1111-4c41-ba17-b41ebe6cd3e6>, consultada el 25 de mayo de 2015); "Revista Forensis", Datos para la vida, 2012, págs. 105, (En línea: <http://www.medicinalegal.gov.co/documents/10180/34861/1+preliminares+forensis+2012.pdf/e20fe841-795e-4412-99d1-c15b213c8ee2>, consultada el 25 de mayo de 2015), sobre esta cifras sintetizó la revista Semana en su artículo "Cifras de violencia contra la mujer", en su edición de 25 de noviembre de 2013 (En línea: <http://www.semana.com/nacion/articulo/cifras-de-la-violencia-contra-la-mujer-en-colombia/366030-3>, consultado el 25 de mayo de 2015): "1. Violencia por parte de la pareja o expareja. En el 2012, 47.620 mujeres fueron agredidas por su pareja o expareja, así: - Cada 11 minutos, una mujer fue agredida por su pareja o expareja; - Cada hora, 5,5 mujeres fueron agredidas por su pareja o expareja; - Cada dos horas, 10 mujeres fueron agredidas por su pareja o expareja; - Cada día, 132 mujeres fueron agredidas por su pareja o expareja; - Cada mes, 3.968 mujeres fueron agredidas por su pareja o expareja; - Aproximadamente, por cada nueve mujeres que reportan ser víctimas de violencia por parte de su pareja o expareja, solo un hombre reporta lo mismo. 2. Violencia sexual. La violencia sexual es medida por el INML y CF como el número de exámenes médico-legales por presunto delito sexual - . En el año 2012 se realizaron 18.100 exámenes médico-legales a mujeres. Esto significa que: En 2012: - Cada media hora una mujer fue víctima de violencia sexual en el país; - Cada día 50 mujeres fueron víctimas de violencia sexual en el país; - Cada mes 1.508 mujeres fueron víctimas de violencia sexual en el país; - Aproximadamente por cada hombre víctima de violencia sexual hay cinco mujeres víctimas. 3. Feminicidios. Debido a que el INML y ML no cuantifica en sus informes los feminicidios, Sisma Mujer tomó dos variables independientes contempladas por el INML y CF: circunstancias del hecho y el presunto autor. (Estas variables son una aproximación al feminicidio). A continuación se presenta la información separada para cada una de estas variables: L. Presunto autor En el 2012, 138 mujeres fueron asesinadas por su pareja o expareja. Así: - Aproximadamente una mujer cada tres días fue asesinada; - En el 2012 se registraron aproximadamente 12 asesinatos mensuales de mujeres; - Mientras que aproximadamente cada tres días fue asesinada una mujer por su pareja o expareja, en el caso de los hombres esto ocurrió cada 15 días; - Durante el 2012 mientras cada mes aproximadamente 12 mujeres fueron asesinadas a manos de su pareja o expareja, dos hombres fueron víctimas de homicidio por parte de su pareja o expareja; - Mientras que en el 2011 se presentaron 130 asesinatos de mujeres a manos de sus parejas o exparejas, en el 2012 se registraron 138 casos. Esto representó un aumento del 6,2 %. II. Circunstancias asociadas. En el 2012, 12 mujeres fueron asesinadas en circunstancias asociadas al delito sexual y 138 en circunstancias asociadas a la violencia de pareja. Esto significa que cada dos días aproximadamente una mujer fue asesinada por estas circunstancias. Así: - En el 2011, cinco mujeres fueron asesinadas en circunstancias asociadas al delito sexual, y en el 2012 esta cifra ascendió a 12 casos. Esto significa que mientras que en el 2011 se presentó aproximadamente cada dos meses un caso de homicidio de mujer en contextos relacionados al delito sexual, en el 2012 se pasó a registrar un homicidio mensual. El aumento fue del 140 %.- En el 2011, 68 mujeres fueron asesinadas en circunstancias asociadas a la violencia de pareja, mientras que en el 2012 esta cifra llegó a 138 casos. Esto significa que la cifra de mujeres asesinadas en circunstancias de violencia de pareja se duplicó, de manera que mientras que en el 2011 seis mujeres fueron asesinadas cada mes bajo estas circunstancias, en el 2012 fueron 12 víctimas femeninas mensuales. Esto representa un aumento del 103 %".

²⁰ Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, "Lineamientos de la política pública nacional de equidad de género para las mujeres", 2012, pág. 89: La información disponible sobre homicidios de mujeres correspondiente al periodo 2004-2008 muestra que la violencia intrafamiliar "es la principal circunstancia del hecho que rodea los casos de homicidio". Lo mismo ocurre para el 2010, año en el que de los casos en los cuales se cuenta con información sobre la circunstancia del hecho, el 34% de los homicidios a mujeres corresponde a muertes por violencia intrafamiliar. (Ver Anexo 2). Al revisar las cifras de presuntos homicidios contra la mujer ocasionados por la pareja o ex pareja se encontró que entre el 2007 y el 2010 se registraron 453 casos, correspondientes al 8,5% de los 5.313 homicidios contra mujeres que se presentaron en este periodo. De estos, en el 43% la causa de la muerte fue arma corto punzante y en el 38,4% fue proyectil de arma de fuego. El alto número de casos muestra la importancia de profundizar en el conocimiento de este fenómeno para avanzar en su tratamiento y prevención, particularmente en el marco de la violencia intrafamiliar y de pareja".

Frente a este panorama, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de septiembre del 2009²¹ llamó la atención sobre la imperiosa necesidad de atender los instrumentos internacionales que imponen al Estado la obligación de respeto de los derechos fundamentales de la mujer:

"La observancia de tales deberes, por lo demás, es imperiosa en un país como Colombia, en donde la tradición sociocultural ha sido la de tolerar, justificar y ponderar la supremacía de lo masculino tanto en el ámbito público como en el privado, de suerte que las expectativas con las personas pertenecientes al sexo opuesto han quedado reducidas a la asunción de determinados roles (como el de madre abnegada, novia fiel y esposa sumisa), e incluso a la divulgación de ciertas cualidades (como la virginidad, la ineptitud, la pasividad, la belleza o la simple condición ornamental), que de ningún modo se compaginan con el debido respeto a sus derechos fundamentales.

Lo anterior ha llevado, en el diario vivir, a un sinnúmero de situaciones en las que no sólo deviene en evidente el estado de debilidad manifiesta de la mujer, sino en las que también se producen consecuencias lesivas de bienes jurídicos que siguen contando con la aquiescencia de un considerable sector de la comunidad. Por ejemplo, en la Encuesta Nacional de Salud realizada por el Ministerio de la Protección Social en el año 2007, se aseguró que, en relación con algunas formas de violencia doméstica, la percepción de los habitantes de Bogotá comprendidos entre los dieciocho y los sesenta y nueve años era la siguiente:

El 23,2 % de los hombres y el 11,8 % de las mujeres de ese grupo de edad y que reside en el departamento considera que 'cuando un hombre golpea a una mujer muy seguramente es porque ella le dio motivos'. En el promedio nacional los porcentajes fueron del 29,8% en los hombres y del 18,8% en las mujeres.

El 12,6% de los hombres y el 9,1% de las mujeres de ese grupo de edad y que reside en el departamento considera que 'hay situaciones en las cuales se justifica que un hombre le dé una cachetada a su esposa o compañera'. En el ámbito nacional los porcentajes fueron del 16,2% en hombres y del 12,0% en las mujeres" (se subraya).

La Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias, en un informe sobre Colombia del 2001²², sostuvo:

[S]igue considerándose la violencia doméstica como una cuestión privada, por lo que no suelen denunciarse los sucesos de esa índole, ni se puede por consiguiente determinar el alcance real del problema. Según la información recibida por la CIDH [Comisión Interamericana de Derechos Humanos], son menos de la mitad las mujeres maltratadas que buscan ayuda y sólo el 9% de ellas presentan denuncia ante las autoridades. (se subraya Ni el Estado ni la sociedad están lo bastante sensibilizados a la necesidad de abordar el problema de la violencia doméstica. La impunidad de los autores de estos actos contra la mujer es prácticamente del 100%) - se destaca-.

Frente a este fenómeno social, Colombia ha adoptado varios instrumentos encaminados a erradicar la violencia de género. El artículo 42 de la Constitución Política, hace especial énfasis en la familia, e incorpora un principio rector respecto de las relaciones intrafamiliares, el cual se basa en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Asimismo, la Carta concentra la atención en el trato diferencial y preferencial a personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, como ocurre en los

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 23 de septiembre del 2009, rad. 23508, M.P. Julio Socha Salamanca.

²² COOMARASWAMY, Radhika, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias acerca de su misión a Colombia del 1º al 7 de noviembre de 2001, CDH, 11 de marzo de 2002, pág. 29 (En línea: https://www.unfpa.org/derechos/documents/relator_violencia_colombia_02_000.pdf, consultado el 25 de mayo de 2015).

*casos de los niños, los jóvenes, los adultos mayores y las mujeres cabeza de familia*²³.

*Por su parte, el legislador ha implementado un marco normativo prolijo de medidas tendientes a prevenir y erradicar toda forma de violencia intrafamiliar, con especial protección para la mujer*²⁴.

Particularmente, la Ley 294 de 1996 modificada por las leyes 575 del 2000 y 1257 del 2008, por medio de la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar, es la primera que aborda el tema de esta forma de violencia y establece los mecanismos que buscan contrarrestar los efectos de este fenómeno. Esta norma, además de la procedencia de las medidas de protección para prevenir, corregir y sancionar la violencia intrafamiliar, señala que la familia 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 (artículo 2º); asimismo, presenta los principios activos que orientan la puesta en obra de sus contenidos: i) reconocimiento de la familia como institución básica de la sociedad; ii) la primacía de los derechos fundamentales; iii) toda forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad y, por lo tanto, será prevenida, corregida y sancionada por las autoridades públicas; iv) oportuna y eficazmente a favor de las personas que en el contexto de una familia sean o puedan llegar a ser víctimas, en cualquier forma, de daño físico o psíquico, amenaza, maltrato, agravio, ofensa, tortura o ultraje, por causa del comportamiento de otro integrante de la unidad familiar; v) igualdad de hombres y mujeres y vi) primacía de los derechos de los niños.

Por su parte, la Ley 1257 del 2008 adoptó un marco normativo que permite garantizar a todas las mujeres una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como privado y un adecuado ejercicio de los derechos reconocidos en el orden jurídico interno e internacional."

Así las cosas, y conforme a lo expuesto por el H. Consejo de Estado existe un amplio marco jurídico que obliga a las autoridades a adoptar medidas positivas tendientes al logro de la equidad y, por ende, a la erradicación de toda violencia contra las mujeres, de donde resulta imperativo estudiar los casos de violencia de género conforme al contexto histórico y social en que se enmarquen. En consecuencia, tanto los fiscales como los jueces están compelidos al estudio de las pruebas en el marco de estas circunstancias,

²³ Constitución Política, artículo 43, inciso final: "El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia".

²⁴ Entre las leyes relacionadas con la prevención y sanción de la violencia contra las mujeres se destacan: i) Ley 294 de 1996, por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar; ii) Ley 360 de 1997, por medio de la cual se modifican algunas normas del título XI del Libro II del Decreto-Ley 100 de 1980 (Código Penal), relativo a los delitos contra la libertad y pudor sexuales, y se adiciona el artículo 417 del Decreto 2700 de 1991 (Código Procedimiento Penal) y se dictan otras disposiciones; iii) Ley 497 de 1999, que establece la jurisdicción de jueces de paz como mecanismo alternativo a la solución de conflictos, entre ellos la violencia intrafamiliar; iv) Ley 575 de 2000, por medio de la cual se reforma parcialmente la Ley 294 de 1996, que traslada la competencia en materia de violencia intrafamiliar de los jueces de familia a los comisarios de familia y a falta de estos a los Inspectores de Policía; v) Ley 640 de 2001, que modifica las normas relativas a la conciliación. El Capítulo VII, se dedica a la conciliación extrajudicial en materia de familia; vi) Ley 742 de 2002, aprueba el Estatuto de Roma (Corte Penal Internacional, 1998), Incluye delitos relacionados con violencia basada en el género; vii) Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal; viii) Ley 906 de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal; ix) Ley 882 de 2004, aumenta la pena para el delito de violencia intrafamiliar; x) Ley 1257 de 2008, por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones y xi) Ley 1719 de 2014, por la cual se adoptaron medidas para garantizar el derecho de acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial de la violencia sexual asociada al conflicto armado interno, de mujeres, niñas, niños y adolescentes víctimas.

REFERENCIA: REPARACIÓN DIRECTA
RADICADO: 05001 23 31 000 2010 02205 00
DEMANDANTE: JORGE KISNER SCHUTZBERG Y OTROS
DEMANDADO: MUNICIPIO DE MEDELLÍN Y OTROS

especialmente cuando existan indicios de violencia de genero, entre las que se comprende tanto la violencia física como la sicológica.

7.- DE LAS PRUEBAS ALLEGADAS:

Aunque algunos de los documentos a los que se hará referencia fueron allegados en copia simple, los mismos serán apreciados en esta oportunidad, como quiera que la Sección Tercera de esta Corporación, en sentencia de unificación²⁵, con el objeto de garantizar la seguridad jurídica que debe imperar en las actuaciones judiciales, avaló la posibilidad de dar valor probatorio a las copias simples que obren en los procesos, siempre que éstas no hayan sido cuestionadas en su veracidad por la contraparte o frente a las cuales no se haya promovido incidente de tacha de falsedad²⁶.

En el curso del proceso contencioso administrativo fueron allegados los siguientes elementos materiales probatorios:

7.1.- Del parentesco:

- ✓ Registro Civil del Matrimonio celebrado entre el señor Jorge Kisner Schutzber y María Elena Mira Fernández. –Fl. 79-
- ✓ Registro Civil de Nacimiento de los señores VIVIANA KISNER MIRA, SANDRA KISNER, MARJORIE KISNER MIRA, en los que se constata que son hijos de Jorge Kisner Schutzber y María Elena Mira Fernández. – Fl. 80 a 82-

7.2.- De la defunción:

- ✓ Registro Civil de Defunción de la señora MARJORIE KISNER MIRA en el que se registra el acaecimiento del hecho el 5 de diciembre de 2008. –Fl. 83-
- ✓ Informe Pericial de Necropsia N° 20081015001002443 del 5 de diciembre de 2005, realizado al cuerpo de quien en vida respondía al nombre de MARJORIE KISNER MIRA, en el que se concluye que el deceso obedeció a anoxia mecánica por estrangulación manual, traumas faciales contuso, desmembración, desarticulación y evisceración postmortem. Fl. 131 y ss.

7.3.- Del contrato de prestación de servicios:

- ✓ Certificación expedida el 15 de diciembre de 2008 suscrita por el Director del Programa de Paz y Reconciliación de la Alcaldía de Medellín en la que se hace constar que la sicóloga Marjorie Kisner Mira, tenía un contrato vigente de prestación de servicios profesionales con recursos

²⁵ Sala Plena de Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, expediente 25.022

²⁶ Criterio mayoritario que el ponente de esta decisión no comparte, pero acoge.

provenientes del municipio de Medellín, manejados a través del Instituto Tecnológico Metropolitano por medio de convenio interadministrativo entre las dos entidades, el cual había comenzado el día 9 de septiembre de ese mismo año. –Fl. 89-

✓ Contrato de prestación de servicios P-1439 de 2005 celebrado entre el Instituto Tecnológico Metropolitano "ITM" y la joven MARJORIE KISNER MIRA, de fecha 14 de julio de 2005, cuyo objeto es *"Prestación de servicios como contratista independiente, sin vínculo laboral, por su propia cuenta y riesgo en la gestión de apoyo psicológico, desarrollando el componente de trabajo social con población reincidente para apoyar las actividades con la población carcelaria en desarrollo del convenio interadministrativo 480000759 de 2005 "Proyecto de apoyo integral a la población reincidente de los centros penitenciarios" formalizado entre la Secretaría de Gobierno y el ITM según propuesta presentada por el contratista, la cual hace parte integral de este contrato"*. Por valor de 8.000.000-Fl. 92-

✓ Contratos de prestación de servicios P-2138 del 28 de noviembre de 2005, P-363 de 13 de enero de 2006, P-1475 del 4 de julio de 2006, P-1721 del 27 de abril de 2007, P-408 del 5 de enero de 2007, P-857 del 31 de enero de 2007, suscrito entre Instituto Tecnológico Metropolitano "ITM" y la joven MARJORIE KISNER MIRA, todos relacionados con la gestión de apoyo psicológico, desarrollando el componente de trabajo social con población reincidente para apoyar las actividades con la población carcelaria. –Fl. 94 a 105, 273 y ss.-

✓ Contrato de prestación de servicios P-822 de febrero de 2008 y P-2679 de 2008 del 5 de septiembre de 2008 firmado entre la hoy occisa y el ITM, cuyo objeto era la gestión de asesoría y acompañamiento psicológico en el componente de atención a pospenados y posliberados, en ejecución del convenio interadministrativo 4600005011 de 2008, referido a la intervención social en las Cárceles de Bellavista, Máxima Seguridad de Itagüí y Reclusión de Mujeres, formalizado entre el Municipio de Medellín-Secretaria de Gobierno y el ITM. –Fl. 106, 139, 291 y ss.-

✓ Convenio interadministrativo 4600005011 de 2008 celebrado entre el Municipio de Medellín –Secretaria de Gobierno y el Instituto Tecnológico Metropolitano ITM, relacionado con la intervención social en las cárceles por un valor de \$550.000.000 –Fl. 108 y s.s.

✓ Modificación al contrato N° P-822 de 2008 de fecha 27 de junio de 2008 suscrito entre el ITM y la joven MARJORIE KISNER MIRA. –Fl. 91-

✓ Cronograma de trabajo presentado por la señora MARJORIE KISNER MIRA. –Fl. 262-

✓ Informes presentados por la víctima respecto del proyecto integral a la población reincidente y reingresante. –Fl.- 296 a 606

REFERENCIA: REPARACIÓN DIRECTA
 RADICADO: 05001 23 31 000 2010 02205 00
 DEMANDANTE: JORGE KISNER SCHUTZBERG Y OTROS
 DEMANDADO: MUNICIPIO DE MEDELLÍN Y OTROS

✓ En cuadernos anexos 3 y 4 se encuentra la respuesta al exhorto N° 0974 relacionada con los antecedentes administrativos de la profesional MARJORIE KISNER MIRA, en los que se evidencian la mayoría de los documentos antes mencionados.

✓ De la misma manera el Instituto Tecnológico Metropolitano allegó la respuesta al exhorto N° 583 en cinco carpetas, las que contienen la siguiente información:

- Carpeta N° 1 y 2: Contratos de prestación de servicios en 282 follos.
- Carpeta N° 3: Convenio interadministrativo 460005011 de 2008-
- Carpeta N° 4: Convenio Interadministrativo 460005011 de 2008
- Carpeta N° 5 Recurso de Reposición- Ministerio de la Seguridad Social, relacionado con Investigaciones por Riesgos Profesionales, y en el que se observa que se sancionó al Instituto Tecnológico Metropolitano "I.T.M" con la suma de \$1.987.600 por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 28000 de 2003 y la Resolución N° 1016 de 1989, artículo 11 numeral 22.

7.4.-Del proceso Penal:

A instancias del auto de pruebas se allegó copia del proceso penal adelantado en contra del señor ROBERT ALEXANDER LÓPEZ por el delito de Homicidio agravado en la persona de la señora Viviana Kisner. -Fl. 789 y ss. y cuaderno de pruebas N° 1 y 2, en el que se evidencia que el 28/09/2009 se dio lectura de fallo condenatorio a la pena 22 años y 6 meses.

7.5.-Prueba testimonial:

A instancias del auto de pruebas se recibieron las declaraciones de Héctor Javier Montoya Gómez (FL. 613 a 617), Paola Andrea Ortigoza Muñoz (fl. 618 a 626), Beatriz Elena Arboleda Tabares (fl. 640 a 648), Paula Andrea González Vélez (fl. 651 a 654), Edilma Escobar Valencia (fl. 656 a 658 y 661 a 667), Luís Carlos Osorio Botero (fl. 744 a 755

7.6.- Dictamen pericial:

Con fundamento en lo ordenado en la providencia que abre a pruebas el proceso se practicó a los demandantes dictamen pericial con el fin de establecer los traumas síquicos y/o desórdenes sicopatológicos como consecuencia de la temprana y violenta muerte de su hija Marjorie Kisner Mira. -Fl. 811 y ss-

7.7.- De la Pensión de sobrevivientes:

✓ Declaración de pensión de sobrevivientes. -Fl. 90 y 784-

7.5.- Recortes de prensa:

A folios 140 y ss. reposan varios recortes de prensa, los que dan cuenta de la ocurrencia de los hechos objeto de esta demanda.

8.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO:

8.1.- Tal como ha quedado consignado en los párrafos precedentes las pruebas transcritas evidencian que, el 28 de enero de 2008, el Municipio de Medellín –Secretaría de Gobierno y el Instituto Tecnológico Metropolitano – I.T.M.- celebraron el convenio interadministrativo N° 4600005011 de 2008-, cuyo objeto era *"propiciar la reconstrucción del tejido social en las Cárceles de la ciudad, mediante la reivindicación de los derechos de las personas sindicadas y condenadas, mediante una atención integral, que oriente a la reinserción social positiva de la población carcelaria a través del desarrollo, formación y fortalecimiento de competencias. Igualmente el desarrollo de un programa de prevención al delito orientado a la población juvenil de la ciudad de Medellín y un programa de para (sic) las personas que han sustituido la sanción penal pecuniaria por una actividad de utilidad pública o social²⁷",* en el cual el mencionado municipio se obligó a aportar a dicho convenio la suma de \$550.000.000.

Así mismo se ha demostrado que la hoy occisa MARJORIE KISNER MIRA, sicóloga Clínica de profesión, desde el 28 de noviembre del año 2005 suscribió con el I.T.M. sucesivos contratos de prestación de servicios para atender dos componentes. Inicialmente con la población reincidente, que se desarrollaba principalmente de manera intramural, y para la época de su muerte se desempeñaba en el componente de la población pospenada, siendo el último de los contratos suscritos el identificado con el N° P-2679 de 2008 de fecha 2 de septiembre de 2008 en el marco del convenio interadministrativo N° 4600005011 del 2008, cuyo objeto era, como se vio, *"la prestación de servicios profesionales como contratista independiente, sin vínculo laboral, por su propia cuenta y riesgo en la gestión de asesoría y acompañamiento psicológico en el componente de atención a pospenados, postliberados, en ejecución del Convenio Interadministrativo 4600005011 de 2008 referido a la intervención social en las cárceles de Bellavista, Máxima Seguridad de Itagüí y Reclusión de Mujeres, formalizado entre el Municipio de Medellín, Secretaría de Gobierno y el ITM...",* dentro del cual se establecía, entre otros, la obligación de *"realizar 3 visitas domiciliarias a las familias de la población POSPENADA y excarcelada semanal"*.

De la misma manera y conforme al análisis efectuado en precedencia es evidente que las visitas domiciliarias eran una novedad dentro del

²⁷ Folio 34, cuaderno 1/2 de anexos contentivo del Convenio Interadministrativo No. 4600005011 de 2008.

mencionado programa, en tanto que no estaban contempladas en el plan inicial, si no que obedecían en parte a una medida para contrarrestar el abandono del programa por parte de los pospenados como consecuencia del cambio de sede, incorporando la dinámica del programa de reinserción a aquel del cual hacía parte la familia de los actores, luego de lo cual, los psicólogos debieron visitar a dicha población, en condiciones precarias, ya que los mismos no contaban con distintivos que permitieran una adecuada identificación ni protección personal.

En desarrollo del mencionado contrato de prestación de servicios a la señora KISNER MIRA le competía la atención del señor Robert Alexander López y de su grupo familiar, quien había sido privado de la libertad por la comisión de los delitos sexuales y de porte ilegal de armas.

Conforme como quedó probado en el curso del proceso el 2 de diciembre de 2008 la señora KISNER MIRA, salió de su casa a realizar sus labores, dentro de las cuales se encontraba efectuar la visita domiciliaria al señor Robert Alexander López en la dirección Carrera 36 N° 65B 10 del barrio Villa Hermosa del Municipio de Medellín, la que fue cumplida, pero que lamentablemente le impidió el cumplimiento de las demás actividades trazadas en su itinerario, razón por la cual el núcleo familiar de la citada puso ello en conocimiento de las autoridades pertinentes a fin de lograr la ubicación de la misma, sin que ello fuese posible hasta el 5 de ese mismo mes y año, momento en el cual fue hallado su cuerpo desmembrado en una construcción aledaña a la dirección mencionada, luego de que el atroz hecho fuera denunciado por la compañera permanente del pospenado, señora Beatriz Elena Arboleda Tabares.

8.2.- Enunciado lo anterior procederá la Sala a efectuar un análisis de responsabilidad de las entidades demandadas a la luz de la jurisprudencia y normatividad vigente

a.- Como soporte de esta decisión es claro para la Sala que un Estado Social de Derecho implica no solo el principio de legalidad y responsabilidad patrimonial como sus dos grandes axiomas, o los límites impenetrables que las libertades negativas le imponen en los núcleos irreductibles de los derechos fundamentales, sino que, por su carácter social, toda la actividad desplegada por él debe ir orientada a materializar los fines que el Constituyente ha trazado como razón de ser para la organización política del establecimiento, siendo la dignidad humana su fundamento esencial.

En palabras de la Corte Constitucional²⁸:

²⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-747 de 1998.

"Con el término social se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales".

La estructura imperante radicó en cabeza del Estado la garantía y efectividad de los principios, derechos y deberes establecidos en la Constitución, así como la protección a todas las personas en su vida, honra, bienes, y demás derechos y libertades, lo que conlleva a que la actividad jurídica y material desplegada por la función pública garantice el cumplimiento de los deberes sociales que generan en la realidad social incesantes transformaciones.

El ejercicio de la dinámica social trae consigo una variable de disyuntivas que desdibuja la sana convivencia que pregonaba una vida digna, en ocasiones de tal magnitud que imponen la necesidad al Estado de ejercer su derecho a castigar, excluyendo de la comunidad a individuos que son considerados como un peligro para ella, siendo la restricción de la libertad del castigado el costo que se ha de pagar para el beneficio de la paz y la seguridad social, abrogándose así la tutela temporal de un conjunto de derechos fundamentales del penado que dan origen a una relación especial de sujeción, y la necesidad de estructurar un sistema penitenciario y carcelario donde recluir a esta población sin perder de vista que tratándose de un asunto limitado en el tiempo –pues está proscrita la cadena perpetua o la pena de muerte–, el fin último de esta categoría de medidas sancionatorias es la reintegración efectiva del individuo en la sociedad. Al respecto se puede observar la sentencia T 388 de 2013, que en sus acápites señala:

"El sentido último de un sistema penitenciario y carcelario es lograr la resocialización y reintegración de las personas que fueron privadas de la libertad. Al lado de la función retributiva de la pena, la resocialización ha de ser el principal objetivo de la reclusión, junto con la disuasión, la principal garantía de no repetición. Se pretende que la reclusión y la penitencia transformen a la persona que ha atentado gravemente la convivencia en sociedad, para que pueda regresar a vivir sin romper las mínimas reglas de armonía. Las limitaciones que la disciplina impone a las personas reclusas, de hecho, encuentran su principal justificación en ser necesarias para lograr tal propósito. La resocialización es una de las principales garantías de no repetición para las víctimas y para los derechos de las personas en general (...)

Las personas no adquieren un derecho constitucional subjetivo a ser excarceladas, sino a que se diseñen e implementen políticas favorables a la libertad y sostenibles en el tiempo".²⁹

Es así como el legislador a través del Código Nacional Penitenciario y Carcelario, ley 65 de 1993, consagró lo siguiente:

²⁹ Corte Constitucional, sentencia T-388 de 2013.

"ARTICULO 9o. FUNCIONES Y FINALIDAD DE LA PENA Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. La pena tiene función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación.

ARTICULO 10. FINALIDAD DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO. El tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario.

ARTICULO 142. OBJETIVO. El objetivo del tratamiento penitenciario es preparar al condenado, mediante su resocialización para la vida en libertad.

ARTICULO 143. TRATAMIENTO PENITENCIARIO. El tratamiento penitenciario debe realizarse conforme a la dignidad humana y a las necesidades particulares de la personalidad de cada sujeto. Se verifica a través de la educación, la instrucción, el trabajo, la actividad cultural, recreativa y deportiva y las relaciones de familia. Se basará en el estudio científico de la personalidad del interno, será progresivo y programado e individualizado hasta donde sea posible.

ARTICULO 151. ATENCIÓN SOCIAL. Corresponde al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario adelantar programas de servicio social en todos los establecimientos de reclusión. La función de servicio social estará dirigida a la población de sindicatos, condenados y pospenados y se establece para atender tanto sus necesidades dentro del centro como para facilitar las relaciones con la familia, supervisar el cumplimiento por parte del interno de las obligaciones contraídas en el tratamiento penitenciario y para apoyar a los liberados.

ARTICULO 159. SERVICIO POSPENITENCIARIO. El servicio pospenitenciario como función del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario buscará la integración del liberado a la familia y a la sociedad.

ARTICULO 160. CASAS DEL POSPENADO. Las casas del pospenado podrán ser organizadas y atendidas por fundaciones, mediante contratos celebrados y controlados por la Dirección del INPEC. Los liberados podrán solicitar o ser enviados a la casa del pospenado de su localidad, siempre y cuando hayan observado conducta ejemplar en el establecimiento de reclusión.

ARTICULO 162. ANTECEDENTES CRIMINALES. Cumplida la pena los antecedentes criminales no podrán ser por ningún motivo factor de discriminación social o legal y no deberán figurar en los certificados de conducta que se expidan."

Lo anterior para precisar que por la naturaleza especial y específica del servicio penitenciario y carcelario, el legislador radicó su prestación en cabeza del INPEC, quien debe adelantar, en la medida de lo posible, individualmente el tratamiento penitenciario en atención a la particularidad y unicidad de la personalidad del recluso, el cual debe estar basado en un estudio científico, progresivo y programado. No obstante, con el objeto del tratamiento claro, no resulta extraño que la misma ley le haya impuesto a la Institución la obligación de desarrollar programas sociales dirigidos también a la población pospenada, y la prestación de un servicio pospenitenciario para apoyar a los liberados en la búsqueda de su integración familiar y social, para lo que instituyó las Casas del Pospenado, donde aquella población liberada puede acceder previa solicitud, siempre y cuando haya observado una conducta ejemplar en el tiempo de su reclusión intramural.

Sin embargo, conforme al principio de legalidad y el mismo artículo 162 de la ley en cita, los efectos de la sentencia penal no pueden ir más allá del límite temporal establecido por la misma, por lo que el retorno del liberado

a la sociedad, es decir, su resocialización, requiere de un cúmulo de esfuerzos y medidas interinstitucionales para responder con una lectura sistemática del Estado y el ordenamiento jurídico del que se vale, a la reconstrucción de un círculo personal, familiar y social del pospenado, inescindibles, únicos e interdependientes entre sí.

b.- En desarrollo de dichos postulados, el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-, expidió la Resolución No. 9456 del 31 de julio de 2008³⁰, por medio de la cual reguló el servicio pospenitenciario, donde dispuso:

"ARTICULO PRIMERO: Se entiende por Pospenado aquella persona que habiendo sido condenada por un juez de la República ha estado privada de la libertad en un Establecimiento de Reclusión del Sistema Penitenciario y Carcelario Colombiano, haya o no recibido el Tratamiento Penitenciario, y que de acuerdo con el fallo de un Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, con los términos que la Ley Penal y Penitenciario establecen, ha recuperado su libertad.

ARTICULO SEGUNDO: Se define Servicio Pospenitenciario como la atención dirigida a asesorar y orientar la inclusión del Pospenado al contexto social, familiar y laboral de forma autónoma y responsable, basado en los recursos y servicios disponibles por el Estado, sus Instituciones, organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil, organizados a través de un sistema funcional de redes que articulen prácticas y competencias, canalizando soporte especializado para la integración social y apoyo para el acceso a educación, seguridad social, empleo, entre otros, durante la etapa de adaptación al contexto social, sin que esto implique una orientación asistencialista del Servicio.

ARTICULO TERCERO: El Servicio Pospenitenciario operará a través de Centro de Asesoría y Referenciación Pospenitenciaria en cada Dirección Regional, donde se designará como mínimo un Servidor Penitenciario para la atención al Pospenado de acuerdo con las Pautas que expida la Subdirección de Tratamiento y Desarrollo; el objeto de dicho Centro será guiar al Pospenado en el reconocimiento y funcionalidad de las Redes Sociales de Apoyo, y en coordinación de éstas ofertará los servicios disponibles en: orientación psicosocial, espiritual y formación en competencias ciudadanas; asesoría para su vinculación a la formación académica, a capacitación laboral y al empleo; asesoría para la vinculación al sistema de seguridad social en salud, recreación, cultura y orientación jurídica si lo requiere, generando un proceso de ajuste y adaptación al nuevo entorno.

ARTICULO CUARTO: El objetivo del Servicio Pospenitenciario es establecer un sistema funcional de redes y vínculos sociales gubernamentales, privados y de la sociedad civil en general, que orienten y promuevan la integración social del Pospenado, contribuyendo al control de factores de riesgo en la reincidencia delictiva y a la práctica de competencias ciudadanas de manera autónoma y productiva.

ARTÍCULO NOVENO: El Servicio Pospenitenciario será coordinado por el Instituto a través de las Direcciones Regionales, siguiendo e implementando las Pautas determinadas por la Subdirección de Tratamiento y Desarrollo y coadministrado con recursos y apoyo del Estado y sus instituciones como parte de la responsabilidad que se le suscribe para la integración social del liberado. Para su operatividad se establecerá y fortalecerá la Red Social de Apoyo mediante Convenios, Acuerdos de Voluntades u otros mecanismos jurídicos a que haya lugar, con el fin de definir acciones que contribuyan con la inclusión social y atención del Pospenado."

c.- Por su parte, el Municipio de Medellín, por conducto de su Secretaría de Gobierno, en ejercicio de su autonomía territorial orientada al cumplimiento de los deberes constitucionales y legales a su cargo en materia social,

³⁰ Folio 606, cuaderno 2/2 de anexos contentivo del Convenio Interadministrativo No. 4600005011 de 2008.

suscribió en el año 2008 con el Instituto Tecnológico Metropolitano –ITM–, el Convenio Interadministrativo No. 4600005011 de Intervención Social por valor de QUINIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS M.L. (\$550.000.000.00), con una duración de once (11) meses, con el objeto de *"propiciar la reconstrucción del tejido social en las Cárces de la ciudad, mediante la reivindicación de los derechos de las personas sindicadas y condenadas, mediante una atención integral, que oriente a la reinserción social positiva de la población carcelaria a través del desarrollo, formación y fortalecimiento de competencias. Igualmente el desarrollo de un programa de prevención al delito orientado a la población juvenil de la ciudad de Medellín y un programa de para (sic) las personas que han sustituido la sanción penal pecuniaria por una actividad de utilidad pública o social"*³¹.

En la cláusula tercera del convenio en cita, el Municipio de Medellín asumió la totalidad del valor del acuerdo, que sería pagado al Instituto Tecnológico Metropolitano –ITM– en cuotas mensuales, en tanto en la disposición quinta el ITM se obligó, entre otras cosas, a *"1. Ejecutar el proyecto conforme a la propuesta aprobada por la Secretaría de Gobierno y lineamientos ofrecidos por EL INSTITUTO TECNOLÓGICO METROPOLITANO"*³². En la cláusula sexta relativa a las obligaciones del Municipio, este se compromete al suministro de información, colaboración para su obtención, efectuar la transferencia de recursos, y aplicar correctivos legales o recomendar acciones, todo ello con relación a la necesidad y relevancia para una adecuada ejecución del proyecto, o conforme a los parámetros contractuales establecidos para el mismo. Y, finalmente, en su cláusula décima octava, se indica que *"forman parte integrante del presente convenio (...) 3. [La] Propuesta presentada por EL INSTITUTO TECNOLÓGICO METROPOLITANO y aceptada por la Secretaría de Gobierno Municipal"*³³. Las subrayas pertenecen a la Sala.

En ese orden de ideas, la Alcaldía de Medellín expidió el proyecto "INTERVENCIÓN SOCIAL EN LAS CÁRCELES BELLAVISTA, MÁXIMA SEGURIDAD Y RECLUSIÓN DE MUJERES 2008 – 2011", donde fijó como una de sus metas "atender a 2450 pospenados y posliberados"³⁴, y como formas de satisfacer la necesidad, fijó el desarrollo de las siguientes actividades:

- "- Desarrollar un programa para las personas que han sustituido la sanción penal pecuniaria por una actividad de utilidad pública o social; de acuerdo al censo realizado.*
- Capacitar a 250 internos e internas en artes y oficios, los cuales tendrán acompañamiento psicosocial.*
- Atender a 250 internos e internas y 850 familiares, por medio de talleres, famlieventos, atención individual, de pareja y familiar.*
- Brindar orientación y acompañamiento a 250 pospenados, excarcelados y a 1.000 familiares.*

³¹ Folio 34, cuaderno 1/2 de anexos contentivo del Convenio Interadministrativo No. 4600005011 de 2008.

³² Folio 35 ídem.

³³ Folio 36 vto. ídem.

³⁴ Folio 49 íbidem.

Igualmente el desarrollo de estrategias de prevención del delito a través del programa Delinquir no paga, que está dirigido a 2600 jóvenes de la ciudad de Medellín.

- Creación e implementación de la red de agentes dinamizadores del programa Delinquir no Paga.
 - Apoyo profesional, logístico, de gestión.
 - Fortalecimiento de los medios alternativos de comunicación de los Establecimientos Penitenciarios y Carcelarios de Bellavista, Itagüí y la Reclusión de Mujeres de Medellín.
 - Contratación de un vehículo para apoyo a todas las actividades del proyecto.³⁵
- Subrayas del Tribunal.

Y más adelante, bajo el título de justificación, contempló que:

"...

*La intervención social se debe entender como el conjunto de estrategias y acciones orientadas al desarrollo, formación y fortalecimiento de competencias, a través de la capacitación en artes y oficios, intervención familiar, atención a pospenados mediante actividades psicosociales, formativas y ocupacionales, además del desarrollo de un programa de prevención al delito orientado a la población de jóvenes de la ciudad de Medellín...*³⁶ Subrayas por fuera del original.

De los elementos materiales probatorios recaudados, la Sala observa que desde que se perfeccionó el convenio bajo estudio el 28 de enero de 2008, hasta el 02 de diciembre del mismo año en que ocurrieron las lamentables circunstancias donde falleció la sicóloga, tan solo se surtió una modificación al mismo, el 14 de abril de 2008, por medio de un otrosí al convenio interadministrativo No. 4600005011 de 2008, el cual estableció que la interventoría del proyecto pasaría del Subsecretario de Orden Civil al Director del programa Paz y Reconciliación³⁷, conservando el resto de las cláusulas su integridad, vigencia, y obligatoriedad.

El artículo 1º de la ley 1090 de 2006, define la sicología como "una ciencia sustentada en la investigación y una profesión que estudia los procesos de desarrollo cognoscitivo, emocional y social del ser humano" (Subraya ajena al original). Su parágrafo advierte que teniendo en cuenta la definición de salud dada por la Organización Mundial de la Salud, en la que se señala la naturaleza biopsicosocial del individuo, se considera al Sicólogo como un profesional en salud. Y en sus artículos 3º y 5º, preceptúa que:

"ARTÍCULO 3º. DEL EJERCICIO PROFESIONAL DEL PSICÓLOGO. A los efectos de esta ley, se considera ejercicio de la profesión de psicólogo toda actividad de enseñanza, aplicación e indicación del conocimiento psicológico y de sus técnicas específicas en: (...)

b) Diseño, ejecución, dirección y control de programas de diagnóstico, evaluación e intervención psicológica en las distintas áreas de la Psicología aplicada; (...)

i) Asesoría y participación en el diseño y formulación de políticas en salud, educación, justicia y demás áreas de la Psicología aplicada lo mismo que en la práctica profesional de las mismas;

(...)

³⁵ Folio 51, cuaderno 1/2 de anexos contentivo del Convenio Interadministrativo No. 4600005011 de 2008.

³⁶ Folio 51, ídem.

³⁷ Folio 33 vto. Ibídem.

- k) Asesoría y consultoría para el diseño, ejecución y dirección de programas, en los campos y áreas en donde el conocimiento y el aporte disciplinario y profesional de la Psicología sea requerido o conveniente para el beneficio social; (...)
n) Toda actividad profesional que se derive de las anteriores y que tenga relación con el campo de la competencia del psicólogo.
(...)

ARTÍCULO 5o. *Dentro de los límites de su competencia, el psicólogo ejercerá sus funciones de forma autónoma, pero respetando siempre los principios y las normas de la ética profesional y con sólido fundamento en criterios de validez científica y utilidad social.*" Subrayas del Tribunal.

La ley en cita para significar que la intervención psicológica que adelanten estos profesionales de la salud en la órbita de su competencia, en cualquier labor de carácter público o privado, debe estar fundada en la investigación científica para su desarrollo, investigación que no existiendo previamente como soporte al proyecto, prima facie explica que contractualmente no se haya determinado el método del que debían servirse los psicólogos para el cumplimiento de sus obligaciones, sino que contrario sensu, se les otorgó autonomía técnica para su ejecución, tal como quedó pactado en los distintos contratos de prestación de servicios celebrados por el Instituto Tecnológico Metropolitano para materializar las actividades contempladas en el programa aprobado por la Secretaría de Gobierno, por lo menos en el área sicosocial, tal como lo establece la cláusula primera sobre el objeto de la prestación del servicio³⁸, o la cláusula vigésima quinta, que hizo de la propuesta presentada por la contratista parte integral del contrato.

Del estudio de la propuesta presentada por la psicóloga Marjorie Kisner Mira al ITM en escrito con fecha del 11 de febrero de 2008, "para desarrollar actividades en la gestión de asesoría y acompañamiento psicológico en el componente de atención a post penados y posliberados, en ejecución del convenio interadministrativo 4600005011 de 2008"³⁹, no se encuentra contemplada actividad alguna presentada por la víctima que haga alusión a visitas domiciliarias, lo que tampoco está estipulado en el contrato de prestación de servicios No. P-822 de 2008, suscrito entre éstos el 12 de febrero de 2008 por el término de 138 días⁴⁰, lo que para este Tribunal, en ese estado de cosas, guarda absoluta coherencia con las normas y el convenio en que debía fundarse, y todo el conjunto de documentos y estudios previos que forman parte integral de aquél.

No obstante, a los 27 días del mes de junio del mismo año, se celebró una modificación al contrato en cita en atención a las siguientes consideraciones:

³⁸ Folio 232, cuaderno 2/2 de anexos contentivos de la relación contractual entre el ITM y Marjorie Kisner Mira.

³⁹ Folio 225 ídem.

⁴⁰ Folio 232 íbidem

- "1. Que por necesidad del servicio y en cumplimiento del convenio 4600005011 de 2008, se pide la prórroga del contrato de prestación de servicios de la referencia por un periodo de CINCUENTA Y CINCO (55) DÍAS es decir hasta el 8/30/2008.
2. Que de acuerdo con lo anterior solicita al señor Rector la aprobación de una adición al contrato No P-822 de 2008.
3. Que la adición solicitada fue aprobada por la Rectoría y se cuenta con el compromiso presupuestal No 29 del 27 de Junio de 2008, con afectación al rubro 2112206.
4. Que la adición solicitada corresponde a un periodo de CINCUENTA Y CINCO (55) DÍAS y un valor de CUATRO MILLONES TREINTA Y TRES MIL TRESCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS (\$4033333).
5. Que teniendo en cuenta lo anterior, las partes acuerdan modificar el contrato P-822..."⁴¹

Tales modificaciones versaron sobre la duración y valor del contrato, y las obligaciones específicas a cargo del contratista, estipulándose entre otras:
"4. Realizar 4 visitas domiciliarias a las familias de la población pospenada y escarcelada (sic) semanal".⁴² Por lo demás, se extendió la vigencia del resto de cláusulas y consideraciones generales del contrato inicial. No obstante, con lo prevenido por la Sala sobre el ejercicio de la profesión psicológica y las pautas del convenio celebrado, no obra en el proceso elemento material probatorio alguno que indique que el cambio en sus obligaciones específicas con repercusión directa en la metodología aplicada, obedece a razones previamente investigadas con el rigor científico del caso, o en consideración al criterio emitido por el grupo de profesionales que ejecutaban la intervención, pues desde el 18 de febrero de 2008, aproximadamente tres meses antes de que se expidiera el modelo de intervención en el mes de mayo del mismo año, en acta de reunión No. 047, con el objeto de "dar a conocer la ruta metodológica" y presentar el personal, se consignó entre otras cosas:

"(...)

ruta de medición -> 550 INTERNOS Q' SE VAN ATENDER ES INTERESANTE ART. CON FAMILIA -> SE REALIZARÁN VISITAS DOMIC. CUANDO SE REQUIERA.

(...)

JANET-> QUEDA CLARA LA RUTA
MURALLAS -> NO QUEDA CLARA LA RUTA -> ITM, SEC. GNO. - INPEC FUE INTERVENIDA. VA A MIRAR LAS RUTAS - ESTÁN DANDO CAMBIOS Y VOY A REMITIR DERECHO DE PETICIÓN PARA CURARME EN SALUD
LINA -> SE PUEDEN HACER MODIF.
EDILMA -> ACUERDO 05 - 2006 NO ASIGNA PRESUPUESTO - SE TIENE Q' HACER INTERVENSIÓN (sic)
EDILMA -> EL ALCALDE HACE SU PROGRAMA SEGÚN SE COMPROMETIÓ CON LA COMUNIDAD
CORONEL -> NO ENTIENDO
MURALLAS -> SE MODIFICARON LAS RUTAS. ESO VA EN CONTRA POBLACIÓN

⁴¹ Folio 240, cuaderno 2/2 de anexos contentivos de la relación contractual entre el ITM y Marjorie Kisner Mira.

⁴² Ídem.

REFERENCIA: REPARACIÓN DIRECTA
RADICADO: 05001 23 31 000 2010 02205 00
DEMANDANTE: JORGE KISNER SCHUTZBERG Y OTROS
DEMANDADO: MUNICIPIO DE MEDELLÍN Y OTROS

*MURALLAS TRANSPARENCIA -> Y DOC Q FIRMO DOY FE EN LO LEGAL ME CUIDO. DESPUÉS DE 3-07 NO SUPE DE INFORMES Y NO DOY FE DE ELLOS, QUIEN DA FE QUIEN LOS CONOCE. NECESITO CONOCER BIEN LA RUTA.*⁴³

De las subrayas añadidas por esta Sala se interpreta que la ruta ya estaba establecida, lo que explica que el objeto de la reunión sea ponerlo en conocimiento de los asistentes, es decir, presentar algo ya existente, no propiamente realizar su construcción, lo que haya soporte en la manifestación de quien quedó identificado como "MURALLAS", que advirtió dichos cambios y manifestó la toma de medidas para "curarse en salud".

En oficio del 12 de mayo de 2008, remitido por YANETH PATRICIA VALENCIA TERREROS, Coordinadora de Convenios y Proyectos del ITM, al Coronel MIGUEL EVAN CURE, Director Regional del INPEC, se le informa que:

*"...Por Directriz de la Secretaría de Gobierno Municipal, el Programa de Atención Integral con enfoque de género a la población carcelaria, excarcelada y su entorno socio familiar, se traslada para el Programa de Paz y Reconciliación, razón por la cual, los procedimientos, planes de acción y cronogramas deberán ajustarse a la metodología trazada por dicho programa"*⁴⁴

Con esta sola directriz, y sin que obren en el proceso soportes precontractuales calificados para dichos cambios, esto es, algún fundamento científico o criterio de un profesional en psicología, el 23 de mayo de 2008, la Secretaría de Gobierno de Medellín profirió el modelo de intervención del "PROGRAMA DE ATENCIÓN INTEGRAL CON ENFOQUE DE GÉNERO A LA POBLACIÓN CARCELARIA, EXCARCELADA, POSPENADA Y SU ENTORNO SOCIO-FAMILIAR", presentado al señor JORGE FERNANDO GAVIRIA VÉLEZ, Director del Programa Paz y Reconciliación, obrante a folio 668 y s.s. del cuaderno No. 2, que establece en su introducción que propugnando por un mejoramiento sustancial del programa, *"la metodología y el esquema de intervención, debe adaptarse a los requerimientos de éste, pues lo que se busca es lograr la articulación entre ambos y con esto proveerle a la población objeto mas (sic) y mejores herramientas para su efectiva reintegración socio familiar"*.

Tal enunciado, a la luz de lo analizado en los acápites precedentes, arroja inevitablemente las siguientes preguntas: ¿Por qué debe adaptarse a éste?. ¿Y si ello se puede?, además ¿Por qué deben o pueden articularse?, sin embargo las respuestas a dichos interrogantes desde un criterio profesional psicológico brillan por su ausencia a lo largo de todo el expediente.

Más adelante, en el capítulo ANTECEDENTES, en su apartado EXTRAMURAL, en el segundo inciso contempló que:

⁴³ Folio 393, cuaderno 2/2 de anexos contentivo del Convenio Interadministrativo No. 4600005011 de 2008.
⁴⁴ Folio 110, cuaderno 1/2 de anexos contentivo del Convenio Interadministrativo No. 4600005011 de 2008.

"...Uno de los factores más importantes que dio inicio a este tipo de trabajo, son las dificultades que ha tenido Medellín, por ser una ciudad "golpeada" por grupos armados al margen de la ley; además de otros factores que han contribuido al deterioro de los valores de la sociedad lo cual ha incidido en el aumento de sujetos penalizados o sindicados en las cárceles por infracción a la norma.

El elevado número de personas vinculadas a procesos penales, ha dado lugar a un grave problema de hacinamiento como es el caso de la cárcel Bellavista. Esta situación ha desbordado las posibilidades de atención e intervención en materia de salud, educación y trabajo, razón por la cual se reducen las oportunidades de rehabilitación y resocialización que debe llevar a cabo cada intern@ para que su proceso de prisionalización no se limite solo al objeto del castigo por la falta cometida.

(...)

El programa ha contemplado la reconstrucción de tejido social partiendo de la premisa de "que las cárceles son el reflejo de la sociedad", ya que es allí donde confluyen los individuos que por diversas razones se consideran "no apt@s" para vivir en comunidad".

Posteriormente, en el mismo documento en cita, en el componente POSPENADOS, a folio 686 del cuaderno No. 2, describió la población objeto de la siguiente manera:

"La intervención está dirigida al individuo, su familia y su comunidad de pertenencia, una triada que tiene su origen en el pasado de ese pospenado, como individuo que intervenimos. La población pospenada se encuentra dispersa por la ciudad, lo cual conlleva la dificultad de su abordaje.

(...)

El pospenado, siendo población vulnerable en razón de la equidad, necesita apoyo para fortalecer su manera de vincularse a la vida ciudadana, como persona y como miembro del aparato productivo del país.

El pospenado, ese ser histórico, que presentó problemas con la ley, que al salir del contexto carcelario, puede presentar problemáticas de estigma, adaptación a su medio familiar, laboral y social. Las dificultades emocionales como el rencor, el miedo, la ira, la angustia, y la preocupación, generan en ellos una actitud defensiva. Pueden presentar poca valoración personal que los lleva a la negación de su condición de pospenado; su proyecto de vida puede oscilar entre la legalidad y el menor esfuerzo, debido a la baja tolerancia a la frustración, la cual los puede llevar a soluciones inmediatas fuera del marco legal.

La familia para el pospenado es el grupo de personas con las que establece un vínculo afectivo, de apoyo, de acompañamiento así no tengan grado de consanguinidad."

El programa, partiendo de la premisa "las cárceles son el reflejo de la sociedad", reconoce que el sistema carcelario está inmerso en una violación reiterada y progresiva de derechos fundamentales, es decir, un estado de cosas inconstitucional -lo que ha sido declarado en diversas sentencias por la Corte Constitucional-, a causa de un hacinamiento que impide una atención e intervención integral efectiva, que en los términos de lo transcrito "reduce las oportunidades de rehabilitación y resocialización".

Todo ello permite comprender que la Administración que adoptó el programa, como el organigrama que coordinaba su ejecución, desde aquellos documentos que sustentan el despliegue de la actividad contractual del Estado para materializarlo, hacía la siguiente lectura de la población pospenada que intervino: (i) hacen parte de una dinámica social conflictiva a causa de grupos armados ilegales que, aunado a otros factores, tiene en decadencia los valores sociales; (ii) que sus oportunidades de resocialización se hallan reducidas; (iii) que tanto la familia como la comunidad de procedencia del pospenado forman parte integral de lo que es como individuo al conformar parte de su pasado; (iv) que es una población dispersa en toda la ciudad; (v) que ante la probabilidad de ser sometido a situaciones de estigma, y las dificultades para readaptarse a su vida familiar, laboral y social, se sumerge en un estado de inequidad, lo que lo pone en condición de vulnerabilidad; (vii) puede desarrollar conductas defensivas ante sus dificultades para gerenciar sus emociones; (viii) que es un ser de baja autoestima; (ix) que ante su poco nivel de tolerancia al sentimiento de frustración, es susceptible de reincidir en un marco de ilegalidad para buscar soluciones inmediatas, y (x); que su círculo familiar se compone principalmente de sus vínculos afectivos y no de consanguinidad.

Para cumplir con sus propósitos, a folio 687 vto. del mismo modelo de intervención, se trazó como metodología lo siguiente:

"...Desde el factor psicológico consiste en la escucha del pedido inicial del usuario del servicio, según lo que sabe, cree o se imagina que le esta (sic) pasando.

Posteriormente la intervención apunta a formalizar el pedido inicial en una demanda, donde se intentan descifrar los significantes; es decir aquello que no se sabe, no se quiere decir y que al sujeto le cuesta reconocer y los efectos que ha tenido esto a lo largo de su historia.

La intervención busca la resignificación de ésta historia y el lugar que dicho sujeto, ocupa en el mundo. Esto puede llevarlo a una rectificación frente a dicha posición y a la reevaluación de sus principios y valores en la vida.

Desde la perspectiva social se interviene sobre una realidad dinámica, conflictiva y multidimensional del individuo, lo que hace que su sujeto y objeto de intervención estén estrechamente vinculados a sus realidades históricas y situaciones sociales concretas. Trabajo social busca la transformación y desarrollo integral de ese sujeto inmerso en la sociedad.

A través de la orientación, la asesoría y la intervención, busca el establecimiento de los vínculos, implementa herramientas que apuntan a la resolución de conflictos de ese individuo en su relación con otros individuos, con los grupos, con su familia y con la comunidad; siendo realmente el método de intervención directa de trabajo social el individuo, los grupos, la familia y la comunidad.

La intervención con el pospenado, excarcelado y su entorno sociofamiliar, se realiza de manera interdependiente; es decir, cada área tiene sus particularidades y competencias, pero en estrecha relación con las demás". Subrayas de la Sala.

De la lectura es posible bifurcar la metodología en dos sentidos: una de orden psicológico y otra de trabajo social. A la primera le confió la labor de descubrir la forma en que el individuo percibe el mundo, su realidad, y los elementos de los que se vale para darle sentido a su propia existencia, con la finalidad de resignificar lo que ha sido y lo que es en su historia y replantearse los valores que orientan su vida en sociedad; a la segunda, de trabajo social, le asignó la búsqueda de la transformación y desarrollo integral del pospenado inmerso en una sociedad cambiante, conflictiva y multidimensional, con el objetivo de fortalecer la manera en que el individuo construye sus vínculos con otros en el mismo espacio que comparte, *"siendo realmente el método de intervención directa de trabajo social el individuo, los grupos, la familia y la comunidad"*.

Más adelante, en el mismo documento bajo análisis, a folio 689 del cuaderno No. 2, bajo el título de ESTANDARIZACIÓN DEL PROCESO DE INGRESO PARA LA INTERVENCIÓN, preceptuó:

"Visita domiciliaria: Permitirá conocer el entorno familiar del individuo o individuos para complementar los procesos de intervención individual, de pareja y familiar. Se realizara en el momento que el profesional considere pertinente de acuerdo a la incidencia de la excarcelación, en el contexto familiar, con el fin de contribuir a la reintegración sociofamiliar."

La visita permitirá visualizar aspectos tales como el compromiso familiar, entorno, composición de la familia. Igualmente identificar los factores de riesgo y protectores en la estructura de ella, con el fin de fortalecer los vínculos al interior del grupo."
Subrayas de la Sala.

Lo resaltado permite separar del resto de lo transcrito las tres finalidades u objetivos que se desprenden con dichas visitas, desde el plano documental: (i) complementaria a los procesos individuales o grupales; (ii) de contribución a la reintegración sociofamiliar, y; (iii) de fortalecimiento de vínculos al interior del grupo. No obstante, en consideración a la metodología estudiada, la Sala encuentra que con relación al objeto de la intervención psicológica, tratándose del estudio de la consciencia de la persona, no se requiere que se adelante en un lugar específico que guarde alguna relación con el pospenado, pues la visión del mundo y el sentido de la existencia de un ser humano está consigo mismo, en una perspectiva inmaterial, quizá espiritual, pero de ningún modo espacial, así como los vínculos que construye con otros, distinto a la intervención de trabajo social, donde se estudia al sujeto y el objeto en su fuerza dinámica, es decir, a la persona y la sociedad en perpetua relación y transformación, lo que necesariamente requiere de un contraste entre ambos elementos.

En ese orden de ideas, las visitas domiciliarias se ajustan a la labor desempeñada por el área de trabajo social, por lo que extraña la Sala una vez más la ausencia en el proceso de algún elemento material probatorio que establezca desde una perspectiva científica la necesidad de obligar a los

REFERENCIA: REPARACIÓN DIRECTA
 RADICADO: 05001 23 31 000 2010 02205 00
 DEMANDANTE: JORGE KISNER SCHUTZBERG Y OTROS
 DEMANDADO: MUNICIPIO DE MEDELLÍN Y OTROS

contratistas a realizarlas, lo que sí se halla acreditado en su sentido adverso, entre otras razones por motivos de seguridad, así:

Testimonio de HÉCTOR JAVIER MONTOYA GÓMEZ, de profesión psicólogo, quien se desempeñaba como Coordinador del Sistema de Evaluación y Seguimiento:

"PREGUNTADO: Recuerda usted si Marjorie le comentó que había puesto alguna queja o reclamo o desacuerdo ante su jefe por el trato que se les daba y por obligación de hacer las visitas domiciliarias. CONTESTADO: En contadas ocasiones, en nuestras tertulias de grupos de amigos en las noches de semana, ella nos lo recordaba una y otra vez y como lo dije antes ella estaba esperando terminar con ese contrato que fue un día antes, creo, de la muerte de ella" (Sic a toda la cita).⁴⁵

Testimonio de PAOLA ANDREA ORTIGOZA MUÑOZ, de profesión psicóloga:

"PREGUNTADO: Hágle al Despacho un relato claro y conciso, de lo que alrededor del tema conoce. CONTESTADO: Yo conocí al Marjole (sic) desde 2003, y trabajamos en el proyecto infancia y familia y buen vivir, su quehacer intachable, absolutamente cumplidora, y muy responsable, ya cuando ella pasó a ser parte del otro proyecto manifestó satisfacción mientras estuvo haciendo intervención en el ámbito carcelario, ya ella empezó a manifestó inconformidad (sic) cuando les tocaba salir a hacer las visitas domiciliarias y ella me expresó en varias ocasiones que tanto ella como el equipo se lo habían hecho saber a su coordinadora, que se llama Edilma, pues sentían que las condiciones de seguridad en la que estaban haciendo las visitas no les favorecía, hasta el día anterior a su desaparición reiteraba esa posición".⁴⁶

Y más adelante, a folio 620 del cuaderno No. 2:

"PREGUNTADO: Dígale al Despacho, si tiene conocimiento o no, si la hoy occisa le dio a conocer que presentó escrito ante la entidad contratante sobre el desacuerdo y las pocas garantías que tenía para la ejecución del contrato de atención a internos pos-penados. CONTESTADO: Ella me manifestó que había hecho saber su inconformidad en reunión de equipo ante su coordinadora y que había quedado sustentada en acta, la Coordinadora era Edilma no recuerdo el apellido.(...) PREGUNTADO: Manifiéstele al Despacho, si lo sabe, si dentro de las funciones contractuales de la señorita Marjorie estaba la de realizar intervenciones psicológicas a los pos-penados dentro de sus residencias. CONTESTADO: Lo que conocí del contrato es que las visitas domiciliarias eran más acordes para las funciones de un trabajador social según mi criterio profesional. Por lo tanto, estas visitas no eran de intervención psicológicas". Las subrayas pertenecen a la Sala.

Testimonio de LAURA VICTORIA LONDOÑO BERNAL, de profesión psicóloga:

"PREGUNTADO: Dígale al Despacho concretamente, que conocías de las condiciones laborales en las que trabajaba los pos-penados. CONTESTADO: Ellos tenían varias funciones, entre ellas, realizar seguimiento y acompañamiento a algunos internos que habían cumplido sus penas, este acompañamiento consistía en: Atención psicológica, individual o familiar, visita domiciliarias, capacitación y formación para la preparación en la vida laboral. Con respecto a las visitas puedo hablar de las que realicé desde el programa de paz y reconciliación, que como les dije ahora tengo entendido que el modelo que se asumió en el proyecto de intervención social en cárceles fue importado del de paz y reconciliación. Lo que puedo decir respecto a

⁴⁵ Folio 614, cuaderno No. 2.

⁴⁶ Folio 618, ídem.

esas visitas es que no me quedó muy claro cual era el objetivo, algunas veces aplicábamos unas encuestas envidadas por la alta consejería, algunas veces hacíamos algún tipo de intervención familiar, pero pienso que nada que no se hubiera podido hacer en las instalaciones del programa. PREGUNTADO: Infórmele al Despacho, si usted supo o conoció de alguna inconformidad por parte de Marjorie Kisner en relación con las visitas domiciliarias que debía cumplir conforme al contrato pactado. CONTESTADO: Si supe de la inconformidad tanto de Marjorie como del resto de mis compañeros que se encontraban trabajando en el programa, más por el temor que les generaba a todos tener que realizar las visitas domiciliarias sin ningún tipo de protección. PREGUNTADO: Conforme a su respuesta anterior, saber usted si Marjorie o los compañeros del programa pos-penados hicieron alguna solicitud o pusieron en conocimiento esa inconformidad, y si lo sabe ante quién. CONTESTADO: Alguna vez escuché que en repetidas ocasiones el equipo de trabajo había expresado dicho temor y me dijeron que había quedado esa información registrada en unas actas⁴⁷. (...) PREGUNTADO: Precísele al Despacho si usted sabe y le consta, si las visitas domiciliarias encargadas a Marjorie Kisner, en la realización de sus tareas que hacían parte del contrato de prestación de servicios con el ITM, el cual venía ejecutando antes de su muerte, dichas visitas estaban dirigidas a un grupo familiar o una persona determinada. CONTESTADO: Como dije anteriormente, tengo conocimiento de que el objetivo de las visitas no era muy claro, no habían podido ponerse de acuerdo en cual era la intención real de realizar dichas visitas⁴⁸. Subrayas ajenas al original. (Sic a toda la cita)

Testimonio de PAULA ANDREA GONZÁLEZ VÉLEZ, de profesión administradora de empresas, quien se desempeñó en la parte administrativa del programa en la elaboración del manual de funciones, y a quien le rendían el informe mensual de actividades:

"PREGUNTADO: Sabe usted si MARJORIE siempre trabajó con pos penados y si dentro de las labores que desarrolló, siempre realizó visitas domiciliarias a sus consultantes? Indique al despacho lo que conozca. CONTESTO: No siempre trabajó con pos penados, como lo indicaba anteriormente ella inicio con el componente de reincidencia, sólo mas o menos el último año fue que trabajó con pos penados, la parte de las visitas domiciliarias nunca estuvo contemplada dentro de las actividades del proyecto para ninguno de los componentes, estas se iniciaron en el momento que fusionaron el proyecto de cárceles con el de paz y reconciliación y de hecho las tuvieron que empezar a realizar sin estar contempladas en los términos del contrato, estas se implementaron sólo en el último periodo contractual, que fue creo que en junio de ese año y siempre se tenía la salvedad de si se consideraban necesarias, los profesionales en el área de psicología siempre manifestaron su inconformidad frente a la imposición de llevarlas a cabo pues dentro de su ámbito profesional ellos no tienen la preparación e idoneidad para las visitas domiciliarias, para ellas quienes tienen la formación son los trabajadores sociales y los terapeutas ocupaciones. PREGUNTADO: si es de su conocimiento, señale si en algún momento MARJORIE manifestó temor en relación con las visitas al domicilio de los pos penados y sus familias? De ser el caso, señale en que consistieron estas manifestaciones y si las mismas fueron realizadas ante el contratante o su representante y/o interventor del contrato, y si ella fue la única que exteriorizó la situación? CONTESTO: fue una manifestación permanente tanto de ella como de los demás profesionales que debían cumplir con las metas de visitas domiciliarias, primero por los lugares a los cuales debían ir, eran lejanos, muchas veces les tocaba finalizando la tarde y salir ya de noche en barrios donde se sabe que la seguridad es escasa, nunca hubo ningún tipo de identificaciones, de implementos, de nada que mostrara que eran funcionarios o que estaban desarrollando una labor social, pasaban como simples ciudadanos y nunca tuvieron acompañamiento de nadie, la gran mayoría del grupo de profesionales eran mujeres

⁴⁷ Folio 623, cuaderno No. 2.

⁴⁸ Folio 625, ídem.

REFERENCIA: REPARACIÓN DIRECTA
 RADICADO: 05001 23 31 000 2010 02205 00
 DEMANDANTE: JORGE KISNER SCHUTZBERG Y OTROS
 DEMANDADO: MUNICIPIO DE MEDELLÍN Y OTROS

y les tocaba ir solas y bajo sus propios medios a las visitas, esto se puso en evidencia infinidad de veces tanto por escrito como en reuniones con la coordinación, con la interventoría y el grupo interdisciplinario, se manifestó en cada informe de actividades tanto individual como en el consolidado, yo considero que se agotaron todos los medios, todas las instancias, y se acudió a quien en su momento nosotros como contratistas considerábamos tenían la potestad, el deber y la obligación de procurar nuestra seguridad, que incluso era precaria para quienes estábamos en la oficina donde se prestaba la atención al pos penado que al ser la inspección de La América, tampoco contaba con el personal de vigilancia ni policía, ni nadie que estuviera como al tanto de lo que aconteciera en esa sede, y allá entraba todo tipo de persona, estando expuestos todos ahí a cualquier cosa....
 PREGUNTADO: Señale si las manifestaciones de temor o inconformidad con la actividad de visitas domiciliarias a los pos penados, por parte de MARJORIE fueron recientes a su muerte o no, de ser negativa la respuesta, indique desde hacía cuanto venían sus manifestaciones y por que MARJORIE no había renunciado o terminado el contrato?.
 CONTESTADO: Esas manifestaciones tanto de temor, de inconformidad como le decía anteriormente se iniciaron desde que se dio la directriz de llevar a cabo las visitas domiciliarias, y no renunció por que todos necesitábamos el trabajo, es así de simple, ella tenía responsabilidades económicas importantes con su familia y su formación académica, lo que no era pues sencillo de dejar así.⁴⁹ (...)
 PREGUNTADO. En respuesta anterior usted le manifestó al despacho "que MARJORIE no tenía la idoneidad para realizar las visitas domiciliarias que esta era una actividad propia de un trabajador social y un terapeuta ocupacional", manifiéstele al despacho si lo sabe por que la señorita MARJORIE aceptó realizar estas visitas teniendo en cuenta que no era idónea para las mismas ni mucho menos tenía perfil para realizarlas.
 CONTESTÓ. Hay dos aclaraciones que hacer, no es terapeuta ocupacional sino profesional en desarrollo familiar y yo no dije que MARJORIE no tenía idoneidad, dije que los profesionales en psicología no están formados para llevarlas a cabo y de hecho lo aceptaron, primero por que fue una imposición, segundo por que nos dijeron o les gusta o renuncian y habían cosas de por medio como se dijo anteriormente que no hacían viable una renuncia.⁵⁰ (...)
 PREGUNTADO. Conoció usted de manera directa y personal de la eventual existencia de solicitud expresa por parte de MARJORIE KISNER (sic) al INSTITUTO TECNOLÓGICO METROPOLITANO para que se le prestara específica seguridad en la visita domiciliaria que realizara al pos penado ROBERT ALEXANDER LÓPEZ de ser cierto, si sabe a qué persona o personas del Instituto se la pudo haber presentado.
 CONTESTO. El conducto con anterior se dijo como era, en persona directa de ROBERT ALEXANDER no, porque la queja como tal, era del hecho de las visitas mas no de un sujeto específico y si se manifestaron en repetidas oportunidades de manera directa verbal y por escrito a través de los informes a YANNET VALENCIA quien era coordinadora de convenios y proyectos y a su vez era nuestro conducto regular...
 PREGUNTADO: Explíqueme al Despacho cual es la razón conocida por usted para haber afirmado en respuesta anteriores que las visitas domiciliarias no tendrían que realizarse por parte de la finada MARJORIE KISNER a la familia de los pos penados si se tiene en cuenta que el convenio interadministrativo entre el ITM y el MUNICIPIO DE MEDELLÍN, cuya ampliación consta a folios 111 y 112 del expediente formado y específicamente en el folio 111 vto. Dice que se debe hacer un acompañamiento psico social a los pospenados como a excarcelados y a su familia.
 CONTESTO: Por que todo el proceso de intervención partía de la voluntariedad tanto del popspenado como de su familia y al haber en muchas oportunidades lazos familiares extintos o con dificultades, no era una obligación que la familia hiciera el proceso de intervención, se procuraba que en la medida que avanzaran los procesos las familias se fueran vinculado y de esa manera hacer la intervención familiar..."
 (Sic a toda la cita).⁵¹ (Sic a toda la cita)

Testimonio de EDILMA ESCOBAR VALENCIA, coordinadora del programa:

⁴⁹ Folio 652, cuaderno No. 2.
⁵⁰ Folio 653, ídem.
⁵¹ Folio 655, ibídem.

"PREGUNTADO. Cuéntenos si una vez implementado el sistema de visitas domiciliarias existió manifestación por parte de los contratistas de algún tipo de inconformidad, temor o preocupación con este tema. CONTESTO. Con la fusión o traslado del programa de atención integral a paz y reconciliación también se procede con la articulación de los equipos de trabajo por áreas, me explico, había en la estructura del programa una coordinación psico social en paz y reconciliación la cual se articuló de la siguiente manera con el equipo de atención psico social de atención integral a la población carcelaria; semanalmente se hacía una reunión de toda la tarde donde los profesionales con la coordinadora general de paz y reconciliación y cárceles hablaban o discutían temas de interés general en el proceso de intervención, en esa reunión general se llegó a manifestar la inconformidad de desplazamiento a los territorios por situaciones de seguridad, mas no por la población o grupo familiar al que se debía atender, con esta situación entonces se diseñó la siguiente estrategia por parte de la dirección del programa y los coordinadores de área y era que el personal de atención integral con enfoque de género, que viese alguna situación compleja o sintiera el temor o a todo el equipo en general se acompañara por parte del equipo de paz y reconciliación a este referido personal a hacer un reconocimiento del territorio para luego proceder ya con la intervención".⁵² (Sic a toda la cita)

Testimonio de LUÍS CARLOS OSORIO BOTERO, de profesión sicólogo, quien trabajó en el área de pospenados durante un año con la víctima.

"PREGUNTADO. DESCRIBA EN LA PRACTICA EN QUÉ CONSISTÍAN SUS FUNCIONES COMO SICÓLOGO. CONTESTÓ. El programa de postpenados tenía varios componentes de apoyo a esta población, trabajadoras sociales, sicólogos, hubo una asesoría en derecho y en el campo laboral o de proyectos productivos. Como sicólogo acompañábamos el fortalecimiento del postpenado para su reinserción a su vida social, incluía a su familia y teóricamente estaba propuesto el medio socio cultura en donde residía. Los postpenados se inscribían en el programa voluntariamente y se hacía atención individual en la sede de postpenados. Allí también se atendía a sus familias en asesorías psicológicas. Cuando el programa de postpenados fue fusionado con el proyecto paz y reconciliación tuvimos que asumir los parámetros con los que trabajaban los sicólogos de este programa y por esto terminamos haciendo visitas domiciliarias. Esta actividad fue discutida durante muchas reuniones realizadas con paz y reconciliación, con la coordinación del programa de postpenados y creo que quedó consignado en los informes mensuales de cada profesional de psicología por que no es lo común dentro del ámbito de la psicología, no estaba estructurada dentro del programa de postpenados y apareció como exigencia por asumir el modelo de atención de paz y reconciliación.

PREGUNTADO. SEÑALE SI SE CREÓ UN PROTOCOLO (sic) PARA LA REALIZACIÓN DE LAS VISITAS DOMICILIARIAS. EN TAL CASO, INDIQUE EN QUÉ CONSISTÍA EL MISMO, O DE SER NEGATIVA SU RESPUESTA ACLARE COMO ERAN ORGANIZADAS TALES VISITAS. CONTESTÓ. El concepto de visita domiciliaria fue fácilmente asimilado por trabajo social pero por los sicólogos hubo resistencia y fue motivo de discusión, desde el principio de la propuesta de hacer visitas domiciliarias, en las reuniones que se hacían de coordinación. Fueron discutidas con sicólogos del programa de paz y reconciliación y los argumentos que se esgrimían estaban desde lo teórico y desde lo práctico. Para los sicólogos del programa Paz y reconciliación era fácil moverse dentro de los barrios de Medellín por que estaban trabajando con una población cautiva, plenamente identificada. A nosotros, y bajo la presión de las estadísticas nos tocaba buscar a estas familias en los barrios y hubo incidentes que alertaban sobre los riesgos que se corrían en esta nueva actividad y que además producía costos adicionales a los profesionales en tiempo y dinero por los desplazamientos hacia los barrios, luego hacia la sede, atenciones individuales y con frecuencia volver a los

⁵² Folio 657, cuaderno No. 2.

REFERENCIA: REPARACIÓN DIRECTA
 RADICADO: 05001 23 31 000 2010 02205 00
 DEMANDANTE: JORGE KISNER SCHUTZBERG Y OTROS
 DEMANDADO: MUNICIPIO DE MEDELLÍN Y OTROS

barrios a la búsqueda de visitas domiciliarias. Yo personalmente estando en una reunión con postpenados llegó una camioneta con varias personas que empezaron a indagar sobre las actividades que estaba desarrollando y que hizo que aproximadamente 7 jóvenes que estaba allí se fueran y solamente quedó quien residía en esta vivienda. Este hecho fue ventilado en una de las reuniones de coordinación. **PREGUNTADO. USTED SEÑALA QUE FUERON VARIOS LOS INCIDENTES QUE ALERTABAN SOBRE LOS RIESGOS, USTEDES INFORMARON EN LAS REUNIONES TODOS LOS INCIDENTES Y ADVIRTIERON QUE RIESGOS GENERABA A LOS CONTRATANTES. CONTESTÓ.** No puedo afirmar que hayan quedado oficialmente denunciados, se ventiló en las reuniones y no se tenía la experiencia, estoy hablando de la iniciación de las actividades y en estas discusiones se plantearon esos posibles riesgos. Se llegó hablar de la posibilidad de que fuéramos acompañados por alguna autoridad pero esto fue desestimado y para utilizar términos propios de esta población eso era banderiarlos. La agregación al contrato de realizar visitas domiciliarias por parte de los sicólogos fue un tema muy espinoso y generó discusiones que yo supongo debieron quedar consignadas en las actas elaboradas por la coordinación del programa. **PREGUNTADO. INDIQUE SI EN EL PROGRAMA EXISTÍA UN SOPORTE METODOLÓGICO PARA LAS VISITAS DOMICILIARIAS. CONTESTÓ.** La respuesta poder sí y no. Sí porque nosotros tuvimos la tutela de los sicólogos del programa de paz y reconciliación, ellos ya tenían una larga experiencia en este campo; pero que se hubiera hecho un trabajo más profundo de asimilación de este recurso y del objetivo mismo en qué pudiera estar enriqueciendo el programa de postpenados no se dio, porque en uno de mis informes yo hice esta analogía y es que la fusión con paz y reconciliación fue algo parecido a estar subiéndose a un vehículo en movimiento y la presión por parte de la coordinación para asimilar el modelo paz y reconciliación como enriquecedor del programa de postpenados exigía un hacer ya, y así empezamos a realizarlas aprendiendo en el camino.⁵³ (...) **PREGUNTADO. DESDE SU FORMACIÓN Y EXPERIENCIA, POR FAVOR SEÑALE SI LA VISITA DOMICILIARIA ERA EL ÚNICO O MEJOR MÉTODO PARA LA INTERVENCIÓN SICOSOCIAL DE ESA POBLACIÓN. CONTESTÓ.** Se puede decir que es un método, pero la atención psicológica en el contexto, en el territorio del usuario especialmente esta población postpenada, sigo percibiéndola como no necesaria y que solamente apareció como parte de asimilar un modelo con el que trabajaba paz y reconciliación; pero la psicología necesita espacios propios como era la sede donde funcionábamos para desarrollar los procesos de fortalecimiento individuales.⁵⁴ (...) **PREGUNTADO: TENIENDO EN CUENTA QUE EN RESPUESTAS ANTERIORES MANIFESTÓ USTED LA EXISTENCIA DE INCONFORMIDAD EN LOS CONTRATISTAS DE ESOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LOS QUE NOS HEMOS VENIDO REFIRIENDO EN ESTA AUDIENCIA, Y TENÍA MARJORIE KISNER CON EL ITM, CONOCIÓ EN MANERA DIRECTA SI HUBO ALGUNA MANIFESTACIÓN DE PARTE DE ELLA A SU CONTRATANTE OBJECIÓN A LA POSIBLE FALTA DE GARANTÍAS QUE TUVIERA DICHO CONTRATO, ELLO ESPECÍFICAMENTE EN LO RELACIONADO CON LA APARENTE FALTA DE SEGURIDAD EN LA EJECUCIÓN DE DICHAS TAREAS. CONTESTÓ:** Las inconformidades, cuando se ventilaban se hacían con la coordinadora del programa y a través de ella se hacía el conducto regular para hacerlos llegar al operador. Respecto del término seguridad, fue un tema que se abordó pero de allí a que se hubiera hecho un pedido formal o una reclamación al operador, o inclusive directamente al municipio, no recuerdo. Todas las situaciones que se discutían con las coordinación, se suponía que era ésta quien las tramitaba ante la instancia inmediatamente superior.⁵⁵ (...) **PREGUNTADO: DÍGALE AL DESPACHO QUÉ RAZÓN TENÍA ENTONCES QUE EL OBJETO DEL CONTRATO SEÑALARA QUE ERAN TRES VISITAS DOMICILIARIAS POR SEMANA. CONTESTÓ:** A ese número se llegó, luego de plantear tentativamente cantidad superior de visitas y encontramos que cumplir con estas tres visitas, había

⁵³ Folio 745, cuaderno No. 2.

⁵⁴ Folio 751, ídem.

⁵⁵ Folio 753, ídem.

una enorme dificultad por la resistencia de los inscritos en el programa de post penados para quienes también fue una sorpresa que tuviéramos que realizarles visita domiciliaria. No todos la veían de buena gana”.⁵⁶ Negrillas del original. Subrayas de la Sala. (Sic a toda la cita)

Así las cosas, aún con el criterio de cuatro profesionales en sicología, cinco si se cuenta a la víctima, en contra de la realización de tales visitas domiciliarias, las mismas fueron desarrolladas. Adicional a ello, llama poderosamente la atención del Tribunal el reconocimiento expreso de la Coordinadora del Programa sobre la existencia de tales manifestaciones de inconformidad sobre las condiciones de seguridad en que éstas se hacían, persona que tenía la responsabilidad inmediata de poner en marcha el conducto regular para satisfacer las condiciones necesarias para una adecuada prestación del servicio.

En efecto, en acta de reunión del 12 de mayo de 2008, en la oficina de pospenados, celebrada con el grupo de contratistas de los convenios interadministrativos 5010 y 5011 de 2008, con relación a las metas de los convenios interadministrativos citados, y la utilización del conducto regular, se consignó que:

“1. Con respecto a las metas del convenio, la Coordinadora de Convenios y Proyectos del ITM, manifestó la necesidad de dejar constancia en un acta de reunión o documento las razones por las cuales no se va cumplir con las metas fijadas en el convenio, y en los contratos de prestación de servicios para el periodo comprendido entre febrero 14 y junio 30 de 2.008, entre las cuales se encuentran: la demora en el inicio de los contratos derivada de la legalización de los convenios interadministrativos, y las autorizaciones requeridas para la contratación, el redireccionamiento del Programa de acuerdo a las solicitudes del Subsecretario de Orden Civil de la Secretaría de Gobierno, la construcción de la ruta metodológica, el traslado del Programa de “Atención integral con enfoque de género a la población carcelaria excacelaría, pospenada y su entorno sociofamiliar” al Programa Paz y Reconciliación, lo cual implicó ajustes en los procedimientos, formatos, planes de acción, reuniones constantes, exposiciones, presentación de resultados, ausencia en los establecimientos producto de las reuniones, entre otros.
(...)

3. Con respecto a la utilización del conducto regular, se aclara que el direccionamiento del proyecto está a cargo de la Doctora Edilma Escobar Valencia, y lo contractual es con el la (sic) coordinadora de convenios y proyectos del ITM, además que en cada uno de los contratos de prestación de servicios, quedó contemplado la obligatoriedad de informar sobre impedimentos para cumplir con la ejecución contractual.”

Y de manera especial, alusiva a los derechos del psicólogo, la ley 1090 de 2006, contempló que:

“ARTÍCULO 90. DERECHOS DEL PSICÓLOGO. El psicólogo tiene los siguientes derechos: (...)

b) Recibir protección especial por parte del empleador que garantice su integridad física y mental, en razón de sus actividades profesionales como lo establece la Constitución”.

⁵⁶ Folio 755, cuaderno No. 2.

En el mismo sentido, el artículo 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos –suscrito por Colombia-, y el artículo 2 de la Constitución Política, que le impone al Estado la obligación de proteger a todas las personas en su vida, honra y bienes, de imperativo cumplimiento al hallarse en un plano superior a cualquier acuerdo de voluntades o disposición normativa de grado inferior, lo que significa que suscribir un contrato de prestación de servicios con un particular por su propia cuenta y riesgo, no exime a la Administración del cumplimiento fiel de dicho mandato, ni le absuelve de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que cause con su omisión.

Para el caso concreto, la Sala estima que le era previsible al contratante la ocurrencia de los hechos, pues tal como se acredita con la variedad de testimonios transcritos de los sicólogos, en las distintas reuniones celebradas e informes entregados a la dependencia competente, se manifestaron las precarias condiciones de seguridad, y la ausencia de un soporte que contara con los elementos que el ejercicio de este campo de la salud requiere, para importar un modelo de intervención destinada a una población reinsertada a otra pospenada y excarcelada, sin mediar más motivo que el “redireccionamiento del Subsecretario de Orden Civil”, o como fuera expresado por la Coordinadora del Programa a la pregunta:

“(…) desde el punto de vista teórico y metodológico podría decirnos si existe alguna diferencia en la atención que debe brindársele a ciudadanos reinsertados y a ciudadanos pos penados? CONTESTO: la diferencia no esta en el modelo de intervención, pues ambos están dirigidos a la reintegración social positiva de personas que han estado en algún momento al margen de la ley”.⁵⁷

Para este Tribunal, contrario a lo que exceptúan los demandados, no se encuentra acreditado que a la sicóloga le fuese previsible identificar factor o fuente de riesgo alguno en la atención a su paciente, lo que se soporta en el testimonio del sicólogo LUIS CARLOS OSORIO BOTERO, quien con relación a este punto dijo:

“PREGUNTADO. MANIFIESTE A QUIÉN SE HACÍA LA VISITA DOMICILIARIA. CONTESTÓ. La visita domiciliaria se hacía a todos los postpenados, en ese sentido estadísticamente postpenado era toda persona que hubiera estado en la cárcel y hubiera pagado una sentencia. La visita domiciliaria incluía a su familia o personas con quienes conviviera, apareció en varias reuniones y fui yo quien lo planteó quien es el postpenado y puedo afirmar que produjo enormes malestares a la coordinación del programa, la reiteración de la pregunta, por que no había un filtro y como lo dije en uno de mis informes, la relación costo beneficio necesitaba esos filtros. El programa de postpenados no tenía una clara articulación con un trabajo previo realizado dentro de la institución carcelaria, me explico, se planteó en las reuniones que la atención al interior de la cárcel debería estar orientada a quienes estaban próximos a la terminación de su condena para que el programa de postpenados lo recibiera en ese empalme para a facilitación de su reinserción a la vida social. Un postpenados que hacía muchos años había salido de la cárcel, terminó haciendo

⁵⁷ Folio 665, cuaderno No. 2.

parte de nuestro programa, y yo personalmente tuve la oportunidad de estar con una persona postpenada pero de varios años y estando en la entrevista está recibiendo llamadas con diálogos que como sicólogo nosotros armamos hipótesis para ser validadas y la impresión era que estaba hablando de situaciones de dudosa legalidad, y luego se sentaba a continuar hablando de las posibilidad de apoyo por parte del programa para su plan de reinserción a la vida social después de cuantos años de estar afuera y haciendo que. Esta descripción, volviendo a una de las preguntas anteriores, es parte de lo que describía como asumir riesgos innecesarios: el posible perfil psiquiátrico del postpenado nunca se pudo lograr agilidad en la interconsulta para determinar esos posibles riesgos con una población sobre la que no se tenía mayor control y se confiaba en la buena voluntad de querer realizar una reinserción en la vida social.⁵⁸(...) **PREGUNTADO. TENIENDO PRESENTE LOS ESTUDIOS Y CONOCIMIENTOS DE PSICOLOGÍA QUE TENIA USTED Y LA HOY OCCISA AL MOMENTO DE INTERVENIR AL SEÑOR ROBER ALEXANDER LÓPEZ AL INTERIOR DEL ESTABLECIMIENTO ERA POSIBLE EVIDENCIAR QUE ESTE PRESENTABA ALGÚN TIPO DE SICOPATÍA O DE TRASTORNO DE PERSONALIDAD. CONTESTÓ.** Marjorie y yo pertenecíamos a componentes diferentes, ella pertenecía a reincidencia y yo a familia. La forma como nos veíamos era de paso, los componentes eran un grupo que la comunicación entre ellos era grande, pero con los otros componentes en ese tiempo era poco o casi nada porque no había articulación entre los componentes, así nació el programa. La atención a los usuarios hace plantear hipótesis con relación a su lenguaje verbal y corporal y plantear posibles rasgos psiquiátricos sucede con frecuencia pero de allí al poder determinar el nivel de riesgo que uno tenga con el usuario no es fácil de determinar. Es evidente para el profesional de la psicología detectar las posibles conductas psiquiátricas pero de allí a determinar el nivel de peligrosidad no se puede determinar, es más, el nivel de agresividad de una persona "normal" dentro de una consulta puede alterarse y llegar a presentar malestares y posibles deseos de agresión al terapeuta⁵⁹".

Lo anterior a su vez explica por qué las manifestaciones sobre las circunstancias de seguridad se advertían por el método empleado, y no con relación al paciente intervenido, lo que lleva a la Sala a que en un examen de causalidad, la supresión imaginaria de Marjorie Kisner Mira como persona individualmente considerada, conlleva a que cualquier otro ser humano con el perfil requerido por el contratante para prestar el servicio, desencadenaría el mismo resultado. Se puede decir que con la lectura que hacía el programa de la población objeto, más el criterio de los profesionales puesto en conocimiento, la exigencia de la Administración de realizar tales visitas, puso a los contratistas a la exposición de un riesgo innecesario, que no puede desconocerse por ser la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios de libre discusión, ni mucho menos por tratarse de su propia cuenta y riesgo que, así hubiese sido voluntad de la víctima no suscribirlo, la vacante hubiese sido ocupada por otro profesional en la misma área, es decir, la exposición al riesgo a los coadministrados vinculados para la ejecución del convenio hubiese perdurado en el tiempo.

Agréguese a lo expuesto, que dentro de las pruebas válidamente allegadas al paginario obran los siguientes documentos relacionados con la

⁵⁸ Folio 745, ídem

⁵⁹ Folio 750, ibídem.

REFERENCIA: REPARACIÓN DIRECTA
 RADICADO: 05001 23 31 000 2010 02205 00
 DEMANDANTE: JORGE KISNER SCHUTZBERG Y OTROS
 DEMANDADO: MUNICIPIO DE MEDELLÍN Y OTROS

investigación por Riesgos Profesionales y la consecuente sanción impuesta en el caso Kisner, cuadernillo N° 5,

- Resolución N° 1713 del 24 de septiembre de 2009 *"Por medio de la cual se resuelve una investigación administrativa de riesgos profesionales - accidente de trabajo mortal-*", en la que se señaló:

"(...)

Revisada la información, se constató que se desarrollaban actividades del Programa de Salud Ocupacional en forma previa al accidente, pero no hay constancia de la inclusión de la señora Marjorie Kisner Mira en la actividad del programa, como tampoco la existencia de normas de seguridad para el oficio desempeñado por ella.

Lo anterior implica incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15° del Decreto 2800 de 2003; Resolución 1016 de 1989, artículo 11° numeral 22:

Decreto 2800 de 2003, artículo 15:

Artículo 15. Prevención en las empresas contratantes: *Las personas naturales o jurídicas contratantes deberán incluir al trabajador independiente dentro de su programa de salud ocupacional y permitir la participación de este en las actividades del comité paritario de salud ocupacional.*

(...)

El accidente de trabajo fue descrito así:

"El día 2 de diciembre de 2008 la señorita Marjorie Kisner Mira, en cumplimiento de una de sus obligaciones específicas contenida en el contrato de prestación de servicios, realizó una visita domiciliaria en el Barrio Villa Hermosa, apareciendo muerta el día 5 de diciembre de 2008".

Se identifican como causas inmediatas de la ocurrencia del accidente:

-Violencia Social.

Como recomendaciones fueron formuladas por parte de la ARP, las siguientes:

-Verificar las condiciones de seguridad de los lugares a los cuales el personal se debe desplazar a realizar las asesorías de paz y reconciliación.

(...)"

En la mencionada providencia se resolvió sancionar al Instituto Tecnológico Metropolitano ITM con la suma de \$1.987.600.00

- -Resolución N° 096 del 1° de febrero de 2010 *"por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición"* presentado por el Instituto Tecnológico Metropolitano ante el Ministerio de la Protección Social, en la que se consideró *"Para el Despacho son respetables los argumentos presentados por el apoderado judicial del ITM, pero el Despacho se reitera que dicha entidad no cumplió con la presentación de los soportes que acreditaran que la señora MARJORIE KISNER MIRA fuera incluida en los programas de capacitaciones y de*

que hubiera establecido normas de seguridad para el cargo o funciones desempeñadas por la aludida KISNER MIRA”.

9.- CONCLUSIONES:

9.1.- Conforme a lo que se ha expuesto es evidente que el asunto sub lite se enmarca dentro de aquellos eventos de responsabilidad del Estado por falla en el servicio derivada del incumplimiento de las normas legales de protección, ello por cuanto, como se acredita con la variedad de testimonios transcritos de los sicólogos, le era previsible a la Administración la ocurrencia de los hechos que hoy nos convocan, ya que en las distintas reuniones celebradas e informes entregados a la dependencia competente, se manifestaron las precarias condiciones de seguridad, y la ausencia de un soporte que contara con los suficientes elementos que el ejercicio de este campo de la salud requiere para importar un modelo de intervención destinada a una población reinsertada a otra pospenada y excarcelada, sin mediar más motivo que el “redireccionamiento del Subsecretario de Orden Civil”.

9.2. - Como quiera que se demostró que la señora MARJORIE KISNER MIRA falleció mientras desarrollaba las actividades plasmadas en el contrato de prestación de servicios P-2679 de 2008, celebrado en virtud de un convenio interadministrativo entre el Municipio de Medellín y el Instituto Tecnológico Metropolitano, se puede afirmar que, de conformidad con la jurisprudencia antes citada, uno y otro eran guardianes de la labor que ella desempeñaba, pese a que en el mismo se hubiese consignado la independencia de la profesional y que la ejecución del mismo corriesen por su propia cuenta y riesgo.

Adicional a lo anterior y conforme se ha expuesto a lo largo de este proveído, omitió el Instituto Tecnológico Metropolitano- adscrito al Municipio de Medellín- con las nuevas obligaciones impuestas desde el año 2008, que el contrato no solo debía ajustarse a las formas legales contenidas en el estatuto general de la contratación y demás disposiciones reglamentarias o complementarias, sino también a las obligaciones contenidas en la Constitución Política y en los Instrumentos de Derecho Internacional Humanitario suscritos por el Estado Colombiano, en los que se le confiere la posición de garante frente a los derechos fundamentales y humanos de los ciudadanos, por lo que dentro de las obligaciones contractuales se debieron considerar las condiciones mínimas que garantizaran la seguridad, integridad personal y vida de la contratista.

Lo precedente se indica por cuanto conforme se adujo en las declaraciones del señor Luís Carlos Osorio Botero, compañero laboral de la occisa, y de la Coordinadora Edilma Valencia Escobar cuando el programa de pospenados

REFERENCIA: REPARACIÓN DIRECTA
RADICADO: 05001 23 31 000 2010 02205 00
DEMANDANTE: JORGE KISNER SCHUTZBERG Y OTROS
DEMANDADO: MUNICIPIO DE MEDELLÍN Y OTROS

fue fusionado con el programa de paz y reconciliación, los contratistas debieron asumir los parámetros con los que trabajaban los sicólogos de aquel, de ahí que hayan terminado haciendo visitas domiciliarias

En igual sentido, de las pruebas citadas se colige que la labor de las visitas domiciliarias y su inconveniencia no era un asunto ajeno a la Administración, ya que ello había sido puesto de presente de manera reiterada ante los coordinadores de cada componente en las reuniones en las que participaban los profesionales involucrados, y que si bien de ello no obra prueba escrita, si existe la testimonial que respalda lo dicho, lo que revela que el daño antijurídico pudo preverse por las demandadas - MUNICIPIO DE MEDELLÍN Y EL INSTITUTO TECNOLÓGICO METROPOLITANO "I.T.M." en su papel de garante, adoptando las medidas necesarias para posibilitar la ejecución de los contratos en condiciones de seguridad.

Acorde a lo evidenciado a lo largo del acopio suasorio es claro que la labor desarrollada por los sicólogos en la fase de visitas domiciliarias fue improvisada, en tanto que se dio con un aprendizaje sobre la marcha, sin que existiera una real planeación de las actividades, y un estudio que permitiera verificar los pros y contras de la misma, así como la valoración del riesgo, por lo que fue calificada por los deponentes, a excepción de la señora Valencia Escobar, como "improvisada" al verificarse en la misma, se itera, problemas de planeación y de seguridad de los contratistas, quienes no contaban con protocolos o capacitación frente al riesgo -esto fue comprobado con la investigación adelantada por riesgos profesionales y a la cual ya la Corporación se ha referido-.

Así las cosas, y ante la contundencia de las pruebas recaudadas es posible que esta Sala afirme que en el asunto sub lite se haya acreditada la responsabilidad del Estado derivada de una falla del servicio tanto del MUNICIPIO DE MEDELLÍN como del INSTITUTO TECNOLÓGICO METROPOLITANO "I.T.M.", en tanto que al ellos ostentar el papel de contrates, uno de manera directa y el otro indirecto, debían velar por propender la seguridad de sus contratistas, en este caso de la señora Marjorie Kisner Mira, así como una intervención proactiva tendiente en garantizar y posibilitar una adecuada ejecución.

9.3.- Responsabilidad del INPEC:

En lo referido a la responsabilidad del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO -INPEC- es menester señalar que si bien es cierto que el contrato discutido se encontraba encausado sobre las personas que en oportunidades anteriores habían estado privadas de la libertad (Pospenados), dicha entidad nada tuvo que ver con el objeto contractual,

ello unido a que no cuenta con competencia legal para esta clase de actividades, pues según lo consagrado en el artículo 2° y 3° de la Resolución No. 9456 del 31 de julio de 2008⁶⁰ el Servicio Pospenitenciario fue definido como la atención dirigida a asesorar y orientar la inclusión del Pospenado al contexto social, familiar y laboral de forma autónoma y responsable, basado en los recursos y servicios disponibles por el Estado, sus Instituciones, organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil, organizados a través de un sistema funcional de redes que articulen prácticas y competencias, canalizando soporte especializado para la integración social y apoyo para el acceso a educación, seguridad social, empleo, entre otros, durante la etapa de adaptación al contexto social, sin que esto implique una orientación asistencialista del Servicio.

Normatividad en la que además se estableció, como se vio, que el Servicio Pospenitenciario operaría a través de Centros de Asesoría y Referenciación Pospenitenciaria en cada Dirección Regional, donde se designará como mínimo un Servidor Penitenciario para la atención al Pospenado de acuerdo con las Pautas que expida la Subdirección de Tratamiento y Desarrollo; precisándose que el objeto de dicho Centro será *"guiar al Pospenado en el reconocimiento y funcionalidad de las Redes Sociales de Apoyo, y en coordinación de éstas ofertará los servicios disponibles en: orientación psicosocial, espiritual y formación en competencias ciudadanas; asesoría para su vinculación a la formación académica, a capacitación laboral y al empleo; asesoría para la vinculación al sistema de seguridad social en salud, recreación, cultura y orientación jurídica si lo requiere, generando un proceso de ajuste y adaptación al nuevo entorno"*.

Ahora, respecto a la afirmación efectuada por la parte actora en sus escritos de alegaciones referida a que la responsabilidad del INPEC se halla acreditada en tanto que los programas de pospenados se encuentran a su cargo, y que en virtud de ello debió disponer a los contratistas la información relacionada con los antecedentes de las personas que atenderían en el desarrollo de los programas que en principio y por disposición legal estaban a su cargo, para proveerles así mayores herramientas para su labor y autocuidado, fl. 860, tendrá que afirmar la Sala que tal como está consagrada la norma dicha información debió ser requerida, si se consideraba necesario, por quienes suscribieron el contrato interadministrativo N° 460005011 de 2008, y en el expediente no obra prueba de la que se desprenda una negativa a suministrar la misma.

Adicionalmente el artículo 14 de la Ley 65 de 1993⁶¹ con asocio del principio constitucional de legalidad, el INPEC no tiene competencia para actuar con

⁶⁰ Folio 606, cuaderno 2/2 de anexos contentivo del Convenio Interadministrativo No. 460005011 de 2008.

⁶¹ Artículo 14. CONTENIDO DE LAS FUNCIONES DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO: Corresponde al Gobierno Nacional por conducto del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta a través de sentencia penal condenatoria. El control de las

REFERENCIA: REPARACIÓN DIRECTA
RADICADO: 05001 23 31 000 2010 02205 00
DEMANDANTE: JORGE KISNER SCHUTZBERG Y OTROS
DEMANDADO: MUNICIPIO DE MEDELLÍN Y OTROS

pospenados, fuera de los establecimientos de reclusión, lo que se corrobora con las pruebas allegadas en las que se demuestra que las inscripciones se hacían en sedes destinadas por la Alcaldía para este trabajo

Con fundamento en lo anterior habrán de negarse las pretensiones respecto del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO –INPEC-

9.4.- No puede pasar por alto esta Sala el hecho que en la declaración rendida a instancias de este proceso por la compañera permanente del homicida, se advierten respuestas insinuentes de la existencia de un vínculo afectivo entre la señora KISNER MIRA y el señor ROBERT, es claro que de ello no reposa prueba en el expediente, máxime cuando pese a que la citada efectuara reparos por la presencia de la sicóloga el día de los hechos en horas de la mañana, en momentos en que ésta no se encontraba en el domicilio, es evidente que la misma informó que conocía de la programación de la reunión, y que pese a ello no comunicó a la profesional su imposibilidad de asistir a la cita y no indagó sobre las razones de esta sin su presencia, pues como se desprende del acta de audiencia ésta nunca, con antelación a los hechos, sintió dudas respecto de la relación profesional entre estos.

Concatenado con lo expuesto, el respaldo suasorio, permite afirmar que los contratistas programaban con antelación sus visitas, definiéndose sobre qué y con quien serían las mismas, sin que obre prueba que de cuenta que la efectuada el día de los lamentables hechos fuera acordada sin conocimiento previo de la compañera permanente, y tal como lo fue afirmado por la parte actora, nada obsta que el pos penado le hubiese dado información errada a la psicóloga Kisner Mira en el sentido que para el 2 de diciembre su núcleo familiar se hallaría en su hogar.

Por consiguiente, y contrario a lo pretendido por la parte resistente, no es dable predicar en el asunto sub lite la presencia de una causal de exoneración de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima ni del hecho de tercero, pues la incorporación de la visita domiciliaria dentro de sus actividades y su mantenimiento aun después de conocer el riesgo que ello representaba para los profesionales, fue una decisión de los demandados no del contratista, la que se repite no contaba con estudios de seguridad y viabilidad, reparos que habían sido puestos de presente en las reuniones con la coordinación; adicionalmente tampoco puede expresarse que el hecho fuera previsible para la víctima pues nunca observó acción o recibió amenaza por cuenta de su homicida, ni se estableció protocolo del riesgo ni recibió capacitación para detectar el mismo, de ahí que era una obligación constitucional y legal tanto del Municipio de Medellín como del Instituto

medidas de aseguramiento, del mecanismo de seguridad electrónica y de la ejecución del trabajo social no remunerado.

Tecnológico Metropolitano brindarles elementos para su seguridad, en tanto que estos ostentan una posición de garante.

9.5.- Sobre la posición de garante, para el resorte específico del caso concreto, ha manifestado el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo que⁶²:

"Este elemento normativo, fue incorporado en la responsabilidad del Estado en sede de imputación fáctica, ante la necesidad de dotar su análisis de ingredientes jurídicos; en este caso, por motivos de un no actuar de la administración-omisión-, necesidad que trasladó algunos criterios de la dogmática penal al derecho de daños -imputación objetiva-, lo que significó un cambio cualitativo en este estudio, en el entendimiento de reevaluar el papel de la causalidad como única opción teórica para determinar la atribución de determinadas consecuencias o daños, la cual resultaba insuficiente, dado su contenido naturalístico, que dejaba por fuera de su marco de acción los eventos de daños causados por terceros o por hechos de la naturaleza, tornándose en consecuencia en un imposible, la atribución de los mismos a la administración, pues en términos fenomenológicos no existía sustento para que ello se pudiese dar. Por lo tanto, este instituto sobre el cual descansa la teoría de la imputación objetiva, se erigió como la correcta opción para solucionar los problemas causales a los que se enfrentaba la omisión. (...) la posición de garante puede tener su génesis en dos aristas: por un lado, en el tráfico o contacto social (v.gr. garantía por la generación o creación de riesgos); y por el otro, en virtud de ciertas estructuras estatales y sociales (v.gr. garantía institucional). Por lo tanto, la primera posición de garante surgirá por la introducción de peligros o riesgos que tienen potencialidad para causar daño (v.gr. la instalación de una fábrica de sustancias tóxicas; tener un perro peligroso, desarrollar un deporte considerado como riesgoso, entre otros), mientras que la segunda posición se deriva de instituciones básicas como: el Estado (v.gr. si sobre una persona recaen amenazas que son conocidas o podían fácilmente ser inferidas por la administración pública, habrá posición de garante) y la familia (v.gr. en una piscina unos padres no podrán excusarse de que su hijo se ahogó en virtud de la peligrosidad de ese lugar, sino que a la hora de evaluar el riesgo concretado se tendrá en cuenta la intervención y participación de aquéllos). En ese orden, la posición de garante se mira desde dos perspectivas a saber: i) relacional también denominada organizacional o ii) institucional; en ambos casos el ordenamiento jurídico las impone, lo que ocurre es que respecto de la primera el sujeto cuenta con un margen de libertad para determinar si avoca o no el rol que se desprende de esa circunstancia que introduce peligros o riesgos a la sociedad, mientras que la segunda siempre se asigna como una carga obligatoria. (...) La posición de garante institucional, que es la interesada (sic) a este estudio, surge no ante la generación de un riesgo con determinada actividad, se origina por el hecho de pertenecer a determinada institución, de ahí su denominación. Al ser parte de un estamento -Estado-, nace una relación de especial protección, que se configura entre los asociados del conglomerado y el funcionario vinculado, este último llamado a encargarse, por razones de solidaridad, de la defensa y auxilio de los primeros, en aras de evitar que en el curso de la vida social sean dañados en su vida, integridad, honra y bienes". Subrayas y negrillas propias.

Y sobre el hecho de un tercero, ha dicho el Consejo de Estado en su jurisprudencia:

"En el mundo del derecho, el estudio de la imputatio facti 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 de la omisión. (...) el hecho de que el daño

⁶² Consejo de Estado, C.P. Enrique Gil Botero. Exp. No. 44333.

REFERENCIA: REPARACIÓN DIRECTA
 RADICADO: 05001 23 31 000 2010 02205 00
 DEMANDANTE: JORGE KISNER SCHUTZBERG Y OTROS
 DEMANDADO: MUNICIPIO DE MEDELLÍN Y OTROS

tena su génesis directa, material y causal en la conducta de un tercero no quiere significar, en principio, que se haya configurado una causa extraña que exonere de responsabilidad a la administración pública, 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, 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".⁶³
 Subrayas de la Sala.

9.6.- Perspectiva de Género:

En atención a que han existido históricamente sectores de la población discriminados estructural y sistemáticamente, el concepto de igualdad representa uno de los ejes fundamentales sobre los cuales se erige el actual Estado constitucional, democrático y de derecho. En efecto, el artículo 13 de la Constitución establece un mandato de igualdad formal en su primer inciso, esto es, una igualdad ante la ley, mientras que los incisos segundo y tercero hacen alusión a un mandato de igualdad material o de tratamiento diferenciado, conocido también como igualdad en la ley. En otras palabras, el mandato de igualdad formal consiste en un principio de interdicción de discriminación que busca eliminar privilegios o diferencias no justificadas y el mandato de igualdad material asigna al Estado y, particularmente, al legislador un deber de promoción y de protección especial de grupos sociales discriminados o desfavorecidos que demandan un tratamiento diferenciado, como lo son los grupos étnicos, los niños, los ancianos, las personas con discapacidad, los integrantes de la comunidad LGBTI, y las mujeres, en atención al ejercicio del derecho como la protección a la integridad personal frente a la violencia.

El mandato de igualdad material o igualdad en la ley, demanda del Estado ser un garante de derechos e identificar grupos que por sus condiciones manifiestas de vulnerabilidad y de indefensión pueden ser objeto de medidas de discriminación positiva, como lo son las mujeres frente a fenómenos de violencia. Por ello es indispensable que se construya y/o promueva un modelo basado en la valoración jurídica de las diferencias de género que salvaguarde el principio normativo de la igualdad en el ejercicio pleno los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, se disponga de un

⁶³ Consejo de Estado, C.P. Enrique Gil Botero. Exp. No. 26931.

sistema de garantías adecuado que asegure su efectividad, y abogue por la reducción de la brecha entre el mundo jurídico y la realidad.

En ese orden de ideas, la obligación del Estado es adoptar medidas reales, eficaces y concretas, consistente en la introducción de un componente diferencial de género en el uso de la fuerza en los procedimientos de policía adelantados por los agentes estatales, ya que es indispensable tener en cuenta su condición de debilidad o indefensión. La igualdad material implica, entonces, la adecuación del ordenamiento jurídico interno a estándares internacionales, como lo es la Convención de Belén do Pará, en la que se contemplan obligaciones claras frente a la no violencia de género por agentes estatales.

Como se advierte, en casos como el que se analiza, que están precedidos por relaciones de violencia sexual contra la mujer, pues no puede desconocerse por esta Corporación que el autor del homicidio había sido condenado penalmente en dos oportunidades por los delitos de acceso carnal violento previsto en el art. 250 del C. Penal en concurso material y heterogéneo con el de hurto calificado -agravado, cuaderno N° 1 de pruebas, lo procedente era adoptar medidas efectivas de protección a la señora MARJORIE KISNER MIRA, quien si bien tenía un contrato de prestación de servicio por su propia cuenta y riesgo, se reitera, era deber de las entidades demandadas garantizar la seguridad de ésta, máxime cuando debía efectuar visitas domiciliarias.

9.7. -Con fundamento en lo anterior ha quedado demostrada tanto la responsabilidad del MUNICIPIO DE MEDELLÍN como del INSTITUTO TECNOLÓGICO METROPOLITANO "I.T.M" en los hechos de esta demanda, por lo que acto seguido se procederá a analizar lo relativo a la indemnización de los perjuicios.

10.- INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS:

Establecida como está la responsabilidad estatal en los hechos que fueron sustento de las pretensiones de la demanda, deberá la Sala resolver lo relativo al reconocimiento de los perjuicios a favor de los actores:

10.1. Perjuicios morales

a.- De acuerdo con lo expuesto por el Consejo de Estado⁶⁴ frente al perjuicio moral, hay una presunción judicial de existencia en razón del parentesco pues la experiencia humana hace posible conocer a cualquier sujeto por su propia vivencia que la víctima de un daño puede sufrir dolor

⁶⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 24 de enero de 2011. M.P.: Olga Melida Valle de la Hoz. Radicado: 1998-00656-01(18190)

REFERENCIA: REPARACIÓN DIRECTA
 RADICADO: 05001 23 31 000 2010 02205 00
 DEMANDANTE: JORGE KISNER SCHUTZBERG Y OTROS
 DEMANDADO: MUNICIPIO DE MEDELLÍN Y OTROS

moral de acuerdo al grado del mismo y al perjuicio causado y que ese daño se puede irradiar a sus otros familiares. Presunción aplicable a los familiares cercanos (padre, madre, hijos, cónyuge o compañera permanente, abuelos y hermanos).

b. Con relación al reconocimiento y liquidación de perjuicios morales en caso de fallecimiento, la reciente jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁶⁵ ha señalado de manera reiterada que **este tipo de daño se presume en los grados de parentesco cercanos**, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política⁶⁶. De allí que, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con los daños irrogados a uno de sus miembros, lo cual es constitutivo de un perjuicio moral⁶⁷.

Postura que a su vez, fue acogida en la sentencia de unificación sobre perjuicios inmateriales proferidas por el Consejo de Estado el 28 de agosto de 2014, que fijó los parámetros para indemnizar perjuicios morales por lesiones corporales⁶⁸, según la calificación de la lesión y el rango de discapacidad, la cual indica, que en tratándose de las víctimas indirectas, se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, y que fue reiterada en providencia del 15 de abril del año 2015⁶⁹.

Sin embargo, la Alta Corporación precisa, con fines de unificación jurisprudencial, que en casos excepcionales, como los de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, entre otros, podrá otorgarse una indemnización mayor de la señalada en los eventos descritos en la sentencia de unificación antes citada, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño moral, sin que en tales casos el monto total de la indemnización pueda superar el triple de los montos indemnizatorios fijados en dicha sentencia. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño, de donde se deduce que la sentencia de unificación no invalidó que en casos concretos pueda el fallador hacer uso del arbitrio juris.

⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera: sentencias del 15 de octubre de 2008, exp. 18586, del 13 de agosto de 2008, exp. 17042, y del 1º de octubre de 2008, exp. 27268.

⁶⁶ "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.

"(...)".

⁶⁷ Consejo de Estado - Sección Tercera Subsección C - Consejero Ponente: Enrique Gil Botero Bogotá D.C., once (11) de julio de dos mil trece (2013). Expediente: 190012331000200100757 01 Radicación interna No.: 31.252

⁶⁸ Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, expediente 31172, C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz.

⁶⁹ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subseccion A. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E). Bogotá, D.C., Quince (15) De Abril De Dos Mil Quince (2015). Radicación Número: 66001-23-31-000-2004-00103-01(33292). Actor: Eduardo Antonio Vásquez Zapata Y Otros. Demandado: Ministerio De Defensa - Ejército Nacional. Referencia: Apelación Sentencia - Acción De Reparación Directa.

C. Vista la jurisprudencia que se ha citado en esta oportunidad y las reglas de la experiencia, hacen suponer que los parientes cercanos (que conforman su núcleo familiar) debieron afrontar un profundo dolor, angustia y aflicción con ocasión de la vulneración de derechos y muerte de la señora MARJORIE KISNER MIRA, al ser víctima de tan atroz delito.

Para el reconocimiento y tasación la Sala se sujeta al criterio determinante de la intensidad del daño, que usualmente se demuestra con base en las pruebas testimoniales las cuales arrojan una descripción subjetiva de quienes, por la cercanía, conocimiento o amistad deponen en la causa, restando objetividad a la determinación de dicha variable, cuya complejidad en una sociedad articulada, plural y heterogénea exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada de los perjuicios morales, sin que se constituya en tarifa judicial o, se pretenda el establecimiento de una tarifa legal.

De acuerdo con lo expresado, la Sala empleará un test de proporcionalidad para la liquidación de los perjuicios morales. El fundamento de este test no es otro que el principio de proporcionalidad, según el precedente jurisprudencial constitucional dicho principio comprende tres sub principios que son aplicables al mencionado test: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto.

En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como intensidad del dolor, alcance y dosificación de la incapacidad.

Respecto al segundo, esto es la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes.

Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del daño y su desdoblamiento⁷⁰.

d.- Con base en lo anterior, y vistas las pruebas allegadas al expediente para la Sala es claro que en el asunto sub lite se debe reconocer los perjuicios morales, precisando que de las pruebas aportadas es posible inferir la existencia de un perjuicio moral mayor, dado que el delito cometido en contra de la familiar de los actores, tiene un matiz bastante

⁷⁰ Sentencias C-872 de 2003, C-125 de 2003 y C-858 de 2008.

REFERENCIA: REPARACIÓN DIRECTA
RADICADO: 05001 23 31 000 2010 02205 00
DEMANDANTE: JORGE KISNER SCHUTZBERG Y OTROS
DEMANDADO: MUNICIPIO DE MEDELLÍN Y OTROS

fuerte por la forma en que ocurrió el mismo y la manera en que se fue encontrado el cuerpo de la joven Marjorie Kisner Mira, pues las reglas de la experiencia permiten arribar a dicha conclusión, máxime cuando en la necropsia se efectuó la siguiente descripción:

"RESUMEN DE HALLAZGOS

Traumas contusos. Inyección y hemorragia conjuntival. Fracturas de hioides. Hemorragias de tejidos blandos del cuello. Trauma facial, desmembración postmortem. Ausencia de vísceras torácicas, abdominales y pélvicas. Ausencia de glúteos y genitales externos.

OPINIÓN PERICIAL

La muerte de quien en vida respondía al nombre de MARJORIE KISNER MIRA fue consecuencia natural y directa de anoxia mecánica por estrangulación manual. Tiene traumas faciales de tipo contuso, la desmembración, desarticulación y evisceración fueron post mortem..."

Adicionalmente y dado que el homicida contaba con dos antecedentes que dan cuenta de sus inclinaciones por la violencia contra la mujer, pues se reitera, fue condenado por el delito de acceso carnal violento, era necesario que se le brindara una mayor protección, de ahí que los perjuicios morales serán indemnizados a favor de quienes acudieron al proceso así⁷¹:

DEMANDANTE	PARENTESCO	INDEMNIZACIÓN
JORGE KISNER SCHUTZBERG	PADRE	150 S.M.L.M.V.
MARÍA ELENA MIRA DE KISNER	MADRE	150 S.M.L.M.V.
VIVIANA KISNER MIRA	HERMANA	75 S.M.L.M.V.
SANDRA KISNER MIRA	HERMANA	75 S.M.L.M.V.

10.2. Daño a la vida en relación:

Padecidos por los actores, los que se tasan en SEISCIENTOS (600) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES para cada uno de ellos, derivados de la afectación que en su entorno social y familiar produjo la muerte de su hija y hermano MARJORIE KISNER MIRA, quedando privados de su presencia, afecto, cariño y de la posibilidad de gozar la estabilidad familiar.

a.- Es preciso aclarar, en primer lugar, que de acuerdo con la jurisprudencia consolidada del Consejo de Estado, los daños relacionados con el goce de la vida que producen una alteración en la salud de la persona se pueden entender comprendidos en el concepto de daño a la salud⁷²⁷³, en atención a que se ha determinado que el reconocimiento y tasación de dicho perjuicio

⁷¹ Registros civiles de matrimonio y de nacimiento obrantes a folios 80 a 83 del cuaderno 1.
⁷² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 14 de septiembre de 2011, exp. 38222, C.P.: Enrique Gil Botero; sentencia de 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, C.P.: Enrique Gil Botero.
⁷³ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subseccion B. Consejero Ponente: Ramiro De Jesús Pazos Guerrero. Bogotá D. C., Cinco (5) De Marzo De Dos Mil Quince (2015). Radicación Número: 25000-23-26-000-2003-00693-01(34671). Actor: Edgar Pérez Calderón Y Otros. Demandado: Nación - Ministerio De Defensa - Ejército Nacional. Referencia: Acción De Reparación Directa (Apelación Sentencia)

no se debe limitar a constatar el porcentaje certificado de la pérdida de capacidad laboral, sino que deben tener en cuenta las consecuencias de la enfermedad, el accidente o, en general, el hecho dañino, que reflejen alteraciones en el comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven su situación, como los casos estéticos o lesiones sexuales, que difícilmente se consideran constitutivos de incapacidad⁷⁴.

b.- En relación con esta modalidad de perjuicio, actualmente enmarcado dentro del concepto de daño a la salud, el Consejo de Estado en decisiones recientes ha flexibilizado la prueba de dicho perjuicio, señalando que de advertirse mediante prueba válidamente allegada al proceso la acreditación del daño a la salud, en cualquiera de las modalidades presentadas, el mismo se debe reconocer.

c.- Así mismo, en sentencia del 28 de agosto de 2014 Exp. 2001-00278-01(28804), mediante la cual se unificó la jurisprudencia en torno al reconocimiento y la tasación de indemnización por concepto de daño a la salud, se estableció lo siguiente:

"..."

En primer lugar, es necesario aclarar que, a la luz de la evolución jurisprudencial actual, resulta incorrecto limitar el daño a la salud al porcentaje certificado de incapacidad, esto es, a la cifra estimada por las juntas de calificación cuando se conoce. Más bien se debe avanzar hacia un entendimiento más amplio en términos de gravedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, por cualquiera de los medios probatorios aceptados, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano. Para lo anterior el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima. Para estos efectos, de acuerdo con el caso, se podrán considerar, entre otras, las siguientes variables:

- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente)
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.
- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- La edad.
- El sexo.
- El dolor físico, considerado en sí mismo.
- El aumento del riesgo vital o a la integridad
- Las condiciones subjetivas que llevan a que una determinada clase de daño sea especialmente grave para la víctima (v.gr. pérdida de una pierna para un atleta profesional)

⁷⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 31170, C.P.: Enrique Gil Botero; sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 28832, C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

REFERENCIA: REPARACIÓN DIRECTA
 RADICADO: 05001 23 31 000 2010 02205 00
 DEMANDANTE: JORGE KISNER SCHUTZBERG Y OTROS
 DEMANDADO: MUNICIPIO DE MEDELLÍN Y OTROS

Prima facie, la distinción podría parecer un simple matiz, por lo que se ha de insistir en las implicaciones de esta precisión. Básicamente, se cambia de una concepción primordialmente cuantitativa en donde el criterio de tasación consiste en un porcentaje, a una concepción cualitativa del daño objetivo, en la que lo que predomina es la noción de gravedad de la alteración psicofísica, frente a la cual existe libertad probatoria. Sobre este punto la Sala ha de insistir en que no hay en la Constitución o en la normatividad infraconstitucional fundamento alguno para constituir los dictámenes sobre porcentajes de invalidez de las juntas de calificación de invalidez en prueba única e incontestable de la gravedad del daño". (...) (Negrillas de la Sala)

d.- Para demostrar el padecimiento de este perjuicio a instancias del auto de pruebas se practicó dictamen pericial a los demandantes por el Departamento de Psicología de la Universidad de Antioquia, Especialista en valoración del daño en salud mental, con el fin de establecer los traumas síquicos y/o desordenes sicopatológicos como consecuencia de la temprana y violenta muerte de su hija Marjorie Kisner Mira -Fl. 810 y ss.-, en el que se concluyó:

"12.- CONCLUSIÓN O CONCLUSIONES:

De acuerdo al análisis realizado, se puede concluir lo siguiente:

1.- Aun cuando se presentan diferentes asuntos relevantes de orden clínico que indican un malestar manifiesto por la situación vivida por Marjorie Kisner, en el señor Jorge Kisner no se reconocen alteraciones de orden psicopatológica en la actualidad, pero su historia clínica indica hubo presencia de síntomas depresivos y aparición de irritabilidad, manteniéndose esta última y anclándose a situaciones que generan malestar. Es de anotar que en el caso de la señora María Helena (sic) Mira, la muerte de su hija acentúa los síntomas del trastorno depresivo que ya sufría, consolidando así un descuido total de su integridad y alejamiento del entorno social.

2.-En las hermanas Viviana Kisner Mira y Sandra Kisner Mira:

a.-Se establece que la conmoción emocional se mantiene en ambas, aun cuando esta no tiene características patológicas. Dicha conmoción obedece a situaciones particulares: en el caso de Sandra, la representación del cuerpo y la imagen de su hermana, referentes que aún no logran ser conciliables, lo cual ha sido objeto de atención clínica. En el caso de Viviana, hay situaciones propias a su estructura de personalidad que deben ser consideradas en tanto la muerte de Marjorie pone en cuestión la capacidad de control y su posición como garante de bienestar en la estructura familiar.

B. Actualmente no se reconocen trascendencia e influencia significativa en su vida personal, social y/o cognitiva, sin embargo en alguna medida se observan en Sandra ideas irracionales frente a situaciones de indicación (sic) peligro en la presencia de sujetos extraños, además de la concepción "negativa" de las labores de orden estatal que impiden, desde lo personal, desempeñarse en cargos y/o programas públicos.

C.- Si bien, actualmente no se presentan trastornos de humor, de sueño o otras alteraciones de conducta, en el caso de Sandra dado el precario estado de salud psíquica y física de su madre, además de las dificultades de orden familiar, general el abandono del hogar en la medida que desea estar en entornos que posibiliten mayores garantías frente al bienestar psíquico. En el caso de Viviana, las dificultades familiares y la muerte de Marjorie acentúan su posición de garante de protección y bienestar. En Viviana se reconocen dificultades actuales frente a la tolerancia o manejo del estrés por aquellas situaciones que ponen en cuestión su capacidad de dirigir o controlar, dicha situación se encuentra respaldada en su historia clínica."

El anterior dictamen pericial fue objeto de aclaración y/o complementación, el que obra a folios 831 y ss., y en el que se evidencia entre otras cosas que:

"(...)
...Ahora se plantea que los síntomas de trastorno padecido por María se acentúan dado el deterioro de su salud mental, el cual se evidencia a través de la ideación suicida constante, sentimiento de inutilidad, descuido total de la apariencia física, aislamiento total, incluyendo el contacto precario y/o conflictivo con su núcleo familiar.

6.- Los elementos planteados al final del punto anterior indican que, aunque María Mira tenía un estado premórbido significativo dado por un trastorno depresivo, la pérdida de su hija acentúa la gravedad de los síntomas generando así un distanciamiento del contexto social, mayor sensación de malestar y agravando los conflictos familiares previos a la muerte de su hija Marjorie (separación de su esposo, discusiones con sus hijas, descuido de la imagen total, etc). Es de anotar que al existir antecedentes como los que se describen en la señora Mira, los eventos o padecimientos actuales no pueden ser escindidos de aquellos propios del pasado, ya que generan comprensión sesgada y fracturada del fenómeno.
(...)"

e.- De acuerdo con el lineamiento anterior considera esta Sala que en el particular el daño a la salud se encuentra demostrado, por lo que se indemnizarán dichos perjuicios así:

DEMANDANTE	PARENTESCO	INDEMNIZACIÓN
JORGE KISNER SCHUTZBERG	PADRE	50 S.M.L.M.V.
MARÍA ELENA MIRA DE KISNER	MADRE	50 S.M.L.M.V.
VIVIANA KISNER MIRA	HERMANA	25 S.M.L.M.V.
SANDRA KISNER MIRA	HERMANA	25 S.M.L.M.V.

10.3.- PERJUICIOS MATERIALES:

A.- En la demanda se solicitó el reconocimiento de dichos perjuicios a favor de los señores JORGE KISNER SCHUTZBERG y MARÍA ELENA MIRA DE KISNER, "estimados en por concepto de LUCRO CESANTE = \$64.749.874 en total es decir que corresponde para cada uno de los padres la suma de \$32.374.937,18. Por concepto de Lucro Cesante Futuro el total de \$411.261.240.04 correspondiendo a la Madre la suma de \$195.325.536,13 y para el Padre la suma de \$151.185.829,54, correspondiendo al Total del Lucro Cesante + LCF = la suma de \$476.011.114,04..." -Fl. 5-

b.- Acerca del reconocimiento del lucro cesante a favor de los padres, la jurisprudencia ha dicho que se presume que los hijos ayudan a sus padres hasta la edad de veinticinco años, en consideración "al hecho social de que a esa edad es normal que los colombianos hayan formado su propio hogar, realidad que normalmente impide atender las necesidades económicas en

REFERENCIA: REPARACIÓN DIRECTA
 RADICADO: 05001 23 31 000 2010 02205 00
 DEMANDANTE: JORGE KISNER SCHUTZBERG Y OTROS
 DEMANDADO: MUNICIPIO DE MEDELLÍN Y OTROS

*otros frentes familiares*⁷⁵. Además, se ha considerado que cuando se prueba que los padres recibían ayuda económica de sus hijos antes del fallecimiento de éstos, la privación de ésta tendría un carácter cierto y se ha presumido que la misma habría de prolongarse en el tiempo, más allá de la edad referida de los hijos -25 años-, a condición de que se reúnan algunas circunstancias que permitieran afirmar tal presunción como la necesidad de los padres, su situación de invalidez, su condición de hijo único⁷⁶

c.- Ahora bien, como sea que no hay prueba en cuanto a la existencia de hechos que hicieran presumir que la ayuda económica que MARJORIE KISNER MIRA brindaba a su madre habría de prolongarse en el tiempo, en consideración que tenía otros hermanos a quienes correspondía asumir la obligación alimentaria y tampoco se demostró que ella se hallara para el momento de su deceso en situación de invalidez o indefensión que le impidiera obtener recursos para proveer su propio sustento, habrá de negarse dicha pretensión indemnizatoria.

10.4.- PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL:

a. Se solicitó en los hechos de la demanda el reconocimiento de los perjuicios por pérdida de la capacidad laboral que en la actualidad padecen los señores JORGE KISNER SCHUTZBERG (padre) y MARÍA ELENA MIRA DE KISNER (madre), como consecuencia directa de la de la desaparición y muerte violenta de su hija MARJORIE KISNER MIRA, causados por el estrés postraumático que los aqueja y que les ha imposibilitado reemprender sus labores habituales y por consiguiente llevar una vida normal por la falta de concentración, desgano, depresión constante, pensamientos negativos, y que fueron tasados en la suma de \$64.535.250,22 para la madre y para el padre \$58.853.643,68.

b.- Si bien es cierto que en el asunto sub lite se demostró que el núcleo familiar de la extinta MARJORIE KISNER MIRA se vio muy afectado luego de los lamentables hechos por los que se acudió a este contencioso, y que incluso en el caso de la madre, la señora MARÍA ELENA MIRA DE KISNER agudizaron el cuadro depresivo, consolidando así un descuido total de su integridad y alejamiento del entorno social, ello por si solo conlleva a la afirmación que dichos actores sufrieron pérdida de la capacidad laboral que merece ser indemnizada a instancia de este proceso, en tanto que ello no fue debidamente acreditado.

Bajo estos supuestos, habrá que decir que la parte actora incumplió su deber procesal, en tanto le correspondía desarrollar todas las actividades tendientes

⁷⁵ Ver, por ejemplo, sentencia del 12 de julio de 1990, exp: 5666

⁷⁶ Ver, entre otras, sentencias de: 11 de agosto de 1994, exp: 9546; 8 de septiembre de 1994, exp: 9407; 16 de junio de 1995, exp: 9166, 8 de agosto de 2002, exp. 10.952 y de 20 de febrero de 2003, exp: 14.515. y 16586

a ilustrar al fallador de conceptos especializados y cualificados, además de imparciales, para decidir la controversia planteada, para lo cual la parte interesada debió solicitar y aportar los medios demostrativos necesarios para respaldar sus pretensiones, tal como lo indica el artículo 167 del Código General del Proceso⁷⁷.

11.- LA CONDENA EN COSTAS: No se condenará en costas, en atención a lo normado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, al considerar la Sala que no se dan los elementos de juicio necesarios para imponerlas según lo actuado en la instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA -SALA SISTEMA ESCRITO-**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda respecto al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO -INPEC-, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Declarar administrativa y solidariamente responsable al MUNICIPIO DE MEDELLÍN Y AL INSTITUTO TECNOLÓGICO METROPOLITANO (I.T.M.) por los perjuicios causados en razón de la muerte de MARJORIE KISNER MIRA.

TERCERO: Condenar solidariamente al MUNICIPIO DE MEDELLÍN Y AL INSTITUTO TECNOLÓGICO METROPOLITANO (I.T.M.) a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero por concepto de perjuicios morales y por daño a la salud:

DEMANDANTE	PARENTESCO	PERJUICIOS MORALES	PERJUICIOS POR DAÑO A LA SALUD
JORGE KISNER SCHUTZBERG	PADRE	150 S.M.L.M.V.	50 S.M.L.M.V.
MARÍA ELENA MIRA DE KISNER	MADRE	150 S.M.L.M.V.	50 S.M.L.M.V.
VIVIANA KISNER MIRA	HERMANA	75 S.M.L.M.V.	25 S.M.L.M.V.
SANDRA KISNER MIRA	HERMANA	75 S.M.L.M.V.	25 S.M.L.M.V.

⁷⁷ Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

937

REFERENCIA: REPARACIÓN DIRECTA
RADICADO: 05001 23 31 000 2010 02205 00
DEMANDANTE: JORGE KISNER SCHUTZBERG Y OTROS
DEMANDADO: MUNICIPIO DE MEDELLÍN Y OTROS

CUARTO: Negar las demás súplicas de la demanda con fundamento en las razones expuestas.

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

SEXTO: No se condena en costas atendiendo a la conducta de las partes, de acuerdo a lo establecido en el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

SÉPTIMO: Archivar el expediente una vez en firme la presente decisión.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE

La providencia se estudió y aprobó en Sala como consta en el Acta de la fecha.

LAS MAGISTRADAS,


MARTHA NURY VELÁSQUEZ/BEDOYA


LILIANA PATRICIA NAVARRO GIRALDO


LUZ MYRIAM SANCHEZ ARBOLEDA

García P
P.J. 22.
18-02-2016

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA

SECRETARIA GENERAL

EN MEDELLIN ANT.

22 FEB 2016

NOTIFICO AL SR(A) Eder Alberto Toro Rivera.

La providencia anterior impugnada

Pte. Dda I.T.M.

e.e. 70567.467

tp. 97118 CSJ.

Eder Alberto Toro Rivera